

## Sommaire

### Introduction

#### I – Le mariage

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### II – Les régimes matrimoniaux

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### III – Le divorce

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### IV – Le pacte civil de solidarité

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### V – La concubinage

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### VI – La filiation

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### VII – L'adoption

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### VIII – L'assistance médicale à la procréation

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### IX – L'autorité parentale

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

#### X – Le nom patronymique

Analyse

Synthèse des recommandations

Propositions de modification, d'ajout ou de suppression d'articles

## **LE DROIT DE LA FAMILLE**

### **INTRODUCTION**

Depuis une quarantaine d'années, une vaste entreprise de réforme du droit des personnes et de la famille s'est manifestée par une série de lois relatives à des titres du Code civil concernant l'administration légale et la tutelle (1964), les régimes matrimoniaux (1965), l'adoption (1966), les incapables majeurs (1968), l'autorité parentale (1970), la filiation (1972) et le divorce (1975). La presque totalité de ces lois a été conçue et réalisée à partir de textes préparés, non sans investigations sociologiques préalables, par le Doyen Jean Carbonnier. Ultérieurement, certaines de ces réformes ont été poursuivies par des lois relatives aux régimes matrimoniaux (1985), à l'autorité parentale (1985, 1987 et 1993), à la filiation (1993).

Ces diverses étapes ainsi franchies pouvaient donner à penser que notre droit de la famille avait atteint un point d'équilibre en tenant compte des exigences de la modernité : liberté et égalité certes, mais aussi une articulation satisfaisante de l'individu à chacune de ces sociétés particulières que constituent les familles au sein de la société globale. Mais depuis quelques décennies, des forces puissantes ont remis en cause certaines données de cet équilibre.

À la source de cette remise en cause figurent certainement des données d'ordre sociologique mieux connues du fait du développement de la sociologie juridique et de l'apport grandissant de la démographie. S'il est vrai que la nuptialité est relativement constante depuis environ une décennie, il reste que le mariage a été indirectement atteint par une croissance de la divortialité et une importance grandissante tant des couples non mariés que des naissances hors mariage, y compris en violation du devoir de fidélité. A quoi il convient d'ajouter, de manière non plus synchronique mais diachronique, un mouvement de libéralisation et d'émancipation qui correspond, au sujet des enfants, à une évolution profonde des sociétés occidentales.

Dans ce contexte, il est évident que les structures traditionnelles de la famille ont été sévèrement bousculées. Loin est le temps où en termes de travail il ne s'agissait, comme à l'époque de Villermé, que de protéger les femmes et les enfants. Le travail des femmes hors du foyer a modifié les relations entre époux, ainsi qu'entre ceux-ci et leurs enfants. Aussi bien l'évolution des esprits est-elle marquée par un certain assouplissement des règles du droit social. En tout cas, il n'est pas douteux que le phénomène du chômage ait influencé profondément la vie des familles, les rôles et les statuts, les aménagements des relations des familles, tout comme au lendemain de la deuxième guerre mondiale la crise du logement avait trouvé dans la communauté familiale un remède irremplaçable, mais perturbateur. En d'autres termes, des transformations économiques ne sont pas étrangères à la réflexion. Les avancées spectaculaires de la science et de la technique ont, en matière de biologie et de génétique, bouleversé les données et structures élémentaires de la parenté et de la famille. Tous les développements de la procréation assistée et plus généralement le fait que l'homme soit devenu le maître de sa propre création ont conduit à repenser à la fois les rôles familiaux, la signification de la famille, ainsi que l'intérêt que l'on tend à attacher à la recherche et à la connaissance par chacun de ses propres origines. Les controverses suscitées par l'existence d'embryons surnuméraires témoignent d'ailleurs de l'enjeu et de l'importance des questions en cause dans une perspective spirituelle et religieuse.

Il est à cet égard patent que les sociétés occidentales inspirées par une philosophie hédoniste de la vie ont affecté la famille dans sa formation, sa composition et son devenir. C'est même jusqu'à la notion de famille qui a été transformée, sinon ébranlée par l'aspiration grandissante des homosexuels, manifestée dans la dernière décennie du siècle dernier, à une reconnaissance sociale et juridique de leur situation. Il est clair que le politique s'est trouvé alors directement en cause. Plus généralement, il faut reconnaître qu'aux yeux de la société et de l'Etat, on a de nouveau débattu du point de savoir si la famille relève de la vie privée (et de son secret) ou de l'institution publique. Dans cette dernière direction, une évolution importante s'est produite en termes de relations privées internationales et de droit comparé. Le développement de sources internationales du droit applicables aux familles, liées d'ailleurs à des migrations bien plus nombreuses que par le passé, explique que les données internationales ne puissent aujourd'hui être négligées.

Tous ces facteurs expliquent la nécessité d'une réflexion qui ne saurait être fragmentaire. Il faut à coup sûr dépasser la démarche étriquée qui consiste à procéder à des réformes ponctuelles et souvent dictées dans la précipitation par des demandes particulières et insuffisantes, par exemple au sujet des prestations compensatoires en matière de divorce (loi du 13 juin 2000). Les démarches entreprises quant à la réforme du nom patronymique ou encore en matière de dévolution successorale illustrent cette dérive de la législation. Il faut en outre comprendre qu'un nouvel aménagement des relations de famille passe aujourd'hui par la reconnaissance d'une place accrue accordée à la contractualisation, ce qui va éventuellement de pair avec un assouplissement du concept contractuel. Il faut enfin ne pas oublier que la famille ne s'inscrit pas sous le seul signe des techniques du social fût-il juridique, mais que le droit doit maintenir, voire rétablir la symbolique.

Une vision élargie a inspiré les membres du groupe de travail qui a élaboré le présent document. L'on s'est attaché à prendre en considération trois sortes de données. D'abord les dimensions de la famille : couple, filiation, mais aussi alliance et parenté. Ensuite les variations temporelles, mais aussi individuelles de la famille : composée, décomposée, recomposée. En dernier lieu, les fonctions de la famille, à la fois extrapatrimoniales, en termes de transmission de la vie, de l'affection, du souvenir de l'éducation et de la solidarité, et patrimoniales, en termes de production, de distribution, consommation et transmission des biens.

Le rapport, qui avait fait l'objet d'une mise en ligne, a été soumis aux réflexions des membres du forum tenu le 6 juin 2001 dans le cadre des travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques. Le groupe de travail a tenu compte des nombreuses observations présentées par les participants.

Les divers mouvements législatifs qui agitent le droit de la famille se sont poursuivis. Ils rendent d'autant plus nécessaire la présente publication. Les auteurs souhaitent qu'elle puisse susciter la poursuite d'une réflexion fondamentale.

Paris, octobre 2001

## **I- LE MARIAGE**

### **§ 1. ANALYSE**

#### **I - Définition**

Le Code civil ne comporte pas une définition du mariage. Il pourrait sembler opportun de l'y insérer, alors que se multiplient les modes de vie en couple légalement reconnus, afin de distinguer le mariage du concubinage ou du pacte civil de solidarité, l'un et l'autre définis dans le Code.

Il n'a cependant pas paru souhaitable d'enfermer le mariage dans une définition légale, pour deux raisons au moins.

Tout d'abord, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme comprend, en son article 12, une ébauche de définition du mariage : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Cela rend moins utile la définition du mariage dans le Code civil, la Convention européenne étant, en outre, d'application directe.

De plus, l'évolution du sens du mariage rend délicate et sans doute inopportune la formulation d'une définition de cette institution. Cette dernière remplit en effet des fonctions variables et relatives. Variabilité et relativité selon les couples, tout d'abord. Tous ne poursuivent pas les mêmes objectifs en se mariant. Variabilité et relativité dans le temps, ensuite. Dans la vie d'un couple, les fonctions assignées au mariage peuvent évoluer, et les époux tendre, par exemple, d'abord à vivre une union juridiquement reconnue avant de voir dans le mariage le cadre idoine à la procréation.

En conséquence, dégager une définition qui reflète cette diversité sans l'affecter imposerait de la concentrer autour d'un plus petit dénominateur commun à tous les mariages. Ceci risquerait de conduire à une définition purement formelle de l'institution, définition qui n'est pas souhaitable puisqu'elle éluderait la substance du lien matrimonial. À l'inverse, saisir cette dernière emporterait d'autres inconvénients, notamment celui de figer l'institution matrimoniale. C'est pourquoi il est proposé de maintenir, dans le Code civil, l'absence de définition du mariage.

## **II - Conditions**

### **A. *Éléments biologiques***

#### **A.I. *L'âge nubile***

Aux termes de l'article 144 du Code civil, « l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage ». L'article 145 autorise, quant à lui, le procureur de la République à accorder des dispenses d'âge pour motifs graves. Les articles 148 et suivants détaillent les modalités de l'autorisation parentale requise pour le mariage des mineurs.

L'ensemble de ces dispositions doit être repensé

a. quant à la différence d'âge nubile entre l'homme et la femme.

Cette différence est justifiée, d'une manière habituelle, par la maturité biologique plus précoce de la femme et par le fait que l'homme devait, en se mariant, être à même de faire face aux besoins du couple, et donc avoir atteint une certaine maturité professionnelle.

Ces deux justifications méconnaissent le fait que l'homme acquière une maturité biologique bien avant la majorité, et que, aujourd'hui, ce sont bien souvent les deux membres du couple qui assument la charge financière de la famille. Enfin, il est devenu exceptionnel que l'homme, à l'âge de dix-huit ans, soit en mesure, par son activité professionnelle, d'assumer les charges du mariage.

Dès lors, il n'y a plus dans notre société contemporaine de justification pertinente de cette différence d'âge, tant du point de vue biologique que professionnel, différence d'âge qui pourrait, de plus, susciter des actions dénonçant une discrimination sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme.

b. quant à la détermination de l'âge nubile.

La question peut être posée de l'opportunité d'autoriser la femme, comme l'homme, à se marier avant d'avoir atteint l'âge de la majorité. Il a semblé au groupe de travail nécessaire d'affirmer la liberté matrimoniale du mineur. Une raison est propre à la femme, les autres sont communes à l'homme et la femme. Il serait paradoxal de priver la femme de la liberté de fonder une famille alors que, par la possibilité qui lui est reconnue d'interrompre volontairement une grossesse, sous conditions, ou par l'accès à la contraception qui lui est ouvert, elle dispose de la liberté de ne pas en fonder.

Pour l'homme comme la femme, l'interdiction de se marier emporterait, de manière regrettable, dissociation de la liberté parentale et de la liberté matrimoniale. On sait, en effet, qu'un mineur peut faire établir le lien de filiation à l'égard de son enfant, notamment par la reconnaissance.

L'affirmation d'une liberté matrimoniale revêt enfin une importance symbolique incontestable à l'heure où le droit reconnaît une sphère grandissante d'autonomie au mineur. L'enjeu pratique est d'ailleurs limité alors que l'âge matrimonial moyen recule dans notre société.

L'attention du groupe de travail a été attirée, lors du forum, sur l'absence d'unité entre le droit civil et le droit pénal, puisque le premier, en autorisant le mariage à 15 ans (demain peut-être à 16 ans), donne à au mineur une certaine majorité sexuelle que le droit pénal lui refuse. On notera toutefois que, pour le droit civil, il s'agit d'ouvrir à l'adolescent une institution pour l'avenir et, de plus, que cette ouverture suppose établie l'autorisation parentale. L'opposition droit civil droit pénal pourrait n'être qu'apparente.

L'âge nubile devrait être fixé à 16 ans

c. quant à la sanction de la condition d'âge.

La condition d'âge est, *de lege lata*, sanctionnée par la nullité absolue. Le caractère absolu de la nullité peut se justifier par la considération pour l'institution du mariage qui ne peut, lorsque la condition n'est pas respectée, remplir ses fonctions. La conception du mariage est aujourd'hui plus individualiste. Elle impose de voir, dans la condition d'âge, une question de capacité, sanctionnée dès lors par la nullité relative. Ceci implique de modifier l'article 184 du Code civil qui ouvre aux époux eux-mêmes, à tous ceux qui y ont intérêt et au ministère public la faculté d'attaquer un mariage passé en contravention de certaines dispositions légales, en éliminant la référence à l'article 144 du Code civil.

Cela impose aussi de dépouiller l'article 185 d'une de ses dispositions. Cet article prévoit en effet que « le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent ; 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu avant l'échéance de six mois ». Le 1° de l'article 185 renvoie en effet au droit de la confirmation d'un acte nul et admet un cas de confirmation tacite. Cette disposition était nécessaire lorsque la sanction de la condition d'âge était la nullité absolue, puisqu'elle dérogeait aux solutions acquises à son sujet. En revanche, en présence d'une nullité relative, substituée à la nullité absolue, rien n'impose une dérogation au droit commun de la confirmation.

d. quant aux dispenses d'âge pouvant être accordées par le procureur de la République.

Aux termes de l'article 145 du Code civil, « ...il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage, d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves ». Les motifs graves désignent, pour l'essentiel, la survenance d'enfant. L'intérêt d'une telle disposition est aujourd'hui très discutable. Elle n'a jamais été justifiée par l'intérêt des jeunes parents, mais plutôt par l'intérêt de l'enfant à naître. En raison de l'inégalité qui existait entre les enfants naturels et les enfants légitimes, la conclusion d'un mariage entre ses parents lui permettait d'accéder à un meilleur statut. Aujourd'hui, l'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes ne laisse plus subsister qu'un intérêt moral à la célébration d'un mariage. Dès lors, l'intérêt de la dispense d'âge n'apparaît plus nettement. En outre, s'agissant par hypothèse du mariage d'un enfant de moins de seize ans (v. *supra*, la détermination de l'âge nubile), le risque est que le consentement matrimonial ne soit pas réellement donné par le mineur, mais plus ou moins arraché par une pression familiale.

Il semble donc préférable de maintenir une condition d'âge insurmontable et de supprimer la possibilité de dispense en dessous de seize ans.

e. quant à l'autorisation parentale.

C'est tant le principe que les modalités de l'autorisation parentale qui doivent être examinées. Quant à son principe, la nécessité de l'autorisation parentale est dans l'étroite dépendance de la signification que l'on doit donner à la liberté matrimoniale reconnue au mineur : s'agit-il d'une pré-majorité pure et simple (en ce cas, l'autorisation parentale ne serait pas requise) ou d'une liberté à l'exercice de laquelle doivent être associés les organes de protection du mineur ? Il a semblé nécessaire au groupe de travail de privilégier cette seconde signification, afin de rappeler l'importance de l'autorité parentale en un moment où elle est menacée. Le consentement au mariage est un acte grave. Il est impérieux de reconnaître aux parents le droit et le devoir d'aider le mineur appelé à prendre une décision aussi importante. Cette autorisation n'affecte pas, de plus, d'une manière excessive, la liberté du mineur. Le consentement de l'un de ses parents suffit et, à supposer que les deux s'opposent au projet matrimonial de leur enfant, ce dernier ne sera pas définitivement privé de sa liberté matrimoniale : il lui suffira d'attendre deux ans au plus pour pouvoir se marier seul.

Il avait paru opportun au groupe de travail de proposer, dans le pré-rapport, l'abandon du caractère discrétionnaire du pouvoir parental, en exigeant des parents une décision motivée. Cette proposition relayait la contestation, toujours plus vive, notamment en doctrine, de la catégorie des droits discrétionnaires. L'absence d'exigence de motivation interdit en effet toute sanction d'un éventuel abus du droit des parents de s'opposer au mariage de leur enfant. Une décision n'est jamais en soi abusive ; seule la motivation qui la soutient peut être ainsi caractérisée. La reconnaissance du caractère discrétionnaire du droit des parents interdit la révélation de l'abus. Cette proposition, lors du Forum, a fait la quasi-unanimité contre elle, nombreux étant les intervenants à manifester leur circonspection quant à l'exigence nouvelle qui pèserait sur les parents, les motifs réels étant, le plus fréquemment, inavouables et restant, pour cela, inavoués. C'est pourquoi il est proposé de conserver son caractère discrétionnaire à l'autorisation parentale.

*De lege lata*, ceux appelés à consentir au mariage du mineur ne sont pas nécessairement ceux qui sont investis de l'exercice de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant. Il semble opportun, *de lege ferenda*, de considérer l'autorisation requise pour le mariage du mineur comme un attribut de l'autorité parentale. Le consentement devrait ainsi provenir de ceux qui exercent l'autorité parentale sur la personne de l'enfant.

La faveur pour le mariage justifie, lorsque l'autorité est exercée en commun, que le consentement de l'un seulement de ceux qui l'exercent soit requis.

Le consentement du conseil de famille serait exigé lorsque le mineur est sous tutelle.

## **A.2. La différence de sexe**

La condition que deux personnes qui souhaitent se prendre pour époux soient de sexes différents se déduit implicitement de l'article 144 et de l'article 75 du Code civil. Elle interdit aux homosexuels d'accéder au mariage. La création du pacte civil de solidarité, comme la définition donnée, à cette occasion, du concubinage, ont constitué la réponse législative à la demande de reconnaissance sociale du couple homosexuel. Il n'y a aucune raison de revenir sur cette appréciation.



La question reste posée, en revanche, du mariage des transsexuels. Deux hypothèses doivent être distinguées : celle du mariage du transsexuel postérieurement au changement d'état ; celle du sort du mariage conclu antérieurement.

La première question posée est celle de savoir si le transsexuel peut se marier dans son nouveau sexe. La réponse est affirmative, tant il paraît difficile d'admettre que le changement de sexe ne produirait pas d'effet à cet égard. Ce serait sinon consacrer un troisième sexe, à effets limités. En revanche, l'information du futur conjoint est une nécessité, dont la sanction peut d'ores et déjà être assurée en l'état actuel des textes.

Aucune modification n'est dès lors proposée, le mariage d'un transsexuel avec une personne d'un sexe opposé à son nouveau sexe n'étant, *de lege lata*, pas prohibé.

En cas de changement d'état en cours de mariage, il semble logique de considérer que le mariage est caduc, du fait de la disparition de l'une de ses conditions d'efficacité. La caducité du mariage emportera disparition de ce dernier, pour l'avenir seulement.

Une autre voie, suggérée lors du Forum, pourrait être empruntée, qui consisterait pour le législateur à poser comme condition pour changer de sexe dans l'état civil, que la personne n'ait pas d'enfant et ne soit pas déjà mariée (le syndrome du transsexualisme apparaissant dès l'enfance). La condition liée à l'absence de mariage a semblé toutefois excessive quant à l'atteinte qui en résulterait à la liberté du transsexuel.

Plutôt que d'envisager la caducité dans un texte relatif aux conditions mêmes du mariage, il a semblé préférable de traiter de cette question dans un texte relatif aux actes de l'état civil. La caducité du mariage imposera de modifier l'acte de mariage des époux, ce que pourra réaliser le président du tribunal de grande instance, en même temps qu'il veille à la modification de l'acte de naissance.

## **B. Eléments psychologiques**

« Il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement ». La forte proposition de l'article 146 du Code civil témoigne de l'importance du consentement à mariage. C'est tant la liberté du consentement qu'il faut préserver, que son existence dont il faut s'assurer et son intégrité qu'il faut éprouver.

### **B.1. La liberté du consentement**

#### **a. Le droit au mariage**

Le groupe de travail s'est interrogé sur la nécessité de légiférer sur les clauses de célibat, entraves relatives à la liberté nuptiale, assortissant différents actes juridiques. Il a cependant estimé qu'il n'était pas opportun de contrarier la jurisprudence qui, articulée sur la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux, posait des solutions nuancées à cet égard.

#### **b. L'encouragement au mariage**

La licéité du courtage matrimonial étant définitivement acquise, la question est posée de l'opportunité de l'insertion des dispositions qui l'encadrent dans le Code de la consommation. Celle-ci a paru au groupe de travail très contestable, le mariage ne relevant pas du concept de consommation. Toutefois, ces dispositions ne trouvent pas davantage leur place naturelle au sein des dispositions relatives au mariage. En conséquence, aucune modification du Code civil n'est envisagée à son propos.

## **B.2. L'existence du consentement**

### **a. Le mariage de complaisance**

Le droit lutte contre les mariages de complaisance par divers moyens : nullité pour défaut de consentement (C. civ., art. 146, et jurisprudence *Appietto* - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 nov. 1963 : *D.* 1964, p. 465, note Raymond ; *JCP* 1964, II, 13498, note J. Mazeaud ; *RTDciv.* 1964, p. 286, note Desbois – art. 190-1), inopposabilité aux tiers du mariage frauduleux (*CE, avis 9 oct. 1992* : *D.* 1993, p. 251, note *Maillard Desgrées du Lou* ; *JCP* 1993, II, 22025, note *Laroche-Gisserot* ; *JDI* 1993, p. 103, note *Julien-Laferrière* ; *CE* 13 nov. 1992 : *D.* 1993, p. 297, note *Haïm*).

Le dispositif actuel n'est pas satisfaisant pour au moins deux raisons.

La première tient au pouvoir reconnu à l'administration par le Conseil d'Etat de tenir pour inexistant un mariage qui n'a pas encore été annulé par la juridiction civile. Une telle solution s'expose à la critique. Tout d'abord, il confère à l'administration un privilège du préalable très discutable alors que la liberté matrimoniale est une liberté essentielle. Ensuite, on ne peut négliger les risques de solutions opposées dégagées par les juridictions civiles et les autorités ou juridictions administratives : un mariage peut être considéré, par une juridiction civile, comme ayant été valablement célébré, tandis que l'administration le considérerait comme lui étant inopposable ; les appréciations des mêmes juridictions civiles et du Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, pourraient aussi diverger. Il convient de revenir sur ce pouvoir octroyé à l'administration.

La seconde critique porte sur les dispositions de l'article 190-1 du Code civil, aux termes duquel « le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage ». Ce texte, traduisant la volonté du législateur de sanctionner les mariages frauduleux est, paradoxalement, en retrait par rapport au droit commun et concourt au maintien de mariage qui ne sont que coquilles vides, promouvant ainsi l'idée d'un mariage-sanction très éloigné des conceptions françaises en la matière.

La sanction du mariage de complaisance est la sanction d'un défaut de consentement. Le défaut de consentement relève de l'article 146 du Code civil. La nullité encourue est absolue. Le bref délai de l'article 190-1 n'est, dès lors, pas explicable, surtout lorsqu'il est opposé à l'époux demandeur de bonne foi. Il est symptomatique de constater que les tribunaux, appelés à décider du sort des mariages de complaisance, fondent aujourd'hui encore leurs décisions sur l'article 146 C. Civ., non sur l'article 190-1.

Ces éléments encouragent le groupe de travail à proposer la suppression de l'article de l'article 190-1 dans sa rédaction actuelle. Il conviendrait, en revanche de maintenir le droit

d'action efficace du ministère public, sollicité par l'officier célébrant, enserré cependant dans un délai raisonnable. Pour le reste, renvoi doit être opéré à l'article 146 du Code civil.

Le délai de prescription trentenaire peut cependant paraître excessif en cette hypothèse. Il semble dès lors raisonnable de prévoir que la nullité pourra être demandée pendant un délai de cinq ans à compter du mariage.

Enfin, le dispositif de lutte contre les mariages de complaisance peut être renforcé en donnant une nouvelle rédaction à l'article 146-1 du Code civil, insistant sur le fait que tout mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert la présence des deux époux.

b. Le mariage *in extremis*

Le mariage *in extremis* ne fait l'objet d'aucune disposition particulière. Il en est implicitement question lorsque le Code civil envisage le « péril imminent de mort » de l'un des époux (v. article 169, alinéa 3 et article 75, alinéa 2). Il conviendrait de prévoir l'intervention d'un médecin afin d'établir la qualité du consentement de l'époux qui subit le « péril imminent de mort ». En effet, il s'agit d'assurer la protection des héritiers et des intéressés eux-mêmes.

Cette condition pourrait être prévue en subordonnant la célébration du mariage à la remise d'un certificat médical attestant que le futur époux est sain d'esprit (cette expression est empruntée à l'article 489 du Code civil).

Cette règle ne poserait *a priori* pas un empêchement dirimant, mais seulement prohibitif, c'est-à-dire que son défaut empêcherait la célébration du mariage par l'officier d'état civil, qui pourrait tout de même passer outre l'exigence en cas d'urgence.

c. Le mariage posthume

La suppression de cette institution exorbitante a été discutée, mais n'a pas été retenue, l'idée étant qu'il suffisait de modifier la procédure s'y appliquant pour supprimer les inconvénients éventuels d'un tel mariage. Il convient, en effet, de s'assurer de la réalité et de la qualité du consentement du *de cujus*. Une redistribution des rôles entre l'autorité judiciaire et le Président de la République s'impose : les « motifs graves » dont il est question dans l'article 171 relèvent bien de la compétence du Président de la République, mais il appartient à l'autorité judiciaire de vérifier que la célébration du mariage était imminente au moment du décès et que le futur époux avait manifesté sans équivoque son consentement.

### **B.3. L'intégrité du consentement**

a. Les causes de nullité

L'article 180 ne fait aucune référence au dol. Ce silence est traditionnellement interprété comme une exclusion de cette cause de nullité. L'art de plaire et la séduction, consubstantiels au mariage et inhérents aux rapports de couple, interdiraient de considérer qu'un mensonge est constitutif d'un dol susceptible de faire annuler le mariage.

Cette affirmation, acceptable pour des mensonges insignifiants, devient contestable pour des mensonges portant sur des éléments importants pour le conjoint. À cet égard, on peut se

demander si le droit commun qui accepte le dol comme cause de nullité ne serait pas préférable. La théorie générale des contrats distingue en effet entre le *bonus dolus*, qui n'entraîne pas la nullité de l'acte, et le *malus dolus*, qui permet d'annuler l'acte. L'admission de la nullité pour dol dans le droit du mariage permettrait donc tout à la fois d'annuler le mariage pour les comportements déloyaux, mais d'écarter la nullité pour les dissimulations portant sur des éléments mineurs. Il convient toutefois de souligner que cette modification serait, en pratique, d'une portée très limitée. Le droit positif considère en effet que l'honnêteté de chaque conjoint est une qualité essentielle en mariage, si bien qu'une erreur sur cette qualité de l'autre justifie la nullité du mariage. La tromperie est donc sanctionnée indirectement sur le fondement de l'erreur. C'est la raison pour laquelle le groupe de travail ne propose pas de modification de texte.

b. La demande en nullité

Aux termes de l'article 181 du Code civil, « *dans le cas de l'article précédent – mariage contracté sans le consentement libre de l'un des époux ou des deux, erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne – la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ». Le délai de six mois peut paraître insuffisant. On admettra qu'il faut souvent plus de temps pour prendre conscience de l'existence de la cause de nullité et réagir. C'est pourquoi, il est proposé de retenir le délai d'un an – le délai de droit commun étant de cinq ans – pour agir.

C. *Éléments sociologiques*

C.1. *Les interdictions*

a. La bigamie

Les dispositions de l'article 147 selon lequel « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » doivent être maintenues. Cette clef de voûte de la civilisation occidentale, pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, doit impérativement être solennellement affirmée.

b. L'endogamie

L'interdiction de l'endogamie trouve plusieurs fondements. Outre la volonté de prévenir la consanguinité, elle tend aussi, comme le soulignait déjà Lévy-Bruhl, à contraindre la famille à s'ouvrir sur l'extérieur. Dans cette perspective, les dispositions actuelles sont maintenues et étendues aux parents adoptifs. Seules des modifications rédactionnelles sont proposées.

c. Le délai de viduité

Le délai de viduité n'a pas pour fonction de limiter la liberté de mariage de la femme, mais d'interdire une confusion éventuelle de paternité. Toutefois, le délai de trois cents jours est critiquable en raison des moyens médicaux existants et de sa faible portée pratique. C'est pourquoi il pourrait être supprimé, à l'instar du droit allemand. Il n'en demeure pas moins nécessaire de régler le statut de l'enfant qui naîtrait dans des conditions telles qu'il serait couvert par deux présomptions de paternité légitime (enfant né moins de 300 jours après

dissolution du premier mariage et après célébration du second mariage). Dans cette perspective, il est possible d'écarter la présomption de paternité à l'égard du premier mari quand l'enfant naît moins de trois cents jours après la dissolution du premier mariage et est inscrit avec indication du nom du second mari de la mère.

## **C.2. Les rites**

### a. Le formalisme préuptial

#### *La publication des bans*

La publication des bans remplit deux fonctions : informer les tiers, symboliser la reconnaissance par la République du couple qui va être constitué. En outre, elle permet, même si ce n'est qu'indirectement, d'imposer un délai de réflexion à chacun des futurs époux.

Il convient donc de maintenir le délai de dix jours imposé par les textes tout en améliorant la forme de la publication. La publication à « la porte de la maison commune » prévue par l'article 63 n'informe pas efficacement les tiers et ne permet donc pas les oppositions au mariage. En conséquence, il est souhaitable de prévoir la publication dans un journal d'annonces légales, à l'instar des changements de régime matrimonial. Il conviendrait toutefois de ne pas alourdir le coût du mariage. Cela peut être obtenu par l'imposition, par la voie réglementaire, d'un tarif.

#### *Le certificat préuptial*

L'article 63, alinéa 2 prévoit que chacun des futurs époux doit remettre à l'officier d'état civil un certificat médical datant de moins de deux mois, attestant, à l'exclusion de toute autre indication, que l'intéressé a été examiné en vue du mariage.

Cette disposition présente un double intérêt : celui d'assurer le droit au respect de la vie privée de l'époux malade ; celui de ne pas porter atteinte à la liberté matrimoniale en ne retirant pas à un époux atteint d'une maladie grave le droit de se marier.

Elle est pourtant discutable en ce qu'elle fait prévaloir le droit au secret de l'époux malade sur le droit à la santé de l'autre époux. Elle ne permet pas non plus d'assurer la qualité du consentement de ce dernier. Assurer l'information de l'autre époux par le médecin n'est pas concevable, celui-ci étant tenu au secret médical. Conditionner la célébration du mariage à la production d'un certificat médical positif, attestant qu'aucun des conjoints n'est atteint de certaines maladies, est impossible en raison de l'atteinte qui serait ainsi portée à la liberté matrimoniale.

En revanche, il serait possible de subordonner la délivrance par le médecin du certificat préuptial à l'existence d'une information d'un époux par l'autre, en cas de maladie grave.

#### *Les dispenses*

Les dispositions relatives aux dispenses doivent être maintenues

#### *L'information juridique des futurs époux*

En dépit de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi », rares sont les époux qui s'avèrent connaître leur statut matrimonial dont ils découvrent le plus souvent la substance lors de la dissolution du mariage par divorce ou décès.

Charger l'officier d'état civil de s'entretenir avec les futurs époux avant la célébration du mariage risquerait d'alourdir la procédure et donc dissuader de recourir à cette institution. Il serait en revanche souhaitable de charger les services d'état civil de délivrer aux futurs époux qui accomplissent les formalités prénuptiales un guide juridique les informant des conséquences qu'un mariage produit, dans l'ordre personnel et patrimonial, à leur égard et à l'égard de leurs enfants.

#### *La célébration religieuse du mariage*

L'institution du mariage civil est une conquête liée à la liberté religieuse. Elle doit d'autant plus être maintenue que l'unité du mariage, garantie par la symbolique républicaine, est aujourd'hui menacée par l'introduction du P.A.C.S. dans notre droit. Il n'est donc pas souhaitable d'attacher à la célébration d'un mariage religieux la valeur d'un mariage civil.

Au-delà de cet argument républicain, des obstacles majeurs s'opposent à une telle solution. Elle conduirait nécessairement à établir une liste des religions bénéficiant d'un tel privilège, ce qui poserait d'évidentes difficultés, accrues par le phénomène des sectes. Enfin, elle conduirait également à donner compétence au ministre du culte pour vérifier l'existence des conditions de fond et de forme du mariage civil, ce qui n'est ni très réaliste, ni très souhaitable.

#### *Les oppositions à mariage*

S'il n'a pas paru souhaitable de remettre en cause le principe même des oppositions à mariage, il a en revanche semblé nécessaire d'en imposer, en toute hypothèse (même lorsque l'opposition émane des ascendants), la motivation.

## §2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS

- 1- S'abstenir de toute définition du mariage.
- 2- Fixer à 16 ans, pour la femme comme pour l'homme, l'âge nubile.
- 3- Sanctionner la condition d'âge par la nullité relative.
- 4- Supprimer corrélativement le 1° de l'article 185 du Code civil.
- 5- Supprimer la faculté laissée au procureur de la République d'accorder des dispenses d'âge.
- 6- Maintenir la nécessité de l'autorisation parentale en simplifiant la rédaction des dispositions légales qui y sont consacrées.
- 7- Ne pas envisager expressément la question du mariage du transsexuel postérieurement au changement d'état de ce dernier.
- 8- Enjoindre au Président du tribunal de grande instance, qui ordonne la mention du changement de sexe d'un transsexuel sur son acte de naissance, de faire constater la caducité du mariage sur les registres d'actes de mariage.
- 9- Ne pas contrarier le traitement jurisprudentiel des clauses de célibat, reposant sur la distinction des actes à titre gratuit et des actes à titre onéreux
- 10- Ne pas réglementer le courtage matrimonial dans le Code civil.
- 11- Retirer à l'administration le pouvoir qui lui a été reconnu de tenir pour inexistant un mariage qui n'a pas encore été annulé par la juridiction civile.
- 12- Supprimer l'article 190-1 dans sa rédaction actuelle.
- 13- Maintenir le droit d'action efficace du ministère public, sollicité par l'officier célébrant, enserré cependant dans un délai raisonnable.
- 14- Fixer un délai de prescription quinquennale à l'action en nullité du mariage pour défaut de consentement.
- 15- Renforcer la disposition de l'article 146-1 du Code civil, en insistant sur le fait que tout mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert la présence des deux époux.
- 16- Subordonner la célébration du mariage *in extremis* à la remise d'un certificat médical attestant que le futur époux est sain d'esprit et ériger cette condition en empêchement simplement prohibitif.

17- Conférer, à propos du mariage posthume, à l'autorité judiciaire le soin de vérifier que la célébration du mariage était imminente au moment du décès et que le futur époux avait manifesté sans équivoque son consentement.

18- Ne pas modifier les conditions de nullité du mariage pour vice du consentement.

19- Etendre à un an le délai pour agir en nullité après que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue.

20- Maintenir la prohibition de la bigamie.

21- Apporter des modifications d'ordre rédactionnel aux dispositions interdisant l'endogamie.

22- Supprimer le délai de viduité et lever la présomption de paternité à l'égard du premier mari de la mère quand l'enfant est né moins de trois cents jours après la dissolution du premier mariage et est inscrit avec l'indication du nom du nouveau mari de la mère.

23- Améliorer le système de publication des bans en ajoutant au procédé actuel une publication dans un journal d'annonces légales, en maintenant le délai de publication de dix jours. Prévoir, par voie réglementaire, l'imposition d'un tarif pour ne pas alourdir à l'excès le coût du mariage.

24- Subordonner la délivrance par le médecin à l'époux du certificat prénuptial à l'existence et la vérification par le praticien d'une information délivrée par l'époux à son futur conjoint en cas de maladie grave.

25- Maintenir les dispositions relatives aux dispenses d'accomplissement des formalités prénuptiales.

26- Imposer la délivrance par les services de l'état civil d'un guide d'information juridique aux futurs époux.

27- Ne pas reconnaître au mariage religieux la valeur d'un mariage civil.

28- Exiger que toute opposition à mariage soit motivée.



### §3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES

**Art. 63, alinéa 1<sup>er</sup>** : « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune et d'insertion dans un journal d'annonces légales. »

**Art. 99, ajout d'un alinéa 4** : « En même temps qu'il ordonne la mention du changement de sexe d'un transsexuel sur son acte de naissance, le président du tribunal ordonne, le cas échéant, que soit constatée sur les registres d'actes de mariage la cessation, pour l'avenir, des effets du mariage. Il en informe les intéressés. »

**Art. 144** : « L'homme et la femme avant seize ans révolus, ne peuvent contracter mariage. »

**Art. 145** : supprimé

**Art. 146, ajout d'un alinéa 2** : « En cas de péril imminent de mort de l'un des époux, l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage qu'après avis d'un médecin. »

**Art. 146-1** : « Tout mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert la présence des deux époux. »

**Art. 148** : « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de l'un de ceux qui ont, sur leur personne, l'exercice de l'autorité parentale.

Lorsque le mineur est placé sous tutelle, l'autorisation du conseil de famille est requise. »

**Art. 149 à 160** : supprimés

**Art. 161** : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels.

En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frère et sœur légitimes ou naturels. »

**Art. 162** : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne.

Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever la prohibition, pour des causes graves, lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée. »

**Art. 163** : « Sauf dispense octroyée par le Président de la République pour des causes graves, le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime, naturelle ou procède d'une adoption. »

**Art. 167** : « À l'occasion de l'accomplissement des formalités prénuptiales, les services de l'état civil délivrent aux futurs époux un guide juridique les informant des conséquences, d'ordre personnel et patrimonial, à leur égard et à l'égard de leurs enfants, que le mariage produit. »

**Art. 168 :** « En délivrant le certificat prénuptial, le médecin doit s'assurer que les informations communiquées au futur conjoint sont connues de l'autre, si du moins ces informations relèvent de la liste prévue à l'article L 153 du Code de la santé publique. »

**Art. 169, alinéa 2 nouveau :** « Sous réserve des dispositions de l'article 146, il peut, dans des cas exceptionnels, dispenser les futurs époux, ou l'un d'eux seulement, de la remise du certificat médical exigé par le deuxième alinéa de l'article 63. »

**Alinéa 3 nouveau :** « S'il y a péril imminent de mort de l'un des époux, l'officier de l'état civil ne peut célébrer le mariage qu'après remise d'un certificat médical attestant qu'il est sain d'esprit. »

**Art. 171 :** « Lorsque l'un des futurs époux est décédé, le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration de son mariage si le tribunal constate que ce futur époux a manifesté sans équivoque son consentement et qu'ont été accomplies les formalités officielles prévues à l'article 63 du Code civil. »

**Art. 179, alinéa 1<sup>er</sup> :** « Toute opposition doit être motivée. »

**Art. 181 :** « Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant un an depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue. »

**Art. 184 :** « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 146, (*L. n° 93-1027 du 24 août 1993*) « 146-1 », 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. »

**Art. 185 : alinéa 1 supprimé ; alinéa 2 :** « Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des d'eux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échéance de six mois. »

**Art. 190-1 :** « Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage célébré est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 du présent code, le maire ou son représentant avisent dans les huit jours le procureur de la République. Celui-ci dispose d'un mois pour demander la nullité du mariage. Il fait connaître sa décision motivée à l'autorité compétente et aux intéressés. »

**Art. 228 : supprimé**

**Art. 261 :** « Dès que la décision acquiert force de chose jugée, chacun des époux peut contracter un nouveau mariage. »

**Art. 261- 1 : supprimé**

**Art. 261-2 : supprimé**

**Art. 313-3 nouveau :** « La présomption de paternité est écartée à l'égard du premier mari de la mère quand l'enfant, né moins de trois cents jours après dissolution du premier mariage, est inscrit avec l'indication du nom du nouveau mari de la mère. »

## II LES REGIMES MATRIMONIAUX

### § 1. ANALYSE

#### I. Le régime primaire impératif

##### A. *La protection du logement de la famille*

On sait l'importance reconnue au logement dans la société contemporaine. En témoignent, notamment, le droit des incapables majeurs, le droit du divorce ou encore le droit du bail d'habitation.

L'article 215 du Code civil assure une protection efficace du logement de la famille face aux actes de disposition des droits qui l'assurent. En revanche, la jurisprudence (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juillet 1978 : D. 1979, p. 479, note Chartier ; JCP 1980, II, 19368, note Labbouz ; RTDciv. 1979, p. 585, obs. Nerson) a refusé, hors le cas de fraude, de comprendre ses dispositions comme s'opposant à la saisie du logement familial par les créanciers de l'un des époux (agissant, bien sûr, dans les limites des règles gouvernant le passif sous le régime matrimonial considéré).

La nécessité se fait pourtant sentir de protéger le logement familial à l'égard des créanciers de chacun des époux, puisque, dans la très grande majorité des cas, le logement de la famille est le seul bien, parmi ceux du ménage, présentant une certaine valeur et s'offrant dès lors aux actions des créanciers.

Rendre le bien insaisissable eut cependant été une solution dangereuse pour le crédit de la famille, par la diminution sévère du gage général des créanciers que cette solution engendrerait.

C'est pourquoi une solution plus nuancée a été retenue qui consiste à interdire au créancier personnel d'un époux de saisir le logement familial s'il n'y a eu consentement du conjoint à l'engagement qui est à l'origine de la créance.

##### B. *L'application exclusive des dispositions composant le régime primaire impératif aux époux et leur opposabilité aux tiers*

Il convient d'énoncer explicitement que les dispositions du chapitre VI relatif aux devoirs et aux droits respectifs des époux sont impérativement réservées au mariage.

Cette précision s'adresserait, d'une part, au juge qui, saisi d'un litige relatif au P.A.C.S. pourrait, le cas échéant, être tenté de s'inspirer de la réglementation du mariage pour compléter le « mini-statut » patrimonial engendré par le pacte civil de solidarité. Une telle extension des devoirs du mariage au P.A.C.S. serait évidemment contraire à la sécurité juridique et à la liberté personnelle de la plupart de ceux qui ont recours au P.A.C.S. pour échapper justement aux devoirs personnels du mariage.

Elle intéresserait, d'autre part, les particuliers qui souhaiteraient étendre le statut matrimonial au P.A.C.S. Un tel montage est à proscrire en raison du double risque qu'il recèle pour la cohérence du système juridique.

En effet, en premier lieu, il faut éviter qu'entre P.A.C.S. et mariage se multiplient des formes intermédiaires qui conduiraient à un pluralisme excessif du couple.

En second lieu, un tel montage, s'il est autorisé, permettra indirectement aux homosexuels de contracter un véritable mariage, ce que le législateur a justement voulu ne pas autoriser en votant le P.A.C.S.

Un fort courant jurisprudentiel contemporain, relatif notamment au sort des libéralités consenties par l'époux adultère à sa concubine (*Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 3 fév. 1999 : *D.* 1999, p. 267, *rapp. X. Savatier, note Langlade-O'Sughrue ; Somm. comm. p. 307, note M. Grimaldi ; JCP 1999, II, 10083, note Billiau et Loiseau*), témoigne d'un refus de reconnaître l'opposabilité aux tiers, ou par les tiers, des devoirs nés du mariage. Une telle attitude est difficilement admissible. En effet, même en abandonnant la dimension institutionnelle du mariage (ce qui serait contraire à l'état du droit positif) et en retenant une conception purement contractuelle de ce dernier, l'opposabilité aux tiers du mariage-contrat serait assurée sur le fondement des articles 1134 et 1165 du Code civil. Il convient dès lors de briser cette jurisprudence en posant explicitement, à l'article 226 du Code civil, le principe du rayonnement du statut matrimonial au-delà de la sphère des seuls époux.

## II. Établissement et changement du régime matrimonial

### A. *Information des futurs époux sur le choix du régime matrimonial*

Une information des futurs conjoints sur le choix du régime matrimonial doit être organisée. Elle devra figurer dans le guide juridique dont la remise est prévue lors de l'accomplissement des formalités prénuptiales (sur lequel, v. *supra*).

### B. *L'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial*

La réflexion doit porter tant sur le principe que sur les modalités de l'homologation judiciaire.

#### B.1. *Principe de l'homologation judiciaire*

L'homologation judiciaire est actuellement prévue et organisée par l'article 1397 du Code civil. Son utilité, voire sa légitimité sont contestées par différents auteurs et praticiens. La Convention de la Haye du 14 mars 1978 et la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux rendent son avenir très incertain.

L'homologation doit être maintenue de l'avis unanime du groupe de travail.

Des raisons de trois ordres seront avancées : raisons d'ordre symbolique, théorique, technique.

Raisons d'ordre symbolique, tout d'abord. Indivisibilité et immutabilité, affirmées en principe, caractérisent l'unité des biens, dans le temps et dans l'espace. Elles renvoient toutes deux, sur le terrain des intérêts matériels, l'image de l'union pérenne des personnes. Ce lien étroit entre les personnes et les biens imprègne fortement la conscience des juristes français depuis qu'Aubry et Rau ont systématisé la notion de patrimoine en le considérant comme indissolublement lié à la personnalité, comme une émanation de la personnalité. L'unité des biens reflète l'unité du couple qui transcende l'individualité de ses membres, voire la cohésion familiale. Altérer la première pourrait alors être compris comme affaiblir les secondes.

Raisons d'ordre théorique, ensuite. Le régime matrimonial est un système, le droit objectif de la société conjugale, composé de règles nécessairement générales et stables, sinon elles ne sont plus des règles. Les principes d'indivisibilité et d'immutabilité font, dans la conception française, le régime matrimonial. L'encadrement des volontés par la procédure d'homologation témoigne de la gravité de la mesure, de sa nature structurelle comme de son caractère exceptionnel. L'admission d'un changement de régime par une simple convention notariée, sans délai imposé, ni contrôle de la cause du changement ni homologation préservera-t-elle encore le principe d'immutabilité ?

Raisons d'ordre technique, enfin. Hébraud a, de longue date, démontré la nature juridictionnelle des décisions rendues en matière gracieuse. La convention notariée, absorbée par la décision d'homologation, profite de la stabilité de cette dernière, échappant ainsi à une remise en cause ultérieure par une action dirigée contre elle. Le contrôle *a priori* épuise le contentieux *a posteriori*<sup>1</sup> et garantit la stabilité de la situation juridique. De plus, le regard du juge sur l'apport privé permet de purger les vices du consentement comme de démanteler d'éventuelles combinaisons frauduleuses. Mieux, la perspective du contrôle peut conduire les époux à renoncer à les monter.

En outre, la libération des volontés individuelles risque de conduire à des règlements de compte extrêmement compliqués lors de la dissolution finale du mariage, le risque étant que les différents changements de régime ne soient pas suivis d'une liquidation effective.

---

<sup>1</sup> Les époux ou d'éventuels opposants peuvent simplement interjeter appel de la décision, les premiers en cas de refus d'homologation, les seconds au cas contraire. Quant aux créanciers, « *s'il a été fait fraude à leurs droits, ils pourront former tierce opposition contre le jugement d'homologation* », dans les conditions des articles 1303 et 1298 du Nouveau code de procédure civile. On n'omettra pas enfin, les possibilités — limitées — d'action des créanciers contre un partage, consécutif au changement de régime, réalisé sans opposition de leur part : action paulienne, en de rares hypothèses, action oblique en rescision pour lésion. V. J. Flour et G. Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, coll. U, n° 208.

La Cour de cassation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 1997, *D.* 1997, p. 273, rapport X. Savatier) a certes, ouvert une brèche en déclarant recevable l'action en nullité dirigée contre la convention par le fils naturel de l'un des conjoints dont l'existence avait été dissimulée au juge. Cette jurisprudence, pragmatique, pourrait fort bien demeurer isolée, puisqu'elle n'est que la conséquence d'une lecture trop étroite livrée par la Cour régulatrice de l'article 1527 alinéa 2 du Code civil, la Cour refusant le bénéfice de l'action en retranchement au bénéfice des enfants naturels (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 1982 : *D.* 1983, p. 19, note Beaubrun ; *JCP* 1983, II, 20018, note Henry). La modification de l'article 1527 du Code civil sera ultérieurement proposée.

## **B.2. Modalités de l'homologation judiciaire**

### a. L'avis des enfants

Il a semblé au groupe de travail que le juge n'avait pas à prendre l'initiative de recueillir l'avis des enfants.

### b. Subordination du changement de régime matrimonial à la liquidation du régime précédent

Afin d'éviter les difficultés lors de la dissolution du mariage, il est nécessaire de subordonner le changement de régime matrimonial à la liquidation du régime précédent. L'article 1397 du Code civil doit prévoir que le changement de régime matrimonial ne peut produire effet qu'après publicité consécutive aux opérations de liquidation et de partage du précédent régime.

Les dispositions du N.C.P.C. relatives à l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial doivent également prévoir que la publicité du changement de régime matrimonial est subordonnée à la délivrance d'une attestation notariée de clôture des opérations de liquidation et de partage.

### c. Recours des créanciers en cas de changement de régime fait en fraude à leurs droits

On peut déplorer le délai trop bref laissé aux créanciers pour former tierce-opposition contre le jugement d'homologation, alors que, le plus souvent, la fraude ne se matérialisera que dans le partage consécutif au changement. La solution légale encourage, de plus, la jurisprudence à ouvrir plus largement les possibilités de recours contre le partage lui-même, au détriment de l'impérative stabilité qui doit entourer cet acte complexe.

C'est pourquoi il est nécessaire d'assouplir les conditions de la tierce-opposition en autorisant les créanciers à agir pendant un délai de six mois à compter de la découverte de la fraude.

### d. Décision d'homologation

Dans l'intérêt des demandeurs et de leur famille, il convient de fixer un délai dans lequel le tribunal de grande instance devra statuer sur la demande d'homologation, à l'image du délai imposé au dit tribunal pour prononcer sur la demande en mainlevée d'une opposition à mariage. Il paraît raisonnable de fixer ce délai à quinze jours.

### e. Sort des articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil

Les articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil ont été intégrés dans le Code civil par la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997. Transposant et dénaturant la Convention de La Haye, ils reflètent une conception du régime matrimonial à laquelle l'esprit français est hostile.

Rompant avec le principe d'indivisibilité et d'immutabilité du régime matrimonial, la Convention de La Haye elle-même, qui instaure, de plus, un dispositif d'une trop grande complexité, suscite aujourd'hui les critiques de la doctrine et l'inquiétude des praticiens.

C'est pourquoi il est proposé de supprimer les articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil et de dénoncer la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

f. Les avantages matrimoniaux

C'est tant la protection des enfants naturels que la question de la perte des avantages matrimoniaux par l'un des époux qui imposent de redéfinir les termes de l'article 1527 du Code civil.

**C. *La protection des enfants naturels***

Aux termes de l'article 1527 du Code civil, « Les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes, ne sont point regardées comme des donations

Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre des « donations entre vifs et des testaments », sera sans effet pour tout l'excédent ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs quoique inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants d'un précédent lit. »

L'article 1527, alinéa 2, s'il garantit une efficace protection des enfants d'un précédent mariage, ne bénéficie pas aux enfants naturels de l'un des conjoints, compte tenu d'une jurisprudence refusant de le leur étendre (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 1982 : D. 1983, p. 19, note Beaubrun ; JCP 1983, II, 20018, note Henry). Une telle solution n'est guère satisfaisante.

L'interprétation étroite de l'article 1527, alinéa 2 et le refus d'une extension analogique emporte comme conséquence que la protection des enfants naturels est abandonnée au juge de l'homologation qui peut refuser d'entériner une convention notariée comportant des avantages matrimoniaux en présence d'un enfant naturel. Seulement, les enfants naturels restent sans protection contre un avantage matrimonial figurant dans les conventions matrimoniales initiales. De plus, l'inapplicabilité de l'article 1527, alinéa 2 a obligé la Cour de cassation à accueillir l'action en nullité dirigée par l'enfant naturel contre la convention notariée de changement de régime, lorsque l'existence de l'enfant avait été dissimulée au juge, ce qui affecte la cohérence de la matière gracieuse.

C'est pourquoi il convient d'étendre aux enfants naturels la protection réservée aujourd'hui aux enfants légitimes.

#### **D. *La perte des avantages matrimoniaux***

L'avantage matrimonial n'étant pas constitutif d'une libéralité, nulle disposition ne vient priver l'époux indigne de son bénéficiaire. Il semble pourtant que l'époux qui aurait été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son conjoint devrait perdre de plein droit ses avantages matrimoniaux. Une telle perte de plein droit doit être expressément posée dans l'article 1527 du Code civil.

##### **a. *Le régime légal***

Le régime légal, tel qu'organisé par la loi, donne aujourd'hui, globalement, satisfaction. La seule réserve concerne la question du passif de la communauté, certaines dispositions relatives au droit à récompense ainsi qu'à l'obligation et la contribution au passif après la dissolution.

#### **E. *Sur la composition passive de la communauté***

Le passif commun est sans doute défini de manière trop large. En raison de ce danger, les époux dont l'un exerce une activité professionnelle à risque recourent au régime de la séparation de biens, régime qui risque pourtant, soit d'être inique pour l'époux qui n'exerce pas d'activité professionnelle, soit d'être inefficace si les époux pallient ce risque d'iniquité en associant celui qui ne travaille pas à l'enrichissement de l'autre au moyen d'une indivision. Ou encore, les époux recourent au droit des sociétés qu'ils instrumentalisent dangereusement.

Les conditions de saisie d'un bien commun pourraient être revues afin de protéger le conjoint du débiteur, et plus généralement, la famille de ce dernier.

L'idée la plus simple a été de protéger la communauté contre le passif professionnel d'un époux. A cette fin ont été imaginés des bénéfices de discussion et de spécialité. Actuellement, l'article 1413 prévoit en-effet que la communauté répond des dettes dont chaque époux est tenu. En s'inspirant du droit du cautionnement et du bénéfice d'émolument, le dispositif envisagé consiste à ajouter aux dispositions de l'article 1413 un alinéa 2 (descendu à l'article 1414) relatif aux dettes professionnelles, qui constituent une exception au principe de poursuite sur les biens communs du paiement des dettes dont chaque époux pourrait être tenu. Le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engagerait que la moitié de la communauté, à moins que l'engagement qui l'a fait naître n'ait été contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint, ce consentement n'ayant pas pour conséquence de l'obliger personnellement.

Afin de sanctionner efficacement cette règle, un bénéfice de spécialité serait offert au conjoint du débiteur qui n'aurait pas consenti à la dette et lui permettrait de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié de la valeur de la communauté.

Ces bénéfices de discussion et de spécialité n'entraînent pas dissolution du régime matrimonial, si bien que les dispositions de l'article 1441 du Code civil n'ont pas à être modifiées.



Ce nouveau dispositif, combiné à la protection accrue du logement familial, garantie par le régime primaire impératif, et renforcé par les dispositions du Code de la consommation, rend inutile le maintien de l'article 1415 du Code civil qui constitue un excès de protection.

Le besoin de réformer le régime de l'obligation à la dette pourrait être discuté : le système actuel présente en effet l'immense mérite de la simplicité. Il est vrai, cependant, que la présente proposition réintroduirait un élément de simplicité en rendant inutile la disposition de l'article 1415 du Code civil.

L'attention du groupe de travail a été, de plus, appelée sur le risque que présente la disposition proposée car elle pourrait inciter les créanciers à recourir de manière abusive au cautionnement. La question soulevée est plus générale. Il s'agit de se prononcer sur la nécessité de cantonner dans des limites raisonnables le recours aux sûretés personnelles. Sans doute serait-il opportun d'instaurer, dans le titre XVIII du Livre III du Code civil, un principe de subsidiarité des garanties personnelles.

#### ***F. Sur le droit à récompense au profit du patrimoine propre***

Aux termes d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, et malgré les dispositions de l'article 1433 du Code civil, il ne suffit pas, pour établir le droit à récompense du patrimoine propre, de prouver que la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un bien propre (voir notamment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 déc. 1995 : Bull. civ. I, n° 444).

Cette solution, qui aboutit à une véritable « spoliation » des patrimoines propres, pour reprendre l'expression d'un auteur, doit être abandonnée. Ceci justifie une réécriture de l'article 1433 indiquant expressément que le seul fait que la communauté ait encaissé des deniers propres ou provenant d'un propre sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi suffit à établir le droit à récompense au profit du patrimoine appauvri.

#### ***G. Sur l'obligation et la contribution au passif après la dissolution***

Il convient ici de tirer les conséquences des modifications apportées aux dispositions détaillant la composition passive de la communauté en cours de régime.

Quant à l'obligation à la dette, il convient de modifier l'article 1483 du Code civil pour faire échapper le conjoint du débiteur aux poursuites des créanciers professionnels et ce, dès la dissolution.

Quant à la contribution à la dette, il convient de modifier l'article 1485 afin que le conjoint qui s'est professionnellement endetté sans le consentement exprès de son conjoint supporte seul, définitivement, le poids de la dette.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

1- Compléter les dispositions de l'article 215 du Code civil pour subordonner l'engagement, par un époux, des droits assurant le logement de la famille à l'autorisation expresse de l'autre conjoint.

2- Réserver expressément aux seuls époux l'application des dispositions constitutives du régime primaire impératif et poser explicitement le principe de leur opposabilité aux tiers.

3- Assurer, dans le guide juridique remis par les services de l'état civil aux futurs époux lors de l'accomplissement des formalités prénuptiales, l'information des époux sur le choix de leur régime matrimonial.

4- Maintenir le principe de l'homologation judiciaire de la convention notariée de changement de régime matrimonial.

5- Imposer au Tribunal de Grande Instance un délai de quinze jours pour statuer sur la demande d'homologation de la convention modificative.

6- Refuser au juge l'initiative de recueillir l'avis des enfants en cours de procédure d'homologation tout en laissant à ces derniers la possibilité de demander l'audition.

7- Insérer un alinéa 3 nouveau à l'article 1397 du Code civil aux termes duquel « un changement de régime matrimonial ne pourra produire effet qu'après publicité consécutive aux opérations de liquidation et de partage du précédent régime. »

8- Insérer un alinéa 2 nouveau à l'article 1303 du N.C.P.C. aux termes duquel « la publicité du changement de régime matrimonial est subordonnée à la délivrance d'une attestation notariée de clôture des opérations de liquidation et de partage. »

9- Assouplir les conditions de la tierce-opposition en autorisant les créanciers à la former pendant un délai de six mois à compter de la découverte de la fraude.

10- Réserver l'hypothèse de l'action en révision conformément au droit commun.

11- Supprimer les articles 1397-2 à 1397-6 du Code civil.

12- Dénoncer la Convention de la Haye du 14 mars 1978.

13- Étendre aux enfants naturels la protection aujourd'hui réservée aux enfants légitimes par l'article 1527 alinéa 2 du Code civil.

14- Retenir le principe de la perte de plein droit de ses avantages matrimoniaux pour l'époux condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son conjoint.

15- Définir plus étroitement la composition passive de la communauté en limitant l'engagement de cette dernière en cas de dettes professionnelles contractées par l'un des conjoints sans le consentement de l'autre.

16- Reconnaître au conjoint du débiteur, afin de garantir l'efficacité de la règle précédente, un bénéfice de spécialité lui permettant de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié en valeur de la communauté.

17- Supprimer l'article 1415 actuel. Remplacer ses dispositions par celles de l'actuel article 1414. Instaurer, dans le Titre XVIII du Livre III du Code civil, un principe de subsidiarité des garanties personnelles.

18- Modifier la rédaction de l'article 1433 du Code civil pour reconnaître un droit à récompense au profit du patrimoine propre du seul fait que la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un bien propre.

19- Prévoir la possibilité pour le conjoint du débiteur qui s'est endetté sans son consentement d'opposer le bénéfice de spécialité, après dissolution du mariage, aux créanciers professionnels.

20- Modifier les règles de contribution à la dette, après dissolution du régime, pour les seules dettes professionnelles contractées sans le consentement du conjoint.

### §3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES

**Article 215 nouveau :** (*Loi n° 70-459 du 4 juin 1970*) « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. »

(*L. n° 75-617 du 11 juill. 1975*) « La résidence de la famille est au lieu qu'ils fixent d'un commun accord. »

(*L. n° 65-670 du 13 juill. 1965*) « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation : l'action en nullité lui est ouverte dans l'année à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus d'un an après que le régime matrimonial s'est dissous. »

« Aucun des époux ne peut engager les droits assurant le logement de la famille par un contrat, à moins que celui-ci n'ait été conclu avec l'autorisation expresse de l'autre conjoint. »

**Art. 226 nouveau :** « Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elles ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales, sont applicables aux seuls époux, par le seul effet du mariage, quel que soit leur régime matrimonial.

Elles sont opposables aux tiers. »

**Article 1397 nouveau :** « Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de la modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile.

Le juge n'est pas tenu de recueillir l'avis des enfants, sauf si ces derniers le demandent.

Le tribunal de grande instance statuera dans les quinze jours sur la demande d'homologation formée par les époux.

Toutes les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié doivent être appelées à l'instance en homologation ; mais non leurs héritiers, si elles sont décédées.

Un changement de régime matrimonial ne peut produire effet qu'après publicité consécutive aux opérations de liquidation et de partage du précédent régime.

Le changement homologué a effet entre les parties à dater du jugement et, à l'égard des tiers, trois mois après que la mention en aura été portée en marge de *l'un et de l'autre exemplaire* de l'acte de mariage. Toutefois, en l'absence même de cette mention, le changement n'en est pas moins opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré avoir modifié leur régime matrimonial.

Il sera fait mention du jugement d'homologation sur la minute du contrat de mariage modifié.

La demande et la décision d'homologation doivent être publiées dans les conditions et sous les sanctions prévues au Code de procédure civile ; en outre, si l'un des époux est commerçant, la décision est publiée dans les conditions et sous les sanctions prévues par les règlements relatifs au registre du commerce.

Les créanciers, s'il est fait fraude à leurs droits, pourront former tierce opposition pendant un délai de six mois à compter de la découverte de la fraude. Dans les autres cas, seule l'action en révision est ouverte conformément à l'article 595 du N.C.P.C. »

**Art. 1397-2 à 1397-6 : supprimés**

**Art. 1414 nouveau :** « Toutefois, le paiement des dettes professionnelles d'un époux n'engage que la moitié de la communauté, à moins qu'elles n'aient été contractées avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. À cet effet, chaque époux a un bénéfice de spécialité, lui permettant de s'opposer à une saisie de biens communs excédant la moitié en valeur de la communauté. L'époux bénéficiaire peut alors, dans un délai de huit jours, soit indiquer au créancier saisissant, sur quels autres biens il peut exercer des poursuites, soit provoquer le partage, même partiel, de la communauté, qui doit alors être réalisé dans un délai raisonnable. A défaut, le créancier recouvre l'intégralité de son droit de gage. »

**Art. 1415 nouveau :** « Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220.

Lorsque les gains et salaires sont versés à un compte courant ou de dépôt, ceux-ci ne peuvent être saisis que dans les conditions définies par décret. »

**Art. 1433 nouveau :** « La communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres. Le seul fait qu'elle ait encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi est suffisant.

Si une contestation est élevée, la preuve que la communauté a tiré profit de biens propres peut être administrée par tous moyens, même par témoignages et présomptions. »

**Art. 1483 nouveau :** « Chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint.

(*L. n° 85-1372 du 23 déc. 1985*) Après le partage et sauf le cas de recel, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de son émolument pourvu qu'il y ait eu inventaire, et à charge de rendre compte tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage ainsi que du passif commun déjà acquitté.

Toutefois, seul l'époux débiteur peut être poursuivi pour les dettes professionnelles qu'il a contractées sans le consentement exprès de son conjoint. Le bénéfice de spécialité prévu à l'article 1413 produit ses effets sur les biens indivis dès la dissolution. »

**Art. 1485 nouveau :** « Chacun des époux contribue pour moitié aux dettes de communauté pour lesquelles il n'était pas dû de récompense, ainsi qu'aux frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage.

Il supporte seul les dettes qui n'étaient devenues communes que sauf récompense à sa charge.

L'époux qui a contracté des dettes professionnelles sans le consentement exprès de son conjoint supporte seul le poids de ces dettes. »

**Art. 1527 alinéa 2 :** remplacer l'expression « les enfants d'un premier mariage » par l'expression « les enfants d'un premier lit ».

**Ajouter un alinéa 3 :** « L'époux condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort à son conjoint perdra de plein droit tous ses avantages matrimoniaux. »

**Article 1303 du N.C.P.C. modifié :** les alinéas 2 à [et] 3 de l'article 1292, les articles 1293 à 1296 et l'article 1298 sont applicables à l'homologation d'un changement de régime matrimonial.

En application de l'article 1397 du Code civil, la publicité du changement de régime matrimonial est subordonnée à la délivrance d'une attestation notariée de clôture des opérations de liquidation et de partage.

### **III- LE DIVORCE**

#### **§ 1. ANALYSE**

##### **I. Les cas de divorce**

##### ***A. Le divorce sur demande conjointe***

##### ***A.1. Dénomination***

Il paraît opportun de placer les dispositions relatives à ce divorce (les articles 230 à 232 C. civ.) sous l'intitulé : « Du divorce sur requête conjointe », ce, dans la perspective d'une clarification de la distinction des deux cas de divorce par consentement mutuel (v. *infra*, le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre).

##### ***A.2. Procédure***

##### **a. Sur l'irrecevabilité de la demande au cours des six premiers mois de mariage**

Le groupe de travail a jugé indispensable de maintenir cette disposition. L'entrave à la liberté des époux est faible et sa contrepartie symbolique essentielle. Par cet élément du droit du divorce, c'est le caractère sérieux de l'engagement en mariage qui est affirmé.

##### **b. Sur la représentation des époux**

La faculté laissée aux époux de se faire représenter par un seul avocat, choisi d'un commun accord (C. civ., art. 230, al. 2) est discutée, même si elle ne semble pas poser de difficulté dans la pratique.

Il serait sans doute préférable que chacun des conjoints se fasse représenter par son propre avocat. La mise en œuvre d'une telle règle, son impact financier notamment, susciterait cependant des difficultés pratiques, encore que l'on puisse suggérer de transposer au divorce sur requête conjointe les principes retenus dans la pratique notariale lorsque deux notaires interviennent à un même acte.

L'enjeu financier a cependant convaincu le groupe de travail de proposer de conserver à la représentation par deux avocats son caractère facultatif.

##### **c. Sur la double comparution des époux**

En 1975, le législateur, soucieux d'assurer la réalité et le sérieux du consentement des époux, a imposé une double comparution des époux devant le juge. Les deux étapes obligées de la procédure permettent, en outre, au juge de vérifier le respect par les époux des termes de la convention temporaire et d'en tenir compte dans son appréciation des termes de la convention définitive.

Le rapport<sup>2</sup> de la commission présidée par Madame le Professeur Dekeuwer-Defossez a montré que, dans un grand nombre de cas, l'utilité de la seconde comparution apparaissait douteuse en pratique.

En conséquence, il avait été proposé par le groupe de limiter la seconde audience aux cas dans lesquels elle est nécessaire, c'est-à-dire lorsque le règlement des intérêts pécuniaires n'apparaît pas définitivement achevé et/ou lorsque le juge estime que les mesures relatives aux enfants ne paraissent pas prévues de manière satisfaisante.

En revanche, le groupe de travail avait proposé d'écarter la nécessité d'une seconde audience lorsque la volonté des époux s'avérait « ferme et éclairée »<sup>3</sup> et que les effets du divorce avaient été envisagés de manière globale.

La difficulté consiste toutefois, comme cela a été souligné lors du forum, à déterminer les critères au vu desquels, au début même de la procédure, il serait possible de se suffire d'une seule comparution. S'en tenir à l'absence de biens ou d'enfants n'est en effet en rien le signe d'un accord réel suffisant. De plus, de tels critères ne peuvent jouer sans réserver la possibilité pour le juge d'imposer une seconde comparution. Ceci suppose une convention temporaire que les époux n'auront, par hypothèse, pas établie.

A ce premier argument pratique, difficilement contournable, s'ajoute un argument symbolique, auquel de nombreux magistrats ont dit être sensibles, tenant à la nécessité d'assurer une solennité minimale pour la dissolution du lien, fût-ce d'un commun accord.

Enfin un troisième argument, tant théorique que pratique, achève de convaincre de la nécessité du maintien de la double comparution. Les avocats et magistrats présents lors du forum ont en effet insisté sur l'importance de cette double comparution pour assurer la qualité du consentement des époux. Elle permet ainsi de protéger un époux vulnérable qui se serait associé à une demande en divorce sous l'influence de son conjoint et qui, entre les deux comparutions, pourrait être placé sous sauvegarde de justice pour être soustrait à une telle influence.

Le groupe de travail conclut dès lors à la nécessité de maintenir la double comparution dans le divorce sur requête conjointe.

#### d. Les omissions dans la convention définitive

Il a semblé nécessaire de distinguer l'hypothèse où l'omission d'un bien ou d'une dette était le fruit de l'intention frauduleuse de l'un des époux des autres hypothèses. Pour ces dernières en effet, les solutions dégagées en jurisprudence semblent satisfaisantes.

L'opposition entre la Première et la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation paraît en voie de résorption et les thèses de la première, qui préviennent tout blocage préjudiciable, semblent s'imposer.

Lorsque l'intention frauduleuse de l'un des époux est établie, les dispositions de l'article 1477 du Code civil propres au recel des effets de la communauté ont vocation à s'appliquer. Il

---

<sup>22</sup> *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, sous la direction de Françoise Dekeuwer-Defossez, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Collection des rapports officiels, La documentation française, Paris, 1999, p. 117-118.

<sup>3</sup> *Rénover le droit de la famille, op. cit.*, p. 117.



convient en revanche d'étendre le champ d'application de ce texte au passif, en faisant assumer définitivement le poids de la dette commune par celui qui en aurait sciemment dissimulé l'existence.

## **B. Le divorce sur double aveu**

### **B.1. Dénomination**

Il est proposé de désigner ce cas de divorce par l'expression « divorce sur double requête »

Celle actuellement retenue par le Code civil (« Divorce demandé par un époux et accepté par l'autre ») trahit son essence. Quant à l'expression « divorce sur double aveu », suggérée par l'article 1135 du Nouveau Code de procédure civile, elle implique un raisonnement en terme de culpabilité. Il conviendrait d'ailleurs de supprimer la référence à l'aveu dans l'article 1135 NCPC.

L'expression proposée, parallèlement à celle retenue pour le divorce sur demande conjointe, permettrait d'établir simplement la distinction des deux cas de divorce. Dans l'un, les deux époux s'associent à la demande, dans l'autre, un époux demande le divorce, son conjoint le fait ensuite.

L'objection consistant à invoquer le fait qu'il n'existe qu'une seule requête en divorce, la requête initiale, ne suffit pas à écarter cette proposition : il est tout à fait possible de considérer que le mémoire en retour, voire la seule approbation du contenu du mémoire de l'époux qui a pris l'initiative du divorce constitue une requête en divorce.

### **B.2. La référence aux torts des époux**

Aux termes de l'article 234 du Code civil, « *si l'autre époux reconnaît les faits devant le juge, celui-ci prononce le divorce sans avoir à statuer sur la répartition des torts. Le divorce ainsi prononcé produit les effets d'un divorce aux torts partagés.* »

Cet article fait, à deux reprises, référence aux torts des époux. L'aveu des époux n'est pourtant pas l'aveu de torts, mais bien le constat de la faillite du mariage. Il importe dès lors de supprimer toute référence aux torts des époux dans l'article 234 du Code civil. Qu'en revanche il soit indiqué que le divorce produit les effets d'un divorce aux torts partagés n'est pas gênant. C'est ici une analogie légale.

### **B.3. La procédure du divorce**

Les articles 1129 et suivants du NCPC détaillent la procédure du divorce sur double requête. Le constat judiciaire d'une double volonté de divorcer est opéré à partir de l'examen des mémoires établi par chacun des conjoints. Il convient de maintenir le caractère écrit des déclarations des époux. On ne peut en effet soulager la procédure de ce préalable, par exemple en admettant la possibilité d'un simple acquiescement devant le juge, en raison de la gravité de la décision prise.



## ***C. Le divorce pour rupture de la vie commune***

### ***C.1. Durée de la séparation de fait ou de l'altération des facultés mentales***

La durée de six ans, aujourd'hui retenue aux articles 237 et 238 du Code civil est sans doute trop longue. Cependant, elle ne doit pas être réduite à l'excès, excès qui conduirait à s'interroger sur la nécessité même du maintien des autres cas de divorce. Le groupe de travail propose un délai de quatre ans, tout en étant conscient du caractère arbitraire de ce choix et du fait que d'autres droits retiennent un délai plus court de trois ans.

### ***C.2. Maintien du devoir de secours après divorce.***

Le groupe de travail est favorable au maintien unilatéral du devoir de secours après divorce obtenu pour rupture de la vie commune. La rupture du lien est imputable au demandeur. Il est logique qu'il continue d'assumer le devoir de secours, le défendeur n'étant en rien responsable ni de son état de santé, ni de l'abandon du domicile conjugal par l'autre.

Il n'est pas possible de tirer argument du divorce aux torts exclusifs dans lequel le devoir de secours disparaît : dans le divorce pour rupture de la vie commune, en effet, c'est le demandeur lui-même qui souhaite la rupture du lien alors qu'il n'a rien à reprocher à l'autre.

Quant à la disparition du devoir de secours en cas de divorce aux torts partagés, elle s'explique aussi : dans le divorce sur double requête, ce sont les deux époux qui demandent le divorce, il est donc logique que le devoir de secours disparaisse à leur égard ; dans le divorce pour faute, le partage des torts établit que chacun des époux a commis une faute cause de la dissolution du mariage. Il n'est donc pas aberrant qu'ils ne puissent plus se prévaloir des effets du mariage.

Eu égard à la conception justement extensive du devoir de secours adoptée par la jurisprudence, il n'est pas souhaitable de faire coexister la prestation compensatoire avec la pension alimentaire. Il serait opportun, en revanche, de préciser, dans l'article 282 du Code civil, que la finalité de la pension alimentaire est de tendre au maintien du niveau de vie du défendeur.

## ***D. Le divorce pour faute***

### ***D.1. Maintien du divorce pour faute***

Le divorce pour faute doit être maintenu.

Certes, d'un point de vue théorique, la sanction d'une faute en mariage peut être assurée par le droit pénal ou le droit de la responsabilité civile. Toutefois, la nature spéciale des devoirs de mariage impose une sanction propre au droit familial. De plus, s'en remettre au droit pénal ou au droit de la responsabilité civile est paradoxal, pour qui souhaite dédramatiser le divorce.

Le divorce pour faute est utile, et il serait erroné d'arguer du fait que les torts seraient toujours partagés pour soutenir l'idée de sa disparition. De plus, s'il peut être opportun de dédramatiser le droit du divorce, il ne l'est peut-être pas de dédramatiser – donc de banaliser –

le divorce lui-même. La vérité sur les torts comme l'établissement de ces derniers pourraient, de plus, n'être pas destructurante pour l'enfant.

Dans une perspective de dédramatisation du droit du divorce, on pourrait introduire dans le Nouveau code de procédure civile la solution jurisprudentielle actuelle selon laquelle l'auteur de la requête initiale pourrait ne pas y invoquer de griefs.

Le maintien du divorce pour faute devrait, en outre, s'accompagner d'une plus grande ouverture à la médiation. On pourrait ainsi donner au juge le pouvoir de provoquer une médiation. Cette mesure, dont l'intérêt est évident en cas de divorce pour faute, mais également en cas de divorce pour rupture de la vie commune pourrait dès lors être intégrée dans le Code civil, dans la section II du Chapitre II, actuellement intitulée « De la conciliation » et dont le titre deviendrait « De la conciliation et de la médiation ».

Le parallèle avec le P.A.C.S. conforte cette position. La faute commise par l'un des partenaires au préjudice de l'autre n'entraîne, on le sait, que la responsabilité civile du fautif. Etendre cette solution aux gens mariés conduirait à gommer la spécificité du mariage par rapport au P.A.C.S., ce qui n'est pas souhaitable.

### ***D.2. Autonomie du cas de divorce de l'article 243 C. civ***

Aux termes de l'article 243 du Code civil, « *il – le divorce – peut être demandé par un époux lorsque l'autre a été condamné à l'une des peines prévues par l'article 131-1 du Code pénal.* »

La jurisprudence a consacré l'autonomie de ce cas, décidant que la constatation de la condamnation définitive suffisait à justifier le prononcé du divorce sans que le juge ait à rechercher si les deux conditions de l'article 242 du Code civil étaient ou non remplies. L'autonomie reconnue à ce cas de divorce paraît aujourd'hui très difficilement justifiable. Il est dès lors proposé de supprimer ce cas spécifique de divorce pour faute et de se satisfaire, en toute hypothèse, de la définition générale de la faute donnée à l'article 242 du Code civil.

### ***D.3. Incidences de la faute sur les conséquences du divorce***

Il ne paraît pas souhaitable de détacher, plus que cela est déjà fait, les conséquences du divorce de l'attribution des torts. Ainsi, il convient de préserver l'incidence de la faute sur l'octroi de la prestation compensatoire, continuer donc, à refuser toute prestation à l'époux seul coupable. Plusieurs éléments concourent au maintien d'une telle solution.

Admettre qu'une prestation compensatoire puisse être attribuée à l'époux exclusivement fautif reviendrait à autoriser celui auquel est imputable la cause de la dissolution du mariage à continuer à se prévaloir de l'un des effets du mariage, la solidarité patrimoniale des époux. Cette solution, qu'on l'envisage dans une logique de responsabilité ou dans une logique de justice, est choquante.

Il convient ensuite de ne pas prêter une trop grande considération à l'argument selon lequel le maintien d'une incidence de la faute sur les effets du divorce contribuerait à alimenter un débat, celui sur les torts, qui dramatiserait le divorce et qu'en évitant un tel

débat, on rendrait la dissolution du mariage humainement moins douloureuse. Cet argument est, en effet, discutable.

- En premier lieu, est-il souhaitable d'éliminer un débat dont un auteur a dit à juste titre qu'il pouvait avoir « une vertu psychothérapeutique »<sup>4</sup> (il est psychologiquement important pour un conjoint victime de se faire entendre par la justice) ?

- En deuxième lieu, est-il possible de supprimer le caractère dramatique du divorce, qui signe par hypothèse l'échec d'un couple ?

- En dernier lieu, comment ne pas voir que cette indifférence de la faute dans le droit spécial du divorce serait contrebalancée par l'apparition d'un autre contentieux, fondé sur une responsabilité civile de droit commun, contentieux relevant du tribunal de grande instance et qui pourrait survenir à tout moment, ce qui heurte de plein fouet la politique de concentration des effets du divorce ?

#### **D.4. Neutralisation des fautes**

L'article 245 du Code civil, en son alinéa 1<sup>er</sup>, dispose que « *les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce...peuvent...enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce* ». Le dispositif autorise la neutralisation des fautes réciproques. Cette neutralisation est discutable. Quand elle opère, en effet, le mariage est maintenu alors qu'ont été judiciairement constatées des fautes, causes de divorce au sens de l'article 242 du Code civil. Elle évoque le mécanisme d'exception d'inexécution, mécanisme du droit commun des obligations, dont on peut douter de la place dans le droit du mariage. Enfin, l'argument de la faveur au mariage, au soutien de cette neutralisation, n'est guère pertinent, puisqu'il véhicule le concept de mariage-sanction, concept étranger à nos traditions juridiques et déjà dénoncé dans le cadre de l'article 190-1 du Code civil (v. *supra*).

C'est pourquoi il est proposé d'abandonner le dispositif de neutralisation des fautes réciproques.

#### **E. Le système de passerelle entre les différents cas de divorce**

L'article 246 du Code civil offre aujourd'hui aux époux, engagés dans un divorce totalement ou partiellement contentieux et « *tant qu'aucune décision sur le fond n'aura été rendue* », de demander au juge aux affaires familiales de constater leur accord et d'homologuer le projet de convention réglant les conséquences du divorce.

Ce système de passerelle, témoin de la faveur du législateur pour le divorce sur requête conjointe, doit être favorisé, notamment en autorisant le passage de la procédure contentieuse à la procédure gracieuse même en appel

---

<sup>4</sup> L'expression est empruntée au doyen Jean CARBONNIER.

## **II.- La procédure du divorce**

### **A. Suspension de la solidarité ménagère**

Le principe de l'obligation solidaire des époux, posé à l'article 220 du Code civil, demeure, aujourd'hui, pendant l'instance en divorce. Conformément à l'article 262 du Code civil, les tiers peuvent s'en prévaloir jusqu'au jour où les formalités de mention du jugement de divorce en marge prescrites par les règles de l'état civil auront été accomplies.

Cette solution peut être jugée rigoureuse pour les époux. Il n'a pourtant pas paru souhaitable de la remettre en cause en posant le principe d'une suspension de plein droit de la solidarité ménagère pendant la procédure de divorce.

Tout d'abord, une telle suspension paralyserait l'application des règles composant le régime primaire impératif alors que les époux sont encore mariés.

De plus, elle serait susceptible de constituer un procédé de fraude aux droits des tiers, notamment des créanciers. On ne peut en effet exclure un risque de connivence entre époux et de divorce simulé.

### **B. Preuves**

Les dispositions relatives aux preuves, comprises dans le chapitre II du titre VI consacré à la procédure du divorce, sont aujourd'hui sujettes à critiques. On sait qu'aux termes de l'article 259-1 du Code civil, « un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude ». Entre le droit au respect de la vie privée dont chacun est titulaire et le droit à la preuve du conjoint, la Cour de cassation a choisi, s'opposant à ce que les juges du fond écartent des débats des correspondances d'un époux adressées à des tiers, voire son journal intime au seul motif que leur production porterait atteinte à la vie privée de leur auteur. Seul le procédé blâmable d'obtention de ces documents s'opposerait à ce que ces éléments soient versés aux débats.

La Cour de cassation livre ainsi une interprétation extensive de l'article 259-1, acceptant d'inclure le journal intime dans ses prévisions alors qu'une lecture étroite de cette disposition exorbitante pouvait être plus justifiée.

La solution posée se heurte à la résistance de nombreuses juridictions du fond. Enfin, on ne négligera pas le risque d'une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est dès lors proposé de durcir les conditions de recevabilité de ces modes de preuve, en les soumettant au régime actuel des constats dressés à la demande d'un époux. Techniquement, cette réforme passerait par la réunion en une seule disposition des articles 259-1 et 259-2 du Code civil. Cette disposition a sa place dans l'article 259 et en constituerait l'alinéa 2.

### **C. Tronc commun procédural**

L'institution d'un « tronc commun procédural » préconisé par Madame le Professeur Dekeuwer-Defossez<sup>5</sup> applicable aux trois formes de divorce demandées par un époux, permettrait d'éviter d'obliger les époux à énoncer la cause de divorce dans leur requête initiale et donc de retarder au plus la cristallisation du litige. Ainsi il pourrait être procédé aussitôt à l'audience de conciliation.

### **III. Les conséquences du divorce**

#### **A. Les conséquences extra-patrimoniales du divorce**

L'analyse de la jurisprudence contemporaine montre que les hypothèses d'abus par l'époux qui conserve, après divorce, le droit d'user du nom patronymique de son conjoint ne sont pas marginales.

On discute, aujourd'hui, des prérogatives qui peuvent être reconnues au juge afin de lutter contre de tels abus. C'est pourquoi il serait opportun de prévoir expressément, dans l'article 264 du Code civil, la possibilité pour le juge de prescrire toute mesure propre à prévenir ou faire cesser l'usage abusif par l'un des époux du nom de l'autre.

#### **B. Les conséquences patrimoniales du divorce**

##### **B.1. La prestation compensatoire**

Aux termes de l'article 270 du Code civil, « Sauf lorsqu'il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l'article 212 du Code civil ; mais l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ».

C'est tant la fin du devoir de secours que la fixation de la prestation compensatoire qui appellent l'analyse

##### **a. La fin du devoir de secours.**

Il semble naturel de poser en principe que le devoir de secours, élément du statut matrimonial, disparaît avec le mariage, sous la réserve, qui doit être maintenue (v. *supra*), de son maintien au seul profit de l'époux qui subit le divorce pour rupture de la vie commune.

La suppression du devoir de secours peut néanmoins sembler trop radicale, le divorce ne pouvant effacer le passé de manière absolue. Il est dès lors souhaitable que le droit sanctionne juridiquement ce qui n'est aujourd'hui qu'obligation naturelle et reconnaisse la possibilité pour un époux divorcé de réclamer à son ancien conjoint des aliments s'il venait à se trouver dans le besoin. Cette reconnaissance d'un droit aux aliments s'accompagnerait d'une faculté reconnue au juge de décharger le débiteur, en tout ou partie, de son obligation, s'il s'avérait que le créancier a gravement manqué à ses obligations familiales.

---

<sup>5</sup> *Op. cit.*, p. 134.

b. Fixation de la prestation compensatoire

La prestation compensatoire a un fondement indemnitaire. Son caractère alimentaire a néanmoins été mis à jour dès le lendemain de l'adoption de la loi du 11 juillet 1975, et accentué par la jurisprudence depuis.

Il convient néanmoins de réaffirmer que la prestation compensatoire présente principalement une nature indemnitaire en ce qu'elle est destinée à compenser la perte de la contribution aux charges du mariage.

Ceci ne peut que rejaillir sur le régime de la prestation (*v. infra*).

L'affirmation du caractère essentiellement indemnitaire de la prestation emporte redéfinition de la prestation, celle-ci étant présentée comme destinée à compenser, autant qu'il est possible, le déséquilibre que la perte de la contribution aux charges du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux.

L'exigence d'un état liquidatif préalable à la fixation par le juge de la prestation figurera au texte de l'article 272 du Code civil. L'état requis pourra être dressé à l'initiative des parties, voire à la demande du juge (*v. infra*).

c. La forme de la prestation compensatoire

Le principe doit demeurer celui du versement de la prestation sous la forme d'un capital. Est ainsi réaffirmée, à propos de la prestation, la force du principe de concentration des effets du divorce. La loi pourrait retenir la possibilité d'une constitution de capital sous forme d'attribution de points-retraite. Cela répondrait à la situation de certains couples, dont un seul des membres a exercé une activité professionnelle pendant de longues années, situation qui exclut l'autre membre du bénéfice d'une retraite future.

Enfin, il conviendrait que les prévisions de la loi civile ne soient plus contrariées par les dispositions de la loi fiscale. Dans cette perspective, il s'agirait d'interdire toute requalification de la prestation, en quelque circonstance que ce soit, en libéralité. L'article 280 du Code civil pourrait comporter l'affirmation solennelle selon laquelle, quels que soient le cas de divorce, le régime matrimonial des époux, la forme de la prestation compensatoire, cette dernière ne saurait jamais être considérée comme une libéralité.

Le versement d'une rente ne peut intervenir qu'à titre exceptionnel, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur ne permet pas un versement en capital. Mais alors, la rente ne doit être qu'une traduction échelonnée dans le temps du capital. Le juge doit ainsi, en toute hypothèse, fixer la prestation en capital et lorsque le versement de celui-ci est impossible, convertir le capital en rente. Ceci condamne le procédé de la rente viagère, la rente, traduction du capital ne pouvant être qu'affectée d'un terme certain.

En corollaire, le caractère forfaitaire de la prestation doit être rappelé avec vigueur, et les facultés de révisions demeurer exceptionnelles.

**B.2. Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux**



On connaît les difficultés liées à la chronologie des événements, dans le divorce, chronologie qui impose de prononcer à l'aveugle sur la prestation compensatoire avant de connaître précisément la consistance des droits des parties, qui oblige aussi à recourir à des expédients comme la fixation de prestations provisionnelles.

Les remèdes sont de deux sortes : il convient tout d'abord, en amont, d'assurer l'information du juge afin de lui permettre de prendre une décision éclairée ; il faut, en aval, reconnaître la compétence du juge du divorce pour régler la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

Afin d'être correctement informé, le juge aux affaires familiales doit pouvoir charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce comme de donner mission au notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial. Cette faculté lui est déjà reconnue par l'article 1116 du NCPC. Il serait opportun d'insérer cette disposition, aujourd'hui encore méconnue et peu usitée par les juges aux affaires familiales, dans le Code civil, à l'article 264-1. Cette information doit en particulier porter sur les libéralités consenties par les époux l'un au profit de l'autre. De plus, il conviendrait de contraindre les époux à fournir au juge ces éléments d'information, afin de permettre une juste liquidation des intérêts patrimoniaux, contrainte qui n'existe pas aujourd'hui, au profit du notaire, dans l'article 1116 NCPC. Il serait dès lors opportun d'organiser une sanction du défaut d'information. L'article 264-1 pourrait ainsi retenir l'obligation faite aux époux d'informer le juge des libéralités qu'ils se sont consenties, faute de quoi les mutations seraient considérées comme définitivement acquises, le tout sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1477 du Code civil.

L'article 264-1 du Code civil doit encore reconnaître au juge aux affaires familiales compétence pour régler, conformément à l'état liquidatif qui lui a été soumis, la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux, outre la possibilité qui lui est déjà reconnue de prononcer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

### ***B.3. Le sort des donations et avantages matrimoniaux***

Le dispositif légal, développé aux articles 267 à 269 a, de longue date, été critiqué. Il serait possible d'en envisager l'abandon, et prévoir la perte automatique des donations et avantages matrimoniaux, sauf décision judiciaire ou manifestation de volontés contraires.

Cette solution n'a cependant pas été retenue. Elle serait en effet contraire à la symbolique du mariage, puisqu'elle consisterait, en toute hypothèse, en un effacement du passé. Le maintien des solutions actuelles, au prix de modifications simplement formelles est dès lors, pour l'essentiel, proposé.

Le sort des donations et avantages doit cependant être repensé en cas de divorce aux torts partagés. En ce cas en effet, il convient de poser que chacun des époux perd les donations et avantages consentis par l'autre.

Enfin, afin de rompre avec une solution jurisprudentielle unanimement critiquée, il convient de poser expressément que, lorsque les donations sont maintenues, elles le sont irrévocablement. Une telle irrévocabilité, si elle convient aux donations de biens présents est

en revanche parfaitement inadaptée aux donations de biens à venir, la révocabilité de ces dernières étant de leur essence et l'irrévocabilité pouvant aller jusqu'à priver un ex-conjoint de toute liberté de tester.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

1- Modifier l'intitulé du §1, précédant l'article 230 et adopter comme nouveau titre : « Du divorce sur requête conjointe ».

2- Maintien du délai des six premiers mois de mariage pendant lequel le divorce sur requête conjointe ne peut être demandé.

3- Maintien du caractère facultatif de la représentation des époux par deux avocats dans le divorce sur requête conjointe.

4- Maintien de l'actuelle procédure reposant sur la double comparution des époux devant le JAF.

5- Modifier la rédaction de l'article 1477 du Code civil en ajoutant un alinéa : « Pareillement celui qui aura dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement ».

6 - Dénommer le divorce sur double aveu « Divorce sur double requête ».

7- Supprimer, dans l'article 234 du Code civil, la référence aux torts des époux.

8- Supprimer dans l'article 1135 NCPC la référence à l'aveu.

9- Maintenir la procédure de divorce sur double requête telle que détaillée aux articles 1129 et s. du Nouveau code de procédure civile.

10- Fixer à quatre ans la durée de la séparation de fait ou de l'altération des facultés mentales requises pour que soit prononcé le divorce pour rupture de la vie commune.

11- Maintenir le principe de survie du devoir de secours après divorce pour rupture de la vie commune et préciser que l'objectif de la pension alimentaire est de maintenir le niveau de vie du défendeur.

12- Maintenir le principe d'un divorce pour faute.

12bis- Permettre que la requête initiale ne comporte pas l'invocation des griefs.

13- Donner au juge, dans le divorce pour faute comme dans le divorce pour rupture de la vie commune le pouvoir de provoquer une médiation.

14- Supprimer le cas spécifique du divorce demandé lorsque l'un des époux a été condamné à une peine afflictive et infamante.

15- Maintenir le lien entre la faute et l'octroi de la prestation compensatoire.

16- Abandonner le dispositif de neutralisation des torts prévu à l'article 245 du Code civil.

17- Autoriser le passage d'un divorce partiellement ou totalement contentieux au divorce sur requête conjointe sur initiative des époux prise même en appel.

18- Soumettre la recevabilité, comme mode de preuve, des correspondances échangées entre un époux et des tiers aux conditions actuelles de recevabilité des constats dressés à la demande d'un des époux.

19- Prévoir un « tronc commun procédural » aux trois formes de divorces demandées par un époux.

20- Prévoir dans l'article 264 du Code civil que le juge peut prescrire toutes les mesures propres à empêcher ou faire cesser l'usage abusif du nom de l'autre époux.

Reconnaître, à la charge des époux, un devoir d'informer le juge des libéralités qu'ils se sont consenties.

21- Intégrer dans le Code civil, à l'article 264-1, les dispositions de l'article 1116 du NCPC.

22- Consacrer le droit du conjoint divorcé de réclamer des aliments à son ex-époux s'il venait à se trouver dans le besoin, le juge, saisi par le débiteur, pouvant néanmoins décharger ce dernier de tout ou partie de son obligation s'il était établi que le créancier avait gravement manqué à ses obligations familiales.

23- Affirmer, dans la définition même de la prestation, son caractère indemnitaire en la présentant comme destinée à compenser, autant qu'il est possible, le déséquilibre que la perte de la contribution aux charges du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux.

24- Poser que la fixation de la prestation compensatoire sera faite à partir d'une appréciation de la situation des époux au moment du divorce au vu d'un état liquidatif du régime matrimonial et de l'évolution de cette situation dans un avenir prévisible.

Retenir le principe du versement de la prestation en capital. Permettre au juge de décider, au titre des modalités d'exécution de la prestation en capital, l'attribution au créancier de points retraite appartenant au débiteur.

25- Affirmer solennellement le principe selon laquelle la prestation compensatoire ne constitue jamais une libéralité, quels que soient le cas de divorce, le régime matrimonial des époux et la forme de la prestation compensatoire.

26- Retenir le principe du versement de la prestation en capital. N'admettre qu'exceptionnellement le versement sous forme de rente temporaire, celle-ci n'étant que la traduction d'un capital préalablement déterminé.

27- Reconnaître au juge aux affaires familiales compétence pour régler la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux.

28- Modifier formellement les articles 267 à 269 déterminant le sort des donations et avantages matrimoniaux après divorce.

29- Modifier substantiellement les dispositions relatives au sort des donations et avantages en cas de divorce aux torts partagés, en prévoyant la perte de plein droit, pour chacun des époux, des donations et avantages consentis par l'autre.

30- Reconnaître l'irrévocabilité des donations entre époux maintenues après divorce.

### **§3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

**§1, précédant l'article 230 :** « *Du divorce sur requête conjointe* »

**§2, précédant l'article 233 :** « *Du divorce sur double requête* »

**Art. 234 :** « Si l'autre époux reconnaît les faits devant le juge, celui-ci prononce le divorce. Le divorce ainsi prononcé produit les effets d'un divorce aux torts partagés. »

**Art. 237 :** « Un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis quatre ans. »

**Art. 238 :** « Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis quatre ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste plus entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir. »

« Le juge peut rejeter d'office cette demande, sous réserve des dispositions de l'article 240, si le divorce risque d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint. »

**Art. 243 :** **supprimé**

**Art. 245 :** « Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent être invoquées par l'autre époux. Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. Même en l'absence d'une demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre. »

**Art. 246 :** « Lorsque le divorce aura été demandé en application des articles 233 à 245, les époux peuvent demander, même en appel, au (L. n° 93-22 du 8 janvier 1993) « juge aux affaires familiales » que leur accord soit constaté et que leur projet de convention réglant les conséquences du divorce soit homologué par lui.

Les dispositions des articles 231 et 232 sont alors applicables. »

**Les articles 252, 252-1, 252-2, 252-3 deviennent respectivement les articles 251-1, 251-2, 251-3, 251-4.**

**Art. 252 :** « A tout moment, le juge aux affaires familiales, après s'en être entretenu avec les avocats, peut provoquer une médiation conformément aux articles 131-1 à 131-15 du Nouveau Code de procédure civile.

**Art. 253 :** « La requête initiale expose que le maintien de la vie commune est devenu intolérable. Elle indique la composition de la famille, la consistance du patrimoine, des ressources et des charges du ménage, et propose des modalités d'organisation provisoire de la vie séparée des époux et des enfants. »

**Art. 259 :** « Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu.

La correspondance d'un époux, les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile, atteinte illicite à l'intimité de la vie privée, violence ou fraude. »

**Art. 259-1 : supprimé**

**Art. 259-2 : supprimé**

**Article 264 nouveau :** « À la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom.

Toutefois, dans les cas prévus aux articles 237 et 238, la femme a le droit de conserver l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par celui-ci.

Dans les autres cas, la femme pourra conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants.

Dans tous les cas, le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser l'usage abusif du nom de l'autre époux. »

**Art. 264-1 nouveau :** « Le juge aux affaires familiales peut, même d'office, charger un notaire ou un professionnel qualifié d'établir un projet de règlement des prestations et pensions après divorce. Il peut aussi donner mission à un notaire de dresser un projet de liquidation du régime matrimonial.

Lorsqu'il prononce le divorce, il règle la liquidation et le partage des intérêts patrimoniaux des époux conformément à l'état liquidatif qui lui est soumis. Il statue aussi, s'il y a lieu, sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

Les époux sont tenus d'informer le juge des libéralités qu'ils se sont consenties. A défaut, les mutations sont considérées comme définitivement acquises, le tout sans préjudice de l'application des dispositions de l'article 1477 du Code civil. »

**Article 267 nouveau :** « Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci perd de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, soit lors du mariage, soit après. L'autre époux conserve les siens

Quand le divorce est prononcé aux torts partagés, chacun des époux perd les donations et avantages consentis par l'autre.

Quand le divorce est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, celui qui a pris l'initiative du divorce perd de plein droit les donations et avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis. L'autre époux conserve les siens. »

**Article 268 nouveau :** « Quand le divorce est prononcé sur requête conjointe, les époux décident eux-mêmes du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis ; s'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus.

Quand le divorce est prononcé sur double requête, chacun des époux conserve tout ou partie des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis. »

**Art. 268-1 supprimé**

**Art. 269 nouveau :** « Les donations, lorsqu'elles sont maintenues, le sont irrévocablement. »

**Art. 270 :** « Sauf lorsqu'il est prononcé pour rupture de la vie commune, le divorce met toujours fin au devoir de secours prévu à l'article 212 du présent Code. Toutefois, si l'un des époux divorcés se trouvait ultérieurement dans le besoin, il pourrait réclamer à l'autre des aliments dans un délai d'un an à compter du moment où se trouve cet état de besoin. Le juge peut lui-même décharger le débiteur en tout ou partie si le créancier a gravement manqué à ses obligations familiales. »

**Art. 271 :** « Après divorce, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser autant qu'il est possible le déséquilibre que la perte de la contribution aux charges du mariage crée dans les conditions de vie respectives. »

**Art. 272 :** « La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte, d'une part, de la situation au moment du divorce au vu, nécessairement, d'un état liquidatif de leur régime matrimonial, et d'autre part, de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible.

Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge prend en considération notamment :

- l'âge et l'état de santé des époux ;
- le temps déjà consacré ou qu'il leur faudra consacrer à l'éducation des enfants ;
- leurs qualifications professionnelles ;
- leur disponibilité pour de nouveaux emplois ;
- leurs droits existants et prévisibles ;
- la perte éventuelle de leurs droits en matière de pensions de réversion ;
- leur patrimoine, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial. »

**Art. 273 :** « La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire. Elle ne peut être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur de la prestation compensatoire le permet, celle-ci prend la forme d'un capital. »

**Art. 274 :**

« Le juge décide des modalités selon lesquelles s'exécutera l'attribution ou l'affectation de biens en capital :

1. Versement d'une somme d'argent ;
2. Abandon de biens en nature, meubles ou immeubles, mais pour l'usufruit seulement, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier ;
3. Dépôt de valeurs productives de revenus entre les mains d'un tiers chargé de verser les revenus à l'époux créancier de la prestation jusqu'au terme fixé.
4. Attribution de points retraite.

Le jugement de divorce peut être subordonné au versement effectif du capital ou à la constitution des garanties prévues à l'article 277.

Si l'époux débiteur de la prestation compensatoire ne dispose pas de liquidités immédiates, il peut être autorisé, sous les garanties prévues à l'article 277, à constituer le capital en trois annuités. »

**Art. 275 :** « Si le débiteur ne peut procéder au versement d'un capital, le juge convertit l'indemnité en une rente viagère temporaire équivalente.

La rente est indexée ; l'indice est déterminé comme en matière de pension alimentaire.



Le montant de la rente avant indexation est fixé de façon uniforme pour toute sa durée ou peut varier par périodes successives suivant l'évolution probable des ressources et des besoins.

**Art. 275-1 : supprimé**

**Art. 276 : supprimé**

**Art. 276-1 : supprimé**

**Art. 276-2 : supprimé**

**Art. 280 :** « Les transferts et abandons prévus au présent paragraphe sont considérés comme participant du régime matrimonial.

Quel que soit le cas de divorce, le régime matrimonial des époux et la forme de la prestation compensatoire, cette dernière ne peut jamais être considérée comme une libéralité. »

**Art. 282 alinéa 1<sup>er</sup> :** « L'accomplissement du devoir de secours prend la forme d'une pension alimentaire destinée à maintenir, au profit du défendeur, ses conditions de vie. »

**Art. 1477 alinéa 2 nouveau :** « Pareillement, celui qui aura dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement. »

**Art. 1127-1 NCPC :** « La requête, présentée par l'époux qui forme une demande en divorce pour faute, peut ne pas comprendre l'invocation des griefs. »

**Art. 1135 NCPC :** « A défaut de conciliation, le (Décr. N° 94-42 du 14 janv. 1994) « juge aux affaires familiales » rend une ordonnance par laquelle il constate qu'il y a eu une double requête de faits qui rendent intolérable le maintien de la vie commune. Il renvoie les époux à se pourvoir (Décr. N° 94-42 du 14 janv. 1994) « devant lui » pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets, la cause de divorce demeurant acquise. Il prescrit, s'il y a lieu, tout ou partie des mesures provisoires prévues aux articles 255 et 256 du Code civil.

L'ordonnance est susceptible d'appel dans le délai de quinze jours à compter de sa notification. »

## IV- LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

### §1. ANALYSE

Le P.A.C.S. a constitué la réponse du législateur à la demande des homosexuels d'accéder au mariage. Afin de tenter de désamorcer la critique qui aurait consisté à reprocher au législateur d'avoir accordé la reconnaissance sociale à un couple que certains considèrent encore comme « hors norme », le législateur a constamment prétendu que ce statut n'était que patrimonial et qu'il s'agissait seulement de régler des questions matérielles.

En outre, parce que les associations d'homosexuels refusaient que le statut consacré leur soit exclusivement réservé au prétexte qu'il y aurait là discrimination, le législateur a ouvert le statut à tous les couples, même hétérosexuels. Dans le même temps, la question de savoir si le P.A.C.S. reposait nécessairement sur une relation de couple a été âprement discutée. Dans la logique patrimoniale ci-dessus rappelée, certains envisageaient ainsi de l'ouvrir à des frères et sœurs, amis etc. Ainsi étendu hors de sa vocation première, le pacte perdait toute cohérence.

C'est pourquoi cette dernière solution n'a pas été retenue : le pacte est donc réservé à des partenaires qui forment un couple. C'est ce qui résulte implicitement des diverses conditions posées par le législateur (article 515-2 du Code civil) et de l'incompatibilité posée par l'article 515-7 entre P.A.C.S. et mariage. À cet égard, la décision du Conseil constitutionnel relative, notamment, à la notion de vie commune ne fait qu'explicitier ce qui résultait nécessairement des textes.

De ce cheminement législatif tortueux résulte une ambiguïté fondamentale du P.A.C.S., à mi-chemin entre institution (organiser un couple) et contrat (organiser des effets patrimoniaux).

Il est souhaitable de supprimer cette ambiguïté. Ceci peut être fait en renforçant soit l'aspect contractuel, soit l'aspect institutionnel.

Le renforcement de l'aspect institutionnel paraît adéquat, en raison du fondement même du P.A.C.S., qui est le couple. Dès lors, les conséquences que produit, en toute logique, le « tout contractuel » sont très dangereuses : elles conduisent à un pluralisme sans limites des couples non mariés (certains choisiront « plus de mariage », d'autres « plus de P.A.C.S. », d'autres encore se promettent fidélité...), mais aussi banalise de façon symboliquement perverse le couple (pourquoi pas insérer dans le pacte une clause pénale ou une clause dédit ?).

Il faut néanmoins prendre garde à ce qu'une telle institutionnalisation du P.A.C.S. ne porte atteinte au mariage, ce qui impose de préserver l'exclusivité de ce dernier, notamment en matière personnelle (v. *supra*, le chapitre relatif au mariage). Dans cette perspective, le groupe de travail propose de limiter le P.A.C.S. aux seuls effets patrimoniaux.

Le dispositif légal actuel, dont tout le monde s'accorde aujourd'hui à dénoncer les graves imperfections, doit ainsi être remanié dans la perspective d'un renforcement du caractère institutionnel du P.A.C.S. (II)

Il convient également de redéfinir son champ d'application (I) et de proposer diverses améliorations ponctuelles (III)

## **I. Champ d'application**

Le P.A.C.S. procède d'une confusion des genres<sup>6</sup> puisqu'il ouvre un statut indifférencié aux couples homosexuels et hétérosexuels. Or, relativement à ces derniers, la solution est discutable.

Tout d'abord, elle ne paraît pas correspondre à une réelle demande sociologique. Les concubins hétérosexuels ne souhaitent pas le plus souvent se couler dans un moule juridique, quoiqu'en ait dit le législateur. Ce statut ne semble pas répondre à une demande sociale effective (On pourra s'en convaincre en analysant les P.A.C.S. conclus depuis le vote de la loi).

Ensuite, à supposer même qu'une telle demande existe, on peut douter de sa légitimité : n'est-il pas contestable qu'un couple demande au droit de le reconnaître socialement, alors que, d'une part, ses membres refusent de prendre entre eux un quelconque engagement, et, d'autre part, refusent de s'engager vis-à-vis de l'enfant à venir ? On peut douter de l'utilité sociale d'un tel couple, privé de futur, d'engagement et dépourvu d'effets sur la descendance.

À l'égard des couples hétérosexuels, on peut considérer que le mariage constitue la seule institution acceptable. Partant, le groupe de travail est d'avis qu'il convient de réserver le P.A.C.S. aux couples homosexuels.

Néanmoins, revenir ainsi sur-le-champ d'application du statut entraînera vraisemblablement de fortes protestations et exposera au grief de violation du principe d'égalité et de discrimination illégitime. Ce grief paraît pourtant non fondé : la discrimination suppose un traitement inégal et non justifié, or il est fondé de refuser au couple hétérosexuel un tel statut alors que le mariage, qui est seul protecteur des enfants à naître, leur est ouvert. La restriction du domaine d'application de la loi de 1999 conduirait, il est vrai, à donner aux tiers une indication relative à la vie privée des intéressés, puisque la conclusion d'un P.A.C.S. impliquerait nécessairement l'homosexualité des partenaires. Le risque n'est-il pas alors que les tiers ainsi informés indirectement réservent aux partenaires un traitement particulier, discriminatoire ?

Un tel risque est cependant limité, d'une part, en raison des dispositions réglementaires limitant drastiquement l'accès aux registres, d'autre part, en raison de l'évolution de la société française qui tend progressivement à une réelle neutralité à l'égard des homosexuels.

C'est donc bien à une restriction du champ d'application du P.A.C.S. que le raisonnement conduit. En conséquence, l'article 515-1 du Code civil devrait être modifié de manière à exclure les couples hétérosexuels du champ d'application du P.A.C.S.

À supposer qu'une telle modification ne rencontre pas une approbation suffisante, le groupe de travail est au moins d'avis que le P.A.C.S. devrait, d'une façon ou d'une autre, permettre à l'enfant, le cas échéant, issu du couple hétérosexuel, de faire établir sa filiation.

---

<sup>6</sup> Sur ce point, v. I. THERY, " Le C.U.S. en question ", *Esprit*, 1997.

S'il est impossible de rattacher automatiquement l'enfant au couple, un tel automatisme postulant nécessairement une obligation de fidélité qui n'existe pas et ne doit pas exister dans le P.A.C.S., à tout le moins serait-il possible d'établir un lien entre le P.A.C.S. et l'action en déclaration de filiation dont la création est proposée plus loin, notamment quant au délai d'action (v. *infra*, le chapitre relatif à la filiation, article 311-7, alinéa 2 nouveau).

## **II. Les conséquences du renforcement du caractère institutionnel du P.A.C.S**

### **A. *Explicitation du caractère institutionnel***

À l'instar de l'article 226 qui couvre les dispositions composant le régime primaire impératif, il conviendrait de poser expressément le caractère impératif des dispositions du Chapitre consacré au pacte civil de solidarité.

### **B. *Le formalisme entourant le Pacte civil de solidarité***

L'actuel article 515-3 du Code civil prévoit l'élaboration d'une convention en double original, une déclaration conjointe de conclusion d'un P.A.C.S. au greffe du tribunal d'instance et l'inscription de cette déclaration, par les soins du greffier, sur un registre.

À aucun moment il n'est indiqué que l'écrit est requis *ad validitatem*. Le défaut de production du double original est seulement sanctionné par l'irrecevabilité de la demande d'inscription. Or l'inscription rend seulement le P.A.C.S. opposable aux tiers. Ainsi, il n'apparaît pas que l'élaboration d'un écrit ni la déclaration conjointe soient requises *ad validitatem*.

Parce que le P.A.C.S. est un acte grave qui produit d'importantes conséquences patrimoniales et, surtout, repose sur un lien de couple, un formalisme protecteur du consentement des partenaires s'impose. C'est pourquoi il conviendrait d'exiger la rédaction d'un acte authentique, ou, à tout le moins, un acte sous seing privé à peine de nullité relative.

Parce que le P.A.C.S. constitue la reconnaissance sociale d'un couple, la déclaration conjointe au greffe du tribunal de grande instance devrait jouer un rôle semblable à celui de la célébration d'un mariage par un officier d'état civil. C'est donc à peine de nullité absolue que cette formalité doit être requise.

Pour conférer à la publicité réalisée une efficacité réelle et permettre, en outre, le cas échéant, aux parties de faire la preuve de leurs droits, il convient de prévoir la conservation par le greffier d'une copie de la convention conclue.

Enfin, quant aux modifications susceptibles d'être apportées au pacte initial, il importe de leur imposer un formalisme identique.

La circulaire du 31 octobre 2000, qui se substitue à celle du 10 novembre 1999, prévoit que la convention modificative est rédigée par acte sous seing privé ou par acte authentique « sans qu'il y ait lieu de respecter les mêmes formes que celle de la convention initiale ».

Quant au décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999, il autorise, dans son article 3 l'information du greffier soit par déclaration conjointe, soit par lettre recommandée avec accusé de réception. On imagine aisément le risque de consentement arraché et de fraude que cette dernière procédure autorise.

Un formalisme identique doit être imposé à la convention et à la déclaration initiales, d'une part, à la convention modificative et à sa déclaration d'autre part, parce que ce formalisme est protecteur des parties, parce qu'est ainsi respecté le principe du parallélisme des formes, principe qui assure la cohérence du droit et la sécurité juridique.

Il convient enfin de revenir sur le choix du greffe du tribunal d'instance comme lieu de réception des déclarations. Ses inconvénients ont été, de toute part, dénoncés. Outre le surcroît de travail imposé à des structures parfois très légères, il impose un éparpillement des informations relatives à un même pacte civil de solidarité entre trois, voire quatre greffes différents.

Est ainsi retenue la solution d'une déclaration au greffe du tribunal de grande instance et d'une inscription au répertoire civil, solution susceptible de considérablement simplifier le dispositif légal. Elle imposera une refonte des décrets d'application.

### **III. Précision et amélioration du statut**

Des modifications substantielles doivent être apportées au statut existant afin que lui soit conféré une sécurité juridique suffisante, tant pour les partenaires que pour les tiers.

#### **A. Formalités préalables à la déclaration**

S'agissant d'un statut, choisi volontairement par les parties, reconnu par le droit et fondé sur une relation de couple, la conclusion d'un P.A.C.S. devrait être précédée d'une visite médicale permettant d'assurer un consentement de qualité, comme cela est requis pour le mariage et dans les mêmes termes (v. *supra*).

#### **B. Les devoirs des partenaires**

L'article 515-4 du Code civil dispose que « *les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte.*

*Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun. »*

Cette disposition est défectueuse à plus d'un titre. Il est impératif de préciser les critères de détermination de l'aide matérielle à laquelle les partenaires s'obligent, lorsque le pacte est muet sur ce point, ce que la loi semble interdire, mais que le Conseil constitutionnel a validé (décision n° 99-419, considérant n° 31), ainsi que la contribution de chacun aux dettes qui les engagent solidairement. Peut ici être mis en œuvre le critère des ressources et besoins respectifs des partenaires.

#### **C. Le jeu des présomptions d'indivision**

L'article 515-5 du Code civil est critiqué par la doctrine unanime ; ses conséquences sont redoutées par l'ensemble des praticiens.

Une solution radicale consisterait à abandonner le régime de l'indivision et lui substituer, par exemple, les règles du régime matrimonial légal. On conçoit cependant les inconvénients, au moins au plan symbolique, d'une telle mesure.

De manière moins radicale, on peut refondre l'article 515-5 du Code civil, sans abandonner le droit de l'indivision, mais en explicitant et encadrant davantage le système mis en place pour garantir plus efficacement la sécurité des partenaires comme des tiers.

### **C.1. Domaine des présomptions d'indivision**

La présomption d'indivision peut couvrir les meubles meublants acquis à titre onéreux par chacun des partenaires postérieurement à la conclusion du P.A.C.S.. Il convient cependant d'admettre la possibilité de l'écarter, tant dans le pacte initial que par un acte modificatif. Ce dernier ne doit produire effet que pour les biens acquis après conclusion de la convention modificative.

Il convient d'exclure du jeu de l'article 515-5, alinéa 2 les deniers. La question est aujourd'hui posée de leur inclusion dans les prévisions légales. S'il devait y être répondu par l'affirmative, ce que tout commande *a priori*, le régime des biens des partenaires se rapprocherait de celui des époux mariés sous le régime de la communauté universelle, sans que, de plus, aucune disposition n'en vienne efficacement assouplir le jeu.

### **C.2. Application du droit des libéralités**

*A priori*, l'origine des fonds ayant permis l'acquisition du bien indivis n'influe pas sur l'existence de l'indivision, mais devra être prise en compte, le cas échéant, pour qualifier l'acte d'acte à titre gratuit ou à titre onéreux. C'est bien un système d'acquêt qui a été mis en place. Le rapprochement avec le mariage et le régime légal est sur ce point manifeste, à la réserve près de l'institution qu'est l'avantage matrimonial, évidemment sans application ici ; l'avantage matrimonial est le corollaire patrimonial de cette union des personnes que réalise le mariage ; il n'a donc pas sa place dans une institution qui ne veut qu'associer des patrimoines. A supposer donc que les fonds ayant permis l'acquisition proviennent du patrimoine d'un seul des indivisaires, l'acte réalise une libéralité qui doit être soumise au régime de droit commun des libéralités (réserve héréditaire, rapport...). La décision du Conseil constitutionnel, qui a justement rappelé que le P.A.C.S. ne changeait rien au statut juridique de la famille (décision précitée, considérant n° 29), conduit à la même conclusion.

### **D. Date de cessation du P.A.C.S.**

L'article 515-7 du Code civil ne distingue pas la date de prise d'effet de la dissolution du P.A.C.S. à l'égard des partenaires eux-mêmes et à l'égard des tiers. Or, la protection de ces derniers impose de reconnaître que ce n'est qu'à partir du moment où la publicité de l'événement est réalisée qu'il leur est opposable. Ceci emporte que la fin des effets du P.A.C.S. ne se réalisera pas à la même date, entre partenaires et à l'égard des tiers, au moins lorsque le P.A.C.S. prend fin par décès ou par mariage.

### **E. Sort du partenaire sous tutelle**

Aux termes de l'actuel article 506-1 alinéa 2 du Code civil, « *lorsque au cours d'un pacte civil de solidarité l'un des partenaires est placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles peut mettre fin au pacte selon les modalités prévues au premier ou au deuxième alinéa de l'article 515-7.* »

Cette disposition manifeste bien peu d'égards pour le majeur protégé, privé du statut sans avoir été ni consulté, ni même préalablement informé.

Il est impérieux d'associer ce majeur au processus de dissolution du P.A.C.S. et d'exiger que le tuteur n'agisse à cette fin qu'avec le consentement du partenaire majeur protégé.

De la même manière, lorsque la décision de rompre est prise par l'autre partenaire, elle doit être signifiée au tuteur ainsi qu'au majeur protégé.



## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

- 1- Réserver le P.A.C.S. aux couples homosexuels, à défaut établir un lien entre le P.A.C.S. et l'action en déclaration de filiation.
- 2- Poser explicitement le caractère impératif des dispositions relatives au P.A.C.S..
- 3- Exiger, à peine de nullité relative, la conclusion du P.A.C.S. par acte sous seing privé ou par acte authentique.
- 4- Sanctionner par la nullité absolue l'obligation de déclaration conjointe.
- 5- Substituer à la déclaration au greffe du tribunal d'instance la déclaration au greffe du tribunal de grande instance.
- 6- Prévoir l'inscription des déclarations relatives au P.A.C.S. au répertoire civil.
- 7- Instituer une visite médicale préalable à la déclaration de P.A.C.S..
- 8- Préciser les critères de détermination de l'aide matérielle et de la contribution aux dettes par référence aux ressources et besoins respectifs des partenaires.
- 9- Redéfinir les contours des présomptions d'indivision, en y excluant notamment expressément les deniers.
- 10- Réserver l'application du droit des libéralités afin d'éviter que le jeu des présomptions d'indivision ne lèse l'intérêt des tiers.
- 11- Prévoir que le P.A.C.S. ne prendra fin à l'égard des tiers qu'à compter de la publicité entourant sa dissolution.
- 12- Associer le majeur protégé au processus de dissolution du pacte.

### **§3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

**Art. 506-1 :** « Lorsque, après conclusion d'un pacte civil de solidarité, l'un des partenaires est placé sous tutelle, le tuteur autorisé par le conseil de famille ou, à défaut, le juge des tutelles peut, avec le consentement du majeur protégé, mettre fin au pacte civil de solidarité.

Lorsque l'initiative de rompre le pacte est prise par l'autre partenaire, la signification mentionnée aux deuxième et troisième alinéas du même article est adressée au partenaire et à son tuteur. »

**Art. 515-1 modifié :** « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

**Art. 515-3 nouveau :** « À peine de nullité relative, un P.A.C.S. doit être conclu par acte sous seing privé ou par acte authentique.

À peine de nullité absolue, les personnes qui le concluent en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal de grande instance dans le ressort duquel elles fixent leur résidence commune.

À peine d'irrecevabilité, elles produisent au greffier la convention passée entre elles et joignent les pièces d'état civil permettant d'établir la validité de l'acte au regard de l'article 515-2, ainsi qu'un certificat du greffe du tribunal de grande instance de Paris, attestant qu'elles ne sont pas déjà liées par un pacte civil de solidarité.

Après production de l'ensemble de ces pièces, ainsi que d'un certificat médical attestant que les informations communiquées au futur conjoint sont connues de l'autre, si du moins ces informations relèvent de la liste prévue à l'article L. 153 du Code de la santé publique, le greffier inscrit cette déclaration sur un registre.

Le greffier vise et date les deux originaux sous seing privé ou la copie de l'acte authentique et restitue les pièces aux partenaires. Il en conserve une copie.

Les conditions de forme prévues aux alinéas précédents sont applicables aux modifications du P.A.C.S. »

**Art. 515-4 nouveau :** « Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'obligent réciproquement à une aide matérielle. A défaut de fixation par le pacte des modalités de cette aide, celle-ci dépend de leurs besoins et ressources respectifs.

Ils sont tenus solidairement des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie commune.

Si le pacte ne règle pas la contribution des partenaires à ces dépenses, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives. »

**Article 515-5 nouveau :** « Les meubles meublants acquis à titre onéreux par chacun des partenaires d'un P.A.C.S. après sa conclusion sont présumés indivis. Cette présomption d'indivision peut être écartée dans le pacte initial. Elle peut l'être aussi par un acte modificatif qui ne produit effet que pour les biens acquis ultérieurement.

Les autres biens, abstraction faite des deniers, dont les partenaires deviennent propriétaires à titre onéreux postérieurement à la conclusion du pacte sont présumés indivis par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement.

Ces règles ne font pas échec aux dispositions relatives aux libéralités et successions, notamment en cas d'apport inégal des partenaires ou d'acquisition au moyen des deniers donnés par l'un à l'autre.

Lorsqu'un partenaire acquiert un bien ou une partie d'un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés. »

**Art. 515-7 dernier alinéa :** « À l'égard des tiers, le P.A.C.S. ne prend fin qu'à compter de la publicité visée à l'article ci-dessus. »

**Art. 515-8 nouveau :**

« Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elles ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales, sont applicables impérativement, par le seul effet du P.A.C.S. »

## V. LE CONCUBINAGE

### §1. ANALYSE

Outre l'institution du Pacte civil de solidarité, la loi du 15 novembre 1999 a intégré une définition du concubinage dans le Code civil. Aux termes de l'article 515-8, disposition unique du Chapitre II du Titre XII du Livre Ier du Code, « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.* »

Le concubinage est légalement défini, mais ses effets sont occultés. La détermination de ceux-ci repose, dès lors, toujours sur la jurisprudence. La question est inévitablement posée de savoir s'il convient de codifier celle-ci. Cela présenterait l'intérêt de fixer les effets du concubinage et de dépasser les divergences profondes des juges du fond, notamment sur le jeu de la responsabilité civile entre concubins ou sur la reconnaissance d'une société créée de fait entre eux.

Une telle réception légale et une harmonisation des décisions jurisprudentielles rendues à propos des concubins peuvent, pourtant, sembler curieuses. Les intéressés ont, par hypothèse, fait le choix du non-droit. Il est alors paradoxal de leur octroyer un statut légal (l'argument s'opposait déjà à ce que la loi définisse le concubinage).

L'avènement du P.A.C.S. a pourtant bouleversé les données du problème. Sa consécration pourrait, en effet, inciter la jurisprudence à renvoyer davantage dans le non droit les couples ni mariés, ni « P.A.C.S.és ». Cette solution serait excessivement rigoureuse et risquerait d'être particulièrement injuste pour tous ceux qui n'ont pas fait le choix raisonné du non-droit, mais qui ont seulement manqué de prévoyance.

Le groupe de travail a souhaité préciser deux séries d'effets attachés au concubinage, d'une part, la question des effets de la rupture, d'autre part, celle du statut des biens et le sort des dépenses faites.

Enfin, il propose la création d'une nouvelle action en justice, dite action en participation, afin d'éviter le recours aux techniques du droit commun (action *de in rem verso* et société créée de fait) et leur dénaturation.

#### I. La rupture du concubinage

Etre en concubinage implique nécessairement accepter les risques de la rupture. Encore cette rupture doit-elle intervenir dans des conditions normales. L'anormalité des conditions doit être précisée, ce qui obligera les juges du fond à motiver leurs décisions et renforcera l'unité de la jurisprudence.

La proposition est faite de poser, dans un article 515-9, le principe suivant lequel le concubinage n'ouvre droit à réparation au profit d'un concubin qu'en cas de faute manifeste de l'autre concubin entourant la formation, le maintien ou la rupture de l'union.

## **II. Statut des biens et sort des dépenses faites**

### **A. Propriété des biens acquis**

Si la question de la désignation du propriétaire des biens immobiliers ne présente guère de difficultés, elle est en revanche beaucoup plus délicate pour les biens meubles. Le caractère souvent équivoque de la possession d'un bien par un concubin fait en effet obstacle à l'application de l'article 2279 du Code civil. Il est alors proposé de poser une présomption d'indivision qui permet de régler la question toujours délicate du sort des biens après la rupture.

Elle rapprocherait certes le concubinage du P.A.C.S., mais en étant plus étroitement définie, puisqu'elle serait limitée aux biens meubles codétenus, d'une part, et ne jouerait, d'autre part, que dans les rapports entre concubins, ce qui est normal car le concubinage demeure un fait juridique, et non un statut volontairement choisi, régulièrement publié, et donc opposable aux tiers.

Elle peut être prévue dans un article 515-10.

### **B. Sort des dettes contractées par les concubins**

Conformément au droit commun, les dettes contractées par les concubins seront, selon circonstances, supportées par l'un d'eux seulement, ou par les deux, conjointement ou solidairement.

Néanmoins, il paraît opportun de transposer ici les règles relatives aux sociétés en participation. Ainsi, lorsque les concubins se prévalent de leur qualité à l'égard des tiers, au moins lorsqu'ils contractent pour les besoins du ménage, ils doivent en assumer les conséquences passives.

Cette mesure vaut pour l'obligation à la dette des concubins ; en revanche, quant à la contribution de chacun, le droit commun doit suffire, le recours à l'action *de in rem verso* assurant, *in fine*, une contribution proportionnelle, en fonction de l'utilité pour chacun d'eux de la dépense faite.

## **III. Création d'une action en participation**

Il paraît souhaitable d'instituer une action en participation, destinée à permettre un règlement équitable des intérêts des concubins, lorsque l'un aura apporté, fût-ce indirectement, sa collaboration à l'activité professionnelle de l'autre. Cette action spécifique préviendrait le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause ou à la société créée de fait et pourrait aboutir à une unification des solutions en jurisprudence. Elle permettrait à la fois de compenser l'appauvrissement souffert et d'associer le concubin demandeur à l'enrichissement de l'autre, en prenant en considération l'importance de la contribution du premier.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

1- Prévoir que le concubinage n'ouvre droit à réparation au profit d'un concubin qu'en cas de faute manifeste de l'autre concubin entourant la formation, le maintien ou la rupture de l'union.

2- Poser une présomption d'indivision pour les biens meubles détenus en commun par les concubins, présomption qui ne jouerait que dans les rapports entre eux.

3- Transposer aux concubins, quant à l'obligation aux dettes ménagères, les règles applicables à la société en participation et les obliger solidairement à la dette lorsqu'ils auront contracté, en qualité de concubins, avec un tiers.

4- Ouvrir au profit du concubin qui a collaboré à l'activité professionnelle de l'autre une action en participation permettant de compenser son appauvrissement et de l'associer à l'enrichissement de l'autre concubin.

### **§3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

**Art. 515-9 nouveau :** « Le concubinage n'ouvre droit à réparation au profit d'un concubin que si les circonstances qui entourent la formation, le maintien ou la rupture de l'union révèlent manifestement une faute de l'autre concubin. »

**Art. 515-10 nouveau :** « Entre concubins, les biens meubles détenus en commun et sur lesquels aucun des concubins ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié.

Cette présomption ne joue que dans les rapports entre concubins. Elle n'est pas opposable aux tiers et ne peut être opposée par ceux-ci. »

**Art. 515-11 nouveau :** « Chaque concubin contracte en son nom personnel et est seul engagé à l'égard des tiers.

Toutefois, chaque concubin est solidairement tenu à l'égard des tiers des dettes contractées par l'autre en cette qualité pour les besoins du ménage. »

**Art. 515-12 nouveau :** « Le concubin, qui apporte, même indirectement, sa collaboration à l'activité professionnelle de l'autre, peut exercer une action en participation pour obtenir une indemnité destinée à compenser son appauvrissement et l'associer à l'enrichissement de l'autre, en fonction de l'importance de sa contribution. »

## **VI- LA FILIATION**

### **§1. ANALYSE**

Nul n'ignore combien le compromis élaboré par la loi du 3 janvier 1972 a été, depuis lors, soumis à rude épreuve, sous l'influence de maints facteurs, essentiellement technologique et médical. L'évolution en ces domaines pourrait d'ailleurs faire songer à abandonner les présomptions relatives à la conception de l'enfant, puisque aujourd'hui il est possible de déterminer directement le moment de conception de l'enfant. Pour autant, ces présomptions présentent l'avantage de dispenser de la charge de la preuve. En outre, s'il est exact que l'enfant peut aujourd'hui naître viable moins de 180 jours après sa conception, eu égard aux progrès de la néonatalogie, l'argument ne suffit pourtant pas à justifier la disparition de cette présomption, puisque le Code civil admet la preuve contraire par tous moyens.

La nécessité se fait sentir de repenser le droit de la filiation à partir d'une réflexion sur le concept de filiation.

#### **I. Analyse du concept de filiation**

L'accent doit être mis sur le double caractère, volontaire et biologique, du lien de filiation. Être juridiquement parent, c'est être en même temps l'auteur biologique de l'enfant et celui qui déclare vouloir l'assumer comme sien. En cas de concordance de la volonté et de la vérité biologique, la filiation peut produire des effets pléniers.

En revanche, lorsqu'il existe une parenté seulement biologique, on peut hésiter sur l'intérêt que présente ce lien pour l'enfant. Il n'est pourtant pas possible de faire table rase de cette réalité biologique : la responsabilité des parents dans la venue au monde d'un enfant justifie que le seul lien biologique conduise à une prise en charge patrimoniale de l'enfant. La filiation biologique pourra donc être déclarée en justice, mais ne produira que des effets limités, c'est-à-dire successoraux et alimentaires.

Inversement, la seule volonté de se rattacher un enfant n'est pas suffisante pour le droit, qui préfère pouvoir s'appuyer aussi sur une volonté biologique intangible. Dans cette perspective, la contestation d'une filiation juridique contraire à une filiation biologique doit être ouverte plus largement en matière de filiation légitime. Que la filiation soit légitime ou naturelle, il serait souhaitable qu'elle puisse être contestée sous réserve d'une conformité d'un titre et d'une possession d'état ayant duré dix ans ; dans cette dernière hypothèse, le vécu passé autorise à fermer les yeux sur la réalité biologique.

#### **II. Distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle**

Il semble aujourd'hui nécessaire de supprimer la distinction des filiations légitime et naturelle, au moins pour ce qui concerne les effets du lien. L'égalité des filiations doit, à cet égard, être absolue. Ceci doit emporter la disparition de la légitimation.



La suppression de toute distinction des filiations quant aux effets de celles-ci ne peut néanmoins être étendue sans réserve à leurs modes d'établissement. L'existence ou l'absence du mariage produit nécessairement des effets à l'égard de ces derniers. La présomption de paternité doit être conservée ; l'institution du mariage sera préservée.

Au-delà, les filiations légitime et naturelle, quant à leur établissement, peuvent être soumises aux mêmes principes, notamment pour ce qui concerne les actions en déclaration et contestation du lien de filiation.

Ainsi, la distinction des filiations doit demeurer, lorsqu'il s'agit de les établir d'une manière volontaire (A) ; elle peut être abandonnée pour leur établissement judiciaire (B). L'unité de régime doit être trouvée également pour les actions en contestation de filiation (C).

#### **A. *Établissement volontaire du lien de filiation***

La situation de l'enfant né en mariage et celle de celui né hors mariage sont, au regard de l'établissement volontaire du lien de filiation, irréductibles.

L'existence du mariage influe en effet profondément sur la filiation de l'enfant qui en est issu. Par le mariage, les conjoints s'engagent au profit des enfants à naître. Cet engagement juridique préalable n'existe pas pour les parents non mariés. Cela justifie à lui seul que l'acte de naissance suffise à l'établissement du lien à l'égard des parents mariés, tandis qu'il est impuissant à établir le lien de l'enfant né hors mariage, surtout que l'acte a pu être dressé par d'autres que les auteurs de l'enfant et ne peut être analysé comme une promesse de la part de ces derniers à l'égard de l'enfant.

L'essence volontaire de la filiation justifie que le droit continue d'exiger une reconnaissance des parents pour l'enfant né hors mariage et se satisfasse de l'acte de naissance, qui vaut titre, pour l'enfant né en mariage.

En conséquence, la présomption de paternité légitime doit être maintenue telle qu'elle a été définie par la loi de 1972, sous la seule réserve des modifications engendrées par la suppression du délai de viduité (v. *supra*). Dans la même veine, la reconnaissance volontaire, sous réserve des exceptions actuellement existantes, doit toujours être exigée.

Quant à l'établissement de la filiation par la possession d'état, rien ne paraît justifier une quelconque modification des dispositions légales existantes, sous réserve des modifications, envisagées ultérieurement, relatives au contentieux de la filiation.

#### **B. *Établissement judiciaire du lien de filiation***

Rien n'impose plus de distinguer ici les deux filiations. L'action en déclaration de filiation trouvera son siège unique dans l'article 311-7 du Code civil. La filiation étant privée de sa dimension volontaire, ne produira, si elle est établie, que des effets successoraux et alimentaires.

La fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité résultant de ce que la mère prétendue a accouché sous X doit être supprimée en ce qu'elle méconnaît gravement le droit

qu'a l'enfant de faire établir le lien de filiation ou à tout le moins de connaître ses origines. Il n'est pas question, en revanche, de revenir sur la possibilité qu'a une femme de demander lors de son accouchement le secret de son admission et de son identité. L'accouchement sous X doit rester possible et être ouvert aux femmes qui se trouvent dans une situation de détresse telle qu'elles ne peuvent assumer leur enfant. Il conviendrait toutefois de faire en sorte que la mère soit, au moment de cette décision, aidée et informée des conséquences de son acte et des autres possibilités qui s'offrent à elle (consentement à l'adoption, soutien financier éventuel de l'État pour élever l'enfant). C'est dans cette dernière voie que le système juridique devrait développer ses efforts.

Il conviendrait encore de poser en matière de filiation légitime comme en matière de filiation naturelle une sorte de privilège du préalable interdisant de faire établir un lien qui contredirait un lien préalable. Il s'agit ainsi de généraliser la disposition figurant actuellement à l'article 338 du Code civil et relative à l'établissement de la filiation naturelle par la reconnaissance.

## ***C. Régimes communs aux actions en déclaration et en contestation de filiation***

### ***C.1. La preuve***

La question de la preuve dans le droit de la filiation est essentielle. Le pouvoir souverain d'appréciation traditionnellement reconnu au juge pour ordonner des mesures d'instruction ordonnées par les plaideurs a été considérablement entamé par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui considère qu'une mesure d'expertise est de droit sauf motif légitime. Cette solution peut être consacrée dans un texte sous réserve de deux modifications : tout d'abord, elle ne doit pas permettre de pallier la carence totale des parties dans l'administration de la preuve ; ensuite, il est préférable de remplacer l'exigence de motif légitime, concept qui risque de donner lieu à de nombreuses discussions, par l'exigence d'une décision spécialement motivée, ce qui préservera une relative liberté des juges du fond en la matière.

### ***C.2. La prescription***

Que l'action ait pour objet la déclaration de filiation ou la contestation de ce même lien, elle se prescrit par trente ans à compter de la naissance de l'enfant. Le point de départ est différent de celui que les textes retiennent aujourd'hui. Il s'agit d'une part, d'assurer la stabilité du lien de filiation (action en contestation), d'autre part, de dégager les conséquences du fait que passés trente ans, un enfant n'a plus le même intérêt vital à faire établir le lien de filiation à l'égard de ses auteurs, mais que, à l'inverse, jusque là, il faut lui laisser la possibilité de réfléchir et de décider lui-même de la nécessité de faire établir ce lien.

Ce délai de droit commun a été retenu sous réserve de diverses exceptions tenant notamment à l'existence d'une possession d'état, la découverte tardive d'une reconnaissance, l'existence d'un titre et d'une possession d'état, la conclusion d'un P.A.C.S.

### ***C.3. Situation de l'enfant incestueux***

Le droit positif, par précaution morale, refuse de laisser établir le double lien, tout en ouvrant l'action à fins de subsides à l'enfant, action qui repose nécessairement sur l'existence

de relations incestueuses entre ses auteurs. Or, l'action à fins de subsides reste d'un intérêt limité pour l'enfant.

Dans cette perspective, il est proposé que le double lien puisse être établi et que la filiation qui viendrait à être établie en second ne produise pas des effets pléniers, n'entraînant que les effets d'un lien déclaré en justice (successoraux et alimentaires).

La libéralisation de l'action en déclaration du lien de filiation et celle du statut de l'enfant incestueux justifie que soit abrogée l'action à fins de subsides.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

- 1- Maintenir les présomptions relatives à la conception de l'enfant.
- 2- Maintenir la présomption de paternité légitime comme définie par la loi de 1972, sous réserve de modifications engendrées par la suppression du délai de viduité.
- 3- Maintenir l'exigence de reconnaissance volontaire par les parents de l'enfant né hors mariage, sous réserve des exceptions actuellement existantes.
- 4- Maintenir les règles relatives à la possession d'état, sous réserve des modifications relatives au contentieux de la filiation.
- 5- Décider que tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, une filiation rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation.
- 6- Unifier les conditions de l'action en déclaration de filiation et limitation des effets du lien déclaré aux seuls effets successoraux et alimentaires.
- 7- Unifier les conditions de l'action en contestation de filiation.
- 8- Supprimer les dispositions relatives à la légitimation.
- 9- Supprimer l'action à fins de subsides.
- 10- Maintenir la possibilité pour une femme d'accoucher sous X.
- 11- Supprimer la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité tirée de ce que la mère prétendue a accouché sous X.
- 12- Reconnaître la possibilité de l'établissement du double lien de filiation pour l'enfant incestueux, la filiation venant à être établie en second ne produisant que les effets d'un lien déclaré en justice.
- 13- Consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation aux termes de laquelle l'expertise est de droit, mais qu'elle ne doit pas permettre de pallier la carence totale des parties dans l'administration de la preuve, le juge ne pouvant s'y opposer que par une décision spécialement motivée.

### **§3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

#### **Chapitre premier**

#### **Dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle**

#### **Section première**

#### **Des présomptions relatives à la filiation**

**Art. 311 (inchangé) :** La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance.

La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant.

La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions.

**Art 311-1 (inchangé) :** La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il est dit appartenir.

La possession d'état doit être continue.

**Art. 311-2 (inchangé) :** Les principaux de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom de ceux dont on le dit issu ;

Que ceux-ci l'ont traité comme leur enfant, et qu'il les a traités comme ses père et mère ;

Qu'ils ont, en cette qualité, pourvu à son éducation, à son entretien et à son établissement ;

Qu'il est reconnu pour tel, dans la société et par la famille ;

Que l'autorité publique le considère comme tel.

**Art. 311-3 (inchangé) :** Les parents ou l'enfant peuvent demander au juge des tutelles que leur soit délivré, dans les conditions prévues aux articles 71 et 72 du présent code, un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire ;

Sans préjudice de tous autres moyens de preuve auxquels ils pourraient recourir pour en établir l'existence en justice, si elle venait à être contestée.

(*L. n° 93-22 du 8 janv. 1993*) « Le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant. »

## **Section II**

### **Des actions relatives à la filiation**

**Art. 311-4 (inchangé) :** Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable.

**Réunion des articles 311-5 et 311-6 (textes inchangés) en l'article 311-5 et utilisation de l'article 311-6 afin de prévoir une adaptation de la règle posée à l'article 338, c'est-à-dire la question de l'établissement d'une autre filiation.**

**Art. 311-5 nouveau :** Le tribunal de grande instance, statuant en matière civile, est seul compétent pour connaître des actions relatives à la filiation.

En cas de délit portant atteinte à la filiation d'un individu, il ne peut être statué sur l'action pénale qu'après le jugement passé en force de chose jugée sur la question de la filiation.

**Art. 311-6 nouveau :** Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, une filiation rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation.

**Art. 311-7 nouveau (prévoyant désormais l'action en déclaration de la filiation) :** L'action en déclaration du lien de filiation peut être exercée par tout intéressé dans les trente ans de la naissance de l'enfant.

Toutefois, si l'enfant a bénéficié d'une possession d'état à l'égard de l'auteur prétendu, cette action pourra encore être exercée dans les cinq ans de la cessation de cette possession d'état.

La filiation établie ne produit d'effets que successoral et alimentaire. Elle fait entrer l'enfant dans la famille de son auteur. Toutefois, s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, l'enfant n'entre que dans la famille de celui de ses deux parents à l'égard duquel la filiation a été établie en premier.

Le tribunal statue, s'il y a lieu, sur les demandes de dommages-intérêts, ainsi que sur l'attribution du nom et l'autorité parentale.

**Art. 311-8 nouveau (prévoyant désormais l'action en contestation de filiation) :** L'action en contestation du lien de filiation peut être exercée dans les trente ans de la naissance de l'enfant.

Toutefois, l'action en contestation d'une reconnaissance peut encore être exercée dans les cinq ans du jour où le demandeur a appris l'existence de la reconnaissance.

Si l'enfant a bénéficié d'un titre et d'une possession d'état conformes l'un à l'autre, cette action ne pourra être exercée que dans les dix ans de l'apparition de cette conformité.

Si le tribunal accueille la contestation de la filiation, il statue, le cas échéant, sur l'attribution de dommages-intérêts. Il peut aussi autoriser l'enfant à continuer de porter le nom attaché à cette filiation.

**Art. 311-9 nouveau :** L'action en contestation de filiation est dirigée contre un administrateur *ad hoc*, désigné à l'enfant par le juge des tutelles, dans les conditions prévues à l'article 389-3.

**Art. 311-10 nouveau (article 311-9 actuel) :** Les actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet de renonciation. : devient l'article 318.

**Art. 311-11 nouveau (article 311-10 actuel) :** Les jugements rendus en matière de filiation sont opposables même aux personnes qui n’y ont point été parties ; mais celles-ci ont le droit d’y former tierce opposition.

Les juges peuvent d’office ordonner que soient mis en cause tous les intéressés auxquels ils estiment que le jugement doit être rendu commun.

**Art. 311-12 nouveau (remplacement du texte actuel par l’alinéa unique suivant relatif aux questions de filiation, anciennement conflits de filiation ; l’alinéa second devient sans objet) :** Les tribunaux règlent les questions de filiation en déterminant par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable.

**Art. 311-13 (inchangé) :** Dans les cas où ils sont amenés à écarter la prétention de la partie qui élevait en fait l’enfant mineur, les tribunaux peuvent, néanmoins, compte tenu de l’intérêt de l’enfant, accorder à cette partie un droit de visite.

### **Section III**

#### **Du conflit des lois relatives à l’établissement de la filiation**

**Art. 311-14 à 311-18<sup>7</sup>**

### **Section IV**

#### **De la procréation médicalement assistée**

**Art. 311-19 et 311-20<sup>8</sup>**

## **Chapitre II**

### **De la filiation légitime**

#### **Section première**

##### **De la présomption de paternité**

**Art. 312 (inchangé) :** L’enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari.

Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l’enfant en justice, s’il justifie de faits propres à démontrer qu’il ne peut pas en être le père.

**Art. 313 (inchangé) :** En cas de jugement ou même de demande, soit de divorce, soit de séparation de corps, la présomption de paternité ne s’applique pas à l’enfant né plus de trois cents jours après l’ordonnance autorisant les époux à résider séparément, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation.

La présomption de paternité retrouve, néanmoins, de plein droit, sa force si l’enfant, à l’égard des époux, a la possession d’état d’enfant légitime.

**L’article 313-1 devient l’article 314, alinéa 1<sup>er</sup>, et ce nouvel article 314, dont le contenu actuel n’a plus lieu d’être, prévoit désormais l’hypothèse relative au délai de viduité.**

---

<sup>7</sup> Le droit international privé de la famille forme une discipline autonome (voir l’introduction).

<sup>8</sup> Voir *infra*, partie relative à l’assistance médicale à la procréation.

**Art. 313-1 supprimé**

**Art. 314 nouveau :** La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère.

La présomption de paternité est écartée quand l'enfant, né moins de trois cents jours après dissolution d'un premier mariage, est inscrit avec indication du nom du mari de la mère. En dehors de cette hypothèse, la présomption de paternité est maintenue pendant trois cent jours.

**L'article 313-2 devient l'article 315.**

**Art. 315 nouveau :** Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles précédents, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère comme s'il y avait eu désaveu admis en justice.

Chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis, en justifiant que, dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, qui rend vraisemblable la paternité du mari. (*L. n° 93-22 du 8 janv. 1993*) « L'action est ouverte à l'enfant pendant les deux années qui suivent sa majorité. »

**L'article 314, alinéa 1er devient l'article 316. Les autres alinéas deviennent sans objet.**

**Art. 316 nouveau :** L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est légitime et réputé l'avoir été dès sa conception.

**L'article 315 devient l'article 317.**

**Art. 316 supprimé**

**Art. 316-2 supprimé**



**Art. 317 nouveau :** La présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, ni, en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de trois cents jours après la disparition.

**Art. 318-1 supprimé**

**Art. 318-2 supprimé**

## **Section II**

### **Des preuves de la filiation légitime**

**Art. 319 maintenu :** La filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil.

**Art. 320 maintenu :** A défaut de ce titre, la possession de l'état d'enfant légitime suffit.

**Art. 321 maintenu :** Il n'y a de possession d'état d'enfant légitime qu'autant qu'elle rattache l'enfant indivisiblement à ses père et mère.

**Le texte de l'article 322 actuel est supprimé et remplacé par les dispositions de l'article 334-8**

**Art. 322 nouveau :** (*L. n° 82-536 du 25 juin 1982*) La filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire.

La filiation naturelle peut aussi trouver légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.

Les dispositions de la loi n° 82-536 du 25 juin 1982 sont applicables aux enfants naturels nés avant son entrée en vigueur. Ceux-ci ne pourront néanmoins demander à s'en prévaloir dans les successions déjà liquidées (*art. 2 de la loi*).

**Art. 322-1 supprimé**

**Art. 323 supprimé**

**Art. 324 supprimé**

**Art. 325 supprimé**

**Art. 326 supprimé**

**Art. 327 supprimé**

**Art. 328 supprimé**

### **Section III**

#### **De la légitimation**

**Art. 329 supprimé**

**Art. 330 supprimé**

**Art. 331 supprimé**

**Art. 331-1 supprimé**

**Art. 331-2 supprimé**

**Art. 332 supprimé**

**Art. 333 supprimé**

**Art. 333-1 supprimé**

**Art. 333-2 supprimé**

**Art. 333-3 supprimé**

**Art. 333-4 supprimé**

**Art. 333-5 supprimé**

**Art. 333-6 supprimé**

### **Chapitre III**

#### **De la filiation naturelle**

##### **Section première**

##### **Des effets de la filiation naturelle**

##### **et de ses modes d'établissement en général**

**Art. 334 à 334-7**

**L'article 334-8 est « remonté » à l'article 322.**

**Art. 334-8 supprimé**

**Art. 334-9 supprimé**

**Art. 334-10 nouveau :** S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, l'enfant entre dans la famille de celui de ses deux parents à l'égard duquel la filiation a été établie en premier. Elle ne produit, en outre, d'effets que successoraux et alimentaires.

## **Section II**

### **De la reconnaissance des enfants naturels**

**Art. 335 maintenu :** (*L. n° 93-22 de la loi du 8 janv. 1993*) La reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique.

L'acte comporte les énonciations prévues à l'article 62.

(*L. n° 96-604 du 5 juill. 1996*) « Il comporte également la mention que l'auteur de la reconnaissance a été informé du caractère divisible du lien de filiation naturelle. »

**Art. 336 maintenu :** La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père.

**Art. 337 maintenu :** L'acte de naissance portant l'indication de la mère vaut reconnaissance, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état.

**L'article 338 est supprimé et la règle qu'il pose actuellement est adaptée et prévue à l'article 311-6 (v. supra). Le nouvel article 338 prévoit la possibilité de l'action en recherche de maternité même lorsque la mère prétendue a demandé le secret de son admission et de son identité lors de son accouchement.**

**Art. 338 nouveau :** La recherche de maternité est admise même lorsque la mère prétendue a demandé lors de son accouchement que le secret de son admission et de son identité soient préservés.

**Art. 339 supprimé**

## **Section III**

### **Des actions en recherche de paternité et de maternité**

**Art. 340 supprimé**

**Art. 340-1 supprimé**

**Art. 340-2 supprimé**

**Art. 340-3 supprimé**

**Art. 340-4 supprimé**

**Art. 340-5 supprimé**

**Art. 340-6 supprimé**

**Art. 340-7 supprimé**

## **Section IV**

### **De l'action à fins de subsides**

**Suppression de cette section et des articles 342 à 342-8.**

**Prévoir un chapitre IV relatif aux effets de la filiation**

## **VII. L'ADOPTION**

### **§1. ANALYSE**

L'institution de l'adoption doit être résolument replacée dans la perspective de l'intérêt de l'enfant. Il ne s'agit pas de permettre à des adultes d'assouvir un désir d'enfant, mais bien d'offrir une famille à un enfant.

L'analyse de l'adoption plénière doit précéder celle de l'adoption simple, le maintien de l'une comme de l'autre étant acquis.

#### **I. L'adoption plénière**

Seront successivement envisagées les conditions de l'adoption plénière, l'acte de naissance de l'enfant adopté et les effets de l'adoption.

##### **A. *Les conditions de l'adoption plénière***

###### **A.1. *L'adoption par une personne seule***

L'article 343-1 du Code civil reconnaît la possibilité pour une personne seule, âgée de plus de vingt-huit ans, de demander l'adoption plénière. Cette disposition est inopportune. De nombreuses demandes d'adoption par des couples demeurent non satisfaites en raison du peu d'enfants adoptables. Surtout, il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir un père et une mère, comme le reconnaît la Convention Universelle des droits de l'enfant (dite Convention de New York) du 26 janvier 1990.

L'adoption doit être replacée sous la bannière de l'intérêt de l'enfant, non sous celle du désir d'enfant. La demande d'adoption doit, dès lors, être formulée par un couple.

La possibilité, pour une personne seule, d'adopter plénièrement un enfant doit être supprimée.

###### **A.2. *L'adoption par des concubins***

Maints éléments, dont la reconnaissance légale du concubinage ou les dispositions relatives à la procréation médicalement assistée conduisent à reconnaître la possibilité aux concubins de recourir à l'adoption.

Il convient néanmoins de subordonner l'accès à l'adoption aux concubins pouvant justifier d'une vie commune de plus de deux ans, condition requise en matière d'aide médicale à la procréation. Le refus du mariage traduit un refus d'engagement et peut faire craindre un défaut de stabilité. L'exigence d'une durée de vie commune permet de lever cette crainte et sert l'intérêt de l'enfant. Enfin, elle permettra de lutter contre les comportements frauduleux destinés à contourner l'interdiction de l'adoption par une personne seule.

### **A.3. *L'adoption de l'enfant du conjoint***

L'article 345-1 du Code civil reconnaît, en trois circonstances, la possibilité d'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Cette disposition peut engendrer des conséquences paradoxales, l'enfant étant juridiquement rattaché plus fortement au conjoint de son auteur qu'à son auteur lui-même.

En effet, le lien de filiation adoptive, dans l'hypothèse d'une adoption plénière, est indestructible, à la différence de la filiation dite biologique.

Il semble dès lors beaucoup plus adéquat de permettre la reconstitution familiale au moyen de l'adoption simple, plutôt que de l'adoption plénière. Il n'est pas nécessaire, s'agissant d'une adoption qui maintient les liens familiaux d'origine, de la subordonner aux conditions entourant actuellement le recours à l'adoption plénière.

### **A.4. *Conditions relatives à la filiation d'origine de l'enfant et au consentement à l'adoption***

Les articles 347, 348, 348-1, 348-2, 348-3, 348-4 seraient maintenus sous deux réserves.

Tout d'abord, le consentement à l'adoption est un acte trop grave pour être seulement reçu par le greffier en chef du tribunal d'instance. Il convient d'exiger l'intervention du tribunal d'instance

En outre, le délai de deux mois laissé aux parents pour rétracter leur consentement semble trop court. Il est proposé de le porter à trois mois.

## **B. *L'acte de naissance de l'enfant adopté***

L'adoption plénière, telle qu'elle est régie par les textes, est contraire au droit de connaître ses origines et pose le problème du faux en écriture public.

Il est possible de maintenir le secret tout en faisant disparaître le mensonge en instituant l'acte civil d'enfant adopté. Plus radicalement, il est même concevable de lever le secret des origines.

Dans cette double perspective, il est nécessaire de modifier les dispositions de l'article 354 du Code civil. Les deux solutions seront envisagées successivement.

### **B.1 *Reconnaissance du droit de l'enfant adopté de connaître ses parents d'origine***

La réforme serait ici radicale. Elle consisterait en la reconnaissance du droit pour l'enfant de connaître ses parents d'origine. Disparaîtrait la dernière phrase de l'alinéa 3 (« *elle ne contient aucune indication relative à la filiation réelle de l'enfant* »). Quelques modifications ponctuelles devraient être, de plus, suggérées.

La transcription de la décision prononçant l'adoption plénière reprendrait le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant tels qu'ils résultent de l'acte de naissance originaire.

La transcription établirait le nouvel état civil de l'enfant, l'acte de naissance originaire étant privé d'effet.

## ***B.2. Suppression du faux en écriture publique et maintien du secret***

La seconde solution, moins radicale, consiste en la suppression du faux tout en maintenant le secret avec accès aux informations non identifiantes énumérées dans le Code de l'aide sociale à l'enfance.

Dans cette optique la transcription ne contiendrait aucune indication relative à la filiation originaire de l'enfant, mais préciserait la nature adoptive de la filiation établie.

## ***C. Les effets de l'adoption plénière***

### ***C.1. Date de production des effets***

Il semble opportun de maintenir la règle, fixée à l'article 355 du Code civil, de la production des effets au jour du dépôt de la requête.

### ***C.2. Effet de l'adoption sur la filiation de l'adopté***

Aux termes de l'article 356 du Code civil, « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164.

Toutefois l'adoption de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Elle produit, pour le surplus, les effets d'une adoption par deux époux. »

La suppression de la possibilité d'adoption plénière de l'enfant du conjoint emporte suppression de l'alinéa 2 de l'article 356.

Au surplus, l'ouverture de l'adoption aux couples non mariés impose une modification de la disposition dans le sens de l'alignement des droits et obligations de l'adopté sur ceux de l'enfant légitime ou naturel.

### ***C.3. Effet de l'adoption sur le nom de l'adopté***

La même raison commande une modification de l'article 357 du Code civil.

### ***C.4. Effet de l'adoption sur l'autorité parentale***

L'article 358 doit désormais prévoir les conditions d'exercice de l'autorité parentale par renvoi à l'article 372 du Code civil.

## **II- L'adoption simple**

Les changements proposés, affectant les conditions de l'adoption plénière modifieront les conditions de l'adoption simple et justifient, notamment qu'une nouvelle rédaction soit donnée à l'article 360, prévoyant la faculté d'adoption simple de l'enfant du conjoint (seule faculté désormais ouverte) et ouvrant l'adoption simple aux couples non mariés. Les dispositions de l'article 361, opérant renvoi à celles réglementant l'adoption plénière seront également modifiées en ce sens.

Quelques modifications sont également proposées quant aux effets de l'adoption simple.

### **A. Exercice de l'autorité parentale sur l'adopté simple**

L'article 365 alinéa 1<sup>er</sup> *in fine* prévoit expressément la conservation par le conjoint de l'adoptant, père ou mère de l'adopté, de l'exercice de l'autorité parentale. Cette mention doit être supprimée, l'adoption simple devant conduire à un partage effectif d'autorité dans la perspective de la recomposition familiale au moyen d'une adoption simple.

L'article doit, de plus, viser, en son alinéa 2, non seulement l'enfant légitime mais également l'enfant naturel.

### **B Vocation successorale de l'adopté simple dans sa famille d'adoption**

L'article 368 prévoit que l'enfant adopté a, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux d'un enfant légitime. Or la référence à l'enfant légitime ne suffit plus dès lors que l'adoption est ouverte aux couples de concubins hétérosexuels. Il convient dès lors de modifier l'article 368 dans cette perspective.

### **C. Révocation de l'adoption**

L'article 370 permet, aujourd'hui, et notamment, à l'un des deux adoptants de demander la révocation de l'adoption. La révocation peut n'être qu'unilatéralement demandée et prononcée.

Cette solution est contestable pour une double raison :

-raison théorique, tout d'abord, dans la mesure où elle viole le principe du parallélisme des formes ;

-raison pratique, ensuite, en raison des conséquences qu'elle est susceptible de produire (on peut concevoir qu'un enfant ne soit plus légitime qu'à l'égard de l'un seulement des parents).



C'est pourquoi il est proposé de n'ouvrir la possibilité de demander la révocation qu'aux deux adoptants, agissant conjointement. Serait ainsi marquée l'indivisibilité des deux liens adoptifs ainsi tissés.

Toutefois, lorsque l'adoption profite à l'enfant du conjoint, il est indispensable de permettre à l'adoptant de demander seul la révocation. Il serait sinon privé de toute faculté de révocation.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

- 1- Supprimer la possibilité pour une personne seule d'adopter plénièrement un enfant.
- 2- Reconnaître aux concubins hétérosexuels la possibilité d'adopter, plénièrement ou simplement, un enfant dès lors qu'ils justifient d'une vie commune de plus de deux ans et qu'ils sont, l'un et l'autre, âgés de plus de vingt-huit ans. En tirer les conséquences sur les droits et obligations des enfants adoptés.
- 3- Supprimer les facultés d'adoption plénière de l'enfant du conjoint. Réserver en revanche, sans conditions spécifiques, la possibilité d'adoption simple.
- 4- Prévoir la réception du consentement à l'adoption devant le tribunal d'instance.
- 5- Autoriser la rétractation du consentement à l'adoption pendant trois mois.
- 6- Reconnaître le droit à la connaissance de ses origines à l'enfant adopté plénièrement ou au moins supprimer le faux en écriture public en exigeant que la transcription du jugement d'adoption précise la nature adoptive de la filiation établie.
- 7- Maintenir la date de production des effets de l'adoption au jour du dépôt de la requête en adoption.
- 8- Prévoir, en cas d'adoption simple de l'enfant du conjoint, l'exercice conjoint de l'autorité parentale sur cet enfant.
- 9- Exiger que la demande de révocation de l'adoption simple émane des deux adoptants, non de l'un d'eux seulement, sous réserve de l'hypothèse d'adoption de l'enfant du conjoint.

### **§3. PROPOSITIONS D'AJOUT, DE MODIFICATION OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES.**

**Art. 343 nouvel alinéa 2 :** « L'adoption peut aussi être demandée par un homme et une femme justifiant d'une vie commune ayant duré plus de deux ans et âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans. »

**Art. 343-1 :** supprimé

**Art. 343-2 :** supprimé

**Art. 344 alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase :** supprimée

**Art. 345-1 :** supprimé

**Art. 346 :** supprimé

**Art. 348 :** « Le consentement à l'adoption est donné devant le tribunal d'instance du domicile ou de la résidence de la personne qui consent, ou devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. »

« Le consentement peut être rétracté pendant trois mois. La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation. »

**Art. 353-1 nouveau :** « Dans le cas d'adoption d'un pupille de l'Etat ou d'un enfant étranger, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés. ». **Alinéa 2 :** sans changement

**Art. 354 : 1<sup>ère</sup> version, dans l'hypothèse d'une reconnaissance du droit de l'enfant à connaître ses parents d'origine :**

**Alinéa 3 :** « La transcription reprend le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant tels qu'ils résultent de l'acte de naissance originaire. Elle énonce, le cas échéant, les nouveaux prénoms de l'enfant, ainsi que les prénoms, noms, date et lieu de naissance, profession et domicile du ou des adoptants. »

**Alinéa 4 :** « La transcription établit le nouvel état civil de l'enfant, l'acte de naissance originaire étant privé d'effet. »

**Alinéa 5 :** supprimé

**Art. 354 : 2<sup>e</sup> version, dans l'hypothèse d'une simple suppression du faux en écriture publique et du maintien du secret :**

**Alinéa 3 :** « La transcription ne contient aucune indication relative à la filiation originaire de l'enfant, mais préciser la nature adoptive de la filiation établie. »

**Alinéa 4 nouveau :** (ancien alinéa 5)

**Alinéa 5 nouveau :** (ancien alinéa 4)

**Art. 355 :** « L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption. »

**Art. 356 :** « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164.

L'adoption confère à l'enfant tous les droits et obligations d'un enfant légitime ou naturel selon que les adoptants sont ou non mariés. »

**Art. 357 :** « Le nom de l'enfant adopté se détermine suivant les mêmes règles que celles applicables aux enfants naturels ou légitimes selon les cas »

**Alinéa 2 : inchangé**

**Alinéa 3 : supprimé**

**Art. 358 :** « L'autorité parentale est exercée dans les conditions de l'article 372 ci-dessous en distinguant selon que les adoptants sont mariés ou non »

**Art. 360 nouveau :** « L'adoption ne peut être demandée que par un homme et une femme, mariés ou non.

L'un d'eux peut aussi demander l'adoption d'un enfant de l'autre avec le consentement de ce dernier. En ce cas, la condition d'âge prévue à l'article 343 du Code civil n'est pas exigée.

L'adoption simple est permise quel que soit l'âge de l'adopté.

(*L. n° 96-604 du 5 juill. 1996*) S'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise.

L'adoption simple d'un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption simple n'est pas permise.

Si l'adopté est âgé de plus de (*L. n° 93-22 du 8 janv. 1993*) « treize ans » [*précédente rédaction : « quinze ans »*], il doit consentir personnellement à l'adoption. »

**Art. 361 :** « Les dispositions de l'article 343, 344, 347 à 350, 353, 353-1 [*devenu 353-2*], 355 sont applicables à l'adoption simple. »

**Art. 365 :** « L'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, inclus celui de consentir au mariage de l'adopté, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté ; dans ce cas, l'adoptant exerce l'autorité parentale concurremment avec son conjoint. »

« Les droits d'autorité parentale sont exercés par le ou les adoptants dans les mêmes conditions qu'à l'égard de l'enfant de l'enfant légitime ou naturel selon les cas. »

« Les règles de l'administration légale et de la tutelle de l'enfant légitime ou naturel s'appliquent à l'adopté. »

**Art. 368 :** « L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les droits successoraux déterminés aux articles 745 et suivants du Code civil. »

**Art. 370 :** « S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande conjointe des adoptants ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public.

Elle peut l'être aussi à la demande de celui des conjoints qui aurait adopté l'enfant de l'autre.

La demande de révocation faite par les adoptants ou par l'adoptant selon les cas, n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans.

Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang, ou, à leur défaut, un membre de la famille d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation. »

## VIII L'ASSISTANCE MEDICALE A LA PROCREATION

### §1. ANALYSE

Deux questions sont débattues à propos de la législation relative à l'assistance médicale à la procréation. Il s'agit, d'une part, de l'irresponsabilité du donneur, prévue à l'article 311-19 du Code civil, et, d'autre part, de la rétractation du consentement, possible en l'état actuel du texte de l'article 311-20, alinéa 3 du Code civil.

#### I. L'irresponsabilité du donneur

Contestable en son principe, l'irresponsabilité du donneur doit cependant être maintenue car elle est intimement liée au principe du secret des origines. Si le secret des origines existe, aucune responsabilité du donneur ne se conçoit alors.

#### II. Consentement à une procréation médicalement assistée (art. 311-20 du Code civil)

##### A. *Les personnes susceptibles de consentir à une procréation médicalement assistée*

###### A.1. *Les couples concernés*

L'alinéa 1er de l'article 311-20 du Code civil prévoit, en sa rédaction actuelle, que l'assistance médicale est ouverte aux époux ou aux concubins. La définition juridique du concubinage figée dans le Code civil par la loi du 15 novembre 1999 impose de préciser le champ de l'assistance médicale à la procréation quant aux personnes.

L'assistance médicale à la procréation s'adresse à l'homme et la femme formant le couple, marié ou non, en raison de l'intérêt de l'enfant, qui est d'avoir un père et une mère. En conséquence, l'alinéa 1er de l'article 311-20 doit viser « l'homme et la femme formant le couple marié ou non ».

###### A.2. *La question de l'implantation d'embryons post mortem*

Les deux parents doivent être vivants au moment de la demande d'assistance médicale à la procréation, comme le prévoit d'ores et déjà l'article L. 152-2 du Code de la santé publique.

En revanche, l'implantation *post mortem* d'embryons doit être possible *post mortem*, puisque, dans cette hypothèse, il y a déjà une « *personne potentielle* »<sup>9</sup> qui justifie une solution dérogatoire. Toutefois, cette demande doit être doublement encadrée : seule la femme peut la demander car l'homme devrait alors avoir recours à une mère porteuse, ce qui est

---

<sup>9</sup> Expression employée par le Comité d'éthique.

interdit par la loi. En outre, il faut poser une condition de délai car la naissance ne peut intervenir trop longtemps après le décès et doit être rattachée au projet d'un couple. Il conviendra en outre que les médecins veillent à ce qu'un temps minimal de deuil s'écoule afin que la femme puisse exprimer une volonté apaisée.

Il est donc nécessaire de modifier la rédaction du présent article L. 152-4 du Code de la santé publique.

***B. L'effet du consentement donné à une procréation médicalement assistée***

Aux termes de l'article 311-20, aliéna 2 du Code civil, « Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état ».

Il n'est pas précisé si cette disposition intéresse les seules assistances médicales hétérologues ou également l'assistance médicale homologue.

Si identité de traitement il y a, elle peut s'expliquer par le fait que les deux assistances sont le fruit de la volonté.

Si une telle identité devait être maintenue, il conviendrait de poser que la révocation du consentement n'est pas un obstacle à l'établissement du lien, mais fonde la responsabilité du médecin qui passe outre.

Une autre solution consisterait à supprimer la faculté de révocation du consentement. En contrepartie, il faudrait imposer une réitération du consentement au moment de la réalisation de la procréation médicalement assistée. C'est cette dernière solution qui est préconisée.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

- 1- Maintenir le principe d'irresponsabilité du donneur.
- 2- Réserver le recours à la procréation médicalement assistée au couple, marié ou non, formé d'un homme et d'une femme.
- 3- Exiger la réitération du consentement à la procréation médicalement assistée au moment où elle est réalisée, le médecin veillant au respect de cette exigence.
- 4- Autoriser, sous conditions, l'implantation *post mortem* d'embryons.



### **§3. PROPOSITIONS DE MODIFICATION, D'AJOUT OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

**Art. 311-20 :** « L'homme et la femme formant le couple, marié ou non, qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Chacun des époux ou concubin doit réitérer son consentement par écrit au moment de la réalisation de la procréation médicalement assistée. Le médecin qui réalise celle-ci veille au respect de cette exigence.

L'homme et la femme qui ont consenti à une procréation médicalement assistée sont tenus de faire établir le lien de filiation à l'égard de l'enfant qui en est issu.

A défaut, il appartient au tribunal saisi de déclarer judiciairement le lien de filiation dans les conditions prévues à l'article 311-7 du Code civil. »

**Art. L. 152-4 du Code de la santé publique :** « En cas décès d'un membre du couple, le survivant peut consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

La femme peut demander à bénéficier de l'assistance médicale à la procréation malgré le décès de son conjoint survenu après la conception de l'embryon. Toutefois, cette demande ne peut être exprimée au-delà d'un délai d'un an à compter du décès. »

## **IX. L'AUTORITE PARENTALE**

### **§1. ANALYSE**

Les dispositions en exergue du chapitre 1<sup>er</sup> du Titre neuvième consacré à l'autorité parentale reflètent bien le fait que l'autorité parentale est un droit fonction qui confère à ses titulaires droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation.

Le groupe de travail n'a pas souhaité intégrer de règles générales sur la majorité anticipée car de telles règles relèvent du droit spécial. Toutefois, il est nécessaire d'attirer l'attention du législateur sur l'importance prise par les seuils de treize et seize ans qui sont de plus en plus fréquents dans la législation et qu'il convient de s'efforcer de retenir.

#### **I. La consécration de la fratrie**

L'article 371-5 du Code civil dispose que « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution. S'il y a lieu, le juge statue sur les relations personnelles entre les frères et sœurs. »

Le principe énoncé doit être maintenu, mais la rédaction actuelle, dont on a dénoncé le caractère défectueux, doit être modifiée.

La disposition, enfin, peut être insérée à l'article 371-4 du Code civil.

#### **II. Exercice de l'autorité parentale**

##### **A. *Le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale***

Les modifications apportées au droit de la filiation doivent emporter modification et simplification du principe posé à l'article 372. Il doit ainsi être admis que l'autorité parentale est exercée par les père et mère, sans nullement distinguer selon qu'ils sont ou non mariés, en réservant l'hypothèse où l'une des deux filiations aurait été établie en justice. En ce cas, en effet, seul celui auquel l'enfant est volontairement rattaché (par le titre ou la possession d'état) exercerait l'autorité.

Le principe commun une fois posé, il convient néanmoins de réserver des hypothèses propres aux parents mariés ou non. Pour les premiers, l'article 372 envisagera la question de l'exercice de l'autorité parentale après divorce (*v. infra*) ; pour les seconds, il convient de laisser au juge aux affaires familiales, saisi à la demande du père, de la mère ou du ministère public le soin d'écarter l'exercice en commun s'il l'estime nécessaire.

Lorsqu'il est le fait de parents qui ne vivent pas ensemble (parents divorcés, concubins séparés...), l'exercice en commun de l'autorité parentale laisse entière la question de la résidence de l'enfant.

En l'état actuel du droit positif, la résidence est en principe fixée de façon habituelle chez l'un des parents, la décision étant soit prise par les parents soit prise par le juge (art. 287 et 374). Le mécanisme de la résidence alternée n'est pas, en revanche, admis par les textes, si bien que les juges aux affaires familiales qui l'admettent le font sous couvert d'un droit de visite et d'hébergement très étendu attribué au parent chez lequel n'est pas fixée la résidence habituelle. Il n'est pas souhaitable de maintenir ainsi une solution textuelle officielle et une réalité judiciaire cachée.

L'alternance de la résidence permet de satisfaire le désir naturel qu'ont les parents de maintenir avec leur enfant une étroite communauté de vie même après dislocation de leur couple. Mais c'est aussi une solution qui présente de grands dangers pour l'enfant car elle porte atteinte à la stabilité de sa vie.

Afin d'éviter que l'intérêt des adultes prévale sur celui de l'enfant, il convient de prévoir que la résidence est en principe fixée chez un seul des parents et qu'elle ne peut être partagée que si tel est l'intérêt effectif de l'enfant considéré. Outre la condition particulière de proximité géographique des résidences respectives, condition notamment destinée à préserver la continuité du cadre de vie et surtout des études de l'enfant, il convient donc de subordonner explicitement une telle alternance à l'intérêt de l'enfant.

Il importe par ailleurs de réserver au juge le pouvoir de prendre une telle décision et d'exiger de lui une motivation spéciale. Ce partage de résidence est suffisamment significatif pour l'enfant pour ne pas donner aux adultes le pouvoir d'en décider, même sous le contrôle du juge. Réciproquement, il est préférable de ne pas subordonner cette solution à l'accord des parents. L'existence ou l'absence d'entente parentale sera naturellement un élément important d'appréciation pour le juge chargé de fixer la résidence de l'enfant dans la mesure où l'intérêt de l'enfant en dépend bien souvent : si l'on peut imaginer qu'un juge estime conforme à l'intérêt de l'enfant d'imposer une résidence alternée à deux parents qui se disputent tous deux la résidence habituelle de leur progéniture, on peut penser qu'il sera moins enclin à imposer un tel partage à un parent qui ne souhaite pas du tout résider avec l'enfant. Il est évident que la volonté de chaque parent sera, à ce titre, prise en compte. Mais subordonner l'alternance à l'accord parental fournirait à chacun des parents un moyen de pression sur l'autre (puisque la révocation de son consentement rendrait impossible l'alternance future), ce qui n'est pas souhaitable.

C'est la raison pour laquelle il a été prévu : 1) qu'une telle décision ne pouvait être prise que par le juge, et seulement par décision spécialement motivée ; 2) qu'elle devait, à titre général, être commandée par l'intérêt de l'enfant et qu'elle devait, plus particulièrement, être rendue possible par la proximité des résidences de chaque parent.

Ces principes valent à l'égard de l'enfant de parents divorcés comme à l'égard de l'enfant naturel dont les parents ne vivent pas ensemble. Le groupe de travail a pensé qu'il convenait de poser la règle dans l'article 287 relatif au divorce puis de procéder par renvoi pour l'enfant naturel.

L'article 287 a été reformulé dans son alinéa second pour prévoir explicitement l'éventualité de la résidence alternée de l'enfant.

L'article 372 contient désormais un nouvel alinéa 4 prévoyant l'application de l'article 287 alinéa 2 pour déterminer, le cas échéant, la résidence de l'enfant naturel.

### ***B. Résolution des conflits parentaux***

La solution actuellement posée à l'article 372-1-1 C. civ. doit être maintenue. La disposition peut en revanche être fixée dans l'article 372-1 du Code civil, l'actuel article 372-1 ne se justifiant plus compte tenu des modifications proposées en matière de filiation.

### ***C. Présomption de l'article 372-2***

Cette présomption, qui assoit l'autorité à l'égard des tiers, doit être maintenue.

### ***D. Exercice de l'autorité parentale après divorce ou séparation de corps***

L'article 373-2 du Code civil opère aujourd'hui renvoi à l'article 287 du Code civil pour déterminer les conditions d'exercice de l'autorité parentale après divorce. Il convient d'intégrer dans l'article 372 lui-même le principe du maintien de l'exercice en commun après divorce ou séparation de corps.

## **III. Perte de l'autorité parentale**

L'actuel article 373 du Code civil détaille les cas de perte de l'autorité parentale.

L'article 373-1, envisageant l'hypothèse où l'un des parents est décédé ou se trouve dans l'un des cas énumérés à l'article précédent doit être maintenu au prix d'un réaménagement formel. Il paraît en effet opportun de le compléter par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 373-3.

La possibilité actuellement prévue à l'article 373-3 du Code civil, pour le juge de confier l'enfant à un tiers doit être maintenue dans deux cas : d'une part, celui du décès du père ou de la mère alors que l'autre parent a été privé de certains attributs de l'autorité parentale par l'effet d'un jugement de divorce ou de séparation de corps ; d'autre part, celui où le parent qui reste en état d'exercer l'autorité parentale sur un enfant naturel ne réside pas avec ce dernier. Cette possibilité doit être prévue à l'article 373-3.

L'article 373-5 prévoit l'ouverture d'une tutelle s'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale. Cette disposition doit être maintenue. On doit y adjoindre les dispositions de l'article 374-2 actuel.

## **IV. Contenu de l'autorité parentale**

### ***A. Obligation d'entretien***

La règle doit être posée, à l'article 374, que les parents, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, assument l'obligation de nourrir, entretenir et élever l'enfant.

***B. Interruption volontaire de grossesse d'une mineure***

Il a été nécessaire de concilier l'exercice naturel de l'autorité parentale avec le caractère essentiellement personnel de la décision par laquelle l'enfant décide d'interrompre sa grossesse quel qu'en soit le moyen. Or le recours à l'assistance d'un tiers autre que le médecin ne saurait être justifié en raison de ce caractère essentiellement personnel. Il va de soi que le médecin est appelé à assurer ici, outre l'acte médical, une mission de médiation naturelle.

La question de l'interruption volontaire de grossesse par la mineure relève du droit spécial, et à ce titre, doit être laissée hors du Code civil. Elle doit donc être régie par le Code de la santé publique.

En cas de conflit entre la mineure et ses parents, la liberté de la mineure doit l'emporter. En effet, l'autorité parentale ne peut mettre obstacle à la décision par laquelle l'enfant décide de prévenir ou d'interrompre sa grossesse. Toutefois, l'enfant doit s'efforcer d'obtenir l'assistance de ses parents, ce dont doit s'assurer le praticien.

Ces principes doivent être prévus dans un article inséré dans le Code de la santé publique.

## **§2. SYNTHÈSE DES RECOMMANDATIONS**

- 1- Maintenir le principe selon lequel l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, différemment formulé et intégré à l'article 371-4 du Code civil.
- 2- Poser à l'article 372 que l'autorité parentale est exercée par les père et mère, sans plus distinguer selon qu'ils sont ou non mariés. Réserver cependant l'hypothèse où l'une des deux filiations aurait été établie en justice pour ne reconnaître alors l'exercice de l'autorité qu'à celui auquel l'enfant a été rattaché volontairement.
- 3- Prévoir dans l'article 372 même, la question de l'exercice de l'autorité parentale après divorce ou séparation de corps.
- 4- Reconnaître au juge aux affaires familiales, saisi à la demande du père, de la mère ou du ministère public, la possibilité d'écarter l'exercice en commun de l'autorité s'il l'estime nécessaire.
- 5- Modifier l'article 287 pour prévoir une éventuelle résidence alternée en cas de divorce et renvoyer à ce texte pour l'enfant naturel.
- 6- Remonter les dispositions de l'article 372-1-1 à l'article 372-1, dont le contenu actuel est supprimé.
- 7- Maintenir les dispositions de l'actuel article 372-2 du Code civil.
- 8- Maintenir le contenu actuel de l'article 373-1, complété par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 373-3.
- 9- Reconnaître, dans l'article 373-3 le pouvoir au juge aux affaires familiales, saisi par la famille ou le ministère public, de confier l'enfant à un tiers dans deux cas : si l'un des parents décède où se trouve dans l'un des cas énumérés par l'article 373 et que l'autre est privé de certains attributs de l'autorité parentale par l'effet d'un jugement de divorce ou de séparation de corps ; si le parent qui reste en état d'exercer l'autorité parentale après que l'autre l'a perdu, ne réside pas avec l'enfant naturel.
- 10- Adjoindre aux dispositions de l'article 373-5, celles de l'article 374-2 actuel.
- 11- Poser, à l'article 374 du Code civil, la règle selon laquelle, quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les parents assument l'obligation de nourrir, entretenir, élever l'enfant.
- 12- Reconnaître en cas de conflit entre la mineure qui souhaite interrompre sa grossesse et ses parents, la liberté de choix de la mineure, l'enfant devant néanmoins s'efforcer d'obtenir l'assistance de ses parents. Le praticien doit s'en assurer.

### **§3. PROPOSITIONS DE MODIFICATION, D'AJOUT OU DE SUPPRESSION D'ARTICLES**

**Art. 287 :** « L'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents.

La résidence habituelle de l'enfant chez l'un de ses parents est fixée par ceux-ci. À défaut d'accord amiable ou si cet accord est contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge la détermine. Toutefois, si l'intérêt de l'enfant le commande et si la proximité des résidences respectives des parents le permet, le juge peut, par décision spécialement motivée, prévoir une résidence alternée chez l'un et l'autre ; il en précise alors les modalités.

Si l'intérêt de l'enfant le commande... » (la suite inchangée).

**Art. 371-4 alinéa 1 :** « Sauf si son intérêt le commande, l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs. »

**Alinéa 2 :** « Les père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents. A défaut d'accord entre les parties, les modalités de ces relations sont réglées par le juge aux affaires familiales. »

**Alinéa 3 :** « En considération de situations exceptionnelles, le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de correspondance ou de visite à d'autres personnes, parents ou non. »

**Art. 372 :** « L'autorité parentale est exercée par les père et mère sauf si l'une des deux filiations a été établie en justice. En ce cas, seul l'exerce celui auquel l'enfant est rattaché par titre ou possession d'état.

Cet exercice en commun subsiste même après divorce ou séparation de corps, sous réserve des dispositions des articles 287 et suivants du présent Code.

Cet exercice en commun n'est écarté à l'égard d'un enfant naturel que si le juge aux affaires familiales, saisi à la demande du père, de la mère, ou du ministère public, l'estime nécessaire.

Sauf si l'intérêt de l'enfant s'y oppose, il accorde un droit de surveillance, de visite ou d'hébergement au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité.

Lorsque les parents naturels exercent en commun leur autorité mais résident séparément, les dispositions de l'article 287 alinéa 2 sont applicables. »

**Art. 372-1 :** « Si les père et mère ne parvenaient pas à s'accorder sur ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la pratique qu'ils avaient précédemment pu suivre dans des occasions semblables leur tiendrait lieu de règle.

A défaut d'une telle pratique ou en cas de contestation sur son existence ou son bien-fondé, (L. n° 93-22 du 8 janv. 1993) « le parent le plus diligent pourra saisir le juge aux affaires familiales » qui statuera après avoir tenté de concilier les parties. »

**Art. 373-1 :** « Si l'un des père et mère décède ou se trouve dans l'un des énumérés par l'article précédent, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu (Abrogé par L. n° 87-570 du 22 juill. 1987) « en entier » à l'autre.

(L. n° 87-570 du 22 juill. 1987) Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à cette dévolution, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui. »

**Art. 373-2 :** « (L. n° 93-22 du 8 janv. 1993) Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée dans les conditions prévues à l'article 287.

Lorsque la filiation d'un enfant naturel n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses deux parents, celui-ci exerce seul l'autorité parentale. »

**Art. 373-3, nouvelle rédaction :** Le juge aux affaires familiales, saisi par la famille ou le ministère public peut confier l'enfant à un tiers, avec ou sans ouverture d'une tutelle dans l'un des deux cas suivants :

1° Si l'un des parents décède ou se trouve dans l'un des cas énumérés à l'article 373 et alors que l'autre a été privé de certains attributs de l'autorité parentale par l'effet d'un jugement de divorce ou de séparation de corps.

2° Si le parent qui reste en état d'exercer l'autorité parentale après que l'autre a perdu cet exercice ne résidait pas avec l'enfant naturel.

Dans des circonstances exceptionnelles, cette décision peut être prise du vivant même des parents. Le juge peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié.

**Art. 373-4 :** remplacer l'expression « juge aux affaires familiales » par le terme « juge »

**Art. 374 :** « Quelles que soient les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les père et mère assument l'obligation de nourrir, entretenir et élever leur enfant. Chacun y contribue à proportion de ses facultés respectives.

Dans le cas où l'enfant ne vit pas avec ses deux parents, cette contribution obéit aux articles 293 et suivants du présent Code. »

**Insérer l'article suivant dans le Code de la santé publique :** « L'autorité parentale ne peut mettre obstacle à la décision par laquelle la mineure décide de prévenir ou d'interrompre sa grossesse.

Le praticien qui effectue une interruption de grossesse veille à ce que la mineure se soit efforcée d'obtenir l'assistance de ses parents ou de son représentant légal. »



## **X. L'ATTRIBUTION DU NOM**

### **§1. Analyse**

La question de la nécessité de réformer le droit français, relativement à la transmission du nom patronymique, a divisé le groupe du travail et les participants au forum, partagés entre le souhait de maintenir le statu quo et celui de voir le droit promouvoir, là encore, le principe d'égalité.

Les arguments sont nombreux en faveur du statu quo.

La solution existante est simple, même si, dans ses applications, elle peut engendrer des cas plus complexes ; il sera difficile, voire impossible de parvenir à une simplicité équivalente.

Le principe patronymique permet d'instituer symboliquement le père : la gestation et l'accouchement tissant entre la mère et l'enfant un lien inexistant à l'égard du père, lien que justement la transmission du nom patronymique réalise.

A l'inverse, un fort mouvement des idées a entraîné dans diverses législations européennes des modifications attestant un déclin du système patronymique, ce mouvement étant inspiré par l'idée d'établir une égalité tendant à reconnaître au nom de l'un et de l'autre parents une même portée. En effet, certains font valoir que la dimension symbolique du nom s'entend aussi bien à l'égard du père que de la mère : s'agissant de traduire le lien qui intègre l'enfant dans une famille dont les père et mère sont actuellement également en charge, il serait assez naturel que le nom de l'enfant se compose de l'association des noms paternel et maternel. Revenir sur le système patronymique n'équivaut pas à cet égard à consacrer une conception biologique de la filiation qui n'est évidemment pas celle du groupe de travail.

Il ne faut pas se cacher que cette question ne préoccupe pas la majorité de nos concitoyens et agite surtout la presse et certains milieux intellectuels. Il semblerait même que 80% des femmes prennent le nom de leur époux après le mariage, 19% seulement gardant leur nom de jeune fille, et 1% seulement accolant leur nom à celui de leur mari. Cela ne veut pas dire que symboliquement, la réforme ne soit pas importante.

Quant à la loi de 1985, on invoque souvent sa relative ineffectivité comme étant la preuve de l'insignifiance de la question du nom pour les femmes. Il est difficile toutefois d'en tirer des conclusions significatives : le caractère viager du nom en retire tout intérêt pratique sur le long terme, ce qui dissuade les femmes d'y recourir, puisqu'elles imposeront à leur enfant un nom que celui-ci n'aura pas ensuite la liberté de transmettre.

Le système retenu par le groupe de travail est le suivant :

- L'enfant porte automatiquement le nom de son père et celui de sa mère
- Lorsqu'il enfante à son tour, il décide du nom qu'il transmet à sa descendance. Le choix fait pour le premier enfant lie son auteur à l'égard des enfants qu'il aura ensuite.

Ce système présente un quadruple avantage :

- Il maintient l'unité de la famille. On tend trop souvent actuellement à insister sur la signification individuelle du nom, réduit à un droit subjectif de la personne, en oubliant sa dimension familiale. Le système proposé insiste au contraire sur cette dernière.

- Il prévient autant que possible les conflits au sein de la famille, à la différence des autres systèmes proposés. En effet, si l'on donnait au père et à la mère la liberté de décider du point de savoir si leurs enfants porteront le nom de l'un ou de l'autre, on créerait une source évidente de conflits. L'automatisme du système proposé évite justement ce risque. De la même façon, si l'on reconnaissait à l'enfant mineur le droit de choisir, on créerait un triple risque de conflit : en premier lieu entre les parents qui se disputeront le pouvoir de convaincre l'enfant, en deuxième lieu entre l'enfant et celui de ses parents dont il ne choisira pas le nom, en troisième lieu au sein de la fratrie, le choix de chacun pouvant être regretté par les autres.

- Il réalise de façon harmonieuse la double fonction symbolique du nom.

- Puisque le choix portera seulement sur le nom transmis à la descendance, le système évite tout changement d'état en matière de nom.

Ce système suscite toutefois certaines difficultés d'application.

Première difficulté : elle est à l'évidence d'ordre pratique. Comment réaliser en effet, concrètement, le choix du nom transmis à l'enfant qui naît ? Il semble logique d'impliquer les services d'état civil.

a. C'est au moment de l'établissement du lien de filiation avec son premier enfant, qu'un individu décidera quel est, de ses deux noms, celui qu'il transmet à sa descendance.

b. Cette décision sera reçue par les services de l'état civil au moment de l'établissement de l'acte de naissance pour l'enfant légitime, au moment de la reconnaissance pour l'enfant naturel.

Concrètement, celui qui procède à la déclaration de l'enfant légitime est le plus souvent le père. Il lui appartiendra donc d'exprimer son choix personnel et de transmettre au service d'état civil celui de son épouse. Les services de l'état civil adressent alors à la mère un avis permettant à celle-ci le cas échéant de prouver que telle n'était pas sa volonté. En toute hypothèse, une action en rectification sera ouverte dans les conditions du droit commun sans compter que l'auteur d'une déclaration erronée est passible de sanctions pénales.

Relativement à l'enfant naturel, le caractère personnel de la reconnaissance impose une démarche individuelle des deux parents. C'est à cette occasion que le choix sera réalisé. Il pourra donc être exprimé avant même la naissance, sachant qu'alors chacun des parents disposera de la faculté de modifier son choix initial et ce jusqu'à la déclaration de la naissance de l'enfant.

Dans l'hypothèse où l'un des deux parents serait hors d'état de manifester sa volonté (absence, altération des facultés mentales...), le critère alphabétique déterminera le nom transmis. Pour assurer la stabilité de l'état, le groupe de travail n'a pas retenu la possibilité de changement ultérieur, ni pour le parent revenu en l'état de manifester sa volonté ni pour l'enfant arrivé à la majorité. Il demeure pour ce dernier la possibilité de changer de nom, éventuellement aux fins d'opter pour le nom non transmis, selon la procédure de droit commun du changement de nom. A cet égard, le groupe de travail suggère qu'une réforme soit engagée visant à judiciairiser la procédure de changement de nom et écarter la voie réglementaire. En effet, le système proposé ici par son automatisme même, est caractérisé par une certaine rigidité. Cette rigidité est nécessaire en ce qu'elle permet d'éviter les conflits et de régler simplement les cas complexes. Elle n'est acceptable toutefois que si une procédure judiciaire de changement de nom lui confère une certaine souplesse et permet de veiller au respect des divers intérêts en présence : raisonnons pour en convaincre sur le cas d'un enfant qui serait tardivement reconnu à des fins alimentaires par un auteur qui ne s'est jamais préoccupé de son existence et qui devrait brutalement changer de nom.

*Quid* à l'égard de l'enfant ne bénéficiant pas d'un titre ?

Il se peut que cet enfant ne bénéficie d'aucun lien de filiation établi. Dans ce cas, le système actuel pourra être modifié de la façon suivante : l'officier d'état civil devra alors attribuer deux noms à l'enfant (C. civ. art. 58 alinéa 3).

Il se peut que cet enfant ne bénéficie que d'une reconnaissance. Pour éviter que la seule lecture de son nom révèle aux tiers le particularisme de son état, il conviendra de lui attribuer les deux noms de l'auteur qui l'a reconnu. Si son autre lien de filiation venait à être établi, le choix exprimé par l'auteur de la reconnaissance au moment de celle-ci produira son effet.

Il se peut que la filiation de l'enfant ne soit établie que par la possession d'état. Que l'enfant soit légitime ou naturel, il convient de s'attacher alors au nom qu'il possède en fait, non seulement pour assurer la stabilité de son état mais aussi parce que l'on peut présumer que le nom porté en fait a été choisi par l'auteur de l'enfant.

Il se peut enfin que la filiation de l'enfant soit détruite après sa naissance. En pareil cas, l'enfant perd le nom de celui dont il est établi qu'il n'est pas issu, et acquiert automatiquement le deuxième nom de l'auteur auquel il reste rattaché, sauf décision contraire du juge.

Il se peut à l'inverse que la filiation de l'enfant soit établie après sa naissance.

Si cet établissement est le résultat d'une action en revendication d'enfant légitime ou en réclamation d'état d'enfant légitime, il emporte, sauf décision contraire du juge, attribution à l'enfant du nom de ses deux parents, compte tenu du choix opéré par ceux-ci.

Si cet établissement est le résultat d'une action en recherche de paternité ou maternité naturelle, il emporte attribution du nom dans les mêmes conditions qu'une reconnaissance (choix par chacun des deux parents du nom transmis en cas de double établissement du lien ; port des deux noms du seul parent auquel l'enfant est juridiquement rattaché), sauf décision contraire du juge qui peut alors, soit autoriser l'intéressé à conserver le nom qu'il portait antérieurement, soit l'autoriser à porter le nom de ses ascendants écarté par son auteur.

c. Comment s'assurer de ce que le choix exprimé lors de la naissance du premier enfant soit respecté par le parent lors de la naissance des autres enfants ?

On pourrait prévoir que l'établissement d'un lien de filiation donnera lieu à inscription en marge de l'acte de naissance de l'auteur de l'enfant en question. Ce mécanisme permettrait de vérifier que le choix initialement fait à la naissance du premier enfant est bien respecté ultérieurement.

Une telle solution présenterait un incontestable avantage pratique : il serait impossible de dissimuler une filiation naturelle, notamment lors d'un changement de régime matrimonial ; cela simplifierait de plus la preuve de la qualité d'héritier. Il ne faut pas toutefois masquer l'inconvénient majeur de cette proposition qui pourrait dissuader un individu de reconnaître un enfant.

C'est la raison pour laquelle il a semblé suffisant de prévoir que :

- l'officier d'état civil, lorsqu'il reçoit un acte de naissance d'enfant légitime ou une reconnaissance d'enfant naturel, demande à son auteur s'il a déjà exercé le choix qui lui appartient relativement au nom à transmettre à sa descendance ;

- il appartient alors à l'intéressé soit d'indiquer le choix réalisé dans le passé, soit de préciser le choix qu'il opère.

- Une fausse déclaration l'expose à des poursuites pénales.

Aucune disposition transitoire n'a été prévue, le droit commun suffisant en la matière : les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi restent soumis au droit antérieur ; les enfants nés après sont soumis à la loi nouvelle.

## **§2. Synthèse des recommandations**

- Poser en principe que l'enfant porte automatiquement le nom de son père et celui de sa mère

- Décider que lorsqu'il enfantera à son tour, l'enfant décide du nom qu'il transmet à sa descendance. Le choix fait pour le premier enfant lie son auteur à l'égard des enfants qu'il aura ensuite.

## **§3. Propositions d'ajout, de modification ou de suppression d'articles**

Art. 58 alinéa 3 : « noms » au lieu de « nom »

Concrètement, la section 2 actuelle du Chapitre II « Des actes de naissance » du Titre II « Des actes de l'état civil » du Livre I du Code civil deviendrait une section 3. Une nouvelle section 2 serait insérée, intitulée « Du choix du nom ».

Article 60 (le contenu de l'actuel article 60 serait intégré à l'article 61, alinéa 1<sup>er</sup>) : « Chacun choisit librement celui du nom de ses père et mère qu'il souhaite transmettre à ses descendants. Ce choix est exercé lors de l'établissement de la filiation du premier enfant. »

Article 60-1 : « L'officier d'état civil qui dresse l'acte de naissance d'un enfant légitime se fait remettre la déclaration de volonté par laquelle chacun des deux parents exerce son propre choix ou l'informe du choix qu'il avait opéré lors de la naissance d'un premier enfant.

La même déclaration est requise lors de la remise de la reconnaissance à l'officier de l'état civil. S'il s'agit d'un enfant à naître, l'auteur de la reconnaissance est libre de modifier son choix jusqu'à la déclaration de naissance de l'enfant ».

Art. 60-2 : « Si la filiation de l'enfant est établie par décision de justice, il appartient au tribunal de recevoir la déclaration de volonté de l'auteur considéré. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le tribunal peut écarter ce choix. »

Art. 60-3 : « La déclaration de volonté envisagée aux articles précédents ne produit effet qu'autant que la filiation est établie à l'égard des deux parents. Dans le cas contraire, l'enfant porte le double nom de son père ou de sa mère ».

Art. 60-4 : « Lorsqu'une personne se trouve hors d'état de manifester sa volonté, le nom qu'elle transmet à ses descendants est le premier dans l'ordre alphabétique. »

Art. 60-5 : « Lorsque la filiation est établie par possession d'état, le nom de l'enfant est celui qu'il porte en fait, sans préjudice de l'application des articles précédents, si la filiation de l'enfant venait à être établie par titre ou jugement. »

Art. 60-6 : « En cas de succès d'une action en contestation de filiation, l'enfant perd le nom de celui de ses auteurs auquel il n'est plus rattaché et acquiert le second nom de son autre auteur. Si l'intérêt de l'enfant le commande, le tribunal peut en décider autrement »

A d'autres maintenant de juger.

François Terré, membre de l'Institut

Dominique Fenouillet, professeur à l'Université Paris XI

Hervé Lécuyer, professeur à l'Université Paris XII, délégué à l'Université Saint-Joseph

Lydie Reiss, A.T.E.R. à l'Université Paris XII