



HAL
open science

Le mariage : un contrat ou une institution ?

Amandine Stehlin

► **To cite this version:**

| Amandine Stehlin. Le mariage : un contrat ou une institution ?. Droit. 2017. dumas-02176290

HAL Id: dumas-02176290

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02176290>

Submitted on 8 Jul 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Mémoire de fin de Master 2 Droit Notarial

LE MARIAGE: UN CONTRAT OU UNE INSTITUTION ?

Année Universitaire : 2016-2017

Directrice de Mémoire : Madame KUHN Céline

Rédigé par : Mademoiselle STEHLIN Laure

Table des matières

.....	0
Remerciements	3
Introduction	4
I) La qualification du mariage	12
A) <i>Un contrat sui generis</i>	13
1) Les conditions d'ordre personnelle	14
a) Le sexe des futurs époux	14
b) L'âge des futurs époux	15
2) Les conditions d'ordre moral.....	17
a) La polygamie.....	17
b) Les mariages incestueux	19
3) Les conditions relatives au consentement des futurs époux.....	20
a) Le rite civil du mariage	20
b) La capacité juridique des époux.....	21
c) Le consentement donné par les futurs époux	22
d) Les vices du consentement.....	24
B) <i>Une institution essoufflée</i>	29
1) L'évolution du régime primaire.....	29
2) L'exposé du régime	31
3) La qualification	32
II) Le rôle de la volonté des époux	37
A) <i>Les régimes matrimoniaux : un contrat « sur mesure »</i>	39
1) Le régime légal	40
2) Les régimes conventionnels	41
3) Les aménagements	43
4) Les clauses	47
B) <i>La rupture négociée du mariage</i>	53
1) Les différentes formes de divorce	54
a) Les divorces contentieux	54
b) Le divorce « amiable »	56
2) La prestation compensatoire	61
3) Les conséquences du divorce	63

Conclusion	66
Bibliographie.....	68
Introduction.....	68
I/ A) Un contrat sui-generis	68
I/ B) Une institution essoufflée	69
II/ A) Les régimes matrimoniaux : un contrat « sur mesure ».....	69
II/ B) La rupture négociée du mariage	70
Annexes	72
1° Questionnaire.....	72
2° Réponses au questionnaire.....	72

Remerciements

Je tenais tout d'abord à remercier Madame KUHN Céline, pour son soutien, son écoute, son aide. Le choix de mon sujet et surtout son orientation m'ont posé des difficultés. Mais avec l'aide de Madame KUHN j'ai pu trouver mon plan et développer un sujet qui me tenait à cœur.

Je tenais ensuite à remercier l'ensemble des personnes qui ont pris le temps de répondre à mon questionnaire.

Et enfin, je tenais à remercier tout mon entourage avec qui j'ai longuement débattue de mon sujet. Eux aussi m'ont permis de construire mon plan et de trouver mes idées.

Introduction

Selon Jules Michelet « *Le mariage est un consentement, donation mutuelle des cœurs* ». ¹ Monsieur Michelet a écrit son roman à une époque où selon lui, la France « était malade ». Les français ne savaient plus aimer et les statistiques des mariages et des naissances étaient relativement faibles ². Cent cinquante ans après, il semblerait que les choses n'aient pas changé.

Le code civil actuel ne définit nullement la notion de mariage. Le mariage est traité dans le Livre premier Des Personnes, Titre V Du Mariage du code civil. Le premier article relatif au mariage est l'article 143 du code civil, en vigueur depuis le 19 mai 2013, qui dispose que « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

Ce silence du code peut surprendre surtout lorsque l'on sait que de nombreuses définitions se trouvent dans le code civil. Cela peut s'expliquer par le fait qu'en 1804, la notion de mariage était connue de tous. Selon Françoise Dekeuwer-Defossez, ³ il s'agissait d'une notion sensible dont il était plus facile de régler que de définir. Deux siècles plus tard, cette absence peut être vue comme une carence.

Dans le cadre des travaux préparatoires du Code civil au XIX^e siècle, Portalis définissait le mariage comme : « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et à partager leur commune destinée* ». Pour Planiol, au début du XX^e siècle, il s'agissait : « *d'un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré* ».

Concernant la nature du mariage. Il existe en droit français un débat entre les conceptions contractuelles et les conceptions institutionnelles du mariage.

La première chose que l'on peut dire à propos du mariage, c'est que par opposition au concubinage qui est une « union de fait » ⁴, le mariage est une « union de droit ». Cette première affirmation

¹ Roman « *L'amour* » écrit en 1858

² Selon l'observatoire de la vie littéraire (http://obvil.paris-sorbonne.fr/corpus/critique/lemaitre_contemporains7/body-2)

³ « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) » de Françoise Dekeuwer-Defossez, publié dans la revue *Le Seuil*, catégorie « Pouvoirs » en avril 2003, n°107, pages 37 à 53

⁴ Article 515-8 du code civil « *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* »

permet d'éviter de prendre parti sur la nature du mariage, contrat ou institution. Afin de saisir l'enjeu de cette distinction, il s'agirait de définir chacune des notions afin de mieux les appréhender.

Concernant le mariage. Le dictionnaire Larousse définit le mariage comme étant un acte solennel par lequel un homme et une femme, ou deux personnes de même sexe établissent entre eux une union dont les conditions, les effets et la dissolution sont régis par le code civil.

La doctrine propose de nombreuses définitions. Selon CARBONNIER c'est « *l'acte par lequel un homme et une femme, qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort* »⁵. Selon TERRE et FENOUILLET c'est « *l'acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution* »⁶. Nous pouvons d'ores et déjà souligner le fait que l'ensemble de ces définitions sont dépassées. En effet, depuis 2013 le mariage peut être contracté par deux personnes de même sexe ou de sexe différent.

Selon Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, le mariage a trois caractères : un caractère solennel, un caractère personnel et un caractère civil. Selon eux, le mariage se définit comme étant « un acte juridique solennel par lequel deux personnes s'unissent selon les règles de la loi civile ».

Concernant le caractère solennel du mariage. Peu à peu, les formalités exigées par le droit romain ont disparu. Le mariage catholique se formait à l'origine par le seul consentement des époux. Or l'inconvénient ici était de savoir si les époux avaient entendu se fiancer, se marier ou simplement vivre en concubinage. Ainsi, pour lutter contre les mariages clandestins, l'Église va tout d'abord excommunier les époux mariés clandestinement, et ensuite elle exigera que l'échange des consentements se fasse devant le curé. L'ordonnance de Blois de 1579 transpose cette formalité dans le domaine civil et la Révolution se contente d'en faire passer la charge à l'autorité laïque, c'est-à-dire au maire.

De nos jours, le mariage est célébré devant un officier d'état civil, qui à la différence du curé, joue un rôle actif puisqu'il prononce l'union des époux. Son intervention est une condition de validité de l'union. Le mariage prend donc la forme d'un acte solennel.

⁵ CARBONNIER, *op. cit.*, t. 1, no 522

⁶ TERRÉ et FENOUILLET, *op. cit.*, no 67

Concernant le caractère personnel du mariage. Sur un plan juridique, les époux sont les seuls concernés. Mais les époux ne sont pas « libres ». En effet, il existe des influences familiales et économiques.

Concernant le caractère civil. En matière de mariage, le législateur a affirmé un principe de laïcité. La célébration civile est le seul moyen pour que le mariage soit valide et cela peu importe la confession des époux. Les cérémonies religieuses ne sont pas interdites pourvu qu'elles précèdent le rite civil. La loi en date du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, a réaffirmé le caractère civil du mariage en modifiant l'article 165 du code civil pour préciser le caractère républicain de la cérémonie.

Concernant le contrat. L'article 1101 du code civil dispose que « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le principe de l'autonomie de la volonté offre aux cocontractants une grande latitude quant aux modalités de leur engagement, dès lors que cela n'est pas contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Selon le dictionnaire Larousse, le contrat est une convention, un accord de volontés ayant pour but d'engendrer une obligation d'une ou plusieurs personnes envers une ou plusieurs autres.

Selon M. Ghestin « *Le contrat est un accord de volontés, qui sont exprimées, en vue de produire des effets de droit et auxquelles le droit objectif fait produire de tels effets* »⁷. Selon le Doyen ROUBIER « *l'institution doit être entendue comme un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale qui est constitué par un nœud de règles juridiques vers un but commun* ».

Concernant la notion d'institution. Elle peut être définie comme une situation juridique dont les règles sont définies à l'avance par la loi et que la volonté ne peut modifier. Elle suppose donc un élément de permanence et une intervention de l'homme. Le mot « institution » a été appréhendé différemment en fonction des valeurs de notre société. Au XVIIème siècle, on parle essentiellement d'institutions religieuses. Au XVIIIème siècle, le terme a trouvé à s'appliquer aux arts et aux sciences.

⁷ Ghestin, La Notion de Contrat, D. 1990 - Chronique. n° 27 et Ghestin, Droit civil, Les Obligations, Le Contrat, L.G.D.J. 1980, p. 3, n° 5

La notion de contrat s'oppose donc à celle d'institution. Ainsi, on constate que le contrat est essentiellement régi par l'idée de liberté. Alors que l'institution nous semble elle, sacrée, ce qui la rend intangible et contraignante. Selon GUYON « *Lorsqu'il y a contrat, les parties déterminent librement les obligations qui les unissent, sous réserve du respect de l'ordre public (Code civil, art. 6 et 1134). Au contraire, lorsqu'il y a institution, les parties adoptent ou rejettent globalement un ensemble de règles, sans pouvoir les modifier* »⁸.

Pour certains, le mariage serait l'un et l'autre. Selon Alain SERIAUX⁹, le mariage serait un contrat si on envisage la relation créée entre les époux, et il serait une institution si l'on se penche sur la situation qu'il crée vis-à-vis des tiers et de la société. Selon la Constitution de 1791, « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ».

Il est indéniable que le mariage est un contrat. L'admission du divorce par consentement mutuel est une manifestation du caractère contractuel du mariage. Mais il n'est pas possible d'ignorer l'aspect institutionnel du mariage. Le seul échange des consentements ne suffit pas à former le mariage. Pour que ce dernier soit valide, il faut que l'officier d'état civil prononce le mariage au nom de la loi.

La plupart des auteurs ont adopté une conception mixte du mariage. Ce dernier est un acte de nature complexe, à la fois contrat et institution. Mais au vue des récentes réformes, certains auteurs semblent de nouveau pencher vers une analyse contractuelle du mariage. Comme nous pouvons le constater, le débat n'est pas clos.

L'institution du mariage a cette particularité d'être une institution partagée par la plupart des communautés humaines. Son organisation et sa forme juridique varient selon les communautés, puisque cela reste l'expression des traditions nationales ou culturelles.

Concernant l'évolution du mariage en droit français.

⁸ Guyon, Droit des Affaires, Droit Commercial Général et Sociétés, 2e éd., Economica, n° 96.

⁹ « Une définition civile du mariage », rédigé par Alain SERIAUX, Recueil Dalloz 2005, p.1966

Le mariage a pendant longtemps été considéré comme l'un des fondements élémentaires de l'organisation de la société. C'est en ce sens que l'on peut parler du mariage comme étant une « institution ».

On trouve une trace du mariage dans les sociétés les plus primitives. Selon Claude Levi-Strauss « *La famille, fondée sur l'union de deux individus de sexes différents qui fondent un ménage, procréent et élèvent des enfants, apparaît comme un phénomène pratiquement universel* »¹⁰. Selon lui, le mariage permettrait d'instaurer une certaine solidarité entre les différents clans ennemis et permettrait ainsi de pacifier leurs relations.

Dans les sociétés antiques gréco-romaines, le mariage été vu comme un devoir civique. Les célibataires risquaient de devoir payer de lourdes amendes. Comme l'explique Catherine Salles, une historienne spécialiste de l'antiquité à l'université de Nanterre, une fois par an, à Sparte, il était permis à la population de huer les célibataires lors de certaines processions. Dans les sociétés antiques, le mariage jouait un rôle crucial. Il était vu comme une « promesse de naissances à venir ».

En Grèce, mais également à Rome, il était considéré comme le socle de la famille. A cette époque, seul les enfants nés durant le mariage étaient considérés comme légitimes et pouvaient donc hériter du nom et du patrimoine de leur père. Le mariage n'avait pas de dimension spirituelle, il était conçu à l'origine comme un contrat qui pouvait donc être rompu en cas d'adultère ou d'infertilité... des rituels étaient tout de même pratiqués le jour des noces afin d'être béni des dieux.

Il faudra attendre le Moyen Âge pour qu'apparaisse le mariage chrétien fondé sur l'engagement mutuel des époux. Mais ce n'est qu'au XIIIème siècle que le mariage est hissé au rang de sacrement par l'église. Et ce n'est que lors du Concile de Trente de 1542 qu'il prend sa forme canonique actuelle. Les mariages célébrés en dehors de la forme prévue, c'est-à-dire célébré par le curé et devant deux témoins, seront frappés d'invalidité. Le mariage fut pendant longtemps au cœur des alliances et des guerres en Europe.

Contrairement aux unions célébrées durant l'Antiquité, le mariage chrétien lui est indissoluble. Comme l'explique Hélène BRICOUT, théologienne à l'institut catholique de Paris, le mariage « est à l'image de l'amour inconditionnel du Christ et à l'image de l'union de Dieu à son peuple ». A cette l'époque, on ne distinguait pas le mariage religieux et le mariage civil. Les prêtres, qui tenaient seuls les registres paroissiaux, remplissaient la fonction d'officier d'état civil.

¹⁰ Claude Levi-Strauss dans *Le Regard éloigné* (1983)

A partir du XVIII^{ème} siècle, il y a eu une sorte de « révolution ». Selon la monarchie, seuls les pères de famille pouvaient décider des alliances de leurs filles. Le pouvoir n'était pas favorable à l'idée du libre consentement. Dans l'aristocratie et la haute bourgeoisie, le mariage chrétien et le consentement mutuel des époux sont relégués au second plan, au profit u mariage arrangé. Celui-ci devient avant tout un contrat entre deux familles qui rapprochent fortunes et titres. Cette évolution du mariage va de pair avec la dégradation du statut de la femme. A cette époque, il n'était pas nécessaire de se marier par amour.

La France paysanne limitait le nombre de naissances. L'espacement moyen entre deux naissances est passé de dix-huit mois à trente mois. Ils limitaient aussi leur progéniture en retardant tout simplement l'âge du mariage. À la veille de la Révolution, les filles se marient en moyenne à vingt-six ans et les garçons à trente ans.

La Révolution française va introduire le mariage civil, avec la loi du 20 septembre 1792. Le principe du mariage civil sera inscrit dans la Constitution du 3 septembre 1791. C'est une première atteinte portée au monopole de l'Église sur l'institution matrimoniale. Le mariage entendu comme « sacrement » ne disparaît pas, mais à partir de cette date, la loi ne reconnaît que le mariage civil enregistré en mairie. Et pour que le mariage soit valide, la loi du 10 germinal An X¹¹ impose que l'union civile précède la cérémonie religieuse. Dorénavant, et ce peu-importe l'appartenance religieuse, il faudra passer devant le maire avant de pouvoir se marier religieusement. Cette exigence, inscrite à l'article 214 du code civil, sera maintenue un siècle plus tard au moment de la séparation des Eglises et de l'Etat. Le mariage est donc devenu civil, laïc : cette règle a pendant longtemps permis à la France de se distinguer des autres pays.

En 1804, le code civil napoléonien, tout en gardant les grands principes, définit précisément les conditions du mariage qui figurent toujours au titre V, livre I du code civil actuel, même si de nombreuses réformes sont intervenues depuis. On maintient le principe du divorce, adopté en 1792. Mais la procédure sera complexifiée à un point qu'elle sera difficilement applicable. A cette époque, il ne pouvait exister qu'une seule union : le mariage civil républicain. Le code ignorait donc totalement le concubinage.

¹¹ 8 avril 1802

Le mariage de 1804 est celui dont nous avons directement hérité. Il était vu à l'époque comme l'une des institutions majeures de la société française. Le mariage était vu comme le rempart de la famille et de la société.

Le divorce a ensuite été aboli sur l'initiative du député ultraroyaliste Louis de Bonald par la loi du 8 mai 1816 au moment de la Restauration.

La loi du 27 juillet 1884 marquera un nouveau tournant. C'est sous l'influence du député Alfred NAQUET que le divorce sera définitivement rétabli. Selon certains auteurs, cela a été le début du mariage « contrat », puisqu'il est permis aux époux de mettre fin par eux-mêmes aux liens du mariage. Pour Hugues FULCHIRON, les choses sont à nuancer : « En réalité, on ne se place pas dans une perspective contractuelle car le divorce n'est alors possible que pour faute, autrement dit manquement aux obligations conjugales ». A cette époque le divorce est donc limité à certaines situations : l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, l'excès, les sévices et injures graves. Aux yeux d'Hugues FULCHIRON la dimension contractuelle n'interviendra qu'à partir des années 1970.

La montée de l'individualisme et de l'indépendance croissante des femmes vont profondément bouleverser l'institution du mariage. Comme l'exprimait le vice-président du conseil d'Etat, Jean-Marc SAUVE, le mariage est devenu « l'expression d'une liberté individuelle » ce qui a donc abouti à son affaiblissement en tant qu'institution.

Plusieurs réformes ont accentué ce mouvement. Notamment la loi du 11 juillet 1975 qui a réintroduit en droit français le divorce par consentement mutuel.

Par ailleurs, le mariage se trouve « concurrencé » par d'autres types d'unions, notamment l'union libre et surtout le pacte civil de solidarité (PACS) créé le 15 novembre 1999. Cette forme d'union, à l'origine prévue pour permettre l'union de personnes de même sexe, a connu un grand succès auprès des hétérosexuels. A la différence du mariage, il permet en cas de séparation d'éviter des procédures longues et onéreuses.

L'institution du mariage a ainsi été fragilisée par l'instauration du divorce, de même que par la reconnaissance d'autres types d'union. La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe a profondément modifié le sens donné au mariage. Précédemment acte fondateur d'une famille, il est devenu une sorte de reconnaissance et d'organisation légale de la vie de couple. La France n'a pas été le seul pays européen à ouvrir le mariage aux couples homosexuels, il y a aussi eu : l'Espagne, la Belgique, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne.

Le mariage n'est plus perçu de nos jours comme l'institution fondatrice de la famille. Pour preuve, de nos jours un grand nombre d'enfants naissent hors mariage. Cela a d'ailleurs été pris en compte par le législateur. Après une première réforme dans les années 1972, les parlementaires, en 2005, ont reconnu une égalité des droits entre les enfants nés pendant et hors mariage.

Le mariage n'a pas pour autant disparu. Il est devenu une sorte de « festivité ». Les cérémonies sont de plus en plus grandioses et font l'objet de longs préparatifs. Ceux qui se marient de nos jours, rêvent de « vrais » mariages avec des codes et des rites forts (la robe blanche, les discours...).

A notre époque, le droit de se marier et de fonder une famille est considéré comme un droit fondamental, cela est affirmé à l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui dispose qu' « *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* ».

Les questions auxquelles je souhaite répondre dans ce mémoire sont les suivantes : quelle est la nature juridique du mariage ? Est-ce un contrat ? Est-ce une institution ? Est-ce les deux ? Ou bien est-ce aucune des deux ?

Pour répondre à ces questions j'ai séparé mon mémoire en deux parties.

Dans une première partie, nous verrons donc la qualification qui peut être donnée au mariage (I). En réalité il faudrait parler de « qualifications » au pluriel.

Dans une seconde partie, nous verrons la place qui est donnée à la volonté des époux par le législateur, que ce soit au début du mariage lorsque les époux s'entendent ou à la fin du mariage où les relations sont plus conflictuelles (II).

I) La qualification du mariage

Comme nous l'avons vu dans l'introduction, la nature juridique du mariage fait l'objet de controverses. Influencé par l'idéologie individualiste, on assiste de nos jours à une véritable « désinstitutionnalisation » du mariage. Ce dernier est perçu comme un instrument parmi d'autres permettant aux époux de s'épanouir.

Le droit du mariage ne s'est-il pas contractualisé avec le temps ? Depuis le début du XX^e siècle, les conditions de formation du mariage n'ont cessé d'être progressivement assouplies et rapprochées de celles du droit commun des contrats.

La question ici développée sera de savoir si le contrat est un contrat de droit commun (A) ou si c'est un contrat spécifique. Et il s'agira aussi de savoir si le mariage n'est pas malgré tout une institution qui s'essouffle (B).

Nous verrons dans un premier sous-titre quelles sont les conditions de fond du mariage exigées par le code civil. Je m'efforcerais de démontrer à quel point le mariage est similaire à un simple contrat.

Nous verrons dans un second sous-titre que le régime impératif conférant son caractère institutionnel au mariage, a une influence sur la qualification juridique du mariage. En effet, le régime primaire, comme nous le verrons, s'impose aux époux.

Dans chacun de mes développements, nous nous efforcerons de nous demander si le mariage constitue un simple contrat ou si c'est une véritable institution.

A) UN CONTRAT SUI GENERIS

Comme nous l'avons évoqué dans l'introduction, la nature juridique du mariage est discutée. Certains considèrent qu'il s'agit d'une institution en raison des règles d'ordre public que la loi prévoit ; pour d'autres il s'agirait plutôt d'un contrat.

Concernant cette dernière affirmation, nous pouvons constater que le mariage est soumis aux mêmes principes que ceux applicables au contrat. En effet, pour qu'un contrat soit valide, l'article 1128 du code civil issu de l'ordonnance en date du 10 février 2016 exige une capacité, un consentement, un contenu licite et certain... De plus certains mécanismes spécifiques au contrat, tel que les vices du consentement prévus aux articles 1130 et suivants du code civil, sont applicables au mariage.

Cependant, de nombreux aspects séparent le mariage du contrat. Tout d'abord, la formation du mariage a un caractère solennel alors que celle du contrat a un aspect consensuel. Ensuite, les vices du consentement qui lui sont applicables sont soumis à un régime spécifique. En effet, nous le verrons, le dol est exclu du mariage. Ensuite, son objet est hors du commerce. Et enfin, sa durée et ses effets sont par principe régis par la loi.

Nous allons donc envisager les diverses conditions de fonds exigées par le code civil concernant le mariage. Précisons qu'elles n'ont pratiquement pas été modifiées durant deux siècles. Seules quelques petites retouches ont été apportées. Or, depuis le début du XXIème siècle, des modifications substantielles ont été apportées. Notamment en ce qui concerne l'âge des époux, leur sexe...

Les conditions imposées n'ont pas toutes la même valeur. En effet en cas d'absence, celles considérées comme fondamentales seront sanctionnées par la nullité absolue : ce sont notamment les empêchements dirimants ainsi que le rite civil. Celles ayant un caractère plus accessoire seront sanctionnées moins sévèrement : ce sont notamment les empêchements prohibitifs. Dans tous les cas, il appartient à l'officier de l'état civil de s'assurer du respect des conditions par les époux.

Avant de présenter ces conditions, nous allons présenter deux empêchements prohibitifs qui ont été supprimés.

Il y a tout d'abord le cas de l'absence de certificat prénuptial. Avant la célébration, les futurs conjoints devaient produire à la mairie un certificat médical prénuptial, mentionné à l'ancien article 63, alinéa 2, 1° du Code civil. L'officier de l'état civil ne pouvait procéder à la publication des bans

qu'après la remise par chacun des futurs époux de ce certificat. Il était possible d'en être dispensé par le procureur de la République en cas de motifs graves.

Les examens prescrits étaient souvent réalisés par un médecin bien avant le projet de mariage et les vaccinations, notamment contre la rubéole, rendaient cet examen superflu. Il était fréquent que les époux cohabitent ensemble avant leur mariage et voir même qu'ils aient déjà eu un enfant. Le certificat médical pré-nuptial étant devenu inutile, il a été supprimé par une loi en date du 22 décembre 2007.

Ensuite, il y a le non-respect du délai de viduité. Le délai de viduité était de 300 jours. Il devait être respecté par la femme qui, après la rupture d'un premier mariage, souhaitait se remarier avec un autre homme. L'épouse n pouvait donc conclure cette seconde union qu'après l'expiration d'un délai de 300 jours à compter de la dissolution du premier mariage.

Ce délai permettait d'éviter les conflits relatifs à la filiation car il correspond à la durée moyenne d'une grossesse. Il a été supprimé par une loi en date du 26 mai 2004.

Nous allons maintenant étudier les conditions imposées par le code civil. Elles peuvent être classées en trois catégories. La première catégorie concerne les conditions personnelles (1). La seconde catégorie concerne les conditions d'ordre moral (2). Et la troisième catégorie est relative au consentement donné par les époux (3).

1) Les conditions d'ordre personnelle

On étudiera ici deux conditions. La première est relative au sexe des époux (a) et la seconde est relative à leur âge (b).

a) Le sexe des futurs époux

En 1804, le mariage n'était accessible qu'aux personnes de sexe différent. Cette condition n'était pas explicitement prévue par le code civil mais on la déduisait des textes. En effet, l'article 144 du code civil en vigueur du 27 mars 1803 au 5 avril 2006, relatif à l'âge des époux, faisait distinctement référence à l'homme et à la femme. Lorsqu'un doute existait sur le sexe d'un époux, il fallait avoir recours à une expertise médicale. Or très souvent, les personnes refusaient de s'y soumettre. Certains ont soutenu qu'il était possible d'obliger cette personne à s'y soumettre, que ce soit par voie d'astreinte ou de manière directe. Pour les tribunaux, l'époux a tout à fait le droit de refuser de s'y soumettre et cela en vertu du principe du respect de la dignité humaine.

Mais cette condition de différence de sexe entre les époux a été supprimée par la loi du 17 mai 2013. Dorénavant, le mariage est ouvert aux couples de même sexe. Cela est expressément mentionné à l'article 143 du code civil qui dispose que « *Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe* ».

Ce changement a également été pris en compte en droit international privé. En effet, l'article 202-1 alinéa 2 du code civil dispose que « *Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* ».

Cet assouplissement des conditions du mariage a eu comme effet d'en modifier la signification.

En ce qui concerne le mariage des transsexuels. Cette problématique est apparue dans la seconde moitié du XXème siècle, suite à la possibilité accordée aux transsexuels de changer leur sexe à l'état civil. Le 11 juillet 2002, dans l'affaire Goodwin contre Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé qu'un transsexuel avait le droit de se marier. D'homme, il était devenu femme et avait souhaité épouser un homme. La Cour Européenne des droits de l'homme a condamné la Grande-Bretagne pour avoir refusé de célébrer cette union.

Mais une autre question était posée. C'était celle du sort réservé au mariage antérieurement contracté par le transsexuel. En effet, en 2002, le mariage des personnes de même sexe n'était pas encore admis. Or le transsexuel a par hypothèse épousé une personne de sexe opposé à son sexe d'origine, qui est donc dorénavant du même sexe que lui. A cette époque, les juges avaient ainsi décidé d'interdire aux transsexuels mariés le changement de sexe dans les actes d'état civil¹². De nos jours la question est réglée, le transsexuel pourra demander la rectification des actes d'état civil et ce même s'il est marié au moment où il change de sexe.

Le mariage, avant 2013, était l'un des seuls contrats à prévoir une condition relative au sexe des contractants. Depuis 2013, le mariage sur ce point-là, est devenu un contrat comme les autres.

b) L'âge des futurs époux

L'article 144 du Code civil instaure un âge légal d'accès au mariage dans lequel règne encore l'inégalité des sexes. En effet selon ce texte, l'homme doit avoir atteint l'âge de 18 ans tandis que la femme peut contracter mariage dès 15 ans.

¹² Tribunal de grande instance de Brest, 15 décembre 2011, n° 11/00975

Le code civil de 1804 avait fixé à l'ancien article 144 la majorité matrimoniale à dix-huit ans pour les hommes et à quinze ans révolus pour les femmes. A cette époque, la puberté physiologique était fixée à 15 ans. Cette puberté s'avérait suffisante pour les femmes. Mais pour les hommes, on préférait attendre leurs 18 ans pour qu'ils aient une certaine maturité psychologique. De plus, le code prévoyait que même passé cet âge, le consentement des parents devait être demandé par « actes respectueux». Il a fallu attendre plus d'un siècle pour que la loi en date du 21 juin 1907 supprime complètement ces « actes respectueux» et permette tout simplement aux majeurs de se marier librement.

L'article 144 du code civil, dans sa rédaction antérieure, portait atteinte au principe d'égalité entre l'homme et la femme. Une loi en date du 4 avril 2006 a donc modifié la rédaction de l'article qui dispose désormais que *"L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus"*. Le mariage des mineurs n'est donc plus valide en France.

Mais le législateur a estimé, que dans certains cas, il était permis aux mineurs de se marier. Cette hypothèse est prévue à l'article 145 du code civil. Jusqu'à la loi du 23 décembre 1970, il appartenait au chef de l'État d'accorder des dispenses par décret rendu sur le rapport du garde des Sceaux.

Une loi en date du 23 décembre 1970 modifia l'article 145 du Code civil. A compter du 1er février 1971. Il revient au procureur de la République du lieu de la célébration du mariage le pouvoir d'accorder ces dispenses. Le texte parle de « motifs graves » mais la plupart du temps le motif invoqué est la grossesse de la future épouse.

En plus de cette dispense, le mineur devra également obtenir le consentement familial.

La loi ne fixe aucun âge maximum pour le mariage. Un mariage contracté par une personne mourante est valide, contrairement à ce qui était prévu sous l'ancien droit, à condition que cet époux soit encore capable de donner son consentement.

En droit commun des contrats, le mineur non émancipé est considéré comme un incapable. Il revient aux représentants légaux d'agir pour son compte. Pourtant, la doctrine, la jurisprudence et le législateur s'accordent pour faire produire des effets à certains actes passés par le mineur. Le juge devra rechercher si le mineur était conscient des enjeux des actes qu'il a passé. L'annulation du contrat pourra être obtenue dès lors que le mineur aura été lésé.

On constate donc une certaine similitude entre le mariage et le droit commun des contrats qui considèrent tous les deux le mineur comme un incapable.

2) Les conditions d'ordre moral

Certains mariages sont interdits par le code civil car ils sont considérés comme étant contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Le code civil interdit notamment les mariages polygames (a) et les mariages incestueux (b).

a) La polygamie

La monogamie est un principe affirmé par la France. L'article 147 du code civil dispose que l'« *on ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». Le code prévoit une obligation légale de fidélité qui interdit aux époux de commettre un adultère. Il découle également de cette obligation, une interdiction pour les époux de s'engager dans un second mariage avant la dissolution du premier.

Afin de s'assurer du respect de cette obligation, l'officier de l'état civil en vertu de l'article 70 du code civil est tenu de demander aux époux qu'ils lui remettent leur extrait d'acte de naissance sur lequel figure, sous forme de mention marginale, l'existence d'un précédent mariage ou d'un précédent divorce.

La société française est composée de multiples cultures qui ne partagent pas toujours les mêmes conceptions du mariage. Le droit français est influencé par des références romaines, chrétiennes et humanistes. Notre droit affirme un principe de liberté de s'engager que ce soit pour l'homme ou pour la femme, et un principe de monogamie.

C'est en vertu de l'article 147 du code civil que tout mariage célébré en France, même entre des étrangers est entaché de nullité dès lors que l'un des conjoints est, au moment du mariage, engagé dans les liens d'une précédente union non dissoute.

Concernant les mariages célébrés à l'étranger, même dans un état qui reconnaît la polygamie. Ce mariage ne peut produire un quelconque effet au regard de la loi française dès lors qu'un des époux est de nationalité française. En revanche, si la loi nationale des deux époux autorise le mariage polygame, dans ce cas cette union produira certains effets en France en vertu de l'ordre public atténué.

Mais cette polygamie peut être un obstacle pour les étrangers à l'obtention de la nationalité française. Le conseil d'Etat considère que la bigamie pratiquée par un étranger résidant en France

prouve à elle seule un défaut d'assimilation à la communauté française. Ce qui l'empêche donc d'obtenir sa naturalisation¹³.

En 1804, même lorsque le juge avait rendu un jugement d'absence, l'absent pouvant encore réapparaître, il était interdit à l'autre époux de se remarier. En revanche, lorsque le juge avait rendu un jugement déclaratif de décès, il était possible pour l'époux de se remarier. Mais si le conjoint déclaré mort réapparissait, le second mariage était alors annulé pour bigamie.

La loi du 28 décembre 1977 est venue modifier ces situations. Dorénavant, le jugement déclaratif de décès est assimilé à la mort, le mariage est donc automatiquement dissout. Concernant le jugement déclaratif d'absence, l'article 128 alinéa 3 du code civil dispose que « *le conjoint de l'absent peut contracter un nouveau mariage* ». Si l'absent réapparaît, ce second mariage reste valable en vertu de l'article 132 du Code civil qui précise que : "*Le mariage de l'absent reste dissous, même si le jugement déclaratif d'absence a été annulé*". La solution sera la même pour le disparu qui réapparaîtrait.

La bigamie constitue, non seulement une faute civile, mais aussi une infraction pénale. La sanction civile retenue par le code civile est la nullité absolue du mariage sur demande de l'un des époux, du procureur de la République ou de toute personne ayant un intérêt à agir. Le délai d'action en nullité pour bigamie ou polygamie est de 30 ans à compter de la célébration. Le mariage sera alors rétroactivement anéanti. Cependant, si l'un des conjoints était de bonne foi, celui-ci pourra alors demander le bénéfice d'un mariage putatif¹⁴.

L'article 433-20 du Code pénal punit la bigamie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. L'officier public qui aurait célébré une union tout en connaissant l'existence d'un précédent mariage encoure la même sanction pénale.

¹³ CE 24 janv. 1994

¹⁴ Un mariage putatif est un mariage qui a été déclaré nul mais qui produit des effets à l'égard des époux de bonne foi.

b) *Les mariages incestueux*

Le mariage incestueux est défini comme celui ayant été contracté entre deux personnes ayant des liens de parenté ou d'alliance. Les mariages incestueux sont visés aux articles 161 et suivants du code civil, qui les prohibent.

L'article 161 du code civil dispose qu'« *En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne* ». Le mariage est donc **absolument** prohibé entre ascendants et descendants et cela quel que soit la nature du lien de filiation (légitime, naturel, adoptif). L'interdiction vaut également entre frères et sœurs¹⁵ mais ici ce ne sera que dans la famille légitime ou naturelle.

Dans la famille légitime, on prohibe le mariage entre gendre et belle-mère ; belle-fille et beau-père. Cependant, l'article 164 du code civil dispose que « *Néanmoins, il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : 1° Par l'article 161 aux mariages entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée* ». L'interdiction pourra donc être levée par une dispense de Président de la République lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée. En revanche, lorsque l'union est dissoute par le divorce, l'interdiction reste absolue.

La loi du 11 juillet 1975 a levé l'interdiction entre beaux-frères et belles-sœurs.

L'article 163 du code civil dispose que « *Le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce* ». Le législateur prohibe dans la famille légitime et naturelle le mariage entre l'oncle et la nièce ; la tante et le neveu. En vertu de l'article 164 du code civil « *il est loisible au Président de la République de lever, pour des causes graves, les prohibitions portées : [...] 3° Par l'article 163* ». L'interdiction pourra donc être levée par une dispense du Président de la République concernant les alliances entre oncles ou tantes et neveux ou nièces.

Ces deux conditions d'ordre moral sont spécifiques au mariage. Cependant, d'autres contrats peuvent voir leur contenu limité en vertu des bonnes mœurs ou de l'ordre public. L'article 1128 du code civil exige que le contrat ait un « *un contenu licite et certain* ». Toute convention

¹⁵ Article 162 du code civil « *En ligne collatérale, le mariage est prohibé, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs* »

ayant un contenu illicite est sanctionnée par la nullité. Par exemple le commerce du « corps » est interdit, tel que la gestation pour autrui.

3) Les conditions relatives au consentement des futurs époux

Le consentement des époux a toujours été exigé. Le Concile de Trente et l'ordonnance de Blois ont ajouté que ce consentement devait être exprimé de manière solennelle devant le curé de la paroisse. De nos jours, cette expression solennelle s'effectue au cours du rite civil du mariage (a). Le consentement n'entraîne mariage que s'il est exprimé sous la forme prévue par le code civil.

Les futurs époux doivent donc être capables juridiquement de contracter mariage (b). Ils devront donner leur consentement (c) et celui-ci devra être exempt de tout vice (d).

a) Le rite civil du mariage

Le rite se déroule en trois étapes. Avant le mariage, il faut procéder à la publication des bans dans le but de prévenir les tiers. Ensuite, il y a la cérémonie civile du mariage célébrée par un officier de l'état civil, en présence de deux témoins au minimum et de quatre au maximum. Puis, il y a la signature par les époux de l'acte de mariage et la remise du livret de famille. L'article 146-1 du Code civil exige la présence des deux époux à la cérémonie. Les époux devront s'échanger leur consentement au cours de la célébration du mariage.

L'article 63 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 26 novembre 2003, fait obligation à l'officier de l'état civil, avant de publier les bans, de procéder à une audition commune des futurs époux. A l'occasion de cette audition, l'officier pourra s'assurer de l'existence d'une intention conjugale de la part des deux époux, notamment en cas de mariage d'un français avec un étranger, et s'assurer qu'ils ont librement donné leur consentement.

Les époux doivent comparaître personnellement au mariage. L'absence d'un des époux équivaut à une absence de consentement. Cette disposition a pour but d'éviter les mariages simulés et que le mariage devienne un moyen pour des étrangers d'obtenir la nationalité française.

Cette présence nécessaire des époux n'a pas remis en cause la possibilité d'un mariage posthume introduit dans notre droit par une loi du 5 mars 1940 et prévu à l'article 171 du code civil. Ce mariage posthume produira des effets diminués puisque l'époux survivant n'aura aucun droit dans la succession et aucun régime matrimonial ne sera réputé avoir existé entre les époux.

La volonté d'engagement des époux va se traduire par le « oui » prononcé par chacun d'eux devant l'officier de l'état civil. Ce "oui" est porteur de sens. Il est significatif de l'engagement que chacun

des époux prend vis-à-vis de l'autre, de vivre dans l'institution du mariage selon les dispositions prévues dans le Code civil. Se marier devant l'officier de l'état civil est symbolique car cela revient à se marier devant les habitants de la commune, devant la société.

Après avoir recueilli le consentement des époux, l'officier de l'état civil prononce la formule d'union : « *Au nom de la loi, je déclare X. et Y. unis par le mariage* ».

b) La capacité juridique des époux

Toute personne qui souhaite se marier doit être capable de conclure des actes juridiques. L'audition préalable menée par l'officier d'état civil permettra de révéler une éventuelle incapacité de la part d'un des époux. Cependant, il se peut que cette incapacité ne soit pas détectable.

Deux cas d'incapacité sont prévus par le législateur : le majeur incapable et le mineur.

Concernant le majeur incapable. Cette hypothèse, depuis la réforme en date du 5 mars 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, est régie par l'article 460 du code civil¹⁶. Si le majeur est placé sous curatelle, il lui sera possible de se marier avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, avec celle du juge. Ces dispositions ont fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité en ce qu'elles porteraient atteinte à la liberté du mariage. Le conseil constitutionnel, par une décision en date du 28 juin 2012, a décidé que ce dispositif n'avait été mis en place que dans le but de préserver les intérêts de l'incapable. Qu'en cela, l'atteinte portée à la liberté du mariage n'avait pas été disproportionnée.

Si le majeur est placé sous tutelle, il sera alors nécessaire de recueillir soit l'autorisation du juge des tutelles, soit l'autorisation du conseil de famille.

Concernant les mineurs, nous en avons déjà parlé dans la partie relative aux conditions d'ordre personnelle. En tout état de cause un mineur devra obtenir le consentement de ses parents. Dans un souci de simplification, il est prévu aujourd'hui que la discordance des parents, en toute hypothèse,

¹⁶ Article 460 du code civil « Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, à défaut, celle du juge. Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage ».

emportera consentement¹⁷. Certes l'enfant devra consulter ses deux parents, mais l'autorisation d'un seul suffira.

Pour certaines personnes, pour que le mariage soit possible une autorisation administrative peut être exigée. En vertu de l'article L4142-4 du code de la défense, pendant les cinq premières années de son service actif, le militaire qui sert à titre étranger doit obtenir l'autorisation du ministre de la Défense pour contracter mariage.

Cette autorisation ne pourra être refusée que s'il existe des motifs tirés de l'intérêt de la défense nationale. Les militaires, qui se marient sans autorisation, encourent la destitution et la perte des droits à pension ou récompenses militaires.

Ce type d'autorisation existe également en matière diplomatique. Un décret en date du 6 mars 1969 et un en date du 23 janvier 2004 imposent aux agents diplomatiques ou consulaires d'informer le ministre des Affaires étrangères de leur projet de mariage au plus tard un mois avant la date prévue par les publications légales. Les diplomates, qui se marient sans autorisation, encourent des peines disciplinaires.

Outre les mécanismes d'autorisation, la capacité est une condition exigée en droit commun des contrats. En effet, l'article 1145 du code civil dispose que « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* ». L'article 1146 du code civil vient notamment préciser ces incapacités « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés ; 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425* ». L'on constate donc que le mariage repose sur les mêmes mécanismes que le droit commun des contrats.

c) *Le consentement donné par les futurs époux*

Selon Philippe MALAURIE, ce qui fait l'originalité du « mariage à la française » c'est le consentement que les époux doivent donner devant le maire¹⁸. Le consentement constitue la condition essentielle de la validité du mariage.

¹⁷ Article 148 du code civil « Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement ».

¹⁸ « Le mariage à la française », rédigé par Philippe MALAURIE, issu des Petites affiches, publié le 29/06/2009, n°128, p.6

Avant d'être exprimé, ce consentement doit exister, c'est-à-dire que les futurs époux doivent être animés de l'intention de s'engager dans les liens du mariage. Cette exigence est prévue par l'article 146 du code civil qui dispose qu' « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

L'absence d'intention matrimoniale a d'ailleurs été assimilée par la jurisprudence à un défaut total de consentement. Il faudra donc aller au-delà du « oui » prononcé par les époux devant le maire. La société devra scruter les motivations internes des époux.

En cas de défaut de consentement, la sanction prévue par l'article 184 du code civil est la nullité absolue du mariage. Cette nullité pourra être demandée dans un délai de trente ans à compter de la célébration soit par les époux, soit par tout tiers ayant un intérêt à agir, soit par le ministère public.

En droit commun des contrats c'est l'article 1113 du code civil qui prévoit que « le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager ». Le code civil parle d'une rencontre entre l'offre et l'acceptation. Il est tout à fait possible d'appliquer ces notions au mariage. En effet, pour qu'il y ait mariage l'un des époux a dû faire sa demande, ce qui constitue l'offre, et l'autre époux a dû l'accepter, ce qui constitue l'acceptation.

Cependant, on peut faire remarquer qu'en matière de mariage l'offre se distingue de celle du droit commun des contrats. En effet, l'article 1114 du code civil exige que l'offre comprenne « les éléments essentiels du contrat envisagé ». En matière de mariage, au moment où cette offre est faite les parties ne pensent pas à définir entre elles ces éléments essentiels. De plus, ils n'auront pas réellement à le faire s'ils se soumettent au régime légal. L'article 1400 du code civil prévoit la soumission automatique des époux à la communauté légale à défaut de contrat de leur part. Mais si les parties ont recours à un contrat de mariage, il y aura alors une négociation et un accord entre les époux sur les éléments essentiels du contrat.

En principe l'offre doit être maintenue pendant un délai raisonnable et en cas de rétractation, avant ce délai, il sera possible d'obtenir des dommages et intérêts. Il en est de même en cas de rupture brutale des fiançailles. En matière de mariage, l'on peut voir les fiançailles comme une promesse mutuelle de mariage que les époux se font. Mais cela relève plus d'un engagement moral que d'un engagement juridique. Les époux pourront donc en principe librement rompre les fiançailles et cela en vertu du principe de la liberté matrimoniale¹⁹.

¹⁹ Article 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

De plus, il n'y a pas réellement de délai raisonnable. En effet, lorsque les personnes se fiancent il n'existe pas de « délai raisonnable » pour procéder en mariage. Ce délai varie selon les couples et selon l'organisation des mariages.

Mais la jurisprudence a admis dans certains cas que soit sanctionné les abus dans la rupture brutale, tardive ou sans réels motifs des fiançailles et ce sur le fondement de l'article 1241 du code civil (anciennement l'article 1382 du code civil). L'époux demandeur devra donc rapporter la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

En cas de rupture fautive, il reviendra à l'époux « trahi » de rapporter la preuve des fiançailles. C'est l'article 1353 du code civil qui dispose que « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». Il reviendra aux juges d'apprécier le caractère fautif de la rupture. Il a été jugé dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 janvier 1980 qu'une rupture intervenue quelques temps avant le mariage, après la publication des bans ou après que la femme ait été mise enceinte, était abusive.

Concernant le préjudice, celui-ci pourra être matériel (par exemple la perte des dépenses engagées en vue du mariage) ou moral (par exemple l'atteinte à l'honneur, la dépression...).

Le dédommagement pourra s'effectuer en argent voire en nature, par conservation des cadeaux, sauf pour la bague de fiançailles, si celle-ci est considérée comme un bijou de famille²⁰.

Si la rupture des fiançailles résulte du décès du fiancé. La veuve aura la possibilité d'intenter une action à l'encontre du tiers ayant causé la mort de son compagnon. Cela a été affirmé par un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 27 février 1970. La veuve pourra alors obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice moral subi mais elle pourra également demander le remboursement des frais engagés pour le mariage.

Comme nous venons donc de l'exposer, le mariage suit le même raisonnement que le droit commun des contrats.

d) *Les vices du consentement*

Loysel disait « *En mariage, trompe qui peut* ». En matière de mariage, l'article 180 du code civil prévoit l'application de deux types de vice du consentement : l'absence de liberté ou l'existence de contraintes et l'erreur dans la personne ou sur des qualités essentielles de la personne. Mais le dol n'est pas repris dans le mariage comme vice du consentement. Selon H. FULCHIRON et Philippe

²⁰ Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le **23 mars 1983**

MALAURIE, admettre que le dol soit « *une cause de nullité serait permettre à tous les déçus de la vie matrimoniale de sortir du lien conjugal* »²¹.

Selon F. TERRE et D.FENOUILLET « *le dol facilite la preuve de l'erreur et même devient dans le cadre de l'erreur sur la personne une circonstance aggravante de nature à emporter la décision du juge* »²². Et selon G.CORNU « *l'existence d'une dissimulation joue en faveur de la nullité même si le juge qui la prononce ne se réfère pas au dol* »²³.

■ L'absence de liberté

Précisons tout d'abord, que l'absence de liberté ne veut pas dire absence de consentement. L'enjeu réside dans la sanction. En effet, l'absence de consentement est sanctionnée par la nullité absolue du mariage alors que l'absence de liberté est sanctionnée par la nullité relative qui ne pourra donc être invoquée que par la seule personne protégée dans les 5 ans qui suivent la célébration.

Les juges du fond vont devoir rechercher si l'époux a réellement donné son accord alors qu'il subissait des menaces ou des contraintes. Ils doivent se demander si l'époux aurait consenti à se marier en l'absence de cette peur.

L'absence de liberté se caractérise par un élément objectif, tel que l'existence d'une contrainte physique ou normale, et par un élément subjectif, de telle sorte que cette contrainte soit de nature à impressionner l'époux et à le forcer à se marier. Concernant l'élément subjectif, la violence devra avoir été déterminante du consentement. Le juge cherchera si la contrainte était suffisamment grave pour contraindre l'époux à se marier. Il a été précisé que cette contrainte pouvait également provenir des parents des époux. En effet l'article 180 du code civil dispose que "*L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage*". La charge de la preuve pèse sur l'époux qui demande la nullité du mariage.

Le régime juridique de cette « absence de liberté » est calqué sur celui de la violence du droit commun des contrats prévue à l'article 1140 du code civil qui dispose, je cite, « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ». De plus, l'hypothèse de la

²¹ H. Fulchiron et Ph. Malaurie, *La famille : Defrénois*, 2e éd., 2006, n° 179

²² F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités : Dalloz*, 7e éd., 2005, n° 372

²³ G. Cornu, *La famille : Montchrestien*, 9e éd., 2006

violence économique reconnue par la Cour de cassation dans son arrêt Larousse-Bordas du 3 avril 2002 et visée à l'article 1143 du code civil est aussi applicable en matière de mariage.

■ L'erreur

Concernant le second vice du consentement. A l'origine le législateur en 1804 n'avait prévu que l'erreur dans la personne. C'est une loi en date du 11 juillet 1975 qui ajouta l'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

Le code civil reste vague, il ne parle que « des qualités essentielles de la personne ». Le législateur n'a pas pris le parti de citer quelles étaient ces qualités essentielles. Il reviendra donc au juge de définir de manière objective ces qualités. Le juge devra également faire une appréciation in-abstracto du caractère essentiel de la qualité. Donc il devra se demander si le manque de cette qualité peut faire obstacle au mariage selon toute personne placée dans les mêmes conditions.

Il reviendra à celui qui demande la nullité de rapporter la preuve d'une erreur au moment du mariage et de prouver le caractère essentiel de la qualité sur laquelle porte l'erreur. Seul l'époux dont le consentement a été vicié peut agir.

L'on peut citer certains exemples d'erreur sur les qualités essentielles de la personne : il y a tout d'abord l'impuissance, ensuite la santé mentale. Il y a également l'erreur sur la nationalité, l'erreur sur le passé du conjoint... Concernant l'erreur sur la virginité. Ce type d'erreur devrait se rattacher à l'erreur sur la passé du conjoint. Mais nous allons la développer de manière indépendante compte tenu de la polémique qui a eu lieu concernant une affaire. Précisons que l'absence de virginité a pendant longtemps été une cause de nullité du mariage au Portugal. Et précisons que dans de nombreux pays musulmans, certaines coutumes imposent à l'épouse de rapporter la preuve de sa virginité au moment du mariage.

C'est précisément à l'occasion d'un mariage entre personnes de confession musulmane que la question s'est posée en France et a donné lieu à d'importants débats. En l'espèce, un mari indiquait qu'il s'était marié avec son épouse après que cette dernière ait prétendue être célibataire et chaste. Le mari a découvert la nuit des noces que son épouse n'était finalement pas vierge. Le mari sollicitait l'annulation de l'union au visa de l'article 146 du code civil en invoquant les visions différentes des parties sur la vie matrimoniale ainsi que l'absence de cohabitation révélant ainsi que les époux n'auraient pas eu de véritable intention matrimoniale. Il a fondé son action sur l'existante

d'une erreur sur les qualités essentielles de la personne dû au mensonge de son épouse concernant une liaison antérieure au mariage.

Le tribunal de grande instance de Lille, dans un arrêt en date du 1^{er} avril 2008, avait retenu la nullité du mariage pour cause d'erreur sur la virginité de la femme. Mais cette décision avait scandalisé un bon nombre de personnes.

La cour d'appel de Douai, suite à l'appel formé par le ministère public, a mis fin aux controverses.

Le demandeur fonde dans un premier temps son appel sur l'article 180 alinéa 2 du code civil. Selon lui, « *La qualité érigée au rang d'essentiel n'est pas la présence de la virginité mais l'aptitude de l'épouse à dire la vérité sur son passé sentimental et sur sa virginité* ». La virginité de l'épouse ne serait donc pas une qualité essentielle recherchée par le mari lors du mariage. Pour lui, le mensonge de l'épouse sur sa vie sentimentale antérieure et sur sa virginité aurait provoqué chez lui une erreur sur la confiance qu'il pouvait avoir en sa future épouse et sur la sincérité de celle-ci. La confiance étant ici une qualité essentielle.

L'épouse conteste les prétentions du mari. Selon elle, sa vie sentimentale passée n'avait pas été abordée.

La cour d'appel de Douai, dans un arrêt en date du 17 novembre 2008, a débouté le mari de son action en nullité du mariage au visa de l'article 180, alinéa 2, du Code civil. Selon elle, le mensonge ne portant pas sur une qualité essentielle, ne permettait pas d'annuler le mariage, « *Tel est le cas du mensonge de l'épouse sur sa virginité, qui n'est pas une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale* ». La cour en conclut que la prétendue atteinte à la « *confiance réciproque* » invoquée par le mari est sans portée sur la validité de l'union.

La cour d'appel ne fonde pas son arrêt sur l'erreur mais sur le mensonge commis par l'épouse, plus communément appelé dol. Comme nous l'avons vu dans la première partie seul deux vices du consentement sont retenus dans le mariage : l'erreur et la violence. En l'espèce, la cour écarte la nullité pour cause de mensonge tout d'abord parce que l'époux n'en rapporte par la preuve et ensuite parce que selon elle, ce mensonge ne porte pas sur une qualité essentielle. La virginité n'est donc pas une qualité essentielle.

Comme nous venons de l'exposer, les conditions exigées pour le mariage sont similaires à celles exigées pour la formation d'un contrat. Certes le mariage connaît ses spécificités, notamment en ce

qui concerne les vices du consentement. Mais, tous deux exigent une capacité, un consentement et un contenu licite.

Maintenant que nous avons vu que le mariage pouvait être qualifié de contrat, nous allons voir s'il ne peut pas également être qualifié d'institution (B).

B) UNE INSTITUTION ESSOUFFLEE

Comme nous l'avons vu dans la partie d'avant, le mariage peut être qualifié de contrat sui-generis. Cependant, certains éléments du mariage peuvent laisser penser qu'il ne serait pas un simple contrat mais une réelle institution. C'est le cas notamment du caractère impératif du régime primaire.

Selon Bruno BEDARIDE²⁴, le régime primaire désigne l' «Ensemble des règles primordiales à incidences pécuniaires, en principe impératives, applicables à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial et destinées à sauvegarder les fins du mariage*, tout en assurant un pouvoir d'action autonome à chacun des époux, soit que ces règles puissent jouer d'elles-mêmes, soit qu'elles permettent l'intervention du juge ».

1) L'évolution du régime primaire

L'expression "régime primaire" n'a pas été consacrée par le législateur. Il a tout d'abord été inaugurée en doctrine, elle a ensuite été reprise par le garde des Sceaux lors des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

La création de ce statut impératif s'est fait tardivement. En 1804, le Code civil ne consacrait que l'obligation de contribuer aux charges du mariage, perçue comme la contrepartie pécuniaire du devoir de secours imposé entre époux au titre des effets personnels du mariage.

L'élaboration de ce statut commun s'est fait progressivement et en même temps que l'évolution de la femme dans le code civil. Le droit de la famille a principalement été marqué par la progressive et lente émancipation de l'épouse, pour parvenir à une égalité totale entre les époux.

Le Code civil de 1804 avait fait de l'épouse une « perpétuelle mineure ». En effet, elle était visée à l'ancien article 1124 du Code civil au rang des incapables au même titre que les enfants et les fous. La femme était tenue à un devoir d'obéissance. Elle était « obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider ». Ce n'était que dans le mariage que la féminité était source d'incapacité.

La loi du 13 juillet 1907, reconnaît la possibilité pour les femmes de percevoir ses gains professionnels et de les utiliser à l'acquisition de biens réservés à son administration. Cependant ce

²⁴ <http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/-/-/regime-primaire/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html>

droit été limité puisque le mari avait toujours la possibilité de s'opposer à ce que son épouse exerce une profession.

Puis la loi du 18 février 1938 restitua à la femme mariée sa capacité civile mais les pouvoirs de gestion étaient toujours réservés au mari. Suite à cette capacité reconnue, la loi du 22 septembre 1942 a introduit la représentation conjugale au Code civil.

Ce n'est que par la loi du 13 juillet 1965 que le statut primaire devient réellement égalitaire. Cette loi est imprégnée de l'idée de liberté et de responsabilité. Cette loi reconnaît la solidarité pour les dettes ménagères, consacre la liberté professionnelle de la femme mariée, la possibilité des époux d'exercer une profession séparée, les présomptions de pouvoirs en matières bancaires et mobilières... cette loi de 1965 n'a pas entièrement supprimé la prépondérance maritale, en effet persiste toujours l'existence des biens réservés.

Ensuite, la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale fait disparaître la notion de « chef de famille » du code civil. Ensuite la loi du 11 juillet 1975 permet aux époux de choisir d'un commun accord le domicile conjugal.

« L'achèvement » de l'égalisation des rapports conjugaux a été réalisé par une loi du 23 décembre 1985. Elle consacre la gestion concurrente en régime communautaire.

On pourrait penser que l'égalité entre les époux est complète. Cependant, les choses ne sont pas si simples. Certes le législateur a souhaité une égalité entre le mari et la femme, cependant ce lien doit se combiner avec leur autre rôle de père et mère. Et en matière de maternité et de paternité nous sommes loin d'avoir obtenu un seuil d'égalité.

Pour illustrer mes propos, prenons l'exemple du nom de famille. Le père et la mère ayant chacun un nom, l'enfant ne pouvant en avoir qu'un, il a fallu faire un choix. En France, l'attribution aux enfants légitimes du nom du mari était tellement évidente qu'elle ne figurait pas dans le Code civil. L'usage voulait aussi que l'épouse porte le nom du mari. Cette habitude a perduré alors même qu'aucun texte ne l'exigeait.

L'article 311-21 issu de la loi du 4 mars 2002, permet dorénavant aux parents de choisir d'un commun accord le nom de leur enfant. Mais ce texte prévoit qu'à défaut d'accord, l'enfant prend le nom du père.

L'ordre public, sans avoir disparu, semble avoir changé d'objectif. Désormais, l'accent est mis sur la protection et sur d'autres valeurs telles que l'égalité entre les époux ou l'indépendance.

2) L'exposé du régime

Après la célébration du mariage les époux relèvent d'un statut impératif de base, appelé régime primaire, qui est imposé par la loi et auquel les époux ne peuvent déroger ou se soustraire. La volonté des époux n'a aucune influence. Le régime primaire est un effet du mariage.

Donnons un exemple de cette prééminence : l'article 223 du code civil permet aux époux de percevoir et de disposer librement de leurs gains et salaires. A contrario, l'article 1422 alinéa 1^{er} du code civil pose en matière de communauté légale un principe de cogestion en ce qui concerne les actes de disposition entre vif à titre gratuit. Dans ce cas-là, le régime primaire prime sur le régime légal. Il sera tout à fait possible pour un époux de donner ses gains et salaires après avoir contribué aux charges du mariage.

Le titre V du livre Ier du code civil traite en son chapitre VI « des devoirs et des droits respectifs des époux »²⁵. Mais toutes les dispositions contenues dans ce chapitre ne constituent pas le régime primaire. Ce régime primaire correspond à un ensemble de règles auxquelles sont soumises toutes les personnes unies dans les liens du mariage et ce peu-importe leur régime matrimonial.

Le régime primaire est marqué par une constante recherche d'équilibre des pouvoirs et d'indépendance. Selon Anne KARM²⁶, il est possible de diviser le régime primaire en deux parties : des mesures pour surmonter la vie quotidienne (a) (tel que l'organisation des charges du mariage, des dépenses ménagères...) et des mesures visant à débloquer des situations de crises (b).

a) Les mesures permettant de surmonter la vie quotidienne

Comme nous l'avons exposé, le but recherché par le législateur a été de mettre un minimum d'égalité entre les époux. Cela a amené le législateur à prohiber certaines clauses dans les contrats de mariage contradictoires à l'esprit de la loi. On peut illustrer cela en précisant que la loi de 1985 est venue supprimer la clause d'unité d'administration.

On l'a bien compris, la devise quotidienne du couple est l'égalité. Cette égalité est source de liberté au sein du couple et donc d'indépendance. Cela passe notamment par un principe de gestion concurrente. Chaque époux peut donc conclure seul les contrats nécessaires à l'entretien du ménage

²⁵ Articles 212 à 226 du code civil

²⁶ Fascicule 10 : Mariage.- Régime matrimonial primaire », rédigé par Anne KARM, publié au JurisClasseur Civil Code le 15/01/2014

et à l'éducation des enfants. Mais cela passe également par un pouvoir de gestion exclusif en matière professionnelle et quant aux biens personnels.

Cette égalité est aussi source de solidarité. En effet, le législateur a prévu un mécanisme de solidarité entre les époux concernant les dettes ménagères ; c'est-à-dire celles relatives à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants.

Cette égalité est source de sécurité. En effet concernant le logement de la famille, le code civil prévoit une sorte d'indisponibilité du logement de la famille et des meubles le garnissant. L'intérêt de la famille exige notamment la stabilité de son cadre de vie. C'est pour cela que le législateur a restreint la possibilité pour les époux de disposer du logement de la famille.

b) Les mesures permettant de surmonter les situations de crise

Dans certains cas le juge peut être amené à s'immiscer dans les rapports entre époux. C'est notamment le cas lorsqu'un époux la décision d'un des époux menace l'intérêt de la famille. Le juge pourra alors intervenir pour autoriser l'acte ou alors il pourra intervenir pour prendre des mesures urgentes. Le juge peut aussi être sollicité pour remplacer l'époux hors d'état de manifester sa volonté.

3) La qualification

Concernant le caractère contractuel du régime primaire.

Le mariage du code civil est un accord de volontés produisant des obligations, et répondait ainsi à la définition usuelle du contrat. Cependant, il s'agit d'un contrat soumis à des dispositions impératives. Est-ce que cela a des influences sur la qualification du mariage ? De nombreux actes en droit français voient leur contenu strictement encadré par la loi. Et cela n'empêche pas qu'ils soient qualifiés de contrat.

Il existe une théorie classique selon laquelle le régime légal serait lui aussi un régime conventionnel reposant sur une volonté tacite des époux à s'y soumettre. Le même raisonnement ne peut-il pas être développé concernant le régime primaire ? On sait qu'en ce qui concerne le régime légal, cette théorie est de plus en plus critiquée. En effet, il lui est reproché de ne pas prendre en compte les données sociales. Il ressort des enquêtes et sondages que l'adoption du régime légal semble le plus souvent être le résultat d'une ignorance ou d'une attitude passive à l'égard des conventions matrimoniales de la part des époux plutôt qu'une soumission volontaire. De ce fait la doctrine

actuellement dominante renie la nature contractuelle du régime légale et préfère le voir comme un « effet du mariage » ou un « effet direct de la loi ».

Peut-on appliquer la même logique au régime primaire ? Les parties souhaiteraient-elles être soumises au régime primaire ? Comme nous l'avons vu ce statut est très protecteur, il se peut que cela soit contraignant pour les époux dans certains cas, mais dans le fond les époux doivent se réjouir d'être si bien protégés.

Il serait intéressant de se demander si le régime primaire ne pouvait pas être qualifié de contrat d'adhésion dont les conditions générales auraient été soustraites à la négociation et déterminées à l'avance par l'une des parties.

De nos jours, des contrats types sont conclus dans divers domaines sans qu'il n'y ait eu de négociation préalable, ni discussion des termes du contrat. Jusque-là, la protection des cocontractants dans la cadre de tels contrats n'existait qu'au profit exclusif des consommateurs²⁷. Or les contrats types ou d'adhésion ne se limitaient pas à ce seul domaine, au seul rapport entre consommateur et professionnel.

Selon l'article 1110 du code civil, le contrat d'adhésion est « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ». Il se caractérise donc par une absence de négociation sur les éléments essentiels du contrat.

Si l'on applique cette définition au régime primaire. En l'espèce il est clair que le régime primaire n'est pas laissé à la libre négociation des parties. Comme nous venons de le voir, ce régime est impératif il s'applique donc automatiquement. Donc tous les époux n'ont pas la possibilité de négocier les conditions générales de leur contrat. Le premier critère est donc rempli.

Cependant, le texte exige que ces conditions générales soient déterminées à l'avance par l'une des parties. Or en l'espèce le régime primaire est déterminé par l'état. Là, deux possibilités s'offrent à nous.

Soit on considère que le mariage est un contrat conclu entre les deux époux, et donc là le texte relatif aux contrats d'adhésion n'est pas applicable. Soit on considère que le mariage est conclu entre les deux époux, et la société. En effet, le mariage est l'union de deux personnes devant un

²⁷ Prévu à l'article L 132-1 du code de la consommation

officier d'état civil qui représente la société. Dans ce cas-là, il est possible de considérer que l'état a imposé ces conditions générales aux époux.

De plus peut-on réellement dire que le régime primaire crée un déséquilibre significatif entre les deux parties ? Comme nous venons de le développer plus haut, le régime primaire met en place une égalité entre les époux. Le régime primaire justement vise à assurer un minimum de protection aux époux pour éviter tout déséquilibre significatif.

Depuis l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le code civil étend la protection des clauses abusives, jusqu'alors uniquement réservée aux consommateurs, à l'ensemble des contrats d'adhésion. Ainsi, selon l'article 1171 du code civil « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

En matière de droit de la consommation, une clause est considérée comme abusive quand elle instaure un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des deux parties, dans les contrats entre professionnels et non-professionnels. Un décret en date du 18 mars 2009 a dressé une liste des clauses étant considérées comme abusives de manière irréfutable et celles présumées abusives.

Même si le régime primaire est qualifié de contrat d'adhésion, ce qui impliquerait l'application de la notion de clause abusive, quel est le sort de ces clauses ? L'article 1771 du code civil prévoit que toute clause qualifiée d'abusives sera réputée non écrite. Or imaginons que l'un des dispositions du régime primaire puisse être qualifiée d'abusives, pourra-t-on la réputée non écrite ?

Concernant le maintien du caractère institutionnel du régime primaire.

Des auteurs ont constaté un déclin des obligations matrimoniales personnelles « classiques » (fidélité, assistance) qui ne sont pratiquement plus sanctionnées. A cette occasion, nous pouvons d'ailleurs évoquer un arrêt qui interpelle. En effet, la porte serait ouverte à l'organisation de l'infidélité des époux.

Les époux ont-ils la possibilité de déroger par convention particulière à l'obligation de fidélité découlant du mariage prévue à l'article 212 du code civil ? Si le mariage était réellement une

institution « d'ordre-public », il ne serait pas possible de déroger par convention aux obligations impératives découlant de celui-ci.

Depuis la loi de 1975, la résidence familiale n'est plus choisie par « le chef ». Mais elle est au contraire, déterminée « d'un commun accord »²⁸. L'article 108 du code civil, prévoit que les époux ont la possibilité de convenir d'une résidence séparée et ce « sans qu'il soit porté atteinte à la communauté de vie ». Le législateur reconnaît donc une certaine valeur juridique aux pactes de séparation amiable.

Il semblerait donc que l'on puisse déroger aux effets personnels du mariage. Cela nous montre que le régime légal n'est plus si impératif et que donc, le mariage ne serait plus l'institution qu'elle était jadis mais un simple contrat.

Avant 1975, l'adultère consommé était une cause péremptoire de divorce. Le législateur en faisait même une infraction pénale. Et l'adultère commis par la femme était plus sévèrement puni, du fait de sa capacité à procréer. Cependant, de nos jours, l'adultère a été dépénalisé et n'est plus une cause péremptoire de divorce.

Si l'obligation de fidélité, prévue par le régime primaire, avait réellement un caractère d'ordre public, le législateur n'en permettrait aucune dérogation. Et pourtant, les juges ont admis que les époux pouvaient aménager par convention leur vie privée. Deux décisions, rendues dans le cadre des mesures provisoires d'un divorce, ont admis le principe que les deux époux se déchargent mutuellement de l'obligation de fidélité à compter de la cessation de la vie commune.

La première décision a été rendue par le Tribunal de grande instance de Lille dans un arrêt en date du 26 novembre 1999²⁹. Dans le cadre d'une convention provisoire de divorce, les époux avaient introduit une clause selon laquelle il leur était permis de s'être infidèle. Selon eux, puisqu'ils vivaient déjà séparément, ils se « dispensaient mutuellement du devoir de fidélité ». Concernant les effets de cette clause, la doctrine a souligné qu'en l'espèce il s'agissait d'un divorce par consentement mutuel. Or si le juge avait été saisi en raison d'un changement d'avis des époux sur la nature du divorce, celui-ci aurait pu annuler cette clause. Mais il sera également possible pour le juge de simplement constater l'existence d'un accord expresse entre les époux, accord qui s'oppose à ce que la faute d'infidélité soit invoquée.

²⁸ Article 215 du code civil

²⁹ TGI de Lille TGI Lille, Jaf, 26 novembre 1999, Dalloz 2000. 254- RTDC 2000 p296

La seconde décision a été rendue par la deuxième chambre civile de la Cour d'appel de Grenoble le 3 mai 2000³⁰. Cette décision admet également la possibilité pour les époux de se décharger de l'obligation de fidélité dans leur convention de divorce concernant les mesures provisoires. En l'espèce, les époux ne l'avaient pas fait, donc l'adultère restait une faute pouvant être retenue pour prononcer le divorce : *« C'est à bon droit que le premier juge a dit que l'accord signé par les parties le 30 juillet 1996...ne les dispensait pas de leur obligation de fidélité, que l'adultère de Monsieur Z constituait par suite une violation grave et renouvelée des obligations nées du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune, et qu'il a prononcé, en l'absence de grief du mari à l'encontre de l'épouse, le divorce aux torts exclusifs de celui-ci »*.

Ces deux décisions laissent ainsi penser que le pacte de liberté dont il été question depuis les années 70 pourrait voir le jour. La fidélité aurait donc perdu son caractère impératif. Elle pourra désormais être définie par des engagements propres et singuliers que chacun des époux aura pris envers l'autre.

En parallèle de ce déclin des obligations primitives du mariage, nous constatons l'émergence d'obligations contractuelles « de droit commun » (respect, loyauté, bonne foi). Il est vrai que les époux se doivent mutuellement depuis 2006 « respect ».

Le mariage semble donc être strictement encadré. Comme nous l'avons vu, le but du régime primaire est de mettre en place une égalité entre les époux. Mais le droit des contrats puise aussi son fondement dans le principe d'égalité contractuelle.

Le mariage n'a pas entièrement perdu son caractère institutionnel, cependant l'on constate que son aspect contractuel prend le dessus.

Nous allons maintenant voir dans la seconde partie de mon mémoire, que la négociation et la volonté des époux fait partie intégrante du mariage, que ce soit lors de sa formation ou de sa rupture (II).

³⁰ CA Grenoble 3 mai 2000- 2ème chambre civile- Jurisdata 2000-119946

II) Le rôle de la volonté des époux

Le mot « négociation » est défini par le dictionnaire Larousse comme étant une « action de négocier, de discuter les affaires communes entre partie en vue d'un accord ».

L'article 1101 du code civil issu de l'ordonnance en date du 10 février 2016 définit le contrat comme étant « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

Il y a donc une idée commune entre ces deux notions. Le but de chacune est d'aboutir à un accord entre deux ou plusieurs personnes. Cependant, la notion de « négociation » ne peut pas être réduite à la notion de contrat. On peut dire en quelque sorte qu'il n'y a pas de contrat sans négociation, mais qu'il peut y avoir des négociations sans contrat.

Nous verrons dans cette partie que les époux peuvent négocier et aménager leur régime matrimonial (A) et peuvent également « négocier leur divorce » (B).

Le dictionnaire Larousse définit le contrat de mariage comme étant « un contrat solennel conclu par-devant notaire, avant le mariage, par les futurs époux et qui fixe le choix du régime matrimonial ». Le choix du régime matrimonial des époux, comme nous le verrons, a un impact sur le patrimoine de chacun. Après avoir exposé les différents régimes matrimoniaux existant en France, nous appliquerons des régimes matrimoniaux à des situations données. Et enfin, on parlera des clauses auxquelles peuvent avoir recours les époux.

La question du divorce divise la société. En effet, dans un état laïc comme la France, il est normal que le divorce soit autorisé. Cependant, lorsque l'on pose aux gens la question : êtes-vous POUR ou CONTRE le mariage, les réponses sont radicales.

Ceux qui s'opposent au divorce nous dirons que le mariage est un sacrement indissoluble. Le rompre serait alors un péché. Pour certains, le divorce serait une facilité. Les époux seraient alors égoïstes et ne feraient aucun effort pour maintenir leur union.

En pratique, beaucoup de couple ne divorcent pas, non pas parce qu'ils ne le souhaitent pas, mais parce qu'ils redoutent les préjugés. D'autres ne divorcent pas à cause de la procédure de divorce et de ses conséquences. Par exemple ils redoutent la lenteur de la procédure, les frais qui y sont liés...

Certaines femme ne veulent pas divorcer de peur de ne plus pouvoir assumer leur vie au d'un point de vue financier. Certains hommes eux craignent de ne plus voir leurs enfants. En effet, notre

système juridique actuel a tendance à attribuer la garde des enfants aux mères. Les pères doivent bien souvent se contenter d'un droit de visite.

Ceux qui sont favorable au divorce le voient parfois comme une libération. Ils trouvent aberrant de maintenir une union qui prend l'eau.

Les deux positions se défendent et chacun avance des arguments que l'on ne peut ignorer. Cependant, permettre le divorce ne veut pas forcément dire l'encourager.

Dans l'étude que j'ai réalisé, sur 80 personnes interrogées, seulement 10 étaient contre le mariage.

Il est indéniable qu'il existe une influence réciproque entre la famille et le contrat². Cette influence s'est renforcée dernièrement par la consécration d'un divorce par consentement mutuel conventionnel.

Ce processus de contractualisation du divorce a été amorcé par la loi de 1995, puis s'est accéléré avec la loi du 26 mai 2004 pour être complétée par la réforme en date du 18 novembre 2016.

La première question à se poser est de savoir si le divorce en lui-même est un contrat ou non ? La première réponse qui nous vient à l'esprit est négative. En effet quand on pense au divorce pour faute ou au divorce pour altération définitive du lien conjugal, on pense immédiatement aux tribunaux et donc au juge aux affaires familiales. Cependant, nous allons voir que le législateur même en cas de procédure contentieuse, laisse une grande place à la négociation.

Ensuite, la création du divorce par consentement mutuel conventionnel nous amène à nous demander si la disparition du juge n'a pas pour rôle de « déjudiciariser » et donc de « contractualiser » le divorce. A-t-on affaire à un contrat ou s'agit-il simplement d'une procédure amiable du divorce ?

A) LES REGIMES MATRIMONIAUX : UN CONTRAT « SUR MESURE »

Le mariage, le patrimoine et le contrat sont trois termes juridiques spécifiques. Et pourtant, comme nous allons le voir le contrat de mariage permet aujourd'hui d'organiser, de constituer, de protéger, de gérer et de transmettre le patrimoine des époux.

Il est nécessaire que le droit organise les rapports patrimoniaux, que ce soit les rapports entre époux, les rapports des époux avec les tiers ou les rapports des époux avec les enfants. Surtout qu'au vue des aléas de la vie il se peut que les époux se séparent, ou que l'un d'eux décède.

Durant leur mariage, les époux sont soumis à un régime matrimonial. Celui-ci peut être défini comme désignant un ensemble de règles organisant les rapports patrimoniaux entre les époux. Si les époux n'ont pas fait de choix, ils seront alors automatiquement soumis au régime de la communauté réduite aux acquêts, aussi appelé la communauté légale.

Comme nous venons de l'évoquer, les époux disposent d'un choix. Le législateur leur donne une certaine liberté.

Avant tout mariage, il sera important que les époux sachent sous quel régime ils veulent s'unir. En effet, le choix du régime matrimonial n'est pas anodin. Ce choix aura des répercussions sur le patrimoine de chacun des époux, notamment sur la qualification des biens (propres ou communs), mais également sur la gestion et les pouvoirs dont dispose chacun des époux. Si les époux optent pour un régime conventionnel, leur union devra être précédée de la conclusion d'un contrat de mariage devant notaire. Si le choix opéré par les époux ne leur plaît pas, ils auront toujours la possibilité de changer de régime matrimonial.

Les conditions du changement de régime matrimonial sont prévues par l'article 1397 du Code civil. Le changement n'est possible qu'après deux années de mariage. La convention modificative devra prendre la forme d'un acte notarié. Dans certains cas, la liquidation du régime est nécessaire. En présence d'enfants mineurs, l'acte notarié doit faire l'objet d'une homologation judiciaire obligatoire pour que le juge s'assure que l'intérêt des enfants mineurs est respecté. Le juge devra également vérifier si cette modification concorde avec l'intérêt de la famille. Les enfants majeurs seront informés de cette modification de façon à leur permettre de pouvoir s'y opposer dans un délai de trois mois. Les créanciers seront eux aussi informés par une publication dans un journal d'annonces légales.

Le notaire joue un rôle essentiel dans le choix du régime matrimonial. Il sera considéré comme le « guide » des époux, sans pour autant choisir le régime à leur place. Le notaire devra donc exposer chacun des régimes, en détaillant les avantages et inconvénients de chacun d'eux, en exposant leur fonctionnement compte tenu de la situation professionnelle, personnelle et patrimoniale des époux.

Mais les époux sont-ils totalement libres ? Comme nous l'avons vu dans la partie précédente, en matière de mariage il existe des règles qui s'imposent à tous. Il s'agit du régime primaire. Les réformes successives qui ont eu lieu en matière de divorce, succession, libéralités nous montrent qu'il existe toujours un ordre public familial. Or celui-ci a changé de caractère : d'impératif il est devenu protecteur. Certaines dispositions, comme celles relatives à la contribution aux charges du mariage, ne peuvent pas être supprimées mais elles peuvent faire l'objet d'un aménagement. Les époux pourront ainsi fixer le montant et les modalités de cette contribution.

Pourquoi faire un contrat de mariage ? Dans certaines situations, il se peut que le régime légal ne soit pas adapté à la situation patrimoniale des époux. Dans ce cas, il leur sera possible d'opter pour un autre régime. En effet, il peut permettre une meilleure gestion des intérêts pécuniaires des époux. Le recours au contrat de mariage peut être motivé par l'envie de se protéger, de protéger son conjoint, de s'enrichir...

Nous allons donc présenter les différents régimes matrimoniaux. Dans un premier temps, nous verrons le régime légal (1) et ensuite nous verrons les régimes conventionnels (2).

1) Le régime légal

Lorsque l'on parle de régime « légal », on parle de régime de la communauté réduite aux acquêts prévue aux articles 1400 à 1491 du code civil. C'est en 1965 que ce régime est devenu le régime légal. On a pu constater que l'adoption de la communauté réduite aux acquêts comme régime légal avait entraîné une forte baisse des contrats de mariage.

Dans ce régime, le patrimoine du couple se divise en trois masses : les biens propres à Madame, les biens propres à Monsieur et les biens communs. Les biens propres sont ceux possédés par les époux avant le mariage ou reçus pendant celui-ci par héritage ou donation. Les biens communs correspondent aux acquêts faits par les époux durant leur mariage.

Concernant les dettes. Pour les dettes nées avant le mariage, celles-ci restent à la charge de l'époux qui l'a contracté. Le créancier ne pourra saisir que les biens propres et les gains et salaires de l'époux. Pour les dettes nées durant le mariage. Les dettes contractées par un seul des deux époux

engagent toute la communauté. Le créancier pourra alors saisir les biens communs, les biens propres de l'époux débiteur, ses gains et salaires, en revanche il ne pourra pas saisir les gains et salaires de l'autre époux.

Cette assiette sera diminuée en cas d'emprunt ou de caution. En effet, le créancier ne pourra alors pas saisir l'ensemble des biens communs mais uniquement les gains et salaires de l'époux débiteur.

Lorsque la dette peut être qualifiée de dette ménagère³¹, donc nécessaire à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants, les époux seront solidairement tenus du paiement. Le créancier pourra alors saisir la totalité des biens communs et propres des époux.

Concernant les biens communs. Dans ce régime, le principe est celui de la gestion concurrente³². Pour les actes les plus graves le législateur a mis en place un système de cogestion. Et un système de gestion exclusive est prévu lorsqu'un des époux exerce une profession séparée³³. Dans ce cas il pourra gérer et administrer seul les biens communs professionnels.

Concernant les biens propres, chacun des époux pourra librement administrer, jouir et disposer de ses biens propres³⁴.

2) Les régimes conventionnels

L'article 1387 du code civil dispose que « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ». Et l'article 1388 du Code civil précise que « *les époux ne peuvent déroger aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle* ».

Les époux ne sont pas contraints à se soumettre au régime légal. Si celui-ci ne leur convient pas ils peuvent signer un contrat de mariage devant un notaire afin d'opter pour un autre régime. La communauté conventionnelle est soumise au principe de la liberté des conventions matrimoniales, ce qui explique la liberté donnée aux époux. Cependant, le législateur a prévu des limites à ce principe. Il est notamment interdit de prévoir des clauses ayant pour objet d'écarter ou de limiter l'application du régime primaire.

³¹ Article 220 du code civil

³² Article 1421 alinéa 1^{er} du code civil

³³ Article 1421 alinéa 2 du code civil

³⁴ Article 1428 du code civil

Le législateur a mis trois régimes à la disposition des époux :

- Le régime de la communauté universelle prévu à l'article 1526 du code civil. Dans ce régime il n'y a qu'une seule masse. Tous les biens possédés par le couple sont communs et ce peu-importe leur mode d'acquisition. Les dettes antérieures au mariage, présentes et futures sont communes. Ce régime est conseillé aux époux proches de la retraite.
- Le régime de la séparation de bien prévu aux articles 1536 à 1541 du code civil. Dans ce régime il y a en principe deux masses : les biens propres de Madame et les biens propres de Monsieur. Il peut parfois y avoir une indivision entre les époux s'ils ont acquis un bien en commun. Concernant les dettes, celles-ci demeurent personnelles peu importe qu'elles soient contractées avant ou pendant le mariage. Lorsque la dette peut être qualifiée de dette ménagère³⁵, donc nécessaire à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants, les époux seront solidairement tenus du paiement. Les patrimoines personnels de chacun des époux seront donc engagés.
- Le régime de la participation aux acquêts prévu aux articles 1569 à 1581 du code civil. C'est un régime mixte car durant le mariage l'union s'organise comme en matière de séparation de biens. Mais au moment de la dissolution, chacun recevra la moitié de l'enrichissement réalisé par l'autre durant l'union.
- Le régime de la communauté de meubles et acquêts prévu aux articles 1498 à 1501 du code civil, ancien régime légal. Dans ce régime, seront considérés comme commun, les revenus des époux, les meubles et immeubles acquis durant le mariage, les meubles dont les époux disposaient avant le mariage et ceux reçus au cour du mariage par succession ou libéralités.

Précisons que le régime de la participation aux acquêts est peu utilisé.

Le recours au contrat de mariage a connu, durant les dernières décennies, des évolutions majeures. De 1992 à 2010, on a constaté une baisse de la protection des couples mariés, ce qui a entraîné une hausse des régimes conventionnels. Ainsi, en 2010, près de 17 % des couples dérogeaient au régime légal en choisissant un autre régime³⁶.

Il a été constaté que le choix d'un régime matrimonial été d'avantage tourné vers un régime de séparation. Le nombre de couple soumis à ce régime est passé de 6,1 % du total des mariés en 1992 à 10 % en 2010, soit une hausse de 64 %.

³⁵ Article 220 du code civil

³⁶ « Bilan matrimonial 2013 », issu du Defrénois, publié le 30/01/2014, n°2, p.96

Comme il l'a été dit plus haut, le législateur offre la possibilité aux couples de changer de régime matrimonial en cours d'union. Mais il a été constaté qu'en 1966, les modifications sont rares et concernent des cas spécifiques. Notamment les couples de personnes âgées qui souhaitent changer de régime afin de passer à un régime de communauté universelle³⁷.

3) Les aménagements

Nous allons maintenant mettre en application les aménagements conventionnels mis à la disposition des époux.

Le premier aménagement que nous allons voir vise à protéger un chef d'entreprise de son conjoint.

Le choix du régime matrimonial du chef d'entreprise ne doit pas être négligé. En effet, pour ce dernier, organisation matrimoniale et optimisation patrimoniale sont liés. Il appartiendra à l'époux d'anticiper les risques engendrés par des tensions ou une rupture de l'union.

En effet, les époux peuvent convenir de modifier leur régime matrimonial ou de lui en substituer un autre en cours d'union. Si le changement de régime demeure strictement encadré par l'article 1397 du Code civil, il est aujourd'hui en général plus rapide et moins onéreux qu'auparavant. Le choix d'un régime plus adéquat reste donc possible en cours d'union.

Nous verrons tout d'abord que le choix du régime matrimonial peut avoir des conséquences sur la liberté de gestion du chef d'entreprise (a). Et ensuite, nous verrons quels sont les moyens dont il dispose pour surmonter toute difficulté dans le couple (b).

a) Les pouvoirs de gestion des époux

Si les époux sont soumis au régime de séparation des biens ou au régime de participation aux acquêts. L'esprit de ces deux régimes comme nous l'avons exposé plus haut est de « séparer » les patrimoines. Chacun des époux aura son patrimoine et chacun pourra donc gérer seul son patrimoine. Dans ces deux types de régimes les époux conservent la propriété des biens acquis avant et ceux acquis pendant le mariage.

Si l'entreprise a été acquise avant le mariage, l'entreprise restera propre à l'époux acquéreur. L'époux dirigeant pourra alors administrer, disposer et jouir seul de l'entreprises en vertu de

³⁷ Comme l'indique une étude sur les homologations de changement de régime conduite en 2002 par le ministère de la Justice.

l'article 1536 alinéa 1^{er} du code civil en cas de séparation de biens et de l'article 1569 du code civil en cas de participation aux acquêts.

Cependant, si l'entreprise a été achetée durant le mariage il faudra avoir connaissance de l'origine des fonds ayant servis à son financement. Si le chef d'entreprise a entièrement financé cette acquisition, le bien lui sera alors propre. Cependant, si l'époux a participé à son financement dans ce cas les époux seront en indivision sur le bien et il faudra alors obtenir l'accord du conjoint pour tout acte.

De plus, si les locaux de l'entreprise se situent dans le logement de la famille, dans ce cas en vertu de l'article 215 alinéa 3 du code civil, le chef d'entreprise devra obtenir, à peine de nullité, le consentement de son conjoint pour tous les actes graves tel que la vente, la donation...

Au-delà de la question des pouvoirs du chef d'entreprise, ce qui est intéressant dans ces deux régimes c'est que le passif de l'entreprise ne sera supporté que par l'époux détenteur. Le conjoint sera donc à l'abri du passif de l'entreprise. En effet l'article 1536 alinéa 2 du code civil dispose que « *chacun d'eux reste tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage* ».

Si les époux décident d'opter pour le régime de la communauté réduite aux acquêts.

Si l'entreprise a été acquise avant le mariage, elle restera propre au chef d'entreprise. C'est l'article 1405 alinéa 1^{er} qui dispose que « *Restent propres les biens dont les époux avaient la propriété ou la possession au jour de la célébration du mariage, ou qu'ils acquièrent, pendant le mariage, par succession, donation ou legs* ». L'époux pourra alors gérer seul son entreprise. En effet l'article 1428 du code civil dispose que « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres* ». Il est possible d'aller plus loin. En effet, concernant les instruments et le matériel de travail « nécessaire à la profession » acquis durant le mariage, ceux-ci seront qualifiés de propre par nature sur le fondement de l'article 1404 du code civil. Ces derniers pourront tout de même faire l'objet d'une récompense envers la communauté.

Si l'entreprise est commune, c'est-à-dire qu'elle a été acquise durant le mariage avec des fonds communs. L'article 1421 alinéa 1^{er} du code civil pose le principe de la gestion concurrente. En effet en vertu de cet article « *Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs* ». Toutefois, la règle de gestion concurrente peut être écartée au profit d'une gestion exclusive prévu à l'article 1421 alinéa 2 du code civil. En effet l'époux qui exerce une profession séparée peut administrer et disposer seul des biens nécessaires à celle-ci. Cependant l'accord du conjoint sera exigé en cas d'acte grave.

Mais le chef d'entreprise n'est pas entièrement à l'abri. Il sera toujours possible pour le conjoint de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. S'il est animé d'une intention malveillante, le conjoint pourra accumuler les dettes pour porter atteinte à l'entreprise. En effet, les biens communs professionnels peuvent être saisis par les créanciers personnels du conjoint en vertu de l'article 1413 du code civil³⁸.

On déconseille donc au chef d'entreprise de choisir un régime matrimonial communautaire.

b) Le sort de l'entreprise en cas de difficultés

En cas de séparation, la question est de savoir à qui reviendra l'entreprise ? En cas de décès ou de divorce il est nécessaire de liquider le régime matrimonial. Le choix de ce dernier produira donc des effets au moment de la liquidation et donc du partage.

Si les époux sont soumis au régime de séparation des biens. Si le bien est propre au chef d'entreprise, dans ce cas il n'y aura aucun souci d'attribution. Le bien restera la propriété du chef d'entreprise. Si le conjoint a participé à l'acquisition de l'entreprise, il y aura alors une créance entre époux. Le régime de la séparation semble donc assez avantageux pour le chef d'entreprise.

Cependant, ce choix semble désavantager l'époux qui a travaillé au sein de cette entreprise. Celui-ci n'aura le droit qu'à une éventuelle prestation compensatoire au titre d'un désavantage créé par le divorce. Or si le chef d'entreprise, ne possède aucune liquidité, pour payer cette prestation il devra alors vendre son entreprise ou alors le juge pourra carrément attribuer cette entreprise au conjoint au titre du paiement de la prestation compensatoire par le chef d'entreprise.

Si les époux sont soumis à un régime de communauté. Si l'entreprise est propre au chef d'entreprise, celui en gardera le contrôle. Cependant, une récompense pourra être due à la communauté si des deniers communs ont été employés pour l'acquisition du matériel professionnel ou de l'entreprise elle-même. Précisons que tous les fruits et revenus des propres sont communs. Cela voudra donc dire que les profits tirés de cette entreprise devront être partagés.

Si l'entreprise est commune. En vertu des articles 1467 et suivants du code civil, le partage des biens communs en cas de dissolution du régime se fait par moitié. Il faudra donc partager

³⁸ Article 1413 du code civil « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

l'entreprise en deux. On pourrait rassurer le chef d'entreprise en lui disant qu'il pourra toujours demander au juge ou négociateur avec son conjoint pour que l'entreprise soit affectée dans son lot. Cependant, il existe des hypothèses où le partage en nature est exclu. C'est notamment le cas pour les entreprises pour lesquelles la jurisprudence fait jouer la distinction entre le titre et la finance³⁹. Le titre étant propre, celui qui exerce l'activité se verra attribuer les titres. Cependant la valeur du bien sera entrée dans la communauté. Le chef d'entreprise devra donc indemniser son conjoint pour la moitié de cette valeur. Le problème sera le même ici, c'est-à-dire que si le chef d'entreprise n'a pas l'argent pour payer le conjoint, il sera forcé de vendre l'entreprise.

La question est donc de savoir quel régime conseiller au chef d'entreprise ? Comme nous venons de le voir, le mariage n'est pas sans risque pour le chef d'entreprise et ce peu importe le régime choisi.

Le second aménagement que nous allons voir concerne la protection du conjoint survivant.

L'avantage matrimonial est prévu à l'article 1527 alinéa 1^{er} du code civil. Il peut être défini comme étant un avantage tiré par l'un des époux grâce au régime matrimonial conventionnel. Il n'existe que dans les régimes communautaires et ne peut porter que sur les biens communs.

On peut s'interroger sur les effets qu'aura le divorce sur les avantages matrimoniaux. Depuis la loi du 26 mai 2004, l'article 265 du Code civil distingue le sort des avantages matrimoniaux selon les conditions dans lesquelles le divorce a été prononcé. Ce qui est déterminant c'est la date à laquelle ils prennent effet.

Si l'avantage matrimonial prend effet au cours du mariage, dans ce cas il sera considéré irrévocable. S'il ne prend effet qu'à la dissolution du régime (donc en cas de divorce ou de décès), il sera alors révocable de plein droit en cas de divorce sauf volonté contraire des parties.

La première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 14 mars 2012 est venue préciser que l'article 265 du code civil avait un caractère impératif.

Les avantages matrimoniaux ne sont ni rapportables, ni réductibles. Ils peuvent se cumuler avec les droits successoraux du conjoint survivant. De plus, ils sont exonérés de droits de mutation à titre gratuit.

³⁹ Cette distinction a été appliquée à la clientèle d'une profession libérale dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 2 mai 2001

Le troisième aménagement que nous allons voir concerne les familles recomposées. Selon une étude menée par l'INSEE⁴⁰, en 2011 un enfant sur dix vivait dans une famille recomposée.

Le régime de la séparation des biens peut-être conseillé lorsque les époux ont des enfants de précédentes unions. Ces enfants n'ont pas vocation à hériter de leurs beaux-parents. Ils risquent donc de « perdre » une partie du patrimoine commun créé par le couple. En effet, le conjoint survivant a dans ce cas le droit à ¼ en pleine propriété sur le patrimoine du défunt. Pour qu'il n'y ait pas de confusion entre les deux familles, il est conseillé aux époux d'avoir recours à un régime de séparation de biens. Si les époux respectent les règles de ce régime, il n'y aura alors aucune créance entre époux à verser au moment de la liquidation du régime.

4) Les clauses

Maintenant, nous allons voir les clauses que les époux ont la possibilité d'inclure dans leur contrat de mariage.

En ce qui concerne les régimes communautaires. L'article 1497 du code civil énumère une liste de clauses que les époux peuvent introduire dans leur régime. Les époux peuvent ainsi prévoir :

1° une clause de prélèvement d'un bien commun moyennant indemnité : Les époux peuvent stipuler que le conjoint survivant ou l'un d'eux en cas de divorce, aura la faculté de prélever certains biens communs à condition d'indemniser la communauté. Ce genre de clause peut permettre à un époux de poursuivre l'activité après le mariage.

2° une clause qui accorde la faculté d'acquérir ou de se faire attribuer un bien propre au conjoint : On peut permettre à l'un des époux d'acquérir ou de se faire attribuer dans le partage certains biens personnels de l'époux décédé.

3° une clause de préciput : cette clause est prévue à l'article 1515 du code civil. Elle permet au conjoint survivant de prélever sur la communauté, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité de bien et cela sans devoir d'indemnité à la communauté. Elle ne produit donc effet qu'en cas de décès d'un époux, puisque c'est un gain de survie.

4° une clause de répartition des parts inégale ;

⁴⁰ « Un enfant sur dix vit dans une famille recomposée », menée par Aude LAPINTE, n°1470

Les époux soumis à un régime communautaire ont la possibilité de prévoir une clause d'entrée en communauté, dénommée « *clause d'ameublement* » pour rendre commun un bien qui à l'origine ne l'était pas. Ce type de clause peut être intéressante fiscalement. En effet, on permettra aux enfants de bénéficier deux fois de l'abattement en ligne directe au lieu d'une fois si le bien est resté propre. Ce type de clause peut être opportun lorsque les époux auront construit une maison, avec des deniers communs, sur un terrain propre à l'un d'eux. En temps normal, cette maison devrait être qualifiée de bien propre du fait du mécanisme de l'accession. Mais grâce à la clause, ce bien sera commun. Cela aura également pour effet d'annuler l'indemnité normalement due à la communauté.

A l'inverse il est possible de prévoir une clause d'exclusion de communauté. En application de cette clause, un bien normalement commun sera qualifié de bien propre à l'un des époux. Dans ce dernier cas, les époux pourront prévoir ou non une récompense au profit de la communauté.

En matière de régime de communauté réduite aux acquêts. Les époux ont la possibilité de prévoir :

- Une clause de préciput (celle-ci a déjà été développée).
- Une clause d'attribution intégrale de la communauté. Cela voudra dire que le conjoint survivant se verra attribuer l'ensemble de la communauté. En cas de présence d'enfants d'un premier lit, cet avantage s'imputera en premier sur la quotité disponible et en cas de surplus, celui-ci sera soumis à réduction.

En matière de communauté universelle :

- Au moment du décès de l'un des époux, le patrimoine sera partagé par moitié entre le conjoint survivant et les héritiers. Très souvent, le notaire conseil aux époux de prévoir une clause d'attribution intégrale de la communauté au profit du conjoint survivant. Cela aura pour effet d'attribuer la totalité du patrimoine à ce dernier. En cas de présence d'enfants non communs, ceux-ci pourront saisir le juge pour faire reconnaître leur réserve héréditaire. Mais s'il n'y a pas d'enfants nés d'autres lits, cette clause aura pour effet de retarder la succession au moment du décès du second époux.

En matière de séparation de biens :

- Lorsqu'un des deux conjoints s'est consacré à l'éducation des enfants, et donc n'a pas travaillé durant le mariage, le régime de la séparation de biens ne lui permet pas de profiter de l'enrichissement du conjoint. Il sera donc conseillé aux parties de créer une société d'acquêts.

La société d'acquêts est issue de la pratique notariale ; elle n'est pas réglementée dans le Code civil. Dans cette configuration, les biens personnels seront soumis au régime de la séparation de biens, et les acquêts obéiront aux principes du régime légal. La société d'acquêts permet une grande souplesse aux époux. En principe, tous les biens acquis, à compter de la date de l'acte, seront communs. Il est possible de limiter la société d'acquêt à certains biens, comme par exemple au logement de la famille, mais cela devra être précisé dans le contrat de mariage.

En matière de régime primaire. Les époux n'ont pas la possibilité de réduire le champ d'application du régime primaire :

- Une clause relative à la gestion des biens : La liberté contractuelle des époux n'est pas absolue. Ils sont limités par le principe d'égalité des époux. L'article 1503 du Code civil prévoit la possibilité pour les époux d'étendre le domaine de la cogestion en insérant dans leur contrat de mariage une « *clause d'administration conjointe* ».

Il sera également possible pour les époux de prévoir des clauses qui produiront des effets le jour de la dissolution du mariage :

- Une clause relative aux récompenses et créances entre époux : Le contrat de mariage peut aménager les règles relatives au principe des créances et des récompenses, les modalités de calcul, ainsi que le règlement. Tous les articles relatifs à ces différents points ne sont pas d'ordre public (articles 1433, 1437, et 1469 du code civil).

Donc comme nous venons de le voir, le législateur accorde une place importante à la volonté des époux. Ceux-ci peuvent se créer un contrat de mariage « sur mesure ». Les seules limites que devront respecter les époux sont : le régime primaire, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Avant de passer à la dernière partie de mon développement je souhaiterais présenter un arrêt. En effet il me semble opportun de traiter de ce thème ici. La question est de savoir : est-il possible de se marier uniquement dans le but de faire fructifier son patrimoine ?

La simulation du mariage ne date pas d'aujourd'hui. Les juges ont eu à traiter de cette question dès la promulgation du code civil. Le mariage simulé peut se définir comme étant une union dont la particularité réside dans le fait que les époux l'ont contracté dans un but précis, en ne voulant pas faire produire au mariage tous ses effets légaux. La simulation du mariage résulte donc du fait que les époux ont cherché un effet secondaire de l'union sans réellement vouloir entrer dans l'institution

du mariage. Il faudra alors prouver que cette recherche été la cause exclusive du mariage, sans quoi la nullité ne pourra être prononcée. Pour la majorité de la doctrine, l'absence d'intention conjugale vaut absence de consentement au sens de l'article 146 du Code civil.

Deux personnes s'épousent le 12 juillet 1996. L'épouse est condamnée pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner, le décès étant intervenu le 7 août 1996. Les héritiers ont tenté de faire déclarer la veuve indigne de succéder à son défunt mari.

La Cour de Paris la déclare indigne de succéder sur la base de l'article 727, 1°, du code civil (ancienne rédaction). Ce motif a été cassé par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt en date du 3 octobre 2006 car à cette époque l'application du texte relatif à l'indignité successorale était subordonnée à l'intention homicide, qui n'existait pas en l'espèce.

Les héritiers ont finalement obtenu l'exclusion du conjoint survivant de la succession en faisant annuler le mariage de leurs parents sur le fondement des articles 146 et 184 du Code civil. La Cour de Paris a constaté qu'il ressortait de plusieurs dépositions, qu'au moment du mariage, la future épouse était animée par « *une intention de lucre et de cupidité, n'ayant pour but que d'appréhender le patrimoine du futur mari, afin d'assurer son avenir et celui de son fils qu'elle avait eu avec un tiers* ». De plus, les juges ont constaté que l'épouse n'avait consenti qu'à une seule relation sexuelle le jour du mariage, ce qui avait conduit le mari à douter de sa sincérité. Ce dernier avait alors exprimé son intention de demander l'annulation du mariage.

L'épouse a formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Selon elle, les effets patrimoniaux sont inhérents au mariage. Rechercher ces effets n'a donc pas pour effet de dénaturer l'union. De plus, la liberté du mariage prévue à l'article 12 de la CEDH commanderait l'exclusion de tout contrôle par le juge de la finalité visée par les époux lors de leur union.

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 19 décembre 2012, a rejeté le pourvoi formé par l'épouse sur le fondement de l'article 146 du code civil qui dispose « *qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Bien que cet article ne vise que le défaut de consentement, la jurisprudence admet que le texte s'applique également au défaut d'intention matrimoniale.

Selon la Cour, le mariage est nul parce que l'épouse « *n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale* ». Par cet arrêt on constate que la Cour de cassation effectue un contrôle sur l'existence du consentement des époux. En principe, celui-ci ne se confond pas avec la finalité ou la cause du mariage.

Les règles de contrôle de l'existence d'une intention matrimoniale découlent de l'arrêt Appietto rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 novembre 1963. En l'espèce, il s'agissait d'un mariage simulé, célébré uniquement afin de légitimer un enfant, excluant toute vie commune. La Cour de cassation l'a jugé valable car la légitimation constitue un effet légal du mariage. Depuis cet arrêt, les juges sont tenus d'examiner les fins poursuivies par les parties à travers le mariage.

En l'espèce l'épouse n'avait conclu le mariage que pour des aspects financiers et patrimoniaux. Elle ne pouvait donc pas avoir donné son consentement au mariage puisqu'elle n'avait pas voulu se soumettre à l'ensemble des obligations y découlant, notamment au devoir conjugal. Le mariage ne peut échapper à l'annulation lorsque les conjoints ont voulu limiter ses effets légaux. Selon Estelle NAUDIN, l'on ne peut pas admettre un « dépeçage du mariage »⁴¹.

Pour établir le défaut d'intention matrimoniale, la Cour de cassation se réfère au but poursuivi : le mariage est nul car l'objectif visé est étranger à la finalité de l'union matrimoniale. Le confort matériel recherché par l'épouse n'a pas été le seul élément pris en compte pour mettre à jour le défaut de consentement au mariage. L'absence de relations sexuelles a été décisive dans l'appréciation des juges, en ce qu'elle révélait que l'épouse n'entendait pas entamer une véritable vie de couple.

Selon Jean HAUSER⁴², ce qui faisait défaut ici c'était la cause du mariage. En l'espèce c'est le détournement de l'institution qui justifiait la nullité du mariage et non pas l'absence de consentement. Dans cet arrêt en date du 28 octobre 2003, la Cour de cassation notait que « *le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale* ». La Cour a donc relevé que l'épouse « n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugal ... et qu'elle s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine du mari... ».

⁴¹ RTD civ. 1998. 457, obs. B. Vareille , et 882, obs. J. Hauser

⁴² « Détournement de mariage : pas de riche mariage d'amour ! », rédigé par Jean HAUSER, RTD Civ. 2013, p.353

Ici il faut attirer l'attention sur l'adjectif « exclusif ». En effet, on sait que le mariage peut être une union de biens. Mais il ne doit pas être *qu'une* union de biens. S'il le devient, la cause disparaît, ce qui en justifie la nullité.

La réforme des successions et des libéralités issue de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, qui a remodelé l'indignité successorale, permet de nos jours d'écarter le conjoint de la succession lorsque celui-ci a été condamné à une peine criminelle pour coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner. En vertu de l'article 726 du code civil, l'auteur condamné est déclaré indigne, ce qui l'empêchera de venir à la succession du défunt. En cas de condamnation à une peine correctionnelle pour avoir commis des violences ayant entraîné la mort du défunt sans intention de la donner, une indignité facultative est prévue par l'article 727 du code civil. Cela évitera au juge de fonder son jugement sur le défaut de consentement au mariage.

Pourtant, cette réforme ne résout pas toutes les difficultés. Dans certains cas, l'annulation du mariage sera le seul moyen d'écarter l'époux de la succession. C'est le cas par exemple lorsque le contrat de mariage a conduit à l'adoption d'un régime de communauté universelle avec attribution intégrale de la communauté au survivant.

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 7 avril 1998, a considéré que l'époux, condamné pour le meurtre de sa femme, ne pouvait se voir priver de cet avantage. Le mécanisme de l'indignité ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce.

Nous en avons donc fini avec le mariage en lui-même. Nous allons maintenant voir dans une dernière partie quelle place occupe la volonté des parties dans le divorce (B). En effet, il me semble impossible d'exposer le caractère contractuel du mariage sans en évoquer l'issue.

B) LA RUPTURE NEGOCIEE DU MARIAGE

Selon une étude menée par l'INSEE⁴³ parue le 2 mars 2017, 235 000 mariages ont été célébrés en France en 2016. Le nombre de mariage, qui ne cesse de baisser depuis l'an 2000, est relativement stable depuis 2013.

Concernant le nombre de divorce. Entre 1950 et 1970, il était relativement stable. La moyenne était de 33 000 divorces par an. Durant les quinze ans qui ont suivi, ce nombre n'a cessé d'augmenter. La loi de 1975 instaurant le divorce par consentement mutuel a accéléré le mouvement. Il y a eu ensuite une période de stabilisation jusqu'au début des années 2000. Une nouvelle augmentation du nombre de divorces s'est amorcée en 2003 avec un important pic en 2005. Cela s'explique du fait qu'en 2005, le législateur a simplifié les procédures de divorce. Il y a de nouveau eu une période de stabilisation en 2007 et depuis le nombre annuel de divorces ne cesse de diminuer.

En 2015, 123 668 divorces ont été prononcés. Plus de la moitié l'ont été par consentement mutuel.

La question qui dorénavant se pose est de savoir si le nombre de divorce ne va pas augmenter suite à l'adoption de la réforme du divorce sans juge en date du 18 novembre 2016. En effet, c'est ce qui s'était passé lors de la précédente réforme du 26 mai 2004 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

Comme il l'a été dit dans l'introduction, le divorce été déjà admis en droit romain. La volonté commune ou la volonté d'un seul des époux suffisait à rompre le mariage. C'est au IX^{ème} siècle que l'Eglise catholique prohibe le divorce. Cette interdiction a subsisté durant tout l'ancien droit. En droit français, le divorce a été introduit par la révolution française, comme conséquence de la laïcisation du mariage. A cette époque, toutes les causes de rupture étaient admises. Le législateur en 1804 a maintenu le principe du divorce mais l'a limité à l'hypothèse de la faute commise par l'un des deux époux. Supprimé en 1816, le divorce pour faute fut rétabli par la loi Naquet de 1884.

La loi du 11 juillet 1975 a créé un véritable « divorce à la carte ». En effet, les époux auront le choix entre le divorce pour faute, le divorce par consentement mutuel, le divorce pour rupture de vie commune devenu en 2004 le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce sur demande acceptée devenue en 2004 le divorce par acceptation du principe de rupture du mariage.

Cette même loi de 1975 a organisé la médiation familiale, outils repris par la loi du 4 mars 2002. La médiation est préconisée en cas de désaccord persistant entre les époux qui pourront alors débattre sur les questions patrimoniales et notamment sur les questions relatives à l'autorité

⁴³ « Tableaux de l'économie française » Edition 2017

parentale. Ce mécanisme est prévu à l'article 255 du Code civil qui dispose : « 1° Proposer aux époux une mesure de médiation et, après avoir recueilli leur accord, désigner un médiateur familial pour y procéder ; » et « 2° Enjoindre aux époux de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de la médiation ». La médiation demeure facultative.

1) Les différentes formes de divorce

En droit français, il existe donc plusieurs formes de divorce. Il est possible de classer ces quatre formes de divorces en deux catégories : les divorces contentieux et le divorce par consentement mutuel. On parle de divorce contentieux dès lors que les époux sont en conflit soit sur le principe même du divorce, soit sur les effets qu'il est censé produire.

a) *Les divorces contentieux*

Concernant les divorces contentieux. Tout d'abord, précisons que pour chacun des trois divorces que nous allons exposer, l'instance commence obligatoirement par une tentative de conciliation. Le juge devra s'entretenir avec chacun des époux séparément, puis avec les deux puis, enfin, avec les avocats. Si la tentative échoue, le juge rendra alors une ordonnance de non-conciliation permettant aux époux d'introduire l'instance en divorce.

Le premier que nous allons évoquer est le divorce pour faute. Il est prévu à l'article 242 du code civil qui dispose que « *le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* ». Ce divorce peut être demandé par un époux lorsque son conjoint a violé de manière grave ou renouvelé les devoirs et obligations découlant du mariage et que cette violation rend intolérable le maintien de la vie commune.

Il reviendra au juge du fond d'apprécier la gravité de la violation des droits et des devoirs prévus aux articles 212 et suivants du code civil. La faute commise par le conjoint devra être une faute conjugale. En général, les fautes invoquées par les époux sont l'infidélité, l'abandon du domicile conjugal, le manquement au devoir de secours et d'assistance...

Les juges français ne sont pas les seuls à connaître des cas de divorces pour faute. L'Autriche, la Belgique, le Luxembourg, le Portugal et la Suisse ont instauré un divorce pour faute dont les conditions sont différentes.

En France, ce type de divorce est controversé. Il y a ceux qui en préconisent la disparition et ceux qui mettent en avant ses vertus « thérapeutiques ». Pour ces derniers, ce divorce permettrait aux époux de faire le deuil de leur relation amoureuse.

Cependant, plusieurs critiques peuvent être faites au divorce pour faute.

1° Tout d'abord, ce type de divorce impose au juge de rechercher des responsables au lieu d'organiser l'avenir. Surtout que la plupart du temps, le divorce sera prononcé aux torts partagés.

2° Ensuite, nous constatons qu'il crée de nombreuses tensions entre les époux. En effet, le but de ce divorce est de prouver que l'un des époux a commis une faute. Il faudra donc en rapporter la preuve. Les époux ne s'épargneront rien.

3° Ensuite, on peut constater que cette procédure n'implique pas que les époux. Bien souvent, la famille, les amis... sont sollicités. Et bien souvent les enfants se retrouvent au milieu du conflit et sont parfois même utilisés comme moyen de pression par l'un des époux.

4° Enfin il se peut que la procédure de divorce soit plus longue que l'union elle-même. Ce type de procédure peut aller de cinq à dix ans.

La doctrine a souvent suggéré des réformes tendant à la disparition du divorce pour faute. La proposition de loi Colcombet de 2001 allait dans ce sens. Elle conseillait son remplacement par un divorce fondé sur le caractère irrémédiable de la rupture du lien conjugal. Une autre proposition de loi présentée en 1997 par le sénateur Nicolas ABOUT préconisait non pas sa suppression mais sa réforme.

Le second, est le divorce pour altération définitive du lien conjugale. Il peut être analysé comme une rupture unilatérale du mariage. En effet, ce divorce prévu aux articles 237 et 238 du code civil, permet à l'un des deux époux d'engager une procédure de divorce lorsque lui et son conjoint ne vivent plus ensemble depuis deux ans. Cela doit se caractériser en l'espèce par des domiciles différents et une absence de relations intimes et affectives entre les époux. Les époux n'ont plus à attendre six longues.

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal remplace l'ancien divorce pour rupture de la vie commune. La loi du 26 mai 2004 a admis que le divorce pour altération définitive du lien conjugal soit demandé à titre principal ou reconventionnel. Dans ce dernier cas, si la demande est formée dans le cadre d'une demande en divorce pour faute, les conditions seront assouplies.

Le troisième et dernier, est le divorce sur acceptation du principe de la rupture du mariage. C'est une forme de « divorce hybride ». En effet dans ce type de divorce, les deux époux sont d'accord pour divorcer cependant ils sont en désaccord concernant ses effets.

Le droit français a prévu des « passerelles » entre les différents divorces, notamment dans le but de pacifier la procédure. De ce fait, le législateur donne la possibilité aux époux de trouver un accord, partiel ou total avant le jugement final. De plus, à tout moment d'une procédure de divorce judiciaire, les époux peuvent choisir de divorcer par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire.

b) *Le divorce « amiable »*

Concernent le divorce par consentement mutuel. Il faut faire la distinction entre le divorce par consentement mutuel judiciaire (article 229-2 du code civil et articles 230 à 232 du code civil) et le divorce par consentement mutuel conventionnel.

Depuis le 1^{er} janvier 2017, le divorce par consentement mutuel devient par principe conventionnel en vertu d'une loi du 18 novembre 2016 dite de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. Mais le divorce restera toutefois judiciaire lorsque l'enfant mineur aura demandé d'être auditionné par le juge.

Le divorce par consentement mutuel, ou l'on parle aussi de divorce amiable, quelle qu'en soit la forme, est exclu en présence d'époux majeur protégé⁴⁴ (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice). Dans les autres cas, ce type de divorce suppose que les époux soient d'accord sur le principe du divorce et sur ses effets.

Cette demande en divorce résulte d'une requête conjointe déposée au juge aux affaires familiales, à laquelle est annexée une convention. L'assistance d'un avocat est obligatoire. Les époux pourront n'en avoir qu'un lorsque le divorce sera judiciaire. Cependant ils seront obligés d'en avoir chacun un en matière de divorce par consentement mutuel conventionnel.

En matière de divorce par consentement mutuel judiciaire. La convention sera soumise à l'homologation du juge en vertu de l'article 230 du code civil. Les époux devront s'entendre sur l'ensemble des conséquences du divorce tant personnelles que patrimoniales. Si les époux étaient propriétaire d'un immeuble, un état liquidatif devra être dressé par un notaire.

Après avoir auditionné le mineur, sauf si celui-ci n'a pas de capacité de discernement, le juge recevra les époux afin de s'assurer que chacun consent à ce divorce et à ses conséquences. Le juge devra ensuite homologuer la convention. Le juge peut demander à ce que la convention soit modifiée s'il considère que celle-ci n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou de l'un des époux.

⁴⁴ Article 229-2 du code civil

Dans ce cas le juge pourra homologuer des mesures provisoires. Si le juge homologue la convention, le divorce sera alors définitif. Dans ce dernier cas, l'appel n'est pas admis.

Cela s'explique. En effet, les époux étant à l'origine d'accord sur le principe du divorce et de ses effets et ayant eux même rédigé la convention, on ne voit pas en quoi ils souhaiteraient contester l'homologation du juge. De plus, ce dernier, au cours de l'audition, aura à vérifier que le consentement donné par les époux est bien libre et éclairé.

En revanche le pourvoi en cassation est possible, les époux auront alors quinze jours pour former opposition. Concernant les tiers, ceux-ci auront un an à compter de l'accomplissement des formalités d'opposabilités aux tiers pour former une tierce opposition contre la décision d'homologation. Cette opposition ne vise qu'à rendre la convention inopposable aux tiers et non pas le divorce en lui-même.

En matière de divorce par consentement mutuel conventionnel ou la doctrine parle aussi de divorce sans juge, les époux pourront désormais conclure non pas une convention mais un acte sous seing privé contresigné par avocats et déposé chez un notaire au rang des minutes. Ce nouveau divorce est prévu aux articles 229 à 229-4 du code civil.

Comme en matière de consommation, les époux disposent d'un délai de réflexion de quinze jours à compter de la réception du projet de convention. Il reviendra au notaire de faire respecter ce délai. La convention ne pourra donc pas être signée avant l'expiration de ce délai. La convention doit revêtir certaines mentions obligatoires à peine de nullité⁴⁵, telle que l'identité des époux, l'identité de chacun de leur avocat, la mention de l'accord des époux sur la rupture du mariage et sur ses effets, les modalités du règlement complet des effets du divorce, l'état liquidatif du régime matrimonial...

D'autres mentions peuvent être exigées telle que le nom du notaire chargé de recevoir l'acte en dépôt au rang de ses minutes, la valeur des biens ou droits attribués à titre de prestation compensatoire...

Une fois la convention signée par les époux et leurs avocats, l'avocat le plus diligent devra transmettre cette convention, dans un délai de sept jours suivant la signature, au notaire. Ce dernier aura quinze jours pour déposer l'acte. Tant que le notaire n'aura pas procédé au dépôt, chaque époux

⁴⁵ Article 229-3 du code civil

aura la possibilité de renoncer unilatéralement à la voie conventionnelle en optant pour la voie judiciaire.

Un des deux avocats devra transmettre une copie de la convention au service des impôts. La contresignature de l'acte par l'avocat permet d'attester que ce dernier a respecté son obligation de conseil envers les époux. La rédaction de l'acte par lui peut être une source d'engagement de sa responsabilité.

Dans ce nouveau divorce, le notaire joue un rôle limité. Il devra contrôler l'existence des mentions obligatoires et vérifier que le délai de réflexion a été respecté. Mais le notaire ne pourra pas se « substituer » au juge en vérifiant qu'il existe un équilibre entre les intérêts de parties.

Cependant, même si le rôle du notaire se limite à donner force exécutoire à l'acte, il semble étonnant qu'il n'en contrôle pas la légalité. En vertu de l'article 3.2.3 du Règlement nationale des notaires, le notaire a l'obligation « *de prêter son ministère lorsqu'il en est requis, sauf à le refuser : [...] pour l'élaboration de conventions contraires à la loi, frauduleuses ou qu'il sait inefficaces ou inutiles* ». La force exécutoire ne pourra être conférée sans un minimum de contrôle.

Le dépôt de la convention chez le notaire confère à la convention date certaine et lui donne un caractère exécutoire. La convention prend effet entre les époux le jour de son dépôt, sauf dispositions contraire de leur part.

Il sera possible pour les époux de contester la validité de cette convention sur le fondement des vices du consentement prévu à l'article 1130 du code civil. Selon Jérôme Casey⁴⁶, la violence doit être écartée par la présence des deux avocats. L'erreur sur la valeur n'est pas source de nullité, de même que l'erreur sur les motifs. Quant à l'erreur sur les qualités essentielles visée à l'article 1133 du code civil, il faudrait pouvoir déterminer quelles sont les qualités essentielles attendues d'un divorce... Le dol est plus probable.

⁴⁶ « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », rédigé par Jérôme CASEY, publié au AJ Famille 2017, p.14

En cas de vice quelle serait la sanction ? On doute que la sanction soit la nullité absolue de la convention car cela reviendrait à remettre en cause le divorce, alors qu'il a été souhaité par les parties. Le dol portera sur le montant de la prestation compensatoire accepté par l'époux. Il se peut que si l'époux avait eu connaissance de la réalité des revenus ou du patrimoine de son ex, il aurait monnayé à la hausse son divorce. Le juge saisi n'aura donc qu'à fixer judiciairement la prestation compensatoire.

Le but de cette réforme été de rendre le divorce par consentement mutuel plus facile, sans pour autant faire du mariage une union précaire assimilable au concubinage.

On constate que le droit des contrats s'est progressivement intégré dans le droit de la famille. Par principe, un contrat peut être résilié d'un commun accord ou unilatéralement par l'une des parties à condition de respecter un préavis s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée.

En 1975, le législateur a créé le divorce par consentement mutuel ainsi que d'autres types de divorce tel que le divorce sans motifs ou sur demande acceptée. Le législateur a aussi créé un divorce pour manquement « aux devoirs et obligations issues du mariage » dans lequel il assimile le régime de la faute contractuelle à la faute commise dans le mariage.

Ensuite, la loi de 2006 a créé le « divorce pour altération du lien » qui peut être vue comme une faculté de résiliation unilatérale du mariage avec préavis de deux ans.

Ce phénomène de « contractualisation » du divorce vient à nouveau d'être affirmé par le législateur qui a créé ce divorce sans juge. Cette forme de divorce repose sur l'idée même de « consensus ». Dorénavant les parties sont libres de négocier entre elles leur divorce. Pour certains auteurs, le fait que le législateur encourage les époux à trouver un accord traduit une banalisation du divorce.

Comme le dit Sylvain THOURET⁴⁷, ce nouveau divorce par consentement mutuel « *sort totalement des prétoires et relève exclusivement du droit des contrats* ». Ce divorce devient donc un contrat comme les autres. A ce titre, dans une circulaire en date du 26 janvier 2017, la Chancelière a qualifié le divorce sans juge de « convention ». Il sera donc soumis aux articles 1101 et suivants du code

⁴⁷ « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge. Présentation et questionnement », rédigé par Sylvain THOURET, publié au AJ Famille 2016, p.568

civil. Cependant, du fait de son « caractère familial », les dispositions incompatibles « par nature » avec ce divorce seront inapplicables.

Mais d'autres auteurs ont développé la thèse opposée. Selon Jérôme Casey⁴⁸, le législateur a mis en place non pas un « contrat de divorce » mais une « procédure amiable de divorce ».

Les textes ne parlent pas de contrat mais de convention. Le nouvel article 1101 du code civil pose la définition du contrat. Dans cette nouvelle définition, le terme de « convention » n'a pas été repris. Or le législateur lorsqu'il désigne le divorce sans juge s'efforce de parler de « convention ». On s'interroge donc sur la volonté du législateur. Selon ce même auteur, le législateur n'a pas fait d'erreur. Il avait l'intention de donner à ce divorce un statut différent de celui d'un contrat de droit commun.

En vertu du nouvel article 1148-2 du code de procédure civile, les époux ont la possibilité de changer d'avis tant que la convention n'aura pas été déposée au rang des minutes. On en déduit, que l'art. 1112 du code civil relatif aux pourparlers n'est pas applicable à la « convention de divorce ». Les pourparlers en vue de la signature de cet acte peuvent donc être rompus librement, sans justification et sans sanction, et ce jusqu'au dépôt de l'acte au rang des minutes du notaire... Cette convention ne serait qu'une déclaration d'intention dénuée de toute force obligatoire jusqu'à son dépôt. Il souligne qu'un acte sous seing privé « ordinaire » serait plus contraignant.

Dans l'ancien divorce par consentement mutuel, le juge jouait un rôle de « gardien ». En effet, il assurait une certaine sécurité notamment en matière de prestation compensatoire. Il arrivait parfois que le juge refuse d'homologuer une convention de divorce au motif que la prestation compensatoire était inexistante, trop basse ou trop élevée.

Désormais le juge ne jouera plus ce rôle de garde-fou. Il reviendra aux avocats de garantir cette sécurité. A l'origine, cette réforme avait pour objectif de limiter le recours au juge des affaires familiales, déjà submergé par les affaires réellement contentieuses.

⁴⁸ « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », rédigé par Jérôme CASEY, publié au AJ Famille 2017, p.14

Le juge n'est cependant pas complètement évincé de cette nouvelle procédure. En effet, si les époux ne parviennent pas à trouver un accord, ils auront toujours la possibilité de saisir le juge aux affaires familiales qui tranchera alors le litige. Mais dans ce cas la procédure sera devenue contentieuse.

De plus, le juge pourra effectuer un contrôle *a posteriori* de la convention conclue entre les époux compte tenu du caractère d'ordre public de la prestation compensatoire. Selon Jérôme Casey « le juge a bien disparu de la mise en œuvre du divorce amiable [...]. Mais tout indique que plus qu'une disparition, c'est une mise en retrait du juge qui a été décidée. [...]. Seul le contrôle *a priori* a été supprimé, remplacé par une forme de contrôle *a posteriori* qui se devine au travers de plusieurs dispositions de la loi ».

2) La prestation compensatoire

Concernant la prestation compensatoire. C'est une indemnité destinée à compenser la disparité que le divorce a créé entre les conditions de vie des époux. Elle est régie par l'article 270 du code civil qui dispose que « *Le divorce met fin au devoir de secours entre époux. 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. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture* ». Cette prestation existe du fait que le divorce mette fin aux obligations du mariage. Elle se retrouve dans tous les types de divorce.

Depuis la loi du 26 mai 2004, le prononcé d'un divorce aux torts de l'un des époux est sans incidences sur les conséquences financières du divorce. Cependant, le juge en vertu de l'article 271 alinéa 3 du code civil a la possibilité de refuser d'attribuer une pension alimentaire à l'époux fautif au regard des circonstances particulières de la rupture.

L'existence et le montant d'une prestation compensatoire dépendent de certains critères mentionnés à l'article 271 du code civil, notamment de la durée du mariage, de l'âge des époux, du temps consacré à l'éducation des enfants, des patrimoines propres, de leur activité professionnelle... Il n'existe pas de règles de calcul précises : son montant fait l'objet d'une négociation entre les parties ou est fixé par le juge.

La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est due et selon les ressources de l'autre. Les juges prendront en compte la situation de ce dernier au moment du divorce et l'évolution prévisible de celle-ci. La prestation compensatoire est évaluée à la date du prononcé du divorce.

Il reviendra au juge de décider des modalités de paiement de cette prestation⁴⁹. Elle pourra correspondre au versement d'une somme d'argent ou à l'attribution d'un bien. Le versement d'une somme d'argent peut être échelonné. En principe la durée maximum est de 8 ans, mais dans certains cas exceptionnels⁵⁰ le juge pourra étaler le paiement sur une plus longue durée.

Dans certains cas, le juge pourra également décider que le paiement de cette prestation prendra la forme d'une rente viagère. La rente pourra être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement significatif de la situation d'un des époux. Mais cette révision ne pourra pas avoir pour effet d'augmenter le montant de la rente par rapport celui initialement fixé par le juge.

En cas de divorce par consentement mutuel judiciaire, les époux fixent eux-mêmes le montant et les modalités de la prestation compensatoire dans la convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge. Ce dernier aura donc la faculté de réviser ce qui a été voulu par les parties. On constate ici que cette « faculté » donnée aux époux est relativement limitée. Tout d'abord dû au fait qu'elle est strictement encadrée par le code civil et ensuite dû au fait que le juge aura le dernier mot. En effet, c'est à lui que revient le pouvoir de valider ou non la convention négociée entre les époux.

En cas de divorce par consentement mutuel conventionnel, les époux fixent également eux-mêmes le montant et les modalités de la prestation compensatoire dans l'acte sous seing privé contresigné par avocat et déposé au rang des minutes du notaire. Dans cette nouvelle procédure, le juge est moins présent. Il semblerait que les époux disposent donc de plus de liberté. Cependant, comme nous l'avons dit précédemment il sera toujours possible pour le juge d'être saisi et donc d'opérer un contrôle sur cette prestation compensatoire.

Si l'époux débiteur décède, le paiement de la prestation compensatoire se reportera alors sur sa succession.

⁴⁹ Article 274 du code civil

⁵⁰ Article 275 du code civil

3) Les conséquences du divorce

Le divorce a pour but de mettre fin au mariage et donc aux obligations qui en découlent. Mais cette procédure fait naître une nouvelle situation : celle de personne divorcée. Et en cela, elle organise les relations personnelles et patrimoniales entre les ex-conjoints.

1° L'article 266 du Code civil prévoit l'octroi de dommages-intérêts en cas de procédure de divorce. Le divorce devra avoir causé un dommage d'une particulière gravité à l'époux demandant des dommages et intérêts. En cas de divorce pour faute, l'époux victime pourra demander l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil.

En cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur peut se voir attribuer des dommages-intérêts. Cependant, l'article 266 du Code civil pose une condition, ce dernier ne doit pas avoir formé de demande en divorce.

Le régime de l'article 266 du Code civil n'exclut pas l'octroi de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil réparant un préjudice distinct de celui résultant de la dissolution du mariage. La faute invoquée peut-être la même, cependant le dommage devra être distinct. On constate qu'il est possible pour un époux de fonder sa demande en réparation sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle du droit commun des contrats.

2° Le divorce entraîne des effets patrimoniaux entre les époux. Pour ce qui est des donations, il convient de distinguer les donations de biens présents et les donations de biens à venir.

Les donations de biens présents entre époux sont par principe irrévocables du fait que leur effets sont produits pendant le mariage. Les donations de biens à venir, c'est-à-dire qui ne prennent effet qu'au décès du donateur, sont révocables à tout moment et le divorce emporte leur révocation de plein droit.

3° Dans le divorce par consentement mutuel, les époux présentent au juge une convention réglant la liquidation de leur régime matrimonial. Dans les cas de divorce contentieux, soit les parties ont organisé la liquidation de leur régime, ou alors le juge peut être amené à désigner un professionnel qualifié qui devra élaborer un projet liquidatif. On laisse la possibilité aux époux d'organiser entre eux la liquidation de leur régime.

4° En vertu de l'article 264 alinéa 1^{er} du code civil: « À la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint ». Le divorce entraîne donc une perte automatique pour l'épouse de son nom d'usage, c'est-à-dire du nom de son mari.

Les lois de 1975 et de 2004 ont prévu des limites à ce principe. Il est possible de déroger judiciairement ou conventionnellement à la règle posée par l'article 264 du code civil à condition que l'époux justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants. Dans le divorce par consentement mutuel, le sort de l'usage du nom est réglé dans la convention.

La notion d'intérêt particulier pour un époux ou les enfants est délicate à appréhender. L'appréciation de cette notion relève du pouvoir souverain des juges du fond⁵¹. **Il est admis** en matière professionnelle, que la femme qui était connue dans l'exercice de son métier sous le nom du mari pouvait continuer à en user. Cela a été affirmé à propos d'une femme violoniste, connue sous le seul nom de son mari⁵².

L'intérêt particulier prévu par l'article 264 du code civil peut également être l'intérêt des enfants. Il est presque systématiquement reconnu quand les enfants sont en bas âge ou mineurs.

Dans les divorces contentieux, il est tout à fait possible pour un époux d'autoriser l'autre à continuer à user de son nom. Cette autorisation n'est pas révocable sauf en cas d'usage abusif.

5° Lorsque le jugement de divorce aura force de chose jugée, chacun des époux peut se remarier. Il existe une particularité lorsque les époux divorcés sont de confession israélite. En effet, leur loi religieuse interdit à la femme de se remarier tant que son ex-mari ne lui a pas délivré une lettre de répudiation ou « *guet* ».

Comme nous venons de l'exposer, le législateur, peu importe la forme du divorce choisit par les époux, laisse une grande place à la négociation. La notion de négociation est au cœur du divorce.

Concernant la nouvelle procédure de divorce. Certes, celle-ci est très encadrée. En effet, le législateur a imposé une certaine forme, il exige des mentions obligatoires, il a prévu un droit de réflexion et de rétractation... Pourtant, cette réglementation, si elle constitue une limite aux libertés contractuelles, notamment à la liberté de la forme et du contenu des conventions, elle ne remet pas en cause l'existence d'une véritable convention.

⁵¹ Civ. 1re, 16 nov. 1978

⁵² TGI Paris, 3 sept. 1996, BICC 15 déc. 1996, no 1334

L'encadrement légal de certains contrats tels que le contrat de bail commercial ou le contrat de travail n'a jamais remis en cause leur qualification de contrat. De plus, l'existence d'un délai de réflexion ou d'un droit de rétractation, déjà existant en droit des assurances, en droit de la consommation ou en droit immobilier n'a jamais évincé la nature conventionnelle.

Conclusion

Pour conclure après avoir exposé que le mariage était certes un contrat, celui-ci garde une dimension institutionnelle. Il semble inévitable de devoir retenir une solution de compromis entre la qualification de contrat et d'institution. En effet, le mariage apparaît comme « un contrat institutionnalisé » ou comme « une institution contractuelle »⁵³.

Pour appuyer mon mémoire et pour connaître le ressenti d'autres personnes, j'ai fait un questionnaire (Annexe 1) dont vous trouverez les réponses en annexe (Annexe 2). Sur 80 personnes interrogées, 66.3% des personnes avaient entre 18 et 25 ans. Et, 27.5% avaient entre 25 et 40 ans.

Comme nous l'avons vu dans la première partie de ce mémoire, beaucoup de personnes se marient sous le régime légal. Mon étude l'a confirmé. En effet, sur 11 personnes mariées, deux ont répondu avoir fait un contrat de mariage.

Avant de faire ce mémoire, pour moi le mariage n'était qu'un simple contrat. Il permettait principalement aux époux d'organiser leur patrimoine. Cependant, au fur et à mesure de mes lectures ma position a changé. Certes je maintiens que le mariage a perdu de sa force et n'est plus cette institution qu'elle était autrefois. Cependant, dorénavant je nuancerais mes propos en disant que le mariage est une institution contractualisée. Le mariage reste donc une institution, protégée par le législateur. Mais ce dernier, comme nous l'avons développé tout au long de ce mémoire, a laissé une grande place à la volonté des époux. Il s'agirait de ne pas « enfermer » les époux dans une institution qui ne leur conviendrait pas, ou qui ne serait pas en rapport avec notre société.

En effet, notre société a connu un vent de libéralisation. L'on prône la liberté contractuelle dans tous les domaines du droit. Pourquoi pas le mariage ?

Le législateur n'a donc fait que suivre le mouvement, pour que le mariage ne soit pas qualifié de « vieillerie ».

J'ai demandé aux personnes si selon eux le mariage était une institution ou un contrat. Et ensuite, je leur ai demandé si **dans notre société** le mariage était vu comme un contrat ou une institution.

⁵³ « Le mariage est-il un contrat ou une institution ? », rédigé par Frédéric ARCHER, publié le 03/12/2012, dans Etat civil/ Droit civil

D'un point de vue personnel, ce qui ressort de cette étude, c'est que pour la plupart, le mariage reste une institution. En effet, sur 80 personnes interrogées 65% pensent que le mariage est une institution ; contre 43.8% un contrat.

Mais lorsque les gens parlent d'institution à quoi pensent-ils ? 10.7% voient le mariage comme une institution du fait de l'image qu'il renvoie. 12.5% voient le mariage comme une réelle institution religieuse. Et 76.8% ne voient le mariage que comme une simple tradition.

On voit donc que la plupart des gens n'attachent pas de réelle signification au mot « institution ». Ils assimilent « institution » et « tradition ».

Et pourquoi le mariage serait-il un contrat ? Pour seulement 17.9% des personnes interrogées le mariage serait une « aide fiscale », un moyen d'optimiser sa fiscalité. 41% pensent que le mariage est un contrat qui permet une certaine protection du patrimoine. Et enfin, 41% pensent que le mariage sert à établir une filiation.

Cependant, en ce qui concerne notre société. La même proportion, c'est-à-dire 65%, considèrent qu'aux yeux de la société, le mariage est devenu un contrat ; contre 37.5% une institution.

Le constat est donc unanime, le mariage a bien la double qualification de contrat et d'institution.

Bibliographie

Introduction

- « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà...) » de Françoise Dekeuwer-Defossez, publié dans la revue Le Seuil, catégorie « Pouvoirs » en avril 2003, n°107, pages 37 à 53 [<http://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2003-4-page-37.htm>]
- « Sociologie du rituel du mariage » de Michel BOZON, publié dans Population, 47^e année, n°2, 1992, pages 409 à 433 [http://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_1992_num_47_2_3836]
- « Une définition civile du mariage », rédigé par Alain SERIAUX, Recueil Dalloz 2005, p.1966

I/ A) Un contrat sui-generis

- « Le mariage est-il un contrat ou une institution ? », rédigé par Frédéric ARCHER, publié le 03/12/2012, dans Etat civil/ Droit civil
- « Bilan matrimonial 2013 », issu du Defrénois, publié le 30/01/2014, n°2, p.96
- « Mariage (1^o Généralités) », rédigé par Marie LAMARCHE et Jean-Jacques LEMOULAND, publié en février 2017 au Répertoire de droit civil
- « A contractualiser le droit du couple », rédigé par François TERRE, issu des Petites affiches, publié le 20/12/2007, n°254, p.8
- « Le mariage à la française », rédigé par Philippe MALAURIE, issu des Petites affiches, publié le 29/06/2009, n°128, p.6
- « Le contrat-institution », rédigé par Jean-Jacques NEUER, issu des Petites affiches, publié le 19/06/1995, n°73, p.4
- Fascicule 1à « Mariage.- Les conditions à réunir dans la personne des époux », rédigé par Guy RAYMOND et Marie-Laure CICILE-DELFOSSÉ, publié le 24 janvier 2014 dans le JurisClasseur
- « Quelles conséquences à la rupture des fiançailles ? », rédigé par Sabine HADDAD, publié le 22/01/2010 sur le journal des ressources juridiques et pratiques documentlissime
- « Conditions de formation du contrat », rédigé par Frédéric ARCHER, publié le 01/12/2012, dans le revue Etat civil/ Droit civil

- « Vers un droit commun de la formation des couples ? », rédigé par Jean-Jacques LEMOULAND, publié aux Petites affiches le 20/12/2007, n°254, p.13

I/ B) Une institution essoufflée

- « Le marché du mariage (Civ.1^{re}, 9 juillet 2015, n°14-23.109, publié au Bulletin ; D. 2015.1535) » ; rédigé par Jean HAUSER, publié dans le RTD Civil 2015, p.855
- « La Cour de cassation n'est plus gardienne du mariage », rédigé par Rémy LIBCHABER, publié au Recueil Dalloz 2012, p.59
- Fascicule 10 : Mariage.- Régime matrimonial primaire », rédigé par Anne KARM, publié au JurisClasseur Civil Code le 15/01/2014

II/ A) Les régimes matrimoniaux : un contrat « sur mesure »

- « Les réactions de la pratique notariale à l'évolution des patrimoines familiaux », rédigé par Michel GIRAY, publié aux Petites affiches le 07/08/2003, n°157, p.13
- Fascicule unique « Communauté conventionnelle- généralités », rédigé par Annie LAMBOLEY, publié dans le JurisClasseur Civil le 10/12/2009
- « Le choix du régime matrimonial », rédigé par Jean-Marie BEZ, publié dans la semaine juridique notariale et immobilière le 08/01/1988, n°1
- « L'infidélité conventionnelle dans le mariage », rédigé par Xavier Labbé, publié au Recueil Dalloz 2000, p.254
- « La stratégie patrimoniale du couple », rédigé par Hugues LETELLIER, publié à l'AJ Famille 2008, p.52
- « Droit patrimonial du couple et contractualisation », rédigé par David BOULANGER, publié aux Petites affiches le 20/12/2007, n°254, p.34
- « Le choix du régime matrimonial du chef d'entreprise », rédigé par Nadège MOULIGNER-BAUD, publié aux Petites affiches le 09/05/2014, n°93, p.31

II/ B) La rupture négociée du mariage

- « Rejet de l'annulation du mariage pour mensonge sur la virginité », commentaire par Philippe MALAURIE, La semaine juridique édition générale, n°3, 14 janvier 2009
- « Annulation d'un mariage par consentement mutuel ou validité d'un mariage civil en dépit d'un mensonge sur la virginité », commentaire par Gilles Raoul-Cormeil, La semaine juridique édition générale n°26, 25 juin 2008
- « Détournement de mariage : pas de riche mariage d'amour ! », rédigé par Jean HAUSER, RTD Civ. 2013, p.353
- « La captation patrimoniale est une limite à la liberté nuptiale et une cause de nullité du mariage », rédigé par Gilles Raoul-Cormeil, Letenso, issu de EDFP du 15/02/2013, n°2, p.3
- « Vers une appréciation plus objective du consentement matrimonial ? arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ. », rédigé par Benoît de Boysson, publié le 19/12/2012, AJ Famille 2013, n°9, p.137
- « Nullité du mariage : défaut de consentement d'un époux, arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ. », rédigé par I. Gallmeister, publié le 19/12/2012, Recueil Dalloz 2013, n°9, p.1117
- « Parlez-moi d'amour... », rédigé par Estelle NAUDIN, Recueil Dalloz 2013, p.1117
- « Un point de vue sur la réforme du divorce : le XXe siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce », rédigé par Gertrude PIERATTI, publié aux Petites affiches, le 15/04/2004, n°76, p.3
- « La progression de l'autonomie de la volonté en droit de la famille : regard sur quelques souhaits du notariat », rédigé par Sara GODECHOT-PATRIS, publié dans la Revue des contrats le 01/12/2014, n°4, p.724

- « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », rédigé par Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE et Jean HAUSER, publié au Defrénois le 15/03/2005, n°5, p.357
- « Prestation compensatoire et disparité : et si l'on revenait à la causalité ? », rédigé par Jérôme CASEY, publié dans la Gazette du Palais le 24/06/2014, n°175, p.5
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel ou le divorce sans juge. Présentation et questionnement », rédigé par Sylvain THOURET, publié au AJ Famille 2016, p.568
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur », rédigé par Jérôme CASEY, publié au AJ Famille 2017, p.14
- « Le divorce sans juge : « un contrat à terme » et « rétractation » », rédigé par François CHENEDE, publié au AJ Famille 2017, p.87
- « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle », rédigé par Claude LIENHARD, publié au Recueil Dalloz 2017, p.307
- « Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai... », rédigé par Mustapha MEKKI, publié à la Gazette du Palais le 21/03/2017, n°12, p.16

Articles :

- « le mariage, une institution millénaire », écrit par Marie BOETON, Marine LAMOUREUX et Christine LEGRAND, publié le 11/01/2013 dans le journal LA CROIX
- « De la Révolution à nos jours : Le mariage dans tous ses états », publié le 11/10/2016 dans le journal herodote.net
- « Du mariage civil au mariage pour tous : deux siècles d'évolutions », publié le 21/05/2013 sur le site internet vie publique

Annexes

1° Questionnaire

2° Réponses au questionnaire