

COLLECTION

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE
Laurent AYNÈS

DROIT DE LA FAMILLE

Philippe MALAURIE
Hugues FULCHIRON

8^e édition

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

DROIT CIVIL

DROIT DE LA FAMILLE

*Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
Prix Dupin aîné*

Philippe MALAURIE †

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Hugues FULCHIRON

Agrégé des Facultés de droit

Conseiller SE à la Cour de cassation

Directeur du Centre de droit de la famille (Université Jean Moulin Lyon 3)

8^e édition

À jour au 1^{er} novembre 2022

LGDJ

un savoir-faire de
Lextenso

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE • Laurent AYNÈS

Présentation de la collection

La collection de Droit civil réunit, après la disparition de Philippe Malaurie, outre Laurent Aynès, des auteurs qui ont le souci de renouveler l'exposé du droit positif et des questions qu'il suscite.

Les ouvrages s'adressent à ceux qui – étudiants, universitaires, professionnels – ont le désir de comprendre, en suivant une méthode vivante et rigoureuse, ce qui demeure l'armature du corps social.

Ouvrages parus

Introduction au droit

Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs

Droit des biens

Droit des obligations

Droit des contrats spéciaux

Droit des sûretés

Droit de la famille

Droit de la propriété littéraire et artistique

Droit des successions et des libéralités

Droit des régimes matrimoniaux

Autres ouvrages de Philippe Malaurie

De Philippe Malaurie, avec la collaboration de Philippe Delestre
Droit civil illustré, Defrénois, 2011

De Philippe Malaurie et Jean Rogues
Le vent souffle où il veut, Parole et silence, 2016

De Philippe Malaurie
Dictionnaire d'un droit humaniste, Université Panthéon-Assas, Paris II, LGDJ, 2015

Anthologie de la pensée juridique, Cujas, 2^e éd., 1996

Droit et littérature, Une anthologie, Cujas, 1997



© 2023, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
EAN : 9782275094120
ISSN : 1958-9905

Quelques jours avant sa mort, survenue au printemps 2020, Philippe Malaurie travaillait encore aux nouvelles éditions de la collection de Droit civil, pourchassant inlassablement les lourdeurs, les complications, les artifices. Il était convaincu, nous étions convaincus, que la vérité se trouve dans la simplicité. La simplicité est exigeante. Elle réclame une intelligence de la réalité – inter-legere : trier, discerner, démêler – et une humilité dans l'expression ; une ascèse, en somme.

Depuis Les obligations, premier livre que nous avons publié en 1986, le droit a connu des bouleversements souvent imperceptibles à l'origine, qui paraissent l'avoir privé de sens : avènement des sources supralégales et dégradation corrélative de la loi, devenue prétentieuse ou réglementaire, bavarde, obsolète ; promotion du rôle du juge, ou plutôt des juges, libérés du service de la loi par l'exaltation des « principes », et dont les décisions, grandes et petites, sont également accessibles en un clic ; foisonnement des publications juridiques disponibles sur tablettes individuelles, qui s'attachent souvent à l'instantané qu'on appelle l'actualité ; communication numérique qui s'impose dans toutes les relations et bouscule le rapport au texte... Avec un optimisme fondé sur sa foi en l'homme, les yeux grand ouverts sur le monde changeant qui aiguisait son insatiable curiosité, M. Malaurie s'employait à comprendre pour faire comprendre, sa véritable passion. Toujours agere contra, suivant le conseil ignatien : opposer au piège de la technique le jugement de valeur ; au culte du dernier arrêt la perspective historique ; à la tentation du « tout dire », à la facilité du quantitatif et de l'encyclopédisme, une fine sélection de ce qui est vraiment significatif et peut nourrir un jugement libre ; au commentaire de deuxième ou troisième main, le retour à l'aridité du texte premier et de ses mots. Nous croyions que le droit n'a pas en lui-même sa propre fin, il est un langage particulier dans une culture – la sienne était immense – qui l'éclaire et le maintient à sa place.

Nous partageons ces convictions avec les auteurs qui ont enrichi au fil du temps la collection de Droit civil. Ainsi vivra-t-elle, comme le désirait ardemment Philippe Malaurie.

Laurent Aynès

SOMMAIRE

Avant-propos	13
Premières vues sur la famille	17

PREMIÈRE PARTIE LES COUPLES

LIVRE I MARIAGE

TITRE I. – PRÉLIMINAIRES DU MARIAGE	107
TITRE II. – CONDITIONS DU MARIAGE	121
Chapitre I. – Conditions de fond du mariage	123
Chapitre II. – Formes et preuve du mariage	175
TITRE III. – IRRÉGULARITÉS DU MARIAGE	183

LIVRE II UNIONS HORS MARIAGE

Chapitre I. – Unions libres	209
Chapitre II. – Pacte civil de solidarité	231
Épilogue : et demain ?	277

LIVRE III RUPTURE ET RELÂCHEMENTS DU LIEN CONJUGAL

TITRE I. – DIVORCE	285
Premières vues sur le divorce : divorce en général, divorce français en particulier	287
Sous-titre I. – VOIES DU DIVORCE	307
Chapitre I. – Le divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats (Le divorce conventionnel)	309
Chapitre II. – Règles procédurales communes aux divorces judiciaires	325
Chapitre III. – Divorce par consentement mutuel judiciaire	331
Chapitre IV. – Divorces contentieux	345
Sous-titre II. – EFFETS DU DIVORCE	389
Chapitre I. – Rupture extra-patrimoniale	391
Chapitre II. – Règlements patrimoniaux	397
Chapitre III. – Dates des effets du divorce	437
TITRE II. – SÉPARATIONS DE CORPS ET DE FAIT	441

DEUXIÈME PARTIE
FILIATION

Premières vues sur la filiation	449
TITRE I. – FILIATION PROCRÉATIVE	489
SOUS-TITRE I. – LA FILIATION CHARNELLE	491
Chapitre I. – Dispositions générales	493
Chapitre II. – Établissement de la filiation	531
Chapitre III. – Contestation de la filiation	611
Chapitre IV. – Action à fin de subsides	639
Chapitre V. – Légitimation (<i>in memoriam</i>).....	647
SOUS-TITRE II. – LES PROCRÉATIONS MÉDICALEMENT ASSISTÉES	655
Chapitre I. – Les conditions d'accès aux procréations médicalement assistées	663
Chapitre II. – La filiation des enfants nés par procréation médicalement assistée	675
Chapitre III. – La question de la gestation pour autrui	693
Chapitre IV. – Statut de celui qui participe au projet parental d'autrui.....	715
TITRE II. – FILIATION ADOPTIVE	721
Premières vues sur l'adoption.....	723
Épilogue : quelle filiation demain ?.....	759

TROISIÈME PARTIE
VIE FAMILIALE

TITRE I. – RELATIONS PERSONNELLES DANS LA FAMILLE	769
SOUS-TITRE I. – RAPPORTS PERSONNELS ENTRE ÉPOUX	771
SOUS-TITRE II. – AUTORITÉ PARENTALE	787
Premières vues sur l'autorité parentale.....	789
Chapitre I. – Finalités de l'autorité parentale	801
Chapitre II. – Exercice de l'autorité parentale	825
Épilogue : Parenté c. parentalité ?	853
Chapitre III. – État et autorité parentale.....	855
TITRE II. – RAPPORTS PÉCUNIAIRES DANS LA FAMILLE	871
Chapitre I. – Obligation alimentaire.....	875
Chapitre II. – Obligation d'entretien	895
Chapitre III. – Relations pécuniaires entre époux	905
INDEX DES ADAGES	931
INDEX DES PRINCIPALES DÉCISIONS JUDICIAIRES	933
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	947
TABLE DES MATIÈRES	959

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Sources du droit (Codes, Constitutions...)

ACP = Ancien Code pénal	C.O. = Code suisse des obligations
ACPC = Ancien Code de procédure civile	Const. = Constitution
BGB = <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)	COJ = Code de l'organisation judiciaire
CASF = Code de l'action sociale et des familles	Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme
C. assur. = Code des assurances	C. pén. = Code pénal
C. aviation = Code de l'aviation civile et commerciale	CPC = Code de procédure civile
CCH = Code de la construction et de l'habitation	CPP = Code de procédure pénale
C. civ. = Code civil	C. propr. intell. = Code de la propriété intellectuelle
C. com. = Code de commerce	C. rur. = Code rural
C. communes = Code des communes	CSP = Code de la santé publique
C. consom. = Code de la consommation	CSS = Code de la sécurité sociale
Ccs = Code civil suisse	C. trav. = Code du travail
C. déb. boiss. = Code des débits de boissons	C. trib. adm. = Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (ancien)
C. dom. Ét. = Code du domaine de l'État	C. urb. = Code de l'urbanisme
C. dr. can. = Code de droit canonique	D. = décret
C. env. = Code de l'environnement	D.-L. = décret-loi
C. fam. = ancien Code de la famille et de l'aide sociale	DDH = Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
C. for. = Code forestier	DUDH = Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
CGCT = Code général des collectivités territoriales	L. = loi
CGI = Code général des impôts	LPF = Livre des procédures fiscales
Circ. = circulaire	NC pén. = Nouveau Code pénal
C. minier = Code minier	Ord. = ordonnance
C. mon. fin. = Code monétaire et financier	Rép. min. = réponse ministérielle écrite
C. Nap. = Code Napoléon (édition de 1804)	
C. nat. = Code de la nationalité	

Publications (Annales, Recueils, Répertoires, Revues, Grands arrêts...)

<i>Administrer</i> = Revue Administrer	<i>Arch. phil. dr.</i> = Archives de philosophie du droit
<i>AIJC</i> = Annuaire international de justice constitutionnelle	<i>Arch. pol. crim.</i> = Archives de police criminelle
<i>AJDA</i> = Actualité juridique de droit administratif	<i>ATF</i> = Annales du Tribunal fédéral (Suisse)
<i>AJPI</i> = Actualité juridique de la propriété immobilière	<i>BOCC</i> = Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
<i>ALD</i> = Actualité législative Dalloz	<i>BOSP</i> = Bulletin officiel du service des prix
<i>Ann. dr. com.</i> = Annales du droit commercial	<i>Bull. cass. ass. plén.</i> = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
<i>Annuaire fr. dr. int.</i> = Annuaire français de droit international	<i>Bull. civ.</i> = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Ann. propr. ind.</i> = Annales de la propriété industrielle	<i>Bull. crim.</i> = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)

Bull. Joly Sociétés = Bulletin mensuel Joly Sociétés

Cah. dr. auteur = Cahiers du droit d'auteur

Cah. dr. entr. = Cahiers de droit de l'entreprise

Cah. dr. eur. = Cahiers de droit européen

CJEG = Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

Comm. com. électr. = Communication – Commerce électronique

Contrats, conc. consom. = Contrats, concurrence, consommation

D. = Recueil Dalloz

DA = Recueil Dalloz analytique

D. Aff. = Dalloz Affaires

Dalloz Jur. gén. = Dalloz Jurisprudence générale

DC = Recueil Dalloz critique

Defrénois = Répertoire général du notariat Defrénois

DH = Recueil Dalloz hebdomadaire

Dig. = Digeste

DMF = Droit maritime français

Doc. fr. = La documentation française

DP = Recueil Dalloz périodique

Dr. adm. = Droit administratif

Dr. et patr. = Droit et patrimoine

Dr. famille = Droit de la famille

Droits = Revue Droits

Dr. ouvrier = Droit ouvrier

Dr. pén. = Droit pénal

Dr. prat. com. int. = Droit et pratique du commerce international

Dr. soc. = Droit social

Dr. sociétés = Droit des sociétés

EDCE = Études et documents du Conseil d'État

GAJA = Grands arrêts – Jurisprudence administrative

GAJ civ. = Grands arrêts – Jurisprudence civile

ACEDH = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

GAJCE = Grands arrêts – Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

GAJDIP = Grands arrêts – Jurisprudence française de droit international privé

Gaz. Pal. = Gazette du Palais

GDCC = Grandes décisions du Conseil constitutionnel

J.-Cl. civil = Jurisclasseur civil

J.-Cl. com. = Jurisclasseur commercial

JCPE = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises

JCPG = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale

JCPN = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale

JDI = Journal du droit international (Clunet)

JO = Journal officiel de la République française (lois et règlements)

JOAN Q/JO Sénat Q = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)

JOCE = Journal officiel des Communautés européennes

JO déb. = Journal officiel de la République française (débat parlementaire)

Journ. not. = Journal des notaires et des avocats

LPA = Les LPA

Lebon = Recueil des décisions du Conseil d'État

Quot. jur. = Quotidien juridique

RJDA = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)

RFDA aérien = Revue française de droit aérien

RD bancaire et bourse = Revue de droit bancaire et de la bourse

RDC = Revue des contrats

RDI = Revue de droit immobilier

RDP = Revue du droit public

R. dr. can. = Revue de droit canonique

RD rur. = Revue de droit rural

RDSS = Revue de droit sanitaire et social

RD uniforme = Revue du droit uniforme

Rec. CJCE = Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes

Rec. Cons. const. = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel

Rec. cours La Haye = Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

Rép. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit civil

Rép. com. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit commercial

Rép. pén. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit pénal

Rép. pr. civ. Dalloz = Répertoire Dalloz de procédure civile

Rép. sociétés Dalloz = Répertoire Dalloz de droit des sociétés

Rép. trav. Dalloz = Répertoire Dalloz de droit du travail

Rev. arb. = Revue de l'arbitrage

Rev. crit. = Revue critique de législation et de jurisprudence

Rev. crit. DIP = Revue critique de droit international privé

Rev. dr. fam. = Revue du droit de la famille

Rev. hist. fac. droit = Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique

Rev. loyers = Revue des loyers

Rev. proc. coll. = Revue des procédures collectives

Rev. sc. mor. et polit. = Revue des sciences morales et politiques

Rev. sociétés = Revue des sociétés

RFDA = Revue française de droit administratif

RFDA const. = Revue française de droit constitutionnel

RGAT = Revue générale des assurances terrestres
 RGD *int. publ.* = Revue générale de droit international public
 RGDP = Revue générale des procédures
 RHD = Revue historique du droit
 RIDA = Revue internationale du droit d'auteur
 RID *comp.* = Revue internationale de droit comparé
 RID *éco.* = Revue internationale de droit économique
 RID *pén.* = Revue internationale de droit pénal
 RJ*com.* = Revue de jurisprudence commerciale

RJF = Revue de jurisprudence fiscale
 RJPF = Revue juridique Personnes et Famille
 RJS = Revue de jurisprudence sociale
 RRJ = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)
 RSC = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
 R. *sociologie* = Revue française de sociologie
 RTD *civ.* = Revue trimestrielle de droit civil
 RTD *com.* = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
 RTD *eur.* = Revue trimestrielle de droit européen
 RTDH = Revue trimestrielle des droits de l'homme
 S. = Recueil Sirey

Juridictions

CA = arrêt de la *Court of Appeal* (Grande-Bretagne)
 CA = arrêt d'une cour d'appel
 CAA = arrêt d'une cour administrative d'appel
 Cass. ass. plén. = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
 Cass. ch. mixte = arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
 Cass. ch. réunies = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
 Cass. civ. = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
 Cass. com. = arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
 Cass. crim. = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
 Cass. soc. = arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
 CE = arrêt du Conseil d'État
 CEDH = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
 CJCE = arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
 CJUE = arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
 Cons. const. = décision du Conseil constitutionnel

Cons. prud'h. = Conseil des prud'hommes
 JAF = décision d'un juge aux affaires familiales
 J.d.t. = décision d'un juge des tutelles
 KB = arrêt du *King's bench* (Banc du roi) (Grande-Bretagne)
 QB = arrêt du *Queen's Bench* (Banc de la reine) (Grande-Bretagne)
 Réf. = ordonnance d'un juge des référés
 Req. = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
 Sent. arb. = sentence arbitrale
 Sol. impl. = solution implicite
 TA = jugement d'un tribunal administratif
 T. civ. = jugement d'un tribunal civil
 T. com. = jugement d'un tribunal de commerce
 T. confl. = décision du Tribunal des conflits
 T. corr. = jugement d'un tribunal de grande instance, chambre correctionnelle
 T.f. = arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)
 TGI = jugement d'un tribunal de grande instance
 TI = jugement d'un tribunal d'instance
 TPICÉ = Tribunal de première instance des communautés européennes

Acronymes

AFNOR = Association française de normalisation
 CCI = Chambre de commerce internationale
 Ccne = Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé
 CEE = Communauté économique européenne
 DASS = Direction de l'action sanitaire et sociale
 DPU = Droit de préemption urbain
 IRPI = Institut de recherche en propriété intellectuelle

OPE = offre publique d'échange de valeurs mobilières
 POS = plan d'occupation des sols
 PUAM = Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
 PUF = Presses universitaires de France
 SA = société anonyme
 SARL = société à responsabilité limitée
 SAS = société anonyme simplifiée
 SCI = société civile immobilière
 SNC = société en nom collectif

Abréviations usuelles

A. = arrêté	<i>infra</i> = ci-dessous
<i>Adde</i> = ajouter	IR = informations rapides
Aff. = affaire	<i>loc. cit.</i> = <i>loco citato</i> = à l'endroit cité
al. = alinéa	m. n./déc. /concl. = même note/décision/ conclusion
Ann. = annales	n. = note
Appr. = approbative (note)	n.p.B. = non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (inédit)
Arg. = argument	<i>op. cit.</i> = <i>opere citato</i> = dans l'ouvrage cité
Art. = article	<i>passim</i> = çà et là
Art. cit. = article cité	préc. = précité
Av. gal. = avocat général	pub. = publié
cbné = combiné	rapp. = rapport
v. = se reporter à	sté = société
chron. = chronique	somm. = sommaires
col. = colonne	<i>supra</i> = ci-dessus
comp. = comparer	TCF DIP = Travaux du Comité français de DIP
concl. = conclusions	th. = thèse
cons. = consorts	V. = voyez
<i>Contra</i> = solution contraire	v = <i>versus</i> = contre
crit. = critique (note)	vo = <i>verbo</i> = mot (<i>vis</i> = <i>verbis</i> = mots)
DIP = Droit international public/Droit inter- national privé	* et ** = décisions particulièrement impor- tantes
doctr. = doctrine	Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.
éd. = édition	
<i>eod. vo</i> = <i>eodem verbo</i> = au même mot	
Ét. = Mélanges	
<i>ib.</i> = <i>ibid.</i> = <i>ibidem</i> = au même endroit	

AVANT-PROPOS

Avant-propos de la première édition

La famille, lieu d'affection à nul autre pareil, aussi ancien que l'humanité. Ce que nous tous, ou à peu près, lui demandons est d'y trouver une vie paisible, où se développent et se maîtrisent les passions et les intérêts, et s'écoule une longue vie de joies mutuelles. Des époux fidèles, des enfants épanouis, une famille forte, résistant aux épreuves du temps.

Derrière cette demande et ces besoins, il y en a toujours eu d'autres, passablement contraires : la liberté plutôt que l'engagement, soi-même plutôt que les siens, l'individu plutôt que la famille. Ce que beaucoup de gens demandent, c'est la liberté (si possible sans la responsabilité), le plaisir du moment présent. Ce sont souvent les mêmes qui réclament une famille forte et heureuse, et le droit à..., le droit de chaque individu de fixer lui-même ses droits et ses devoirs. La contradiction est au cœur de toute société et de tout individu ; chaque époque la résout à sa manière.

Dans la nôtre, la modernité, la consommation, l'économie de marché, la prospérité, l'argent, la santé, le sexe, l'individu sont devenus nos nouvelles valeurs entraînant une surjuridicisation et une instabilité de tout le droit, notamment celui de la famille. En se déstructurant, la famille donne de plus en plus d'importance aux gendarmes, au droit pénal, aux prisons, à l'aide sociale, à tout ce qui n'est pas la famille. Ce n'est peut-être pas le meilleur moyen de lutter contre la délinquance, de répondre aux difficultés de la vieillesse, de soutenir la fragilité des faibles, d'élever les enfants et de rendre les gens heureux. Le tissu et le non-droit de la famille sont (ou étaient) plus paisibles et plus solides.

Plus que d'autres, notre politique de la famille est agitée par l'âpreté de ses désaccords et dominée par le pluralisme – culturel, religieux et politique – se réduisant parfois à des fragmentations de la société, chaque groupement croyant que les autres vivent en marge. Notre ouvrage a voulu être un témoignage de respect et d'amitié envers les familles d'aujourd'hui qui, à travers leurs diversités, leurs crises et leurs handicaps, demeurent la source de la vie.

Le 1^{er} juillet 2004.

Ph. M.

H. F.

Avant-propos de la huitième édition

Pour la deuxième fois, le décès de Philippe Malaurie me laisse seul la responsabilité d'assumer la mise à jour du Droit de la famille. Depuis la parution de cet ouvrage en 2004, que de bouleversements ! Les deux colonnes qui soutenaient le temple familial ont été ébranlées. Le mariage est aujourd'hui concurrencé par d'autres formes de vie en couple ; il s'est ouvert aux personnes de même sexe. La parenté vit des turbulences inouïes : les notions même de maternité et de paternité sont plus que jamais incertaines ; l'homoparenté a pris toute sa place dans notre droit, en attendant la pluriparenté ? De nouvelles règles se reconstruisent sur les ruines des institutions traditionnelles afin d'accueillir d'autres formes de vie en famille, dans un mouvement perpétuel de destruction, de création et de récréation.

Fidèle aux convictions qu'il affirmait avec courage contre le conformisme et l'esprit de compromis, Philippe Malaurie écrivit des chroniques au ton prophétique : leurs formules fulgurantes sont dans tous les esprits. Mais dans son livre, il avait à cœur d'accueillir toutes les familles. Son honnêteté intellectuelle, sa rigueur morale et son immense curiosité le lui commandaient. Aussi, n'hésita-t-il jamais, dans ses « Premières vues » ou dans ses « Épilogues », à faire état des dernières évolutions de notre société. Aussi étranges fussent-elles à ses yeux, aussi éloignées fussent-elles de ses principes, elles faisaient partie de la vie, « le vierge, le vivace, le bel aujourd'hui » qu'il aima jusqu'à la fin, quelles que soient les épreuves (que d'efforts ne fit-il pas un soir de neige pour découvrir la Philharmonie de Paris ou, dans la chaleur de l'été, pour admirer une nouvelle fois les tableaux de Rembrandt au Rijksmuseum !).

Mon vœu le plus cher est de rester fidèle à l'esprit qu'il inscrivit dans les préfaces des précédentes éditions de cet ouvrage : « En ce "bel aujourd'hui", la famille prend des formes diverses, parfois étonnantes. Qu'en sera-t-il demain ? Quelles que soient nos craintes ou nos espoirs, quelles que soient nos convictions ou nos doutes, nous restons fidèles au principe qui nous guide depuis la première édition de cet ouvrage : faire que ce livre soit un témoignage de respect et d'amitié envers les familles d'aujourd'hui qui, à travers leur diversité, leurs crises et leurs handicaps, demeurent la source de la vie ».

Hugues Fulchiron, 28 août 2022

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- Manuels :** A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, LGDJ, 6^e éd., 2022 ; J. CARBONNIER, *La famille*, coll. Thémis, PUF, 21^e éd., 2003 ; P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 8^e éd., 2021 ; V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 4^e éd., 2022 ; A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011 ; P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 8^e éd., 2020-2021 ; Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, C. GOLDIE-GENICON, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 9^e éd., 2018.
- Traité :** J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, in *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, LGDJ, deux tomes, t. 1, 2^e éd., 1993 ; t. 2, 1991.
- Droit comparé :** Fr. BOULANGER, *Droit civil de la famille*, t. 1, *Aspects internes et internationaux*, Economica, 2^e éd., 1992 ; t. 2, *Aspects comparatifs et internationaux*, Economica, 1994.
- Histoire :** A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Histoire du droit de la famille*, PUF, 1996 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^e éd., 2010.
- Grands arrêts :** *Droit civil*, par Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Dalloz, t. 1, 13^e éd., 2015 ; *Droit international privé*, par B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Dalloz, 5^e éd., 2006 ; *Conseil d'État*, par M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, 23^e éd., 2021, *Conseil constitutionnel*, par L. DOMINGO, P. GAÏA, M. GUERRINI, F. MÉLIN-SOUCRAMANIAN, É. OLIVA, A. ROUX, Dalloz, 20^e éd., 2022 ; *Cour européenne des droits de l'homme*, dir. Fr. SUDRE, coll. Thémis, PUF, 10^e éd., 2022 ; *Cour de justice de l'Union européenne*, dir. M. KARPENSHIF, C. NOURISSAT et alii, coll. Thémis, PUF, 4^e éd., 2021, H. GAUDIN, M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVNA et F. FINES, Dalloz, 2014.

PREMIÈRES VUES SUR LA FAMILLE

Dieu dit : « Il n'est pas bon que l'homme soit seul. »¹

1. La famille et la vie. – La famille est liée à la vie et à la mort, à la vie plus qu'à la mort, à la vie paisible plus qu'aux drames. Le cycle d'une vie harmonieuse s'accomplit dans la famille et sa perpétuation : l'homme naît dans une famille, en fonde une autre qui plus tard en constituera de nouvelles. Autrefois, il mourait dans la famille de ses enfants ; la boucle était bouclée.

Une famille qui ne donne pas la vie ou n'est pas durable dépérit ; une société sans familles ou sans familles fécondes est impitoyablement condamnée à disparaître. La plupart des pays occidentaux subissent un effondrement sans précédent de leur natalité tandis que leur population vieillit. Pour retrouver confiance en l'avenir et porter l'héritage des générations, il est nécessaire que la famille et son droit retrouvent leur raison d'être : la vie².

2. Plan. – Une première approche de la famille en général (§ 1), permettra de mieux comprendre les liens complexes qu'entretiennent famille et droit (§ 2), et par là même de saisir les traits caractéristiques du droit français de la famille (§ 3).

1. *Genèse*, I, 18.

2. Avec une fécondité satisfaisante quoique, depuis 2014 de nouveau en déclin, la France assure plus ou moins le remplacement de ses générations (813 000 naissances en 2014, encore 738 000 en 2021, malgré les conséquences liées à la crise de la COVID), au contraire de l'Allemagne, de l'Italie, de l'Espagne ou du Japon. Les réalités démographiques ont des causes multiples et complexes, parfois enracinées dans l'histoire et les comportements ; par exemple, à la différence des Allemands, les Françaises d'aujourd'hui n'ont pas, dans leurs mentalités, à choisir entre leur métier et la maternité.

§ 1. LA FAMILLE, EN GÉNÉRAL

3. Famille et familles. – Il y a toutes sortes de familles : charnelle, spirituelle, culturelle, linguistique ; il y a aussi l'immense famille humaine³. Chacune a ses modes de vie, ses règlements, ses arrangements – son « esprit de famille ». Il y a les familles unies et les familles déchirées, les familles d'amour et les familles de haine, les familles qui épanouissent et celles qui oppriment. Il y a de tout dans la famille – sauf la solitude : quand on est seul, on est sans famille.

La famille est tantôt un fait (la cohabitation), tantôt une situation juridique (mariage, filiation et alliance). Tantôt, elle est un phénomène biologique (rapports entre les sexes et procréation) ; tantôt, elle est une situation sociale (groupement entre deux personnes qui partagent leur vie publiquement de façon durable, et tous ceux qui s'attachent à eux) ; tantôt, elle est une situation volontaire (adoption). Tantôt elle est liée à la cohabitation, tantôt elle ne l'est pas. Elle est plus ou moins étendue. Elle peut être légitime, naturelle ou adoptive, unie ou désunie, monoparentale, homosexuelle ou homoparentale, recomposée, etc.

Chaque société, chaque époque a sa famille et parfois ses familles, modèle idéal ou réalité complexe, dont on célèbre les vertus ou dont on dénonce la décadence (les deux thèmes sont éternels). Cette diversité des familles que révèle une première approche (I), renvoie à une idée toute simple : la famille est, fondamentalement, un phénomène de civilisation (II).

I. — La famille en soi

4. Définition. – Il n'existe pas de définition de la famille en droit français. Dans le Code civil, la famille apparaît aux livres I et III « *Des personnes* » et « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». L'absence de dispositions propres à la famille⁴ tout comme le lien établi entre individu et propriété révèle la philosophie du Code Napoléon : elle marque le passage de l'Ancien droit, où l'individu appartenait à un groupe (famille, corporation, ordre) à un nouvel ordre social et juridique fondé sur l'individu et sur ses droits. Cette vision des rapports humains culmine aujourd'hui avec le triomphe des droits fondamentaux : ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme ne parle pas de *famille*, ce qui supposerait qu'elle en définisse un modèle et raisonne par rapport à un groupe protégé en tant que tel, mais de *vie familiale*, qui se définit au regard de l'individu, de ses droits et de ses libertés⁵.

3. Le lied de Schiller, *Ode an Die Freude* (Hymne à la joie), immortalisé par Beethoven dans le chœur final de la IX^e symphonie, a chanté la fraternité humaine : « *Brüder ! überm Sternenzelt muss ein lieber Vater wohnen [...] Freude, schöner Götterfunken/Tochter aus Elysium/Wir betreten feuertrunken/Himmliche, dein Heilighum* » « Frères ! au plus haut des cieux, règne un tendre père [...]. Joie, belle étincelle divine, Fille de l'Élysée, nous pénétrons, ivres de la Flamme, dans ton sanctuaire ». L'hymne à la joie est devenu le chant de l'ONU et de l'Union européenne.

4. Des droits étrangers comportent des dispositions propres à la famille sans toujours en donner de définition : v. le Code civil italien dont le Livre I est intitulé « *Delle persone et delle famiglia* », mais qui ne donne pas de définition de la famille, pas plus qu'il n'en donne de la personne ; il en va de même du Code civil du Québec, du nouveau Code civil et commercial argentin ou du Code marocain de la famille. La loi algérienne portant Code de la famille (L. 9 juin 1984 complétée et modifiée par l'ordonnance du 27 février 2005) dispose en son article 2 que « *La famille est la base de la société. Elle se compose de personnes unies par les liens du mariage et par les liens de parenté* », l'article 3 affirmant que « *La famille repose, dans son mode de vie, sur l'union, la solidarité, la bonne entente, la saine éducation, la bonne moralité et l'élimination des maux sociaux* ».

5. *Infra*, n° 21.

Si l'on adopte une première définition, très générale et peut-être trop simple, la famille⁶ est un groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance⁷. La parenté est le lien qui naît de la filiation et relie entre eux les descendants d'un auteur commun (lien du sang) ; l'alliance est le lien créé par le mariage ou certaines formes de partenariat enregistré⁸, qui unit les conjoints et la famille des conjoints. Cette définition est suffisamment large pour englober la famille occidentale et la famille musulmane, centrées l'une et l'autre sur la parenté et la chaîne des générations qui relie ascendants et descendants⁹, et d'autres systèmes plus complexes, par exemple certaines familles africaines construites en ligne collatérale : l'enfant est relié au groupe par le frère de la mère¹⁰. Elle permet également d'appréhender certaines formes de « vie familiale » contemporaines dès lors que l'on en redéfinit les termes : la notion d'alliance doit être élargie afin d'accueillir les différentes formes de vie en couple hors mariage, celle de parenté pour y faire entrer, notamment, les enfants nés d'un projet parental réalisé grâce aux gamètes d'un tiers¹¹.

Au-delà de cette apparente unité, la famille se caractérise par sa diversité : diversité de ses fonctions (A), de ses dimensions (B) et de ses formes (C), tellement que l'on tend aujourd'hui à parler de « vie familiale » plutôt que de famille (D).

A. FONCTIONS DE LA FAMILLE

5. Diversité des fonctions. – La famille sert à beaucoup de choses, dont l'importance respective varie selon les temps et les lieux. Fonction **religieuse** : elle était essentielle à Rome, où la famille était construite sur le culte des ancêtres dont le *pater familias* était le prêtre¹². Si cette fonction s'est aujourd'hui effacée en Occident, le culte domestique reste très présent dans certaines sociétés, notamment en Extrême-Orient. Fonction **économique** : longtemps, l'économie fut construite sur l'exploitation familiale agricole, artisanale, commerciale ou industrielle ; l'activité commune assurait la vie et la cohésion du groupe ; cette dimension a paru disparaître dans les sociétés industrielles et postindustrielles, mais elle conserve son importance dans les pays dont l'économie demeure essentiellement artisanale et agricole. Fonction **politique** : dans la Rome républicaine, le Sénat romain ne rassemblait pas des individus, mais des chefs de famille ; ce rôle reste très fort (fût-il revêtu d'habits démocratiques) dans certaines sociétés traditionnelles.

6. **Étymologie** : du latin *familia*, *ae* : en son sens originaire, elle désignait l'ensemble des serviteurs (*famuli*), vivant sous le même toit et sous la puissance du *pater familias*. Ultérieurement, par extension, le mot devint, dans le langage courant, non dans celui du droit, synonyme de *gens* (tous les agnats et la cognats). Agnats = ceux qui sont soumis à la puissance du *pater familias*, par l'effet du mariage *cum manu*, d'une filiation légitime ou d'une adoption. Cognat = les agnats + les parents par les femmes.

7. Les dictionnaires de la langue française proposent plusieurs définitions : ex. : HATZFELD et DARMESTER (1875) : 1) « L'ensemble des personnes unies par le sang ou l'alliance et qui vivent sous le même toit... », 2) « L'ensemble des personnes unies par le sang ou l'alliance ». LITTRÉ (1874), au sens étymologique et aux deux définitions qu'ont données Hatzfeld et Darmester, ajoute notamment : « Race composée de ceux qui sont du même sang par les mâles (ex. : ... une famille bourgeoise) ». Petit ROBERT (2008) : 1) (sens restreint) : « Les personnes apparentées vivant sous le même toit » ; 2) (sens large) : « L'ensemble des personnes liées par le mariage et par la filiation ou, exceptionnellement, par l'adoption » ; 3) « succession des personnes qui descendent les unes des autres, de génération en génération. La famille d'Abraham ». Adde la définition d'un ethnologue, Claude LÉVI-STRAUSS : la famille est « l'union plus ou moins durable et socialement approuvée d'un homme et d'une femme et de leurs enfants ».

8. V. *infra*, n° 296 et s.

9. Les généalogies bibliques de Moïse et d'Aaron (*Exode*, 6.14). Une généalogie de Jésus ouvre l'Évangile de Matthieu (*Matthieu*, 1.1).

10. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, et du même auteur, *Aux confins du droit*, éd. Odile Jacob, 1991.

11. *Infra*, n° 12 et s.

12. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*.

6. La famille et l'enfant. – Deux fonctions demeurent essentielles dans toute société ; toutes deux concernent les enfants. **1°) La reproduction :** c'est dans la famille que naissent les enfants ; de son organisation dépend donc la survie du groupe ; souvent rigide, parfois d'une extrême complexité (les systèmes de parenté de certaines sociétés traditionnelles sont d'un raffinement inouï), ce cadre tend à s'assouplir : l'individu gagne son indépendance et les modèles familiaux se transforment en conséquence, d'autant que les progrès de la science, notamment des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que le développement de l'adoption, renouvellent les rapports entre couple et reproduction. **2°) La socialisation :** la famille a pour mission l'éducation des enfants et leur intégration dans la société ; apprentissage de la vie, et contrôle de ses membres : bien des sociétés ont connu ou connaissent encore une solidarité familiale qui peut aller jusqu'à une responsabilité collective¹³. L'État assiste désormais les familles dans ses missions éducatives. Dans les systèmes totalitaires, il aurait aimé s'y substituer pour mieux diriger les individus¹⁴. Les textes internationaux reconnaissent la primauté de la famille. Ainsi l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* »¹⁵.

7. Bonheur et sentiments. – À ces fonctions traditionnelles, il convient d'en ajouter une autre, sans doute éternelle et longtemps secondaire, alors qu'elle devient primordiale : la famille a pour fonction d'assurer l'épanouissement de l'individu. Elle est le lieu idéal (rêvé?) de l'amour : lieu de tendresse, de sentiments et de recherche du bonheur, « *le seul remède à la mort* » (Taine). De nos jours, ce qui fonde la famille, du moins en Occident, n'est plus la relation d'autorité, le lien de dépendance ou la contrainte sociale, mais l'intensité du sentiment. Que le sentiment disparaisse, et la famille se désagrège, quitte à se recomposer avec d'autres personnes.

L'évolution des fonctions de la famille est une des clefs de ses métamorphoses.

B. DIMENSIONS DE LA FAMILLE

8. Gens, domus. – **1°) Traditionnellement,** on distingue deux types de famille. Au sens large, la famille comprend toutes les personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance, sans limitation : la **gens** romaine, le lignage de l'ancienne France, la famille patriarcale des sociétés traditionnelles (ménage + descendants [enfants, petits-enfants, etc.] + ascendants [parents + grands-parents, etc.] + collatéraux [oncles + neveux + cousins germains, issus de germains, etc.]) ou la famille africaine (l'ensemble des personnes descendant d'un même ancêtre, vivant ou non sous le même toit, accueillant parfois d'autres personnes à titre transitoire ou définitif)¹⁶. Au sein de la famille, un rôle central est joué par le père ou plus exactement par l'auteur commun, le patriarche, le chef de famille. D'autres sociétés ont vécu sous le modèle du matriarcat (les premières sociétés dit-on). D'autres ont adopté des systèmes de parenté plus complexes¹⁷.

2°) Dans une conception plus étroite, la famille est limitée aux personnes vivant sous le même toit : la **domus** à Rome, le ménage dans l'Ancien droit. Dans les sociétés occidentales contemporaines, cette seconde conception l'emporte. La

13. Pas la peine d'aller en Corse : dans *la Chanson de Roland*, Charlemagne punit Ganelon de sa trahison en le mettant à mort avec sa famille (il est écartelé, les parents qui l'avaient défendu sont pendus).

14. *Infra*, n^{os} 33 et s.

15. L'affirmation est reprise par d'autres grands textes internationaux, v. *infra*, n^{os} 70 et s.

16. L. DEPRET, « L'"enfant noir" », *Mélanges D. Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 79 s., sp. p. 85.

17. E. TODD, *L'origine des systèmes familiaux*, NRF, Essais, Gallimard, 2011.