

consultation: La femme d'à côté

Le soussigné, consulté ce 6 janvier 2010, sur le point de savoir comment Antoine et Elise pourront mettre fin à leurs unions respectives le plus rapidement possible afin de se marier ensemble, comment établir le lien de paternité entre Antoine et Henri et maintenir celui existant entre Antoine et Julien, émet l'avis suivant au regard de faits ci-après relatés :

Antoine BERTHET a rencontré Mathilde DERVILLE en juin 2000, laquelle venait d'accoucher d'un petit Julien qui a été reconnu comme enfant naturel d'Antoine le 2 décembre 2000. Ils se sont mariés le 28 décembre de la même année.

Antoine a quitté son épouse en septembre 2003 et Julien l'a suivi. En mars 2004 Antoine a fait la connaissance d'Elise, laquelle est très rapidement devenu sa maîtresse au point que le petit Henri, né le 19 mars 2005, est très certainement le fruit de cette passion. Toutefois, l'enfant a été déclaré à l'état civil comme né des époux SOREL.

En l'état de ces faits, il convient de répondre aux questions suivantes : comment Antoine et Elise peuvent-ils se libérer de leurs liens matrimoniaux respectifs (I) ? Comment garantir un lien de filiation entre Antoine et les deux enfants (II) ?

I. L'anéantissement des liens conjugaux

Il faut envisager successivement le lien conjugal unissant Antoine et Mathilde (A), puis le lien conjugal unissant Elise et son mari (B). Précisons que dans les deux cas, la séparation de corps doit être exclue, puisqu'elle ne permettrait pas le remariage d'Antoine avec Elise.

A. L'anéantissement du lien conjugal entre Antoine et son épouse

A défaut de cas de nullité, seul le divorce est envisageable.

Il y a lieu de rechercher quel cas de divorce pourrait correspondre à la situation avant de préciser les conséquences à en attendre

I- Les cas de divorce :

a). Le divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel est prévu aux articles 230 et suivants du Code civil. Il suppose l'accord des deux époux sur le principe du divorce et ses conséquences (art. 230 du Code civil). Il relève donc de la volonté des époux à laquelle la loi s'en remet totalement. Tout au plus le juge contrôle, lors de la comparution des époux la réalité de leur volonté de divorcer et s'assure que la convention qu'ils ont conclue pour régler les conséquences de leur divorce respecte les intérêts de chacun.

Mathilde DERVILLE, en raison de ses convictions religieuses, ne sera sans doute pas d'accord pour divorcer. Cette forme de divorce semble donc exclue, à moins que Antoine BERTHET arrive à convaincre son épouse, en lui expliquant que le mariage civil est indépendant du mariage religieux qui n'est pas remis en cause.

b)-. Le divorce accepté

Ce cas de divorce, prévu aux articles 233 et suivants, suppose que les époux sont d'accord sur le principe du divorce mais s'opposent sur les conséquences de la dissolution du mariage, soit pour eux-mêmes, soit pour leurs enfants. Ce divorce repose désormais sur un simple accord des époux sans considération des faits à l'origine de la séparation, ce dont le juge se borne à prendre acte.

Madame DERVILLE ne semblant pas d'accord sur le principe du divorce, cette option apparaît également exclue.

c)-. Divorce pour altération définitive du lien conjugal :

Ce type de divorce suppose la cessation de la communauté de vie dont la durée est ramenée à deux ans au lieu de six précédemment. La cessation de la communauté de vie implique, matériellement, une vie séparée et, intellectuellement, l'intention de cesser la vie commune.

Les époux ne vivent plus sous le même toit depuis septembre 2003. La condition du délai est donc remplie. Les deux aspects de la cessation de la communauté de vie se rencontrent également en l'espèce, puisque Antoine BERTHET a quitté le domicile conjugal. Ils vivent donc séparés. De plus, son intention de cesser la vie commune est manifeste, puisqu'il envisage un remariage avec Elise SOREL.

d)-. Le divorce pour faute

L'article 242 du Code civil 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 intolérables le maintien de la vie commune ».

Il semble qu'une faute pourrait être invoquée par Antoine.

Il s'agit alors de vérifier que les caractères de la faute sont ici réunis :

-le comportement reproché à un époux doit lui être imputable, c'est-à-dire qu'il doit avoir été commis sciemment.

-Le comportement reproché doit constituer un manquement aux devoirs et obligations du mariage : cela comprend non seulement : les devoirs conjugaux légalement déterminés, tels que le devoir de fidélité, de communauté de vie, de contribution aux charges du mariage, etc. mais également d'autres devoirs. A cet égard, la jurisprudence a pu considérer que si la pratique religieuse n'est pas une faute en tant que telle, elle ne doit pas avoir d'incidence

grave sur la vie conjugale et familiale. Ainsi, la Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, le 25 janvier 1978, a considéré que le zèle excessif touchant à la pratique de la religion peut être retenu comme faute à l'encontre de l'un des époux.

-la violation des devoirs du mariage doit être grave ou renouvelée : elle doit donc revêtir une certaine ampleur qui peut être d'ailleurs appréhendée par son effet, en ce qu'elle rend intolérable le maintien de la vie commune.

Sur ce point, **un comportement isolé** est parfois suffisamment grave en soi pour justifier le divorce ; c'est souvent le cas par exemple de l'adultère.

D'autres fois, c'est **la répétition d'un comportement** qui le rend excessif et justifie le divorce en raison de la perturbation apportée à la vie familiale : ainsi en est-il de conflits répétés avec les beaux-parents, de la pratique excessive du jeu ou encore lorsque des activités professionnelles ou des pratiques religieuses sont tellement accaparantes qu'elles aboutissent au délaissement du foyer.

Antoine peut ici invoquer la pratique religieuse de son épouse. Mathilde a fait preuve en effet d'un zèle excessif dans la pratique de sa religion, puisque cela l'a amenée à se désintéresser du sort de son fils qu'elle a laissé partir avec Antoine. En outre, cette pratique religieuse excessive semble avoir rendu le maintien de la vie commune intolérable.

Mathilde peut-elle lui opposer des moyens de défense ?

-Elle peut se prévaloir des fautes commises également par son conjoint : Le défendeur peut invoquer les fautes du demandeur à titre d'excuse, c'est-à-dire pour excuser ses propres fautes : aucun comportement antérieur de Antoine ne semble pouvoir excuser la faute de Mathilde. Il est possible aussi, d'invoquer une faute du conjoint dans une demande reconventionnelle, ce qui serait le cas ici : En quittant le domicile conjugal sans avoir recours à une séparation de corps, Antoine a commis une première faute en ne respectant pas le devoir de cohabitation, mais ce départ pourrait être excusé par la faute antérieure de Mathilde. En revanche le devoir de fidélité s'imposait toujours à lui. Or, il est précisé qu'Elise est rapidement devenu sa maîtresse.

Conclusion : seuls le divorce pour altération définitive du lien conjugal et le divorce pour faute semblent envisageables.

II les conséquences du divorce

Dans les rapports personnels, le divorce entraîne l'effacement de la qualité d'époux : Le divorce emportant la dissolution du lien matrimonial, il fait des époux, dans leurs rapports personnels, des étrangers l'un à l'autre. Redevenus célibataires, ils peuvent aussi librement se remarier.

Mais le divorce permet, contrairement à la nullité, de conserver certains effets du mariage. Ainsi, le conjoint étranger conserve la nationalité française acquise par le mariage, et ce malgré le divorce.

Par contre chaque époux perd en principe, à la suite du divorce, l'usage du nom de son conjoint (article 264).

Dans les rapports pécuniaires, le divorce entraîne la fin de la communauté d'intérêts qui résultait de l'union conjugale : la contribution aux charges du mariage disparaît, de même que le devoir de secours ; la solidarité pour les dettes ménagères cesse : toutefois, le jugement de divorce n'est opposable aux tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité à l'état civil ont été accomplies.

Le divorce entraîne enfin d'autres conséquences patrimoniales : ainsi, la vocation successorale de chacun des conjoints dans la succession de l'autre disparaît.

Les époux divorcés voient liquider leur régime matrimonial et régler le sort des donations et avantages matrimoniaux.

Le divorce entraîne également la mise en œuvre d'un système de *compensation pécuniaire, appelée « prestation compensatoire »* : il s'agit, selon les propres termes de l'article 270 du Code civil, de compenser autant qu'il est possible la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux. La loi du 26 mai 2004, dans un esprit de pacification du divorce, a souhaité dissocier la prestation compensatoire de la répartition des torts et des circonstances de la rupture. En clair, cela signifie que la prestation compensatoire s'applique désormais dans tous les cas de divorce et qu'il n'est plus tenu compte de l'attribution des torts dans le divorce. Toutefois le juge peut exceptionnellement refuser l'octroi d'une prestation à celui qui supporte seul les torts « *au regard des circonstances particulières de la rupture* » (article 270) ou encore si l'équité le commande.

Aux compensations pécuniaires peuvent s'ajouter des *réparations pécuniaires* lorsque le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal ou aux torts exclusifs de l'un des époux. Ces dommages intérêts tendent à indemniser :

- le préjudice tenant à la dissolution même du mariage lorsqu'il entraîne des conséquences d'une particulière gravité (article 266).
- le préjudice matériel ou moral causé par la faute commise par son conjoint (article 1382):

En l'espèce s'agissant d'une éventuelle prestation compensatoire, on ne peut pas se prononcer compte tenu de l'absence de précisions des données de l'espèce. On ne sait pas s'il y a un déséquilibre résultant de la rupture, par rapport à la situation antérieure au divorce.

Conclusion : il semble difficile de se prononcer sur les effets éventuels du divorce, en l'absence d'informations complémentaires.

B. L'anéantissement du lien conjugal entre Elise et son époux

De même ici à défaut de cause de nullité seul le divorce est envisageable.

a) Les cas de divorce

Le droit français connaît quatre cas de divorce que nous allons envisager.

➤ **Le divorce par consentement mutuel**

Le divorce par consentement mutuel est prévu aux articles 230 et suivants du Code civil. Il suppose l'accord des deux époux sur le principe du divorce et ses conséquences (art. 230 du Code civil).

En l'absence de précisions sur un éventuel désaccord de la part du mari d'Elise, ce type de divorce apparaît tout à fait envisageable.

➤ **Le divorce accepté :**

Ce cas de divorce, prévu aux articles 233 et suivants repose désormais sur un simple accord des époux sans considération des faits à l'origine de la séparation, ce dont le juge se borne à prendre acte.

Ce type de divorce sera envisageable si le mari d'Elise accepte le principe du divorce, mais que les époux n'arrivent pas à trouver d'accord sur ses conséquences.

➤ **Divorce pour altération définitive du lien conjugal :**

Ce type de divorce suppose la cessation de la communauté de vie dont la durée est ramenée à deux ans au lieu de six précédemment. La cessation de la communauté de vie implique, matériellement, une vie séparée et, intellectuellement, l'intention de cesser la vie commune. Le cas particulier de l'altération des facultés mentales a disparu avec la réforme de 2004.

Rien dans l'énoncé des faits ne nous indique une éventuelle séparation de fait. Le recours à ce type de divorce doit donc être exclu.

➤ **Le divorce pour faute**

L'article 242 du Code civil 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 intolérables le maintien de la vie commune ».

Il semble ici qu'une faute puisse être invoquée par Elise. Il s'agit de vérifier si les caractères de la faute sont réunis :

-le comportement reproché à un époux doit lui être imputable, c'est-à-dire qu'il doit avoir été commis sciemment.

-La faute invoquée doit constituer un manquement aux devoirs et obligations du mariage
-la violation des devoirs du mariage doit être grave ou renouvelée

Une faute semble pouvoir être alléguée par Elise. Elle vient de découvrir la liaison qu'entretient son mari avec une stagiaire. Il s'agit donc d'une violation du devoir de fidélité.

Quels moyens de défense peuvent être invoqués par son époux ?

-: Le défendeur peut invoquer les fautes du demandeur à titre d'excuse, c'est-à-dire pour excuser ses propres fautes.

- Le défendeur peut invoquer les fautes du demandeur dans le cadre d'une demande reconventionnelle. Ici Elise entretient une relation extraconjugale avec Antoine depuis mars 2004. Tous deux ont donc violé le devoir de fidélité entre époux. Par conséquent, un divorce aux torts partagés est parfaitement envisageable.

Conclusion : seul le recours au divorce pour altération définitive du lien conjugal est exclu. Toutefois, nous conseillerons à Elise de recourir à un divorce par consentement mutuel, en ce qu'il permet aux époux de mieux organiser leur séparation et de l'obtenir plus rapidement.

a) Les effets du divorce

Voir plus haut.

S'agissant d'une éventuelle prestation compensatoire, on ne peut pas se prononcer compte tenu de l'absence de précisions des données de l'espèce. On ne sait pas s'il y a un déséquilibre résultant de la rupture, par rapport à la situation antérieure au divorce.

Conclusion : il semble difficile de se prononcer sur les effets éventuels du divorce, puisque les données de l'espèce ne le permettent pas.

II. La consécration de la paternité d'Antoine à l'égard des deux enfants

Nous envisagerons dans un premier temps la question du maintien de la paternité d'Antoine à l'égard de Julien (A), puis la question de l'établissement de la paternité d'Henri à l'égard d'Antoine (B).

A. *Le maintien de la paternité d'Antoine à l'égard de Julien*

Avant d'étudier la question de l'éventuelle contestation du lien de filiation existant entre Antoine et Julien (2), il faut tout d'abord rechercher quelle en est la nature (2).

1°. *La nature de la filiation existante*

Julien dispose d'un titre de filiation l'unissant à Antoine, puisque celui-ci a reconnu l'enfant comme étant le sien en décembre 2000. Il s'agit de s'interroger sur l'existence d'une possession d'état conforme à ce titre.

La possession d'état est le fait de se comporter et d'être considéré comme l'enfant de telle et telle personne et comme ayant donc l'état d'enfant de ces personnes. Fondée sur l'apparence, elle est ainsi un fait auquel la loi fait produire des effets juridiques en présumant la réalité de cet état, c'est-à-dire en présumant la correspondance du fait et du droit.

La preuve de la possession d'état, puisqu'il s'agit d'un simple fait, elle peut être établie par tous moyens mais, pour en faciliter la preuve, la loi prévoit la possibilité de la faire constater dans un acte de notoriété délivré par le juge d'instance.

Les éléments constitutifs de la possession d'état sont prévus par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a enrichi leur énumération mais ils reprennent toujours, globalement, les éléments tirés de la tradition canonique, à savoir *nomen* (le nom), *fama* (la renommée), *tractatus* (le traitement). Désormais, ces éléments sont, dans l'ordre où ils sont déclinés :

-le fait que la personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant et qu'elle-même les a traités comme son ou ses parents.

-Le fait que les parents aient pourvu, en cette qualité, à l'éducation, à l'entretien ou à l'installation de l'enfant.

Ces deux premiers éléments, qui correspondent au *tractatus*, sont traditionnellement les plus importants.

-Le fait que l'enfant soit reconnu, dans la société (notamment à l'école) et par la famille, comme étant l'enfant de telles personnes

-le fait qu'il soit également considéré comme tel par l'autorité publique.

Ces deux éléments renvoient ainsi quant à eux à la *fama*.

-Le fait que l'enfant porte le nom de celui ou de ceux dont on le dit issu. Cet élément est désormais énoncé en dernier en raison de sa moindre importance car, si le nom est effectivement un signe d'appartenance familiale et en cela un indice de l'état d'un enfant, il n'est pas toujours probant puisque l'enfant porte en général le nom d'un seul de ses parents et peut pourtant avoir une possession d'état à l'égard des deux.

Cet élément correspond à ce qui est appelé *Nomen*.

Sous l'empire du droit antérieur à la réforme, la jurisprudence précisait qu'il n'est pas nécessaire que ces différents éléments soient tous réunis pour que la possession d'état soit retenue. Il est possible de se contenter de certains d'entre eux seulement, comme il est possible de tenir compte le cas échéant d'autres indices, la liste de l'article 311-1 ne faisant d'ailleurs état, d'après ses propres termes, que des principaux d'entre eux. Cette jurisprudence est certainement toujours d'actualité.

La possession d'état doit encore présenter, pour être utile, certaines qualités qui, elles, sont cumulatives. (énumération à l'article 311-2 du Code civil) :

-*La possession d'état doit être continue* : ce qui signifie qu'un comportement passager, des faits isolés, ne peuvent être valablement retenus. Pour autant, la jurisprudence n'exige pas une communauté de vie de l'enfant avec les parents. Il suffit donc que les faits qui la constituent puissent être relevés habituellement et non occasionnellement.

-*La possession d'état doit être paisible* : elle ne doit pas avoir été constituée à la suite d'une violence pour éviter les cas de fraude.

-*La possession d'état doit être dépourvue d'équivoque* : les éléments qui la constituent ne doivent pouvoir s'expliquer que par l'existence du lien de filiation considéré.

Julien a été traité par Antoine comme son enfant et réciproquement. En effet, on devine par le fait qu'Antoine ait souhaité que Julien le suive lorsqu'il a quitté le domicile conjugal et par son désir de maintenir le lien de filiation, qu'il considère Julien comme étant son fils. De plus, Julien vivant avec Antoine, c'est certainement ce dernier qui assure son éducation. (les deux premiers éléments sont caractérisés). par ailleurs, on imagine facilement qu'aux yeux de l'entourage, Julien est considéré comme le fils d'Antoine et, aux yeux de l'autorité publique, Julien est également considéré comme son fils, compte de la reconnaissance qui a été faite. (les 3^{ème} et 4^{ème} éléments sont donc caractérisés). Quant au nom, on ne sait pas si Julien porte le nom d'Antoine. Il est né en juin 2000, mais n'a été reconnu qu'en décembre de la même année par Antoine. Il est donc vraisemblable qu'il porte le nom de sa mère. Toutefois, cet élément n'est pas déterminant. Les autres éléments composant la possession d'état semblent être réunis. Julien dispose donc d'une possession d'état d'enfant à l'égard d'Antoine.

Conclusion : nous pouvons dire que Julien a une possession d'état conforme au titre d'enfant à l'égard d'Antoine.

2°. *L'éventuelle contestation de cette filiation*

L'action en contestation en présence d'une possession d'état conforme au titre est soumise à un double délai d'action: lorsque l'enfant jouit d'une possession d'état conforme à son titre, la loi indique que l'action se prescrit par **cinq ans** à compter du jour où la possession d'état a cessé, mais elle ajoute que nul ne peut contester la filiation si cette

possession d'état a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance si celle-ci a été faite ultérieurement (nouvel article 333). Cela signifie que lorsque cinq années de possession d'état se sont écoulées depuis la naissance ou la reconnaissance si elle lui est postérieure, toute action en contestation devient irrecevable.

-il résulte donc de l'article 333 qu'il est trop tard pour remettre en cause la filiation de Julien.

En conclusion, Antoine peut être rassuré sur l'incontestabilité du lien de filiation qui l'unit à Julien.

B. L'établissement de la paternité d'Antoine à l'égard d'Henri

1. La nature de la filiation existante

En l'espèce, Henri est né le 19 mars 2005, et a été déclaré à l'état civil comme né des époux SOREL. Il possède le titre d'enfant des époux SOREL (acte de naissance).

Il s'agit de voir s'il dispose d'une possession d'état conforme à ce titre.

Henri a été considéré et traité depuis sa naissance comme l'enfant des époux SOREL. On peut supposer que l'enfant considère le mari de sa mère comme son père. De plus, Henri vivant avec ses parents, ces derniers en assurent certainement l'éducation. (les deux premiers éléments sont caractérisés). De plus, on imagine facilement qu'aux yeux de l'entourage, Henri est considéré comme le fils de Monsieur SOREL et, aux yeux de l'autorité publique, Henri est également considéré comme son fils, compte de la reconnaissance qui a été faite. (les 3^{ème} et 4^{ème} éléments sont donc caractérisés). Quant au nom, on peut supposer que Henri porte le nom de Monsieur SOREL, son père légal époux de sa mère. Tous les éléments composant la possession d'état semblent donc être réunis. Henri dispose donc d'une possession d'état d'enfant à l'égard de Monsieur SOREL.

Conclusion : nous pouvons dire que Henri a une possession d'état conforme au titre d'enfant de Monsieur SOREL.

2°. L'établissement de la filiation d'Henri à l'égard de Antoine

il s'agit de voir s'il est possible de contester la filiation d'Henri, afin de permettre à Antoine d'établir sa paternité.

Lorsque l'enfant jouit d'une possession d'état conforme à son titre, la loi indique que l'action se prescrit par **cinq ans** à compter du jour où la possession d'état a cessé. Et elle ajoute que nul ne peut contester la filiation si cette possession d'état a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance si celle-ci a été faite ultérieurement (nouvel article 333). Ainsi lorsque cinq années de possession d'état se sont écoulées depuis la

naissance ou la reconnaissance si elle lui est postérieure, toute action en contestation devient irrecevable.

Nous avons vu que Henri avait une possession d'état conforme à son titre. La naissance de Henri a eu lieu il y a moins de cinq ans. Les délais ne sont donc pas expirés et l'action en contestation de la paternité de monsieur SOREL est donc recevable: Antoine pourra prouver la non paternité du père actuel de Henri par tous moyens (la preuve biologique semble la plus appropriée).

Un fois qu'Antoine aura contesté le lien de filiation unissant Henri à M. Sorel, il pourra tout simplement établir un nouveau lien de filiation, par une reconnaissance.

Antoine devra reconnaître Henri selon les modalités prévues à l'article 316 du Code civil. Cette reconnaissance devra prendre la forme d'un acte authentique, reçu par un officier de l'état civil ou par un notaire. Elle est ouverte à Antoine puisqu'il prétend être le père d'Henri. Il faut prévenir Antoine que cette reconnaissance aura un caractère irrévocable : il ne pourra pas revenir sur l'aveu de sa paternité. Enfin, il faut préciser que cette reconnaissance établira la filiation d'Henri à l'égard d'Antoine de manière rétroactive : Henri sera considéré comme ayant toujours été le fils d'Antoine.

Conclusion : Le maintien du lien de filiation unissant Julien à Antoine et le rattachement de Henri à ses vrais parents apparaissent tous les deux possibles.