

INTRODUCTION

1 **La famille, phénomène social.** Chacun semble savoir ce qu'est une famille, pourtant il paraît bien difficile d'en donner une définition. Les juristes l'envisagent comme l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de parenté ou d'alliance. Ces concepts juridiques font penser que c'est le droit de la famille qui définit la famille. Or, d'une part, ils sont inaptes à appréhender les relations familiales nouvelles que sont, par exemple, le concubinage ou les recompositions familiales, d'autre part, la famille est un phénomène social avant de constituer un phénomène juridique. La famille existe avant la loi et souvent en dehors d'elle. Les liens juridiques ne sont au fond que les habillages nécessaires d'une réalité préexistante.

Cette réalité apparaît à l'époque contemporaine comme extrêmement diverse. Se côtoient ainsi des familles traditionnelles fondées sur le mariage et qui unissent sous un même toit les parents et leurs enfants, des familles dites, naguère, naturelles reposant sur un simple lien de fait (un concubinage) et un lien de droit (la filiation), des familles monoparentales constituées d'un parent et de son ou ses enfants (l'autre parent étant inconnu ou ne vivant pas au foyer), des familles recomposées réunissant sous un même toit un couple, les enfants de chacun de ses membres issus d'une précédente union et les enfants communs. Il faut enfin ajouter les familles homoparentales construites autour d'un couple homosexuel et d'un enfant.

Dans la description de cette diversité, deux points communs semblent se dégager : l'enfant et la communauté de vie. Il ne faut pourtant pas réduire la définition de la famille à ces deux éléments. La question se posera longtemps de savoir si un couple sans enfant constitue une famille. Le Code civil répond affirmativement pour les époux. Qu'en est-il pour les couples non mariés ? La loi du 12 mai 2009 donnant compétence au juge aux affaires familiales en matière de Pacte civil de solidarité (ci-après « PACS ») et de concubinage semble répondre affirmativement¹. Quant à la vie commune, elle ne prend en compte que la famille au sens étroit, la famille conjugale ou nucléaire. Selon l'image des cercles concentriques², il existe une famille plus large, celle qui unit les parents et les enfants, bien qu'ils ne cohabitent plus sous le même toit. Et puis la famille

1. L. n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, *JORF*, 13 mai 2009, p. 7920.

2. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *La famille, L'enfant, Le couple*, coll. Quadrige, Paris, PUF, 2004, n° 386, p. 758. Cet ouvrage est la réédition de la 22^e et dernière édition du manuel de l'auteur, parue en 2002.

lignagère qui regroupe toutes les personnes qui sont unies par un lien de sang, auxquelles on peut ajouter les alliés. Un troisième élément a longtemps été considéré comme allant de soi : l'altérité sexuelle. La famille ne pouvait être fondée que sur la différence des sexes des époux et des parents. Après qu'une première atteinte a été portée à ce principe par la loi du 15 novembre 1999 qui a institué le pacte civil de solidarité ouvert aux couples homosexuels³, la loi du 17 mai 2013 l'a complètement écarté en ouvrant le mariage et l'adoption aux couples de même sexe⁴.

2 **La famille, phénomène juridique.** Le Code civil ne définit pas la famille. Mieux, aucune partie ne lui est spécifiquement consacrée, le terme même de famille apparaît dans relativement peu de textes, si ce n'est à travers les notions d'intérêt de la famille, de conseil de famille ou de nom de famille qui ne touchent pas directement à l'organisation de la famille. C'est que les rédacteurs du Code civil n'ont pas abordé la famille comme un groupement, encore moins comme une personne distincte de ses membres, mais à travers un ensemble de relations bilatérales entre les différents membres de la famille : entre parents et enfants, entre membres d'un couple, et l'évolution récente du droit n'a fait qu'accentuer cette approche. Ce que l'on désigne par droit de la famille représente donc l'ensemble des règles qui organisent ces relations bilatérales.

3 **Structure de la famille.** Les relations de famille sont, au plan juridique, de deux ordres. Le droit civil distingue en effet la parenté et l'alliance.

- La parenté est le lien juridique qui unit les personnes entre lesquelles il existe un lien de sang. Il faut cependant remarquer que cette parenté n'existe elle-même que par le truchement du lien de filiation. C'est en effet par une addition de liens de filiation qu'un enfant est juridiquement parent avec son grand-père : lien de filiation entre l'enfant et son père, lien de filiation entre son père et le père de celui-ci. La parenté se divise en deux lignes. La première, dite ligne directe, unit les personnes qui descendent les unes des autres : le fils (ou la fille), le père (ou la mère), le grand-père (ou la grand-mère), l'arrière-grand-père (ou l'arrière-grand-mère), ainsi de suite à l'infini. La seconde ligne est dite collatérale : elle lie les personnes qui ont un ancêtre commun : les frères et sœurs, les cousins et cousines, les oncles et tantes et les neveux et nièces. La plus ou moins grande proximité entre deux personnes d'une même parenté se compte en degrés. Dans la ligne directe, il y a un degré par génération. Ainsi, entre la mère et la fille, on compte un degré, entre la fille et son grand-père, on en compte deux, etc. Dans la ligne collatérale, il faut compter le nombre de degrés qui séparent chacun des intéressés de leur ancêtre commun et faire l'addition. Ainsi, entre un frère et une sœur, il y a deux degrés ; entre cousins germains, quatre degrés (leur ancêtre commun est leur grand-père ou leur grand-mère dont ils sont séparés chacun par deux degrés) ; entre un oncle et sa nièce, trois degrés (l'ancêtre commun est la personne qui est à la fois le père de l'oncle et le grand-père de la nièce), etc.
- L'alliance est le lien de famille qui unit un époux avec les parents de son conjoint : son beau-père et sa belle-mère (père et mère du conjoint), ses

3. L. n° 99-944 relative au pacte civil de solidarité, *JORF*, 16 novembre 1999, p. 16959.

4. L. n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF*, 18 mai 2013, p. 8253.

beaux-frères et belles-sœurs (frères et sœurs du conjoint). Le lien d'alliance ne va pas au-delà de ce cercle restreint, il ne lie pas les époux avec les autres membres de la famille du conjoint, ni les membres des deux familles entre eux. En revanche, il y a également un lien d'alliance entre un enfant et le conjoint de son parent : l'enfant est alors appelé beau-fils ou belle-fille de ce conjoint.

L'alliance naît forcément d'un mariage. Les époux, quant à eux, sont liés par un lien conjugal qu'on hésite à qualifier d'alliance, qui leur est particulier et qui n'existe d'ailleurs ni entre concubins ni entre partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Ce sont le lien de parenté et le lien conjugal qui produisent les effets les plus importants et les plus nombreux. Le lien d'alliance ne crée guère que des empêchements à mariage ainsi qu'une obligation alimentaire réciproque.

4 **Contenu du droit de la famille.** Le droit de la famille est un ensemble très vaste qui dépasse les frontières du droit civil. Il existe en effet de nombreuses règles concernant la famille qui relèvent du droit fiscal, du droit social ou du droit administratif⁵. Sauf exception, il n'en sera pas fait état dans cet ouvrage, qui a pour objet le droit civil de la famille.

Le droit civil apparaît comme le cœur du droit de la famille, car c'est lui qui détermine les modes de constitution des liens familiaux et leurs effets principaux. Cependant, le droit civil de la famille constitue lui-même un corps de règles très important qui englobe les rapports d'ordre personnel et ceux d'ordre patrimonial. Par tradition, mais aussi pour des raisons pratiques, les deux types de relations sont étudiés séparément.

On peut distinguer deux sortes de rapports patrimoniaux. D'une part, les régimes matrimoniaux qui fixent le statut des biens des époux. Cette matière est aujourd'hui souvent élargie en un droit patrimonial du couple pour prendre en compte le régime des biens des partenaires d'un PACS et les rapports patrimoniaux des concubins. D'autre part, les successions qui concernent la transmission des biens d'une personne, le plus souvent au sein de sa famille, à la suite de son décès.

Quant aux rapports d'ordre personnel, ils concernent le statut de l'enfant, les modes d'établissement de sa filiation, l'autorité parentale, les obligations alimentaires, mais aussi le statut des couples, les conditions de leur reconnaissance juridique et les obligations personnelles qui s'imposent à leurs membres. On réserve généralement l'expression de droit de la famille à ces rapports personnels ; cet ouvrage leur est consacré. Pour autant, il faut bien comprendre la part d'artifice qui entre dans ces divisions et cette répartition. Il est souvent bien difficile de traiter des rapports personnels en faisant totalement abstraction des rapports patrimoniaux, ce qui explique que cet ouvrage contiendra certains développements à leur sujet.

5 **Sources internes du droit de la famille.** Le droit de la famille apparaît comme le fruit de l'histoire et des mentalités d'une société et repose sur des valeurs qui lui sont propres. L'idée prédomine par conséquent que chaque État secrète un droit de la famille qui lui est spécifique et qui n'est pas le même que celui de l'État voisin. Il en résulte que les sources du droit de la famille restent

5. Voy. le Code de l'action sociale et des familles, remplaçant, depuis une ordonnance du 21 décembre 2000, le Code de la famille et de l'aide sociale.

encore essentiellement internes. C'est évidemment la loi qui fixe les règles en la matière. Cependant, la jurisprudence joue également un certain rôle dans son évolution (elle a, par exemple, accentué la place de la vérité biologique dans la filiation au-delà de ce qu'avait prévu le législateur), même si ce rôle n'est sans doute pas aussi important que dans d'autres domaines et apparaît parfois au contraire comme un rôle de frein (ainsi, elle a longtemps refusé de considérer qu'un couple homosexuel constitue un concubinage ou d'admettre qu'un transsexuel puisse changer de sexe). Le droit constitutionnel contribue également assez fortement à l'évolution actuelle du droit de la famille⁶. Ainsi, le préambule de la Constitution de 1946, auquel renvoie la Constitution de 1958 et qui appartient donc au bloc de constitutionnalité, affirme que « la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » (al. 10). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a reconnu au droit de se marier la nature d'un droit de valeur constitutionnelle⁷. Il a également rendu une décision remarquable relative à la loi du 15 novembre 1999 qui a instauré le pacte civil de solidarité : il l'a en effet validée tout en imposant son interprétation concernant certaines dispositions trop imprécises⁸, prenant – pour ne pas dire usurpant – ici en quelque sorte la place du législateur.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de la loi organique du 10 décembre 2009⁹ instituant la question prioritaire de constitutionnalité (art. 61-1, Const.), dite QPC, qui permet à un particulier de déclencher le contrôle de constitutionnalité d'une loi après son entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel trouve des occasions supplémentaires pour se prononcer sur la constitutionnalité du droit de la famille, comme il l'avait fait, par exemple, à propos de l'interdiction du mariage aux couples homosexuels¹⁰ avant que le législateur n'intervienne pour le reconnaître.

6 **Sources internationales du droit de la famille.** Cependant, l'une des grandes caractéristiques du droit de la famille contemporain réside dans l'importance croissante des sources externes. Il faut citer la Convention universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 et surtout la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), adoptée à New York le 20 novembre 1989, qui considère la famille comme « unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants » et reconnaît à l'enfant un certain nombre de droits relatifs à la famille, tel celui de connaître ses parents et d'être élevés par eux (art. 7). Or, la Cour de cassation a reconnu à certaines stipulations de la CIDE un caractère directement

6. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994.

7. Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325, *JORF*, 18 août 1993, à propos de la loi relative à l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France. Le législateur voulant lutter contre les mariages fictifs, conclus à seule fin d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour, a tendance à adopter des mesures portant parfois atteinte au droit de se marier.

8. Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419, *JORF*, 16 novembre 1999, p. 1692 ; N. MOLFESSIS, « Pacte civil de solidarité – La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel », *JCP-G*, 2000, I, p. 210.

9. L. org. n° 2009-1523, 10 décembre 2009, *JORF*, 11 décembre 2009, p. 21379 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « À propos de la question prioritaire de constitutionnalité », *Dr. fam.*, 2010, étude n° 13.

10. *Voy. infra*, n° 401.

applicable, c'est-à-dire que les particuliers ont le droit de se fonder sur ces textes pour obtenir satisfaction en justice¹¹. Ce texte international a déjà joué et sera sans doute appelé à jouer encore un rôle déterminant dans l'évolution du droit de la famille.

7 **Sources européennes du droit de la famille.** Le droit européen tient la part la plus grande dans cette évolution¹². La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, tout particulièrement, consacre un certain nombre de droits liés, directement ou non, au droit de la famille. Ainsi, l'article 12 reconnaît à l'homme et à la femme le droit de se marier à partir de l'âge nubile, tandis que l'article 8 déclare que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, chargée de veiller au respect par les États signataires des droits ainsi reconnus, exerce une influence certaine sur les droits internes, parfois jugée excessive. C'est ainsi qu'à la suite d'une condamnation de la France pour discrimination à l'égard des enfants adultérins, le législateur français a modifié le Code civil pour établir une égalité sans faille entre tous les enfants, nés en ou hors mariage¹³.

Ce qui se révèle encore plus nouveau, et plus surprenant, c'est l'intervention grandissante des institutions communautaires dans le droit de la famille, alors que leurs compétences étaient à l'origine limitées au domaine économique. Guidé par le principe de libre circulation des biens, mais aussi des personnes, le droit communautaire a en effet tendance à vouloir supprimer toutes les entraves qui peuvent s'y opposer, et la diversité des droits nationaux, ainsi que leurs interdits, sont considérés comme autant d'obstacles à cette liberté. L'œuvre du droit de l'Union européenne s'est jusqu'à présent concentrée sur la manière de coordonner au mieux les divers systèmes nationaux pour faciliter le règlement des conflits au sein des familles dites « transfrontières ». On a d'abord assisté à l'unification des règles de conflits de juridictions (voy. les règlements dits « Bruxelles I », « Bruxelles II », « Bruxelles IIbis » en matière de divorce). Puis est venu le temps de l'unification des règles de conflits de lois¹⁴. Il est fort possible que, dans un avenir plus ou moins proche, seront

11. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. n° 156 ; *JCP-G*, 2005, II, p. 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER ; *JCP-G*, 2005, II, 10115, concl. C. PETIT, note C. CHABERT ; *D.*, 2005, p. 1909, note V. EGÉA. Adde P. COURBE, « L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant », *D.*, 2006, chron., p. 1487.

12. Sur les interactions entre le droit de la famille interne et les droits européens, voy. A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique des rapprochements*, thèse, Dijon, 2012.

13. Voy. F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000. Adde A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Paris, Dalloz, 2002.

14. Voy. le règlement « Rome III » n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 sur la loi applicable au divorce, entré en vigueur le 21 juin 2012. Lire : « Choisir la loi du divorce », dossier, *AJ fam.*, 2012, pp. 369 et s. Voy. égal. le règlement communautaire adopté par le Cons. UE le 19 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires. Lire : « Union européenne et droit de la famille », *Informations sociales*, janvier 2006, n° 129. Adde H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (dir.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de l'autorité parentale*, Paris, Dalloz, 2005.

adoptés des textes ayant pour objet d'harmoniser le droit matériel. Il faut également relever le rôle joué par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), devenue Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), gardienne de l'ordre communautaire, qui n'hésite pas à rendre des décisions, fondées sur le principe de la libre circulation des personnes, en droit de la famille¹⁵. Enfin, les membres de l'Union européenne ont adopté à Nice, en 2000, la Charte européenne des droits fondamentaux, sorte d'équivalent communautaire de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre elle aussi des droits fondamentaux, dont certains sont relatifs à la famille, comme le droit de se marier et le droit de fonder une famille (art. 9).

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, a donné la même valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux, la rendant ainsi contraignante.

8 **Évolution du droit de la famille.** Depuis l'adoption du Code civil, le droit de la famille a connu une évolution si radicale qu'il semble ne plus rester grand-chose de commun entre le droit de 1804 et le droit contemporain. Pendant tout le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e, l'évolution s'est révélée assez lente quoiqu'indéniable. C'est dans les années 1960-1970 que se sont produites les plus grandes réformes du droit de la famille, confiées au doyen Carbonnier, avec notamment la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, celle du 3 janvier 1972 relative à la filiation et la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce¹⁶. Ces réformes sont toutes allées dans le même sens : on est passé d'un droit inégalitaire, hiérarchisé et dominé par l'ordre public à un droit fondé sur l'égalité et la liberté, où les volontés individuelles avaient une place plus grande. On est passé d'un droit où dominait le modèle de la famille légitime, où le divorce n'était pas libre, où sévissait une inégalité entre l'homme et la femme, mais aussi entre les enfants légitimes et les enfants naturels, à un droit qui a fait une place à la diversité des choix familiaux, où l'égalité entre l'homme et la femme a été consacrée, la hiérarchie entre familles légitime et naturelle sinon abolie du moins fortement atténuée, et qui s'est centré sur l'intérêt de l'enfant.

On est également passé d'un droit qui reposait en partie sur des secrets, des incertitudes et des fictions à un droit où la science domine et où la recherche de la vérité est devenue une priorité.

À partir de 1999, un nouveau train de profondes réformes a été mis en route, poursuivant l'œuvre antérieure. Depuis la loi du 15 novembre 1999 instaurant un statut du couple non marié à l'usage notamment des homosexuels jusqu'à la loi du 23 juin 2006 réformant – déjà – ce même statut, ou la loi du 17 mai 2013 permettant aux couples homosexuels de se marier et recourir à l'adoption, en passant par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la loi du 26 mai 2004 réformant le divorce et l'ordonnance du 4 juillet 2005 refondant la filiation, on compte en moyenne une loi par an en notre matière.

15. C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Garcia Avello c/ État belge*, D., 2004, p. 1476, note B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 184, note P. LAGARDE, qui condamne la Belgique pour avoir refusé d'enregistrer un enfant de double nationalité espagnole et belge sous le nom de sa mère conformément à la loi espagnole et avoir imposé son enregistrement sous le nom de son père, conformément à la loi belge. Voy. *infra*, n° 402.

16. P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2016, n°s 78 et s.

La liberté, source de diversité¹⁷, et l'égalité, source de liberté, sont les traits dominants du nouveau droit de la famille et ce sont ces caractéristiques qui ont conduit au choix du plan de cet ouvrage.

9 **Plan de l'ouvrage.** Le choix d'un plan en la matière n'est pas anodin, car le plan ne présente pas que des vertus pédagogiques. Il reflète nécessairement la vision que l'on a du droit de la famille. Traditionnellement, deux types de plan sont envisageables.

L'un repose sur une chronologie entre le statut du couple et celui de l'enfant : on étudie d'abord le couple et son statut pour en déduire ensuite le statut de l'enfant.

Un autre plan consiste à présenter la constitution des liens de famille, puis les effets de ces liens au titre de la vie familiale. Mais ce second plan conserve au sein de ses parties l'ordre traditionnel : le couple, l'enfant. Il semble d'ailleurs qu'il y ait une logique non seulement juridique, mais aussi naturelle dans cette présentation : avant qu'un enfant ne soit conçu, il faut bien qu'un couple ait été formé.

Une telle présentation se comprend parfaitement lorsque le droit réserve à l'enfant un sort différent en fonction de la situation conjugale de ses parents. Cependant, l'une des grandes évolutions de ces dernières décennies a précisément consisté à établir une égalité presque parfaite entre les enfants, qu'ils naissent en mariage ou hors mariage. Autrement dit, le statut de l'enfant ne dépend plus de celui de ses parents, il en est complètement dissocié : que les parents soient mariés, partenaires d'un pacte civil de solidarité ou concubins, qu'ils soient unis ou séparés, ou qu'ils n'aient même jamais constitué un couple, les règles relatives à la filiation, à l'autorité parentale sont en principe les mêmes¹⁸. Il n'y a donc plus de nécessité à étudier le couple avant l'enfant.

Au contraire, une présentation inversée s'impose, car il semble bien que c'est l'enfant qui est devenu le centre du droit de la famille, c'est lui qui constitue l'élément fédérateur, voire fondateur, de la famille. Et puis, une autre logique de la nature n'est-elle pas pour une personne de naître, de croître, puis de fonder son propre couple et sa propre famille – avant de divorcer et de mourir ? Par ailleurs, il devient difficile de consacrer une partie à la vie familiale, car cette vie familiale n'est pas soumise à un régime global. Il en a sans doute toujours été ainsi, mais aujourd'hui, il y a encore moins de globalité qu'auparavant dans les relations familiales. Les relations de parents à enfant et celles de couple sont chacune soumises à une logique propre : unité pour les premières, diversité pour les secondes.

Ces réflexions conduisent à étudier dans une première partie le statut de l'enfant, dans une seconde partie le statut du couple¹⁹.

17. C. PHILIPPE, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. fam.*, 2007, étude n° 3.

18. C'est également le cas des règles relatives au nom ou aux successions. Elles relèvent d'ouvrages spécialisés.

19. Le doyen Carbonnier est le premier à avoir opéré cette inversion dans la dernière édition de son manuel de droit de la famille.