

**DROIT DE LA FAMILLE****Séance 5 - La formation du mariage**

<b>I. Les conditions de formation du mariage</b>	<b>3</b>
<b>A) Les conditions de fond</b>	<b>3</b>
1) Le consentement	3
a) L'existence du consentement	3
b) L'intégrité du consentement	4
(i) Un consentement libre	4
(ii) Un consentement éclairé	5
c) La manifestation du consentement	5
2) L'aptitude physiologique	6
<b>B) Les conditions de forme</b>	<b>6</b>
1) Les formalités préalables	6
2) La célébration	7
<b>II. Les sanctions du non-respect des conditions</b>	<b>8</b>
<b>A) Les empêchements prohibitifs ou dirimants</b>	<b>8</b>
<b>B) L'opposition à mariage</b>	<b>8</b>
<b>C) L'anéantissement judiciaire du mariage</b>	<b>9</b>
1) La nullité absolue	9
2) La nullité relative	9
3) Les effets de la nullité	10
a) Les effets de la nullité sur les époux	10
b) Les effets de la nullité sur les enfants	11

En 1804, les rédacteurs du Code civil n'ont pas estimé nécessaire de définir ce qu'était le mariage mais on pouvait y voir la volonté d'un homme et d'une femme d'officialiser leur union afin d'organiser leur vie commune et participer mutuellement à l'éducation des enfants à naître tout en étant reconnus par la société comme mari et femme.

En ce sens Portalis dans le **Discours préliminaire au projet de Code civil** prononcé le **1<sup>er</sup> pluviôse an IX (21 janvier 1801)** avait indiqué que le mariage était « *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 pour partager leur commune destinée.* »

Cette vision est aujourd'hui totalement désuète puisque le mariage n'est généralement plus le préalable à toute relation sexuelle ou à la conception d'enfants et est ouvert depuis 2013 aux couples homosexuels. Le centre du mariage n'est dès lors plus la parenté mais surtout et avant tout le couple.

D'abord vu comme une institution plus qu'un contrat, le mariage semble cependant se contractualiser au cours des âges, l'acte en lui-même devenant de plus en plus réfléchi et n'ayant plus tout à fait les mêmes fins qu'autrefois. Comprendons ici qu'aujourd'hui on se marie plus pour les avantages que cela confère sur les plans fiscaux et sociaux que par obligation morale.

Cela se manifeste d'autant plus vigoureusement que depuis la **Constitution du 3 septembre 1791** et notamment son **article 7 du Titre II**, « *La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil* ». Ainsi, même si la célébration devait également être religieuse, elle est avant tout civile. Par conséquent, aucun mariage religieux ne pourra être célébré si le passage préalable devant l'officier d'état civil n'est pas respecté.

Le mariage est donc une institution qui tend à se contractualiser face à une montée de l'individualisme, il est encadré par le droit qui pose des conditions de formation **(I)** ainsi que des sanctions au non-respect de ces conditions **(II)**. Enfin, le mariage produit naturellement des effets entre les époux tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial dont il sera question dans la séance suivante.

# I. Les conditions de formation du mariage

## A) Les conditions de fond

### 1) Le consentement

L'**article 146 du Code civil** ne laisse pas de place au doute quant à la nécessité d'un consentement des futurs époux puisqu'il dispose qu' « *Il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement* ».

Le droit entourant la formation du mariage s'est développé à compter de la fin du XXème siècle, d'une part pour libérer la femme de l'emprise de son mari et d'autre part pour lutter contre les mariages blancs ou contraints.

#### a) L'existence du consentement



**À retenir :** Le consentement doit être personnel.

Une fois cette obligation posée, on identifie une difficulté pour les mineurs et les majeurs protégés qui par définition sont au moins partiellement incapables.

Le mineur non émancipé comme émancipé devra donc obtenir l'accord de ses parents pour se marier. S'il y a désaccord entre ceux-ci, cela emporte automatiquement accord (**art. 148 C. civ.**). Le consentement des parents peut être recueilli soit préalablement à la cérémonie par acte authentique ; soit le jour de la cérémonie par l'officier d'état civil.

Concernant les majeurs protégés il faut distinguer :

- Le majeur sous sauvegarde de justice conserve la liberté de se marier sauf si cet acte a été confié au mandataire spécial par le juge ;

- Le majeur sous curatelle doit simplement informer son curateur du projet de mariage (**art. 460 al. 1 C. civ.**), ce dernier pourra former opposition (**art. 175 C. civ.**) auquel cas le majeur protégé devra adresser sa demande directement au juge des tutelles. Cette disposition est issue de la **Loi du 23 mars 2019**, avant cette date le curateur devait expressément autoriser le majeur protégé à se marier ;
- Le majeur sous tutelle est soumis à la même obligation d'information que le majeur sous curatelle (**art. 460 al. 2 C. civ.**). Le tuteur pourra également former opposition (**art. 175 C. civ.**). C'est aussi une nouveauté de la **Loi du 23 mars 2019**.

## b) L'intégrité du consentement

### (i) *Un consentement libre*

Les futurs époux sont libres de consentir au mariage i.e. il faut que le consentement soit lui-même libre ce qui signifie que le mariage célébré à la suite de violences ou de pressions pourra faire l'objet de sanctions.

D'après l'**article 180 du Code civil**, le mariage contracté « *sans le consentement libre des deux époux* » doit être annulé.

Ainsi, deux actions sont ouvertes :

- Une action en opposition prévue à l'**article 175-2 du Code civil** s'il existe des indices sérieux laissant penser que le mariage pourrait être annulé pour défaut de consentement. C'est à l'officier d'état civil de saisir le procureur de la République. Sans réaction de sa part dans un délai de 15 jours, le mariage pourra être célébré. Dans le cas contraire, le mariage ne pourra évidemment pas l'être.
- Une action en nullité prévue à l'**article 190-1 du Code civil**, ici c'est l'époux de bonne foi ou le ministère public qui pourront agir en nullité du mariage célébré en fraude à la loi. Cette action se prescrit par un délai d'un an à compter de la découverte de la fraude.

### (ii) *Un consentement éclairé*

Le caractère éclairé du consentement permet de s'assurer que les époux contractent en toute connaissance de cause.

Il sera possible d'identifier tant une erreur « dans » la personne qu'une erreur sur les qualités essentielles de la personne ce qui permet de retenir une multitude d'erreurs soit sur des qualités objectives que sont le nom, le prénom, le sexe, etc. que des qualités subjectives comme une condamnation pénale passée.

Il faut cependant noter qu'il ne pourra y avoir de nullité du mariage pour dol car comme le dit l'adage, « en mariage, trompe qui peut ».

### c) La manifestation du consentement



**À retenir :** Le consentement doit exister lorsque les futurs époux effectuent les formalités antérieures à la célébration du mariage, il doit également exister au jour de la célébration.

Aussi, le consentement doit être réel i.e. caractériser une réelle volonté matrimoniale et non être motivé par des raisons étrangères à l'union. En ce sens les **Lois Pasqua des 24 août et 13 décembre 1993** ont adopté des mesures visant à lutter contre les mariages blancs ou frauduleux.

Il existe un tempérament à cette règle qu'est le mariage posthume introduit par une **Loi du 31 décembre 1951** à l'**article 171 du Code civil**. En présence de motifs graves, avec l'accord du Président de la République et après avoir constaté une réunion suffisante de faits qui manifestent la volonté non équivoque du défunt de procéder à l'union, le mariage pourra être célébré. Ce mariage sera supposé avoir été célébré la veille du décès et confère au survivant des avantages fiscaux et sociaux comme le droit d'user du nom du défunt. Aucun effet successoral ne sera cependant conféré par ce mariage posthume.

## 2) *L'aptitude physiologique*

L'**article 144 du Code civil** prévoit que « *Le mariage ne peut être contracté avant 18 ans révolus* ». Cette disposition s'affranchit de toute distinction entre l'âge de l'homme et de la femme tandis que le droit antérieur prévoyait que l'âge légal de la femme pour se marier était de 15 ans révolus.

Jusqu'en 2013 le mariage s'entendait de l'union d'une femme et d'un homme mais depuis la **Loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe**, l'**article 143 C. civ.** a mis fin à ce principe.

Jusqu'à **une Loi du 20 décembre 2007** un examen prénuptial était obligatoire, le médecin délivrait une attestation à chacun des époux mais son contenu restait secret et chaque futur époux était libre de le communiquer à l'autre. Cet examen prénuptial avait notamment pour but de vérifier que les futurs époux étaient aptes à procréer.

Enfin, depuis une **Loi du 18 novembre 2016** ouvrant le droit aux personnes transsexuelles d'obtenir changement de leur état civil si le sexe dans lequel elles se présentent et dans lequel elles sont connues ne correspond à celui mentionné sur les registres d'état civil, il est possible pour une personne transsexuelle de se marier avec le sexe qui lui est nouvellement reconnu.

## **B) Les conditions de forme**

### *1) Les formalités préalables*

Les différentes étapes préalables sont :

**1°/ Remise des pièces nécessaires à l'officier d'état civil pour contrôle des conditions de fond de l'union.**

2°/ Audition individuelle des époux si l'officier d'état civil en fait la demande (ce n'est pas une obligation mais elle permet en amont de la célébration de vérifier que le mariage n'est pas forcé ou simulé).

3°/ Publication des bans i.e. affichage en mairie du lieu du domicile des époux et du mariage du projet de mariage au minimum 10 jours avant la célébration, le but étant d'informer la société (publicité) et de permettre d'éventuelles oppositions. Sur demande des futurs époux et à charge pour eux de justifier de causes graves, le procureur de la République pourra les dispenser de cette publicité pour leur permettre notamment de préserver leur anonymat (**art. 169 C. civ.**).



**Attention :** Le fait de ne pas effectuer les formalités préalables n'est pas un rempart au mariage mais empêche cependant l'officier d'état civil de le célébrer sinon quoi il s'exposerait à des sanctions pénales.

## 2) La célébration

Les époux choisissent librement la date de célébration du mariage, celle-ci ne pourra cependant pas être fixée moins de dix jours avant ou plus d'un an après la publication des bans afin de préserver l'effet informatif de cette formalité (**art. 64 et 65 C. civ.**). Là encore le procureur de la République pourra autoriser une dérogation à ces obligations (**art. 169 C. civ.**).

Le mariage sera célébré au lieu du domicile ou de résidence de l'un des époux ou de l'un des parents des époux (**art. 74 et 165 C. civ.**).

Deux à quatre témoins désignés par les époux doivent obligatoirement être présents le jour de la célébration (**art. 75 C. civ.**). Enfin, les époux doivent être présents personnellement à la célébration, ils ne peuvent donc pas être représentés.

À l'issue de la célébration, un acte de mariage est établi, il est le seul document qui puisse ménager la preuve dudit mariage (**art. 194 C. civ.**).

## II. Les sanctions du non-respect des conditions

### A) Les empêchements prohibitifs ou dirimants



**À retenir :** Un empêchement prohibitif empêchera l'officier d'état civil de célébrer l'union mais s'il la célèbre quand même cela n'emportera pas nullité du mariage.

Il se caractérise par un défaut de publication des bans, un défaut de remise des documents nécessaires à la vérification du respect des conditions de fond ou encore l'existence d'une opposition.



**À retenir :** Un empêchement dirimant empêche l'officier d'état civil de célébrer l'union et si celui-ci y procède tout de même, le mariage sera nul.

Il se manifeste quant à lui par le non-respect des conditions d'âge ou de consentement, le non-respect de l'interdiction de l'inceste ou de la polygamie, etc.

### B) L'opposition à mariage

L'opposition correspond à la situation dans laquelle une personne prévient l'officier d'état civil de l'existence d'un empêchement à mariage et l'interdit de célébrer l'union. Cette opposition se fait par acte d'huissier.

Tout d'abord l'**article 172 du Code civil** prévoit que « *Le droit de former opposition à la célébration du mariage appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.* ». Ensuite, l'**article 173** indique que les père et mère ou à défaut tout autre ascendant peuvent former opposition pour tout motif. Également, l'**article 174** prévoit à défaut d'ascendants la possibilité pour « *le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs* » de former



opposition lorsque le consentement du conseil de famille était requis par l'**article 159 du Code civil** mais n'a pas été obtenu ; ou lorsque le futur époux présente une altération de ses facultés personnelles. Enfin, le ministère public pourra former opposition dès lors que cela lui est explicitement permis.

## C) L'anéantissement judiciaire du mariage



**Définition :** La nullité, qu'elle soit absolue ou relative, correspond à l'anéantissement pour le passé et pour l'avenir du mariage. Les intéressés seront considérés comme n'ayant jamais été mariés.

### 1) La nullité absolue



**À retenir :** La nullité absolue (**art. 184 s. C. civ.**) sanctionne la violation des règles relatives à la sauvegarde de l'intérêt général (défaut d'âge ou de consentement, absence d'un époux le jour de la célébration, polygamie, endogamie ; défaut volontaire de publication des bans ou incompétence de l'officier d'état civil).

Ainsi, tout intéressé peut agir en nullité absolue du vivant des époux. Cette action est soumise à un délai trentenaire à compter de la célébration du mariage.

### 2) La nullité relative



**À retenir :** La nullité relative sanctionne la violation des règles relatives à la sauvegarde d'un intérêt particulier (vice du consentement, mariage contracté par un mineur sans recueil préalable du consentement de ses parents).

Ainsi en principe seule la personne intéressée pourra agir en nullité relative. Depuis 2006 le ministère public peut également agir en cas de violence. Le délai de prescription est de cinq ans à compter de la célébration du mariage.

### 3) Les effets de la nullité

#### a) Les effets de la nullité sur les époux

Le mariage n'ayant jamais existé, il y a un retour au *statu quo ante* i.e. chaque époux reprend son nom, ses biens, etc.

En théorie il n'y aura lieu à aucune liquidation de régime matrimonial puisque le mariage est supposé n'avoir jamais été célébré.



**Attention :** Il sera cependant possible d'identifier un mariage putatif.



**Définition :** On qualifie de mariage putatif le mariage contracté de bonne foi par au moins l'un des deux époux au jour de la célébration. La bonne foi sera présumée conformément à l'**article 2274 du Code civil** et relèvera de l'appréciation souveraine du juge.

Le mariage putatif permet de maintenir les effets passés du mariage et de traiter la situation comme un divorce.

La reconnaissance du caractère putatif du mariage sera réservée à l'époux de bonne foi. Ainsi, l'époux de mauvaise foi ne pourra se prévaloir du mariage putatif pour se voir appliquer les effets bénéfiques de celui-ci. En revanche le régime matrimonial étant indivisible, l'époux auquel est reconnu le mariage putatif n'aura d'autres choix que la dissolution du régime ou la dissolution d'une société créée de fait. En d'autres termes il ne pourra pas choisir « à la carte » quels effets s'appliquent ou non à sa situation.

b) Les effets de la nullité sur les enfants

L'**article 202 du Code civil** prévoit depuis une **réforme du 3 janvier 1972** que le mariage nul n'a aucune implication sur la situation des enfants nés ou conçus au cours du mariage. Leur situation sera réglée conformément au droit du divorce, le juge statuera sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et l'obligation alimentaire.