

Thèse de Doctorat

Jean-Baptiste SCHWART

*Thèse présentée en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université de Nantes
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire*

École doctorale : École doctorale Droit et Science Politique

Discipline : Droit privé et Sciences criminelles

Spécialité : Droit privé

Unité de recherche : EA 1166 - Institut de Recherche en Droit Privé

Soutenu le 23 novembre 2017

Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple

JURY

Directeur de Thèse : **Monsieur Raymond LE GUIDE**, Professeur émérite de l'Université de Nantes

Co-directeur de Thèse : **Monsieur Frédéric BICHERON**, Professeur à l'Université Paris-Est Créteil Val de Marne

Rapporteurs : **Madame Annick BATTEUR**, Professeur à l'Université de Caen
Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND, Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Examineurs : **Madame Charlotte GÉNICON**, Professeur à l'Université de Nantes
Monsieur Xavier LABBÉE, Professeur à l'Université de Lille II

Remerciements

Je tiens à remercier mes directeurs de thèse pour m'avoir accompagné et soutenu tout au long de cette aventure. Je remercie le Professeur Frédéric BICHERON de m'avoir donné l'opportunité d'accomplir ce travail au lendemain du Master 2. Toujours bienveillant, jamais jugeant, je vous remercie pour votre patience et votre soutien. Je remercie aussi le Professeur Raymond LE GUIDEZ pour sa disponibilité et sa gentillesse.

Je remercie également Mme le Professeur Hélène PEREZ et M. le Professeur Lionel ANDREU pour les échanges toujours enrichissants que nous avons pu avoir à propos de mon sujet.

J'adresse aussi mes remerciements à Madame Fanny GARCIA pour son soutien sans faille au cours de ces années.

Je remercie tous les membres de l'IRDP, ceux qui sont partis comme ceux qui sont restés. Morgane, Clotilde, Julien, Hélène, Guy, Mickaël, Marie, Dorothée, Kinan, Martial, Kawtar, Brice et Vladimir merci pour vos attentions, vos relectures et nos (trop ?) longs débats. Sans vous, le travail de thèse n'aurait pas été le même.

Merci à Marie-Odile sans qui tout serait plus compliqué.

Je remercie tout particulièrement Delphine d'avoir été à mes côtés, de m'avoir soutenu et de m'avoir apporté l'équilibre nécessaire à ce travail.

Enfin, merci à ma famille, pour leur indéfectible soutien.

Avertissements

Au jour de l'impression de la thèse, le dernier Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation mis en ligne est celui de février 2016. Toutes les décisions rendues à partir du mois de mars 2016 devant faire l'objet d'une publication seront suivies de la mention "à paraître".

Bien qu'écrite et imprimée avant le 1^{er} novembre 2017, la thèse a été rédigée comme si les dispositions relatives à l'enregistrement du Pacs par l'officier d'état civil issues de la loi du 18 novembre 2016 (loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle) étaient déjà entrées en vigueur.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

act. : Actualités

AFDI : Annuaire français de droit international

AJ fam. : Actualité juridique famille

AJ pénal : Actualité juridique pénal

AJDA : Actualité juridique droit administratif

AJDI : Actualité juridique droit immobilier

al. : Alinéa

Ass. Nat : Assemblée nationale

Ass. Plén. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

Art. : Article

BOMJ : Bulletin officiel du ministère de la Justice

Bull. AP : Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. com. : Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Bull. mixte : Bulletin des arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation

Bull. soc. : Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel

CASF : Code de l'action sociale et des familles

CCC : Contrats concurrence consommation

c. : Contre

C. civ : Code civil

C. com. : Code de commerce

Cass. civ. : Cour de cassation, chambres civiles.

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

CGI : Code général des impôts

Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Ch. réun. : Chambres réunies de la Cour de cassation

coll. : Collection

Contra : solution ou opinion contraire

CPC. : Code de procédure civile

CPE : Code des procédures civiles d'exécution

C. Pén. : Code pénal

CSP : Code de la santé publique

CSS : Code de la sécurité sociale

C. trav. : Code du travail

CE : Conseil d'État

CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme

chron. : chronique

CJCE : Cour de justice de la communauté européenne

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Comm. EDH : Commission européenne des droits de l'homme

concl. : conclusions

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'Homme

D. : Recueil Dalloz

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DH : Dalloz hebdomadaire

doctr. : doctrine

Dr. fam. : Droit de la famille

Dr. fisc. : Droit fiscal
Dr. et patr. : Droit et patrimoine
Dr. soc. : Droit social
Dr. sociétés : Droit des sociétés
EDFP : L'Essentiel Droit de la famille et des personnes
ex. : exemple
fasc. : fascicule
GACEDH : Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme
GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal. : Gazette du palais
Inf. soc. : Informations sociales
Infra. : ci-dessous
Instr. : Instruction
J.-Cl. : Encyclopédie Juris-Classeur
JAF : Juge aux affaires familiales
JCP E : Semaine juridique, édition entreprise
JCP G : Semaine juridique, édition générale
JCP N : Semaine juridique, édition notariale
JORF : Journal officiel de la République française
jurispr. : Jurisprudence
Juris-Data : Décision de jurisprudence extraite des bases de données Juris-Data
Loyers et copr. : Loyers et Copropriété
LPA : Les petites affiches
n° : numéro
n^{os} : numéros
obs. : observation
ord. : ordonnance
p. : page
pp. : pages
pan. : panorama
préc. : précité
préf. : préface
RCA : Responsabilité civile et assurances

RDC : Revue des contrats
RDI : Revue de droit immobilier
RDSS : Revue de droit sanitaire et social
Rép. Civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rev. crit. DIP : Revue critique de droit international privé
Rev. crit. légis. et jurisprud. : Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. canon : Revue de droit canon
Rev. sociétés : Revue des sociétés
Req. : Chambre des requêtes
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIDP : Revue internationale de droit pénal
RJO : Revue juridique de l'Ouest
RJPF : Revue juridique personnes et famille
RLDC : Revue Lamy Droit civil.
RRJ : Revue recherche juridique
RSC : Revue sciences criminelles
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Sirey
s. : suivant
somm. : sommaire
Spéc. : spécialement
Supra. : ci-dessus
t. : tome
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance
V. : Voir
V° : Mot
V^{is} : Mots

SOMMAIRE

LISTE DES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION	9
PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU COUPLE CONJUGAL.....	39
TITRE 1. LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS.....	41
Chapitre 1. La cohabitation	43
Chapitre 2. L'union sexuelle	71
TITRE 2. L'ÉLÉMENT MORAL.....	87
Chapitre préliminaire. La substance de l'élément moral.....	89
Chapitre 1. Le contrôle de l'intention conjugale au moment de la formation du couple	99
Chapitre 2. La poursuite de l'intention conjugale pendant l'union.....	149
TITRE 3. LES ÉLÉMENTS D'ORDRE SOCIOLOGIQUE	163
Chapitre 1. La monogamie.....	165
Chapitre 2. L'interdit de l'inceste	183
CONCLUSION PARTIE 1	209
PARTIE 2. LE RÉGIME DU COUPLE CONJUGAL	211
TITRE 1. LE RESPECT AU SEIN DU COUPLE	215
Chapitre 1. Le respect par la protection contre les violences conjugales	219
Chapitre 2. Le respect par l'exclusivité conjugale	235
TITRE 2. LES MESURES RELATIVES AU LOGEMENT CONJUGAL.....	275
Chapitre 1. La protection du logement conjugal	277
Chapitre 2. La protection de l'occupant à l'issue de l'union.....	301
TITRE 3 : LA SOLIDARITÉ PÉCUNIAIRE.....	339
Chapitre 1. La solidarité au cours de l'union	341
Chapitre 2. La solidarité à l'issue de l'union	353
CONCLUSION PARTIE 2	423
CONCLUSION GÉNÉRALE	425
BIBLIOGRAPHIE	429
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	491
TABLE DES MATIÈRES	497

INTRODUCTION

1. Le temps de la réflexion sur le couple. «À l'automne de 1998, le phénomène du concubinage était au centre d'une tempête d'ordre législatif. Elle avait fait éclater le cadre d'empirisme, de simples accommodements fragmentaires auxquels s'étaient tenus jusque-là les lois et les juges. C'est une novation radicale qui avait été violemment portée à l'ordre du jour. L'ambition était de faire passer le concubinage globalement du fait au droit, de le reconstruire en un ensemble cohérent de droits et d'obligations – bref, d'offrir aux concubins (ce ne serait jamais que facultatif) un statut qui leur garantirait une part de la sécurité juridique du mariage sans pourtant s'identifier à lui »¹. Si au crépuscule du XX^e siècle, le Doyen CARBONNIER analysait la place du concubinage en droit français, le temps est désormais venu de transposer cette réflexion au couple.

En effet, le couple pourrait servir de fondement à la création de droits et de devoirs communs à tous les modes de conjugalité.

2. Le couple : un terme hérité du langage ordinaire. Avant d'être un terme juridique, le couple appartient au langage ordinaire. Étymologiquement le couple est un héritage du substantif latin *copula* qui désignait le lien, la laisse ou l'attache, voire la relation amicale ou amoureuse². Il était exclusivement employé au féminin. Puis, au cours du XII^e siècle, le terme s'est masculinisé pour symboliser l'union d'un homme et d'une femme, notamment l'union illégitime entre l'amant et la maîtresse. Par la suite, en raison de la reconnaissance sociale et juridique des relations hors mariage cette connotation péjorative a disparu³.

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 20^e éd., 1999, spéc. p. 693.

² *Le grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 2010, V^o *Copula* ; A. ERNOULT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Librairie C. Klincksieck, 4^e éd., 2001, V^o *Copula*.

³ En ce sens, Cl. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27, n^o 8.

De nos jours, malgré sa polysémie⁴, le couple désigne généralement la relation amoureuse liant deux personnes⁵, indépendamment de leur sexe⁶. Selon les dictionnaires de la langue française, les concubins, les partenaires et les époux forment donc un couple. Loin de « *dissiper l'équivoque et l'obscurité* »⁷, cette définition constitue le point de départ de l'étude.

3. L'intégration du couple dans le droit français. Intégrée discrètement dans un "Code secondaire" au milieu des années 1990⁸ dans le but de désigner les potentiels bénéficiaires de la procréation médicalement assistée, la notion de couple n'a pas prospéré⁹. Cet insuccès est principalement dû à la technique législative utilisée. En créant une définition dite « *terminologique* » ou « *relative* »¹⁰, le législateur a restreint son domaine d'application au contexte dans lequel le couple a été introduit¹¹, à savoir le Code de la santé publique. Son extension hors de ce domaine est délicate, car la définition du couple dans le Code de la santé publique renvoie à la

⁴ Au masculin, le terme est employé en mécanique pour désigner un système de force égale, parallèle et de sens contraire. On le retrouve aussi dans le langage propre à l'aéronaval où il désigne la pièce de construction transversale de la coque d'un navire ou du fuselage d'un avion. Au féminin, il représente la laisse qui sert à attacher deux chiens de chasse ou encore deux animaux de la même espèce.

⁵ Le couple ne peut être qu'une relation entre deux personnes. Les relations à trois personnes ou plus ne sont pas des couples juridiquement reconnus, car ils porteraient atteinte au principe monogamique. V. *infra* n^{os} 209 et s.

⁶ A. REY (dir.), *Le Grand Robert de la langue française. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 2, Le Robert, 2001, V^o Couple. Si jusqu'à une époque très récente, cette relation devait être hétérosexuelle. Désormais les dictionnaires usuels semblent indifférents à la condition d'altérité des sexes. Pour un exemple avant la loi du 17 mai 2013 (loi n^o 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253), *Le nouveau Littré*, 2007, V^o Couple.

⁷ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77, n^o 3.

⁸ Art. L. 152-2 CSP tel qu'il est issu de la loi n^o 94-654 du 29 juillet 1994, *JORF* 30 juil. 1994, p. 11060 : « *L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination* ». La loi du 7 juillet 2011 (loi n^o 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* 8 juil. 2011, p. 11826) a modifié la rédaction de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique. Désormais, il n'est plus fait référence au mariage ou au délai de deux ans de vie commune. Le seul critère retenu est la présence de l'homme et de la femme formant un couple.

⁹ Cl. NEIRINCK, « Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA* 13 août 1999, p. 3.

¹⁰ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2005, spéc. p. 105. Un tel procédé est particulièrement répandu dans les pays de culture juridique anglo-saxonne ou en droit communautaire. À ce propos, M.-C. BOUTARD-LABARDE, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Écrits en l'hommage de Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 25. L'emploi de ce type de définition résulte de la multiplicité des langues utilisées par les pays membres de l'Union européenne. Afin d'éviter tout contresens et de permettre une unité du système juridique communautaire, le législateur prend soin de définir le sens de chaque concept utilisé. Ces définitions ont un champ d'application restreint puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux lois qu'elles accompagnent.

¹¹ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77, n^{os} 15 à 20 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, n^o 177.

capacité procréative. En effet, le couple autorisé à recourir à la procréation médicalement assistée doit être composé d'un homme et d'une femme en âge de procréer. Or, le couple conjugal¹², objet de l'étude, est détaché de toute idée d'âge ou de procréation si bien qu'un couple homosexuel ou hétérosexuel, sans condition d'âge, peut former un couple conjugal. Par conséquent, le couple du Code de la santé publique ne peut pas servir de fondement aux développements à propos du couple conjugal.

4. L'absence de définition juridique du couple. L'absence de définition légale dite « réelle »¹³ du couple pourrait se justifier de trois manières principales.

La première justification serait le caractère superflu de l'opération de définition d'une notion déjà largement étudiée par la doctrine qui en aurait tiré toute la substance¹⁴. Toutefois, en dépit des travaux menés à ce propos, des incertitudes sur l'existence, l'identification ou les effets de ce couple demeurent. De sorte que l'argument de l'inutilité de la définition n'est pas satisfaisant.

¹² En raison de son étymologie, le terme "conjugal" renvoie au mariage. En effet il est hérité des mots latin *conjug* et *conjugialis* qui respectivement désignent l'époux et le mariage. *Le grand Gaffiot, Dictionnaire latin-français*, Hachette, 2010, V^{is} *Conjug*, *conjugialis*. Dans les développements qui suivront le terme "conjugal" doit être entendu dans un sens plus large. Il sera employé en opposition du couple parental. Il désignera toutes les formes de couple. En ce sens, M. LAMARCHE, « La conjugalité », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 23.

¹³ G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77. L'auteur oppose la définition « réelle » à la définition « terminologique ». Cette dernière n'est applicable que dans la loi qui la porte. Par conséquent, elle a un champ d'application limitée. Elle n'est qu'un accessoire de la loi qui l'énonce. La définition dite réelle est quant à elle abstraite et générale. Elle dépasse le cadre dans lequel elle apparaît. Elle énonce de façon abstraite, les traits, les caractères d'un concept juridique.

¹⁴ Des écrits font référence à la notion de couple. Un colloque organisé par la faculté de droit de Reims, les 20 et 21 juin 1997, autour de la notion juridique de couple a donné lieu à une publication des actes : *La notion juridique de couple*, Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *Économica*, 1998. En outre, certains auteurs se sont aussi intéressés spécifiquement à ce sujet : Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007 ; Cl. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27 ; B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012 ; A.-M. GILLES, *Le couple en droit social*, préf. J.-P. LABORDE, *Économica*, Droit civil, Études et recherches, 1997 ; J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 22 ; R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, préf. E. RUDE-ANTOINE, Bruylant, 2014 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017 ; O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017. V. aussi, Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 ; E. MATUTANO, « Les normes du couple, un droit positif fragmenté pour un concept socialement uniforme », *RRJ* 2011, p. 1299.

La deuxième justification de l'absence de définition du couple serait le risque lié à une telle opération¹⁵, car, la définition, par essence, fixe des concepts évolutifs. Or cela ne semble pas convenir à la famille, institution en perpétuelle transformation. Le couple d'aujourd'hui est différent de celui d'autrefois, il le sera certainement de celui de demain. L'exemple le plus probant est celui du couple homosexuel. Ignorée civilement, condamnée pénalement¹⁶, la relation homosexuelle s'est peu à peu imposée dans l'ordre juridique. En dépit des arrêts de la Cour de cassation du 11 juillet 1989¹⁷ et du 17 décembre 1997¹⁸ défavorables aux couples homosexuels, le législateur les a explicitement reconnus par la loi du 15 novembre 1999¹⁹. À ce jour, l'ouverture du mariage aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013²⁰ constitue l'étape la plus récente de cette évolution. Néanmoins, l'abandon de la condition d'altérité des sexes des époux ne constitue qu'une étape dans le *processus* d'officialisation du couple homosexuel puisqu'un nouveau changement s'annonce dans un futur proche. En effet, le 15 juin 2017, le comité consultatif national d'éthique a rendu un avis favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels composés de femmes et aux femmes seules. En outre, Madame Marlène SCHIAPPA, secrétaire d'État chargée de l'égalité entre les femmes et les hommes, a annoncé le 12 septembre 2017 que l'ouverture à toutes les femmes de la procréation médicalement assistée serait proposée par le gouvernement dans le cadre de la révision de la loi bioéthique en 2018.

En définitive, en raison des mutations sociales incessantes, l'opération de définition dans le domaine de la famille semble délicate.

¹⁵ Le Digeste contenait un enseignement selon lequel *omnis definitio in jure civili periculosa est*. Cette maxime peut être traduite de la manière suivante : « toute définition en droit civil est dangereuse ». Les définitions légales ne sont pas toujours bien accueillies par la doctrine, car elles sont le plus souvent incomplètes et imprécises.

¹⁶ Il a fallu attendre l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal pour que la dernière incrimination liée à l'homosexualité disparaisse (loi n° 82-683 du 4 août 1982, *JORF* 5 août 1982, p. 2502). À ce propos, v. par ex., P. LASCOUMES, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté », in D. BORILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Les voies du droit 1998, p. 109

¹⁷ Cass. soc., 11 juil. 1989, n° 86.10-665, *Bull. soc.*, n° 515 ; *JCP G* 1990. II. 2153, concl. M. DORWLING-CARTER ; *RDSS* 1990, p. 116, note M. HARICHAUX. ; *D.* 1990, p. 582, note Ph. MALAURIE ; *RTD civ.* 1990, p. 53, note J. RUBELLIN-DEVICHI.

¹⁸ Cass. civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779, *Bull. civ.* III, n° 225 ; *D.* 1998, p. 111, concl. J.-L. AUBERT ; *D.* 1998, p. 215, obs. B. BEIGNIER ; *D.* 1998, jurispr., p. 111, concl. J.-Fr. WEBER.

¹⁹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

²⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253.

Enfin, la troisième et dernière raison importante pour laquelle le couple n'est pas juridiquement défini serait le refus volontaire du législateur de consacrer la notion juridique de couple. En effet, le couple ayant vocation à réunir tous les modes de conjugalité sous un même vocable, le souhait de les dissocier fait échec à l'introduction du couple dans le système normatif français.

Toutefois, au vu du désordre qui règne autour de cette notion qui devient fuyante, totalement hétérogène, l'opération de définition apparaît indispensable.

5. L'exclusion du couple parental du champ de l'étude. L'hétérogénéité de la notion juridique de couple est entretenue par la jurisprudence qui utilise ce terme pour désigner les relations horizontales entre les membres du couple²¹, mais aussi les relations verticales entre les parents et les enfants²².

Le couple parental, bien qu'il ne soit pas au cœur de l'étude, mérite toutefois quelques développements. Alors que l'idée d'un droit commun du couple conjugal germe en droit de la famille, elle a déjà été concrétisée dans le couple parental. En effet à la suite des évolutions législatives, une véritable égalité a été établie entre les parents dans l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, la loi du 4 juillet 1970²³ a fait disparaître l'expression de puissance paternelle pour la remplacer par celle d'autorité parentale. Depuis lors, l'autorité parentale n'appartient plus exclusivement au père, mais aux parents. Néanmoins, cette égalité était imparfaite. À titre d'exemple, en raison du statut patrimonial de la mère, l'administration légale des biens de l'enfant

²¹ Le couple est utilisé pour désigner les relations entre les concubins : Cass. civ. 1^{re}, 17 juin 1997, n° 95-14.907, non publié ; Cass. crim., 30 nov. 2010, n° 10-80.707, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, n° 14-24.642, *Bull. civ. I*, n° 319. Il est aussi utilisé pour désigner les époux. Cass. civ. 2^e, 15 janv. 2000, n° 98.20-622, non publié.

²² Cass. civ. 2^e, 15 mars 2001, n° 99-14.393, non publié. La Cour de cassation utilise aussi ce terme pour désigner le couple parental. La dissociation du couple parental et du couple conjugal résulte de la loi du 22 juillet 1987 (loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale, *JORF* 24 juillet 1987, p. 8253). Après la séparation du couple, l'autorité parentale est confiée aux deux parents qui forment alors un couple parental alors même que le couple conjugal a disparu. L'exercice conjoint de l'autorité parentale permet donc de dissocier ces couples. G. RAYMOND, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G* 1987. I. 3299. V. aussi, M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, préf. Fr. TERRÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2003.

²³ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 juin 1970, p. 5227.

mineur était confiée exclusivement au père²⁴. Par ailleurs, l'exercice de l'autorité parentale différait selon que l'enfant était dans le mariage ou hors mariage. Si dans le premier cas l'égalité et la collégialité parentale régnaient, dans le second cas l'autorité parentale était dévolue à un seul des parents.

Quelques années plus tard, la loi *Malhuret* du 22 juillet 1987²⁵, outre le fait de dissocier le couple parental du couple conjugal en faisant survivre le couple parental malgré la séparation des époux²⁶, a fait un pas de plus dans le sens d'une égalité en généralisant l'exercice conjoint de l'autorité parentale dans les couples hors mariage. Ce sont finalement les lois du 8 janvier 1993²⁷ et du 4 mars 2002²⁸ qui ont fini par consacrer la coparentalité systématique²⁹, faisant ainsi de la cotitularité la règle en matière d'autorité parentale.

Au-delà de cette consécration d'un couple parental bicéphale, le législateur a fait disparaître la distinction entre la famille légitime et la famille naturelle. Toujours par souci de protection de l'enfant³⁰ et d'égalité entre les parents³¹, les réformes ont tout d'abord conduit à la reconnaissance

²⁴ Malgré les avancées opérées par la loi du 11 juillet 1975 (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171), il fallut attendre la loi du 23 décembre 1985 (loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF* 26 déc. 1985, p. 15111) pour que l'inégalité entre le mari et la femme disparaisse.

²⁵ Loi n° 87-570 sur l'exercice de l'autorité parentale du 22 juillet 1987, *JORF* 24 juillet 1987, p. 8253.

²⁶ En ce sens, v. par. G. RAYMOND, « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G* 1987. I. 3299, n°s 6 et s.

²⁷ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* 9 janv. 1993, p. 495. À ce propos, v. par ex., H. FULCHIRON, « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », *D.* 1993, p. 117.

²⁸ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3.

²⁹ En ce sens, v. H. FULCHIRON, « L'autorité parentale rénovée », *Deffrénois* 2002, p. 959.

³⁰ L'intérêt de l'enfant apparaît en effet comme un des mythes du droit contemporain de la famille. En ce sens, v. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249. V déjà, R. LE GUIDEC, *La notion d'intérêt de l'enfant en droit civil français*, Université de Nantes, 1973.

³¹ À ce propos, v. par ex. Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417 ; J. MASSIP, « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Deffrénois* 1990, p. 149 ; Fr. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Deffrénois, 2012, p. 59.

de la famille naturelle³² puis à la consécration du principe d'égalité des filiations³³. La dernière pierre à cet édifice a finalement été apportée par l'ordonnance du 4 juillet 2005³⁴ qui a supprimé la qualification de « légitime » et de « naturel ». Désormais, tant au niveau l'établissement de la filiation que dans les effets de celle-ci, les enfants sont tous égaux³⁵.

Ces évolutions législatives ont créé un droit commun en matière de filiation et d'autorité parentale. Un droit commun pour les enfants en faisant disparaître les discriminations à l'égard des enfants naturels, mais aussi un droit commun pour les parents qui sont désormais égaux en matière d'autorité parentale. C'est donc en premier lieu par le couple parental que le droit commun du couple est arrivé.

Toutefois, la dissociation du couple conjugal et du couple parental semble indispensable. En effet, si, par le passé, le mariage a entretenu un fort lien avec la procréation associant ainsi l'enfant au mariage et par conséquent au couple, l'érosion progressive du lien entre la procréation et le

³² Loi n° 82-536 du 25 juin 1982 relative à l'établissement de la filiation naturelle, *JORF* 26 juin 1982, p. 2026. Cette loi a permis l'établissement de la filiation naturelle. Puis la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (*JORF* 9 janv. 1993, p. 495) a supprimé la liste limitative des cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité naturelle.

³³ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, p. 4161, texte n° 3. Cette loi a introduit l'article 310-1 dans le Code civil : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux* ». Cet article se trouve désormais à l'article 310 du Code civil en introduction du Titre VII relatif à la filiation. Avant la loi du 4 mars 2002, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral (*JORF* 4 déc. 2001, p. 19279), adoptée sous la pression de la Cour EDH (Cour EDH, 1^{er} févr. 2002, *Mazurek c. France*, req. 34406/97) a fait disparaître la discrimination à l'égard des enfants adultérins.

³⁴ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* 6 juil. 2005, p. 11159. Sur ce point, v. par ex., Fr. GRANET-LAMBRECHTS, J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17 ; I. CORPART, « La filiation sur ordonnance ou la fin des inégalités », *Gaz. Pal.*, 24 et 25 août 2005, p. 2 ; Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, p. 34.

³⁵ Il est cependant nécessaire de relever que l'établissement de la filiation paternelle n'obéit pas aux mêmes règles selon que les parents sont mariés ou qu'ils ne le sont pas. La présomption de paternité reste en effet attachée au mariage. Par ailleurs, les enfants incestueux continuent d'être traités de manière particulière puisque leur filiation ne peut être établie qu'à l'égard d'un seul des parents. V. toutefois, CA Caen, 8 juin 2017, *Juris-Data* n° 2017-012460.

mariage³⁶ entraîne un dédoublement de la notion de couple avec d'un côté, le couple parental, et de l'autre le couple conjugal³⁷. C'est pourquoi le couple parental se situe hors du champ de l'étude.

6. Le lien entre l'essor du concubinage et le couple. L'apparition du couple dans le langage juridique est une réponse à la démocratisation du concubinage au cours du XX^e siècle³⁸ et à la perte de monopole du mariage.

Au lendemain de mai 1968, les sociologues ont constaté, en France, une diminution des unions matrimoniales et un accroissement des relations de concubinages traduisant ainsi une modification de la structure conjugale. Ce phénomène a tout d'abord été expliqué par le recul de l'âge du mariage³⁹. Puis de plus fines analyses ont révélé que d'autres facteurs, tels que l'instauration du divorce par consentement mutuel, la recherche de liberté ou l'indépendance de la femme ont contribué à la déstabilisation du mariage et à l'essor des concubinages⁴⁰.

Bien qu'il se soit démocratisé au cours du XX^e siècle, le concubinage est un mode de vie à deux pluri-séculaire dont la reconnaissance juridique et sociale a évolué en fonction des époques et des civilisations. En cela, il est « *une réalité à éclipses* »⁴¹. Parfois toléré, longtemps condamné, le sort du concubinage en Occident est lié à celui de la religion chrétienne. En effet, le développement de cette dernière est corrélé à la défiance croissante à l'égard du concubinage⁴².

³⁶ V. *infra* nos 74 et s.

³⁷ En ce sens, J. MARQUET, « Couple parental – couple conjugal, multiparenté – mutiparentalité. Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques* 2010/41-2, p. 51. L'auteur considère qu'il s'agit d'une autonomisation de ces deux notions. V. aussi, M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, préf. Fr. TERRÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2003, nos 12 et s. ; A. THURILLET BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille. Contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, thèse Université de Bourgogne, 2011, n° 552 : « *l'enfant fait survivre le couple dans sa dimension parentale alors même que sa dimension conjugale a disparu* ». On peut aussi citer V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité au XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107 : « *une évolution du droit de la famille qui a conduit à dissocier presque totalement les considérations conjugales de celles relatives à l'enfant* ».

³⁸ D'un phénomène marginal dans les années 1960, le concubinage est devenu un phénomène incontournable dans les années 1990. Ce phénomène continue d'ailleurs de prendre de l'ampleur puisqu'au début de l'année 2011, selon l'INSEE, les concubins représentent 22,6 % des couples. Ce faisant, le concubinage est devenu la norme en matière de cohabitation avant le mariage. Fr. PRIOUX, « Les couples non mariés en 2005 : quelles différences avec les couples mariés ? », *Politiques sociales et familiales* juin 2009/96, p. 87.

³⁹ L. ROUSSEL, « La cohabitation juvénile en France », *Population* 1978/1, p. 15.

⁴⁰ Fr. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, coll. Domaines et approches, 5^e éd., 2014, pp. 48 et s. v. aussi, M. SEGALIN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, coll. U sociologie, 8^e éd., 2013, pp. 88 et s. ; J.-H. DÉCHAUX, *Sociologie de la famille*, La Découverte, coll. Repères, 2007, pp. 22 à 25.

⁴¹ M.-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ellipses, coll. Mise au point, 2^e éd., 2012, spéc. p. 45.

⁴² Sur ce point, v. par ex., J.-Cl. BOLOGNE, *Histoire du couple*, Perrin, 2016, pp. 95 et s.

Connu des Romains, le *concubinatus* est une « union matrimoniale qui ne se soucie pas de respecter certaines des exigences de forme du *matrimonium* (...). Il s'introduit alors que l'on ne veut pas du mariage ou que l'on ne peut pas juridiquement conclure un mariage »⁴³. Le *concubinatus*, mode de conjugalité hors mariage, s'oppose au *strupum*, qui s'entend du commerce illicite entretenu avec une femme mariée⁴⁴. Alors que cette dernière relation est unanimement condamnée par les juriconsultes, le *concubinatus* est majoritairement toléré⁴⁵ au point d'être juridiquement reconnu pendant la période du Haut-Empire⁴⁶.

Afin de limiter l'essor du concubinage, les empereurs romains du Bas-Empire⁴⁷ ont, dans un premier temps, fait preuve de davantage de sévérité envers les concubins. Cette entreprise s'est révélée infructueuse puisque le nombre de concubinages n'a pas diminué. Puis, dans un second temps, afin de faire disparaître les unions libres, l'empereur Justinien les a converties en unions de droit, en un *iustum matrimonium*⁴⁸. La transformation des relations de fait en union de droit exprime la volonté de protéger les bonnes mœurs et l'honneur des familles⁴⁹. En creux, elle témoigne de l'influence grandissante du christianisme dans l'Empire romain⁵⁰. En effet, cette mesure illustre le souhait de privilégier la famille légitime, seule famille reconnue par l'Église.

À partir de la monarchie franque⁵¹, la chute de l'Empire romain, la disparition progressive du droit romain et l'apparition du droit canonique ont conduit à une condamnation du concubinage. Puisque l'Église considère le mariage comme une union de « *droit naturel* » créatrice d'ordre, instituée par Dieu⁵², il devient la seule relation conjugale acceptable.

⁴³ J. GAUDEMET, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 375. Cette union libre pouvait être choisie par un homme et une femme qui ne souhaitent pas se marier, ou subie en raison d'obstacles moraux ou juridiques.

⁴⁴ L. BOYER, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », in *Les concubinages : approche socio-juridique*, Centre de droit de la famille Lyon, 1986, p. 127, n° 9.

⁴⁵ L. BOYER, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », article préc., n° 9.

⁴⁶ Cette période s'étend de 27 av. J.-C. à 284. Toutefois, la date de fin du Haut-Empire varie selon les auteurs.

⁴⁷ Le Bas-Empire succède au Haut-Empire. Il est généralement fixé de 284 à 476.

⁴⁸ J. GAUDEMET, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », article préc., p. 388.

⁴⁹ En ce sens, J. GAUDEMET, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », article préc., p. 392.

⁵⁰ L. BOYER, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », article préc., n° 14 ; J. GAUDEMET, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », article préc., p. 392.

⁵¹ A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, t. 2, Burt Franklin, 1968, spéc. pp. 114 et s.

⁵² J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Éditions du Cerf, 1987, spéc. p. 154.

Le regain de puissance du pouvoir temporel sur le pouvoir spirituel correspond au retour en grâce du concubinage. À partir du XVI^e siècle, son caractère délictueux disparaît. Il peut même produire certains effets. À titre d'exemple, les donations entre concubins ne sont plus automatiquement frappées de nullité⁵³.

Quelques siècles plus tard, le Code civil et Napoléon Bonaparte⁵⁴ circonscrivent le couple juridiquement reconnu au mariage civil⁵⁵ s'inspirant ainsi de la doctrine canonique selon laquelle la famille légitime est le soubassement de la société. Pour autant, le concubinage n'est pas condamné⁵⁶, il est simplement ignoré.

7. La transformation du pluralisme social en un pluralisme législatif par la loi du 15 novembre 1999⁵⁷. L'indifférence du législateur à l'égard du concubinage durant les XVIII^e et XIX^e siècles a laissé place à une reconnaissance juridique au cours du XX^e siècle. Dans un premier temps parcellaire⁵⁸, cette consécration juridique est devenue totale après l'intervention

⁵³ L. BOYER, « Concubinages et concubinats du code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », in *Les concubinages : approche socio-juridique*, Centre de droit de la famille Lyon, 1986, p. 127, n^{os} 27 à 33.

⁵⁴ On prête habituellement à Napoléon BONAPARTE la maxime suivante : « *les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux* ».

⁵⁵ La consécration du mariage civil marque un changement profond dans l'appréciation de ce mode de conjugalité. Pour aboutir à un tel résultat, Portalis a privilégié l'opinion des contre-révolutionnaires qui se fondent sur la double appartenance à la fois civile et religieuse du mariage au détriment de celle des idéologues révolutionnaires du Tribunat comme SIEYÈS ou VOLNEY. Selon PORTALIS, le mariage est « *un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs, et que la religion a sanctifié* ». En ce sens, I. THÉRY, Chr. BIET, « Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil », in I. THÉRY et Chr. BIET (dir.), *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 104, spéc. p. 111.

⁵⁶ Elle produit parfois des effets comme en matière de donations à condition qu'elles n'aient pas une cause illicite ou immorale. À ce propos, v. par ex. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La Révolution française et la famille*, PUF, 1978, spéc. pp. 64-65. Bien que le Code Michau de 1629 rende systématiquement nulles les donations faites entre concubins, la jurisprudence s'est rapidement écartée de cette nullité aveugle. Les juges ont en effet rapidement instillé une dose d'équité à ce propos. Le silence du droit intermédiaire installa un certain doute. Fallait-il reprendre la solution dégagée par le Code Michau ou au contraire s'appuyer sur les solutions rendues par les juges ? Les cours d'appel semblent s'orienter vers la seconde solution en refusant de dégager une incapacité entre concubins.

⁵⁷ Loi n^o 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

⁵⁸ V. par ex., la loi du 16 novembre 1912 (Loi du 16 novembre 1912 modifie l'art. 340 du Code civil sur la reconnaissance judiciaire de la paternité naturelle, *JORF* 17 nov. 1912, p. 9718) autorise la recherche de paternité naturelle.

législative du 15 novembre 1999⁵⁹. Depuis lors, le concubinage est défini⁶⁰ à l'article 515-8 du Code civil comme « *une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ».

La prise en compte tardive des relations hors mariage résulte d'un choix du législateur de maintenir un monisme de façade que l'on pourrait qualifier de monisme politique ou d'« *antinominalisme* »⁶¹.

Toutefois, la progression de la conjugalité hors mariage conjuguée aux revendications des familles dites naturelles et à « *la décadence du mariage* »⁶² nécessitait une intervention législative. Puisque le législateur ne souhaitait pas détruire les fondements de la conjugalité⁶³ en rebâtissant le droit de la famille sur un nouveau mode de conjugalité, il s'est inspiré des lois dites CARBONNIER⁶⁴, qui ont permis d'appréhender juridiquement la diversité sociale de la famille⁶⁵, en votant la loi du

⁵⁹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959. Cette reconnaissance n'est pas une spécificité française. Au Québec, la situation est la même. Il semblerait même que le phénomène de concubinage au Québec soit le plus important au monde. En ce sens, B. MOORE, « Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », *Revue de droit McGill* 2009, vol. 54/2, p. 257, spéc. pp. 267-268.

⁶⁰ Certains critiquent avec véhémence cette définition. En ce sens, v. par ex., *RTD civ.* 2014, p. 92, obs. J. HAUSER : « *Après tout on pourrait soutenir que si le législateur a cru bon de créer le ridicule article 515-8 prétendant définir le concubinage (...)* ».

⁶¹ G. CORNU, Cours de droit civil. L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Les cours de droit, 1970-1971, pp. 72-73.

⁶² Selon l'auteur, la "décadence" du mariage débute avec l'avènement des filiations hors mariage notamment lorsque les droits successoraux de l'enfant naturel ont été calqués sur ceux des enfants naturels. J.-Ph. LÉVY, « Les transformations du droit familial français depuis le milieu du XX^e siècle », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Éditions Panthéon-Assas, 667, spéc. p. 667.

⁶³ Pour une présentation de ces idées, M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Mariage et concubinages ou les sens et contresens de l'histoire », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, CNRS, 1990, p. 263, n° 30.

⁶⁴ Les lois dites CARBONNIER sont les lois pour lesquelles le Doyen CARBONNIER a rédigé les projets. Elles s'étendent de 1964 à 2001. À titre d'exemple, il est possible de citer la loi sur la tutelle des mineurs (loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JORF* 15 déc. 1964, p. 11140), la loi sur la réforme des régimes matrimoniaux (loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* 14 juil. 1965, p. 6044) ou encore la loi sur le divorce (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171). Pour une liste exhaustive, M. CARBONNIER, « Jean Carbonnier. Biographie », in R. VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 687, spéc. p. 688.

⁶⁵ Comme l'a écrit le Doyen CARBONNIER : « *à chacun sa famille, à chacun son droit* » en est une illustration. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Défrénois, 2^e éd., 1995, p. 182.

15 novembre 1999. Ce faisant, le pluralisme législatif⁶⁶ a succédé au pluralisme social⁶⁷. Qu'elle soit fortuite⁶⁸ ou préméditée, la reconnaissance de la conjugalité hors mariage par le droit est devenue une réalité. L'intervention du législateur du 15 novembre 1999 a permis aux couples qui vivaient parfois par choix, mais le plus souvent par obligation⁶⁹, en marge du modèle conjugal de référence, de bénéficier d'une reconnaissance juridique.

En outre, la loi du 15 novembre 1999 a aussi créé le Pacs. Alors que le Sénat, défavorable à la proposition de l'Assemblée nationale relative au Pacs, avait défini le concubinage dans le but de reconnaître les couples homosexuels, les députés ont maintenu le Pacs tout en conservant la proposition de définition du concubinage introduite par les sénateurs. Allant au-delà de la simple reconnaissance du concubinage, la loi du 15 novembre 1999 a donné « *naissance à une modalité d'organisation de la vie commune (...), un cadre omnibus* »⁷⁰ ouvert aux couples hétérosexuels et homosexuels. Ainsi est née l'offre plurielle des modes de conjugalité.

L'émergence de ces nouveaux modes de conjugalité constitue un véritable changement de paradigme⁷¹, car l'objectif n'est plus plus d'assurer un modèle de reproduction sociale par le

⁶⁶ Le pluralisme serait un mythe. Il serait la manifestation de la politisation du droit. En outre, le terme serait employé par facilité afin d'éviter toute contestation. En ce sens, Chr. ATIAS, « Le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ* 1982, p. 244, spéc. p. 246.

⁶⁷ Cela n'est pas étonnant puisque « *le pluralisme du droit est une conséquence du pluralisme sociologique* ». En ce sens, N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. Droit fondamental, 1988, n° 50.

⁶⁸ R. BLOUGH, « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude n° 19, n° 2. Pour l'auteur, « *l'introduction d'une définition du concubinage dans le Code civil aurait pu constituer l'appréhension juridique de la montée d'un phénomène social. Ce n'est pourtant ni dans ce contexte ni dans ce but que la définition est née* ».

⁶⁹ V. par ex., M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *La personne. La famille et le Droit. Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, spéc. p. 19. V. aussi J. GAUDEMET, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 375, spéc. p. 378. L'auteur démontre qu'en raison d'obstacles tant naturels que sociojuridiques, l'union libre demeurerait la seule solution envisageable pour certains couples. De sorte que le concubinage était davantage subi que choisi.

⁷⁰ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 50.

⁷¹ Sur la définition du paradigme, Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, Flammarion. L'auteur définit le paradigme comme un schéma tenu pour vrai par la communauté scientifique.

mariage, mais de permettre l'épanouissement affectif des membres du couple⁷², y compris dans le mariage⁷³.

L'emploi d'un terme générique comme le "couple" permet d'appréhender cette diversité conjugale dans sa globalité. C'est pourquoi le couple et le pluralisme apparaissent indissociables. Le couple est une sorte de « *menu à la carte* »⁷⁴ dans lequel chacun choisit le mode de conjugalité qui lui convient.

8. L'illustration de la perte de monopole du mariage par la naissance du pluralisme conjugal. La reconnaissance de la conjugalité hors mariage illustre la perte du monopole de l'institution matrimoniale. Le mariage devient un statut conjugal parmi d'autres, marquant ainsi l'abandon de l'idée de jugement de valeur étatique entre les différents modes de conjugalité⁷⁵. Ainsi le concubinage n'est plus abordé comme un mariage qui n'est pas formalisé, mais comme un mode de conjugalité autonome répondant à une définition propre⁷⁶.

Le pluralisme juridique n'annonce pas pour autant une neutralité du législateur. La limitation des droits et des devoirs des couples hors mariage marque la volonté de créer une véritable hiérarchie dans laquelle le mariage se trouve au sommet. En effet, l'absence de jugement de valeur n'est pas synonyme d'égalité. « *Si le mariage n'est plus qu'un mode de conjugalité parmi d'autres,*

⁷² Fr. HÉRITIER, « Quel sens donner aux notions de couple et de mariage ? À la lumière de l'anthropologie », *Inf. soc.* 2005, n° 122, p. 6, n° 3.

⁷³ Le Doyen CARBONNIER résume parfaitement cet état de fait : « *le ressort de cette pratique c'est la liberté, l'individualisme, la conviction que le bonheur individuel est l'essence du mariage, et que chacun doit être seul juge et responsable de son propre bonheur* ». J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325, spéc. p. 335.

⁷⁴ M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 317, spéc. p. 325.

⁷⁵ J. HAUSER, « Vers une théorie générale du droit familial ? », *RTD civ.* 1991, p. 56. Face aux divers modes de conjugalité, l'État adopterait une position neutre. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 661, spéc. p. 685. Les sociologues font aussi le même constat. V. par ex., J. COMMAILLE, « Nouvelle légalité et modes d'analyse des comportements familiaux », in Th. HIBERT et L. ROUSSEL (dir.), *La nuptialité, évolution récente en France et dans les pays*, INED, PUF, 1991, p. 39, spéc. p. 41.

⁷⁶ H. FULCHIRON, Ph. MALAURIE, « Évolution du droit français de la famille », *Deffrénois* 2009, p. 1347, n° 9 ; J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133. Selon l'auteur, malgré le pluralisme, le modèle de référence demeure le mariage. V. aussi M.-Th. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le Droit, trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, pp. 13-34. *Contra* Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281. Selon Madame le Professeur DEKEUWER-DÉFOSSEZ, avant la loi du 15 novembre 1999, le mariage n'a pas servi de référence au concubinage. Il s'agissait simplement d'accorder certains attributs du mariage aux concubins.

les droits et les devoirs qui en découlent, ainsi que les avantages civils, fiscaux et sociaux qui y sont attachés, sont moins la marque d'un statut spécifique que la conséquence d'une situation de fait, liée à la vie en couple »⁷⁷.

9. Le pluralisme reflète la montée de l'individualisme dans le droit de la famille.

L'individualisation de la société est le fruit de la Révolution française⁷⁸. Les études sociologiques menées sur le groupe familial ont fait état de cette transformation. Dès la fin du XIX^e siècle, DURKHEIM avait constaté l'avancée de l'individualisme familial⁷⁹ au détriment du « *communisme familial* »⁸⁰. Cette remarque, bien qu'ancienne, demeure actuelle. En effet, « *l'évolution familiale contemporaine continue d'être marquée par l'autonomisation de l'individu par rapport à la famille* »⁸¹. Les intérêts personnels de chacun des membres de la famille ne sont plus considérés comme secondaires. L'épanouissement de soi devient une donnée incontournable. « *La "famille nouvelle" repose sur une idée de base tout à fait différente : elle est le projet d'un individu, la projection de son idéal qu'il concrétise au mieux et fait varier lorsque la situation concrète ne correspond plus à son projet* »⁸². En définitive, l'individualisme marque une transformation des relations familiales dans lesquelles l'individu occupe une place prépondérante alors que l'intérêt du groupe familial est relégué au second plan.

« *Le processus d'individualisation conduit à une certaine déstabilisation institutionnelle, et à une pluralité des formes de la vie familiale* »⁸³. En d'autres termes, le pluralisme conjugal est une représentation de la montée au droit de l'individualisme dans le droit de la famille. En effet, le

⁷⁷ H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 395, spéc. p. 401.

⁷⁸ En ce sens, É. SLEDZIEWSKI, « Individualité et modernité : regards sur une civilisation de l'individu », in I. THÉRY et Chr. BIET (dir.), *La Famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 363.

⁷⁹ Pour une confirmation de cette approche. Fr. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, coll. Domaines et approches, 5^e éd., 2014, p. 14.

⁸⁰ É. DURKHEIM, « La famille conjugale, cours de 1892 », *Revue philosophique* 1921, p. 2.

⁸¹ J. MARQUET, « Évolution et déterminants des modèles familiaux », 2001. L'article n'a pas été publié. Il est cependant disponible à l'adresse suivante : <http://sites-test.uclouvain.be/actualites/1marquet.pdf>.

⁸² M.-A. FRISON-ROCHE, « Une famille à sa main », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 249, spéc. p. 260.

⁸³ Fr. DE SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, Armand Colin, coll. Essais & Recherches, 2005, p. 17.

législateur français⁸⁴ a pris acte de cette évolution sociologique de la famille et du couple⁸⁵. En effet, « *la volonté du législateur d’instaurer une plus grande liberté et davantage d’égalité dans les rapports familiaux* »⁸⁶ a notamment abouti à la création du Pacs et à la définition du concubinage⁸⁷, à l’ouverture du mariage aux couples homosexuels⁸⁸, à l’égalité des filiations⁸⁹, au nouveau divorce par consentement mutuel sans juge⁹⁰... Toutes ces réformes portent en elles l’idéologie individualiste⁹¹.

10. Un pluralisme certain en 1999. Depuis l’appréhension juridique du pluralisme social par la loi du 15 novembre 1999, trois modes de conjugalité distincts que rien ne semble rapprocher coexistent.

Si les nouveaux modes de conjugalité consacrés par la loi du 15 novembre 1999 ont tous vocation à reconnaître une fonction économique aux personnes vivant hors mariage ainsi qu’aux couples de même sexe, le Pacs et le concubinage ne se concurrencent pas. En effet, d’un côté, le concubinage est défini à l’article 515-8 du Code civil comme « *une union de fait caractérisée par*

⁸⁴ Ce phénomène d’individualisation n’est pas une spécificité française puisqu’on le retrouve dans d’autres pays comme la Belgique, J.-L. RENCHON, « La prégnance de l’idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 209. V. aussi M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Réflexions sur l’état des personnes et l’ordre public », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 317, spéc. p. 322.

⁸⁵ P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 237, spéc. p. 238. Madame le professeur BRUNETTI-PONS s’est d’ailleurs alarmée de cet individualisme qui, selon elle, peut mener à une perte des repères sociaux. En ce sens, Cl. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l’évolution du droit de la famille : 1^{re} partie », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 15, n° 17. L’individualisation, à outrance, de la société est dangereuse. C’est pourquoi un équilibre entre la promotion des libertés et des droits individuels et l’organisation sociale doit être trouvé. J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à fin du XX^e siècle », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller LGDJ*, 1994, p. 235, spéc. p. 242.

⁸⁶ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 66. Sur la question de la réception des principes d’égalité et de liberté en droit civil et en droit de la famille, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d’égalité en droit civil », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 83. Plus spécifiquement sur la notion d’égalité dans le droit de la famille, Ph. JESTAZ, « L’égalité et l’avenir du droit de la famille », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417.

⁸⁷ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

⁸⁸ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2003, p. 8253.

⁸⁹ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* 6 juil. 2005, p. 11159.

⁹⁰ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1.

⁹¹ Pour un constat relativement similaire, J.-L. RENCHON, « La prégnance de l’idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 209.

une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ». Cette définition rend le concubinage autonome du mariage. Elle en délimite les contours⁹² sans pour autant renier son caractère « *irréductiblement polymorphe* »⁹³. Enfin, elle soumet sa reconnaissance au respect de certaines normes sociales portées notamment par les exigences de stabilité et de continuité. De l'autre côté, on trouve le Pacs, union formalisée, introduite dans le Code civil à la suite d'une longue bataille parlementaire⁹⁴, qui crée pour la première fois un statut destiné à répondre aux revendications des couples homosexuels⁹⁵. La différence de nature de ces modes de conjugalité hors mariage est indéniable puisque le Pacs est un contrat alors que le concubinage est une union de fait.

Outre une différence de nature, une hiérarchie quant aux effets du mariage, du Pacs et du concubinage avait été clairement établie par la loi du 15 novembre 1999⁹⁶. Au sommet de celle-ci se trouvait le mariage, mode de conjugalité très protecteur, mais relativement contraignant. En bas de cette hiérarchie, on retrouve le concubinage qui laisse une liberté totale aux concubins et dont les effets sont relativement restreints. Entre ces modes de conjugalité, le législateur a placé le Pacs qui présente un degré de protection et de contrainte moindre que l'institution matrimoniale, mais

⁹² Des doutes subsistent sur le champ d'application de cette définition, notamment sur le fait de savoir si cette définition s'impose aux autres législations ou si elle est seulement supplétive. *RTD civ.* 2001, p. 336, obs. J. HAUSER. L'auteur s'interroge régulièrement sur le bien-fondé de la définition du concubinage, de laquelle le législateur n'a tiré aucune conséquence. Pour un exemple récent, *RTD civ.* 2016, p. 591, obs. J. HAUSER.

⁹³ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 45.

⁹⁴ À ce propos, J. HAUSER, « L'inutilité de l'article 515-8 du Code civil : les problèmes du concubinage sont ailleurs que dans la définition », *RTD civ.* 2003, p. 682 ; W. BABY, *Les effets patrimoniaux du pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle forme de conjugalité*, préf. M. NICOD, post. B. BEIGNIER, Defrénois, Doctorat & Notariat, coll. Thèses, t. 51, 2013, n°s 6 et 7.

⁹⁵ En France, le Pacs est la concrétisation de nombreux projets avortés. À titre d'exemple et de manière non exhaustive, il est possible de recenser une première proposition de loi déposée par Jean-Luc MÉLANCHON, le 25 juin 1990 qui avait pour objectif de créer un contrat de partenariat civil. Une autre a vu le jour, le 28 février 1992. Elle tendait cette fois à créer un contrat d'union civile (CUC). Puis, le groupe socialiste à l'Assemblée nationale dépose la proposition de loi relative au contrat d'union sociale (CUS), le 23 janvier 1997. Le 23 juillet 1997, une proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale (CUCS) est déposée par un groupe de députés, dont Jean-Pierre MICHEL. Enfin, la mission Droit et Justice présidée par le Professeur HAUSER propose le pacte d'intérêt commun (PIC). D'une manière générale, à part le PIC, aucune des propositions n'a séduit la doctrine. En ce sens, B. BEIGNIER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : une copie à revoir », *Dr. fam.* 1998, chron. n° 4 ; L. LEVENEUR, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *JCP G* 1998. II. 4069 ; Fr. GAUDU, « À propos du " contrat d'union civile " : critique d'un profane », *D.* 1998, p. 19.

⁹⁶ Il est d'ailleurs surprenant d'employer ce terme alors que le pluralisme conjugal est né de la volonté de traiter chacun des couples de manière égale. Cl. BRUNETTI-PONS, « De l'émergence d'une hiérarchie des couples », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, p. 37, spéc. p. 38. « *En effet, cette systématisation de l'égalité renferme en présupposé la négation même de tout principe hiérarchique* ».

supérieur au concubinage. Il ressort de cette offre conjugale plurielle une sorte de gradation quant aux effets.

Enfin, la dernière différence, peut-être la plus notable, relève de la sociologie. Le choix d'un mode de conjugalité plutôt qu'un autre est le fruit d'une réflexion des membres du couple. Bien que ce ne soit pas une vérité absolue, les partenaires envisagent souvent le Pacs comme « *une étape de consolidation du couple là où le mariage est davantage associé à la présence d'enfant* »⁹⁷. Il ressemble parfois à de longues fiançailles⁹⁸. Par la conclusion d'un Pacs, les partenaires souhaitent se confronter quotidiennement à un statut tout en assurant « *une forme modérée de reconnaissance sociale* » à leur relation⁹⁹.

Par ailleurs, la catégorie socioprofessionnelle des couples de partenaires est, d'une manière générale, différente de celle des couples mariés puisque les cadres et les professions intellectuelles supérieures sont plus souvent liés par un Pacs qu'unis par un mariage¹⁰⁰. Au contraire, les ouvriers se lient moins par un Pacs qu'ils ne se marient. Le contraste le plus saisissant apparaît pour les couples dont au moins l'un des membres dépend du secteur public puisque 58 % d'entre eux sont liés par un Pacs alors que seulement 22 % sont mariés¹⁰¹. D'une manière générale, la distribution sociale du Pacs illustre sa singularité¹⁰², ce qui permet de le différencier du mariage.

11. Le rapprochement des modes de conjugalité causé principalement par l'extension des droits des époux aux couples hors mariage. Les différences entre les modes de conjugalité,

⁹⁷ W. RAULT, M. LETRAIT, « Formes d'unions différentes, profils distincts ? Une comparaison des pacsés. e. s en couple de sexe différent et des mariés. e. s », *Sociologie* 2010, n° 3, p. 319.

⁹⁸ En ce sens, M. SEGALIN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, coll. U sociologie, 8^e éd., 2013, p. 97.

⁹⁹ Fr. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, coll. Domaines et approches, 5^e éd., 2014, p. 49.

¹⁰⁰ W. RAULT, M. LETRAIT, « Formes d'unions différentes, profils distincts ? Une comparaison des pacsés. e. s en couple de sexe différent et des mariés. e. s », *Sociologie* 2010, n° 3, p. 319. Les cadres et les professions supérieures représentent 25 % des pacsés et seulement 13 % des époux.

¹⁰¹ Le fait que plus de la moitié des partenaires soit des partenaires relève peut-être des fraudes. En effet, les fonctionnaires bénéficient du rapprochement géographique lorsqu'ils vivent éloignés de leur partenaire ou de leur époux. Or il est vraisemblable qu'un certain nombre de fonctionnaires qui ne vivent pas en couple se lient par un Pacs afin de bénéficier ou de faire bénéficier du rapprochement géographique.

¹⁰² Il est toutefois nécessaire d'indiquer que Wilfried RAULT ET Muriel LETRAIT, dans leur étude sociologique consacrée aux différentes formes d'unions, constatent un rapprochement des profils des partenaires et des époux. Une étude menée en 2013 montre que ces différences subsistent bien que les disparités diminuent. En ce sens, E. BAILLY, W. RAULT, « Les pacsés en couple hétérosexuel sont-ils différents des mariés ? », *Population & Sociétés* 2013, n° 497.

notamment entre le Pacs et le mariage, s'estompent progressivement tant au niveau des conditions de formation que des effets¹⁰³. Depuis la réforme du 23 juin 2006¹⁰⁴, les intentions du législateur s'éloignent de celles des promoteurs de la loi du 15 novembre 1999. Le Pacs est désormais inscrit en marge de l'état civil, il est enregistré par l'officier d'état civil¹⁰⁵ et il soumet les partenaires à des devoirs patrimoniaux et personnels proches, voire identiques à ceux des époux. Corrélativement, les droits des partenaires fleurissent¹⁰⁶. Indiscutablement, depuis la refonte du Pacs de 2006 les modes de conjugalité déclarés se rapprochent. Une des étapes marquantes de ce rapprochement est illustrée par l'adoption de la loi du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat¹⁰⁷ qui a aligné le régime fiscal des partenaires sur celui des époux en matière de droits de mutation à titre gratuit¹⁰⁸.

Le constat du rapprochement est identique pour les concubins. Bien qu'ils ne soient soumis à aucun statut, la loi comme les prétoires leur accordent des droits de plus en plus nombreux. Ils disposent en effet de droits sociaux sur le logement¹⁰⁹, de droits à certaines prestations sociales¹¹⁰, de droits en matière d'assurance¹¹¹, de droits fiscaux. Ils bénéficient en outre d'immunités

¹⁰³ Un auteur avait observé ce phénomène dans le premier tiers du XX^e siècle à propos du mariage et du concubinage. Il avait démontré que les conditions de formation et de dissolution et les effets étaient tels que le mariage n'était, en définitive, qu'une sorte d'union libre. En ce sens, M. NAST, « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », *DH* 1938, chron., p. 37, spéc. p. 38.

¹⁰⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

¹⁰⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1. Comme sous l'empire des lois de 1999 et de 2006, le notaire est toujours compétent pour enregistrer le Pacs. Depuis le 1^{er} novembre 2017, l'autorité d'enregistrement du partenariat en France est identique à celle de certains de ses voisins européens (Suisse, Luxembourg, Belgique ou Allemagne). Ce transfert de compétence du greffe du tribunal à l'officier de l'état civil résulte des propositions des différents groupes de travail. S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. fr., 2008, p. 58 et s. ; C. TASCA, M. MERCIER, *Rapport d'information sur la justice familiale : pour un règlement pacifié des litiges*, 2014, p. 41. Il est à noter que la compétence d'enregistrement du Pacs par le notaire est préservée (art. 515-3 C. civ.).

¹⁰⁶ À ce titre, on peut par exemple citer le droit temporaire de jouissance du logement conjugal dont bénéficient les concubins en vertu de l'article 763 du Code civil.

¹⁰⁷ Loi n° 2007-1223, *JORF* 22 août 2007, p. 13945 (loi TEPA).

¹⁰⁸ D'une manière générale, S. THOURET, « La fiscalité du couple », *AJ. fam.* 2015, p. 18. V. plus particulièrement pour les droits de mutation à titre gratuit. N. LEVILLAIN, « Fiscalité des droits de mutation à titre gratuit », *AJ fam.* 2015, p. 25.

¹⁰⁹ La continuation du bail d'habitation en est un exemple. V. *infra* n°s 414 et s.

¹¹⁰ V. par exemple, art. L. 161-1 CSS.

¹¹¹ V. par exemple, L. MAYAUX, « Concubinage et assurances : de l'union libre au Pacte civil de solidarité », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 293.

pénales¹¹², de certains droits au titre du droit de séjour¹¹³... Force est de constater que, malgré la survie de différences notables tant sur la nature que sur les effets, certains droits des époux et des partenaires ont été étendus aux concubins.

Principalement provoquée par les réponses apportées aux revendications des couples homosexuels qui ne pouvaient se marier, l'assimilation progressive des modes de conjugalité est aussi due à l'exaltation des libertés individuelles qui pousse les partenaires et, dans une moindre mesure les concubins, à exiger le bénéfice des droits des époux, sans pour autant être soumis aux mêmes devoirs. Le relatif alignement des modes de conjugalité est toujours en faveur des couples hors mariage qui reçoivent de plus en plus de droits. En effet, jamais le législateur n'a ôté de droits aux époux. On constate donc une sorte d'attraction du modèle le plus protecteur.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe¹¹⁴ supprime la condition d'altérité des sexes. Depuis lors, les couples homosexuels peuvent choisir le mode de conjugalité sans que leur homosexualité constitue un obstacle. Alors qu'habituellement le mariage est un modèle pour le Pacs et, dans une moindre mesure, pour le concubinage, le législateur s'est cette fois inspiré d'une condition de formation des modes de conjugalité hors mariage pour l'intégrer au mariage. Il a d'ailleurs procédé de la même manière introduisant dans le Code civil le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats¹¹⁵. Désormais, l'intervention de l'autorité judiciaire n'est plus obligatoire pour dissoudre le lien matrimonial. Par conséquent, la création de ce nouveau type de divorce participe, elle aussi, au rapprochement des modes de conjugalité puisque ni la dissolution du Pacs ni la séparation des concubins ne requièrent d'intervention du juge.

12. La survie de différences. Si le rapprochement des modes de conjugalité est une réalité, des différences fondamentales subsistent notamment sur les questions relatives à la formation¹¹⁶, à

¹¹² A. CERF-HOLLENDER, « Le couple face au droit et à la procédure pénale ; contribution à la mise en lumière d'un droit pénal du couple », *CRDF* 2013, n° 11, p.45, spéc. p. 47 ;

¹¹³ Le concubinage est susceptible de permettre d'obtenir un titre de séjour (art. L. 313-11, 7° CESEDA).

¹¹⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253.

¹¹⁵ Art. 229-1 C. civ. Cet article a été créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (*JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1).

¹¹⁶ J.-J. LEMOULAND, « Vers un droit commun de la formation des couples ? », in *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple*, *LPA* 20 décembre 2007, p. 13.

la rupture, à la solidarité et d'une manière générale aux devoirs. À titre d'exemple, à la différence des époux, la loi n'impose pas aux partenaires et aux concubins de solidarité postérieurement à la rupture ou au décès¹¹⁷. Plus généralement, les concubins, à la différence des partenaires et des époux, ne sont contraints par aucun devoir légal. Juridiquement, ils sont totalement libres. En revanche, certains devoirs inspirés du mariage, comme la solidarité aux dettes ménagères¹¹⁸ ou l'aide matérielle,¹¹⁹ ont été étendus aux partenaires. Néanmoins, leurs devoirs relèvent seulement de la sphère patrimoniale. Ainsi, à la différence du mariage, les partenaires ne sont soumis à aucun devoir d'ordre personnel.

En outre, une autre différence notable apparaît sur la question de la sanction de ces devoirs. Alors que la violation de ces devoirs par un époux peut être constitutive d'une faute susceptible d'entraîner le prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'époux fautif, rien n'est prévu entre les partenaires. Si ces derniers sont soumis à certains devoirs, la question de leur sanction semble avoir été éludée par le législateur.

13. L'atteinte d'un point d'équilibre dans le rapprochement des modes de conjugalité ?

Le rapprochement des modes de conjugalité est continu depuis la création du Pacs et l'introduction du concubinage dans le Code civil. Toutefois, un ralentissement de ce phénomène pourrait être constaté¹²⁰. En effet, en raison de la disparition de la condition d'altérité des sexes dans le mariage, l'offre conjugale des couples homosexuels n'est plus limitée si bien que, désormais, un choix se présente à eux. Par conséquent, la source des revendications des partenaires homosexuels qu'est la discrimination devrait peu à peu se tarir¹²¹.

14. Un pluralisme impossible ? Aujourd'hui, en raison du rapprochement des modes de conjugalité, le pluralisme législatif n'est plus celui imaginé par le Doyen CARBONNIER notamment

¹¹⁷ Il est toutefois nécessaire de réserver le cas de la protection de l'occupant du logement. V. *infra* n° 446.

¹¹⁸ Art. 515-4 al. 2 C. civ.

¹¹⁹ Art. 515-4 al. 1 C. civ. Les partenaires sont soumis à une aide matérielle et non à un devoir de contribution aux charges du mariage.

¹²⁰ *Contra* J.-J. LEMOULAND, « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *Dr. et patr.* 2011, n° 209, p. 52, spéc. p. 62 : « la persistance d'une revendication malgré l'existence du Pacs montre que l'objectif n'a pas été ici seulement d'obtenir un statut organisant juridiquement la vie de couple, mais qu'il est bien de s'emparer de cette institution symbolique que constitue le mariage, clé de tout le droit de la famille ».

¹²¹ Dans un sens relativement proche, L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse Université Aix-Marseille, 2014, n° 532.

dans le domaine particulier de la conjugalité où le pluralisme a pour objectif principal de permettre à chacun de s'épanouir dans son couple¹²². Désormais, la hiérarchie entre les modes de conjugalité s'estompe et les points de convergence se multiplient, notamment lorsque les membres des couples recherchent les avantages maximaux du mariage sans vouloir se soumettre aux contraintes inhérentes à ce mode de conjugalité.

En effet, assez rapidement après leur reconnaissance législative, les couples hors mariage ont obtenu des droits jusqu'alors réservés aux époux. Ces revendications fondées le plus souvent sur le principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle des membres du couple¹²³ paraissent induites par le pluralisme. Cela ne serait qu'une conséquence ce que le professeur Philippe RÉMY qualifie de « *darwinisme législatif* ». Le modèle de référence attirerait inexorablement à lui les systèmes secondaires. « *Laissons les honnêtes gens vivre comme des honnêtes gens et les autres comme ils le veulent. (...) les "modèles sociaux" de ceux qui choisissent de ne pas vivre comme des honnêtes gens sont nécessairement condamnés ; leur liberté est mortifère. Pas besoin de les exclure, par la norme, de la normalité ; ils se liquident plus sûrement quand la loi elle-même leur permet de se suicider. (...). L'"arrière-pensée" du législateur serait*

¹²² J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd., 1995, pp.185 et 186. « *La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit de la famille ; parlons plutôt d'un droit de l'homme (et de la femme) à la famille : c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'État* ».

¹²³ Le principe de non-discrimination est une composante du principe d'égalité. Il interdit de traiter différemment des personnes placées dans des situations identiques. Les partenaires ont souvent agi sur ce fondement pour exiger l'octroi de certains droits. Le Conseil d'État a précisé qu'il peut être porté atteinte à ce principe dès lors que la loi l'autorise ou si l'intérêt général le nécessite. V. par ex. CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, n^{os} 88032 et 88148. Le Conseil constitutionnel s'est d'ailleurs inspiré de cette solution, Cons. const., 12 juil. 1979. En outre, lorsque la loi française porte atteinte au principe de non-discrimination, les justiciables ont la possibilité de saisir la CJUE, notamment sur le fondement de la directive (CE) 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En ce sens, CJUE 1^{er} avr. 2008, *Tadao Maruko / Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C-267/06 ; CJUE 12 déc. 2013, *Frédéric Hay c. Crédit Agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, aff. C-267/12 ; *Dalloz actualité* 7 janvier 2014, p. obs. M. PEYRONNET. Dans cet arrêt, la CJUE décide que la différence de traitement entre un couple marié et un couple de partenaires peut être considérée comme une discrimination puisqu'avant loi du 17 mai 2013 (loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF 18 mai 2013, p. 8253) les personnes de même sexe ne pouvaient pas se marier. Par conséquent, ils étaient condamnés à être liés par un Pacs. Toutefois, la suppression de la condition d'altérité des sexes dans le mariage fait disparaître cette discrimination puisque l'accès aux modes de conjugalité n'est plus lié à la sexualité des membres du couple. Désormais, les couples de partenaires et les époux se trouvent dans des situations différentes.

que l'emporteront à la longue, sur les autres familles, en réussite sociale, celles qui se seront évertuées à être les plus dures envers elles-mêmes »¹²⁴.

Appliquée à la conjugalité cette remarque apparaît prophétique, tant le mariage et le Pacs se sont rapprochés en l'espace d'une vingtaine d'années. Toutefois, cette attraction est réciproque. En effet, si l'instauration de devoirs identiques à ceux des époux, l'inscription de la mention du Pacs en marge de l'état civil ont matrimonialisé le Pacs¹²⁵, les réformes successives du mariage ont eu pour conséquence de le contractualiser. Indéniablement, sa facette institutionnelle s'effrite peu à peu, le rapprochant ainsi du Pacs¹²⁶. La loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016¹²⁷ est une nouvelle manifestation de ce phénomène puisqu'en cas de divorce par consentement mutuel, l'intervention du juge est subordonnée soit à la présence d'un enfant mineur informé par ses parents de la possibilité d'être entendu par le juge soit à la volonté des époux¹²⁸.

15. Du pluralisme au droit commun du couple. L'attraction réciproque des modes de conjugalité déforme le pluralisme conjugal. Alors que les chances de voir naître un droit commun du couple étaient minces au lendemain de la loi du 15 novembre 1999¹²⁹ tant la volonté de dissocier le mariage, le Pacs et le concubinage était prégnante, la multiplication des règles communes à tous

¹²⁴ Ph. RÉMY, « Le mythe du pluralisme civil en législation. Observations complémentaires », *RRJ* 1983, p. 92.

¹²⁵ Ce ne sont pas les seuls exemples de transposition des règles du mariage aux partenaires. Pour une liste plus exhaustive, J.-J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 729, spéc. pp. 739 et 740. V. aussi S. CASTAGNÉ, « Mariage, PACS, concubinage. Analyse comparative », *JCP N* 2008, p. 1325. L'auteur a mené une étude en profondeur des différents droits et devoirs des modes de conjugalité.

¹²⁶ Les époux peuvent désormais prévoir un certain nombre d'aménagements dans leur mariage. À ce titre, il est possible de citer les conventions de séparations amiables ou celles portant sur le devoir de contribution aux charges du mariage. On peut aussi à ce titre citer la possibilité de rédiger un contrat de mariage. La contractualisation du mariage se retrouve aussi au moment de sa dissolution puisque les époux ont la liberté, d'un commun accord, de rompre leur union quand ils le souhaitent.

¹²⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1.

¹²⁸ Avant la loi de modernisation de la justice votée le 18 novembre 2016, le divorce sans juge était un serpent de mer du droit de la famille. Le rapport présenté par Irène THÉRY s'était déjà prononcé en faveur d'une telle ouverture. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, spéc. pp. 124 et s. Ce sujet est délicat, il nécessite une réflexion importante. En ce sens, H. FULCHIRON, « Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce " notarial ") », *D.* 2008, p. 365. Finalement, le législateur a fait le choix du divorce sans juge en votant la loi du 18 novembre 2016 (loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1). Toutefois, le sort réservé aux enfants provoque un certain scepticisme à l'égard du divorce sans juge. En ce sens, H. FULCHIRON, « Le divorce sans juge, c'est pour bientôt ! », *Dr. fam.* 2016, repère 8 ; Fr. DEKEUWER-DÉFOSSÉZ, « Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n° 139, p. 33 ; Cl. BRUNETTI-PONS, « Un divorce " sans juge " pour un droit " déréglé " », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 28.

¹²⁹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

les modes de conjugalité rend leur distinction moins évidente. En effet, bien que la plupart des règles du Pacs aient été inspirées du mariage¹³⁰, il était aisé de les différencier. Pourtant, à mesure des interventions législatives et jurisprudentielles dans le domaine de la famille et du couple¹³¹, on constate l'émergence de dispositions communes. Cela conduit naturellement à s'interroger sur le droit commun du couple¹³².

Le droit commun s'applique à toutes les espèces d'un genre¹³³, s'opposant ainsi au droit spécial¹³⁴ qui désigne les règles propres à chaque mode de conjugalité. Puisqu'il existe « *une part d'unité dans la diversité* »¹³⁵, le droit commun constitue un « *droit de référence* »¹³⁶, préalable indispensable à la création d'une théorie générale du couple. Ainsi, un certain nombre de règles ayant vocation à s'appliquer à tous les modes de conjugalité pourraient voir le jour¹³⁷.

¹³⁰ Sur ce point, v. déjà R. LIBCHABER, « Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD civ.* 1998, p. 224. L'auteur constate que les projets précédant le Pacs ont tous eu pour objectif de donner un statut aux concubins, en s'inspirant et en enviant le modèle qu'ils rejettent, à savoir le mariage : « *ardents défenseurs de l'octroi d'un statut, ils le sont de celui-là même qui leur est refusé par l'esprit des textes et les mœurs : non un statut permettant ou favorisant la vie de couple, mais très précisément celui du mariage !* ».

¹³¹ À ce titre, on peut distinguer selon que la règle commune est explicite comme en matière de lutte contre les violences conjugales (V. *infra* n^{os} 286 et s.) ou implicite comme en matière de solidarité pécuniaire (V. *infra* n^{os} 469 et s.). V. *supra* n^{os} 476 et s. À ce propos, H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 395, spéc. p. 401 ; J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 33.

¹³² Le concept de droit commun a souvent été critiqué notamment en raison des mutations sémantiques qu'il a subies. R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron., p. 91, n^o 4 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279, spéc. pp. 281 à 288. L'auteur démontre notamment la mutation des sens de l'expression "droit commun". Dans un premier temps, le droit commun a été opposé, au droit naturel. Par la suite, il a permis de différencier le droit civil du droit canon. Enfin, son sens moderne d'unification a été utilisé lorsqu'il a fallu mettre en avant un droit coutumier commun. Une fois la codification intervenue, le concept de droit commun a adopté le sens qu'on lui connaît aujourd'hui. Il a donc été « *quitté le territoire géographique pour se réfugier dans le territoire idéal* ».

¹³³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V^o Commun.

¹³⁴ Sur une analyse de l'articulation entre le droit commun et le droit spécial, Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009. Le droit commun des contrats est un très bon exemple en la matière. Il réunit sous un ensemble de règles directrices des situations diverses. En ce sens, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n^o 46.

¹³⁵ J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279, spéc. p. 283.

¹³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2017, n^o 107.

¹³⁷ V. toutefois N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 571, 2016, n^o 161. Selon cet auteur, « *une somme de règles spéciales identiques dans leur solution ne donne jamais naissance à une règle de droit commun* ». De sorte que c'est une erreur de considérer ces règles comme communes.

Pour rendre compte du lien entre le droit commun et les droits spéciaux, la métaphore de l'arbre est la plus connue¹³⁸. Alors que la multiplication des règles spéciales conduit souvent à considérer que les droits spéciaux s'autonomisent¹³⁹, l'utilisation de la métaphore de l'arbre permet de limiter cette autonomie des droits spéciaux¹⁴⁰. En effet, à l'origine de chaque branche, de chaque ramification et donc de chaque droit spécial, se trouve une branche commune. Cette dernière représente les règles communes applicables à toutes les branches qui s'y rattachent.

L'application de cette métaphore à l'étude du droit commun du couple conduit à considérer le tronc principal duquel partent les trois branches comme le couple. Ces trois branches, quant à elles, illustreraient chacune les règles spéciales applicables à chaque mode de conjugalité¹⁴¹. En d'autres termes, le droit commun ici appréhendé n'est pas celui du droit des contrats, domaine dans lequel le droit commun s'applique à défaut de règles spécifiques dérogatoires. L'expression utilisée dans la présente recherche désigne l'ensemble des règles communes qui s'appliquent à toutes les formes de conjugalité sans distinction.

Dans le droit de la famille, ces rapprochements des modes de conjugalité laissent apparaître un retour au monisme. En effet, la naissance d'un droit commun du couple ressemble à un renouvellement des monismes, car le mouvement va à la fois du monisme au pluralisme, mais aussi

¹³⁸ Diverses métaphores ont pu être utilisées. V. par ex., sur l'utilisation des planètes et des étoiles, G. CORNU, « Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 99. Un auteur préfère la métaphore du rhizome afin de montrer que les disciplines juridiques multiplient les points de contact sans, pour autant, que l'une d'elles serve d'origine aux autres. Elle permet de mieux rendre compte « *du phénomène de division des divisions du droit* », J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279, spéc. pp. 304 et s. Certains considèrent qu'aucune de ces métaphores n'est satisfaisante. En ce sens, Fr. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59, n° 11 : « *c'est donc en vain qu'on cherche dans le droit en général quelque chose qui au départ agencerait ses parties à la manière d'un arbre ou de n'importe quel organisme structuré. Le droit pousse où on a besoin de lui, çà et là, sans ordre, sans plan préétabli, sans la discipline nécessaire pour composer une harmonieuse figure. Ses parties ne sont pas issues d'un même tronc. Ce ne sont pas même les satellites d'un droit dominant. Si on veut les soumettre à l'emprise d'un droit préexistant, qu'on appellerait commun, ce ne peut être qu'a posteriori, après qu'elles sont apparues. Mais à l'origine, elles se sont formées dans leur secteur propre, mordant parfois sur les parties avoisinantes. Cela éclaire leurs rapports* ».

¹³⁹ J.-P. CHAZAL, art. préc., spéc. p. 289.

¹⁴⁰ En ce sens, Fr. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial — et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. pp. 935-936.

¹⁴¹ O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 481. L'auteur appelle cela la méthode « *par unification des conjugalités* ».

du pluralisme vers le monisme. En définitive, le droit du couple illustre l'idée selon laquelle on assiste à une évolution d'un monisme vers un autre¹⁴².

16. Le lien entre le droit commun commun et le pluralisme conjugal. Le rapprochement des modes de conjugalité et la réflexion qui l'accompagne sur la création d'un droit commun du couple posent la question de la survie du pluralisme. En effet, le rapprochement des modes de conjugalité, notamment du mariage et du Pacs, pourrait mener, dans un avenir plus ou moins proche, à leur confusion. Les aspirations égalitaires des couples hors mariage ne conduisent-elles pas, inéluctablement, à la disparition de l'offre plurielle des modes de conjugalité ? Dans ce cas, « à quoi bon conserver deux statuts que l'on n'a pas le courage de dissocier »¹⁴³ ? Afin d'éviter ces écueils, le droit commun doit respecter le pluralisme. En effet, il est une chose de vouloir rationaliser le droit positif, il en est une autre de prêter au législateur des intentions qu'il n'a pas. Malgré la nécessité d'apporter une cohérence aux règles existantes, la création d'un droit commun du couple qui traiterait chaque mode de conjugalité indifféremment n'apparaît pas souhaitable. Un équilibre doit donc être trouvé entre le droit commun du couple et la singularité de chacun des modes de conjugalité.

En outre, au vu du nombre de Pacs enregistrés et de mariages célébrés, la recherche d'un statut semble être une réalité. Les statistiques doivent être interprétées avec précaution. Néanmoins, elles invitent à se prononcer en ce sens. En effet, l'augmentation du nombre de Pacs n'est pas proportionnelle à la diminution du nombre de mariages. En d'autres termes, la baisse du nombre de mariages ne semble pas imputable au Pacs. Le Pacs ne représente donc pas un danger imminent pour le mariage. À titre d'exemple, en 2009, 2010 et 2015, les couples vivant dans un mode de

¹⁴² En ce sens, Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523, n° 3, spéc. p. 525. Pour une illustration de ces "rebonds", v. aussi Fr. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial — et retour », article préc., p. 925.

¹⁴³ H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 125.

conjugalité déclaré n'ont jamais été aussi nombreux depuis 1972¹⁴⁴. Cette statistique semble indiquer que les modes de conjugalité déclarés cohabitent davantage qu'ils se concurrencent.

17. Un champ d'études limité au droit interne. Le rapprochement des modes de conjugalité n'est pas une exception française¹⁴⁵. Cependant, traiter d'un droit commun européen en matière de couple semble aventureux. En effet, l'Union européenne n'a pas de compétence directe en matière de droit civil de la famille. En outre, la Cour européenne des Droits de l'Homme a seulement vocation à défendre les intérêts privés des ressortissants des États membres de l'Union européenne. De sorte que son objectif n'est pas l'élaboration d'un droit commun du couple.

Il n'en demeure pas moins que les actions menées dans le domaine européen se répercutent sur le droit de la famille et tendent à harmoniser le droit de la famille en Europe. À titre d'exemple, la Cour rend de nombreux arrêts relatifs à la discrimination en raison de l'orientation sexuelle des requérants. En effet, elle reprend régulièrement le principe qu'elle a elle-même dégagé dans l'arrêt *Schalk et Kopf*¹⁴⁶, selon lequel un couple stable de concubins homosexuels relève de la notion de « *vie familiale* » au même titre qu'un couple hétérosexuel¹⁴⁷. Par conséquent, l'homosexualité d'un couple ne peut pas fonder une différence de traitement. Toutefois, bien que cette intervention se limite à empêcher la privation de droits, elle incite, voire contraint les États à modifier leur législation afin de limiter ces différences de traitement. Ils sont *a fortiori* dans l'obligation d'agir lorsqu'un *consensus* européen se dégage¹⁴⁸. La Cour a par exemple obligé l'Italie à prendre des

¹⁴⁴ Mis à part le cas des années d'après-guerre, l'année 1972 est depuis 1918 l'année pendant laquelle le nombre de célébrations de mariages a été le plus important (416 521 mariages célébrés). Pour une analyse de ces statistiques, v. Fr. PRIoux, M. MAZUY, M. BARBIERI, « L'évolution démographique récente en France : les adultes vivent moins souvent en couple », *Population* 2010, n° 3, p. 421, spéc. p. 435. Ces chiffres se sont depuis lors stabilisés. En 2014, l'INSEE a comptabilisé 241 292 mariages pour 173 728 Pacs soit un total de 415 020 unions déclarées. En 2013, les chiffres étaient légèrement en retrait. On comptabilisait 238 592 mariages et 168 682 du Pacs soit un total 407 274 d'unions déclarées. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1908487>.

¹⁴⁵ V. par exemple en Belgique. Sur ce point, J. HAUSER, J.-L. RENCHON, « Avant-propos », in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut juridique du couple. Du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, t. 1, Larcier, coll. Les Cahiers du CeFAP, 2012, p. 11, spéc. p. 13. V. aussi, Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 3.

¹⁴⁶ Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04, *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁴⁷ Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, *RTD civ.* 2013, p. 329, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, n° 51362/09, *D.* 2016, p. 2100, obs. H. FULCHIRON.

¹⁴⁸ Pour le développement de cette idée, Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos c. Grèce*, n° 29381/09, *RTD civ.* 2014, p. 301, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

mesures afin de reconnaître juridiquement les couples de même sexe¹⁴⁹. La conséquence directe de ces arrêts a été de mettre les États face à leur responsabilité à propos du mariage des personnes de même sexe¹⁵⁰. Bien que l'action de la Cour n'ait pas pour objectif de créer un droit commun du couple, elle a pour conséquence d'instiller dans l'esprit des législateurs un modèle familial commun aux pays européens. À terme, cela peut conduire à l'émergence de dispositions communes aux États membres. Toutefois, à ce jour, aucun droit commun européen du couple n'est encore né.

Le constat est identique en droit de l'Union. Malgré la compétence exclusive des États membres de l'Union européenne, le droit interne de la famille est influencé par l'intervention de la Cour de Justice de l'Union européenne, du Parlement européen et de la Commission européenne. Si le droit communautaire de la famille progresse¹⁵¹, aucun droit commun des couples n'a encore vu le jour. L'étude de l'émergence du droit commun du couple est donc limitée au droit interne bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne soit indispensable à la compréhension du sujet qu'elle ne manque pas de nourrir.

18. L'absence de droit commun du couple dans les sources de droit international privé.

Sur le plan international, des conventions¹⁵² et des règlements ont eu pour objectif d'unifier les règles de compétence en droit de la famille, comme dans le droit du divorce¹⁵³, du droit des

¹⁴⁹ Cour EDH, 21 juil. 2015, *Oliari et alii c. Italie*, n° 18766/11, *JCP G* 2015, act. n° 927, note Fr. SUDRE ; *D.* 2015, p. 2160, obs. H. FULCHIRON. La Cour EDH condamne l'État italien qui ne propose aucun mode de conjugalité aux couples homosexuels.

¹⁵⁰ En ce sens, H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON et Chr. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2014, p. 171, spéc. p. 180.

¹⁵¹ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 31, spéc. p. 32. V. aussi, M. AZAVANT, *Rép. eur. Dalloz*, V° Famille.

¹⁵² Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.

¹⁵³ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (Bruxelles II bis), *JOUE* n° L 338, 23 décembre 2003 ; Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Règlement Rome III), *JOUE* n° L 343/10, 20 décembre 2013.

successions¹⁵⁴ ou du droit des aliments¹⁵⁵. Cependant, ces textes n’instaurent pas un droit commun du couple.

En matière de régimes matrimoniaux¹⁵⁶ et d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés¹⁵⁷, deux règlements ont récemment été adoptés par le Conseil de l’Union européenne. Ils ont pour objectif de créer au niveau européen et sur le plan patrimonial un système cohérent de règles de conflits de loi et de juridiction afin de garantir, autant que possible, une continuité entre le *for* et le *jus*¹⁵⁸. L’objectif est donc que le « *juge compétent applique sa propre loi nationale* »¹⁵⁹. L’adoption de ces règlements est consécutive à la procédure de coopération renforcée. Par conséquent, le 29 janvier 2019, ils ne seront applicables que dans les pays les ayant adoptés¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions, et l’acceptation et l’exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d’un certificat successoral européen, *JOUE* n° L 201/107 du 27 juillet 2012.

¹⁵⁵ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l’exécution des décisions et la coopération en matière d’obligations alimentaires, *JOUE* n° L 7, 10 janvier 2009.

¹⁵⁶ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, *JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *D.* 2016, p. 2292 ; H. PEREZ, « La loi applicable aux régimes matrimoniaux à défaut de choix par les époux », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 32 ; É. FONGARO, « Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 31.

¹⁵⁷ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l’exécution des décisions en matière d’effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, *JOUE* n° L 183, 8 juillet 2016 ; H. PEREZ, « Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : le règlement du 24 juin 2016 », *JCP N* 2016, act. 949 ; A. PANET, « La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 33.

¹⁵⁸ Pour les partenariats enregistrés et pour les régimes matrimoniaux, la loi applicable est celle que les parties choisissent. En cela, il existe une volonté de créer des règles communes à tous les modes de conjugalité. Toutefois, l’analogie s’arrête au rattachement objectif puisqu’en matière de rattachement subjectif les règles sont différentes. Pour les partenaires, la loi applicable est celle du lieu d’enregistrement alors que pour les époux c’est celle du lieu de première résidence habituelle ou, à défaut celle de la nationalité des époux au moment de la célébration ou du pays avec lequel les époux ont les liens les plus étroits.

¹⁵⁹ C. NOURISSAT, M. REVILLARD, « Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Deffrénois* 2016, p. 878, n° 28.

¹⁶⁰ Les États membres qui ont adopté le règlement sont les États qui ont demandé la coopération renforcée. À ce titre, l’Allemagne, l’Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l’Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, l’Italie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovaquie et la Suède sont concernés.

19. Problématique et plan. À la suite des interventions législatives et jurisprudentielles, une partie de la doctrine a entrevu l'émergence d'un « *statut minimum interconjugal commun* »¹⁶¹ organisé autour de la notion de couple. Si un tel constat est incontestable, la cohérence de ce système n'est pas évidente. Ces règles disparates ne forment pas un ensemble harmonisé. De sorte que des interrogations sur les moyens d'instaurer ce droit commun et sur son domaine demeurent.

Pour apporter une réponse à ces questions, la conjugalité doit être étudiée dans toute sa diversité. La première étape de la réflexion relative à l'élaboration d'un droit commun entre les modes de conjugalité consiste à mettre en lumière les éléments communs à leur identification. Cette démarche permettra de délimiter les contours de la notion de couple, de la conceptualiser¹⁶². En effet, l'appréhension juridique de la notion de couple est tributaire de cette identification préalable. Ce n'est qu'à cette condition que le couple peut servir de fondement à la naissance d'un droit commun du couple (Partie 1).

L'étude des effets du couple conjugal succède à son identification. Cette seconde étape de la réflexion vise à associer des effets à la notion juridique de couple. Bien que le droit positif n'aborde pas explicitement cette question, l'étude des règles législatives et jurisprudentielles permet de dégager deux valeurs fondamentales : l'entraide¹⁶³ et le respect. Néanmoins, malgré l'émergence de ces valeurs, le système recèle de nombreuses incertitudes et incohérences. L'étude a donc à la fois pour objectif de dégager un socle de règles communes et de proposer certaines améliorations afin de participer à leur harmonisation et à la création d'un ensemble de dispositions communes à toutes les formes de conjugalité (Partie 2). L'entreprise est délicate, car elle doit ménager deux impératifs difficilement conciliables. En effet, l'introduction de droits ou de devoirs communs à tous les modes de conjugalité met en danger le pluralisme conjugal.

¹⁶¹ H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 407, spéc. p. 401. V. aussi le statut minimum garanti (SMIG) qui se situe sur des bases identiques. J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 33, spéc. p. 43. V. aussi M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017 ; O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017.

¹⁶² H. LÉCUYER, « Rapport introductif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, Études juridiques, 1998, p. 1, spéc. p. 4.

¹⁶³ V. par ex., Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Rapport de synthèse. Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux », *Defrénois* 2010, p. 1319. Selon lui, le couple est « une création publique, une unité dotée d'une fonction sociale faite notamment de solidarité ».

PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU COUPLE

CONJUGAL

20. L'identification du couple conjugal par le titre. Au premier abord, la pertinence d'une étude consacrée à l'identification du couple conjugal apparaît douteuse. En effet, le titre dont disposent les couples déclarés permet de les identifier. Il atteste de l'existence de leur relation¹⁶⁴. Seulement, le couple conjugal ne se limite pas aux couples déclarés. L'approche du couple par le titre est réductrice puisqu'elle ne tient pas compte des concubinages. Or, l'étude relative au droit commun du couple a vocation à embrasser la conjugalité dans toute sa diversité. C'est pourquoi l'identification du couple par le titre n'est pas satisfaisante.

21. L'identification du couple conjugal par la possession d'état. Malgré la différence de nature entre les couples déclarés et les concubins, des éléments d'identification communs apparaissent. L'étude de la relation conjugale par la manière de vivre des membres du couple permet de dépasser le formalisme traditionnel qui gouverne la formation du couple. En effet, un couple n'est pas seulement composé de deux individus qui se présentent devant un notaire ou un officier d'état civil, mais aussi de ceux qui mènent une vie commune conforme à ce que la société attend d'une relation conjugale. L'analyse du couple au prisme de la possession d'état¹⁶⁵, en d'autres termes au regard de l'apparence et du vécu du couple conduit à tenir compte de la diversité conjugale.

22. Annonce de plan. Pour identifier le couple conjugal, les points communs entre les différents modes de conjugalité doivent être mis en évidence. Puisqu'il s'agit de faire une photographie de la société contemporaine, les contours du couple peuvent évoluer. Ce qui est toléré

¹⁶⁴ La preuve de ces couples ne peut être rapportée que par une preuve préconstituée. En ce sens, P. HILT, « Preuves en droit de la famille : la preuve de l'existence d'un couple », *AJ fam.* 2007, p. 452.

¹⁶⁵ Ainsi, pour la première fois depuis la rédaction du Code civil, la possession d'état en matière conjugale pourrait dépasser son rôle probatoire pour avoir un rôle acquisitif. Cette idée était déjà présente lorsque le concubinage était apprécié en fonction du mariage, lorsque les concubins devaient vivre comme des époux. Les concubins devaient avoir une possession d'état d'époux. Le concubinage était en réalité « *un mariage apparent auquel il ne manque, pour devenir une pleine réalité juridique, que d'avoir été célébré par un officier de l'état civil* ». L. JOSSE-RAND, « L'avènement du concubinat », *DH* 1932, chron., p. 45, spéc. p. 46. V. aussi, C. LABRUSSE-RIOU, *Droit de la famille*, t. 1, *Les personnes*, Masson, 1984, spéc. 248.

de nos jours ne le sera peut-être plus à l'avenir. À l'inverse, ce qui est actuellement intolérable le sera peut-être demain. Toutefois, à ce jour, le premier élément commun aux unions conjugales légalement reconnues et productrices d'effets est le partage d'un toit et d'un lit, car il est de l'essence d'un couple de cohabiter et d'entretenir des relations sexuelles. La cohabitation et l'union des chairs constituent les éléments matériels de la communauté de vie (Titre 1).

L'élément matériel de la communauté de vie ne suffit pas à identifier le couple conjugal. En effet, un certain nombre de personnes partagent un toit ou un lit sans pour autant former un couple juridiquement reconnu. C'est pourquoi le couple, tel qu'il est entendu dans l'étude, doit être abordé de manière plus restrictive. Si le fait pour deux personnes de partager le gîte ou de faire œuvre de chair constitue un indice fort de l'existence du couple, ce sont les sentiments partagés par les membres du couple et leur volonté de mener une vie à deux qui sont à l'origine du couple. Cette volonté commune de vivre "en état de couple"¹⁶⁶ est ce que l'on appelle l'élément moral de la communauté de vie (Titre 2).

Malgré la volonté de vivre ensemble, la communauté de toit et la communauté de lit, le couple doit être conforme à ce que le législateur considère comme acceptable. C'est alors que l'ordre public intervient. Ainsi, afin de ne pas heurter l'ordre social, le couple juridiquement reconnu doit obéir au principe de l'interdit de l'inceste et à celui de la prohibition de la polygamie. Autrement dit, l'identification du couple conjugal est aussi subordonnée au respect d'éléments d'ordre sociologique (Titre 3).

¹⁶⁶ Cette expression s'inspire d'une intervention de Madame Marie-France CALLU dans laquelle elle écrit que « De nos jours, la communauté de vie c'est d'abord, et avant tout, une disposition intellectuelle : c'est la volonté commune de vivre en état de mariage : ce qui compte et ce qui crée cette communauté de vie, c'est cette communauté d'esprit ». M.-F. CALLU, « Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question : l'évolution contemporaine du droit français*, t. 2, CNRS, 1979, p. 5, spéc. p. 9.

TITRE 1. LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS

23. L'importance de la cohabitation dans l'Histoire. Les membres du couple cohabitent. Une telle affirmation apparaît comme une évidence tant le couple et la cohabitation semblent imbriqués. D'ailleurs, d'importants effets ont de tout temps été attachés à la cohabitation. Ainsi, en Mésopotamie, le mariage était rendu parfait par la "remise" de la femme¹⁶⁷. Cette "remise" de l'épouse au mari marquait le début de la cohabitation. Ainsi l'union matrimoniale n'était pas créée par le *tirhatu* qui consistait au versement d'une somme d'argent au père de la future épouse, mais par le début du partage du toit. On trouve aussi des traces de l'importance de la cohabitation dans le mariage *per usum* de la Rome antique puisque le mariage pouvait procéder d'une cohabitation d'un an entre les membres du couple¹⁶⁸. En d'autres termes, le partage du gîte permettait la création du lien matrimonial.

24. Annonce de plan. Aujourd'hui la cohabitation ne forme plus à elle seule le couple¹⁶⁹. Néanmoins, elle demeure un élément incontournable puisque la majorité des couples continuent à vivre quotidiennement sous le même toit, en cela elle extériorise la relation conjugale. En outre, elle reste l'élément de preuve privilégié des juges pour apprécier la réalité de la communauté de vie, car sa preuve est relativement aisée à administrer. Par ailleurs, l'importance de la cohabitation est renforcée par le fait que la cohabitation raconte l'histoire du couple. En effet, « *si positivement, la cohabitation est de l'essence du couple, négativement, son absence atteste de sa destruction* »¹⁷⁰.

La cohabitation n'est pas propre au mariage. Elle est un point commun à toute forme de vie à deux. Bien qu' ancestrale, cette communauté de toit évolue au gré de la modernisation de la

¹⁶⁷ En ce sens, J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Éditions du Cerf, 1987, p. 27.

¹⁶⁸ J. GAUDEMET, *op.cit.*, pp. 40-41.

¹⁶⁹ Ainsi, dans la Rome antique, le mariage pouvait naître d'une cohabitation d'un an, c'était le mariage *per usum*. Toutefois, la fin de la cohabitation n'était pas suffisante pour mettre fin au mariage J. GAUDEMET, *ibidem*.

¹⁷⁰ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 61, spéc. p. 61. Le couple et la cohabitation sont donc intimement liés puisque l'absence de cohabitation constitue une cause de divorce pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal. En ce sens, art. 237 et s. C. civ.. La Cour de cassation exige que la séparation soit tant matérielle qu'affective. V. par ex., Cass. civ. 2^e, 30 janv. 1980, n° 79-12.470, *Bull. civ. II*, n° 17. Toutefois, la simple absence de cohabitation ne suffit pas à prononcer le divorce. En ce sens, CA Versailles, 7 janv. 2016, RG n° 14/07589.

société, de la modification du marché du travail et de l'évolution des mœurs. De sorte qu'un nombre croissant de couples, par choix ou par obligation, ne cohabitent plus de manière quotidienne. Toutefois, ces nouvelles manières de vivre en couple demeurent marginales. C'est pourquoi encore aujourd'hui, on peut affirmer que le couple reste généralement composé de deux personnes qui partagent un toit (Chapitre 1).

Cependant, la communauté de toit ne suffit pas à identifier le couple. Bien que la cohabitation fasse présumer son existence, le partage du toit englobe une multitude de situations étrangères à la relation conjugale¹⁷¹. C'est pourquoi les couples partagent un toit, mais aussi un lit. Ce sont d'ailleurs ces relations charnelles qui distinguent le couple des autres relations à deux. Malgré la difficulté de preuve de la communauté de lit et son absence du Code civil, elle constitue l'élément corporel de la communauté de vie, indispensable à la caractérisation du couple. Conjuguée à la communauté de toit, la communauté de lit donne à la relation une coloration particulière. En effet, elle devient une relation socialement et moralement reconnue, à la différence des simples amants qui souhaitent vivre dans la clandestinité (Chapitre 2).

¹⁷¹ Les fratries, les colocations, un parent avec son enfant ou tout autre type de cohabitation ne sont pas des couples qui entrent dans le champ de l'étude.

Chapitre 1. La cohabitation

25. Le lien entre la cohabitation et la possession d'état de couple. La cohabitation renvoie au *tractatus* et à la *fama* de la possession d'état, à la façon de se comporter, mais aussi à la manière dont les tiers perçoivent la relation. Comme le résumait Pierre-Yves GAUTIER à propos du concubinage, « *la cohabitation non seulement porte l'union, mais en constitue encore pour la société le signe extérieur, qui matérialise de façon tangible son existence* »¹⁷². La cohabitation est donc nécessaire pour apporter la preuve de l'existence de cette relation.

26. Annonce de plan. *A priori* la cohabitation ne pose aucune difficulté puisque son sens est connu de tous. En effet, nul ne doute du fait qu'elle désigne le partage d'un même toit¹⁷³. Cependant, la façon dont le législateur l'aborde diffère selon les modes de conjugalité. En cela, la cohabitation est une exigence hétérogène (Section 1). Si tous les couples cohabitent, ils ne le font pas tous de la même manière. En effet alors que la plupart des couples partagent un toit de manière quotidienne, d'autres cohabitent de manière plus épisodique. En dépit de cela, l'exigence de cohabitation est respectée. On assiste simplement à la dématérialisation de la communauté de toit¹⁷⁴ (Section 2).

Section 1. L'exigence de cohabitation

27. Annonce de plan. Dans les faits, la cohabitation résulte d'un choix des membres du couple. Toutefois, la valeur juridique de l'exigence de partage du toit varie en fonction des modes de conjugalité. En effet, les époux et les partenaires sont soumis par leur statut à un devoir de cohabitation (§1). Les concubins, quant à eux, doivent vivre sous un même toit, non pas par devoir, mais parce qu'en cas contraire la relation ne correspond pas à la définition du concubinage (§2). Par conséquent, la cohabitation est juridiquement imposée aux couples déclarés alors qu'elle est librement choisie par les concubins.

¹⁷² P.-Y. GAUTIER, *L'union libre en droit international privé*, thèse Paris I, 1986, n° 182.

¹⁷³ En ce sens, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V^o Cohabitation.

¹⁷⁴ L'absence de cohabitation entre les membres du couple reste un phénomène marginal. Ainsi, pour les modes de conjugalité déclarés, les couples qui ne cohabitent pas représentent seulement 1% des couples. Pour les concubins, le taux est de 3,4%. Ces données sont issues de l'étude de l'INSEE du 14 février 2013 : Le couple dans tous ses états. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436#titre-bloc-12>.

§1. Le devoir de cohabitation des couples déclarés

28. Annonce de plan. Le devoir de cohabitation est un devoir réciproque commun aux couples déclarés. La réciprocité du devoir de cohabitation entre les époux est le fruit d'une lente évolution. Alors qu'elle était une obligation unilatérale pesant sur l'épouse, elle est devenue un devoir réciproque (A). Pour les partenaires au contraire, en raison du principe d'égalité dans le couple, la question de la réciprocité du devoir ne s'est jamais posée. En effet au moment de la création du Pacs en 1999, le principe d'égalité dans le couple était acquis¹⁷⁵. Dès lors, rien ne justifiait que la cohabitation imposée à l'un plutôt qu'un autre. Toutefois, la rédaction de la première version du Pacs soulevait des interrogations quant à la qualification juridique de cette exigence de cohabitation. Ce n'est finalement qu'après la réforme du 23 juin 2006¹⁷⁶ que le partage du toit est devenu un devoir entre les partenaires (B).

A. La mutation d'une obligation unilatérale en un devoir réciproque entre époux

29. L'évolution vers la réciprocité de la cohabitation. Le Code Napoléon faisait peser une obligation de cohabitation sur l'épouse¹⁷⁷ qui devait suivre son conjoint « *partout où il jugeait à propos de résider* »¹⁷⁸. La cohabitation était donc obligatoire, mais surtout inégalitaire, car pesant principalement sur l'épouse. Par ailleurs, en raison de l'incapacité juridique de la femme¹⁷⁹, le domicile légal de l'épouse était fixé chez le mari¹⁸⁰. Les lois du 4 juin 1970¹⁸¹ et du 11 juillet

¹⁷⁵ Le principe d'égalité innerve désormais tout le droit de la famille. Dans le couple conjugal, les réformes en droit des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 (loi n° 65-570 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* 14 juil. 1965, p. 6044) et du 23 décembre 1985 (loi n° 85-1372 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF* 26 déc. 1985, p. 15111) ont œuvré dans le sens d'une égalité entre les époux. Les réformes du droit de la filiation ont quant à elle mis en place une égalité dans le couple parental. Aujourd'hui, il est possible de dire que le principe d'égalité est une réalité dans les rapports conjugaux et familiaux. Sur cette question, v. par ex. A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « "Homme et femme il les créa". Retours sur l'égalité dans le droit de la famille », *D.* 2008, p. 1216 ; Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 83.

¹⁷⁶ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF*, 24 juin 2006, p. 9513.

¹⁷⁷ Le mari pouvait d'ailleurs demander l'exécution forcée de cette obligation. L'épouse était alors ramenée par la contrainte au domicile conjugal. L'épouse était alors débitrice d'une obligation de cohabitation.

¹⁷⁸ Art. 214 C. Civ. dans sa rédaction de 1804.

¹⁷⁹ Y. CHARTIER, « Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.* 1971, p. 510.

¹⁸⁰ J. MAURY, « La compétence territoriale en matière de divorce. Art. 1070 Nouv. C. pr. civ. », *D.* 1983, chron., p. 27 : « *le mari emportait le domicile conjugal à la semelle de ses souliers* ».

¹⁸¹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF*, 5 juin 1970, p. 5227.

1975¹⁸² sont venues consacrer juridiquement l'évolution des mœurs en modifiant la rédaction de l'article 215 du Code civil. Désormais, le mari ne décide plus seul du lieu de résidence des époux. L'accord des époux sur la « *fixation du lieu où s'exécute la communauté de vie* »¹⁸³ a fait de la cohabitation un devoir réciproque entre les époux.

30. La communauté de vie, un devoir personnel. Alors que l'article 215 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que « *les époux s'obligent à une communauté de vie* »¹⁸⁴, la doctrine, de manière unanime, traite du devoir de communauté de vie¹⁸⁵.

La différence entre les devoirs et les obligations n'a jamais reçu de réponse définitive. La conception moniste dans laquelle les termes sont synonymes¹⁸⁶ s'oppose à la conception dualiste qui, au contraire, les dissocie¹⁸⁷. Toutefois, dans le domaine du droit de la famille, la conception dualiste semble devoir être privilégiée. Le "devoir" renvoie en effet à la moralité¹⁸⁸. En cela, il paraît moins juridique que l'obligation. De sorte qu'il convient mieux aux relations personnelles. Un autre argument plaide en faveur de la qualification de devoir. L'obligation renvoie aux relations entre créanciers et débiteurs dans lesquelles, en vertu de la conception classique héritée du droit romain, l'un serait obligé vis-à-vis de l'autre par le lien de droit qui les unit. Dans le mariage, les

¹⁸² Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF*, 12 juil. 1975, p. 7171.

¹⁸³ Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2011, n° 160.

¹⁸⁴ Il est à noter que dans les relations personnelles entre époux, le législateur renvoie à l'obligation qu'à cette occasion.

¹⁸⁵ V. par ex Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 161 ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 24.

¹⁸⁶ V. par ex. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V^o Obligation.

¹⁸⁷ R. SOCCO, « À la recherche de l'origine de l'obligation », in *Archives de philosophie du droit. L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 33. Le critère de la distinction n'est pas toujours clair. Selon certains auteurs, l'obligation aurait une origine contractuelle et le devoir une origine légale. En ce sens, V. par ex., POTHIER, *Traité des obligations*, 1761. Pour d'autres, le devoir serait « *une menace de dettes* » ou « *une dette éventuelle* » alors que l'obligation serait une dette véritable. En ce sens, P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », in *Archives de Philosophie du droit*, 1957, p. 1, spéc. pp. 49 et 50. Pour d'autres encore, l'obligation est « un droit qui peut être évalué en argent ». Par conséquent, le droit de la famille, notamment ce qui a trait à la sphère extrapatrimoniale est réfractaire à l'obligation, car elles ne sont pas évaluables en argent. En ce sens, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, 8^e éd. par F. CHABAS, 1991, n° 10.

¹⁸⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2017, n° 547 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2014, n° 266. Selon l'auteur, le législateur « *use volontairement du terme devoir plutôt que du mot juridique obligation, afin de teinter ces prescriptions d'une certaine coloration morale* ». V. déjà P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », in *Archives de Philosophie du droit*, 1957, p. 1, spéc. p. 47.

époux seraient des créanciers réciproques qui pourraient alors faire exécuter leur créance notamment par l'exécution forcée.

Or les relations personnelles entre les époux relèvent du terrain extrapatrimonial. C'est pourquoi de nos jours le recours à la force publique¹⁸⁹ pour faire exécuter le devoir de respect, de fidélité ou de cohabitation est impossible¹⁹⁰. Ne faisant plus l'objet d'une exécution forcée, les relations personnelles entre époux ne correspondent pas totalement à l'esprit de l'obligation. La cohabitation serait donc un devoir et non une obligation¹⁹¹.

31. La cohabitation : élément constitutif de la communauté de vie. L'exigence de cohabitation n'apparaît plus explicitement entre les époux. Elle a existé tant que l'épouse avait l'obligation d'habiter au domicile conjugal choisi par le mari. La loi de 1970, en rendant cette

¹⁸⁹ L'emploi de la force publique pour contraindre les époux à respecter leur devoir de communauté de vie a eu pendant un certain temps la faveur des tribunaux. Largement approuvés par la doctrine, les juges considéraient que le mariage enchainait la liberté des conjoints. De sorte que le mari pouvait obtenir *manu militarii* le retour de l'épouse au domicile conjugal (v. par ex., Paris, 29 mai 1808 ; Req., 9 août 1826, *S.* 1827. 2. 88). La femme pouvait elle aussi se faire ouvrir les portes du domicile conjugal (Cass., 20 janv. 1830, *S.* 1830. 1. 99 ; Lyon, 14 mai 1920, *D.* 1920. 2. 128). Néanmoins, l'emploi de la contrainte pour obtenir l'exécution du devoir de cohabitation est devenu contraire aux mœurs contemporaines qui répugnent à l'usage de la force pour soumettre les époux à leurs devoirs personnels.

¹⁹⁰ La jurisprudence est d'ailleurs explicite à ce propos. Les juges ne peuvent pas enjoindre à l'un des époux de reprendre la vie commune (TGI Paris, 18 oct. 1977, *Gaz. Pal.* 1978. I. 24, note J.-G. M. ; *JCP G* 1978. II. 18820, note R. LINDON), ou prononcer une astreinte (TGI Brest, 9 juil. 1974, *D.*, 1975, p. 418, note J. PREVAULT). *Contra*, L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990, n° 327. Selon l'auteur, l'astreinte est bien différente de l'exécution forcée, car elle ne contraint pas le contrevenant au devoir de cohabitation sur sa personne, mais sur son patrimoine. Ainsi une telle contrainte serait acceptable. Au vu de l'exaltation des libertés individuelles, l'argument perd de sa valeur. De nos jours, il est inconcevable de forcer un époux, de quelque manière que ce soit, à reprendre la vie commune. Seule sa volonté peut l'y contraindre.

¹⁹¹ En outre, si on les considère comme des obligations contractuelles comme celles qui existent dans les contrats synallagmatiques alors l'inexécution de son obligation, par l'une des parties, justifierait l'inexécution de l'autre partie. La cause de l'un se trouvant dans l'obligation de l'autre. Or, d'un point de vue théorique, l'exception d'inexécution n'existe pas en matière de mariage puisque la cause de la cohabitation se trouve non pas dans l'obligation de l'autre, mais dans la loi. J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.* 2000, p. 735, démontre que si cette vérité est absolue d'un point de vue théorique, elle ne se vérifie pas toujours en pratique. Il arrive parfois que « *les torts de l'un justifient ceux de l'autre* ». Dans le même sens, G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 24. Parallèlement, dans le cadre des relations patrimoniales entre époux, la situation est autre. Un époux peut réclamer l'exécution forcée du devoir de secours (au même titre que les pensions alimentaires, le devoir de secours peut faire l'objet d'une exécution forcée) ou de l'obligation de contribution aux charges du mariage (art. 214 al. 2 C. civ. Sur le fondement de l'article 1069-3 C. pr. civ., le juge aux affaires familiales sera compétent pour se prononcer sur la contribution aux charges du mariage. Le jugement pourra alors faire l'objet d'une exécution forcée si nécessaire). Ici encore, il est possible de voir une certaine confusion entre les termes employés. Les deux sont des relations patrimoniales et pourtant la terminologie n'est pas la même. Il existe une obligation de contribution aux charges du mariage et un devoir de secours. Pourtant les deux sont susceptibles d'exécution forcée. Ainsi, la distinction entre l'obligation et les devoirs, dans les relations patrimoniales, fondée sur la possibilité d'intenter une action en justice pour en réclamer l'exécution n'est pas satisfaisante.

obligation bilatérale, l'a transformée en un concept plus général de communauté de vie dont la cohabitation est devenue un des éléments constitutifs.

La communauté de toit est un effet du mariage, un devoir imposé par le législateur à tous les époux. Ni le mariage *in extremis* ni le mariage posthume ne remettent en question ce principe. Bien que la cohabitation fasse défaut dans ces unions, il convient de distinguer selon que le mariage est célébré à titre posthume ou *in extremis*. Pour les mariages *in extremis*, en raison du décès de l'un des conjoints peu de temps après la célébration, les époux n'ont pas le temps de partager leur toit. Le devoir existe bien, mais les époux n'ont pas le temps de le respecter. En revanche en matière de mariage posthume¹⁹² la cohabitation est totalement étrangère à ce mariage. C'est d'ailleurs une des raisons qui conduit à proposer la suppression de ce mécanisme. En effet, puisque l'institution matrimoniale et plus généralement le couple est identifié grâce à la cohabitation, le mariage posthume apparaît comme une étrangeté du droit positif. Par ailleurs, le faible nombre de demandes d'autorisation adressées au Président de la République ainsi que la disparition des différences entre les filiations légitimes et les filiations naturelles rendent le mariage posthume relativement désuet¹⁹³.

32. Transition. Entre les partenaires, puisque le principe d'égalité est désormais acquis le doute ne porte plus sur le caractère unilatéral ou réciproque de la cohabitation, mais sur l'existence même de ce devoir.

B. La mutation de la cohabitation en un devoir du Pacs

33. La cohabitation dans le Pacs : devoir ? Objet ? Cause ? À la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999, il était certain que la cohabitation est une composante

¹⁹² Art. 171 C. civ.

¹⁹³ La compétence du Président de la République pour autoriser la célébration du mariage en cas de décès de l'un des futurs époux renforce l'anachronisme du mariage posthume. En ce sens, v. par ex. I. CORPART, « Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », *JCP N* 2004, p. 1328. V. aussi, *RTD civ.* 2016, p. 323, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2016, comm. n° 43, note J.-R. BINET. En effet, ces mariages avaient avant tout vocation à légitimer l'enfant à naître. On peut cependant constater que, grâce au mariage posthume, le conjoint de l'époux décédé bénéficie de certains droits sociaux comme le droit à indemnisation du préjudice en cas d'accident du travail mortel (Cass. civ. 2^e, 8 janv. 2009, n° 07-15.390, *Bull. civ. II*, n° 4 ; *Dr. fam.* 2009, comm. n° 137). Le conjoint survivant marié à titre posthume se trouve aussi bénéficiaire du capital d'assurance décès (Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2007, n° 05-18.582, *Bull. civ. I*, n° 206, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 160).

de la vie commune¹⁹⁴. À l'issue de la loi du 15 novembre 1999, un doute existait sur la qualification à donner à l'exigence de cohabitation. S'agissait-il de la cause du contrat ? De son objet ? D'un devoir ? Ainsi que l'a remarqué CORNU, en 1999, l'absence de contrainte en raison de « l'allergie » du Pacs « *aux engagements* »¹⁹⁵ empêche d'envisager la vie commune comme un devoir entre partenaires. C'est pourquoi certains l'ont considérée comme une condition de validité¹⁹⁶. Puisque selon les termes de l'article 515-1 du Code civil, le Pacs a vocation à organiser la vie commune des partenaires et que selon l'article 515-3 du Code civil les partenaires déclarent leur Pacs à l'officier d'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune, certains ont pu considérer la vie commune comme une condition du Pacs¹⁹⁷ devant précéder la signature du Pacs. De sorte que sa préexistence est supposée. La cohabitation des partenaires devrait donc exister avant même la conclusion du Pacs.

Une telle interprétation des articles 515-1 et 515-3 du Code civil correspond à la réalité sociologique puisque la majorité des couples vivent ensemble avant l'enregistrement de leur convention de Pacs. Néanmoins, juridiquement, il est périlleux d'affirmer que la vie commune et par corrélation la cohabitation constitue une condition du Pacs. Si tel était le cas, l'absence de communauté de toit empêcherait l'enregistrement de la déclaration de Pacs. Or, l'organe chargé de l'enregistrement ne dispose pas de ce pouvoir¹⁹⁸. En définitive, la cohabitation ne semble pas être une condition de formation du Pacs. Ce constat est renforcé par le fait que la conclusion du Pacs est autorisée même en l'absence de résidence commune¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §26. « *Il résulte de ces dispositions, éclairées par les débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées, que la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la loi déférée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple (...)* »

¹⁹⁵ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 82, spéc. note de bas de page n° 67.

¹⁹⁶ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 201.

¹⁹⁷ V. not. Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 53, p. 85. En vertu de l'article 515-3 du Code civil, les partenaires doivent fixer leur lieu de résidence avant même la conclusion du Pacs.

¹⁹⁸ L'organe chargé de l'enregistrement ne dispose de pouvoirs qu'en matière de prohibition de l'inceste et de l'interdit de la polygamie.

¹⁹⁹ Art. 515-3 C. civ. *in fine* : « *Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle elles fixent leur résidence commune ou, en cas d'empêchement grave à la fixation de celle-ci, devant l'officier de l'état civil de la commune où se trouve la résidence de l'une des parties* ».

D'autres, au contraire, ont abordé le devoir de cohabitation comme la cause du Pacs²⁰⁰, comme son objet,²⁰¹ voire comme les deux à la fois²⁰². L'article 515-1 du Code civil dispose qu'« un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune ». Cela conduit à considérer la vie commune des partenaires comme la raison d'être de l'engagement.

34. Annonce de plan. La réforme du Pacs par la loi du 23 juin 2006 a été l'occasion pour le législateur d'éclaircir la nature de la cohabitation. De manière certaine, elle est un devoir entre les partenaires (1). Néanmoins, elle présente une particularité puisque sa violation n'entraîne aucune sanction (2).

1. Un devoir affirmé

35. Un engagement réciproque dans la seconde version du Pacs. La réforme du 23 juin 2006²⁰³ a modifié de façon substantielle le Pacs. Désormais, l'article 515-4 du Code civil précise que « les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune », renvoyant ainsi à l'idée de devoir. Contrairement au mariage, les partenaires ne s'obligent pas, ils s'engagent. En n'utilisant pas explicitement le même champ sémantique que dans le mariage, le législateur conserve l'apparence de liberté du Pacs. Par ailleurs, cela contribue à dissocier les modes de conjugalité déclarés.

La comparaison entre le devoir de cohabitation des époux et celui des partenaires laisse apparaître une différence. En effet, le champ lexical employé dans le Pacs à l'article 515-4 du Code civil renvoie davantage à la morale qu'au droit. En effet, l'engagement est avant tout une promesse faite entre deux ou plusieurs individus. Au contraire, dans le mariage, le législateur oblige les époux. De l'obligation se dégage une contrainte plus importante que dans l'engagement.

²⁰⁰ J. HAUSER, « Statut civil des partenaires », *JCP N* 2000, p. 411, n° 16 ; N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000. I. 210, n° 22.

²⁰¹ J.-J. LEMOULAND, « Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N* 2000, p. 406, n° 12 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, p. 813, n° 4 ; H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Deffrénois* 2006, p. 1621 ; S. THOURET, « Mariage, pacs, concubinage : relations de couple », *AJ fam.* 2015, p. 662, spéc. p. 663.

²⁰² Fr. GRANET-LAMBRECHTS, P. HILT, « Mariage, pacs, concubinage : que choisir entre ces trois modes de conjugalité ? », *AJ fam.* 2004, p. 658, spéc. p. 658.

²⁰³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

36. Transition. En dépit de cette différence, la doctrine considère que la vie commune et par corrélation la cohabitation sont des devoirs²⁰⁴. Pourtant, la violation de ce devoir, contrairement au mariage, ne fait l'objet d'aucune sanction. De sorte que le devoir de cohabitation apparaît davantage comme une contrainte personnelle que comme un devoir juridique.

2. Un devoir non sanctionné

37. L'absence de sanction en cas de violation du devoir de cohabitation. Les devoirs personnels auxquels sont soumis les partenaires, en raison de leur nature particulière, « *sont rétifs à la contrainte en nature* »²⁰⁵. Leur exécution forcée est donc impossible²⁰⁶. L'exécution en équivalent ne donne pas davantage de satisfaction, car il s'agirait d'une contrainte, non plus sur la personne, mais sur son patrimoine²⁰⁷.

Le devoir de cohabitation est une sorte d'engagement sur l'honneur dont la sanction est interne au couple. D'une manière générale la facilité de rupture du Pacs rend la mise en place de sanction inopportune, car privée d'efficacité.

Dans le mariage qui lui aussi a pour objectif d'organiser la vie commune des époux, les sanctions revêtent une forme particulière. Pour ce qui est de la violation du devoir de cohabitation, l'époux fautif s'expose au prononcé du divorce pour faute à ses torts exclusifs. La création d'une telle sanction dans le Pacs apparaît impossible en raison de la nature de ce mode de conjugalité qui demeure un contrat *sui generis* empreint de liberté.

²⁰⁴ En ce sens, v. par ex. H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621 ; X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort », *AJ fam.* 2007, p. 8 ; LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude n° 1, n° 19 ; Ph. SIMLER, P. HILT, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006. I. 261, n° 12.

²⁰⁵ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 175, spéc. p. 192.

²⁰⁶ En cas d'impossibilité d'exécution en nature, l'exécution par équivalent devient possible (art. 1221 C. civ.). Toutefois, lorsque l'obligation souscrite présente un caractère éminemment personnel, son exécution forcée porterait atteinte aux droits et libertés fondamentaux de chacun, si bien que la Cour de cassation considère que l'exécution forcée est impossible. En ce sens, Y.-M. LAITHIER, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, 2015, p. 97, spéc. p. 98 ; D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477, n° 6. V. aussi G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 637.

²⁰⁷ V. *supra* note de bas de page n° 190.

38. La sanction par la résiliation pour inexécution ? Si l'on se réfère au droit commun des contrats, le non-respect de l'exigence de cohabitation est susceptible d'être résilié par l'une des parties en raison de l'inexécution d'une obligation.

Entre les partenaires, si l'inexécution d'un devoir peut conduire à une résiliation unilatérale, elle ne peut jamais faire l'objet d'une résiliation pour inexécution fautive²⁰⁸. « *La situation des partenaires diffère donc de celle des cocontractants de droit commun. En matière contractuelle, la résiliation pour inexécution fautive des obligations contractuelles doit être demandée au juge, qui appréciera l'opportunité de son prononcé. S'agissant du pacs, le juge n'est jamais amené à prononcer la désunion ; il peut seulement être conduit à statuer sur ses conséquences* »²⁰⁹. Une nouvelle fois, on s'aperçoit que la sanction est interne au couple. En raison de cette spécificité, le Pacs prouve une nouvelle fois sa singularité puisqu'il n'est ni un contrat de droit commun ni un ersatz de mariage.

39. La sanction par la caducité ? Si l'absence de sanction propre à la violation du devoir de communauté de toit est liée à la nature du Pacs, rien n'explique que le législateur n'ait pas tiré les conséquences du lien entre la cohabitation et l'objet du contrat. En effet, selon l'article 515-1 du Code civil, le Pacs organise la vie commune des partenaires. De sorte que la disparition de la vie commune, souvent annonciatrice d'une rupture, entraîne la disparition de l'objet du Pacs et donc sa caducité²¹⁰. Néanmoins, la caducité du Pacs, comme celle du mariage, est inenvisageable notamment à l'égard des tiers. En effet, afin de protéger leurs intérêts, les effets des modes de conjugalité déclarés s'éteignent à compter de l'inscription du divorce ou de la dissolution du Pacs en marge de l'état civil. Or l'automatisme de la caducité les priverait de cette garantie de sécurité.

Néanmoins, entre les membres du couple, ne pourrait-on pas considérer que le défaut de cohabitation rend le mariage ou le Pacs caduc ? D'une certaine manière, cela semble déjà être le cas dans le mariage. En effet, malgré la survie du mariage jusqu'au prononcé du divorce, les époux

²⁰⁸ V. toutefois, TGI Lille, 5 juin 2002, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 57, note. B. BEIGNIER ; *D.* 2003, p. 515, note X. LABBÉE.

²⁰⁹ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 177, spéc. p. 194.

²¹⁰ Sur la question de savoir si l'évènement qui fait disparaître la condition de formation doit être ou non étrangère à la volonté des parties, v. M.-Chr. AUBRY, « Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012, p. 625. Sur la question du caractère fautif ou non de l'évènement, R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 445, 2006, n°s 43 et s.

ont la possibilité de demander le report des effets du divorce au jour où la cohabitation et la collaboration²¹¹ ont disparu²¹². Ce mécanisme s'apparente quelque peu à la caducité, car en raison du report de la date des effets du divorce, les relations pécuniaires entre époux cessent dès lors que l'objet du mariage a disparu.

Puisque l'objet du Pacs est identique à celui du mariage, l'introduction d'un mécanisme de report des effets de la dissolution du Pacs à la date où les partenaires ont cessé de collaborer et de cohabiter est envisageable. Ainsi, les partenaires pourraient faire rétroagir la dissolution de leur union à la date de la cessation de la communauté matérielle et affective. Un mécanisme rappelant la caducité verrait alors le jour dans le Pacs. En introduisant ce dispositif entre les partenaires, l'exigence de cohabitation se trouverait renforcée puisque des effets lui seraient attachés. Cela permettrait en outre de rapprocher la cohabitation des partenaires de celle des époux. Néanmoins, l'existence du mécanisme de report de la date des effets du divorce dans les rapports entre les époux est justifiée par la longueur de la procédure de divorce. Dans le Pacs cette période de latence n'existe pas. De sorte que la création de ce dispositif n'apparaît pas opportune. Par ailleurs, la facilité de rupture, l'absence de formalisme pour rompre le Pacs ainsi que la possibilité de demander la résiliation unilatérale du Pacs enlèvent à la caducité son intérêt.

40. Transition. Personne n'a jamais douté que les couples déclarés s'engageaient à vivre sous un même toit²¹³. Toutefois, en érigeant la cohabitation en un devoir, elle devient un effet du mode de conjugalité. Sur ce point, la cohabitation des concubins présente une particularité puisqu'elle n'est pas un devoir, mais une condition d'existence de la situation juridique.

§2. L'élément de définition du concubinage

41. L'apparence du mariage. La vie commune de l'article 515-8 du Code civil nécessite un partage du toit. Intuitivement, la cohabitation apparaît comme une évidence pour caractériser le

²¹¹ Très souvent, les deux seront liées. La disparition de la cohabitation entraîne la disparition de la collaboration. La jurisprudence a d'ailleurs posé une présomption en ce sens. Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-21.837, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 2011, n° 10-21.438, *Bull. civ. I*, n° 113.

²¹² Art. 262-1 C. civ.

²¹³ Ph. SIMLER, P. HILT, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006. I. 261, n° 12.

concubinage²¹⁴ si bien que la vie commune désigne au minimum le partage du toit²¹⁵, certains considèrent d'ailleurs qu'elle se résume uniquement à cela²¹⁶.

42. Annonce de plan. La cohabitation occupe une place centrale dans le concubinage. Puisqu'à l'instar des autres modes de conjugalité, elle en est la vitrine. De sorte que la cohabitation est un élément constitutif déterminant (A). Toutefois, la cohabitation ne permet la reconnaissance qu'à condition de durer (B).

A. L'extériorisation du concubinage par la cohabitation

43. Une cohabitation incertaine dans le cadre de l'action en recherche de paternité naturelle. L'exigence de communauté de toit n'est pas toujours apparue comme une évidence pour caractériser le concubinage. En effet, avant la loi du 8 janvier 1993 relative à l'autorité parentale, la recherche de paternité naturelle n'était admise que dans les cas où la filiation était probable. C'est pourquoi l'article 340 du Code civil énumérait cinq cas de recherche de paternité, dont le concubinage faisait partie. Afin de caractériser ce concubinage, la cohabitation n'était pas nécessaire²¹⁷. Cette manière d'aborder le concubinage s'expliquait par le fait qu'à cette époque, la plupart des relations de concubinage étaient des relations adultères. De sorte que le partage du toit était impossible entre les amants. En exigeant une cohabitation, le champ d'application de l'action en recherche de paternité aurait été sensiblement réduit. C'est donc avant tout, la volonté de permettre l'établissement de la filiation paternelle qui a conduit la jurisprudence à ne pas exiger de cohabitation entre les membres du couple.

²¹⁴ Avant la définition légale du concubinage, Mme THÉRY expliquait que le concubinage était constitué de la communauté de toit et de la communauté de lit. I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Odile Jacob, 1998, p. 143.

²¹⁵ R. BLOUGH, « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude n° 19. *Contra* R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, préf. E. RUDE-ANTOINE, Bruylant, 2014, n°s 467 à 469. Pour appuyer sa théorie, ce dernier montre qu'il n'existe pas de solidarité automatique pour le paiement du loyer entre concubins.

²¹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V° Vie commune : « *Fait pour deux personnes d'habiter ensemble qui suppose entre elles l'existence de relations charnelles et d'une unité ménagère* ». V. aussi A. AVRAMO, *Les conditions de vie du couple. Essai sur les obligations conjugales*, thèse Université du Sud Toulon-Var, 2004, p. 58 ; CA Caen, 15 juin 1987, *JurisData* n° 1987-048298. Dans cet arrêt, l'absence de cohabitation n'est certainement pas le seul élément qui a poussé les juges à refuser la qualification de concubinage. Les amants entretenaient ensemble une relation adultère. Mais il est tout de même certain que dans cette affaire, le défaut de cohabitation n'a pas joué en faveur des concubins. Pour une interprétation contraire des motivations de l'arrêt, Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 26, spéc. p. 57.

²¹⁷ Cass., 12 janv. 1921, S. 1921. 1. 199 ; Req., 9 nov. 1938, S. 1938. 1. 375.

La généralisation de l'action en recherche de paternité naturelle par la loi du 8 janvier 1993²¹⁸ a entraîné la disparition des cas d'ouverture énumérés à l'article 340 du Code civil ainsi que la banalisation du concubinage. Cela conduit à ne pas tenir compte de cette approche particulière de la relation de concubinage.

44. Le mimétisme du mariage. De nos jours, le partage du toit apparaît indiscutable en matière de concubinage, car le mariage constitue un modèle de référence dont les couples s'inspirent. Les manières de vivre des partenaires et des concubins imitent celle des époux. D'ailleurs, avant la création du Pacs et la définition légale du concubinage, seul le mimétisme du mariage permettait aux couples hors mariage d'exister juridiquement²¹⁹.

L'autonomisation du concubinage résultant de la loi du 15 novembre 1999²²⁰ n'a, sur ce point, pas entraîné de changement majeur. Le concubinage ne s'est pas totalement déconnecté du modèle de référence qu'est l'institution matrimoniale, notamment en matière de cohabitation. En effet, le premier indice de l'existence de leur couple est la cohabitation²²¹. L'éclairage apporté par le Conseil constitutionnel sur la vie commune abonde d'ailleurs en ce sens²²². Bien que les membres des couples hors mariage l'évitent, le mariage constitue une sorte d'idéal social de la vie en couple. C'est pourquoi le législateur s'en inspire.

45. La cohabitation : mode de preuve privilégié. La prépondérance de la cohabitation dans le concubinage est liée à des considérations en matière de preuve. Alors que les couples déclarés disposent d'un titre attestant de l'existence de leur union, les concubins se trouvent sur ce point dépourvus. Malgré l'émergence de systèmes de preuve préconstituée de la relation de

²¹⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JORF* 9 janv. 1993, p. 495.

²¹⁹ Cass. civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779, *Bull. civ. III*, n° 225 ; *D.* 1998, jurispr., p. 111, concl. J.-Fr. WEBER ; *D.* 1998, jurispr., p. 111, obs. J.-L. AUBERT.

²²⁰ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

²²¹ En ce sens, v. par ex. CE, 20 mai 2016, req. n°s 385505 et 38825, *AJDA* 2016, p. 1037, obs. M.-T. DE MONTECLER. Bien que le Conseil d'État se fonde à un faisceau d'indices, la communauté de toit est le premier élément contrôlé pour constater la réalité de la relation.

²²² Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §26 : « (...) la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ; que la vie commune mentionnée par la loi déférée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple (...) ». V. *supra* n° 33.

concubinage²²³, l'exigence de cohabitation apparait, à leur égard, exacerbée puisque sans elle, la relation ne peut accéder à la sphère juridique.

Le partage du toit fait naître une présomption de vie commune entre les concubins et plus généralement une présomption sur l'existence d'une relation conjugale²²⁴. Toutefois, il ne s'agit que d'une présomption simple. Bien que nécessaire à la qualification du concubinage, la cohabitation n'est pas pour autant suffisante²²⁵. À titre d'exemple, les fratries ou des colocataires vivent sous un même toit, mais leur relation ne produit pas les effets du concubinage²²⁶, parce que le partage du toit est insuffisant à caractériser leur relation.

46. Une même exigence de cohabitation dans le concubinage simple et dans le concubinage notoire. L'importance de la cohabitation dans le couple et plus spécifiquement dans le concubinage est notamment révélée par le droit fiscal. En effet, la notion de concubinage notoire²²⁷ en matière d'impôt de solidarité sur la fortune²²⁸ entretient une relation particulière avec la cohabitation.

Alors que le droit civil définit le concubinage simple, le droit fiscal ne l'utilise que pour l'opposer à la solitude en ne lui prêtant aucun effet malgré le fait que la définition du concubinage du Code civil soit opposable à l'Administration fiscale²²⁹. Cette dernière préfère, sans la définir, la

²²³ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 61, spéc. p. 65. Étant un fait juridique, le principe demeure celui de la preuve libre en matière de concubinage. Pour une présentation de quelques types de preuve, S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Concubinage, n^{os} 48 et s.

²²⁴ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n^{os} 320 à 325 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEDEC, La Mouette, 2002, n^o 255.

²²⁵ CE, 12 juin 2002, req. n^o 216066, *RJPF* 2002, n^o 12, p. 21, note Fr. VAUVILLÉ ; CA Versailles, 2 févr. 2017, *Juris-Data* n^o 2017-002591.

²²⁶ Le projet de pacte d'intérêt commun du Professeur Jean HAUSER reposait sur l'idée de cohabitation, non sur celle de couple. Partant, les personnes vivant sous un même toit se voyaient offrir un statut juridique.

²²⁷ En matière d'impôt de solidarité sur la fortune, l'administration fiscale a eu recours au concubinage notoire par la loi de finances de 1982 (loi n^o 81-1160 du 30 décembre 1981 de finances pour 1982, *JORF* 31 déc. 1981, p. 3539) sans toutefois le définir. Cette démarche résulte de la volonté de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. En effet, certains époux divorçaient tout en continuant à vivre ensemble et certains concubins refusaient de se marier dans le but d'échapper à l'impôt.

²²⁸ Dans ce domaine, les concubins voient leurs régimes alignés sur celui des couples déclarés. Leur patrimoine fait l'objet d'une imposition commune à condition de vivre une relation de concubinage notoire. Pour l'Administration fiscale, la situation conjugale n'a que peu d'importance. Elle agit en fonction de ce qui lui est le plus favorable. En effet, il est plus aisé d'atteindre la valeur du patrimoine taxable au titre de l'impôt sur la fortune en cumulant les patrimoines des concubins qu'en n'en prenant qu'un seul.

²²⁹ Instruction du 28 août 2001, *BOI 7 S -3-01*.

notion de concubinage notoire, alors qu'elle est pour partie étrangère au droit civil²³⁰. On assiste alors à un chassé-croisé entre le droit civil et le droit fiscal,²³¹ car ce qui est connu de l'un est ignoré de l'autre.

La notoriété de la relation implique une reconnaissance publique. Elle tire sa force juridique de sa diffusion dans la société²³². En effet, le concubinage notoire « *sous-entend une communauté de vie et d'intérêts, suppose une relation stable hors mariage, connue des tiers (notamment des autorités, administrations et organismes sociaux divers) et non seulement des proches des intéressés* »²³³. Ainsi, la notoriété suppose une connaissance de la relation par des tiers, en précisant que ces derniers ne sont pas seulement des proches des intéressés²³⁴. Partant, la cohabitation est, en matière familiale comme en matière civile, le meilleur moyen pour prouver l'existence de la vie commune des concubins. En définitive, le concubinage notoire en matière fiscale est identique au concubinage simple du droit civil.

47. Transition. La cohabitation des concubins, à l'instar de celle des partenaires et des époux, est indispensable à la caractérisation de la relation. Constituant l'élément le plus aisé à prouver, un rapport étroit s'est formé entre l'exigence de cohabitation et les droits des concubins. En effet, la reconnaissance juridique du couple conjugal est soumise à une condition de durée que ne connaissent pas les couples déclarés.

B. La cohabitation à l'épreuve du temps

48. La nécessité d'une cohabitation durable. La cohabitation des concubins est soumise à l'épreuve du temps. Avant que le concubinage fasse l'objet d'une définition légale²³⁵, les droits

²³⁰ Le concubinage notoire n'apparaît pas comme tel, mais il a déjà produit des effets en matière de baux d'habitation et mixtes (loi n° 83-462 du 6 juil. 1989, *JORF* 8 juil. 1989, p. 8541) ou de pension alimentaire qui cesse de plein droit en cas de concubinage notoire du créancier de la pension (anc. art. 283 C. civ.). La jurisprudence a aussi utilisé le concubinage notoire dans la recherche de paternité hors mariage : Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 1968, *Bull. civ. I*, n° 55 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1969, *Bull. civ. I*, n° 188.

²³¹ J. HÉRAUD, « Ces couples unis par les liens... de l'impôt », *JCP N* 2008, p. 1326, n° 5.

²³² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V° Notoire. Pour une étude approfondie de la notoriété : N. RAYNAUD DE LAGE, « La notoriété », *D.* 2000, p. 513.

²³³ CA Paris, 16 janv. 2001, *JurisData* n° 2001-144172 ; *RTD civ.* 2001, p. 336, obs. J. HAUSER ; *D.* 2002, p. 536, obs. J.-J. LEMOULAND.

²³⁴ L'Administration fiscale suppose l'existence d'une relation en cas d'adresse commune par exemple.

²³⁵ Art. 515-8 C. civ.

accordés aux concubins dépendaient de la durée de leur cohabitation²³⁶ montrant ainsi la défiance du législateur à l'égard du couple hors mariage. En éprouvant le couple, la solidité de la relation était garantie. Par conséquent, cela permettait d'écarter les relations passagères²³⁷.

Le législateur a d'ailleurs entériné cette solution en soumettant la reconnaissance de la relation au respect des conditions de stabilité et de durée. Ces nouveaux critères se sont substitués aux délais mis en place par les différentes législations. En lieu et place d'une durée préétablie de cohabitation²³⁸, le législateur laisse le soin aux juges ou aux administrations d'étudier la réalité de la relation. Une telle initiative permet une approche pragmatique de la relation. Les délais prédéterminés apparaissent dorénavant superfétatoires.

Néanmoins, dans certains domaines, ces délais prédéterminés ont survécu. Ainsi, en matière de bail d'habitation, l'article 14 alinéa 5 de la loi du 6 juillet 1989²³⁹ offre la continuation ou le transfert du bail au profit du concubin à condition de vivre avec lui depuis au moins un an. En deçà de ce délai d'un an, le bénéfice de ce dispositif demeure fermé au concubin qui occupe les lieux. La survie de cette condition de délai d'un an apparaît critiquable.

49. Transition. La cohabitation est une exigence commune à tous les modes de conjugalité, qu'elle soit un devoir ou un élément de définition. Si la plupart des couples vivent effectivement de façon permanente sous le même toit, certains événements et certains choix peuvent amener les époux, les partenaires ou les concubins à ne plus occuper quotidiennement le même domicile. Conscient de ces nouvelles manières de vivre en couple, les juges et le législateur ont légitimé ces agissements en dématérialisant le devoir de communauté.

Section 2. L'évolution de la cohabitation

50. L'adaptation de la cohabitation aux évolutions sociales. Les études démographiques témoignent de l'existence de couples qui ne vivent pas sous le même toit. Ainsi, 4 % des adultes

²³⁶ G. HÉNAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551, n° 22. L'auteur énumère un certain nombre de droits ou de prestations accordées aux concubins sous condition de durée.

²³⁷ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 61, spéc. p. 64.

²³⁸ En matière de procréation médicalement assistée par exemple, les concubins, à l'instar des partenaires, devaient justifier d'une vie commune depuis au moins deux ans.

²³⁹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* 8 juil. 1989, p. 8541.

se déclarant en couple ne vivent pas au quotidien sous le même toit²⁴⁰. Bien que marginal, ce mode de vie en couple illustre le phénomène que l'on pourrait désigner de dématérialisation de la communauté de toit. Les sources de ce phénomène sont l'indépendance de l'épouse, la multiplication des relations à distance²⁴¹, l'éloignement professionnel, mais aussi la volonté des membres du couple de façonner leur mode de conjugalité.

51. La distinction du domicile et de la résidence. Conscient de la transformation de la cohabitation, le législateur a autorisé les époux à « avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie »²⁴². Il résulte de cette approche renouvelée de la communauté de toit, une distinction entre le domicile et la résidence. Généralement, il est admis que la résidence, notion concrète, est le lieu de vie effective du couple alors que le domicile, notion abstraite, est le siège légal de la personne. La plupart du temps, le domicile et la résidence sont identiques. En effet, il est ordinaire que le siège légal de la personne se trouve au même endroit que le lieu où il réside. C'est pourquoi la jurisprudence utilise régulièrement le domicile pour désigner le lieu de vie effectif. En définitive, une « *conception dualiste de la notion de domicile* »²⁴³ est consacrée puisque les époux ont la possibilité d'avoir des domiciles séparés notamment lorsque la cohabitation est devenue impossible du fait de leur profession respective²⁴⁴.

52. Annonce de plan. L'autorisation donnée aux époux de ne pas habiter quotidiennement sous le même toit illustre la dématérialisation de la communauté de vie (§1). Cette dématérialisation loin d'affaiblir le devoir de cohabitation témoigne de la mutation de la

²⁴⁰ Selon l'étude de l'INSEE "le couple dans tous ses états" parue le 14 février 2013, les couples qui ne cohabitent pas restent marginaux. Ce phénomène ne représente que 4 % des adultes vivant en couple.

²⁴¹ La situation actuelle pourrait ne représenter que les balbutiements de la dématérialisation de la communauté de vie. En effet, l'évolution de la société conduit vers une mobilité plus importante où les relations à distance se multiplient. Partant, on pourrait envisager la transformation de la communauté de toit. Les outils de communication, tels que les applications *Skype*, *WhatsApp*, *Viber*, *Facetime* ..., renouvellent l'appréhension de la relation conjugale, car ils permettent d'aboutir à un résultat proche de la cohabitation (on pourrait qualifier cela de communauté de toit dématérialisée ou de communauté de toit numérique).

²⁴² Art. 108 al. 1 C. civ.

²⁴³ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n° 303.

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié ; *RTD civ.* 2012, p. 95, obs. J. HAUSER ; *D.* 2012, p. 971, note J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2011, comm. n° 176, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.* 2011, p. 553, note B. DE BOYSSON ; Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 2014. 482 ; *AJ fam.* 2014, p. 192, note P. HILT ; *JCP G* 2014, doct., p. 953, obs. M. LAMARCHE ; *RTD civ.* 2014, p. 340, obs. J. HAUSER.

communauté de toit. D'une certaine manière, cela atteste de la montée au droit de la volonté des époux dans l'organisation de leur cohabitation (§2).

§1. La dématérialisation de la cohabitation

53. Annonce de plan. La cohabitation est la représentation la plus classique du "couple". Elle présume l'existence de la relation conjugale. Par conséquent, le défaut de cohabitation laisse planer un doute sur la réalité de la communauté de vie. Pourtant, contraints par l'évolution de la société, le législateur et la jurisprudence œuvrent dans le sens d'une dématérialisation de ce devoir²⁴⁵. Si cette prise de position est explicite en matière de mariage (A), elle demeure floue hors mariage. Toutefois, les justifications de cette mutation ne sont pas propres aux époux si bien que les couples hors mariage sont aussi concernés par ce phénomène (B).

A. La dématérialisation explicite de la cohabitation des époux

54. L'assouplissement de l'exigence de cohabitation par la confusion des notions de domicile et de résidence. Réceptif aux exigences professionnelles, aux évolutions des mœurs et aux préconisations de quelques éminents juristes tels RIPERT ou ROUAST, le législateur, après quelques tergiversations²⁴⁶, a modifié l'article 108 du Code civil²⁴⁷. Désormais, les époux peuvent avoir un domicile distinct sans que cela porte atteinte aux règles relatives à la communauté de vie. Cette dernière précision crée donc un lien entre la notion abstraite de domicile et la notion concrète de résidence qui à l'origine n'en ont aucun.

Concrètement, l'application de cette règle permet à un couple marié de cohabiter quotidiennement sans avoir le même domicile, car le siège légal de la personne peut être différent du lieu de vie. Une dissociation claire doit être faite entre les notions de domicile et de résidence. Par conséquent, la dématérialisation du devoir de communauté de vie ne peut pas être tirée de l'article 108 du Code civil.

²⁴⁵ Cette transformation n'est pas une spécificité française. V. par exemple en Italie L. LENTI, U. ROMA, « ITALIE. Mariage et dissolution », *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 2, n° 25. La situation est aussi identique en Espagne. En ce sens, M.-P. GARCIA RUBIO, E. LLAMAS POMBO, « ESPAGNE. Droit civil. Statut personnel. Mariage. Divorce et séparation. Régimes matrimoniaux. Filiation. Obligations alimentaires. », *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 20, n° 76.

²⁴⁶ Le législateur entre 1930 et 1975 a longuement hésité à autoriser les époux à ne pas cohabiter de manière continue. Pour davantage de précisions sur l'évolution historique : Fl. GISSEROT, « Le nouveau domicile conjugal de la femme mariée (Loi du 11 juillet 1975) », *RTD civ.* 1979, p. 724.

²⁴⁷ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

Cependant, une confusion de la Cour de cassation entre la résidence et le domicile, qu'elle considère comme des synonymes²⁴⁸, permet de déduire que l'autorisation donnée aux époux d'avoir un domicile distinct dématérialise la communauté de vie²⁴⁹. Dans ces arrêts, le domicile est utilisé pour désigner le lieu d'habitation de chacun des époux par opposition à la résidence commune. C'est donc à la suite de cette confusion que l'on peut considérer que la jurisprudence dématérialise le devoir de communauté de toit.

Cette dématérialisation ne fait pas pour autant disparaître le devoir de cohabitation des époux. Les juges veillent à ce que l'absence de communauté de toit soit dictée par une contrainte temporaire qui leur est extérieure, comme les contraintes professionnelles ou l'emprisonnement d'un époux²⁵⁰. En effet, il ne saurait y avoir de communauté de vie si les époux ne se voient jamais.

55. L'exemple de la dématérialisation du devoir de cohabitation dans le droit de la nationalité. La dématérialisation du devoir de communauté de vie se répercute dans tous les domaines en lien avec le mariage, y compris dans celui relatif à l'acquisition de la nationalité²⁵¹ dans lequel règne pourtant un ordre public de direction fort. Alors que jusqu'à une période relativement récente les juges retenaient une conception exclusivement matérialiste de la communauté de vie²⁵², un arrêt remarqué de la Cour de cassation du 12 février 2014²⁵³ est venu nuancer cette position en décidant que le domicile distinct, imposé par des contraintes extérieures, ne porte pas atteinte à la communauté de vie. Le conjoint d'un époux de nationalité française peut désormais obtenir la nationalité française quand bien même les époux ne partageraient pas quotidiennement le même toit.

²⁴⁸ V. *supra* n° 51.

²⁴⁹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-15.520, non publié : « *Mais attendu qu'il ressort de ces textes que si les époux peuvent avoir temporairement des domiciles distincts, notamment pour des raisons professionnelles (...)* » ; Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 2014. 482 ; *AJ fam.* 2014, p. 192, note P. HILT ; A. RICHEZ-PONS, « Notion de communauté de vie », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 797 ; CE, 19 janv. 1998, req. n° 126809, *D.* 1998, p. 521, note G. TIXIER, Th. LAMULLE

²⁵⁰ Sur le droit au mariage des détenus : TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, p. 59, note P. GUILHO ; *RTD civ.* 1992, p. 53, obs. J. HAUSER.

²⁵¹ Art. 21-2 C. civ.

²⁵² Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-15.520, non publié, *D.* 2000, p. 413, obs. J.-J. LEMOULAND. L'arrêt est édifiant en ce qu'il reconnaît l'importance de la communauté d'habitation dans le mariage et particulièrement dans le droit de la nationalité. CA Bordeaux, 8 janv. 2013, *JurisData* n° 2013-022346. Une telle conception matérialiste du devoir de communauté de vie met en avant le particularisme du droit de la nationalité dans lequel la cohabitation est une condition de validité de la demande alors que dans le mariage elle n'en est qu'une conséquence.

²⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 2014. 482 ; *AJ fam.* 2014. 192, obs. P. HILT.

En statuant ainsi, la Cour de cassation a opéré une unification bienvenue²⁵⁴ de la notion de cohabitation dans le mariage et dans le droit de la nationalité²⁵⁵. Si cette solution apporte une certaine cohérence, elle présente toutefois l'inconvénient d'ouvrir une brèche dans le système d'obtention de la nationalité française par le mariage. En effet, en imposant une conception matérielle de la communauté de toit, le législateur avait entendu soumettre l'obtention de la nationalité française à une condition stricte. En revenant sur cette dernière, il facilite les unions naturalisantes.

56. « Les degrés du mariage »²⁵⁶ en fonction de la cohabitation selon le droit fiscal. La dématérialisation de la communauté de vie n'entraîne pas un changement de nature du mariage. Cependant, il arrive parfois qu'une cohabitation occasionnelle entraîne des effets différents comparés à une cohabitation quotidienne. À ce titre, le droit fiscal offre un exemple probant puisque les époux séparés de biens ayant temporairement²⁵⁷ un domicile distinct sont par exception soumis à une imposition distincte en matière d'impôt sur le revenu²⁵⁸.

Ce mécanisme exceptionnel d'imposition séparée prouve que l'imposition commune est en partie liée à la communauté de vie et, par conséquent, à la cohabitation²⁵⁹. Il est vrai que la mise en commun de ressources et la communauté d'intérêts qui en découle sont facilitées par le partage du toit. Or, des époux qui optent pour un régime de séparation de biens et qui ne cohabitent pas mettent

²⁵⁴ En ce sens, M. LAMARCHE, « Nationalité, couples et communauté de vie », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 747, spéc. p. 750. Il faut saluer la volonté de la Cour de cassation d'unifier la notion de communauté de vie, car les juges du fond avaient déjà rapproché les articles 21-2 et 215 du Code civil. V. par ex., CA Nîmes, 9 janv. 2013, *JurisData* 2013-003670.

²⁵⁵ Cette interprétation est conforme à celle du ministère de l'Intégration (ce ministère a aujourd'hui disparu. Ses prérogatives ont été transmises au ministère de l'Intérieur) qui dans une circulaire du 29 décembre 2009 (circulaire n° NOR IMIC0900097C relative à la procédure d'acquisition de la nationalité en raison du mariage, spéc. p. 7) avait interprété l'article 21-2 à la lumière de l'article 215.

²⁵⁶ L'expression est empruntée à Mme LAMARCHE.

²⁵⁷ CE, 25 avr. 2003, req. n° 181719, *Dr. fisc.* 2003, p. 736, concl. G. BACHELIER ; *RJF* 2003, p. 796 ; TA Cergy-Pontoise, 30 mars 2010, req. n° 077161, *RJF* 2010, p. 1133. Le caractère temporaire est apprécié souverainement par les juges. En l'espèce, le fait de ne pas avoir vécu sous le même toit entre les années 1982 et 1985 permet aux époux de bénéficier de l'imposition séparée.

²⁵⁸ L'art. 6-4 CGI ne semble pas offrir de choix aux époux puisque selon cet article, « les époux font l'objet d'impositions distinctes ». En ce sens, CE, 12 mars 2010, req. n° 311121, *Dr. fam.* 2010, comm. n° 93, note Fr. DOUET ; CE, 15 avr. 2011, req. n° 318865, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 163, note Fr. DOUET ; *RJF* 2011, p. 772.

²⁵⁹ A. LEFEUVRE, « Le couple et l'impôt sur le revenu », in *Mélanges en l'honneur de Raymond Le Guidec*, Lexisnexis, 2014, p. 167.

moins facilement en commun leurs ressources. Il est dès lors légitime que l'imposition soit distincte, car les deux époux constituent des foyers fiscaux distincts.

Une différence doit cependant être relevée. Contrairement à la Cour de cassation, le fisc n'exige pas le caractère occasionnel de la domiciliation distincte. Alors que civilement l'absence de retrouvailles conduit à présumer l'absence de communauté de vie, le droit fiscal y reste indifférent.

57. Transition. La dématérialisation du devoir de communauté de vie est une réalité dans le mariage. L'absence de disposition similaire pour les couples hors mariage ne doit cependant pas être un frein à la dématérialisation de la vie commune.

B. L'incertitude de la dématérialisation de la vie commune des couples hors mariage

58. L'absence de dispositions législative non équivoque en matière de Pacs. Les premiers débats en amont de la création du Pacs ont pointé les incertitudes autour de la vie commune²⁶⁰, notamment la possibilité pour les partenaires de ne pas vivre quotidiennement sous le même toit. La décision rendue par le Conseil constitutionnel, à première vue, ne plaide pas en faveur de la dématérialisation puisqu'il décide que « (...), les autres dispositions introduites par l'article 1^{er} de la loi déferée revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger ; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter (...) »²⁶¹. De cette affirmation, on déduit le caractère obligatoire de ce devoir. Néanmoins, puisqu'aucune disposition légale ou décision jurisprudentielle ne se prononce en

²⁶⁰ « La notion de vie commune semble très floue. Le texte ne fait pas référence expressément à une obligation de cohabitation. Une simple communauté d'intérêts serait-elle suffisante ? Le rapporteur à l'Assemblée nationale a d'ailleurs plusieurs fois souligné au cours des débats que la cohabitation n'était pas obligatoire, ce que n'a pas véritablement confirmé le garde des Sceaux. Au contraire, des couples hétérosexuels stables qui cohabitent dans la plupart des cas, les couples homosexuels ne cohabitent que dans la moitié des cas. Dans le cadre du mariage, les époux même s'ils peuvent avoir deux domiciles distincts (art. 108 du Code civil) doivent fixer la résidence commune de la famille (art. 215) » in Rapport de M. P. GELARD au nom de la commission des lois, n° 258, Examen de l'article 515-1.

²⁶¹ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §28. Ce considérant a été mis en lumière par L. MAUGER-VIELPEAU, « Le pacs après la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2006, p. 1201, n° 18.

faveur de la dématérialisation²⁶², l'exigence de cohabitation serait donc plus forte dans le Pacs que dans le mariage.

59. La nécessité d'une dématérialisation de la vie commune des partenaires.

L'interprétation littérale des textes ne semble pas correspondre à l'esprit de liberté que sous-tend le Pacs. Dans ce mode de conjugalité, une place doit être faite aux volontés individuelles²⁶³ afin d'être en adéquation avec l'esprit de ce mode de conjugalité. C'est pourquoi la dématérialisation de la vie commune des partenaires doit être tolérée²⁶⁴. En effet, après tout, les partenaires sont soumis aux mêmes aléas que les époux²⁶⁵. De sorte qu'ils devraient pouvoir ne pas vivre quotidiennement sous le même toit sans que cela n'affecte le devoir de vie commune auquel ils sont soumis, à condition que leurs retrouvailles soient suffisamment fréquentes ; ces retrouvailles étant indispensables à la caractérisation de l'intention conjugale²⁶⁶.

60. Premières vues à propos de la dématérialisation de la vie commune des concubins.

Le relâchement de l'exigence du devoir de communauté de toit des couples déclarés est compensé par le titre dont ils disposent. L'absence de titre des concubins les met dans une situation différente, car pour être connue de la société, leur relation doit être extériorisée. Or, la cohabitation est le moyen le plus évident de constater l'existence de leur relation. En effet, puisque l'intention

²⁶² Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2011, n° 349 ; X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort », *AJ fam.* 2007, p. 8 ; C. MÉCARY, *Le Pacs*, Dalloz, coll. Delmas Express, 3^e éd., 2009, n° 304.

²⁶³ H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Deffrénois* 2006, p. 1621.

²⁶⁴ L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDE, La Mouette, 2002, n° 237 ; J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 203 ; S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préf. B. BEIGNIER, Deffrénois, Doctorat & Notariat, coll. Thèses, 2007, n° 101.

²⁶⁵ À ce titre, hors du droit civil, la dématérialisation de la cohabitation des partenaires est déjà prise en compte. En effet, l'article 7 du Code général des impôts qui autorise l'imposition séparée des époux est, par analogie, étendu aux partenaires à condition que ces derniers soient soumis au régime de séparation de biens et qu'ils ne vivent pas sous le même toit. Cette interprétation résulte de la combinaison des articles 6-4 et 7 CGI. Sur ce point, Fr. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, Lexisnexis, 16^e éd., 2017, n° 1481. V. déjà la loi de finances de 2005 qui rapprochait le Pacs du mariage, A.-M. LEROYER, « Loi de finances. Mesures d'ordre familial, Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances (JO 31 déc. 2004, p. 22567) », *RTD civ.* 2005, p. 474. V. aussi Instruction 5 B -28-05 du 14 oct. 2005, n° 10 : « la loi confirme ainsi le principe qui résultait déjà implicitement de l'article 7 du CGI dans son ancienne rédaction, selon lequel les règles d'imposition applicables aux personnes mariées non soumises à imposition commune s'appliquent de la même façon à celles liées par un PACS, sous réserve toutefois des exceptions évoquées (instance de divorce) ».

²⁶⁶ À ce propos, *infra* n° 198.

conjugale des concubins n'est pas présumée²⁶⁷, elle doit être révélée par des éléments objectifs tels que la cohabitation. Cette dernière paraît alors indispensable à l'identification du concubinage. De sorte que son absence devrait empêcher la caractérisation de la relation.

61. Le devoir de cohabitation soumis aux aléas. Dans les situations où le défaut de cohabitation n'est pas imputable aux concubins²⁶⁸, la solution doit être identique à celles des couples déclarés. En effet, les exigences professionnelles ne doivent pas être un frein à la reconnaissance juridique de la situation conjugale. La jurisprudence se prononce d'ailleurs en ce sens puisque la situation de concubinage est caractérisée malgré l'absence de cohabitation effective, à condition que les retrouvailles soient fréquentes²⁶⁹. Ces dernières permettent en effet de présumer l'existence d'une véritable résidence commune.

Par conséquent, le partage du toit à temps complet n'est donc pas indispensable à l'identification du concubinage²⁷⁰. Toutefois, à défaut, de rencontres fréquentes²⁷¹, le concubinage n'existe pas, car l'absence totale de résidence commune condamne l'existence juridique de l'union libre. Une telle souplesse est indispensable afin que le traitement juridique de la cohabitation ne soit pas en décalage avec la réalité sociologique. En effet, au vu des statistiques, l'absence de cohabitation des concubins est plus fréquente que celle des partenaires ou des époux²⁷².

62. Transition. La dématérialisation du devoir de cohabitation n'affaiblit pas la communauté de vie. Elle l'adapte aux contraintes de la société. En revanche, la progression de la volonté dans l'organisation de la communauté de vie semble être un réel danger pour ce devoir.

²⁶⁷ V. *infra* n° 195.

²⁶⁸ La mutation professionnelle, l'emprisonnement ou encore l'absence sont des cas de figure dans lesquels l'éloignement n'est pas choisi.

²⁶⁹ CA Paris, 22 janv. 2013, *JurisData* n° 2013-000851. Dans cet arrêt la cour d'appel décide que la relation dans laquelle la cohabitation est très fréquente est un concubinage. Il faut préciser que le départ de la concubine était, à chaque fois, due à un titre de séjour qui ne l'autorisait pas à résider plus de trois mois sur le territoire français, autrement dit, à une contrainte extérieure.

²⁷⁰ CA Douai, 12 déc. 2002, *JurisData* n° 2002-209889 ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 86, note H. LÉCUYER.

²⁷¹ Cette fréquence relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

²⁷² Selon une étude de l'INSEE du 14 février 2013, après 30 ans, près de 10 % des couples de concubins ne résident pas avec leur compagnon. Seulement 2% des partenaires et les époux ne vivent pas dans le même logement. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436#titre-bloc-7>

§2. Le rôle croissant de la volonté dans le devoir de cohabitation

63. La proximité temporelle entre le pacte de séparation amiable et le divorce. Certains agissements des époux ont pour objectif de soustraire les époux au contrôle du juge²⁷³, portant ainsi atteinte au caractère institutionnel du mariage. À ce titre, les pactes de séparation amiable sont un exemple probant. Par le biais de ces pactes, les époux s'autorisent à ne plus habiter sous le même toit de manière durable. L'impact de ces pactes sur la communauté de vie est cependant limité, car, le plus souvent, ils annoncent un divorce. Il est en effet difficile d'envisager que les membres du couple entre qui l'harmonie règne rédige une telle convention. Par conséquent, un tel pacte illustre l'essoufflement de l'élément affectif de la communauté de vie. Ainsi, lorsque ces pactes sont concomitants ou légèrement antérieurs à une action en divorce, ils présentent un danger limité pour l'institution matrimoniale puisqu'ils ont seulement vocation à organiser la vie commune jusqu'à ce que le juge statue sur les mesures provisoires ou prononce le divorce. Dans ce cas, la rédaction de ces pactes par les époux permet seulement d'anticiper la rupture juridique de leur relation.

Néanmoins lorsqu'aucune action en divorce n'est intentée ces pactes font survivre le mariage malgré l'absence de ses éléments objectifs et affectifs. Il devient ainsi une coquille vide.

64. Les arguments classiques contre les pactes de séparation amiable. En raison du danger que ces accords représentent pour l'institution matrimoniale, les époux ne sont pas autorisés à vivre séparément de manière volontaire²⁷⁴. Malgré les décisions des juges du fond, parfois ambiguës, le Code civil prévoit expressément que le régime primaire est applicable à tous les

²⁷³ A. CHAPELLE, « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411, n° 18.

²⁷⁴ Cette interdiction résulte de l'article 307 du Code civil. Sur ce point, v. S. MIRABAIL, « Les obligations personnelles au sein du couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 117, spéc. p. 120. Les pactes qui suspendent les devoirs entre époux, notamment le devoir de cohabitation, ont rapidement été acceptés par la doctrine. V. par ex., R. SAVATIER, « Les conventions de séparations amiables entre époux », *RTD civ.* 1931, p. 535. La doctrine contemporaine s'est prononcée en faveur de ce pacte, y compris après la loi de 1975 : J. REVEL, « La convention entre époux désunis », *JCP G* 1982. I. 3055 ; M.-Fr. CALLU, « Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question : l'évolution contemporaine du droit français*, CNRS, 1979, p. 5. Bien que les juges du fond aient été convaincus par la doctrine, la Cour de cassation a tenu à rappeler que de tels accords entre époux étaient contraires à l'article 215 al. 2 du Code civil. V. par ex. : Cass. civ. 2^e, 22 avr. 1977, *D.* 1977, IR, p. 359 ; Cass. civ., 26 janv. 1938, *D.* 1942, p. 120, obs. M. NAST. La réécriture de cet article par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (*JORF* 12 juillet 1975, p. 7171) n'a pas eu de répercussions sur cette nullité. En ce sens, X. LABBÉE, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?*, préf. J. HAUSER, Presse universitaire de Lille, 1996, p. 85. *Contra* A. BRUNET, « Les incidences de la réforme du divorce sur la séparation de fait entre époux », *D.* 1977, chron., p. 191, n°s 31 et s..

mariages sans qu'il soit possible d'y déroger²⁷⁵. Plus généralement, l'article 1388 dispose que « *les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage* ». Ainsi, puisque la cohabitation est un devoir du mariage auquel les époux ne peuvent pas se soustraire par convention²⁷⁶, seul le juge a le pouvoir d'autoriser une "décohabitation" dans le cadre d'un divorce ou d'une séparation de corps²⁷⁷.

En dépit de l'indulgence des juridictions du fond, les arrêts de la Cour de cassation sont sans équivoques. La communauté de toit est un devoir pour les époux et le fait d'avoir des domiciles distincts ne les dispense pas de la communauté de vie « *et notamment du devoir de cohabitation* »²⁷⁸. Par conséquent, ces pactes de séparation amiable ne doivent produire aucun effet. Il en va de la préservation du caractère impératif du devoir de cohabitation et par extension des devoirs nés du mariage.

65. La voie ouverte aux pactes de séparation amiable par le droit du divorce. D'une manière générale, les pactes restent sans effets notamment en raison du caractère impératif des devoirs du mariage²⁷⁹. Toutefois, outre la place grandissante de la volonté des époux dans l'organisation de leur mariage, les réformes successives du divorce²⁸⁰ accordent une place prépondérante aux accords entre époux pendant l'instance en divorce²⁸¹ ou la séparation. Ils ont par exemple pu servir à rejeter une demande en divorce pour faute pour violation du devoir de communauté de vie²⁸².

²⁷⁵ Art. 226 C. civ.

²⁷⁶ *Contra* J. REVEL, « La convention entre époux désunis », *JCP G* 1982. I. 3055, n° 41. L'auteur estime que si le choix est laissé aux époux de choisir le logement d'un commun accord, ils peuvent aussi décider, par convention, de ne pas avoir d'habitation commune.

²⁷⁷ Le pouvoir du juge est limité puisqu'il n'agit que dans le cadre d'une demande en divorce ou de séparation de corps.

²⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juil. 1980, n° 78-16.258, *Bull. civ. I*, n° 206.

²⁷⁹ Art. 226 et 1388 C. civ.

²⁸⁰ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171 ; Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319. La loi sur la justice du XXI^e siècle qui a consacré le divorce sans juge en est un autre exemple.

²⁸¹ En ce sens, Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER, « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, p. 357 ; S. DEL ARCO, J.-J. LEMOULAND, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2005, étude 5 ; Cl. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », *Les Cahiers du droit* 2008, p. 571.

²⁸² Cass. civ. 2^e, 16 nov. 1994, n° 93-12.116, *Bull. civ. II*, n° 229 ; CA Aix-en-Provence, 15 sept. 1982, *D.* 1982, p. 267, note Chr. ATIAS, A. SÉRIAUX ; CA Bordeaux, 19 nov. 1996, *Juris-Data* n° 1996-048077.

À ce titre, la réforme du divorce du 26 mai 2004²⁸³ valorise les accords de volonté des époux²⁸⁴, en spécifiant que le juge peut statuer sur les modalités de résidence séparée des époux²⁸⁵. Alors que sous l'empire de la loi ancienne le juge autorisait les époux à vivre séparément, désormais il statue sur les modalités de la résidence séparée. La modification de la rédaction du texte montre le souhait de promouvoir les accords personnels. Désormais, l'autorité judiciaire n'est plus la seule à décider de l'avenir de la communauté de vie, les parties sont impliquées dans ce *processus*. Il ne s'agit pas explicitement d'une reconnaissance des pactes de séparation amiable, mais d'un premier pas vers leur intégration dans le paysage juridique français²⁸⁶.

Cependant, l'importance de cette disposition ne doit pas être surévaluée, car elle reste enfermée dans le cadre du divorce et de ses mesures provisoires. Limitée au divorce, la convention par laquelle les époux s'exonèrent du devoir de cohabitation ne fait qu'entériner la disparition de la communauté de vie. Le principe demeure celui de l'interdiction de ces pactes puisque l'autorisation judiciaire de résidence séparée est nécessaire.

L'affirmation selon laquelle le divorce pour altération définitive du lien conjugal témoigne la montée au droit des pactes de séparation amiable est contestable. Si ce divorce marque un désengagement du droit dans l'organisation de la rupture des époux en ce qu'il permet à l'époux demandeur au divorce de s'exonérer de l'obligation de communauté de vie²⁸⁷, il ne consacre pas les pactes de séparation amiable puisque la fin de la cohabitation est le fruit, non pas d'une décision concertée, mais d'un choix unilatéral de l'époux demandeur au divorce.

66. Les prémices à la remise en cause totale de la nullité des pactes de séparation amiable. À la suite de l'annulation d'un mariage pour défaut d'intention matrimoniale en raison de l'absence de cohabitation par la cour d'appel de Bordeaux le 22 juin 2010²⁸⁸, la Cour de

²⁸³ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319.

²⁸⁴ F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008, n° 311.

²⁸⁵ Art. 255, 3° du C. civ.

²⁸⁶ S. DEL ARCO, J.-J. LEMOULAND, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2005, étude 5, n° 25.

²⁸⁷ Afin d'éviter un divorce pour faute, certains auteurs recommandent de présenter une requête en divorce avant d'introduire l'instance pour altération définitive du lien conjugal. V. par ex., S. DEL ARCO, J.-J. LEMOULAND, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2005, étude 5, n° 12 ; B. WEISS-GOUT, « Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat », *AJ fam.* 2004, p. 235.

²⁸⁸ CA Bordeaux, 22 juin 2010, RG n° 09/00970.

cassation, dans un arrêt du 12 octobre 2011, décide que « *l'absence de cohabitation peut ne pas porter atteinte aux règles relatives à la communauté de vie des époux* »²⁸⁹. Cette formule très générale mérite d'être relevée. En principe, si le défaut de partage du toit ne fait pas tomber la communauté de vie, c'est à condition que l'éloignement des époux soit temporaire et qu'il ne résulte pas de leur seule volonté. Or, dans cet arrêt, le devoir de cohabitation est laissé aux mains des parties puisque la possibilité leur est offerte de choisir ou non de cohabiter.

Toutefois, l'absence de publication de l'arrêt en limite sa portée si bien qu'aucun enseignement définitif ne peut en être tiré. À ce jour, la cohabitation quotidienne demeure le principe et son absence reste une exception qui doit obéir à un principe de retrouvailles régulières.

D'une manière générale, en raison de la montée de l'individualisme et de la contractualisation « *le mariage devient peu à peu la chose des époux, de sa formation à sa dissolution* »²⁹⁰. C'est pourquoi dans un avenir plus ou moins proche ces pactes portant sur l'organisation de la vie commune pourraient produire certains effets. Cependant, il convient d'opérer une distinction entre les couples ayant un ou plusieurs enfants et ceux n'en ayant pas. En effet, en présence d'un enfant, l'intervention du juge s'avère nécessaire afin de s'assurer que le pacte ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant. En revanche, les couples sans enfant pourraient bénéficier d'une liberté totale pour organiser par le truchement d'un pacte ou d'une convention leur communauté de vie.

67. La cohabitation dans le Pacs et la volonté des partenaires. La rédaction de pactes de séparation amiable par les partenaires relève davantage du cas d'école que de la réalité. En effet, la facilité de rupture du Pacs incite à la séparation plutôt qu'à l'organisation concertée de la vie commune pendant la crise conjugale.

À l'instar du mariage, tant que l'entente sur l'organisation de la vie commune demeure, le droit s'en désintéresse. La situation est toutefois différente lorsque les partenaires souhaitent faire produire des effets juridiques au pacte de séparation amiable. Les juges ne devraient en tirer aucune conséquence, car les couples déclarés choisissent de se soumettre à un statut auquel ils ne peuvent

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié, *D.* 2012. 971, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2011, p. 553, obs. B. DE BOYSSON.

²⁹⁰ H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 407.

pas déroger²⁹¹. Tolérer ces accords conduit inexorablement à une dénaturation du mode de conjugalité. En effet, les relations personnelles des partenaires et des époux ne peuvent pas être organisées selon leur souhait, l'ordre public s'y oppose bien que l'essor du phénomène de contractualisation conduise à une solution diamétralement opposée²⁹².

68. Le concubinage et la contractualisation de la cohabitation. La communauté d'habitation doit exister entre les concubins. Doit-elle, pour autant, être continue ou quotidienne ? Une réponse affirmative semble s'imposer, notamment dans les cas où l'absence de cohabitation résulte de la volonté des concubins, car la cohabitation est une composante de la vie commune et, par conséquent, un élément de définition du concubinage. L'absence de cohabitation empêche la qualification de concubinage puisque les conditions de la définition ne sont pas remplies²⁹³. La relation est alors une situation de fait, « *une sorte d'ersatz, une sorte de doublet d'une situation juridique bien connue et bien réglementée par la loi. À cette situation de fait, il manque l'une des conditions légales pour accéder, en principe, à la vie du droit* »²⁹⁴.

69. Conclusion chapitre 1. Bien que la cohabitation constitue le premier élément commun à toutes les formes de conjugalité, la manière dont elle est appréhendée diffère selon le couple. Alors qu'elle apparaît comme un devoir dont la violation peut être sanctionnée dans le mariage, elle est un effet du Pacs dont la violation n'emporte aucune véritable conséquence juridique. Enfin, en matière de concubinage le partage du toit est un élément de définition du concubinage. Malgré ces différences, la communauté de toit est un dénominateur commun aux époux, aux partenaires et aux concubins. En cela, elle constitue le premier élément d'identification du couple conjugal. Cela n'est d'ailleurs pas surprenant étant donné que la cohabitation est le premier indice permettant à chacun de deviner l'existence du couple. Elle rend la situation conjugale visible par le plus grand nombre. En d'autres termes, elle est la *fama* de la possession d'état de couple.

²⁹¹ Le caractère impératif des devoirs du mariage résulte des articles 226 et 1388 du Code civil. V. aussi *supra* n° 64. Pour les partenaires, le caractère obligatoire du devoir de vie commune a été dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 9 novembre 1999 (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §28). À ce propos, v. aussi *supra* n° 58.

²⁹² C. DUDIT, *La contractualisation du droit de la famille*, thèse Nantes, 2009, spéc. p. 164.

²⁹³ Pour une position plus nuancée, Fr. COURTRAY, « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *RDSS* 2000, p. 1.

²⁹⁴ L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990, n° 3.

Malgré l'évolution de l'exigence de cohabitation, notamment sa dématérialisation consécutive aux transformations de la société, le législateur et les juges demeurent pour l'instant insensibles aux sirènes de la contractualisation en ce domaine. Si ce refus de voir la volonté des membres du couple interférer dans la communauté de toit est justifié lorsque les couples ont un ou plusieurs enfants, il apparaît sévère pour ceux d'entre eux qui n'en ont pas. Ainsi on pourrait imaginer une plus grande bienveillance de la Cour de cassation ou du législateur sur la question des pactes de séparation amiable particulièrement entre les époux.

Le partage du toit, élément commun à la vie commune des couples hors mariage et à la communauté de vie des époux, constitue donc un élément incontournable à l'identification du couple conjugal. Toutefois, il est insuffisant²⁹⁵. En effet, les époux, les partenaires et les concubins entretiennent un lien particulier qui se traduit par l'existence de relation sexuelle, car le couple est une union sexuelle.

²⁹⁵ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET.

Chapitre 2. L'union sexuelle

70. L'union des chairs révélatrice du couple. Toutes les études portant sur la communauté de vie du mariage et la vie commune du Pacs et du concubinage s'accordent sur l'existence d'une communauté de lit. Cette dernière est l'expression du devoir conjugal, anciennement appelé *copula carnalis*.

L'accent est mis sur ce devoir, car il distingue les relations conjugales d'autres relations²⁹⁶. Les fratries ou tout autre type de relations nécessitant un partage du toit satisfont à l'exigence de cohabitation. Ils partagent en outre une forme d'affection. Pour autant, ils ne forment pas un couple, car ils ne font pas lit commun²⁹⁷. Si les relations sexuelles sont insuffisantes pour créer et pour identifier la relation conjugale, elles participent à son particularisme²⁹⁸. Comme l'a écrit le Doyen CARBONNIER « *le vocable [couple] remet en honneur la copula, la copula carnalis, l'union sexuelle* »²⁹⁹

71. Une place centrale héritée du droit canonique. L'importance des relations sexuelles au sein du couple n'est pas une nouveauté. Si de nos jours, le mariage se forme par l'échange des consentements, cela n'a pas toujours été le cas. En son temps, GRATIEN distinguait le " mariage commencé " ou *matrimonium initiatum* et le " mariage ratifié " ou *matrimonium ratum*³⁰⁰. Le mariage commençait à se former par l'échange des consentements puis il était ratifié par l'union des chairs. Par la suite, au sein de la doctrine canonique est apparu un courant consensualiste,

²⁹⁶ En ce sens, V. Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Indépendance financière et communauté de vie*, LGDJ, 1989, p. 191, spéc. p. 191.

²⁹⁷ Pour un constat amer de l'absence d'effet juridique de ces relations : J. POUSSON-PETIT, « Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 563.

²⁹⁸ En sociologie le constat est identique. En ce sens, M. BOZON, « La nouvelle place de la sexualité dans la constitution du couple », *Sciences sociales et santé* 1991/4, p. 69, spéc. p. 70. L'acte sexuel serait même l'acte fondateur du couple.

²⁹⁹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd., 1995, p. 183.

³⁰⁰ J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010, n° 100.

marquant ainsi le recul de ce devoir³⁰¹. LOMBARD, principal défenseur de cette théorie³⁰², réussit à convaincre l'Église qui la consacra³⁰³, tout en préservant l'importance de l'aspect charnel³⁰⁴.

À la Révolution française, le devoir conjugal n'a pas disparu. Les rédacteurs du Code civil, en matière familiale, n'ont pas totalement concrétisé la pensée des Lumières et des révolutionnaires qui appelaient de leur vœu un mariage intellectualisé, totalement désincarné³⁰⁵. Guidés par un esprit de modération, ils ont tenté de se situer à mi-chemin entre les révolutionnaires et les réactionnaires³⁰⁶. Le devoir conjugal a donc survécu. Mais d'une condition de formation certaine il est devenu un effet caché du mariage puisque « *le Code civil, dans le mariage, ne fait aucune allusion aux corps. Ou, du moins, ces allusions sont si éloignées qu'elles en deviennent angéliques* »³⁰⁷.

72. Annonce de plan. L'évolution de la société, notamment l'affaiblissement de la vision procréative du mariage aurait pu avoir raison de la communauté de lit. Toutefois, la mutation de ses justifications a permis sa survie et son extension aux autres modes de conjugalité (Section 1). Par ailleurs, l'importance des relations sexuelles entre les membres du couple est indéniable puisqu'elles sont la forme d'expression la plus intime de la volonté de vivre en couple (Section 2).

³⁰¹ Cl. LE TERTRE, *La religion et le droit civil du mariage*, préf. R. LE GUIDE, Defrénois, Doctorat & Notariat, coll. Thèses, t. 7, 2004, n° 114

³⁰² Pour une étude détaillée de la théorie de LOMBARD, P. PETOT, *Histoire du droit privé français. La famille*, Loysel par Cl. BONTEMS et J. GAUDEMET, 1992, pp. 247 à 254.

³⁰³ Sous l'impulsion du pape ALEXANDRE III, la thèse consensualiste fut consacrée. Ni le devoir conjugal ni le devoir de communauté de vie ne fondent le mariage. Cette solution fut entérinée lors du Concile de Trente. Le mariage est devenu, depuis lors, un acte solennel puisque l'échange des consentements crée à lui seul le mariage.

³⁰⁴ La consommation du mariage empêche sa dissolution. Alors que tant que la consommation n'a pas eu lieu le souverain pontife peut le dissoudre. Les relations charnelles permettent donc de créer un mariage indissoluble. Y. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 113.

³⁰⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal », *D.* 2000, p. 10, n° 10.

³⁰⁶ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, t. 1, LGDJ, 1956. *Contra* J. BONNECASE, *La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain*, E. de Boccard, 2^e éd., 1928, n°s 53 et s. Pour BONNECASE, les rédacteurs du Code civil n'ont pas fait montre de modération ou de sagesse en matière de Droit de Famille. Bien au contraire, selon lui, ils ont été parfois trop réactionnaires et d'autres fois trop révolutionnaires.

³⁰⁷ R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, p. 20

Section 1. La mutation des fondements de l'union des chairs

73. Annonce de plan. Aucune disposition du Code civil n'impose aux époux, partenaires ou concubins d'entretenir des relations sexuelles entre eux. C'est donc par déduction que l'union sexuelle apparaît³⁰⁸. Historiquement, l'union des chairs était exclusivement liée à l'institution matrimoniale, en raison de la vision procréative du mariage. Néanmoins, l'abandon progressif de cette approche du mariage (§1) a nécessité un renouvellement de la justification de l'union des chairs. Grâce à cette démarche, on s'aperçoit que la communauté de lit est un élément commun à tous les modes de conjugalité (§2).

§1. L'abandon progressif de la justification de l'union des chairs par la finalité procréative du mariage

74. L'évolution des mœurs et le recul de l'autorité de l'Église contre la fonction procréative du mariage. En bannissant la sexualité hors mariage, l'Église avait créé un fort lien entre le mariage et la procréation³⁰⁹. Bien qu'à la suite de la consécration de la théorie consensualiste portée par LOMBARD³¹⁰, la procréation soit devenue étrangère à la validité du mariage, l'union des chairs demeurait au cœur des préoccupations puisque l'entrée dans la religion³¹¹ et l'indissolubilité de l'union matrimoniale³¹² étaient subordonnées à la consommation du mariage. Les rédacteurs du Code civil, souhaitant opérer de grandes réformes sans pour autant

³⁰⁸ Un auteur explique que l'absence d'un devoir conjugal explicite est due à l'essor de l'individualisme et de la vie privée. Par conséquent, la sexualité est une composante de la vie privée dans laquelle l'État ne doit pas s'immiscer. En ce sens, J.-M. BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal », *D.* 2000, p. 10, n^{os} 10 et 13. Pour un autre, l'absence de référence explicite à la communauté de lit et, par extension, à la fonction procréative du mariage illustre « *la pudibonderie du Code civil* » qui l'empêche « *de suivre les époux dans leur chambre à coucher* ». Cela n'a pas pour autant rendu le mariage étranger aux relations charnelles. R. LIBCHABER, « La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 325 et s., spéc. p. 332.

³⁰⁹ M. SEGALIN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, coll. U sociologie, 8^e éd., 2013, p. 82.

³¹⁰ V. *supra* n^o 71.

³¹¹ J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2009, p. 249.

³¹² En revanche, tant que le mariage n'a pas été consommé le souverain pontife pouvait le dissoudre. Y. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 113.

rompre totalement avec les traditions, notamment en matière de mariage et de filiation³¹³, ont conservé la vision procréative du mariage³¹⁴. Il en a résulté « *une démarcation profonde entre l'enfant légitime et l'enfant naturel* »³¹⁵. Dans un but de préservation de l'ordre social, le cadre juridique de la procréation était donc limité au mariage.

Si en 1804, le mariage et la procréation entretenaient un lien étroit, l'évolution des mœurs et le recul de l'autorité de l'Église ont, en partie, déconnecté le mariage de la procréation³¹⁶. En effet, entendre le mariage et *a fortiori* les relations sexuelles dans le couple uniquement dans le but d'avoir des enfants est d'un autre temps. Par ailleurs, la libéralisation des mœurs a également participé à détacher la procréation du mariage. Enfin, l'émergence et la consécration des conjugalités hors mariage ont conduit à la perte du monopole du mariage en matière de procréation.

75. L'évolution du droit de la filiation contre le mariage procréatif. La loi du 4 mars 2002³¹⁷ et l'ordonnance du 4 juillet 2005³¹⁸ sont les manifestations les plus probantes de la dissociation du mariage et de la procréation. Alors que les codificateurs considéraient la filiation

³¹³ Dans le domaine de la filiation naturelle, les rédacteurs du Code civil se situent en contrepoint de la législation révolutionnaire. En effet, tout d'abord considéré comme des bâtards et dénués de droit, les enfants naturels ont momentanément été considérés comme égaux aux enfants légitimes par la loi du 12 Brumaire an II. Toutefois, des personnages importants tels que CAMBACÉRÈS et SIMÉON se montrent hostiles à l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes. Pour davantage de développement à ce propos, v. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La Révolution française et la famille*, préf. J. CARBONNIER, māj par R. SZRAMKIEWICZ, PUF, 1978, spéc. pp. 109 à 124 et 177 à 181.

³¹⁴ PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801 : « *Le rapprochement de deux sexes que la nature n'a fait si différents que pour les unir, a bientôt des effets sensibles. La femme devient mère : un nouvel instinct se développe, de nouveaux sentiments, de nouveaux devoirs fortifient les premiers. La fécondité de la femme ne tarde pas à se manifester encore. La nature étend insensiblement la durée de l'union conjugale, en cimentant chaque année cette union par des jouissances nouvelles, et par de nouvelles obligations. Elle met à profit chaque situation, chaque événement, pour en faire sortir un nouvel ordre de plaisir et de vertu* ». Par ailleurs, PORTALIS n'hésitait à définir le mariage comme « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée » : PORTALIS, « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI », t. 1, FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, 1827, p. 140.

³¹⁵ M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La Révolution française et la famille*, préf. J. CARBONNIER, māj par R. SZRAMKIEWICZ, PUF, 1978, spéc. p. 178.

³¹⁶ Contra B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012, n° 494. Pour l'auteur, le lien entre le mariage et la procréation est toujours présent. Toutefois, la présente étude sur le droit commun du couple n'a pas pour objet de démontrer la disparition totale du lien entre la procréation et le mariage, mais d'observer la multiplication des fondements de la communauté de lit des époux, puis d'observer ces nouveaux fondements qui sont, au regard de la société contemporaine, plus pertinents.

³¹⁷ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 mars 2002, p. 4161.

³¹⁸ Ord. n° 2005-459 du 4 juil. 2005 relative à l'autorité parentale, *JORF* 6 juil. 2005, p. 11159.

légitime comme la conséquence du mariage³¹⁹, car les époux ont une « *vocation à la perpétuation* »³²⁰, la loi du 4 mars 2002 a supprimé tout modèle en matière de filiation. Puis, l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009, a définitivement mis un terme à la distinction entre filiation naturelle et filiation légitime³²¹. Cela a eu pour corolaire d'égratigner une nouvelle fois l'association entre le mariage et la procréation³²². Par conséquent, le mariage n'est donc plus le seul cadre juridique de perpétuation de l'espèce humaine. Dit autrement, la procréation n'est pas seulement liée au mariage, mais à tous les couples puisque les concubins, les partenaires et les époux ont vocation à engendrer une descendance.

76. La preuve par le recul de l'âge nubile. D'autres prescriptions légales témoignaient de l'imbrication de la procréation et du mariage. Par exemple, l'ancien empêchement à mariage pour impuberté liait le mariage à un aspect charnel et procréatif. « *C'est en considération des rapports sexuels qui s'établiront entre les conjoints que la loi a fixé un âge en deçà duquel garçons et filles sont présumés ne pouvoir accomplir convenablement l'œuvre de chair* »³²³. En reculant l'âge légal du mariage, le législateur écarte l'âge nubile de la capacité procréative³²⁴. C'est un « *glissement d'une condition de puberté biologique vers une puberté psychologique* »³²⁵, sauf à considérer, naïvement, que l'œuvre de chair n'est accomplie que par des personnes majeures.

77. Quelques autres exemples de la perte de vitesse de la fonction procréative du mariage. Le lien entre le mariage et la procréation tend, si ce n'est à disparaître, au moins à

³¹⁹ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523, n° 9, spéc. 531.

³²⁰ R. LIBCHABER, « La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 325, n° 9, spéc. p. 333.

³²¹ Une première étape avait été franchie par la Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazureck c. France* et la loi du 3 décembre 2001 (loi n° 2001-1135 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2011, p. 19279) qui ont supprimé le statut réservé aux enfants adultérins.

³²² H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. XIII : « *De ce point de vue, la rupture est radicale : avec la disparition de la notion de légitimité, disparaît le symbole d'un ordre juridique et social millénaire ; disparaît surtout le lien entre mariage et procréation, entre mariage et filiation, entre mariage et famille* ».

³²³ J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 222, 1993, n° 458.

³²⁴ En ce sens, V. Y. BUFFELAN-LANORE, « Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 113, spéc. p. 127.

³²⁵ M. AZAVANT, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.* 2006, étude n° 40, n° 8.

s'effriter. Outre les arguments développés précédemment, la preuve de cette déconnexion peut être apportée par des cas qui, certes marginaux, n'en demeurent pas moins convaincants. À ce titre, le mariage entre personnes âgées ou stériles, le mariage à titre posthume et le mariage *in extremis* sont autant d'exemples qui prouvent que le mariage et la capacité procréative ne sont pas liés.

Pour des raisons évidentes, les relations charnelles entre époux mariés à titre posthume ou *in extremis* n'existent pas³²⁶. Dans le cas du mariage entre personnes stériles, l'œuvre de chair demeure possible, mais la procréation ne l'est pas. Pourtant le mariage entre ces personnes est possible³²⁷ puisqu'aucune obligation de procréation ne pèse sur les époux.

La situation est identique pour les personnes âgées. Nul n'a jamais douté de la possibilité de se marier pour ces personnes ou même de vivre en couple. Simplement, pour des raisons physiologiques, les relations sexuelles peu nombreuses, voire inexistantes, n'ont pas un but procréatif.

78. La disparition du certificat prénuptial. La disparition du certificat prénuptial de mariage³²⁸ illustre aussi le délitement du lien entre le mariage et la procréation. En effet, les examens réalisés au titre de ce certificat avaient, entre autres buts, celui de déceler les maladies, notamment les maladies sexuellement transmissibles, donnant ainsi un indice supplémentaire de la relation entre l'union des chairs et l'institution matrimoniale. Partant, la suppression de cette exigence, bien qu'entreprise dans un but purement économique, sans rapport avec la question du mariage procréatif³²⁹, conduit à déconnecter la procréation du mariage.

79. La montée au droit de l'homosexualité. La loi autorisant les couples homosexuels à se marier³³⁰ est la dernière illustration de l'affaiblissement du lien entre le mariage et la procréation³³¹. En effet, leur impossibilité naturelle à avoir des enfants les oblige à recourir à la procréation

³²⁶ Si elles ont existé, c'est au titre du concubinage et non au titre du mariage.

³²⁷ CA Versailles, 12 janv. 1995, *JurisData* 1995-040367 ; Cour EDH, 11 juil. 2002, *Goodwin c. Royaume-Uni*, *GACEDH*, n° 43. V. aussi, CA Reims, 15 juin 1995, *JurisData* n° 1995-045953. Dans cette affaire les juges du fond considèrent que la procréation est une fin naturelle du mariage et non pas une finalité imposée par le législateur.

³²⁸ Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, *JORF* 21 déc. 2007, p. 20639.

³²⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La disparition du certificat prénuptial », *Dr. fam.* 2008, comm. n° 3.

³³⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253.

³³¹ En ce sens, L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse Université Aix-Marseille, 2014, n° 529.

médicalement assistée ou à la gestation pour autrui. La finalité procréative du mariage aurait pu s'exprimer par l'ouverture immédiate de la procréation médicalement assistée à ces couples ou bien par l'autorisation du recours à la gestation pour autrui³³², mais en les leur refusant, le législateur a une nouvelle fois confirmé la déconnexion du mariage et de la procréation. D'une manière générale, la reconnaissance juridique des couples homosexuels conduit à ne plus lier le couple et la procréation. Cela conduit en outre à déconnecter la sexualité de la procréation.

80. La présomption de paternité et le devoir de fidélité : des arguments en faveur du devoir conjugal et du mariage procréatif. Le mariage et la procréation n'ont pas été totalement déconnectés. La survie de la présomption de paternité atteste de l'existence d'un lien entre le mariage et la procréation. En effet, le cantonnement de la présomption de l'article 312 du Code civil à la sphère matrimoniale montre qu'elle ne trouve pas son fondement seulement dans la cohabitation³³³, car si tel avait été le cas la présomption de paternité aurait dû être étendue aux

³³² À ce jour, la gestation pour autrui est interdite en raison de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. En ce sens, Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *Bull. AP.*, n° 4. Par la suite, le législateur a intégré cette solution dans le Code civil à l'article 16-7. La solution de principe reste la même. Cependant, les conséquences du recours à la gestation pour autrui, notamment à l'égard des enfants, ont évolué. Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ont conduit la Cour de cassation à annuler les conventions de gestation pour autrui, mais aussi à les empêcher de produire des effets. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468, *Bull. civ. I*, n° 289 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n°s 09-66.486, 10-19.053, 09-17.130, *Bull. civ. I*, n°s 71, 72, 70. V. aussi, Cass. civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315, *Bull. civ. I*, n° 176. La jurisprudence de la Cour de cassation évolue à la suite de l'intervention de la Cour EDH. Cette dernière, dans les arrêts *Menesson* et *Labassée*, exige que l'enfant puisse établir sa filiation à l'égard de son père biologique (Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Labassée c. France*, n° 65941/11). La Cour de cassation fit alors sienne cette jurisprudence en rendant un arrêt selon lequel la gestation pour autrui ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire à l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français. V. Ass. Plén., 3 juil. 2015, n°s 14-21.323 et 15-50.002, *Bull. AP.*, n° 4. Le 5 juillet 2017 la Cour de cassation a rendu une série d'arrêts confortant cette jurisprudence. Désormais, il est clairement établi qu'en cas de gestation pour autrui réalisée à l'étranger, l'acte de naissance peut être transcrit partiellement sur les registres de l'état civil français en ce qu'il désigne le père, mais pas en ce qu'il désigne la mère d'intention, qui n'a pas accouché. V. Cass. civ. 1^{re}, 5 juil. 2017, n°s 15-28.597, 16-16.901, 16-16.455 et 16-16.495, à paraître. Entre-temps, la circulaire Taubira du 25 janvier 2013 a facilité l'obtention du certificat de nationalité française. Selon Mme TAUBIRA « le seul soupçon du recours à une telle convention conclue à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus aux demandes de CNF dès lors que les actes de l'état civil attestant du lien de filiation avec un français, légalisés ou apostillés sont probants au sens de l'article 47 précité ». Ainsi, la circulaire invite implicitement ceux qui ont recours aux conventions de gestation pour autrui à se contenter d'un CNF – désormais obtenu sans difficulté – qui permet à leur enfant de disposer d'une filiation et d'une nationalité française reposant sur un acte de naissance qui échappe aux vérifications du Parquet. Le 15 juin 2017, le comité consultatif national d'éthique a d'ailleurs rendu un avis favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples homosexuels composés de femmes et aux femmes seules. Le débat s'ouvrira devant les parlementaires durant l'année 2018 à l'occasion de la révision de la loi bioéthique.

³³³ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, LGDJ, 2^e éd. par A. ROUAST, 1952, n° 770. Un auteur moderne a utilisé cette justification pour déduire que la présomption de paternité tombe en raison de « la séparation judiciaire ou de la séparation de fait (révélée par l'absence de désignation du mari dans l'acte de naissance) » : V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité au XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107, n° 31.

partenaires qui sont soumis à ce devoir au même titre que les époux. Par conséquent, elle permet d'attester du lien entre le mariage et la procréation.

Par ailleurs, la peur de l'enfant adultérin³³⁴ et le désordre familial qui en résulterait ont incité le législateur à adopter des règles sanctionnant l'infidélité. Le cantonnement de la fidélité à la sphère matrimoniale prouve le lien privilégié entre la procréation et le mariage. Néanmoins, le déclin de la fidélité³³⁵ entamé par la dépénalisation de l'adultère par la loi du 11 juillet 1975³³⁶ et la reconnaissance de l'adultère intellectuel³³⁷ égratignent le rapport entre l'exclusivité conjugale et la communauté de lit. En revanche, le refus d'étendre ce devoir hors mariage est un des derniers témoignages de la vision procréative du mariage.

81. Transition. Bien qu'il n'ait pas totalement disparu, le lien entre le mariage et la procréation s'est peu à peu estompé attestant de la perte de vitesse de la vision procréative du mariage. L'évolution de la société et la reconnaissance des modes de conjugalité alternatifs au mariage ont opéré une profonde mutation dans l'appréhension de la sexualité dans le couple. De sorte qu'aujourd'hui, il est possible d'affirmer que l'union des chairs transcende le lien matrimonial. Désormais, elle est liée au couple et non au mariage. Sans qu'aucune intervention juridique soit nécessaire, les relations sexuelles s'imposent presque inconsciemment à chaque individu, car elles sont d'un intérêt supérieur en ce qu'elles permettent la perpétuation de l'espèce humaine³³⁸.

³³⁴ *In fine* E. GILL, *Le ministère public et le couple conjugal*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2012, n° 293.

³³⁵ V. *infra* n°s 316 et s.

³³⁶ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

³³⁷ À ce propos, v. par ex. S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n°s 804 et s. Pour une application récente de cette théorie par les tribunaux, V. CA Paris, 11 sept. 2014, *JurisData* n° 2014-020608. V. aussi *infra* n° 313.

³³⁸ En ce sens, R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, préf. E. RUDE-ANTOINE, Bruylant, 2014, n°s 67 à 70.

§2. L'extension de la communauté de lit aux nouvelles formes de conjugalité grâce au renouvellement de ses fondements

82. Le fort lien entre la communauté de toit et la communauté de lit. La communauté de toit est un premier indice laissant augurer l'existence du devoir conjugal. Doctrine³³⁹ et jurisprudence³⁴⁰ font en effet un parallèle entre la cohabitation et les relations sexuelles entre époux. Cela n'est guère étonnant puisque le partage du toit facilite l'accomplissement de l'œuvre de chair³⁴¹. La dématérialisation du devoir de communauté de vie, constatée précédemment³⁴², ne remet pas en question ce lien, notamment en raison de l'exigence de retrouvailles régulières.

83. Les interdictions à mariage et à Pacs. Les interdictions à mariage³⁴³ et à Pacs³⁴⁴ en raison du lien d'alliance ou de la parenté présagent l'existence de relations charnelles entre les membres du couple³⁴⁵. Ces empêchements ont en effet vocation à préserver la moralité sociale et la paix familiale, mais aussi à éradiquer les risques liés à la consanguinité. De sorte que derrière la prohibition de l'inceste transparait la communauté de lit entre les membres des couples déclarés.

³³⁹ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Couple et cohabitation », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 61, spéc. p. 66 et s ; M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n° 295 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Organisation de la société familiale. Communauté de vie (art. 215, al. 1^{er}) », *J.-Cl. Civil Code*, art. 212 à 215, fasc. 20, n°s 51 et s. ; Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2011, n° 160 ; R. VERDOT, « La cohabitation », *D.* 1964, chron., p. 121. *Contra* A.-M. LEROYER, « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr. 2006, p. 5097) », *RTD civ.* 2006, p. 402. L'auteur remet en question ce rattachement. Selon elle, une telle interprétation va au-delà de « la lettre et de l'esprit de la loi ». En effet, l'article 215 ou l'ancien article 214 du Code civil prévoit uniquement la cohabitation. V. aussi Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 1135. Ces auteurs remarquent que si le fondement de la présomption de paternité est le devoir de cohabitation alors elle doit être étendue aux partenaires. Ce qui, de toute évidence, n'est pas le cas.

³⁴⁰ CA Amiens, 28 févr. 1996, *JurisData* n° 1996-602016.

³⁴¹ R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, p. 20.

³⁴² V. *supra* n°s 50 et s.

³⁴³ Art. 161 et s. C. civ.

³⁴⁴ Art. 515-2 C. civ.

³⁴⁵ Pour ces arguments en faveur du Pacs, M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, p. 813 ; Th. REVET, « Mariage(s), la loi 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173 ; S. DE BENALCAZAR, *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préf. B. BEIGNIER, Deffrénois, Doctorat & Notariat, coll. Thèses, 2007, n° 102. V. aussi, X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012, pp. 123-124 ; A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 6.

Le fait de lier la cohabitation et les relations sexuelles dans les couples déclarés résulte d'un choix de politique familiale. Ainsi à titre d'exemple, le législateur français³⁴⁶ a décidé d'associer la communauté de toit et la communauté de lit, en retenant le projet de Pacs en lieu et place du projet de pacte d'intérêt commun présenté en 1998 par le Professeur Jean HAUSER. Le législateur belge, quant à lui, a procédé différemment en instituant la cohabitation légale par la loi du 23 novembre 1998. En effet, ce statut a été ouvert aux personnes partageant un toit et vivant une relation d'interdépendance économique³⁴⁷, sans que la communauté de lit ait d'importance.

84. La « *vie de couple* » : fondement du partage du lit hors mariage. La nécessité de renouveler les justifications du devoir conjugal s'est renforcée avec l'arrivée dans le paysage juridique français des modes de conjugalité hors mariage. Presque tous les auteurs s'accordent sur l'existence d'un devoir de communauté de lit entre les partenaires et les concubins. Un tel *consensus* doctrinal a pu être dégagé à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999³⁴⁸. Contre l'avis du gouvernement³⁴⁹, les Sages ont fait de la « *vie de couple* » le fondement qui permet d'identifier l'existence d'une communauté de lit dans les couples hors mariage.

L'affirmation de l'existence de la « *vie de couple* » dans les couples hors mariage marque à la fois la perte du monopole du mariage en matière de communauté de lit. En effet, alors que ni le concubinage ni le Pacs n'ont une finalité familiale ou procréative³⁵⁰, ils sont reconnus comme des unions sexuelles.

³⁴⁶ On pourrait aussi prendre pour exemple le législateur québécois qui a réservé l'accès à l'union civile aux seuls couples entretenant des relations sexuelles.

³⁴⁷ A. ROY, « L'union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois », in *Mélanges Adrian Popovici*, Thémis, 2010, p. 143, spéc. p. 166.

³⁴⁸ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §26. Certains auteurs ont reproché au Conseil constitutionnel d'avoir réécrit la loi. Selon eux, si le législateur ne parle pas expressément du devoir conjugal c'est qu'il n'existe pas. En ce sens, N. MOLFESSIS, « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000. I. 210.

³⁴⁹ En 1999, les observations du Gouvernement devant le Conseil constitutionnel laissent explicitement apparaître que le Pacs « *n'implique pas nécessairement des relations sexuelles entre les partenaires* ». Pourtant le Gouvernement avait pris acte des empêchements à Pacs édictés dans le but d'éviter les relations incestueuses ou adultères. On peut s'interroger sur la ligne de conduite adoptée par le Gouvernement. En effet, il est paradoxal d'avoir rejeté le projet de pacte d'intérêt commun porté par le Professeur HAUSER si dans le même temps, il crée un mode de conjugalité fondé uniquement sur la communauté de vie dépourvue de relations sexuelles.

³⁵⁰ Le législateur a pris soin de déconnecter le pacte civil de solidarité de toute idée de famille. La volonté d'ouvrir ce contrat aux couples homosexuels en est un exemple. V. not. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « PACS et famille », *RTD civ.* 2001, p. 529.

Par ailleurs, on a l'impression que la découverte de la « *vie de couple* » reflète les mutations du mariage. Ainsi, puisque le mariage a en partie été déconnecté de toute vision procréative, il est logique que les nouveaux modes de conjugalité juridiquement reconnus, s'inspirant pour partie de l'institution matrimoniale, le soient aussi³⁵¹.

Si la « *vie de couple* » permet de fonder le partage du lit des partenaires, la référence à « *la vie de couple* » n'est pas indispensable entre les concubins puisque l'histoire même de cette relation présume l'existence des relations sexuelles. En effet avant sa reconnaissance juridique, le concubinage était analysé par le prisme du mariage. Par conséquent, les concubins devaient se comporter comme des époux et partager un lit. L'introduction de la définition du concubinage n'a pas modifié sa substance. C'est pourquoi le concubinage peut être considéré comme une union sexuelle³⁵².

85. Transition. Différents indices laissent penser que le législateur a souhaité faire des nouvelles formes de conjugalité des unions sexuelles. Grâce au renouvellement des fondements de la communauté de lit, on s'aperçoit en effet que, à l'instar du mariage, le Pacs et le concubinage doivent être étudiés comme des unions sexuelles. Cette union des chairs est indispensable à la caractérisation du couple, car elle est un indice supplémentaire de l'existence de l'intention conjugale. En effet, le plus souvent, deux personnes qui cohabitent et font œuvre de chair partagent une même volonté de vivre une relation de couple.

Section 2. La découverte de l'intention conjugale par l'existence de la communauté de lit

86. Le prétexte à la discussion : l'arrêt de la cour d'appel de Caen du 11 janvier 2007. L'appréhension de l'intention conjugale n'est pas aisée. Néanmoins, elle est susceptible d'être révélée par la communauté de lit, car cette dernière donne une coloration particulière à la relation conjugale. En effet, le fait pour deux individus d'entretenir des relations sexuelles consenties

³⁵¹ En ce sens, J. ROCHFELD, « Réforme du PACS. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24 juin 2006, p. 9513) », *RTD civ.* 2006, p. 529.

³⁵² *Contra* L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 242 : « les relations sexuelles des concubins, bien que correspondant au plerumque fit, ne peuvent entrer dans la définition de la communauté de vie des concubins ».

permet de présumer leur intention conjugale. À l'inverse, l'absence de relations sexuelles entre les membres du couple laisse planer un doute sur leur intention conjugale. L'articulation entre la communauté de lit et l'intention matrimoniale est parfois étudiée par les juridictions. Il ressort d'un arrêt de la cour d'appel de Caen du 11 janvier 2007³⁵³ un contre-exemple particulièrement intéressant du lien entre l'œuvre de chair et l'intention conjugale, les juges ont refusé d'annuler le mariage entre un homme impuissant et une femme homosexuelle. Bien que la portée de la décision soit relativement limitée puisqu'elle a été rendue par une juridiction du second degré, elle n'en demeure pas moins intéressante. C'est pourquoi elle constituera le point de départ du développement relatif au lien qu'entretiennent la communauté de lit et l'intention conjugale.

Le mariage entre cette femme homosexuelle et cet homme impuissant est totalement désincarné, l'œuvre de chair est improbable. Si d'autres décisions semblables venaient à être rendues, cela n'entraînerait-il pas un profond changement de l'institution matrimoniale et plus généralement du couple ? Ne pourrait-on pas alors imaginer que les mariages entre amis deviennent possibles ou qu'une relation amicale soit qualifiée de couple ? En théorie et au vu de la décision de la cour d'appel, une réponse affirmative semble se dessiner.

Pourtant, le mariage encourt la nullité lorsque les époux « *ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale* »³⁵⁴. Le but du mariage est de vivre ensemble et de fonder un foyer en respectant les devoirs énumérés par le Code civil³⁵⁵, notamment la communauté de vie. Par conséquent, de simples amis ne semblent pas pouvoir se marier, car ils vivraient une relation dépourvue de tout aspect charnel, privant ainsi la communauté de vie d'une de ses composantes principales.

³⁵³ CA Caen, 11 janv. 2007, *JurisData* 2007-329848.

³⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-12.574, *Bull. civ. I*, n° 215 ; *D.* 2004, p. 2964, note J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2004, p. 21, note J.-P. GRIDEL ; *AJ fam.* 2004, p. 27, note Fr. BICHERON ; *Defrénois* 2004, p. 143, note J. MASSIP ; *Dr. fam.* 2004, comm. n° 15, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Cet arrêt n'est pas sans rappeler l'arrêt *Appietto*, Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, n° 62-12.722, *Bull. civ. I*, n° 506 ; *D.* 1964, jurispr., p. 465, obs. G. RAYMOND ; *JCP G* 1964. II. 13498, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note H. DESBOIS. Dans cet arrêt incontournable, la Cour de cassation précise qu'un mariage est nul « *lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* ». Les termes utilisés dans ces deux arrêts sont à peu près identiques. On doit cependant relever que le terme « résultat » remplacé par « but ». V. aussi *infra* n° 114.

³⁵⁵ *D.* 2003, p. 515, note X. LABBÉE.

Tolérer des mariages dans lesquels l'œuvre de chair n'existe pas risque de dénaturer l'institution matrimoniale, car les amis, les fratries pourraient se marier. Le mariage deviendrait alors une simple relation à deux, étrangère à toute vie sexuelle. Le législateur ne semble pas emprunter cette voie puisqu'en s'opposant au projet de pacte d'intérêt commun du Professeur HAUSER, il traduit la volonté de promouvoir un mariage, et plus généralement, un couple dans lequel l'œuvre de chair occupe une place centrale. D'une manière générale, l'intention conjugale, c'est-à-dire la volonté de vivre une relation de couple, se dévoile donc par la communauté de toit et de lit³⁵⁶. L'absence de partage de toit et de lit laisse présager le défaut d'intention matrimoniale.

87. La communauté de lit, reflet de l'intention "pacsimoniale". À l'instar du mariage, la réalité de l'intention "pacsimoniale" et, par conséquent de la volonté de vivre en couple est présumée par la cohabitation³⁵⁷. Mais l'exigence de vie commune ne peut pas être satisfaite par une simple déclaration d'une résidence commune. Elle nécessite en outre un élément corporel³⁵⁸. Le Pacs, comme le mariage, est une relation conjugale dont la spécificité est révélée par la communauté de toit et de lit. Ainsi, « *pour être valablement Pacsé... il faut coucher* »³⁵⁹!

88. Le "détournement d'institution" révélé par l'absence de communauté de lit. Les époux et les partenaires détournent parfois le mariage et le Pacs. Les fraudes les plus répandues

³⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET. Par ailleurs, cela ne signifie pas pour autant que l'absence de relations charnelles soit synonyme d'absence d'intention matrimoniale. On pense ainsi aux couples de personnes âgées qui pour des raisons physiologiques n'entretiennent plus de relations sexuelles. La disparition de ces dernières n'efface pas l'intention matrimoniale. Dans ce cas, la communauté de lit est effectivement absente, mais la relation subsiste dans sa dimension affective. L'intention conjugale s'exprime alors autrement que par les relations sexuelles.

³⁵⁷ En ce sens, X. LABBÉE, « Le pacte de civil de solidarité et la sexualité », in J. FLAUSS-DIEM et G. FAURÉ (dir.), *Du pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 11, spéc. p. 15.

³⁵⁸ *Contra* Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, non publié, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 91, note S. DUMAS-LAVENAC ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. SAULIER. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel de Riom, du 8 septembre 2015, qui refuse d'autoriser un majeur sous curatelle à conclure un Pacs avec un individu avec qui il présente un lien s'apparentant à un lien filial. Dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, aucun empêchement à Pacs en raison du lien de parenté n'était caractérisé. De sorte que l'ensemble des conditions de formation du Pacs étaient réunies. Néanmoins la nature des relations entre les intéressés excluait l'existence d'une communauté de lit entre eux. D'ailleurs, le moyen annexé à l'arrêt établit clairement l'objectif successoral visé par les partenaires. Si une telle décision venait à être renouvelée, elle pourrait remettre en question l'existence d'une communauté de lit entre les partenaires. Toutefois, en raison de l'absence de publication de cet arrêt, sa portée doit être relativisée, d'autant plus que la conclusion du Pacs avait principalement pour but de permettre le transfert du bail. On peut d'ailleurs se demander si les magistrats de la Cour de cassation n'ont pas rendu cet arrêt afin d'éviter une éventuelle censure de la Cour européenne des droits de l'Homme.

³⁵⁹ *D.* 2004, p. 587, obs. X. LABBÉE.

relèvent de domaines divers comme le droit de la nationalité³⁶⁰. Il est aussi de notoriété publique que certains fonctionnaires concluent des Pacs de complaisance en vue de faciliter leur mutation ou leur rapprochement géographique³⁶¹.

Dans le meilleur des cas, ces fraudeurs cohabitent, mais ils ne consomment pas leur relation. Ils ne mènent donc pas une vie de couple. Dans ces situations, l'absence de communauté de lit fait peser un doute sur la réalité de l'intention conjugale. Néanmoins, apporter la preuve de l'absence de relations entre les membres du couple est une tâche ardue. C'est pourquoi l'annulation d'un Pacs ou d'un mariage par un tiers au couple sur le fondement de l'absence de relations charnelles est presque impossible. D'autres éléments de preuve, comme le défaut de cohabitation ou de collaboration économique, devront être apportés afin d'établir l'absence d'intention conjugale.

89. L'existence du concubinage soumise à la réalité des relations charnelles. Les relations sexuelles sont nécessaires entre les concubins. Pour que la relation produise des effets juridiques, plus précisément pour qu'elle existe, les concubins doivent partager leur lit. À l'instar du partage du toit, l'œuvre de chair exprime le renouvellement constant du consentement à vivre ensemble³⁶². Cependant, ces relations sexuelles ne suffisent pas, car « *une simple liaison pour laquelle une chambre d'hôtel suffit ou lorsque Monsieur passe ses journées avec Yvonne qui lui prépare ses repas et lui fait parfois la lessive, mais rejoint Gladys pour la nuit* » ne saurait être qualifiée de concubinage³⁶³. Si elles sont indispensables, elles ne sont pas pour autant suffisantes.

90. Conclusion chapitre 2. La dimension sexuelle de la communauté de vie a évolué avec les mœurs. Elle s'est peu à peu détachée de la fonction procréative dans laquelle l'Église l'avait enfermée, ce qui a permis de moderniser les fondements de l'union des chairs. Ce faisant, l'œuvre de chair est devenue une donnée commune à toutes les formes de conjugalité et non plus seulement

³⁶⁰ Contrairement au mariage, le Pacs ne permet pas l'obtention d'une carte de séjour, mais il évite, au ressortissant étranger, les reconduites à la frontière, car cette dernière irait à l'encontre du respect de sa vie privée, à condition que le Pacs ait duré assez longtemps. À ce propos, Fr. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008. En raison du degré moindre d'engagement et de la facilité de dissolution du Pacs, les fraudeurs seront certainement plus enclins à se lier par un Pacs que par un mariage.

³⁶¹ Les fonctionnaires obtiennent au fil de leur carrière des points qui permettent de bénéficier de certains avantages. À côté de cela, des événements particuliers tels que le mariage, le Pacs leur permettent d'obtenir ces points.

³⁶² En ce sens, Ph. MALAURIE, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », in *Archives de philosophie du droit*, t. 20, Sirey, 1975, p. 17, spéc. p. 22.

³⁶³ C. PHILIPPE, « Vers un droit commun des effets du contrat de couple », in X. LABBÉE (dir.), *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple*, LPA 20 décembre 2007, p. 18.

au mariage. Les relations sexuelles sont immanentes à la relation conjugale, car elles lui donnent une coloration particulière qui permet de distinguer le couple des autres modes de vie à deux. Bien qu'elles soient insuffisantes à elles seules pour caractériser la relation conjugale, les relations sexuelles traduisent la spécificité de la vie de couple.

La communauté de lit constitue un sérieux indice quant à l'existence de l'intention conjugale. Elle donne à la communauté de toit une signification spécifique. La cohabitation se transforme alors en relation conjugale, car deux personnes qui partagent un toit et entretiennent des relations sexuelles sont le plus souvent des personnes animées par une intention conjugale. C'est d'ailleurs pour cette raison que deux personnes qui se lient par un Pacs "gris" ou un mariage "gris" dans le but d'obtenir un des avantages attachés à ces modes de conjugalité peuvent cohabiter, mais n'entretiennent pas de relations sexuelles. Dans ces situations, l'absence de communauté de lit marque alors l'absence d'intention conjugale. C'est pourquoi la communauté de lit est un élément incontournable à l'identification du couple conjugal.

91. Conclusion du Titre 1. Les communautés de toit et de lit constituent les éléments matériels de la communauté de vie et de la vie commune. Malgré la différence des expressions, la communauté de vie et la vie commune ont un contenu identique.

L'exigence de communauté de toit et de lit exprime juridiquement une habitude sociale pluriséculaire, immuable et universelle³⁶⁴ résumée par l'adage de LOYSEL : « *boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble* ». Appliqué au couple, l'aphorisme pourrait devenir « *boire, manger, coucher ensemble, c'est couple ce me semble* »³⁶⁵.

À la fois, effet des couples déclarés et élément de définition du concubinage, les communautés de toit et de lit constituent des éléments d'identification du couple conjugal. Ce dernier est juridiquement reconnu dès lors que ses membres partagent un toit et entretiennent des

³⁶⁴ Bien que la dématérialisation marque un tournant, son impact semble être limité. Selon l'INSEE, dans son étude sur le couple dans tous ses états parue le 14 février 2013, seulement 4 % des personnes qui déclarent être en couple ne partagent pas le même logement que leur compagnon. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1281436#titre-bloc-7>.

³⁶⁵ La formule de LOYSEL est volontairement tronquée. La formule montrait la nécessité de passer devant l'autorité ecclésiastique afin de célébrer le mariage puisque, depuis le Concile de Trente, la possession d'état ne suffit plus à créer le mariage. L'utilisation faite dans ce paragraphe montre que la façon de vivre en couple n'a pas changé. Dans son intégralité l'adage de LOYSEL est le suivant : « *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble, mais il faut que l'Église y passe* ».

relations sexuelles. Probablement par simplicité, notamment sur le plan de la preuve, mais aussi par crainte des sentiments et par souci d'abstraction³⁶⁶, seule la dimension matérielle de la communauté de vie avait été envisagée par le législateur. Néanmoins, l'excès de matérialisme de cette approche a conduit à un renouvellement de l'étude de la communauté de vie en y intégrant un élément moral. En effet, le couple conjugal est bien évidemment celui qui partage un toit et un lit, mais aussi et surtout celui qui partage une intention conjugale. Cette dernière donne tout son sens à la communauté de toit et à la communauté de lit.

³⁶⁶ « Mais l'idée fondamentale des auteurs du Code, même dans la construction du droit du mariage, est de tenir à distance le côté sensible des êtres humains (...). Ainsi, les attrait affectifs sont abandonnés, par les hommes de droit à la littérature (...). Cette vue, qui place le législateur, pour ainsi dire, à l'extérieur du mariage, de ses sens et de ses sentiments, imprègne tout le Code civil de 1804, qui en est seulement le censeur ». R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, pp. 19 et 20.

Titre 2. L'ÉLÉMENT MORAL

92. L'élément subjectif : raison d'être des éléments objectifs de la communauté de vie.

« Heureusement, le droit actuel a mieux compris que le Code de 1804, la nécessité de l'alliance entre les affections familiales et le droit qui les coordonne »³⁶⁷. C'est pourquoi l'idée selon laquelle la communauté de vie ne se limite pas au partage du toit et du lit a peu à peu émergé. De la communauté de vie se dégage un autre élément que certains considèrent comme l'élément subjectif³⁶⁸ de la communauté de vie par opposition aux éléments objectifs précédemment étudiés. À ce titre, il peut aussi être qualifié d'élément moral ou d'élément intentionnel en ce qu'il renvoie à l'intention conjugale³⁶⁹.

L'élément subjectif de la communauté de vie permet d'analyser et de comprendre la raison pour laquelle les membres du couple vivent sous un même toit et entretiennent des relations sexuelles. Ils le font, car ils ont la volonté de vivre comme un couple³⁷⁰. En d'autres termes, l'élément subjectif donne un sens à la cohabitation ainsi qu'à la communauté de lit³⁷¹.

Ce dernier élément de la communauté de vie prend en compte de la volonté renouvelée de vivre ensemble comme un couple. Il permet de différencier le couple de la simple cohabitation ou encore de « *la cohabitation de gens de maison avec leur employeur* »³⁷².

93. L'incertitude de la substance de l'élément intentionnel. L'élément affectif en matière conjugale revêt une certaine spécificité qui ne facilite pas son appréhension. Divers noms lui ont

³⁶⁷ R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, p. 26.

³⁶⁸ V. par ex., V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Organisation de la société familiale. Communauté de vie (art. 215, al. 1^{er}) », *J.-Cl. Civil Code*, art. 212 à 215, fasc. 20, n^{os} 78 et s.

³⁶⁹ Sur ce point, L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEDEC, La Mouette, 2002, n^{os} 217 et s.

³⁷⁰ En ce sens, M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n^o 317.

³⁷¹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, article préc., n^o 79.

³⁷² G. HÉNAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551, spéc. note de bas de page n^o 7.

été donnés comme « *la convergence sentimentale, la concorde des âmes et des esprits* »³⁷³, « *la communauté affective* »³⁷⁴, « *le devoir de coopérer* »³⁷⁵, « *un destin partagé* »³⁷⁶... Toutes ces expressions désignent l'*animus* de la communauté de vie³⁷⁷ par opposition au *corpus*, mais elles ne rendent pas compte de la substance de la communauté.

94. Annonce de plan. Dès lors que l'on approche de la sphère sentimentale, la définition devient délicate³⁷⁸. Le manque de littérature juridique à ce propos en est d'ailleurs la preuve³⁷⁹. La notion apparaît fuyante, presque insondable notamment en raison du caractère personnel des sentiments. Chaque relation conjugale est vécue différemment par ses membres. Avant tout développement sur les manifestations de l'élément subjectif dans le couple, il semble nécessaire de tenter d'en dégager sa substance (Chapitre préliminaire).

Contrairement aux éléments objectifs de la communauté de vie qui apparaissent une fois la relation née, l'élément intentionnel et le couple naissent concomitamment. Ils sont interdépendants. Grâce à cet élément subjectif, le couple prend une coloration particulière. C'est pourquoi son existence est contrôlée dès le début de la relation (Chapitre 1). Toutefois, ce contrôle n'est pas suffisant. L'existence du couple est corrélée à celle de l'intention conjugale. Cette dernière doit donc perdurer autant que dure la relation. En cas contraire, « *le lien tombe très juridiquement faute d'une cause pour le soutenir* »³⁸⁰ (Chapitre 2).

³⁷³ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325, spéc. p. 335.

³⁷⁴ P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Sirey Université, 7^e éd., 2017, n° 331.

³⁷⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2014, n° 276.

³⁷⁶ Ph. MALAURIE, *Les personnes, les incapacités*, Defrénois, coll. Droit civil, 3^e éd., 2007, n° 1483.

³⁷⁷ L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 223.

³⁷⁸ V. BONNET, *Droit de la famille*, Larcier, coll. Paradigme, Manuels, 5^e éd., 2015, n° 457.

³⁷⁹ Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer certains auteurs qui ont eu l'audace de se confronter à un tel sujet. R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963 ; A. BÉTHÉRY DE LA BROSSE, *Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^e – XXI^e siècle)*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, LGDJ, coll. Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, t. 25, 2011 ; G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de droit de Liège* 1955, p. 189 ; C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 75 ; L. BOLLERI-SCHENIQUE, D. LANZARA (dir.), *Le droit et les sentiments*, L'Harmattan, 2016.

³⁸⁰ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325, spéc. p. 335.

Chapitre préliminaire. La substance de l'élément moral

95. Annonce de plan. L'élément moral de la communauté de vie est évocateur sans pour autant être définissable³⁸¹. Pour comprendre ce qu'il est, la définition du mariage par PORTALIS est d'une aide précieuse. Le mariage est donc « *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* »³⁸². De cette citation, trois éléments de l'élément affectif peuvent être dégagés. Les deux premiers, la volonté de s'engager (Section 1) et la collaboration (Section 2) apparaissent comme les moins importants, contrairement à l'intention conjugale qui semble être la clé de voûte de l'élément subjectif de la communauté de vie (Section 3).

Section 1. La volonté de s'engager

96. La formalisation de l'engagement des couples mariés. Le couple, quel qu'il soit, est avant tout un engagement, plus précisément une volonté de s'engager. Certains auteurs, comme Madame le Professeur LEROYER, considèrent que la force l'engagement des membres du couple dépend de l'importance des devoirs de leur statut³⁸³. Ainsi, l'engagement serait propre aux couples déclarés qui, contrairement aux concubins, sont soumis à un certain nombre de devoirs. Par ailleurs, la puissance de l'engagement dépendrait du caractère plus ou moins contraignant de ces devoirs. Par conséquent, les partenaires seraient moins engagés que les époux³⁸⁴.

Tirer l'engagement des membres du couple des devoirs auxquels ils se soumettent est une idée intéressante. Cependant, s'il est indiscutable que les devoirs varient en fonction des modes de conjugalité, il est contestable d'étudier l'engagement des membres du couple uniquement par le

³⁸¹ Les manuels de droit de la famille mettent en évidence cette incertitude. « *Le mariage est aussi une communauté de vies : deux vies mises en commun, un destin partagé (...), mais il suppose une volonté de vivre ensemble, exprimée lors du consentement au mariage et qui engage pour la vie. (...) elle (l'obligation de vie commune) s'exprimer par un mot, bien peu juridique il est vrai, celui du partage* ». Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 1483.

³⁸² PORTALIS, « Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI », in FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, 1827, p. 140.

³⁸³ SAVATIER se prononçait déjà en ce sens. Selon lui, les concubins n'ont pas voulu prendre d'engagements durables l'un envers l'autre. Au mieux, ce sont des engagements limités. R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, p. 138.

³⁸⁴ À propos de ces idées, v. A.-M. LEROYER, « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, p. 1697

prisme des contraintes légales. En effet, les couples s'imposent eux-mêmes une solidarité puisque tant que le couple existe, tant qu'aucune crise conjugale ne naît, les concubins, à l'instar des époux et des partenaires, sont solidaires. Ils se portent "assistance" de manière volontaire. Avant d'être imposée par la loi, cette solidarité est induite par le couple. De tous les couples naît une solidarité de fait. De sorte que la volonté de s'engager ne s'apprécie pas seulement au regard des devoirs légaux, car l'engagement conjugal dépasse ce que la loi impose. La vie de couple est un engagement envers l'autre, un engagement de solidarité, de fidélité, de partage qui ne prend pas racine dans les prescriptions légales, mais dans la volonté des couples.

97. Un engagement privé pour les concubins, un engagement public pour les couples déclarés. Sociologiquement, le couple est un engagement privé, de l'un des membres du couple envers l'autre. Cet engagement privé est révélé par le partage du toit, la mise en commun des ressources et plus généralement par tous les partages qui s'opèrent au quotidien. L'engagement privé est une réalité que l'on constate aussi dans la fidélité, la solidarité, la collaboration ou le respect que s'imposent les membres du couple en dehors de toute contrainte juridique. Cependant, si l'engagement conjugal semble avant tout être un engagement privé à l'égard de l'autre membre du couple, la mention du mariage ou du Pacs en marge de l'état civil, le respect de certaines conditions de formation et des devoirs légaux imposés rendent l'engagement public³⁸⁵. À la différence des concubins pour qui l'engagement demeure purement privé, la société est témoin de l'engagement des partenaires et des époux si bien que cet engagement est à la fois social et privé.

98. Un engagement suspecté pour les partenaires. Malgré la publicité de la relation des partenaires, leur couple était soumis à l'épreuve du temps. Le Pacs devait s'inscrire dans la durée avant de produire des effets semblables à ceux du mariage³⁸⁶. Au début de leur relation, probablement en raison de la facilité de conclusion et de rupture du Pacs, les partenaires forment

³⁸⁵ En ce sens, A. MIRKOVIC, « Le mariage, un service public à redécouvrir », *RLDC* 2012, n° 94, p. 55.

³⁸⁶ À ce titre, on peut citer l'obtention de la qualité d'ayant droit de l'assuré social, bénéfice de congés exceptionnels, accès à la procréation médicalement assistée, droit à l'obtention d'un titre de séjour, droit à l'imposition commune...

donc « *un couple suspecté* »³⁸⁷. La production d'effet plein après l'écoulement d'un certain délai récompense la stabilité du couple comme si hors mariage la durée remplaçait la solennité³⁸⁸.

99. La disparition de l'exigence de durée dans le Pacs. À ce jour, le sérieux de l'engagement des partenaires n'est plus étudié par le prisme du temps. À titre d'exemple, à l'instar des époux, les partenaires font l'objet d'une imposition conjointe dès la conclusion de leur Pacs³⁸⁹. Dans la matière fiscale, la suspicion n'a plus lieu d'être puisque les avantages fiscaux de la conclusion d'un Pacs paraissent minces face aux risques inhérents à la solidarité des dettes fiscales auxquelles sont soumis les partenaires.

Dans un tout autre domaine, les partenaires peuvent aussi recourir à la procréation médicalement assistée sans avoir à apporter la preuve d'une vie commune de deux ans³⁹⁰.

D'une manière générale, la disparition de la condition de durée à l'égard des partenaires atteste du renforcement du rôle de leur titre qui désormais suffit à prouver le sérieux de leur projet parental.

100. La stabilité du concubinage comme gage de l'engagement. Les concubins, quant à eux, ont été soumis et continuent d'être soumis à l'épreuve du temps. Leur relation ne produit des effets qu'après l'écoulement d'un certain délai, car le fait se concrétise dans l'habitude³⁹¹. En raison de l'absence de formalisation de leur relation conjugale, les concubins ne bénéficient pas de la présomption d'engagement tirée de leur titre. Leur engagement est donc réputé moins fort.

³⁸⁷ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Pacte civil de solidarité, aspects sociaux », *JCP N* 2000, p. 461. Certains ont préféré parler de « prudence », car l'engouement pour le Pacs était difficilement quantifiable. Cette durée de trois ans devait permettre de collecter des données pour ajuster le système fiscal des partenaires. En ce sens, v. M. MARTEAU-PETIT, « Le Pacs et le fisc », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 8, n° 16.

³⁸⁸ D. GRILLET-PONTON, « La fiscalité du PACS », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 271, spéc. n° 5.

³⁸⁹ Loi n° 2004-1484 du 30 déc. 2004 de finances pour 2005, *JORF* 31 déc. 2004, p. 22459.

³⁹⁰ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique, *JORF* 8 juil. 2011, p. 11826.

³⁹¹ En ce sens, P.-Y. GAUTIER, *L'union libre en droit international privé*, thèse Paris I, 1986, n° 24, spéc. p. 16.

Pourtant, l'absence de titre des concubins ne rend pas leur relation plus précaire que celle des partenaires ou des époux³⁹². Les concubins n'ont pas pour objectif de s'engager moins longtemps. Ils vivent leur union différemment, dans un engagement purement privé.

Assujettir la reconnaissance du concubinage à l'écoulement d'un délai prédéterminé semble pécher par excès d'automatisme. L'appréciation de l'engagement conjugal des concubins appelle un examen approfondi, le plus souvent *a posteriori*³⁹³, du quotidien de leur union. C'est pourquoi le législateur soumet les concubins à une condition de stabilité³⁹⁴, concept découvert par la jurisprudence³⁹⁵. La stabilité représente, outre l'exclusivité de la relation³⁹⁶, la durée de celle-ci. Contrairement aux couples disposant d'un titre, le concubinage gagne en consistance avec la durée, permettant ainsi de distinguer le concubinage des relations passagères. Alors que le premier a vocation à produire des effets de droit, les secondes sont ignorées.

101. Transition. Outre la volonté de s'engager, le couple est une relation dans laquelle deux personnes souhaitent collaborer. Si la volonté de s'engager place le curseur sur les sentiments, la collaboration, quant à elle, glisse sur le terrain patrimonial. Le couple est en effet une entité économique³⁹⁷ dont les membres collaborent.

Section 2. La collaboration

102. La communauté économique. La collaboration est inconnue du droit du mariage, du Pacs ou du concubinage, mais le terme apparaît dans le droit du divorce au second alinéa de l'article 262-1 du Code civil relatif à la demande, par un époux, de report de la date de dissolution

³⁹² G. HÉNAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551, n° 4. L'auteur aborde la question de la précarité du concubinage. C'est pourquoi il distingue les concubinages précaires, qui n'ont pas vocation à durer, et les concubinages simples.

³⁹³ « *On ne pourra jamais prétendre qu'un homme et une femme vivent juridiquement en concubinage, seulement qu'ils ont vécu comme tels* » : J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325 ; O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 452, spéc. p. 168.

³⁹⁴ Art. 515-8 C. civ.

³⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1980, n° 79-14.744, *Bull. civ. I*, n° 269.

³⁹⁶ V. *supra* n° 322.

³⁹⁷ Sur cette question v. par ex., R. LE GUIDEC, « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 299.

de la communauté³⁹⁸. Dès lors que la collaboration et la cohabitation ont cessé, la date de dissolution de la communauté peut être reportée³⁹⁹.

La collaboration représente les actes qui vont « *au-delà du simple respect des devoirs nés du mariage ou du régime matrimonial* »⁴⁰⁰. Elle « *consiste à œuvrer à la prospérité commune, c'est-à-dire, pour chacun à utiliser ses ressources à la création de nouveaux acquêts* »⁴⁰¹. Par conséquent, la collaboration couvre l'aspect patrimonial de l'élément subjectif de la communauté de vie. En effet, elle « *constitue le fondement de la participation respective des époux à l'enrichissement du ménage qui, lorsque la collaboration vient à cesser, disparaît, perdant son socle fondateur* »⁴⁰².

Tous les couples, quel que soit le régime des biens, souhaitent partager ses ressources et enrichir leur couple. Les régimes de séparation de biens ne font pas exception à cette collaboration puisque « *le principe participatif est toujours latent, même dans les régimes qui étaient, sur le papier, les plus farouchement séparatistes* »⁴⁰³. En effet, ces régimes séparatistes reflètent, le plus souvent, le souhait de l'indépendance des époux et la volonté de protéger le patrimoine du couple contre certains créanciers, mais pas celle de ne rien partager, puisque, de fait, le plus souvent, une indivision voit le jour⁴⁰⁴.

³⁹⁸ Art. 262-1 C. civ. : « *les rapports entre les époux peuvent être repoussés à la date à laquelle ils ont arrêté de cohabiter et de collaborer* ».

³⁹⁹ L'appréciation de la survie ou de la cessation de la collaboration est de l'appréciation souveraine des juges du fond. Toutefois, la Cour de cassation exerce un contrôle important. Pour des agissements qui ne caractérisent pas le maintien de la collaboration, v. par ex. la vente d'un fonds de commerce (Cass. civ. 1^{re}, 8 juil. 2010, n° 09-12.238, *Bull. civ. I*, n° 164) ou le maintien d'un compte commun (Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2002, n° 01-10.105, non publié, *D.* 2003, p. 1871, obs. V. BRÉMOND).

⁴⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 14-19.978, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 53, note J.-R. BINET ; Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, n° 11-30.522, *Bull. civ. I*, n° 210 ; *JCP N* 2013, p. 1152, obs. J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, n° 09-68.292, *Bull. civ. I*, n° 235 ; *D.* 2011, p. 2629, obs. V. BRÉMOND ; *Dr. fam.* 2011, comm. n° 6, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2011, p. 351, obs. V. BONNET ; *AJ fam.* 2011, p. 55, obs. P. HILT. V. déjà dans le sens d'une différence entre la collaboration et le devoir de secours entre époux, Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 1978, n° 76-13.935, *Bull. civ. I*, n° 79 ; *JCP* 1979, II, 19105, note R. LE GUIDEC

⁴⁰¹ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 516.

⁴⁰² V. BRÉMOND, « La notion de collaboration conjugale au sens des articles 262-1 et 1442 du code civil », *D.* 2013, p. 2408.

⁴⁰³ J. MAURY, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 243, n° 1.

⁴⁰⁴ En ce sens, v. par ex., J. MAURY, « Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 243 ; Ph. SIMLER, « L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 461.

Cette volonté de collaboration existe aussi bien entre les époux qu'entre les partenaires ou les concubins. Les juges du fond ont par exemple fait échec à la qualification de concubinage d'une relation dans laquelle la femme n'a pas profité des moyens matériels et financiers du prétendu concubin⁴⁰⁵. La mise en commun des ressources par les concubins entre aussi en compte dans les décisions relatives à la fixation⁴⁰⁶ ou à la révision⁴⁰⁷ de la prestation compensatoire. En outre, bien que la jurisprudence refuse l'application de la solidarité des dettes ménagères aux concubins, ils font l'objet d'une « *solidarité financière élémentaire* »⁴⁰⁸ qui prouve que l'esprit de collaboration et de mise en commun des ressources dépasse le cadre légal. Il s'agit d'un comportement social.

103. Transition. La mutualisation des ressources est donc un élément commun à tous les modes de conjugalité. Cependant, la collaboration et la volonté de s'engager ne font que traduire l'intention conjugale des membres du couple.

Section 3. L'intention conjugale

104. La " cause " du couple. L'élément subjectif de la communauté de vie est avant tout l'intention conjugale⁴⁰⁹. Le trait commun à tous les couples est leur souhait d'être appréhendé comme un couple, de dépasser leur individualité. Ils souhaitent en outre donner une coloration particulière à leur relation, car ils ne sont pas de simples amis ou amants. Un couple se démarque des autres types de relation par la volonté de collaborer, de partager une destinée voire d'assurer une descendance. Deux personnes partagent un toit et un lit, car ils ont une intention de vivre à deux, de construire un avenir commun. En cela, le couple transcende l'individu.

L'intention conjugale fonde le couple, car elle vient en amont des autres éléments caractérisant la vie commune. Le partage du toit et le partage du lit, bien avant d'être des devoirs du mariage ou du Pacs, sont des conséquences de l'intention conjugale. En effet, la volonté de former un couple conduit ses membres à vivre sous un même toit et à entretenir des relations

⁴⁰⁵ CA Toulouse, 6 mars 2000, *Juris-Data* n° 2000-116181 ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 106, note H. LÉCUYER.

⁴⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 avr. 2006, n° 05-15.706, *Bull. civ. I*, n° 203 ; *AJ fam.* 2006, p. 246, note S. DAVID.

⁴⁰⁷ Cass. civ. 2^e, 2 juill. 1997, n° 96-10.274, *Bull. civ. II*, n° 211 ; *RTD civ.* 1997, p. 916, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1^{re}, 25 avr. 2006, n° 05-16.45, *Bull. civ. I*, n° 198 ; *AJ fam.* 2006, p. 246, note S. DAVID.

⁴⁰⁸ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 47, spéc. p. 87.

⁴⁰⁹ On pourrait même se demander si l'élément moral de la communauté de vie ne se résume pas à l'intention conjugale.

charnelles. Le mariage, le Pacs et le concubinage permettent à l'intention conjugale de produire des effets juridiques. En définitive, l'intention conjugale est la "cause subjective" de la relation conjugale. Si la cause disparaît, « *le lien tombe très juridiquement faute d'une cause pour le soutenir* »⁴¹⁰.

105. Le choix du couple déclaré : illustration de l'intention conjugale " positive ".

L'intention conjugale est l'expression du sentiment saisi par le droit⁴¹¹, mais sa définition semble impossible. Cependant, deux facettes de l'intention conjugale peuvent être dégagées. La première d'entre elles pourrait être qualifiée de facette " positive ". En effet, le choix d'un mode de conjugalité organisé traduit la volonté de rechercher des intérêts patrimoniaux ou un épanouissement personnel dans une forme conjugale adaptée aux envies et aux besoins du couple.

106. Le concubinage : illustration de la facette " négative " de l'intention conjugale.

L'intention conjugale se décline aussi dans sa dimension " négative ". Le refus du mariage et du Pacs reflète aussi d'une certaine manière l'intention conjugale⁴¹². La volonté de rester hors des modes de conjugalité déclarés, tout en remplissant les conditions légales énumérées à l'article 515-8 du Code civil, est donc une manière d'exprimer son intention conjugale.

107. Une intention conjugale à durée indéterminée. Classiquement, l'intention conjugale est présentée comme la volonté de partager sa vie avec l'autre. N'a-t-on pas écrit que le mariage était « *une communauté pour toute la vie* »⁴¹³ ? L'engagement pour la vie semble cependant en

⁴¹⁰ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325, spéc. p. 335. *Contra* C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 75, spéc. p. 79 : « *on pense en effet communément (...) que le couple peut exister et durer par la seule force du sentiment tant que celui-ci est réel et partagé ; de même, la perte du sentiment mutuel serait la cause unique de la dissolution du couple. Mais cette croyance ne résiste pas longtemps à l'expérience* ».

⁴¹¹ L'étude du Doyen CORNU au sujet des sentiments en droit civil montre l'imprégnation très importante du droit de la famille par les sentiments. Toutefois, si on le retrouve souvent en tant qu'élément perturbateur, le sentiment est plus rarement un élément créateur. En ce sens, G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de droit de Liège* 1955, p. 189.

⁴¹² Chaque couple de concubins a ses raisons pour ne pas se marier ou pour ne pas se lier par un Pacs. Ce choix peut résulter d'une habitude, d'une aversion pour les contraintes posées par les modes de conjugalité déclarés, de l'inconscience ou de raisons fiscales... En ce sens, G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 45, spéc. p. 83.

⁴¹³ A. SÉRIAUX, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.* 2005, p. 1966.

décalage avec la société contemporaine dans laquelle les individus sont, avant tout, à la recherche de leur épanouissement personnel⁴¹⁴.

Pourtant l'idée sous-jacente est bien là. L'intention conjugale est la volonté de s'engager pour un temps certain, qui n'est pas défini à l'avance, car le couple est bien un engagement à durée indéterminée. Tant que dure l'intention conjugale, le couple existe.

L'intention conjugale doit aussi s'inscrire dans la durée. Le législateur a toujours tenu à différencier les relations passagères des relations qui s'inscrivent dans la durée⁴¹⁵. Les premières restent dans le champ du non-droit alors que les secondes accèdent désormais à la vie juridique. Le caractère durable de la relation semble essentiel à la reconnaissance juridique du mode de conjugalité⁴¹⁶. À cet égard, le législateur a introduit la notion de stabilité entre concubins. Cela a permis d'empêcher la montée au droit des relations éphémères.

108. La caducité en raison de la disparition de l'intention conjugale. Tant que dure l'intention conjugale, le couple existe. En revanche, la chute de l'intention conjugale annonce la rupture du couple. Peut-on pour autant affirmer que la disparition de l'intention conjugale rend le couple caduc ? Afin de répondre à cette question, deux situations doivent être distinguées. Dans un premier temps, il convient d'étudier la relation entre la caducité et le concubinage. À cet égard, il semble discutable de considérer que la disparition de l'intention conjugale entre les concubins conduise à la caducité de leur relation, car le législateur envisage la caducité seulement dans les rapports contractuels⁴¹⁷. Or le concubinage, étant une relation de fait, n'est pas un contrat. De sorte que la disparition de l'intention conjugale entre les concubins ne rend pas le concubinage caduc.

Dans un second temps, il convient d'étudier la question de la caducité du mariage et du Pacs en cas de disparition de l'intention conjugale. De la même manière qu'entre les concubins, la disparition de l'intention conjugale ne semble pas rendre les mariages ou les Pacs caducs puisque

⁴¹⁴ Pour un constat en ce sens, v. M. DOUCHY-LOUDOT, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 81, spéc. pp. 89 et s.

⁴¹⁵ En ce sens, v. L. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », *DH* 1932, chron., p. 45.

⁴¹⁶ Jusqu'à la réforme du 26 mai 2004 relative au divorce (loi n° 2004-439, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319), les époux ne pouvaient divorcer sur requête conjointe qu'après avoir été mariés pendant au moins six mois. La suppression de cette condition n'a pas pour autant fait disparaître cette sensation que le mode de conjugalité déclaré s'inscrit nécessairement dans la durée puisque le plus souvent il fait suite à un concubinage. Par conséquent, le couple déclaré est présumé être un couple stable.

⁴¹⁷ Art. 1186 al. 1 C. civ.

les époux comme les partenaires demeurent unis *erga omnes* jusqu'à la transcription du divorce ou de la rupture du Pacs en marge de l'état civil⁴¹⁸. De la même manière, entre les parties, le mariage est dissous à la date où la décision de divorce a obtenu force de chose jugée⁴¹⁹ et le Pacs à la date de l'enregistrement de la copie de la signification de rupture du Pacs par l'officier d'état civil⁴²⁰ ou par le notaire qui avait procédé à l'enregistrement. La disparition de l'intention conjugale est sans effet sur le mode de conjugalité.

Toutefois, le report de la date de dissolution du régime matrimonial prévu à l'article 262-1 du Code civil prouve que le sort des biens des époux est lié au constat par l'autorité judiciaire de la disparition de l'intention conjugale. Pour preuve, la date de la dissolution du régime matrimonial est repoussée à la date à laquelle la convention a acquis force exécutoire⁴²¹ ou à la date de l'homologation de la convention réglant les conséquences du divorce⁴²² ou encore à la date de l'ordonnance de non-conciliation⁴²³. Plus révélatrice encore est la possibilité offerte aux époux de demander le report des effets du divorce à la date à laquelle ils ont cessé de collaborer et de collaborer⁴²⁴. Grâce à ce mécanisme, la chute de l'intention conjugale, révélée par la fin du partage du toit et de la collaboration, fait disparaître *inter partes* la dimension patrimoniale du mariage. En d'autres termes, le mariage devient caduc entre les parties dès lors que l'intention matrimoniale s'est évaporée. Cette "caducité", si on peut l'appeler ainsi, diffère de celle du droit commun. Alors que selon l'article 1187 alinéa 1 du Code civil, la caducité met fin automatiquement au contrat⁴²⁵, le mariage, quant à lui, n'est dissous que par le divorce, en aucun cas par la disparition de l'intention conjugale. On peut seulement avancer que le report de la date des effets du divorce s'apparente à

⁴¹⁸ Art. 262 C. civ. pour le mariage. Art. 515-7 C. civ. pour le Pacs.

⁴¹⁹ Art. 260 C. civ.

⁴²⁰ Depuis le 1^{er} novembre 2017, la compétence d'enregistrement de la copie de la signification de rupture du Pacs est transférée à l'officier de l'état civil.

⁴²¹ Art. 262-1 al. 1, 1^{er} tiret C. civ.

⁴²² Art. 262-1 al. 1, 2^e tiret C. civ.

⁴²³ Art. 262-1 al. 1, 3^e tiret C. civ.

⁴²⁴ Art. 262-1 al. 2 C. civ.

⁴²⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 498.

la caducité sans pour autant en être une. La caducité n'est donc pas un nouveau mode de dissolution du mariage⁴²⁶.

Entre les partenaires, en raison de la facilité de rupture, aucune période de doute sur la consistance du patrimoine des partenaires ne naît. En effet, dès lors que l'intention conjugale d'un des partenaires disparaît, ce dernier peut signifier la résiliation du Pacs à l'autre. C'est pourquoi aucun mécanisme de report de la date de dissolution du régime "pacsimonial" n'existe. Par conséquent, la caducité ou l'idée de caducité est totalement étrangère au Pacs.

D'une manière générale, la disparition de l'intention conjugale n'entraîne pas la caducité de la relation conjugale. Si elle annonce le plus souvent la dissolution du couple, ce n'est pas toujours le cas. En effet, on peut imaginer que certains couples laissent leur union survivre afin de continuer à bénéficier des avantages procurés par leur statut. En d'autres termes, la disparition de l'intention conjugale est donc insuffisante pour entraîner l'anéantissement juridique du couple déclaré.

109. Transition. Bien qu'il soit difficile de rapporter sa nature exacte, l'élément moral de la communauté de vie semble se résumer à l'intention conjugale. Cette dernière étant la cause subjective du couple, son existence est contrôlée dès la formation du couple⁴²⁷.

⁴²⁶ L'historique de la reconnaissance de la caducité dans le mariage est lié au transsexualisme. En effet, lorsqu'au cours du mariage un individu changeait de sexe, la condition de l'altérité des sexes qui existait au début du mariage disparaissait. Par conséquent, le mariage ne pouvait pas être annulé puisque les époux étaient bien de sexe différent lors de la célébration. En revanche, puisque la condition de formation avait disparu au cours de l'exécution du contrat, le mariage devenait caduc. Si cette position était partagée par la majorité de la doctrine (pour une présentation des différentes positions doctrinales, R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 445, n^{os} 80 et s.), la jurisprudence était favorable à un divorce pour faute (V. par ex. CA Nîmes, 7 juin 2000 ; TGI Caen, 28 mai 2001). Avec l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, la question de la caducité en raison du changement de sexe du conjoint ne se pose plus. Sur la relation entre le mariage et le transsexualisme, v. J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 222, 1993, n^{os} 2060 et s.

⁴²⁷ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325, spéc. p. 335. V. *supra* n^o 104.

Chapitre 1. Le contrôle de l'intention conjugale au moment de la formation du couple

110. Annonce de plan. L'intention conjugale fait naître le couple. Toutefois, elle est difficile à appréhender, à moins de se référer aux règles relatives au consentement. De prime abord, le rapprochement du défaut d'intention conjugale et du consentement est étonnant, car l'intention matrimoniale est la cause du consentement⁴²⁸. De sorte que l'examen de l'intention matrimoniale semble étranger à la vérification du consentement. Toutefois, la Cour de cassation semble désormais confondre ces deux éléments puisque le consentement est déduit de la présence ou du défaut de l'intention matrimoniale⁴²⁹. Autrement dit, le consentement à la relation conjugale ne doit pas être vide d'intention conjugale. D'une manière générale, les règles relatives au consentement permettent de s'assurer de l'existence de l'intention conjugale (Section 1).

Parallèlement, en marge des règles relatives au consentement, afin de s'assurer de la qualité de l'intention conjugale, l'accès au couple est limité par des règles relatives à l'âge et à la capacité (Section 2).

Section 1. Le contrôle de l'existence de l'intention conjugale

111. Annonce de plan. Les dispositions relatives au consentement permettent de s'assurer de son intégrité. Pour ce faire, les mobiles des membres du couple doivent correspondre à ce que l'inconscient collectif considère comme une espérance conjugale "normale". D'une manière générale, l'exigence d'un consentement intègre permet de limiter les situations s'apparentant à un détournement d'institution⁴³⁰ (§1) alors que l'exigence d'un consentement libre et lucide a pour objectif de protéger les membres du couple contre la violence et l'erreur (§ 2).

⁴²⁸ En ce sens, *RTD civ.* 2006. 92, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 19 novembre 2011, p. 19, note É. MULON. Toutefois, un auteur préfère voir dans l'intention conjugale l'objet du consentement. En ce sens, V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, Lexisnexis, coll. Manuel, 2016, p. 70.

⁴²⁹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié. V. aussi, Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-18.209, *Bull. civ. I*, n° 442. Dans cet arrêt, la Cour de cassation ne sanctionne pas les juges du fond qui ont tiré du défaut d'intention matrimoniale le défaut de consentement.

⁴³⁰ D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 237.

§1. L'exigence d'un consentement intègre

112. Annonce de plan. Le contrôle de l'intégrité du consentement permet notamment de préserver les unions contre les fraudes. Le mariage et le Pacs ne sont pas seulement des outils pour obtenir certains avantages. En effet, les membres du couple doivent être guidés par une intention conjugale. C'est à condition que l'intention conjugale soit réelle que le consentement est considéré comme intègre, à défaut de quoi le mode de conjugalité disparaît rétroactivement⁴³¹.

Exigence commune aux modes de conjugalité déclarés, l'intégrité du consentement repose sur des fondements différents. D'une part, l'article 146 du Code civil dispose qu'« *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». L'institution matrimoniale est ainsi protégée contre la simulation de la part d'un ou des deux époux (A). D'autre part, les dispositions relatives au droit commun des contrats permettent de s'assurer de l'intégrité du consentement des partenaires (B). Enfin à l'égard des concubins, l'exigence d'un consentement intègre qui théoriquement est envisageable ne présente pas de véritable intérêt (C).

A. L'exigence d'un consentement intègre dans le mariage

113. Annonce de plan. En contrôlant la réalité de l'intention matrimoniale, les avantages découlant du mariage sont réservés aux personnes présentant une véritable intention matrimoniale⁴³². Cela permet de protéger l'institution matrimoniale des agissements frauduleux consistant à obtenir des bénéfices isolés du mariage tels que certains avantages patrimoniaux (1) ou encore la nationalité française (2).

⁴³¹ Pour le mariage, les personnes concernées doivent se fonder sur l'article 184 du Code civil. S'agissant d'une nullité absolue, toute personne intéressée peut demander la nullité du mariage, y compris le ministère public. Pour des illustrations, v. par ex., CA Toulouse, 5 avr. 1994, *Juris-Data* n° 1994-046370 ; CA Colmar, 24 juin 1994, *Juris-Data* n° 1994-046693. Contrairement au mariage, le Pacs qui aurait été formé à la suite d'une vie de consentement fait l'objet d'une nullité relative (art. 1131 C. civ.).

⁴³² Pour une illustration d'une annulation en raison de l'absence d'intention matrimoniale, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître.

1. La lutte contre la seule recherche d'intérêts patrimoniaux

114. Le fondement de la protection : l'arrêt *Appietto*. La jurisprudence a toujours annulé les mariages dits "blancs"⁴³³, ceux dont les effets étaient totalement étrangers au mariage. Au contraire, lorsque les effets recherchés concordent avec les buts de l'institution, le mariage n'était pas annulé et les époux se retrouvaient, en quelque sorte, prisonniers de leur union⁴³⁴, se retrouvant mariés malgré l'absence d'intention matrimoniale véritable.

Quarante ans après l'arrêt *Appietto* rendu le 20 novembre 1963, la Cour de cassation a précisé sa solution, en cassant un arrêt qui refusait d'annuler un mariage qui ne présentait qu'un but patrimonial⁴³⁵. Désormais, le défaut de consentement s'apprécie au regard de l'effet visé par les époux, mais aussi du nombre des effets recherchés. De sorte que si les époux ne recherchent qu'un seul effet, notamment patrimonial, le mariage est voué à disparaître rétroactivement. Toutefois, si l'effet apparaît comme essentiel, le mariage n'est pas annulé. En revanche, s'il est secondaire, la nullité est prononcée.

L'intention matrimoniale est donc appréciée au regard des buts du mariage. Cependant, il est difficile de se prononcer sur l'existence ou l'inexistence de cette intention matrimoniale, car le « *but étranger à l'union* » n'a jamais été défini par la Cour de cassation.

115. Le renouvellement de la motivation par les juges du fond. Plus récemment, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui annulait un mariage en raison du désir de l'épouse d'appréhender le patrimoine de son conjoint et de l'absence de volonté de celle-ci de se soumettre aux devoirs nés de cette union. En mettant tout d'abord en exergue le prurit du lucre de l'épouse, l'existence de l'intention conjugale est appréciée à la lumière de la cause déterminante

⁴³³ Ce terme s'est peu à peu imposé. Il était en concurrence avec d'autres expressions. Ainsi, on pouvait parler de "mariage simulé" ou de "mariage frauduleux". Cependant, aucune de ces propositions n'apparaissait satisfaisante. En ce sens, Fr. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993. I. 3665, n° 2.

⁴³⁴ L'arrêt *Appietto* étant probablement le plus connu à ce sujet. La légitimation de l'enfant est considérée comme « *une des raisons majeures de l'institution du mariage* ». Le mariage est valable bien que les effets recherchés soient limités. Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, n° 62-12.722, *Bull. civ. I*, n° 506 ; *JCP G* 1964. II. 13 498, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note H. DESBOIS ; *D.* 1964, obs. G. RAYMOND. De nos jours, la solution serait probablement différente, car en raison de la disparition de la prééminence de la filiation légitime, il n'existe plus de raison de privilégier ce type de filiation. La légitimation de l'enfant n'apparaît donc plus comme un effet du mariage.

⁴³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-12.574, *Bull. civ. I*, n° 215 ; *Defrénois* 2004, p. 143, note J. MASSIP ; *D.* 2004, p. 2964, note J.-J. LEMOULAND ; *D.* 2004, p. 21, note J.-P. GRIDEL ; *Dr. fam.* 2004, comm. n° 15, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.* 2004, p. 27, note Fr. BICHERON.

du mariage⁴³⁶. Ensuite en se référant à la volonté de se soumettre aux devoirs du mariage, les juges vérifient le désir des époux de respecter le cadre légal imposé par leur mode de conjugalité.

L'arrêt du 19 septembre 2012 est important en ce qu'il permet de ne plus se référer au « *but étranger à l'institution matrimoniale* » qui avait implicitement permis à la Cour de cassation de casser un arrêt d'appel qui refusait d'annuler un mariage célébré dans un but exclusivement successoral. Or il apparaît contestable de dégager le défaut d'intention matrimonial seulement de la recherche d'une vocation successorale, car après tout cette dernière est une des raisons principales qui poussent les individus à se marier⁴³⁷. C'est pourquoi le renouvellement de la motivation est bienvenu, notamment parce qu'elle permet d'éviter les obstacles nés de jurisprudences antérieures.

Néanmoins, la nouvelle motivation, aussi bienvenue soit-elle, ne met pas fin à toutes les difficultés puisqu'elle renvoie, en partie, aux mobiles déterminants. Les juges du fond doivent alors plonger, de manière rétroactive, dans l'intimité des époux afin d'évaluer l'intégrité de leur intention matrimoniale. Cette tâche semble périlleuse puisqu'en l'absence de précision de la Cour de cassation sur la consistance d'un consentement intègre, les juges doivent prendre une décision en leur âme et conscience. Ils doivent définir ce qui est acceptable en tenant compte du particularisme de chacun des couples.

Si l'utilisation d'éléments postérieurs au mariage pour apprécier le consentement donné au moment de la célébration est surprenante, le contrôle *a posteriori* du respect des devoirs imposés

⁴³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull. civ. I*, n° 267 ; *JCP G* 2013. 13. 337, note Fr. BOULANGER ; *Dr. fam.* 2013, comm. n° 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2013, p. 1117, note E. NAUDIN. La motivation de la Cour de cassation expose clairement cela : « *qu'ayant ainsi fait ressortir que celle-ci n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale, c'est à bon droit que la cour d'appel, après avoir retenu que Mme X... s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de Philippe Y...* ». Dans une autre affaire, la cour d'appel se fonde sur la violation du devoir de cohabitation pour déduire l'absence d'intention matrimoniale et donc annuler le mariage. Cependant, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si les autres éléments de fait ne plaident pas en faveur de la réalité de l'intention matrimoniale : Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 176, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2012, p. 971, note J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2011, p. 553, note B. DE BOYSSON.

⁴³⁷ En ce sens, *Dr. fam.* 2013, comm. n° 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

par le mariage, notamment du devoir de communauté de vie⁴³⁸, apparaît pourtant inévitable pour révéler l'intention conjugale⁴³⁹. En effet, la recherche d'effets patrimoniaux attachés au mariage ne traduit pas nécessairement l'absence d'intégrité du consentement dès lors que l'intention conjugale est réelle. C'est pourquoi, outre les mobiles déterminants, les juges apprécient l'intention conjugale des époux en s'assurant du respect par les époux des devoirs nés du mariage.

Enfin, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2012 opère un glissement, car le but n'est plus seulement de protéger l'institution matrimoniale. Si la référence à la violation des devoirs nés du mariage renvoie effectivement à la protection du mariage, l'examen de la cupidité du conjoint a aussi pour objectif de protéger l'époux dont l'intention conjugale est réelle.

116. Transition. Si la recherche d'un intérêt patrimonial est une facette des mariages "blancs", elle n'est pas la seule. En effet, certains couples se marient dans le but d'obtenir des avantages en matière de nationalité.

2. La lutte contre le mariage naturalisant

117. Le renforcement du contrôle du consentement *a priori*. Les mariages qui ont exclusivement pour objectif de permettre à l'un des membres du couple d'obtenir la nationalité française en dehors de toute intention conjugale seront appelés "mariages naturalisants". Afin d'agir contre le phénomène, le législateur ne cesse de renforcer ses dispositifs de contrôle du consentement *a priori*. Les conditions de forme préalables au mariage ont pour objectif de décourager les personnes dépourvues d'intention matrimoniale et de contrôler la réalité du

⁴³⁸ Le simple défaut de cohabitation est insuffisant pour déduire le défaut d'intention conjugale. Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié. Toutefois, il est indice important. En ce sens, A. BATTEUR, « La recherche désespérée d'une préservation de la famille au détriment des créanciers : réflexions civilistes et pénalistes sur les fraudes. 1^{re} partie : le risque civil des contrats et montages juridiques tendant à favoriser la famille au détriment de la vie professionnelle », *LPA* 3 juin 2014, p. 12, n° 8.

⁴³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 12-12.910, non publié ; CA Aix-en-Provence, 27 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-340499.

consentement. La systématisation des auditions des époux⁴⁴⁰, la possibilité pour le ministère public de s'opposer au mariage⁴⁴¹, la publicité de la cérémonie⁴⁴², la transformation de la présence des époux d'une condition de forme en une condition de fond⁴⁴³ sont autant de représentations de la lutte contre les mariages ayant un but naturalisant. Le combat contre ces mariages de complaisance doit toutefois ne pas porter atteinte au principe de la liberté matrimoniale⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ Cette disposition qui marque, en théorie, un regain de l'ordre public de direction dans les conditions de formation du mariage est trompeuse, car l'audition n'est pas obligatoire. En effet, l'officier de l'état civil dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour en apprécier l'opportunité si bien que pour les mariages entre ressortissants français, l'audition n'a jamais lieu. Ainsi, l'égalité de traitement disparaît sur la volonté de l'officier de l'état civil. En ce sens, Fl. BELLIVIER, « Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité (JO 27 nov. 2003, p. 20136) », *RTD civ.* 2004, p. 148. Toutefois, en théorie, l'article 63 du Code civil subordonne la publication du projet de mariage à l'audition préalable des futurs époux. L'ajout d'une audition préalable par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité (*JORF* 27 nov. 2003, p. 20136) a été critiqué par une partie de la doctrine qui voit dans cette mesure une certaine lourdeur, mais aussi l'attribution d'une compétence de juge à un officier de l'état civil. L'audition des futurs époux est une spécificité du mariage, peu importe que celui-ci soit célébré à l'étranger ou en France. Si l'un des époux vit à l'étranger, l'officier de l'état civil peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire compétente de procéder à l'audition des futurs époux.

⁴⁴¹ Art. 175-1 C. civ.

⁴⁴² Art. 75 C. civ. La publicité est rendue possible par l'ouverture de la cérémonie au public. Si la cérémonie doit, en principe, avoir lieu, à la mairie, il est possible qu'en raison de circonstances particulières elle soit délocalisée à l'hôpital par exemple. TGI Paris, 10 nov. 1992, *D.* 1993. 467, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 1993. 562, obs. J. HAUSER. V. aussi CA Paris, 3 mars 1998, *Juris-Data* n° 1998-020583 : « *que le mariage a été célébré à l'hôpital (...) en présence de deux témoins, les portes étant demeurées ouvertes ainsi que mentionné sur l'acte de mariage (...)* ». La publicité de la cérémonie est rendue possible par l'ouverture des portes du lieu dans lequel le mariage est célébré ainsi que par la présence des témoins. Cette dernière obligation peut d'ailleurs apparaître anachronique. Les témoins sont censés attester de l'identité des époux. Ils sont aussi les premiers témoins du mariage, ils doivent alors répandre la nouvelle de l'union, témoigner de son existence. À l'heure des nouvelles technologies, ce rôle de propagation du mariage semble anachronique notamment en raison du développement des réseaux sociaux et de l'information. En outre, leur rôle de confirmation de l'identité des époux semble dépourvu d'intérêt notamment en raison de la sécurisation de l'état civil et de l'audition des futurs époux. Enfin, un dernier rôle leur était généralement attribué. Ils pouvaient confirmer la possession d'état d'époux en cas de perte ou de vol des registres de l'état civil. Cependant, la sécurisation de ces derniers laisse penser que ce rôle est désuet. En définitive, la présence des témoins renvoie à la tradition qui ne présente plus réellement d'utilité.

⁴⁴³ L'article 146-1 du Code civil pose le principe de la présence des deux époux en cas de mariage d'un Français. À première vue, c'est une condition de forme, mais le juge l'a transformée en condition de fond. Cass. civ. 1^{re}, 15 juil. 1999, n° 99-10.269, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *Defrénois* 2000, p. 103, obs. J. MASSIP ; *D.* 2000, p. 414, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Rev. crit. DIP* 2000, p. 207, note L. GANNAGÉ.

⁴⁴⁴ Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC. La Cour EDH veille aussi au respect du principe de la liberté du mariage. Cour EDH, 14 déc. 2010, *O'Donoghue et al. c. Royaume-Uni*, n° 34848/07.

Depuis quelques années, le rythme de ces lois s'accélère. Le premier alinéa de l'article 202-1 du Code civil⁴⁴⁵ exige des époux, quelle que soit leur loi personnelle, un consentement intègre. Par conséquent, la conception française du consentement s'impose aux époux, y compris si leur loi nationale est profondément différente. Si cet article marque le souhait de lutter contre les mariages forcés⁴⁴⁶, la référence à l'article 146 du Code civil permet aussi de s'assurer de l'intégrité de l'intention conjugale⁴⁴⁷. Cette négation des lois personnelles, en totale contradiction avec la jurisprudence⁴⁴⁸, a été critiquée par la doctrine⁴⁴⁹. La vision française du consentement à mariage et de l'intention matrimoniale est imposée aux époux présentant un lien d'extranéité. Ainsi, si les mariages de raison sont tolérés par les lois personnelles des époux, ils ne pourront pas être célébrés en France en raison de la violation de cet article. Le mécanisme prévu au premier alinéa de l'article 220-1 du Code civil n'a plus seulement trait à l'existence du consentement, mais à la qualité de celui-ci. Le législateur impose en effet un consentement qui correspond à la conception qu'il se fait de celui-ci.

Tous les mariages naturalisants ne connaissent pas le même sort. Lorsque les époux consentent au mariage pour que l'un d'eux obtienne la nationalité française, le mariage est valable

⁴⁴⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253. Par cette loi, le consentement devient une condition régie par la loi personnelle des époux. L'article a été réécrit par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* 5 août 2014, p. 12949 ; A.-M. LEROYER, « Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RTD civ.* 2014, p. 947 ; H. FULCHIRON, « Règles de conflits de lois et lutte contre les mariages forcés. Qui mal embrasse trop étroit », *JCP G* 2015, doct. 171 ; S. GODECHOT-PATRIS, « Abandon de la méthode conflictuelle pour apprécier la réalité de l'intention matrimoniale », *RJPF* 2014, n° 11, p. 30 ; Fr. MONÉGER, « Consentement au mariage et intention matrimoniale et "mariages gris" », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, Lexisnexis, 2017, p. 311.

⁴⁴⁶ V. aussi *supra* n°s 146 et s.

⁴⁴⁷ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016, n° 15-14.666, non publié, *Dr. fam.* 2016, comm. n° 191, note. M. FARGE ; *D.* 2017, p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 668, note É. RALSER.

⁴⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n°s 10-16.482 et 09-71.992, *Bull. civ. I*, n°s 100 et 101 ; *D.* 2011, p. 1618, obs. I. GALLMEISTER ; Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-16.507, non publié, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 139, note M. FARGE. La jurisprudence considérait que le consentement relevait de la loi personnelle des époux.

⁴⁴⁹ La méthode utilisée par le législateur a d'ailleurs été largement critiquée. Au vu des travaux parlementaires, il s'agirait d'une exception d'ordre public. Cependant, cette affirmation est erronée, car le mécanisme de l'exception d'ordre public nécessite d'explorer le contenu de la loi étrangère, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence puisque celle-ci est écartée *ab initio*. Pour une vive critique de cette méthode législative : H. FULCHIRON, « Règles de conflits de lois et lutte contre les mariages forcés. Qui mal embrasse trop étroit », *JCP G* 2015, doct. 171. Pour une critique moins virulente : M. FARGE, « La confusion des méthodes de règlements d'un conflit de lois », in *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 349, n°s 15 et s. ; Fr. MONÉGER, « Consentement au mariage et intention matrimoniale et "mariages gris" », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, Lexisnexis, 2017, p. 311. Les auteurs ont d'ailleurs essayé d'identifier la méthode utilisée, sans jamais vraiment y parvenir.

dès lors que le consentement donné n'est pas vide d'intention conjugale. De la même manière qu'en matière de recherche d'effets patrimoniaux, les juges devront rechercher dans la vie commune des époux des indices de l'absence d'intention conjugale. Au premier rang desquels se trouvent la communauté de vie et la cohabitation⁴⁵⁰. En revanche, le mariage risque la nullité si les époux ont consenti au mariage à des fins uniquement migratoires, car en ce cas le consentement est dépourvu de toute intention matrimoniale.

118. Transition. Bien qu'elle soit parfois difficile à appréhender, l'intention conjugale est une donnée importante du droit du mariage puisqu'elle révèle l'intégrité du consentement. En revanche, aucune règle spécifique au Pacs ne traite du consentement ou de l'intention conjugale. Il est par conséquent nécessaire de se référer au droit commun des contrats.

B. L'exigence d'un consentement intègre dans le Pacs

119. L'obligation de recourir au droit commun des contrats. Le consentement des partenaires, de la même manière que celui des époux, doit présenter une certaine qualité. À l'instar du mariage, la conclusion du Pacs est le fruit non seulement de la volonté de vivre ensemble, mais aussi du souhait de se soumettre aux devoirs nés du Pacs comme la vie commune, l'assistance et la contribution aux charges du ménage. Par conséquent, un raisonnement analogue à celui du mariage⁴⁵¹ peut être mené afin de protéger le Pacs des personnes dépourvues d'intention conjugale, guidées uniquement par le souhait d'obtenir l'un des avantages nés du Pacs⁴⁵² sans vouloir se soumettre aux devoirs inhérents à ce mode de conjugalité.

120. L'utilisation du droit commun des contrats et de la fausse cause. L'absence de dispositions semblables à celle de l'article 146 du Code civil conduit à se tourner vers le droit commun des contrats pour apprécier l'existence de l'intention pacsimoniale. Or, le Code civil n'envisage le consentement que par le vice de violence⁴⁵³, le dol ou l'erreur⁴⁵⁴. Si ces articles

⁴⁵⁰ V. par ex. CA Aix-en-Provence, 27 juin 2007, *Juris-Data* n° 2007-340499 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2013, n° 12-12.910, non publié.

⁴⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15.606, *Bull. civ. I*, n° 267. V. *supra* n° 115.

⁴⁵² À titre d'exemple, on peut citer les fonctionnaires souhaitant obtenir des mutations ou des rapprochements plus facilement (art. 60, Loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* 12 janv. 1984, p. 271), les personnes voulant bénéficier d'un titre de séjour ou encore les individus souhaitant bénéficier de la gratuité des droits de mutation (art. 796 O bis CGI).

⁴⁵³ Art. 1137 C. civ.

⁴⁵⁴ Art. 1133 C. civ.

protègent l'un des contractants contre les agissements de l'autre, ils n'ont pas à vocation à défendre le Pacs contre les agissements des partenaires. De sorte que l'on pourrait imaginer que certains d'entre eux l'utilisent pour obtenir des avantages liés à ce mode de conjugalité, sans être liés par une véritable intention conjugale. Il y aurait alors un « *détournement d'institution* »⁴⁵⁵.

La cause, et plus précisément la fausse cause, offre toutefois une alternative intéressante pour contrôler la réalité de l'intention pacsimoniale⁴⁵⁶. En effet, l'ancien article 1131 du Code civil ne faisait produire aucun effet à un contrat contenant une fausse cause. Appliqué au Pacs, ce dispositif permet au partenaire de bonne foi de demander la nullité lorsque celui-ci « *croyait à la réalité de la cause qui, en fait, n'existait pas* »⁴⁵⁷. L'utilisation de la cause permet alors de s'intéresser au mobile direct qui motive les parties à contracter, mais aussi aux mobiles plus lointains.

Bien que la notion de la cause tant subjective qu'objective⁴⁵⁸ ait disparu au profit du contenu⁴⁵⁹ et de la contrepartie⁴⁶⁰, la situation demeure proche de celle qu'elle était avant la réforme du droit des obligations du 10 février 2016⁴⁶¹. En effet, ces nouvelles notions protègent à la fois le cocontractant, en vérifiant que la contrepartie n'est pas illusoire ou dérisoire, et la société en s'assurant de la licéité du contenu du contrat.

Toutefois, le recours au droit commun montre ses limites puisque les juges sont réticents à examiner les mobiles déterminants des parties. En effet si en matière contractuelle, « *un contrôle général sur ce plan [la recherche des mobiles subjectifs] pourrait conduire de fil en aiguille à faire disparaître la liberté individuelle* »⁴⁶², ce contrôle est nécessaire en matière de Pacs en raison des effets qu'il déploie. C'est pourquoi il apparaît indispensable de sonder l'intention pacsimoniale en recherchant les mobiles subjectifs qui ont poussé les parties à contracter. Ainsi à l'instar du

⁴⁵⁵ D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 237.

⁴⁵⁶ En ce sens, X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012, p. 70.

⁴⁵⁷ J.-R. BINET, « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004, p. 655, n° 10.

⁴⁵⁸ La disparition de la cause n'a pas pour autant fait disparaître ses fonctions. Ces dernières ont été conservées.

⁴⁵⁹ Art. 1162 C. civ. Pour une critique de l'utilisation de ce terme qui paraît trop imprécis, M. FABRE-MAGNAN, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 639.

⁴⁶⁰ Art. 1169 C. civ.

⁴⁶¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁴⁶² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2014, n° 187.

mariage, le respect par les partenaires des devoirs nés du Pacs constitue un indice important, mais insuffisant, pour s'assurer de l'existence de l'intention pacsimoniale.

L'étude d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 mars 2017⁴⁶³ montre l'insuffisance de cette démarche. La Cour de cassation a cassé un arrêt d'appel qui refusait d'autoriser un majeur sous curatelle renforcée à conclure un Pacs avec une personne avec qui il présentait, outre une différence d'âge importante, un lien quasi filial. Afin de rendre cette décision, les juges de la Cour de cassation constatent l'existence d'une vie commune entre les intéressés depuis au moins vingt-quatre ans et l'absence d'empêchement légal à la conclusion de ce Pacs. En se bornant à constater cette vie commune, les juges ne recherchent pas la finalité de cette vie commune. Ils n'étudient pas les mobiles déterminants des partenaires et par conséquent ils se désintéressent de la finalité du Pacs qui est de former un lien de couple entre deux individus. Or, les moyens annexés mettaient en évidence que le Pacs avait été conclu dans le but de profiter de la gratuité des droits de mutation au jour de la succession⁴⁶⁴. Dans cet arrêt, on s'aperçoit que l'examen de la réalité de l'intention conjugale seulement par le prisme de l'existence de la vie commune est impossible. Le simple fait d'avoir l'apparence d'un couple, de vivre comme un couple ne devrait pas suffire à le créer.

121. La création d'un article commun aux couples déclarés relatif à l'intégrité du consentement. Afin d'empêcher le détournement du Pacs notamment à des fins successorales comme dans l'arrêt du 8 mars 2017, l'intention conjugale des partenaires ne doit plus être étudiée au prisme du droit commun des contrats.

Par conséquent, l'insertion d'un article propre au consentement en matière de Pacs, voire la création d'un article ayant trait au consentement conjugal, apporterait une certaine cohésion en dotant le droit de la famille d'une règle unique en matière d'intégrité du consentement.

Outre le fait de détacher le Pacs de la sphère contractuelle et d'uniformiser la question du contrôle de l'intention conjugale, les délais de prescription s'en trouveraient harmonisés. Ce faisant, le législateur mettrait fin à une situation guère satisfaisante dans laquelle l'action en nullité

⁴⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, non publié, *D.* 2017, p. 1292, obs. M. SAULIER ; *Dr. fam.* 2017, comm. n° 91, note S. DUMAS-LAVENAC ;

⁴⁶⁴ Art. 796-0 bis CGI. Sur cette question v. *infra* n° 585.

pour défaut de consentement connaît une prescription trentenaire à compter de la célébration du mariage⁴⁶⁵ et une prescription quinquennale entre les partenaires. Le souci d'harmonisation commande donc de mettre en place une action unique qui se prescrit par trente ans à compter de l'enregistrement du Pacs ou de la célébration du mariage. Le choix de la prescription trentenaire n'est pas anodin puisque l'allongement du délai de prescription de l'action en nullité traduit le désir de renforcer la lutte contre le détournement du Pacs. En effet, au vu des effets attachés à ce mode de conjugalité, la loi doit faire obstacle aux agissements des partenaires qui le détourneraient de sa finalité⁴⁶⁶.

Une telle initiative présenterait aussi le mérite de créer une action en nullité dont la nature ne varierait pas selon le mode de conjugalité. En effet, à ce jour, le système recèle une certaine incohérence puisque la nullité dans le mariage est absolue alors qu'elle est relative en matière de Pacs. Les effets du Pacs sont certes moindres, toutefois tout intéressé, notamment le ministère public, devrait pouvoir intenter une action contre une union dépourvue d'intention conjugale.

122. Transition. L'exigence d'un consentement intègre des membres des couples déclarés est une nécessité afin de préserver le mariage et le Pacs des fraudeurs. Pour les concubins, la question de l'intégrité du consentement des concubins à leur relation conjugale est intrigante.

C. L'exigence d'un consentement intègre dans le concubinage

123. La pureté du consentement des concubins. Contrairement aux autres modes de conjugalité, aucun regard n'est porté sur le consentement des concubins. En raison de la faiblesse des effets du concubinage, notamment en matière de succession, de fiscalité et de nationalité qui sont les domaines de prédilection des fraudes, la pureté de leur consentement ne semble faire aucun doute.

⁴⁶⁵ Art. 184 C. civ.

⁴⁶⁶ En ce sens, *D.* 2017, p. 1292, obs. M. SAULIER.

En effet, malgré l'existence de certains droits en matière de logement⁴⁶⁷, de prestations sociales⁴⁶⁸, de titre de séjour⁴⁶⁹, ces avantages acquis grâce à leur relation paraissent minces comparés à la « *déchéance de droits* »⁴⁷⁰ dont les concubins peuvent faire l'objet. En effet, le concubinage entraîne la suppression de la pension de réversion⁴⁷¹, de la pension alimentaire⁴⁷², de l'allocation de soutien familial⁴⁷³ ou du revenu de solidarité active si celui-ci était versé au titre de parent isolé⁴⁷⁴. Dans le même ordre d'idée, le concubinage provoque la perte ou la diminution de la prestation compensatoire⁴⁷⁵ et de l'aide juridictionnelle⁴⁷⁶. Bien que cette liste ne soit pas exhaustive, les avantages procurés par la situation de concubinage apparaissent minces au vu des avantages qu'ils peuvent perdre. C'est pourquoi le législateur est indifférent à la question de l'intégrité du consentement conjugal.

124. L'extension de l'exigence d'un consentement intègre aux concubins. À ce jour, une véritable hiérarchie est mise en place. En effet, plus les effets liés aux modes de conjugalité sont nombreux, plus le contrôle de l'existence de l'intention conjugale est important. Néanmoins, cette absence de contrôle de l'existence de l'intention conjugale des concubins n'apparaît pas opportune, car certains individus pourraient vivre une relation de concubinage uniquement dans le but d'obtenir un des avantages réservés aux concubins. C'est pourquoi les concubins, à l'instar des partenaires et des époux, doivent être mus par une véritable intention conjugale, un consentement intègre à la relation conjugale. Bien qu'il soit impossible d'imposer des devoirs aux concubins, il

⁴⁶⁷ Au titre des droits sur le logement, on peut citer l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 (la loi n° 89-462 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* 8 juillet 1989, p. 8541) qui permet au concubin de bénéficier de la continuation ou du transfert du bail en cas d'abandon du logement par le locataire initial et du décès de ce dernier. Sur ce point, v. *infra* n°s 412 et s. On peut aussi penser à l'article 15 de cette même loi qui permet au propriétaire de donner congé à son locataire, lorsqu'il souhaite reprendre le local à son profit ou au profit de son concubin.

⁴⁶⁸ S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. civ. Dalloz*, V° Concubinage, n° 71.

⁴⁶⁹ L. 313-11, 7° CESEDA ; CE, 24 févr. 2006, n° 257927, *Iswahyudi*.

⁴⁷⁰ S. BEN HADJ YAHIA, *op. cit.*, n°s 129 et s.

⁴⁷¹ S. BEN HADJ YAHIA, *op. cit.*, n° 130 ; CE 30 déc. 2002, req. n° 230456.

⁴⁷² Dans le cas d'une prestation alimentaire versée à l'épouse à la suite d'un divorce pour rupture de la vie commune (lorsque le divorce a été prononcé avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004), le concubinage du créancier de la prestation met fin au versement de la pension alimentaire. Cass. civ. 1^{re}, 1 juil. 2009, n° 08-16.636, *Bull. civ. I*, n° 144.

⁴⁷³ Art. L. 523-2 al. 2 CSS

⁴⁷⁴ Art. L. 262-4 et 262-8 CASF

⁴⁷⁵ Art. 276-3 C. civ. ; Cass. civ. 1^{re}, 25 avr. 2006, n° 05-16.345, *Bull. civ. I*, n° 198.

⁴⁷⁶ Art. 5 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridictionnelle (Loi n° 91-647, *JORF* 31 juil. 1991, p. 9170).

est en revanche envisageable d'apprécier *a posteriori* l'existence de l'intention conjugale. Une fois saisis, les juges pourraient apprécier les mobiles déterminants des concubins.

L'opportunité de la mise en place d'une telle exigence à l'égard des concubins prête cependant à débat. Si les juges constatent *a posteriori* l'absence de consentement intègre, la sanction apparaît impossible, car la nullité, comme l'inopposabilité, la résolution ou encore la résiliation qui sont des sanctions propres aux actes juridiques ne peuvent pas s'appliquer au concubinage qui demeure une situation de fait.

En définitive, un article commun relatif au consentement dans le couple pourrait être introduit : « *il n'y a pas de couple, lorsqu'il n'y a point de consentement* »⁴⁷⁷. Toutefois, il ne présenterait de véritable intérêt qu'à l'égard des couples déclarés.

125. Transition. Le consentement conjugal nécessaire à la caractérisation du couple nécessite une intention conjugale désintéressée ou plus exactement une intention conjugale qui ne se limite pas seulement à l'obtention de certains avantages procurés par le mariage ou par le Pacs. S'il est certain que l'entrée dans un mode de conjugalité déclaré est, pour partie, guidée par des considérations d'ordre patrimonial et fiscal, l'intention conjugale ne doit pas se résumer à ces aspects.

L'intégrité du consentement, aussi importante soit-elle, est insuffisante à la caractérisation d'une véritable intention matrimoniale. Pour ce faire, le consentement doit être libre, donné en toute connaissance de cause. Cette exigence a cette fois pour objectif non de protéger le mode de conjugalité, mais les membres du couple.

§2. L'exigence d'un consentement lucide et libre

126. Annonce de plan. Dans ce domaine, une similitude de façade apparaît. En cas de violence ou d'erreur, l'ombre de la nullité pèse aussi bien sur le mariage⁴⁷⁸ que sur le Pacs⁴⁷⁹. À première vue, la protection est uniforme puisque la partie abusée ou violentée dispose d'une action en nullité en cas de violence ou d'erreur sur la personne.

⁴⁷⁷ Dans le même sens, mais limité aux couples déclarés, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 40.

⁴⁷⁸ Art. 180 C. civ.

⁴⁷⁹ En cas d'erreur sur la personne, il est nécessaire de se référer aux articles 1132 et suivant du Code civil. Pour le vice de violence, il convient de se fonder sur l'article 1140 du Code civil.

Si l'erreur semble connaître un traitement identique en matière de Pacs et de mariage (A), l'étude croisée du vice de violence dans le mariage et le Pacs laisse apparaître des différences notables qui empêchent l'identification d'un consentement conjugal harmonisé (B).

A. L'exigence harmonisée en matière d'erreur

127. Annonce de plan. L'article 1134 du Code civil tel qu'il est issu de l'ordonnance du 10 février 2016 semble être le pendant de l'article 180 du Code civil puisqu'il sanctionne l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant⁴⁸⁰.

En effet, l'étude de l'erreur sur la personne dans les modes de conjugalité déclarés révèle une convergence tant sur la forme que sur le fond. Outre le fait que les expressions empruntent le même champ lexical, leur traitement jurisprudentiel semble identique puisque les juges abordent l'erreur en matière conjugale en mêlant les appréciations objective et subjective de l'erreur (1).

Par ailleurs, la crainte de voir fleurir les demandes en nullité les plus fantaisistes conduit à écarter la nullité pour dol dans le mariage. Bien que le droit commun des contrats sanctionne le dol, le Pacs ne semble pas être un terrain propice à ce genre d'action. De sorte que la nullité pour dol semble incompatible avec la relation conjugale (2).

Les concubins, quant à eux, sont mis à l'écart en la matière, car le concubinage demeure un fait juridique auquel les vices du consentement ne peuvent pas être appliqués. La situation est cependant différente lorsque les concubins organisent leur relation de couple par un contrat. Dans ce cas, les règles relatives aux vices du consentement doivent être appliquées de la même manière que les époux ou les partenaires.

⁴⁸⁰ Bien avant la réforme et presque unanimement, la doctrine faisait référence aux qualités essentielles. V. par ex., Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 11^e éd., 2014, n° 179 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2014, n° 77 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013, n° 1181. V. déjà, G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Essai de lecture d'un titre du Code*, Les Cours de droit, 1977, n° 65. L'auteur recommandait déjà d'utiliser, à l'instar du mariage, le terme "essentiel" en matière d'erreur sur les qualités de la chose ou de la personne.

1. L'appréciation objective et subjective de l'erreur dans la conjugalité

128. Annonce de plan. Dans le droit de la conjugalité, l'erreur fait l'objet d'une approche à la fois objective et subjective⁴⁸¹. Cette affirmation certaine pour les époux (a) prête davantage à débat pour les partenaires (b).

a. L'erreur dans le mariage

129. La conception restrictive de l'erreur. L'erreur sur la personne dans le droit du mariage a été abordée de manière extrêmement restrictive par les codificateurs⁴⁸². Pothier, source d'inspiration pour les rédacteurs du Code civil, retenait comme cause de nullité uniquement l'erreur sur la personne. Au contraire « *lorsque l'erreur ne tombe que sur la qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable* »⁴⁸³. Or, de nos jours, ce type d'erreur est difficilement concevable.

Peu à peu, un clivage est apparu entre la Cour de cassation, qui privilégiait une approche restrictive de l'erreur en conformité avec la lettre du texte, et les juges du fond qui optaient, le plus souvent, pour une interprétation extensive des erreurs sur les qualités des époux⁴⁸⁴. Le point d'orgue de cette opposition a été atteint à l'occasion de l'arrêt *Berthon* du 24 avril 1862 dans lequel la Cour de cassation refuse d'annuler un mariage dans lequel l'époux avait dissimulé son passé de forçat à son épouse⁴⁸⁵.

Bien que la Cour de cassation ait rendu sa décision en sa formation la plus solennelle, une partie des juges du fond a opposé une résistance en continuant à prononcer la nullité des mariages en raison de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne⁴⁸⁶. De prime abord opposées la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Berthon* et la position des juridictions

⁴⁸¹ En ce sens, v. J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse Bordeaux I, 1984, n^{os} 477 et 478.

⁴⁸² Pour une présentation avant la rédaction du Code civil, POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. 5, Bechet Ainé par M. DUPIN, 1825, n^{os} 309 et s. V. aussi, J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Éditions du Cerf, 1987, pp. 184-185.

⁴⁸³ POTHIER, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. 5, Bechet Ainé par M. DUPIN, 1825, n^o 310.

⁴⁸⁴ En ce sens, Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n^o 182, spéc. p. 129 ; G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215, spéc. p. 217.

⁴⁸⁵ Ch. réun., 24 avr. 1862, *Dame Berthon c. Berthon*, GAJC n^o 33.

⁴⁸⁶ Pour des exemples jurisprudentiels, v. J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993, n^o 256.

inférieures pouvaient coexister tant que l'erreur portait sur l'honorabilité ou sur la situation de famille, car ces hypothèses portant sur l'état de la personne se rapprochaient d'une erreur sur son identité civile⁴⁸⁷.

130. La subjectivisation de l'erreur par la loi du 11 juillet 1975. La coexistence des interprétations est cependant devenue impossible dès lors que la nullité a été prononcée en raison de la santé mentale d'un époux⁴⁸⁸ ou de son impuissance⁴⁸⁹. Le cadre de l'erreur sur l'identité civile a alors été dépassé si bien qu'une réécriture de l'article 180 du Code civil s'imposait. Elle est finalement intervenue le 11 juillet 1975⁴⁹⁰. À cette occasion, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne a remplacé l'erreur sur la personne, la première englobant la seconde.

L'introduction de ces qualités essentielles dans le mariage marque une subjectivisation de l'erreur⁴⁹¹. Cette dernière peut par exemple sur la santé du conjoint, tant du point de vue physique⁴⁹², mental⁴⁹³ ou physiologique⁴⁹⁴ ou sur son honorabilité⁴⁹⁵. Quoi qu'il en soit, cette subjectivisation marque un réel rapprochement entre l'erreur dans le droit du mariage et l'erreur dans le droit des contrats⁴⁹⁶.

131. Une appréciation à la fois objective et subjective de l'erreur sur les qualités essentielles. La crainte des demandes en nullité les plus fantaisistes⁴⁹⁷ invite à se méfier de l'approche purement subjective de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Seules les

⁴⁸⁷ En ce sens, J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *ibidem*.

⁴⁸⁸ V. par ex., CA Paris, 31 janv. 1967 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 72-13.326, *Bull. civ. I*, n° 42. La Cour de cassation admet, en creux, l'erreur en raison de la santé mentale du conjoint, mais elle rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de cour d'appel qui refusait de prononcer la nullité.

⁴⁸⁹ V. par ex. Trib. Civ. Grenoble, 13 mars et 20 nov. 1958.

⁴⁹⁰ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

⁴⁹¹ V. *infra* n° 131

⁴⁹² TGI Dinan, 4 avr. 2006.

⁴⁹³ CA Rouen, 6 mars 2008, *Juris-Data* n° 2008-359226.

⁴⁹⁴ TGI Paris, 12 janv. et 1^{er} juin 1982, *RTD civ.* 1983, p. 328, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

⁴⁹⁵ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 174.

⁴⁹⁶ En ce sens, J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993, n° 258.

⁴⁹⁷ TGI Avranches, 10 juil. 1973, *D.* 1974, jurispr., p. 174, note P. GUIHO. L'auteur montre les dangers d'une appréciation uniquement subjective qui pourrait conduire à prononcer la nullité du mariage en raison d'un défaut de caractère qu'il ignorait avant la célébration. V. aussi, la demande de nullité demandée et accordée en raison de l'absence de virginité de l'épouse. TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *D.* 2008, p. 1389, obs. P. LABBÉE ; *JCP G* 2008. II. 10 122, note G. RAOUL-CORMEIL.

plaintes légitimes des époux ont vocation à entraîner la nullité du mariage sur ce fondement⁴⁹⁸. Ainsi, la virginité de l'épouse n'est pas considérée comme une qualité essentielle de la personne⁴⁹⁹. Si elle peut apparaître essentielle pour l'époux, elle ne l'est pas pour les juges qui, pour apprécier le caractère essentiel de la qualité, procèdent à une analyse à la fois subjective et objective.

Le caractère déterminant de l'erreur procède d'une approche sociologique dans laquelle « [le juge], *sans souci de la pensée individuelle du conjoint se demande si la qualité en cause eût fait obstacle au mariage de la part de toute personne placée dans les mêmes conditions* »⁵⁰⁰. L'approche sociologique est en réalité une approche subjective où l'interprétation est faite *in abstracto*, car c'est « *la conscience populaire qui détermine ce que sont les qualités essentielles d'un futur époux* »⁵⁰¹. « *Une erreur serait jugée indifférente dès lors qu'elle porterait sur des qualités purement physiques ou morales, dans lesquelles la conscience populaire refuse de voir des causes possibles de nullité. La théorie psychologique est alors cantonnée par un critère sociologique qui, d'accessoire, peut devenir principal* »⁵⁰².

En outre, l'arrêt de la cour d'appel de Douai du 17 novembre 2008 relatif à la virginité de l'épouse précise qu'est considérée comme essentielle une qualité dont l'absence aurait une incidence sur la vie matrimoniale. En l'occurrence, pour les juges d'appel, l'absence de virginité de l'épouse n'a aucune répercussion sur le mariage si bien qu'elle ne peut pas être considérée comme une qualité essentielle.

132. Le rejet des conceptions purement subjective et objective. L'approche à la fois subjective et objective de l'erreur sur les qualités essentielles place le curseur entre l'approche purement subjective et l'approche purement objective.

⁴⁹⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 353.

⁴⁹⁹ CA Douai, 17 nov. 2008, *JurisData* n° 2208-371528 ; *D.* 2008, p. 2938, note V. ÉGÉA ; *Dr. fam.* 2008, comm. n° 167, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. V. aussi, J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 222, 1993, n°s 1074 et s. L'auteur montre qu'autrefois la virginité de la femme était liée au mariage, ce qui d'ailleurs expliquait la jeunesse des épouses comparée à l'âge des époux. Toutefois au fil du temps, la virginité n'est plus entrée dans le champ des qualités essentielles. L'égalité entre les hommes et les femmes expliquent en partie cette disparition.

⁵⁰⁰ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 174.

⁵⁰¹ Ph. MALAURIE, « Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », *JCP G* 2008, act. 440.

⁵⁰² G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215, spéc. p. 220.

L'approche purement subjective des qualités essentielles résulte de l'analyse conventionnelle du mariage⁵⁰³ dans laquelle les parties introduisent les qualités qu'ils souhaitent. Il s'agit alors d'un mariage sur mesure dans lequel l'ordre public s'efface progressivement. Si une telle solution n'est pas envisageable en raison de la particularité de cette union, ciment de la société, l'erreur doit toutefois avoir été déterminante du consentement du conjoint. Si tel n'est pas le cas, la nullité ne peut pas être prononcée⁵⁰⁴. Ainsi, on considère que l'approche subjective est nécessaire, mais qu'elle n'est pas suffisante.

À l'opposé de l'approche subjective, on retrouve l'approche purement objective. Puisque les devoirs, les droits et les conditions de formation et de dissolution sont identiques pour tous, les qualités essentielles devraient être les mêmes pour tous. La modulation de l'erreur en fonction des qualités attendues par les époux n'a donc pas lieu d'être⁵⁰⁵. Le retour à l'objectivation des qualités essentielles, prôné par M. le Professeur RAYMOND, en 1965, n'a pas été suivi d'effet puisque la réforme du divorce du 11 juillet 1975⁵⁰⁶ a pris le contrepied de cette proposition, en consacrant une approche mixte.

En effet, l'appréciation de l'erreur mélange les approches objective et subjective de l'erreur. Cette dernière est appréciée « *in concreto et in abstracto* »⁵⁰⁷. De sorte que l'erreur doit être déterminante pour l'individu qui donne son consentement, mais elle doit aussi porter sur une qualité objectivement essentielle. Cette interprétation conduit parfois à des décisions étonnantes notamment lorsque l'un des époux demande la nullité du mariage en raison de l'existence d'une relation extra-conjugale antérieure au mariage.

Ainsi, dans une affaire où le mari avait dissimulé à sa future épouse, jusqu'au soir du mariage, la relation qu'il entretenait avec une femme mariée, depuis bientôt sept ans, la Cour de cassation, le 13 décembre 2005, rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2001 qui refusait la demande d'annulation du mariage formée par l'épouse⁵⁰⁸. La

⁵⁰³ *RTD civ.* 2009, p. 98, obs. J. HAUSER.

⁵⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 15-15.081, non publié, *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *JCP G* 2016, doct. 992, note A. GOUTTENOIRE.

⁵⁰⁵ G. RAYMOND, *Le consentement des époux au mariage. Étude de droit positif français*. préf. G. CORNU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. LXII, 1965, spéc. p. 147.

⁵⁰⁶ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

⁵⁰⁷ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 183.

⁵⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n° 02-21.259, *Bull. civ. I*, n° 495.

motivation de la Cour de cassation relativement détaillée est contestable. Elle décide qu'« *il n'était pas démontré qu'il ait eu l'intention de poursuivre cette liaison après son mariage, en dépit des allégations malveillantes de cette personne sur la persistance de leur relation jusqu'au jour du mariage* ». Elle poursuit en considérant que « *les convictions religieuses de Mme Y [l'épouse] ne permettaient pas d'établir que celle-ci n'aurait pas contracté mariage si elle avait eu connaissance de cette liaison passée de son mariage dans la mesure où les aspirations de M. X [l'époux] à une union durable n'étaient nullement mises à mal par cette circonstance* ». Par conséquent, il n'y a pas lieu d'annuler ce mariage.

Pourtant les circonstances de l'arrêt n'auguraient pas le rejet de la demande en nullité du mariage. La dissimulation de la relation extra-conjugale conjuguée aux convictions religieuses de la future épouse présageait une autre issue, car la sincérité⁵⁰⁹ et la fidélité apparaissaient déterminantes du consentement de l'épouse. Par conséquent, le critère d'appréciation *in concreto* de l'erreur semblait donc rempli. En effet, le fait pour le futur époux de dissimuler cette relation, pendant un temps aussi long, semble signifier qu'il n'ignorait pas que la fidélité était un élément déterminant pour sa future épouse⁵¹⁰.

Restait donc à prouver le caractère objectivement déterminant de l'erreur. Sur ce point, la solution de la Cour de cassation est surprenante, car l'appréciation objective de l'erreur est faite à la lumière du futur de la relation. Partant, l'infidélité précédant la célébration ne remet pas en question le mariage pour l'avenir. La Haute Cour se laisse convaincre par les juges du fond qui se fondent « *essentiellement sur le fait que la perspective d'une vie commune demeurerait possible en raison des intentions du mari de ne pas poursuivre sa liaison au-delà du mariage* »⁵¹¹. Alors que l'approche classique de la qualité essentielle *in abstracto* conduit à l'annulation du mariage puisque chacun attend de son futur conjoint une once de loyauté ou de sincérité, l'approche ici faite par la Cour de cassation aboutit à une situation diamétralement opposée.

⁵⁰⁹ La jurisprudence est toutefois réticente à considérer que l'erreur sur les sentiments constitue une erreur sur les qualités essentielles, car cela conduit à verser dans un subjectivisme trop important. En ce sens, *D.* 2017, p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016.

⁵¹⁰ Sur ce point, *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU.

⁵¹¹ *D.* 2006, p. 1414, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU.

En réalité, de ce renvoi à la future vie du couple marié se dégage une nouvelle condition de mise en œuvre de l'erreur sur les qualités essentielles. Outre le fait que l'erreur doit porter sur une qualité subjectivement et objectivement essentielle, elle doit nuire à la future vie du couple marié.

Une telle argumentation semble satisfaire les juges du fond qui régulièrement étudient les qualités essentielles au regard des effets du mariage⁵¹² et plus particulièrement des devoirs de fidélité⁵¹³ ou du devoir conjugal⁵¹⁴. Ainsi, l'activité d'*escort-girl*⁵¹⁵ ou de prostitution⁵¹⁶ de l'épouse, ignorée du mari, poursuivie pendant le mariage, conduit à l'annulation du mariage. Il en va de même de la relation concomitante que le mari entretient sans avoir l'intention d'y mettre un terme⁵¹⁷. Toutes les fois que l'exécution des devoirs du mariage est rendue impossible par le comportement d'un époux, la nullité est prononcée. *A contrario* et conformément à la solution dégagée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 13 décembre 2005, dès lors que le comportement répréhensible s'arrête avant la célébration, les risques de porter atteinte aux devoirs du mariage sont limités si bien que la nullité n'est pas prononcée⁵¹⁸.

En définitive, les juges se fondent aussi sur le contenu du mariage pour apprécier l'erreur sur les qualités essentielles⁵¹⁹. Bien que le sentiment de trahison ressenti par le conjoint occupe une place importante dans ces décisions, il n'apparaît pas décisif.

133. Critique de cette nouvelle approche de l'erreur. Ces raisonnements ne sont pas exempts de tout reproche puisqu'ils créent une confusion entre une qualité exigée avant la conclusion du mariage et l'effet du mariage. En effet, la Cour de cassation apprécie l'opportunité

⁵¹² V. par ex., CA Douai, 17 nov. 2008, *Juris-Data* n° 2208-371528. La virginité n'est pas une qualité essentielle, car l'absence de virginité n'a aucune répercussion sur la future vie du couple.

⁵¹³ CA Lyon, 17 oct. 2011, *Juris-Data* n° 2011-022101. Les faits de cet arrêt sont similaires à ceux de la décision rendue par la Cour de cassation le 13 décembre 2005.

⁵¹⁴ CA Agen, 4 juil. 2006. La Cour d'appel rend un arrêt selon lequel le fait de cacher sa séropositivité à son conjoint n'est pas constitutif d'une erreur, car cette maladie n'empêche pas l'exécution du devoir conjugal.

⁵¹⁵ CA Nîmes, 8 févr. 2012, *Juris-Data* n° 2012-004040 ; *JCP G* 2012, n° 13, obs. P.-J. DELAGE ; *AJ fam.* 2012, p. 151, obs. B. DE BOYSSON.

⁵¹⁶ TGI Paris, 13 févr. 2001, *Juris-Data* n° 2001-151265 ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 1, note H. LÉCUYER.

⁵¹⁷ CA Rennes, 11 déc. 2000, *Juris-Data* n° 2000-136475 ; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 67, note H. LÉCUYER. V. déjà, TGI Le Mans, 7 déc. 1971, *JCP G* 1986. II. 20 573, note J.-J. LEMOULAND.

⁵¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, n° 03-20.471, non publié, *JCP G* 2006. II. 10 140, note S. BEN HADJ YAHIA ; CA Paris, 20 déc. 2001, *Juris-Data* n° 2001-162552 ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 40, note H. LÉCUYER.

⁵¹⁹ *JCP G* 1986. II. 20 573, note J.-J. LEMOULAND. Le commentateur estimait que l'on pourrait qualifier d'essentiel « *sinon le sentiment au sens large du terme, du moins l'intention de réaliser le cadre qu'impose la loi et tout particulièrement, une communauté de vie... fidèle* ». Son intuition semble aujourd'hui se vérifier. V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-15.520, non publié.

de la nullité, sanction propre à l'absence d'une condition de formation, au regard des effets du mariage.

En outre, le fait de lier l'erreur sur la personne et les devoirs nés du mode de conjugalité entraîne une différence d'appréciation selon que le juge se trouve face à un mariage ou à un Pacs. En effet, plus les devoirs sont nombreux, plus l'éventail des erreurs sur la personne est large. Ainsi, les époux étant soumis à davantage de devoirs auront plus de chance d'obtenir la nullité de leur relation qu'un couple de partenaires.

Pourtant, la qualité essentielle ne diffère pas en fonction du mode de conjugalité, mais plutôt en fonction des individus formant le couple. C'est pourquoi l'approche à la fois objective et subjective doit perdurer.

134. Vers un renversement de l'appréciation de l'erreur ? Davantage que l'insertion d'une nouvelle condition relative à la possibilité de vivre la future relation, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 13 décembre 2005⁵²⁰ précédemment étudié⁵²¹, se fonde sur la volonté du mari à vouloir une union durable avec sa future épouse. L'erreur ne semble plus seulement appréciée eu égard aux attentes du conjoint "manipulé", mais aussi en fonction de la volonté de l'auteur du comportement litigieux de se soumettre aux devoirs du mariage. Ainsi, le caractère déterminant de l'erreur est apprécié en considération des attentes de l'époux demandeur en nullité, mais aussi en tenant compte des intentions de l'auteur du mensonge. D'ailleurs dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 décembre 2005, l'intention de l'auteur de la tromperie semble avoir davantage d'importance que les attentes du demandeur en nullité puisqu'une des raisons pour lesquelles le mariage n'est pas annulé est le souhait du mari infidèle de mettre fin à sa relation extra-conjugale dès la célébration du mariage.

Toutefois, l'examen de l'erreur sur la personne doit être centré sur l'époux abusé, car les agissements de son compagnon ont été de nature à vicier son consentement. L'erreur doit donc être étudiée par les juges en fonction du demandeur en nullité, sans pour autant verser dans un excès de subjectivisme, car les qualités essentielles sont aussi appréciées par référence à la conscience

⁵²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n° 02-21.259, *Bull. civ. I*, n° 495.

⁵²¹ V. *supra* n° 132.

collective. Un subjectivisme teinté d'objectivisme semble devoir être remis au cœur de l'appréciation de l'erreur sur les qualités essentielles.

135. Transition. D'une manière générale et malgré la tendance actuelle à tenir compte tant des conséquences de l'erreur sur la future relation matrimoniale, l'erreur dans le mariage continue à faire l'objet d'une approche classique de l'erreur, fondée sur une analyse tant objective que subjective des qualités essentielles⁵²². Une telle conception de l'erreur en matière de Pacs⁵²³ n'est pas évidente, car sa nature contractuelle conduit à ne retenir que l'approche subjective.

b. L'erreur dans le Pacs

136. L'introduction de l'erreur sur les qualités essentielles dans le droit des contrats. Avant la réforme du droit des contrats du 10 février 2016⁵²⁴, l'article 1110 du Code civil faisait référence à l'erreur sur la personne de manière négative. Elle était une cause de nullité uniquement dans les contrats *intuitu personae*⁵²⁵. Malgré le silence des textes à propos des qualités essentielles du cocontractant, la doctrine⁵²⁶ et la jurisprudence⁵²⁷ étudiaient l'erreur sur les qualités essentielles de la personne à l'instar de l'erreur sur la personne, privilégiant ainsi une approche subjective de l'erreur au détriment d'une approche objective.

Depuis la réforme du droit des contrats, le nouvel article 1134 du Code civil consacre l'approche subjective en ne retenant que l'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant⁵²⁸.

⁵²² V. par ex., J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 119, spéc. p. 126 ; V. BONNET, *Droit de la famille*, Larcier, coll. Paradigme, Manuels, 5^e éd., 2015, n° 386 ; Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 183.

⁵²³ Une action en nullité en raison de l'erreur sur les qualités essentielles de son partenaire est plus rare qu'en matière de mariage. En effet en raison de la facilité de rupture du Pacs ainsi que de la relative faiblesse des conséquences de la rupture du Pacs, il semble qu'une personne ait peu d'intérêt à faire annuler un Pacs, à moins que des conséquences patrimoniales importantes se soient produites.

⁵²⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁵²⁵ V. par ex., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 353. V. aussi, Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 1963, n° 61-11.900, *Bull. civ. I*, n° 179.

⁵²⁶ V. par ex., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 353 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 219 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2016, n° 499, spéc. 285.

⁵²⁷ Cass. com., 19 nov. 2003, n° 01-01.859, *Bull. com.*, n° 172.

⁵²⁸ L'erreur a désormais trait aux qualités essentielles et non plus à la substance de la chose. Cette modification de rédaction démontre seulement une évolution de langage qui ne devrait pas avoir d'impact important. En ce sens, Fr. DOURNAUX, « La réforme du vice du consentement », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 57.

La disparition de l'erreur sur la personne *stricto sensu* n'a, cependant, pas de répercussions puisqu'il est depuis longtemps admis que les qualités essentielles englobent aussi l'erreur sur la personne⁵²⁹. L'intervention apparaît alors davantage comme un toilettage à la suite duquel l'erreur est étudiée sous son aspect le plus courant⁵³⁰.

137. Le Pacs éligible à la catégorie des contrats *intuitu personae*. La nouvelle rédaction de l'article 1134 du Code civil lie toujours l'erreur sur les qualités essentielles de la personne aux contrats *intuitu personae*. L'erreur n'est caractérisée que lorsque la personne du cocontractant revêt une importance déterminante⁵³¹. De toute évidence, le Pacs intègre cette catégorie de contrat⁵³². Par conséquent une action en nullité en raison de l'erreur sur les qualités essentielles du partenaire est théoriquement envisageable.

138. La réfutation d'une approche purement subjective. L'erreur en matière contractuelle porte sur les qualités déterminantes et convenues entre les parties. Contrairement au mariage, l'erreur est appréciée de manière purement subjective⁵³³. Ainsi, les cocontractants et par conséquent les partenaires ont le loisir d'incorporer dans le champ contractuel les qualités qu'ils considèrent déterminantes. Ces dernières pourraient alors présenter une infinie variété.

À l'instar du mariage, la crainte des dérives incite à ne pas se satisfaire de l'analyse purement subjective et d'y intégrer une approche objective. En effet, le partenaire n'attend pas de l'autre une compétence, une expérience ou une qualification spécifique, mais la sincérité quant à son engagement conjugal et quant à sa personne. Le Pacs, à l'instar du mariage, ressemble davantage à un modèle institutionnel avec une dimension sociale importante qu'à un contrat de droit privé.

⁵²⁹ V. *supra* n° 130. Il s'agit notamment d'erreur sur l'identité physique de la personne. Cass. civ. 1^{re}, 27 févr. 2007, n° 05-11.603, non publié. V. aussi d'autres exemples, J.-Fr. RENUCCI, « L'identité du cocontractant », *RTD com.* 1993, p. 441, n° 5.

⁵³⁰ La terminologie est héritée de la doctrine qui, avant la réforme et presque unanimement, traitait des qualités essentielles du cocontractant. V. par ex., Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, coll. Manuel, 11^e éd., 2014, n° 179 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2014, n° 77 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013, n° 1181.

⁵³¹ V. par ex., J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 1184.

⁵³² En ce sens, G. RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », *CCC 2000*, chron. n° 14.

⁵³³ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*. préf. Fr. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 327, 2000, n° 338, spéc. p. 283.

C'est pourquoi, malgré l'absence de jurisprudence à ce propos, l'erreur en matière de Pacs doit être calquée sur le mariage plutôt que sur le contrat.

139. La tentation d'une erreur sur les qualités essentielles indépendantes du mode de conjugalité. L'analogie avec l'erreur dans le mariage soulève cependant une interrogation principale, car les juges, en matière de mariage, semblent se fonder sur les devoirs nés de l'union pour apprécier l'existence d'un consentement lucide⁵³⁴. Or, les devoirs des époux et des partenaires ne sont pas identiques. Ces derniers ne sont, par exemple, pas soumis au devoir de fidélité, si bien que la relation antérieure à la conclusion du Pacs et qui continuerait par la suite ne devrait pas entraîner la nullité en raison de l'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

Pourtant l'erreur en matière conjugale devrait être étudiée indépendamment du mode de conjugalité, car les qualités attendues par l'opinion dominante sont identiques en matière de mariage et de Pacs. La nature de la relation conjugale en fait sa singularité, si bien qu'elle en commande les qualités essentielles. À ce titre, la loyauté ou la sincérité semble être considérée, par le plus grand nombre, comme une qualité essentielle entre les membres du couple, car il est une chose d'user d'artifice pour séduire son futur compagnon, il en est une autre de dissimuler ses réelles intentions. En définitive, à contrecourant de ce qu'a pu décider la Cour de cassation⁵³⁵, le fait de dissimuler une relation extra-conjugale concomitante à l'enregistrement du Pacs ou à la célébration du mariage devrait permettre de caractériser l'erreur sur les qualités essentielles. L'approche à la fois objective et subjective semble donc devoir être privilégiée.

140. Transition. On peut regretter que les époux et les partenaires soient soumis à des dispositions différentes en matière d'erreur sur les qualités essentielles puisque, quel que soit le mode de conjugalité, le consentement à la relation conjugale des membres du couple doit être donné en parfaite connaissance des qualités de son compagnon. Par ailleurs, afin de donner davantage d'épaisseur à l'idée de l'harmonisation de l'exigence d'un consentement lucide à la relation conjugale, l'approche du dol doit être renouvelée. En effet, les partenaires, contrairement aux époux, disposent, en principe, d'une action fondée sur le dol. Une telle différence est incohérente.

⁵³⁴ V. *supra* n° 132.

⁵³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, n° 02-21.259, *Bull. civ. I*, n° 495.

2. Le rejet du dol en matière de conjugalité

141. Remarque préliminaire. De manière liminaire, il convient de préciser que la définition du dol a été remaniée par l'ordonnance du 10 février 2016⁵³⁶. Désormais défini à l'article 1137 du Code civil, le dol est « *le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* ».

142. Les justifications du rejet du dol entre époux. Le refus de l'extension du dol au mariage se justifie de plusieurs manières. La première repose sur le fait que la reconnaissance du dol entre époux rendrait la tâche du juge plus ardue, car il lui faudrait démêler les manœuvres de séduction, des manœuvres dolosives⁵³⁷. Cette mission s'avère d'autant plus complexe qu'il existe une présomption de *dolus bonus*⁵³⁸ dans le mariage justifié par l'adage de LOYSEL « *en mariage trompe qui peut* ». Le *dolus bonus* est le mensonge toléré par les usages. Ainsi, les mensonges qui entrent dans le jeu de séduction ne sont pas sanctionnés au même titre que l'exagération dans la présentation des qualités d'une marchandise.

La seconde justification est probablement la plus importante. L'admission du dol comme cause de nullité du mariage conduirait à admettre plus aisément l'erreur. En effet, d'une manière générale, le dol permet de sanctionner des manœuvres qui auraient entraîné une erreur qui ne porte pas sur les qualités essentielles⁵³⁹. De sorte que le caractère, la virginité⁵⁴⁰, la fortune deviendraient des "qualités" qui pourraient entrer dans les vices du consentement⁵⁴¹. La reconnaissance du dol entre époux présente donc le risque de multiplier les actions en nullité pour vice du consentement alors que les juges essaient justement de les éviter. En effet, la stabilité de la relation

⁵³⁶ Ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁵³⁷ O. LANGLÈS, « Vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale », *JCP N* 1998, p. 483, n° 23.

⁵³⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - le consentement*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 4^e éd., 2013, n° 1320. V. aussi, S. NEUVILLE, « Le silence de l'article 180 du Code civil, un héritage équivoque », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 3, spéc. p. 10.

⁵³⁹ G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215, spéc. p. 217. V. aussi, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis droit*, 4^e éd., 2016, n° 367, spéc. p. 399.

⁵⁴⁰ CA Douai, 17 nov. 2008, *JurisData* n° 2208-371528 ; *D.* 2008, p. 2938, note V. ÉGEA ; *Dr. fam.* 2008, comm. n° 167, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Cette solution n'est pas étonnante puisque le mensonge sur les relations antérieures n'a presque jamais été retenu. La virginité de l'épouse n'est rien d'autre que son passé sentimental et sexuel.

⁵⁴¹ G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215, spéc. p. 217. En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *ibidem*.

matrimoniale exige que la nullité soit prononcée avec parcimonie⁵⁴². L'accès au divorce est devenu si aisé que les juges semblent limiter ce mode de règlement des conflits conjugaux au détriment des nullités⁵⁴³. La situation actuelle est donc différente de celle antérieure à la réforme du divorce du 11 juillet 1975⁵⁴⁴ puisqu'à cette époque la jurisprudence tenait compte de la mauvaise foi constitutive du dol pour subjectiviser l'erreur sur la personne⁵⁴⁵. De sorte que la subjectivisation de l'erreur dans le mariage opérée par la réforme du 11 juillet 1975 semble faire perdre toute utilité au dol dans le mariage.

Un troisième argument justifierait le rejet du dol de la sphère matrimoniale. Le domaine d'application du dol serait limité aux contrats qui ont pour objet des biens et non des personnes⁵⁴⁶ si bien que le mariage n'est pas concerné⁵⁴⁷. Un tel argument perd toutefois de sa valeur lorsqu'il est confronté au Pacs puisque bien que son objet soit, à l'instar du mariage, l'organisation des

⁵⁴² En ce sens, J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse Bordeaux I, 1984, n° 643. Le faible nombre de nullités prononcées s'expliquent à la fois par la négligence des avocats qui omettent d'intenter une telle action, mais aussi par le fait que la demande en nullité retarde l'examen d'une action en divorce puisque les juges doivent statuer en premier lieu sur l'annulation du mariage. Pour un bref développement sur ce point, *D.* 1996, p. 583, note J. HAUSER. En outre, la crainte des effets de l'annulation pousse les juges à s'en méfier. La stabilité de l'institution réclame que la nullité ne soit pas prononcée trop facilement. Il est cependant nécessaire de relever que de nos jours, l'annulation d'un mariage engendre moins d'effets négatifs que par le passé, notamment pour les enfants. P. HÉBRAUD, « Nullité de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Centre historique juridique méridionale, 1979, p. 403 et s., spéc. p. 411.

⁵⁴³ En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 353. V. aussi Y. GUYON, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964, p. 473, n° 15. Cette tendance existe en matière de condition de fond avec l'erreur, mais aussi en matière de condition de forme. En effet, très peu de nullités pour incompetence de l'officier d'état civil ou clandestinité du mariage sont prononcées. En la matière, les nullités facultatives semblent avoir pris le dessus. Au contraire du droit commun où les nullités absolues s'imposent aux juges, ces derniers disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier le bien-fondé de la demande en nullité en matière de mariage. L'équité et la proportionnalité semblent l'emporter. V. A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647, n°s 70 à 72 ; P. RUBELLIN, « Les nullités facultatives », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 679, n° 2. Il s'agit là de rejeter le formalisme aveugle. En ce sens, A. SÉRIAUX, « Concubinage formel et mariage informel. Réflexions sur le rôle des formes dans la constitution du couple », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 43, spéc. p. 48. Une des illustrations les plus probantes en cette matière résulte de l'affaire des mariages de Montrouge, ville dans laquelle un officier de l'état civil avait irrégulièrement délégué à un conseiller municipal les fonctions d'officier de l'état civil. Ce dernier avait célébré plusieurs mariages. Ces mariages nuls en la forme n'avaient pourtant pas été annulés par la Cour de cassation. Civ., 7 août 1883, *DP* 1884. 1. 5, note BARBIER.

⁵⁴⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

⁵⁴⁵ En ce sens, M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V° Mariage (2° conditions de formation), n°s 195 et 196.

⁵⁴⁶ Cet argument a perdu de sa puissance depuis l'instauration du Pacs puisque, techniquement, les partenaires ont la possibilité de fonder une action en nullité pour dol. Pr conséquent, le dol peut concerner un contrat qui a pour objet des personnes.

⁵⁴⁷ S. NEUVILLE, « Le silence de l'article 180 du Code civil, un héritage équivoque », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 3, spéc. p. 10.

relations patrimoniales et personnelles de la relation conjugale, il est loisible aux partenaires d'intenter une action sur le fondement du dol.

143. La présence du dol dans l'erreur. S'il n'est pas directement sanctionné dans le mariage, le dol ne lui est pas étranger, car aucun cloisonnement hermétique n'existe entre l'erreur et le dol. Ces deux vices du consentement entretiennent une relation étroite⁵⁴⁸ puisque le dol est condamné à condition d'avoir provoqué une erreur. Or, la majorité des erreurs sur la personne ou sur les qualités essentielles se fonde sur des mensonges ou sur des "mensonges silencieux" qui ont pour dessein de dissimuler la vérité au futur conjoint⁵⁴⁹. Le dol est donc presque toujours à l'origine d'une erreur. De sorte qu'il est utilisé à la fois comme un moyen de preuve, en ce qu'il permet de caractériser plus aisément l'erreur⁵⁵⁰, et comme une circonstance aggravante de l'erreur⁵⁵¹. Ainsi, si l'action en nullité sur le fondement du dol n'est pas ouverte aux époux, le dol transparait en filigrane derrière l'erreur.

144. L'inopportune action pour dol entre partenaires. Les partenaires, quant à eux, peuvent théoriquement agir sur le fondement de l'article 1137 du Code civil pour intenter une action en nullité en raison du dol. Néanmoins, un raisonnement analogue à celui mené en matière de mariage conduit à l'exclusion de l'action pour dol en matière de Pacs. En effet, les réserves émises à propos du dol dans le mariage⁵⁵², notamment celles de la limitation de la subjectivisation de l'erreur, sont transposables au Pacs. En outre, la dimension institutionnelle du Pacs et son rôle d'organisation des relations personnelles et patrimoniales des partenaires le rapprochent davantage du mariage que d'un contrat de droit privé. C'est pourquoi le dol ne doit pas constituer à lui seul

⁵⁴⁸ P. NGUIHE KANTE, « La fongibilité des vices du consentement en droit privé des contrats », *LPA* 19 nov. 2015, p. 4.

⁵⁴⁹ Le dol est alors l'origine de l'erreur. Pour exemple, en matière de réticence dolosive, Cass. civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, n° 96-10.498, non publié. Dans l'arrêt, le fait d'avoir caché à son épouse un ancien mariage religieux est considéré comme une erreur sur les qualités essentielles.

⁵⁵⁰ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 179.

⁵⁵¹ G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215, spéc. p. 217.

⁵⁵² V. *supra* n° 141.

une cause de nullité du Pacs⁵⁵³, car l'erreur entre les partenaires doit être abordée de manière restrictive.

145. Transition. Le couple tire sa source de la sincérité entre ses membres au moment de la création du lien. C'est pourquoi les membres du couple ne doivent dissimuler ni leurs réelles intentions ni leurs personnalités. Toutefois, la réalité de l'intention conjugale devient certaine à condition que le consentement ne soit pas contraint.

B. L'harmonisation à achever en matière de violence

146. La lutte contre les mariages forcés au cœur du vice de violence entre époux. Le vice de violence dans le mariage prend la forme particulière du mariage forcé. L'initiative législative de lutte contre ces mariages forcés s'inscrit pleinement dans la tendance de lutte contre les violences conjugales⁵⁵⁴, et plus largement de lutte contre les violences faites aux femmes⁵⁵⁵, puisque le plus souvent le mariage forcé est une forme de violence faite à la femme.

Pour ce faire, le législateur a mis en place de nouvelles mesures comme l'ouverture de l'action en nullité en raison du vice de violence au Ministère public ainsi que l'introduction de la crainte révérencielle comme cause de nullité du mariage⁵⁵⁶. La modification de l'article 202-1 du Code civil par la loi du 4 août 2014⁵⁵⁷ témoigne aussi de cette volonté de lutter contre les mariages forcés puisque le consentement est désormais un élément relevant de la loi française⁵⁵⁸. Le

⁵⁵³ *Contra* G. RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », *CCC* 2000, chron. n° 14. V. aussi J. MESTRE, B. FAGES, « L'examen de la constitutionnalité du PACS met en lumière la valeur juridique du... droit de résilier unilatéralement les contrats à durée indéterminée », *RTD civ.* 2000, p. 109. Les auteurs étudiaient le Pacs à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999. À ce titre, ils s'interrogeaient sur la possibilité de prendre en compte le dol entre partenaires. Pour une position nuancée, J.-J. LEMOULAND, « Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N* 2000, p. 406, n° 14. L'auteur semble accepter l'existence du dol entre partenaires, mais il invite les juges à être rigoureux quant à la preuve de celui-ci.

⁵⁵⁴ V. *infra* n°s 286 et s.

⁵⁵⁵ L'ensemble de la classe politique française fait de la lutte contre les violences faites aux femmes un objectif essentiel. À ce titre, il est possible de relever le 5^e plan interministériel de mobilisation et de lutte contre toutes les violences faites aux femmes (2017-2019).

⁵⁵⁶ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁵⁵⁷ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* 5 août 2014, p. 12949.

⁵⁵⁸ Cette intervention législative n'a pu se faire qu'au mépris des règles de droit international privé puisque le consentement relève en principe de la loi personnelle des époux. Sur ce point, v. note de bas de page n° 449.

consentement en mariage doit donc être libre à défaut de quoi le mariage encourt la nullité dans un délai de cinq ans à compter de la célébration.

En matière de Pacs, aucune disposition n'aborde spécifiquement le vice de violence. C'est pourquoi le recours au droit commun, plus précisément aux articles 1140 à 1142 du Code civil, est obligatoire.

147. Annonce de plan. La ressemblance entre le vice de violence dans le mariage et dans le Pacs est indéniable puisqu'il est constitué dès lors que la crainte inspirée par l'exercice d'une contrainte a été déterminante du consentement d'une partie⁵⁵⁹.

Toutefois, alors que la réforme du 10 février 2016⁵⁶⁰ a fait disparaître la crainte révérencielle des dispositions relatives au droit des contrats, le législateur l'a introduite dans le droit du mariage⁵⁶¹. Ce faisant, l'époux victime, contrairement au partenaire victime, peut intenter une action en nullité sur ce fondement. Dès lors, une réflexion sur l'utilité de la crainte révérencielle dans le consentement conjugal doit être menée (1).

En outre, alors que l'action en nullité en raison du vice de violence se prescrit par cinq ans tant en matière de mariage que de Pacs, la computation du délai entre époux court à compter de la célébration⁵⁶², tandis que celle des partenaires débute à compter de la cessation de la violence⁵⁶³. De sorte que les partenaires semblent mieux protégés que les époux. La protection optimale de la victime de violence nécessite une révision et une harmonisation en prenant pour modèle le système le plus protecteur pour la victime, à savoir celui du droit des contrats (2).

⁵⁵⁹ Pour le droit du mariage, v. par ex., J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 117, spéc. 124. L'auteur précise toutefois que ces actions ne sont pas en tout point similaires. Ainsi, la menace d'une voie de droit ne constitue pas un vice de violence sauf lorsqu'elle est invoquée pour obtenir un avantage manifestement excessif (art. 1141 C. civ.). Pour le droit des contrats, v. par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n^{os} 216 et s.

⁵⁶⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁵⁶¹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁵⁶² Art. 181 C. civ.

⁵⁶³ Art. 1144 C. civ.

1. L'extension de la crainte révérencielle aux couples hors mariage

148. La crainte révérencielle et le contrat. Avant la réforme du 10 février 2016, la crainte révérencielle n'était pas à elle seule une cause de nullité en droit des contrats⁵⁶⁴. De sorte que les contrats conclus malgré la crainte "naturelle" inspirée par les parents en raison de l'exercice de l'autorité parentale étaient valables⁵⁶⁵, notamment en raison du respect dû aux parents⁵⁶⁶. La crainte révérencielle et l'autorité parentale sont donc liées.

En outre, au même titre que le dol, le vice de violence de l'ancien article 1112 du Code civil nécessite la réunion d'un élément psychologique, la crainte, et d'un élément délictuel, la contrainte. Ainsi, si la crainte révérencielle est accompagnée d'actes de violence, le vice est constitué. En cas contraire, la contrainte n'est pas considérée comme illégitime, car l'élément délictuel de la violence est absent⁵⁶⁷.

149. La crainte révérencielle et l'élément psychologique du vice de violence. La crainte fait l'objet d'une approche à la fois *in concreto*, qui permet d'étudier l'influence de la violence sur le cocontractant, et *in abstracto*, qui oblige à constater le vice en considération du contractant « moyennement impressionnable »⁵⁶⁸. Or cette double approche de la crainte est impossible en matière de crainte révérencielle puisque la crainte est propre à l'enfant. En effet, tout individu placé hors du rapport d'autorité parentale n'aurait pas ressenti cette « crainte respectueuse »⁵⁶⁹. C'est pourquoi la précision de l'absence de sanction en cas de crainte révérencielle semblait inutile, car elle n'était qu'un rappel du principe selon lequel la violence ne fait pas l'objet d'une approche purement subjective.

⁵⁶⁴ Ancien art. 1114 C. civ.

⁵⁶⁵ En ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014, n^o 221.

⁵⁶⁶ V. par ex., Y. GUENZOU, « La crainte révérencielle », *D.* 2010, p. 984. La crainte révérencielle serait en effet la représentation du respect dû aux parents.

⁵⁶⁷ En ce sens, J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat - le consentement*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 4^e éd., 2013, n^o 1484.

⁵⁶⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op.cit.*, n^o 219. Pour une position légèrement différente qui consisterait à cumuler ces deux approches, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis droit*, 4^e éd., 2016, n^o 373. L'auteur préconise de comparer la victime non pas à un standard général, mais à un individu du même âge et de la même condition. *Contra* J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n^o 1497. L'auteur estime que l'appréciation *in concreto* de la crainte est celle qui a été retenue par la jurisprudence. V. par ex., Cass. com., 28 mai 1991, n^o 89-17.672, *Bull. com.*, n^o 180.

⁵⁶⁹ P. CHAUVEL, *Rép. Civ. Dalloz*, V^o Violence, n^o 20.

150. La crainte révérencielle et la contrainte. La contrainte, élément délictuel du vice de violence, prend différentes formes. Le plus souvent exercée de manière pernicieuse au moyen de pressions psychologiques, la contrainte doit être illégitime. Ce n'est qu'à condition qu'elle dépasse ce qui est jugé acceptable par les juges du fond que la contrainte fait l'objet d'une sanction.

151. La crainte révérencielle et le Pacs. L'application de ces développements au Pacs conduit à repousser l'action en nullité fondée seulement sur la crainte révérencielle. C'est à condition que la conclusion du Pacs ait été accompagnée d'actes illégitimes matérialisant la violence qu'il pourra être annulé sur le fondement du vice de violence.

152. La suppression de la crainte révérencielle par la réforme du droit des contrats. La crainte révérencielle a disparu à la suite de la réforme du droit des contrats⁵⁷⁰. Cela marque à la fois la désuétude du terme "révérenciel" et la mutation des rapports familiaux, déjà annoncée par la réforme du droit de la filiation du 4 juin 1970⁵⁷¹. La famille semble en effet être devenue « *pédocentrique* »⁵⁷². De sorte que l'idée de crainte révérencielle n'a plus lieu d'exister.

La disparition de l'expression ne signifie cependant pas que la crainte inspirée par les parents dans le cadre de l'exercice de leur autorité parentale soit devenue illégitime. La solution demeure, sur le fond, la même qu'avant la réforme. La suppression de ce texte montre, en réalité, l'inutilité de ce dernier. En effet, la crainte révérencielle est un exemple de vice de violence qui n'est pas constitué en raison de l'insuffisance de l'approche uniquement subjective de la crainte et de l'absence d'illégitimité de la contrainte. En matière contractuelle, la solution demeure donc inchangée par rapport à celle antérieure à la réforme du droit des contrats.

153. L'insertion de la crainte révérencielle dans le mariage. La crainte révérencielle dans le droit du mariage a connu une évolution contraire à celle du contrat. Tout d'abord absente du

⁵⁷⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 févr. 2016, texte n° 26.

⁵⁷¹ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JORF* 5 juin 1970, p. 5227. L'autorité parentale a remplacé la puissance paternelle représentant ainsi la montée en puissance de la notion d'intérêt de l'enfant. La disparition de la puissance paternelle au profit de l'autorité parentale marque aussi la volonté de créer un couple parental bicéphale. En ce sens, M. GOBERT, « L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1971. I. 2421. V. aussi Fr. TERRÉ, « À propos de l'autorité parentale », in *Archives de philosophie du droit*, t. 40, Sirey, 1975, p. 45, spéc. p. 46 ; C. COLOMBET, « Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron., p. 1.

⁵⁷² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 2^e éd., 2017, n° 409.

droit du mariage, la crainte révérencielle a par la suite fait son apparition à l'article 180 du Code civil par l'entremise de la loi du 4 avril 2006⁵⁷³.

Depuis lors, la contrainte exercée par les parents est illégitime en toute circonstance de sorte que toute contrainte dans le consentement à mariage est prohibée. Le mariage est en effet une question de consentement personnel, d'un libre choix des époux dans lequel la crainte respectueuse des parents ne peut prospérer⁵⁷⁴. Le mariage, à l'instar du Pacs, est une relation conjugale dans laquelle le sentiment est la cause. La contrainte n'a donc pas sa place.

D'ailleurs afin de faciliter la preuve de la violence par le demandeur en nullité, le Code civil et les jurisprudences relatives aux mariages forcés étudient avant tout l'existence de la contrainte, par exemple familiale, exercée sur la future épouse⁵⁷⁵.

154. Des doutes quant à l'utilité de la référence à la crainte révérencielle. L'utilité de l'insertion de la crainte révérencielle, motivée par la lutte contre les mariages forcés⁵⁷⁶, prête à débat, car cette modification de l'article 180 du Code civil semble avoir principalement une vocation pédagogique et préventive à l'égard des familles qui pratiqueraient les mariages forcés⁵⁷⁷. En effet, malgré l'absence de textes spécifiques, les juges ont toujours eu le loisir d'annuler des mariages dans lesquels il existait un doute sur la liberté du consentement d'un des époux, car, le plus souvent, la crainte du conjoint est provoquée par une pression morale qui s'assimile à une violence psychologique⁵⁷⁸. Dès lors que ces agissements ont suscité une crainte, l'annulation paraît inévitable, car les éléments matériels et psychologiques de la violence sont réunis.

L'introduction de la crainte révérencielle à l'article 180 du Code civil ne change rien à cette situation. Bien qu'elle soit un vice de violence susceptible d'entraîner l'annulation du mariage, elle

⁵⁷³ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, texte n° 1.

⁵⁷⁴ Ce constat est renforcé par le fait que l'autorité parentale disparaisse, sur le plan juridique, avec la majorité de l'enfant.

⁵⁷⁵ CA Colmar, 28 avr. 2005, *JurisData* n° 2005-283869 ; CA Bordeaux, 21 févr. 2006, *JurisData* n° 2006-329876.

⁵⁷⁶ Rapport d'information n° 491 déposé par la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la République, présenté par Guy GEOFFROY et Serge BLISKO.

⁵⁷⁷ En ce sens, v. A.-M. LEROYER, « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr. 2006, p. 5097) », *RTD civ.* 2006, p. 402.

⁵⁷⁸ En pratique, il s'agissait surtout d'affaires corses. V. par ex. les affaires citées par le Doyen CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 8^e éd., 2003, n° 173, note de bas de page n° 32. V. aussi CA Bastia, 27 juin 1949 ; Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 1958, n° 57-10.170, *Bull. civ. I*, n° 493.

ne constitue pas, à elle seule, une cause autonome de nullité puisque l'article 180 du Code civil dispose que la contrainte, élément matériel du vice, est constituée y compris lorsqu'il existe une crainte révérencielle. Cette dernière ne représente qu'une facette de la crainte, élément psychologique du vice de violence. Sur ce point, l'intention du législateur est louable, mais l'utilité juridique de cette intervention est discutable⁵⁷⁹.

Toutefois, l'insertion de la crainte révérencielle dans le mariage présente l'intérêt de rendre illégitime en toute circonstance la crainte inspirée par les parents, et plus généralement par les ascendants, permettant ainsi d'accroître la protection du consentement des futurs époux. L'initiative législative est à ce titre intéressante, car elle marque un renforcement de la lutte contre les mariages forcés en facilitant la preuve du vice de violence. En outre, en raison de cette codification, le législateur rend explicite la solution dégagée par les juges du fond depuis longtemps.

155. La recherche d'un consentement conjugal unifié autour de la crainte révérencielle.

Alors qu'en droit des contrats la crainte respectueuse inspirée par les parents est légitime, elle ne l'est pas dans le droit du mariage. Cette différence dans le traitement de la liberté de consentement entre les modes de conjugalité déclarés n'est pas opportune.

En effet, le mariage et le Pacs consacrent juridiquement l'affection que se portent deux personnes si bien que les pressions familiales ne doivent pas peser sur leur consentement. C'est pourquoi le consentement conjugal doit être unifié autour d'un consentement libre. Par conséquent, l'illégitimité de la crainte révérencielle, insérée dans le mariage, doit être étendue au Pacs. Les différences entre ces modes de conjugalité, notamment au niveau de leurs effets, ne doivent pas être un prétexte pour aborder différemment la question de la liberté du consentement des partenaires et des époux. Partant la conclusion du Pacs, à l'instar du mariage, mérite une attention particulière. Nul ne devrait entrer dans un Pacs en étant contraint de le faire, car seuls les sentiments qui animent les partenaires doivent pouvoir les lier.

⁵⁷⁹ P. MURAT, « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *Dr. fam.* 2006, repère n° 4. V. déjà, J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse Bordeaux I, 1984, n° 219, p. 194. Pour l'auteur, l'introduction de la crainte révérencielle aurait pour conséquence d'augmenter considérablement le nombre de nullités.

Bien que l'exercice de pressions familiales visant à la conclusion du Pacs apparaisse peu probable, la reconnaissance du couple conjugal nécessite un consentement conjugal libre organisé notamment autour de la crainte révérencielle⁵⁸⁰.

Les concubins ne connaissent pas le même sort, car les familles, qui contraignent leurs enfants à se marier ou à se lier par un Pacs, recherchent avant tout certains effets du mariage et du Pacs. Or, le concubinage n'apporte aucun de ces bénéfices. En outre, pour les familles qui se comportent de la sorte, seul le mariage est considéré comme une union légitime si bien que le concubinage forcé semble appartenir à la catégorie des mythes plutôt que des réalités.

Enfin de par sa nature de fait juridique, la relation conjugale semble nécessairement voulue⁵⁸¹. Par voie de conséquence, une protection spécifique des concubins n'apparaît pas nécessaire, à moins qu'ils aient organisé leurs relations par une convention. Toutefois, dans ces cas le droit commun des contrats semble suffisant, car « *un tel acte ne vise qu'à organiser les rapports patrimoniaux du couple, non à l'instituer* »⁵⁸².

156. Transition. La recherche d'un consentement conjugal libre passe aussi par une harmonisation des textes en matière de prescription. En effet, l'application des règles actuelles de prescription conduit à une situation inique dans laquelle les partenaires semblent mieux protégés que les époux.

2. La modification du point de départ de la prescription

157. Un même délai de prescription, mais un point de départ différent. Les interventions législatives du 4 avril 2006⁵⁸³ et du 17 juin 2008⁵⁸⁴ ont harmonisé les délais de prescription des

⁵⁸⁰ En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 147, spéc. p. 118.

⁵⁸¹ Seules les situations dans lesquelles les concubins ont organisé leurs relations patrimoniales par des contrats de concubinage semblent concernées par les vices du consentement. À ce propos, v. par exemple Ph. SIMLER, « Le régime matrimonial des concubins », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 75 ; L. MAYAUX, « Les contrats des concubins », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages. Approche sociojuridique*, CNRS, 1986, p. 25 ; J. HÉRAIL, « Les contrats à titre onéreux des concubins », *JCP N* 1988, p. 165.

⁵⁸² En ce sens, M. SAULIER, *op. cit.*, n° 117, spéc. note de bas de page n° 526.

⁵⁸³ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁵⁸⁴ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* 18 juin 2008, p. 9856. À propos de cette loi, v. J.-Cl. BARDOU, « Les conséquences de la réforme de la prescription en matière familiale », *AJ fam.* 2008, p. 291.

vices de violence du mariage et du droit des contrats puisque l'action se prescrit dans un délai de cinq ans⁵⁸⁵.

Si le basculement vers un délai de prescription abrégé est en lui-même neutre de conséquences, la question du point de départ pose quant à lui des difficultés. La computation du délai de prescription en matière de vice de violence entre époux débute à la célébration du mariage⁵⁸⁶ alors qu'en matière contractuelle le délai court à compter de la cessation de la violence⁵⁸⁷, ce qui en pratique, peut amener au-delà de cinq ans après l'enregistrement du Pacs.

La réforme de la prescription en matière civile⁵⁸⁸ a emporté les garde-fous posés par la loi relative à la lutte contre les violences conjugales⁵⁸⁹. En effet, cette dernière avait enserré l'action dans un délai de cinq ans à compter du mariage ou de l'acquisition de la liberté par la victime de la violence. Deux ans plus tard, dans un souci aveugle d'harmonisation et afin de limiter la durée pendant laquelle le mariage peut être remis en question, le législateur fait disparaître la référence à la liberté obtenue par l'époux victime des violences⁵⁹⁰, mettant ainsi la victime de violence dans une situation moins favorable qu'auparavant⁵⁹¹. Par conséquent, les partenaires semblent mieux protégés que les époux.

⁵⁸⁵ Art. 181 C. civ. pour le mariage. Art. 1144 et 2224 C. civ. pour le Pacs. En passant d'une prescription trentenaire à une prescription quinquennale en matière de mariage, le législateur évite qu'un mariage puisse être déclaré nul pendant « *un temps assez long voire même illimité* » : V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Du nouveau sur la prescription des actions en nullité du mariage », *Dr. fam.* 2008, comm. n° 97. Cependant, l'auteur ne reçoit pas positivement cette réforme.

⁵⁸⁶ Art. 181 C. civ.

⁵⁸⁷ Art. 1144 C. civ.

⁵⁸⁸ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JORF* 18 juin 2008, p. 9856.

⁵⁸⁹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁵⁹⁰ En ce sens, v. aussi J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, « Droit des couples. Avril 2008 à décembre 2009 », *D.* 2010, p. 728.

⁵⁹¹ En ce sens, v. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'effectivité de la liberté du mariage fondamentale du mariage : la protection du consentement », in O. LECUCQ et J.-J. LEMOULAND (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 105, spéc. p. 116 ; I. CORPART, « Les retombées en droit de la famille de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RJPF* 2008, n° 9, p. 8, spéc. p. 11.

La différence s'explique peut-être par le fait qu'à la suite des réformes successives, le vice de violence a été centré, presque exclusivement, sur le mariage forcé⁵⁹². De sorte que le législateur a peut-être estimé qu'à compter du mariage, l'époux victime des pressions se trouve libre puisque le but recherché par l'auteur des violences, le mariage, a été atteint. Ce faisant, le mariage serait assimilé à une cessation des violences. Néanmoins, une telle argumentation n'est pas satisfaisante, car pour tous les autres types de violence⁵⁹³, le conjoint vulnérable ne dispose que d'un délai de cinq ans à compter du mariage pour agir alors que les violences n'ont pas cessé. Il se trouve donc dans une situation moins favorable que les partenaires qui peuvent agir dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la violence.

Afin de mettre un terme à cette différence, une évolution législative s'impose. Le point de départ ne devrait commencer à courir qu'à partir de la cessation des violences, du jour où la victime a pu se libérer de la contrainte exercée sur elle. La protection des époux s'en trouverait renforcée et le régime de la nullité relative pour vice de violence s'en trouverait harmonisée.

158. Transition. La liberté du consentement est une condition indispensable à l'entrée dans un mode de conjugalité. Le couple juridiquement reconnu ne peut être que celui qui donne un consentement libre et conscient. Toutefois, pour que le consentement à la relation conjugale soit parfait, il est nécessaire qu'il revête une certaine qualité. En effet, afin de s'assurer du sérieux du projet conjugal et dans le but de protéger les membres du couple et les tiers, le législateur limite la reconnaissance juridique des couples par des dispositions relatives à l'âge et à la capacité juridique. En procédant de la sorte, on se place sur le plan de la qualité du consentement et non plus sur l'existence de celui-ci.

Section 2. Le contrôle de la qualité de l'intention conjugale

159. Annonce de plan. Le simple fait de détenir la personnalité juridique est insuffisant pour qu'une personne vive une relation conjugale juridiquement reconnue. Le législateur a en effet restreint la liberté conjugale en insérant une condition relative à l'âge, car la création du lien conjugal, avec les effets que cela comporte, nécessite de la part de ses membres une réflexion sur

⁵⁹² La proposition originelle de la loi du 19 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ne prévoyait aucun délai spécifique. C'est la commission des lois qui, dans un souci d'harmonisation, a souhaité mettre en place un délai unique de cinq ans. Cette modification n'a par la suite soulevé aucune difficulté.

⁵⁹³ Il s'agit de placer dans cette catégorie tout ce qui ne concerne pas les mariages forcés. On peut alors citer en exemple les violences du mari sur son épouse.

leur engagement. C'est pourquoi les membres du couple doivent atteindre un âge minimum pour s'engager dans un mode de conjugalité déclaré ou non (§ 1). À l'inverse, il n'existe pas d'âge maximal pour vivre en couple. Néanmoins, dans un souci de protection des individus, les majeurs protégés sont contraints de se soumettre à certaines règles spécifiques qui, sans entraver directement leur liberté conjugale, la limitent (§2).

§1. L'exigence d'un âge minimum

160. Annonce de plan. Dans le droit de la conjugalité, la fixation d'un âge répond à deux impératifs. Le premier vise à combiner les règles relatives à l'autorité parentale et à la liberté conjugale. Dès lors que la première disparaît, la seconde ne peut plus être limitée. Le second impératif, quant à lui, témoigne de la volonté de s'assurer de la maturité du projet conjugal des membres du couple, notamment afin de protéger les mineurs des effets de la création d'un lien conjugal. C'est pourquoi un âge *minimum* est fixé. En réservant le couple aux personnes majeures, le législateur exige une certaine qualité de la relation conjugale.

L'âge nubile est une condition posée par les conventions internationales et européennes. En matière de textes internationaux, la Convention de New York enjoint aux États signataires de définir un âge minimum pour se marier⁵⁹⁴. Concernant le droit européen, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme pose une condition d'âge nubile⁵⁹⁵ dont la détermination appartient aux États⁵⁹⁶. La France, à l'instar de certains de ses voisins européens⁵⁹⁷, a choisi d'autoriser le mariage aux personnes ayant atteint la majorité, c'est-à-dire dix-huit ans⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Art. 2 de la Convention de New York du 10 décembre 1962. La Convention a été signée par la France le 10 décembre 1962. Cependant, elle n'a été publiée au Journal Officiel que le 9 décembre 2010 (décret n° 2010-1520 portant publication de la convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, signée à New York le 10 décembre 1962, *JORF* 11 déc. 2010, p. 21682) à la suite de la loi du 1^{er} août 2007 autorisant l'adhésion de la France à la Convention (loi n° 2007-1163, *JORF* 2 août 2007, p. 12988).

⁵⁹⁵ Art. 12 CEDH.

⁵⁹⁶ Pour un exemple de décision. Cour EDH, 8 déc. 2015, *Z.H. et R.H. c. Suisse*, n° 60119/12. Dans cet arrêt, l'État suisse ne reconnaît pas la validité d'un mariage conclu entre une personne de dix-huit ans et une personne de quatorze ans. La Cour EDH, en se fondant sur l'article 12 de la CEDH, reconnaît le bien-fondé de cette absence de reconnaissance.

⁵⁹⁷ À titre d'exemple, l'Espagne, la Belgique ou l'Allemagne fixent l'âge minimum pour se marier à dix-huit ans.

⁵⁹⁸ Art. 144 C. civ.

De la même manière, le législateur a pris le soin de réserver expressément le Pacs aux personnes majeures⁵⁹⁹. Ce renvoi exprès à la condition de la majorité ne paraissait pas indispensable⁶⁰⁰ puisque le droit commun apporte la même restriction⁶⁰¹.

Sur le principe, la situation est donc exactement identique. Toutefois, le législateur a prévu une dérogation de la règle de la majorité en faveur des mineurs souhaitant se marier. En réservant cette prérogative aux futurs époux, la loi insère une règle qui porte atteinte à la cohérence du système d'âge *minimum* pour accéder à la conjugalité (A).

Le concubinage, quant à lui, a été délaissé par le législateur de sorte qu'aucune exigence d'âge n'est requise. Toutefois, la reconnaissance d'un concubinage entre deux mineurs semble délicate. C'est pourquoi un âge *minimum* entre les concubins doit être fixé (B).

A. Un âge minimum imposé aux couples déclarés

161. Annonce de plan. La majorité constitue le seuil en dessous duquel les couples déclarés ne peuvent pas s'unir (1). Toutefois, contrairement aux partenaires, les mineurs peuvent obtenir une dispense pour se marier. Une telle différence est étonnante dans la mesure où le Pacs est censé donner davantage de liberté aux partenaires que le mariage n'en offre aux époux. Il paraît donc judicieux de s'interroger sur la transposition de ces dispenses au Pacs (2).

1. La condition commune de majorité

162. L'évolution du fondement de l'âge nubile. Autrefois, l'âge nubile était fondé sur la capacité à procréer et à assumer la charge de l'enfant mettant ainsi en exergue le rôle principalement procréatif du mariage⁶⁰². De nos jours, le législateur attache davantage d'importance à la maturité psychologique sans laquelle une personne ne réalise pas les

⁵⁹⁹ Art. 515-1 C. civ.

⁶⁰⁰ En ce sens, A. CERMOLACCE, « Les contrats du mineur », *Dr. fam.* 2006, étude n° 27, n° 14.

⁶⁰¹ En vertu des articles 1145 et 1146 du Code civil, les mineurs sont incapables de contracter. En effet, un tel contrat ne fait pas partie des actes d'usage que le mineur pourrait conclure seul, mais il entre dans la catégorie des actes graves ou des actes interdits qui restent fermés aux mineurs. En ce sens, v. par ex. A. GOUTTENOIRE, « La capacité usuelle des mineurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexus, Dalloz, 2012, p. 163, spéc. pp. 165 à 171.

⁶⁰² En effet, la fixation de l'âge nubile à dix-huit ans pour les hommes et à quinze ans pour les femmes avait pour but d'autoriser le mariage dès lors que l'homme et la femme étaient en âge de procréer. En effet, « *l'âge concourt à modeler une institution, en fixant sa destination sociale* » : G. CORNU, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 9

conséquences de son engagement⁶⁰³. C'est d'ailleurs pour cette raison que le consentement des parents était requis jusqu'à vingt-cinq ans pour les garçons et vingt et un ans pour les filles⁶⁰⁴.

Si la fixation d'un âge commun aux hommes et aux femmes reflète la volonté de promouvoir l'égalité entre les sexes⁶⁰⁵, toutes les autres mesures concernant l'âge du mariage⁶⁰⁶ et le Pacs⁶⁰⁷ ont pour objectif de préserver les futurs époux et partenaires, notamment les jeunes femmes, des pressions familiales⁶⁰⁸.

Enfin, fixer l'âge *minimum* du mariage ou du Pacs à la majorité n'est pas anodin. En effet, les personnes majeures sont libérées de l'autorité parentale, ce qui leur permet d'être totalement libres dans le choix de leur vie conjugale. En accédant à une pleine capacité, chacun devient libre de ses choix notamment de ses choix conjugaux⁶⁰⁹.

163. Transition. Un *consensus* se dégage autour de l'âge *minimum* pour se marier ou conclure un Pacs. Toutefois alors que les mineurs ont la possibilité de se marier à condition d'obtenir l'accord des parents et une dispense du procureur de la République, ils ne peuvent pas conclure de Pacs. Une telle différence qui trouve sa source dans le droit des contrats n'apparaît pas opportune.

⁶⁰³ Il est toutefois possible de s'interroger sur la maturité d'une personne âgée de dix-huit ans. On peut en effet douter qu'à cet âge, la personne réalise la portée de son engagement.

⁶⁰⁴ Art. 148 C. civ. anc. Cette règle a été abrogée par la loi du 17 juillet 1927 relative au consentement des parents en cas de mariage de leurs enfants.

⁶⁰⁵ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁶⁰⁶ Au titre de ces mesures, on retrouve le report de l'âge nubile des femmes à la majorité, l'insertion de la crainte révérencielle dans les articles relatifs au mariage ainsi que la disparition du consentement des parents au mariage de leurs enfants.

⁶⁰⁷ Art. 515-1 C. civ.

⁶⁰⁸ En ce sens, V. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350 ; A.-M. LEROYER, « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr. 2006, p. 5097) », *RTD civ.* 2006, p. 402. En effet, une personne de dix-huit ans est réputée s'être détachée de l'emprise parentale. Toutefois, cela demeure théorique puisqu'à cet âge l'influence du cercle familial demeure importante. En ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La loi contre la tradition : la lutte contre les mariages forcés par le relèvement de l'âge légal du mariage des femmes », *Dr. fam.* 2005, repère n° 5.

⁶⁰⁹ Juridiquement, cette affirmation ne souffre d'aucune critique, mais la réalité est autre. Dans la société contemporaine, il est rare qu'une personne de dix-huit ans soit totalement libre de ses choix, car l'allongement de la durée des études, la difficulté d'accès à l'emploi pour la jeunesse sont autant de raisons pour lesquelles l'enfant, bien que juridiquement libre, demeure soumis à l'autorité de ses parents.

2. L'absence de dispense dans le Pacs

164. La désuétude de la justification de l'existence des dispenses dans le mariage. Les mineurs émancipés⁶¹⁰ ou non, dont le consentement personnel est avéré, ont la possibilité de se marier avant d'avoir atteint la majorité à condition d'obtenir une dispense du procureur de la République⁶¹¹ et le consentement d'au moins un de ses parents⁶¹². Cette dérogation, le plus souvent accordée en raison de circonstances particulières, comme la naissance à venir d'un enfant⁶¹³, permettait à l'enfant de naître dans une union légitime. La disparition de la distinction entre les filiations a rendu l'intérêt de cette mesure obsolète. Pourtant, malgré la désuétude de cette justification, la dispense continue d'exister, marquant ainsi d'une certaine manière une préférence pour le mariage.

165. L'inexplicable absence de dispenses entre les partenaires. En revanche, les mineurs, émancipés ou non, qui souhaitent conclure un Pacs ne connaissent aucun mécanisme de dispense. Le régime du Pacs est, en la matière, plus strict que le régime du mariage⁶¹⁴ puisque malgré le consentement personnel du ou des mineurs et celui de ses parents, le Pacs demeure inaccessible. Alors que le consentement personnel des mineurs déclenche le processus de dispense dans le mariage, il n'a aucun pouvoir en matière de Pacs.

166. Les voies envisageables. La différence de régime avec le mariage ne s'explique pas. La pauvreté des arguments avancés pour justifier le refus d'accès au Pacs des personnes mineures lors des débats parlementaires, notamment à l'Assemblée nationale⁶¹⁵, ne plaide pas en faveur du maintien de cette rigueur à l'encontre des partenaires. Dès lors que les parents d'un enfant mineur

⁶¹⁰ L'émancipation des mineurs ne suffit pas pour leur permettre de se marier sans l'accord de ses parents. V. art. 413.5 al. 2 C. civ.

⁶¹¹ Art. 145 C. civ.

⁶¹² Art. 148 C. civ. En effet, le dissentiment entre les parents ou la disparition de l'un d'eux joue en faveur du mineur.

⁶¹³ V. ÉGÉA, *Droit de la famille*, Lexisnexis, coll. Manuel, 2016, n° 88.

⁶¹⁴ Le Conseil constitutionnel considère que les mineurs émancipés sont dans l'impossibilité de conclure un Pacs. *A fortiori*, cela signifie que le mineur qui n'est pas émancipé se heurte à la même interdiction. V. aussi, Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §55. Un auteur parle à ce propos de pudibonderie : X. LABBÉE, « Le mariage homosexuel est-il ouvert aux mineurs ? », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2013, p. 7. Cette rigueur exacerbée en matière de Pacs n'est pas sans rappeler celle qui existe en matière d'absence de dispense en matière d'inceste. V. *infra* n° 267.

⁶¹⁵ *JO Ass. Nat.*, 8 nov. 1998, p. 8511. Selon Mme la Garde des Sceaux, la différence viendrait de la volonté de différencier le Pacs et le mariage.

non émancipé, dépositaires de l'autorité parentale, consentent à la conclusion du Pacs de leur enfant rien ne justifie le maintien de l'interdiction faite aux mineurs, d'autant que les effets du Pacs en comparaison de ceux du mariage sont de moindre importance. Le système de la dispense pourrait donc être étendu aux partenaires.

À l'inverse, en se fondant sur la nécessité d'un projet conjugal sérieux, les dispenses pourraient être supprimées dans le mariage. En effet, au vu de la nature de la relation conjugale et des effets qui découlent du mariage, les mineurs ne semblent pas pouvoir appréhender la portée de leur engagement.

La simple volonté de légitimer un enfant à naître ne doit pas servir de fondement à une telle dispense. En effet, juridiquement la légitimation n'existe plus⁶¹⁶. Elle ne présente plus aucun intérêt pour les enfants nés hors mariage qui disposent des mêmes droits que les enfants nés en mariage. Socialement, les relations et les naissances hors mariage font partie intégrante de la société⁶¹⁷. Par conséquent, le système des dispenses en vue du mariage des mariages ne semble plus justifié. En définitive, la disparition de ce mécanisme serait bienvenue, car elle permettrait de créer un droit commun du couple déclaré en matière d'âge *minimum*⁶¹⁸.

167. Transition. L'âge *minimum* des membres des couples déclarés est une exigence harmonisée. Cette condition reflète l'émergence d'un droit commun. Toutefois, la reconnaissance juridique du concubinage ne semble soumise à aucune condition d'âge *minimum*. Pourtant, l'intégration d'une condition d'âge dans le concubinage semble indispensable.

B. Un âge minimum souhaité entre les concubins

168. Le doute quant à la reconnaissance juridique du concubinage des mineurs. Le silence de la loi laisse penser que des personnes mineures peuvent vivre en concubinage⁶¹⁹. Pourtant, le couple, peu importe sa forme, nécessite un projet conjugal mûri et une maturité suffisante pour comprendre la portée de l'engagement conjugal. Or, le concubinage juvénile est

⁶¹⁶ Pour être plus précis, il est possible de dire que la légitimation de l'enfant n'existe plus, car la différenciation entre les enfants nés d'un couple marié ou d'un couple hors mariage a disparu.

⁶¹⁷ Selon l'INSEE, en France, en 2016, la part des enfants nés hors mariage est de 59,7 %. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394#tableau-Donnes>.

⁶¹⁸ Dans le même sens, v. *AJ fam.* 2010, p. 441, obs. X. LABBÉE.

⁶¹⁹ En ce sens, Cl. NEIRINCK, M. BRUGGEMANN, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », *RRJ* 2009, p. 93, spéc. p. 97.

souvent un couple éphémère dont la relation ne s'inscrit pas dans la durée. Les valeurs d'engagement et de stabilité sont étrangères à ces couples⁶²⁰. C'est pourquoi le concubinage juvénile ne devrait pas être juridiquement reconnu.

169. La capacité et le concubinage des mineurs. Le concubinage des mineurs se heurte aussi aux règles relatives à la capacité et à l'autorité parentale. Si le concubinage est organisé sous la forme d'un contrat, l'incapacité du mineur rend cette convention nulle⁶²¹. En outre, en l'absence de capacité totale de jouissance ou d'exercice, l'intérêt à bénéficier du statut que pourrait offrir le couple est réduit, car une partie des avantages qui en découlent demeure inaccessible à ces mineurs⁶²².

170. L'autorité parentale et le concubinage des mineurs. L'indépendance qu'implique la vie de couple est en inadéquation avec l'autorité parentale à laquelle le mineur demeure soumise. À titre d'exemple, le fait que le mineur ne puisse pas quitter le domicile familial sans l'autorisation de ses parents empêche la vie de couple.

L'autorité parentale et la vie conjugale sont antinomiques. Seuls les individus libérés de l'autorité parentale peuvent vivre en couple⁶²³. *A contrario* dès lors que l'autorité parentale ne constitue plus un frein à la vie conjugale, aucune raison ne justifie l'absence de reconnaissance du couple de concubins⁶²⁴. En définitive, le couple de concubins juridiquement reconnu doit être composé de personnes majeures.

171. La reconnaissance rétroactive de la relation conjugale des mineurs. Si les mineurs ne sont pas juridiquement considérés comme des concubins, cela signifie que la période de concubinage qui précède la majorité des membres du couple ne produit aucun effet juridique. Cela signifie que rétroactivement, les concubins majeurs ne peuvent pas faire reconnaître la durée de

⁶²⁰ Fl. MAILLOCHON, « "Entrer en couple" ou "sortir ensemble" », *Agora débats/jeunesses* 2001/23, p. 35, spéc. p. 39. Dans son étude, l'auteur montre qu'il existe une réelle différence entre les couples composés de personnes de moins de dix-huit ans et les autres. Ces personnes d'ailleurs ne disent pas être en couple.

⁶²¹ En ce sens, X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012, p. 67.

⁶²² M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, 2014, n° 140.

⁶²³ C'est d'ailleurs pour cette raison que le mineur qui se marie est émancipé de plein droit par l'effet de son mariage (art. 413-1 du Code civil). Cette émancipation de plein droit est en outre rendue nécessaire par l'incompatibilité des règles relatives aux régimes matrimoniaux et à celles relatives à l'incapacité. En ce sens, I. CORPART, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003. I. 1523, n° 9.

⁶²⁴ À condition toutefois que les conditions de l'article 515-8 du Code civil soient respectées.

leur relation alors qu'ils étaient mineurs. Bien qu'aucune disposition juridique ne traite de ce point particulier, le manque de maturité du projet conjugal des mineurs fait obstacle à la reconnaissance juridique de leur relation.

172. Le cas particulier des mineurs émancipés. Les mineurs émancipés sont libérés de l'autorité parentale⁶²⁵ si bien qu'ils accèdent à la capacité juridique sans qu'aucune limite leur soit imposée⁶²⁶. Ils pourraient donc vivre une relation conjugale librement. Cependant, en matière de conjugalité, le mineur émancipé voit ses prérogatives limitées puisqu'il ne peut ni conclure de Pacs⁶²⁷ ni se marier⁶²⁸ sans l'accord de ses parents, de ses ascendants ou du conseil de famille conformément à ce que prévoit l'article 148 du Code civil. La survie de cette incapacité dans ce domaine particulier prouve la spécificité de l'engagement conjugal. En raison de la gravité de ces actes, le mineur, bien qu'émancipé, peut s'engager seul dans une relation conjugale.

L'extension d'une telle exigence aux concubins ne paraît pas irréaliste, notamment parce qu'elle renforce le sérieux de l'engagement tout en le protégeant des conséquences de sa relation conjugale. En réservant le couple aux personnes majeures, on s'assure de la qualité de la relation conjugale.

173. Transition. Alors que l'exigence d'un âge *minimum* est une réalité, à l'inverse, aucun âge *maximum* n'a été fixé. Ainsi plus l'âge avance moins l'intention conjugale est suspectée. Une fois la majorité atteinte, la protection des membres du couple des effets de leur mode de conjugalité n'est plus nécessaire.

Les restrictions apportées à la liberté conjugale reposent sur la vulnérabilité davantage que sur l'âge de la personne⁶²⁹. Ce constat vaut aussi bien pour l'exigence d'un âge nubile que pour les restrictions à la relation conjugale des majeurs protégés. La vulnérabilité, résurgence de l'ordre public de protection, semble en effet être la notion qui permet de théoriser l'existence des régimes

⁶²⁵ Art. 413-7 C. civ.

⁶²⁶ Art. 413-6 C. civ. al. 1.

⁶²⁷ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §55.

⁶²⁸ Art. 413-6 C. civ. al. 2.

⁶²⁹ Concernant les personnes âgées, le législateur ne fixe pas de seuil d'âge. Il préfère se fonder sur le principe de vulnérabilité afin de ne pas "discriminer" la personne âgée. En ce sens, F. DREIFUSS-NETTER, « Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Lexisnexis, Dalloz, 2006, p. 95, spéc. pp. 104 et s.

de protection⁶³⁰. Les règles du consentement des individus soumis à une mesure de protection sont alors modifiées puisque ces derniers ne peuvent plus entrer de leur propre chef dans un mode de conjugalité déclaré.

§2. L'accès à la conjugalité des majeurs protégés

174. Une évolution législative en matière de Pacs. À ce jour, tous les majeurs, y compris ceux soumis à une mesure de protection⁶³¹, peuvent s'unir par un mariage, conclure un Pacs ou vivre en concubinage⁶³². La réforme opérée par la loi du 5 mars 2007⁶³³, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, est venue harmoniser l'accès au couple des majeurs protégés en abrogeant l'article 506-1 du Code civil qui empêchait la conclusion du Pacs des majeurs sous tutelle. Désormais, tous les modes de conjugalité sont accessibles aux majeurs protégés, quelle que soit la mesure de protection⁶³⁴.

175. Annonce de plan. L'accès à la conjugalité par les majeurs protégés présente une certaine incohérence⁶³⁵. C'est pourquoi afin d'accompagner le majeur protégé qui souhaite donner corps à sa démarche conjugale, une discussion à propos de la modification de la procédure d'autorisation et d'assistance dans le choix du mode de conjugalité déclaré (A) ou d'une mise en

⁶³⁰ J. HAUSER, « Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* 2011, n° 83, p. 69, spéc. p. 71.

⁶³¹ Le cas des personnes placées sous sauvegarde de justice diffère quelque peu puisqu'elles conservent l'exercice de leurs droits. Ce sont des personnes protégées, mais qui préservent leur capacité. Les actes passés par une personne placée sous sauvegarde de justice seule sont valables, y compris s'il s'agit d'un mariage ou d'un Pacs. L'acte pourra cependant être annulé par la suite. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 4 mai 2011, n° 09-68.983, *Bull. civ. I*, n° 82.

⁶³² Cela n'a pas toujours été le cas puisque, dans un premier temps, le Pacs était inaccessible aux personnes sous tutelle. En ce sens, art. 506-1 C. civ. V. aussi Th. FOSSIER, « Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », *JCP G* 2001. I. 293, n° 5. L'impossibilité pour les personnes protégées de conclure le Pacs était due à la dimension uniquement patrimoniale du Pacs et à l'impossibilité d'organiser un statut aussi protecteur que celui du mariage. V. par ex., V. DOUMENG, « L'accès du majeur juridiquement protégé à une vie de couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 59, spéc. p. 67. Toutefois, le changement de nature du Pacs opéré par la réforme du 23 juin 2006 (loi n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513) a conduit à l'abrogation de l'interdiction posée par l'article 506-1 du Code civil.

⁶³³ Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *JORF* 7 mars 2007, p. 4325.

⁶³⁴ L'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (*JORF* 16 oct. 2015, p. 19304) n'a, sur ce plan, rien modifié. En effet, la création de l'habilitation familiale n'est pas venue restreindre la possibilité de se marier ou de conclure un Pacs pour une personne soumise à cette habilitation. V. par ex., G. RAOUL-CORMEIL, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335, spéc. p. 2339.

⁶³⁵ V. *infra* n° 176

place de restrictions à la relation de concubinage (B) doit s'ouvrir. Une telle réflexion est un préalable indispensable à la création d'une notion de couple harmonisée.

A. L'accès du majeur protégé au mariage ou au Pacs

176. L'indispensable autorisation pour le mariage des personnes sous tutelle ou curatelle. L'harmonisation semble parfaite en matière de tutelle⁶³⁶ puisque le mariage ou la conclusion du Pacs sont soumis à l'autorisation du juge ou du conseil de famille qui, s'il a été constitué, est présidé par le juge des tutelles⁶³⁷. L'autorisation est donnée après l'audition des futurs époux ou partenaires qui doivent expressément exprimer leur consentement. Cet entretien a en effet pour objet de vérifier la réalité du consentement du majeur protégé⁶³⁸. En effet, la relation nécessite en tout état de cause un consentement de la part des membres du couple⁶³⁹, y compris si l'un d'eux fait l'objet d'une mesure de protection⁶⁴⁰. C'est pourquoi la vérification du consentement des majeurs protégés se fait en amont de la célébration du mariage.

En revanche, la situation en matière de curatelle ne présente pas la même cohérence. Alors que le mariage des majeurs sous curatelle est soumis à l'autorisation du curateur et à défaut à celle du juge notamment en raison de l'importance des répercussions de l'union matrimoniale tant sur

⁶³⁶ Elle pourrait donc servir de fondement à la création d'un droit commun du couple. I. BARRIÈRE BROUSSE, « La vie de couple du majeur protégé », *RLDC* 2011, n° 83, p. 74, spéc. p. 77.

⁶³⁷ Art. 460 al. 2 C. civ. pour le mariage. Art. 462 C. civ. pour le Pacs. La demande d'autorisation ne relève pas de la compétence du tuteur, car elle reste un acte strictement personnel. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.777, *Bull. civ. I*, n° 305, *D.* 2016, p. 875, obs. G. RAOUL-CORMEIL.

⁶³⁸ Le moment de la vérification du consentement fait débat. Pour le Pacs et le mariage, le consentement du majeur protégé est vérifié en amont de la célébration du mariage ou de la déclaration au greffe du tribunal. Or, le consentement devrait être vérifié au moment à partir duquel il produit un effet juridique c'est-à-dire lors de la cérémonie ou lors de l'enregistrement. En effet, la situation du majeur sous tutelle pourrait se dégrader entre l'autorisation et la création véritable du lien conjugal si bien que le consentement, au moment de la célébration ou de l'enregistrement, pourrait être vicié. Une solution doit être trouvée pour que le consentement donné au moment de la célébration ou de l'enregistrement soit conforme à celui recueilli lors de l'autorisation. À ce jour, afin de ne pas se heurter à de tels écueils, les dates de l'autorisation et de la célébration ou de l'enregistrement doivent être rapprochées. Sur cette question, V. DOUMENG, « L'accès du majeur juridiquement protégé à une vie de couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 59, pp. 73-75.

⁶³⁹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-15.632, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 140, note I. MARIA.

⁶⁴⁰ Sur cette exigence, Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998, n° 97-11.252, *Bull. civ. I*, n° 124 ; *D.* 1999, p. 19, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Defrénois* 1998, p. 1398, obs. J. MASSIP. À propos de cet arrêt considéré comme « merveilleux », Ph. MALAURIE, « La Cour de cassation au XX^e siècle », in *Rapport de la Cour de cassation*, 1999, p. 9, spéc. p. 18. V. aussi H. CAPITANT, Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, *Introduction - Personnes - Familles - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^e éd., 2015, n° 65.

les relations personnelles que patrimoniales⁶⁴¹, le curatelaire est libre de conclure un Pacs, à condition d'être assisté de son curateur lors de la signature de la convention⁶⁴². Pourtant, au vu des effets du Pacs, parfois identiques à ceux du mariage⁶⁴³, la simple assistance paraît insuffisante.

177. Une discussion nécessaire. Pourquoi la conclusion d'un Pacs par un curatelaire n'est-elle soumise qu'à une assistance alors que le majeur sous tutelle doit être autorisé à le faire⁶⁴⁴ ? La discussion autour de cette question n'est pas vaine puisque la sanction diffère selon que le majeur est soumis à une autorisation ou à une assistance. En effet, lorsque le majeur a passé un acte sans y être autorisé, l'acte est nul de plein droit⁶⁴⁵ alors que lorsqu'il n'était soumis qu'à une assistance la nullité est subordonnée à la preuve d'un préjudice subi par la personne protégée⁶⁴⁶.

En raison de cette incohérence en matière de curatelle, l'origine de la mesure d'assistance ou d'autorisation semble impossible à déterminer. On ne sait pas si elle résulte de leur mode de conjugalité ou de la mesure de protection. Afin de rendre ce système cohérent, trois voies peuvent être explorées.

178. Première proposition. La première proposition tend à établir le régime en fonction de la mesure de protection. Dans ce cas, plus le degré de protection est élevé, plus l'intervention de la personne responsable est importante. Cela signifie que les majeurs sous tutelle devraient obtenir une autorisation pour se marier ou conclure un Pacs. En revanche, les majeurs sous curatelle n'auraient besoin que de l'assistance de leur curateur. Cette solution rapprocherait les modes de conjugalité en considérant qu'il n'existe pas de hiérarchie entre le mariage et le Pacs. Ce dernier

⁶⁴¹ Art. 460 al. 1 C. civ. La restriction de la liberté des personnes sous curatelle a été déclarée conforme à la constitution puisque cela ne porte pas atteinte à la liberté du mariage. V. Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 148, note I. MARIA ; *D.* 2012, p. 1899, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. Th. VERHEYDE. V. aussi CA Rennes, 7 nov. 2016, *Juris-Data* n° 2016-023273.

⁶⁴² Pour un rappel de cette obligation, Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, non publié, *D.* 2017, p. 1292, obs. M. SAULIER.

⁶⁴³ Il est toutefois nécessaire de réserver le cas des successions.

⁶⁴⁴ L'absence de parallélisme entre le mariage et le Pacs résulte probablement du fait que le législateur ait considéré le Pacs comme un contrat visant à organiser les relations patrimoniales des concubins et non pas comme un succédané du mariage. En ce sens, I. BARRIÈRE BROUSSE, « La vie de couple du majeur protégé », *RLDC* 2011, n° 83, p. 74, spéc. p. 77.

⁶⁴⁵ Art. 465 3° C. civ.

⁶⁴⁶ Art. 465 2° C. civ.

serait alors reconnu comme un véritable contrat d'union civile allant au-delà de la simple organisation des rapports patrimoniaux des concubins.

Elle semble cependant en désaccord avec la solution dégagée par le Conseil constitutionnel qui envisage le mariage, à la différence du Pacs, comme un acte grave⁶⁴⁷. Or ce caractère grave de l'engagement ne varie pas en fonction de la mesure de protection, mais selon les effets du mode de conjugalité. Partant, cette proposition ne peut pas être retenue.

179. Deuxième proposition. La deuxième proposition prend le contrepied de la première puisqu'elle se fonde sur le mode de conjugalité choisi. Le majeur protégé qui envisage de se marier serait alors contraint d'obtenir l'autorisation du curateur ou du tuteur. À l'inverse, la conclusion d'un Pacs ne serait soumise qu'à l'assistance.

Une telle alternative prend pour postulat l'idée selon laquelle l'aide apportée au majeur protégé dépend du mode de conjugalité. Plus les effets sont nombreux et intenses, plus l'accompagnement du majeur protégé doit être important. Les conséquences du Pacs étant moindres que celles du mariage, notamment au vu du droit des successions, le majeur n'a pas besoin de bénéficier d'une protection aussi forte.

Néanmoins, une telle solution ne correspond pas au principe général du droit des majeurs protégés selon lequel le majeur sous curatelle est soumis à l'assistance de son curateur toutes les fois que dans la même situation le majeur sous tutelle doit bénéficier de l'autorisation de son tuteur.

180. Troisième proposition. Certains auteurs se prononcent en faveur d'une autre voie qui consiste en l'application d'une règle identique à tous les majeurs protégés, indépendamment du mode de conjugalité ou de la mesure de protection⁶⁴⁸.

Cette solution présente le mérite de simplifier la situation, mais elle opère un amalgame qui n'est pas forcément souhaitable. En effet, elle assimile le mariage et le Pacs bien qu'ils présentent encore des différences notables, notamment d'un point de vue successoral. En outre, l'application

⁶⁴⁷ Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *RJPF* 2012, p. 36, obs. A. LEBORGNE ; *D.* 2012, p. 1899, obs. G. RAOUL-CORMEIL ; *Dr. fam.* 2012, comm. n° 148, note I. MARIA ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. Th. VERHEYDE.

⁶⁴⁸ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 143, spéc. p. 142 ; J. HAUSER note sous demande de QPC n° Y 11-25.158, sur renvoi de CA Paris 6 sept. 2011, *RTD civ.* 2012. 293. V. aussi J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* 2011, dossier n° 6.

d'un régime semblable en tout point conduit à nier la différence entre la tutelle et la curatelle alors même que le choix de la mesure de protection résulte d'une appréciation souveraine des juges⁶⁴⁹ en fonction du degré d'altération des facultés mentales ou corporelles du majeur⁶⁵⁰. Cela signifie que, en principe, l'accompagnement du majeur sous curatelle est, pour ce dernier, moins contraignant que celui du majeur sous tutelle.

181. La préférence pour le droit positif. Aucune des voies proposées n'est satisfaisante si bien que la solution actuelle du Code civil semble la plus adéquate, car elle permet une protection optimale des majeurs protégés tout en dissociant le mariage et le Pacs.

182. Transition. Si les règles relatives au mariage et au Pacs des majeurs protégés permettent l'accompagnement du majeur protégé dans sa démarche conjugale. Bien qu'elles présentent une certaine disharmonie, elles ont le mérite d'exister. En effet, hors de ce champ aucune règle ne s'applique si bien que les concubins ne connaissent aucune règle spécifique.

B. L'accès du majeur protégé au concubinage

183. L'absence de contrôle sur le concubinage du majeur protégé. L'accès au concubinage est libre pour les majeurs protégés⁶⁵¹. Aucune restriction à la vie en concubinage n'existe, car la protection s'opère au quotidien grâce au droit commun des incapacités. Puisque le concubinage ne crée aucun statut, chaque acte est soumis au droit des incapacités. Partant, les effets du concubinage ne sont limités que s'ils résultent d'un contrat.

La nature du concubinage explique aussi l'absence de protection spécifique. Le concubinage est un fait juridique. Or le majeur protégé reste acteur de sa vie. Il a donc le loisir de la partager avec la personne de son choix. L'absence d'effets directs du concubinage justifie donc la liberté totale laissée au majeur protégé.

184. La convention de concubinage soumise à autorisation ou assistance. Si les concubins rédigent une convention dans laquelle ils fixent leurs obligations patrimoniales, ce

⁶⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n^{os} 07-21.488 et 08-10.804, non publiés, *AJ fam.* 2009, p. 263, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER.

⁶⁵⁰ Art. 428 C. civ.

⁶⁵¹ En ce sens, I. BARRIÈRE BROUSSE, « La vie de couple du majeur protégé », *RLDC* 2011, n^o 83, p. 74, spéc. p. 76.

contrat est soumis au droit commun des incapacités⁶⁵². Le majeur protégé doit alors être assisté ou autorisé en fonction du contenu de l'acte en question.

La convention de concubinage ne semble pas pouvoir être qualifiée d'acte strictement personnel,⁶⁵³ car la liste non exhaustive de ces actes, énumérés à l'article 458 du Code civil, ne fait pas référence au mariage ou au Pacs. Ainsi, si les modes de conjugalité les plus contraignants n'appartiennent pas à cette catégorie, le concubinage n'en fait pas non plus partie. En outre, le législateur préfère appliquer au mode de conjugalité un régime spécifique dérogatoire⁶⁵⁴ qui échappe au champ d'application des actes personnels.

Le contrat entre concubins qui aurait pour objectif de déterminer les obligations patrimoniales, voire personnelles⁶⁵⁵, d'un couple doit, de toute évidence, être rapproché du mariage et du Pacs. L'autorisation ou l'assistance est donc nécessaire. Le choix dépend donc du contenu du contrat et du degré d'altération des facultés personnelles de l'intéressé⁶⁵⁶.

185. La mesure de protection et l'hypothétique statut du concubinage. Toutefois si, par le truchement de la notion de couple, le concubinage vient à produire des effets de manière automatique, la protection du majeur protégé apparaît indispensable. L'importance de cette protection est proportionnelle à la puissance des effets attachés à la notion de couple. Moins les effets sont nombreux et importants, moins le recours à l'aide du curateur et du tuteur apparaît indispensable. Toutefois, il est nécessaire de veiller à ce que cette intervention n'entre pas en conflit avec la liberté personnelle du concubin. En effet, l'objectif d'une telle mesure est, non pas l'isolement du majeur protégé, mais sa protection, celle de son concubin et des tiers.

Or, opérer un contrôle sur la conjugalité hors mariage est dangereux, car l'intervention de la personne chargée de la protection est nécessairement rétroactive. Le curateur ou le tuteur ne peut

⁶⁵² Dans le même sens, J. HAUSER, « Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* 2011, dossier n° 6, n° 7.

⁶⁵³ Un tel acte ne donne pas lieu à assistance ou à autorisation. À propos de ces actes, v. par ex., S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012, p. 21.

⁶⁵⁴ En ce sens, P. SALVAGE-GEREST, « Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. – L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, étude n° 17, n° 10.

⁶⁵⁵ À condition qu'ils puissent le faire. Certains auteurs doutent de cette possibilité en raison du principe de liberté individuelle, mais aussi du caractère exclusif et impératif de l'institution matrimoniale. V. par ex., D. FENOUILLET, « Couple hors mariage et contrat », in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Économica, 2001, p. 81, spéc. p. 87.

⁶⁵⁶ Cons. const., 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, §5.

en effet intervenir qu'une fois la relation débutée, car tout contrôle *a priori* équivaldrait à priver le majeur protégé de toute possibilité de vivre une relation conjugale.

186. Conclusion chapitre 1. Le législateur a créé certaines règles afin de s'assurer de l'existence de l'intention conjugale au moment de la formation du lien conjugal entre les membres des couples déclarés. Bien qu'elles existent, ces règles n'ont pas la même origine. En effet alors que le consentement des époux est traité de manière spécifique, celui des partenaires est étudié par le prisme du droit des contrats. On retrouve dans ce domaine la volonté du législateur de différencier le Pacs et le mariage. Pourtant en raison de sa fonction d'organisation des rapports personnels et patrimoniaux des partenaires, le Pacs ressemble davantage au mariage qu'aux contrats. C'est pourquoi la mise en place de règles communes aux couples déclarés relatives au consentement est envisageable, voire souhaitable. Outre le fait d'apporter une certaine unité dans le traitement du consentement à la relation conjugale, cette démarche présenterait l'intérêt de gommer les différences existantes entre le Pacs et le mariage. En revanche, aucune disposition relative au consentement des concubins n'existe. Cette absence est notamment la conséquence de la nature du concubinage qui demeure une relation de fait. Ce faisant, l'introduction de normes relatives au consentement en matière de concubinage apparaît avant tout symbolique puisque la violation de ces dispositions n'entraînerait aucune sanction.

L'étude de l'intention conjugale ne se limite pas au contrôle de son existence. Le législateur souhaite aussi s'assurer de la qualité de celle-ci, notamment par les mesures relatives à l'âge. En ce domaine, des modifications pourraient être apportées afin d'unifier la matière. Ainsi, quel que soit le mode de conjugalité, un âge *minimum*, par exemple la majorité civile, pourrait être exigé afin de reconnaître juridiquement le couple. Par ailleurs, la qualité du consentement pose nécessairement la question de la conjugalité des majeurs. Néanmoins, dans ce domaine, contrairement à celui de la conjugalité des mineurs, aucun droit commun ne peut être proposé. Cela résulte notamment de la spécificité des mécanismes de protection des majeurs protégés.

Ainsi, d'une manière générale, la reconnaissance juridique du couple nécessite une intention conjugale réelle et de qualité. Puisque l'intention conjugale constitue la cause du couple, l'existence de ce dernier dépend du maintien de l'intention conjugale tout le temps de la relation.

Chapitre 2. La poursuite de l'intention conjugale pendant l'union

187. L'ambivalence de l'intention conjugale. L'intention conjugale est indispensable à la formation du couple, mais elle subsiste aussi tout au long de celle-ci. Bien que le législateur n'y fasse pas directement référence, c'est bien l'intention conjugale qui est évoquée dans les expressions d'élément intentionnel, d'élément subjectif ou d'élément moral de la communauté de vie.

L'intention conjugale se déduit de la manière de vivre des membres du couple, notamment du respect des devoirs imposés par leur mode de conjugalité. À ce titre, la communauté de vie apparaît comme l'élément idoine pour l'exprimer, car, d'une manière générale, le partage du toit et du lit manifeste la volonté de vivre en couple. Davantage qu'un simple révélateur, l'intention conjugale donne aux éléments objectifs une coloration particulière permettant ainsi la caractérisation du couple.

*« Le lien affectif est fondateur de l'entrée et de la vie en mariage, mais le droit ne s'en occupe pas directement »*⁶⁵⁷. L'observation du Professeur LABRUSSE-RIOU témoigne de l'ambivalence de l'élément affectif, à la fois indispensable et discret.

188. Annonce de plan. L'intention conjugale est discrète, car elle ne se révèle pas par elle-même (Section 1). En creux, elle fonde le couple, quel qu'il soit. D'une manière générale, elle conduit les membres du couple à vivre ensemble et à entretenir des relations sexuelles. Toutefois, sa proximité avec les sentiments rend sa preuve difficile. C'est pourquoi elle est présumée. Pourtant, il est indispensable puisque sans lui le couple n'existe pas. Il est surtout essentiel, car il maintient la communauté de vie et donc le couple lorsque les éléments matériels disparaissent (Section 2). C'est d'ailleurs le seul moment où il se révèle lui-même.

Section 1. Les manifestations de l'intention conjugale

189. Annonce de plan. Malgré l'importance de l'intention conjugale, ses apparitions sont rares. On ne la trouve que dans le droit de la nationalité et du divorce dans l'élément affectif (§1).

⁶⁵⁷ C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 75, spéc. p. 84.

En raison de la proximité de l'intention conjugale avec la sphère sentimentale, les juges préfèrent se concentrer sur des éléments concrets. C'est pourquoi, l'intention conjugale et par conséquent l'élément moral de la communauté de vie sont présumés tant par la cohabitation que par le titre dont disposent les couples déclarés (§ 2).

§1. Les manifestations explicites de l'intention conjugale

190. L'intention conjugale dans le droit de la nationalité. L'article 21-2 du Code civil permet à un époux d'obtenir la nationalité française à condition de mener une communauté de vie tant affective que matérielle depuis au moins quatre ans avec son conjoint français. La précision apportée par le législateur n'est pas superflue. Elle montre que la cohabitation seule est insuffisante pour caractériser la communauté de vie. Ainsi, lorsque la déclaration est postérieure ou concomitante à l'introduction d'une requête en divorce, la déclaration a toutes les chances d'être annulée⁶⁵⁸. Il importe peu que la communauté de vie matérielle ait perduré, l'introduction de la requête en divorce est significative de la disparition de l'intention conjugale. Les devoirs du mariage étant réciproques⁶⁵⁹, la survie d'une affection unilatérale ne suffit pas. En définitive chaque fois que les agissements des époux laissent planer un doute sur l'existence de l'intention conjugale et donc de l'élément moral de la communauté de vie⁶⁶⁰, la déclaration de nationalité est annulée.

Ce faisant, la Cour de cassation recherche, avant tout, à lutter contre les mariages naturalisants, c'est-à-dire ceux qui, dès l'origine, sont dépourvus de toute intention conjugale et non pas ceux dont l'élément subjectif a disparu au cours de l'union.

⁶⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 févr. 2016, n° 15-10.827, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-13.557, *Bull. civ. I*, n° 104 ; *Dr. fam.* 1998, comm. n° 111, note H. FULCHIRON. V. aussi CA Orléans, 27 nov. 2006, *JurisData* 2006-334962. Des époux s'étaient mariés. L'époux de nationalité étrangère fait une déclaration d'acquisition de nationalité qui est enregistrée quelques mois plus tard. Celle-ci est annulée pour défaut de communauté de vie, car, après l'enregistrement de la déclaration, les époux avaient intenté une action en divorce et une ordonnance de résidence séparée avait été rendue. Malgré cette ordonnance, les époux ont continué à cohabiter. Les juges ont estimé que la requête conjointe en divorce faisait perdre à la communauté de vie son élément affectif bien qu'ils aient continué à vivre ensemble. Deux enseignements peuvent être tirés de cet arrêt. D'une part et de manière assez classique, la cohabitation n'est pas suffisante pour caractériser le respect du devoir de communauté de vie. D'autre part, l'action en divorce fait perdre à la vie commune son élément psychologique.

⁶⁵⁹ J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.* 2000, p. 735.

⁶⁶⁰ CA Nancy, 22 janv. 2007, *JurisData* n° 2007-331584. La condamnation de l'épouse pour empoisonnement de son conjoint caractérise un défaut de communauté affective.

191. La similitude des notions de communauté de vie des articles 21-2 et 215 du Code civil. La référence explicite de l'article 21-2 du Code civil à la dimension affective de la vie commune confirme que la communauté de vie ne se limite pas à son aspect matériel. Bien que cette précision n'existe que dans le droit de la nationalité, il ne faut pas considérer que la communauté de vie de l'article 215 du Code civil diffère de celle du droit de la nationalité. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le ministère de l'Intégration⁶⁶¹ propose, dans sa circulaire du 29 décembre 2009⁶⁶², d'interpréter l'article 21-2 du Code civil à la lumière de l'article 215. Cette unification doit être saluée⁶⁶³.

192. L'ancien divorce pour rupture de la vie commune. Bien que le Code civil ne contienne aucune autre référence à l'élément moral de la communauté, le droit du divorce apporte un nouvel exemple de son existence. Sous l'empire de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune⁶⁶⁴, les époux pouvaient divorcer en raison de la séparation de fait depuis six ans, à condition que la communauté de vie tant affective que matérielle ait cessé⁶⁶⁵. En d'autres termes, l'intention conjugale doit avoir disparu⁶⁶⁶.

L'importance de l'intention conjugale est illustrée par le divorce pour rupture de la vie commune en raison de l'altération des facultés mentales du conjoint⁶⁶⁷. Le législateur a décidé d'autoriser le divorce des époux afin de libérer, après six années, le conjoint de l'époux malade. Bien souvent, dans ces cas de divorce, la communauté de toit existait. L'époux soumis au devoir moral et juridique de secours restait au chevet de son conjoint ou lui rendait visite à l'hôpital. Ce faisant, la cohabitation était en partie préservée. Toutefois, la progression de la maladie entraînait inexorablement la disparition de la communauté affective pour l'époux malade, mais aussi pour

⁶⁶¹ Le ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire a aujourd'hui disparu. Ses prérogatives ont été transmises au ministère de l'Intérieur.

⁶⁶² Circulaire n° NOR IMIC0900097C relative à la procédure d'acquisition de la nationalité en raison du mariage, spéc. p. 7.

⁶⁶³ M. LAMARCHE, « Nationalité, couples et communauté de vie », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 747, spéc. p. 750.

⁶⁶⁴ Ancien art. 237 C. civ.

⁶⁶⁵ Cass. civ. 2^e, 30 janv. 1980, n° 79-12.470, *Bull. civ. II*, n° 17 ; *Gaz. Pal.* 1980. I. 299, note J. VIATTE ; *JCP G* 1981. II. 19 521, note R. LINDON

⁶⁶⁶ En ce sens, J. HAUSER, « Divorce pour altération définitive du lien conjugal », *J.-Cl. Civ.*, art. 237 et 238, fasc. unique, n° 100.

⁶⁶⁷ Ancien art. 238 al. 1 C. civ.

son conjoint. En se préoccupant uniquement de la dimension subjective de la communauté de vie, les juges et le législateur ont incité le conjoint du malade à demeurer auprès de ce dernier. En effet, l'époux aidant ne se trouve pas prisonnier de la communauté de toit qu'il continue d'entretenir avec son conjoint afin de lui apporter le soutien et de lui prodiguer les soins nécessaires.

193. L'élément affectif dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal. Le divorce pour rupture de la vie commune a disparu au profit du divorce pour altération définitive du lien conjugal⁶⁶⁸. Malgré les modifications apportées par la loi du 26 mai 2004⁶⁶⁹, les décisions rendues sous l'empire de l'ancien divorce servent de source d'inspiration, car c'est bien la disparition d'une communauté de vie à la fois matérielle et affective qui entraîne le prononcé du divorce⁶⁷⁰. Ainsi le fait de vivre en concubinage avec une tierce personne tout en entretenant des relations étroites avec son épouse, dans l'intérêt des enfants et de leur patrimoine commun, laisse penser que l'intention conjugale demeure. Par conséquent, le divorce n'est pas prononcé⁶⁷¹.

194. Transition. L'absence de dispositions exigeant explicitement une intention conjugale se justifie par le fait que cette dernière est présumée par la cohabitation et le partage du lit.

§2. La présomption de l'intention conjugale

195. La présomption de l'existence de l'intention conjugale. La communauté de vie fonde le couple, elle en est « *la cause invisible* »⁶⁷². Les liens affectifs sont « *trop invisibles ou insaisissables pour autoriser une définition du couple à partir des affections* »⁶⁷³. C'est pourquoi l'intention conjugale est présumée.

⁶⁶⁸ Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319. Pour une vive critique de ce divorce, Ph. MALAURIE, « Conclusions sur la réforme du divorce », *Deffrénois* 2004, p. 1601.

⁶⁶⁹ Le délai de la séparation a été réduit de six ans à deux ans.

⁶⁷⁰ Fr. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008, n° 306 ; S. DEL ARCO, J.-J. LEMOULAND, « Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2005, étude 5, n° 10.

⁶⁷¹ CA Versailles, 7 janv. 2016, RG n° 14/07589, *AJ fam.* 2016, p. 209, obs. Fl. BERDEAUX-GACOGNE ; *Gaz. Pal.* 19 avril 2016, p. 63, note S. TRAVADE-LANNOY.

⁶⁷² C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, *Économica*, 1998, p. 75, spéc. p. 83.

⁶⁷³ C. LABRUSSE-RIOU, art. précité, spéc. pp. 84-85.

À l'égard des couples déclarés, la présomption est établie grâce au titre dont ils disposent. L'absence d'action en divorce ou de séparation de fait laisse supposer l'existence de leur intention conjugale⁶⁷⁴. Par conséquent, la preuve de l'intention conjugale est indirectement apportée par le titre des époux et des partenaires. Il est d'ailleurs étonnant que la force de la présomption soit identique pour les époux et les partenaires alors que contrairement aux époux, l'intention conjugale des partenaires ne fait l'objet d'aucun contrôle *a priori*⁶⁷⁵.

La cohabitation et le partage du lit permettent aussi de présumer la communauté de vie⁶⁷⁶. Contrairement au titre, la présomption tirée des éléments matériels est commune à tous les modes de conjugalité. En effet, les membres du couple vivent ensemble et entretiennent des relations sexuelles, car ils partagent l'intention de vivre à deux⁶⁷⁷. Néanmoins, en raison de la difficulté de preuve des relations sexuelles, les juges s'attardent avant tout sur la communauté de toit⁶⁷⁸. C'est pourquoi lorsque les époux ne prouvent pas la fin de leur cohabitation le divorce n'est pas toujours

⁶⁷⁴ Cette présomption résulte de la préférence du droit français pour le titre en matière de mariage. Cela a notamment eu pour objectif d'empêcher l'acquisition de l'état d'époux par possession (cette notion étant l'héritière de la présomption de mariage mise en lumière vers le III^e siècle après J-C. Sur ce point en particulier, G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, préf. P. Murat, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008, n° 7). Sur la question de preuve dans le droit du mariage, J. VIATTE, « La preuve du mariage », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. 33 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDE, La Mouette, 2002, n° 255. V. aussi Fr. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil. La famille*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2011, n° 108 : « ce système remonte à l'ordonnance de Blois de 1579, inspirée elle-même des décisions du Concile de Trente qui a proclamé la nécessité de la célébration du mariage, alors qu'auparavant le mariage résultait de la volonté des époux et de leur cohabitation et que la preuve en était apportée le plus souvent par la possession d'état ». V. aussi P. HILT, « La preuve de l'existence du couple », *AJ fam.* 2007, p. 452.

⁶⁷⁵ Le transfert des compétences d'enregistrement des déclarations aux officiers de l'état civil ne crée pas un contrôle du consentement des partenaires. Puisqu'il n'appartenait pas aux greffiers de contrôler la réalité du consentement des futurs partenaires, la tâche n'incombe pas non plus à l'officier d'état civil, dorénavant chargé de l'enregistrement. Décret n° 2017-889 du 6 mai 2017 relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité, *JORF* 10 mai 2017, texte n° 111. V. aussi, la circulaire du 10 mai 2017 relative à la présentation des dispositions en matière de pacte civil de solidarité issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et du décret du 6 mai 2017 relatif au transfert aux officiers de l'état civil de l'enregistrement des déclarations, des modifications et des dissolutions des pactes civils de solidarité, *BOMJ* n° 2017-05 du 31 mai 2017, spéc. p. 12. Les officiers de l'état civil doivent se contenter de vérifier les pièces produites par les partenaires au regard de la capacité et des empêchements des articles 515-1 et 515-2 Code civil.

⁶⁷⁶ Cass. civ. 2^e, 20 juill. 1987, n° 87-60.129, *Bull. civ. II*, n° 174. La Cour de cassation décide « *qu'en statuant ainsi, alors que la communauté de vie des époux est présumée (...)* ». *In fine* Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET.

⁶⁷⁷ *In fine* Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET.

⁶⁷⁸ V. par ex. en matière de Pacs, Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, non publié, *D.* 2017, p. 1082 ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. SAULIER. L'arrêt n'a pas directement trait à la présomption. Toutefois, on peut trouver dans la solution un indice de la force de la vie commune notamment de la cohabitation.

prononcé, car en ne démontrant pas la disparition de leur cohabitation, la présomption portant sur l'élément moral de la communauté de vie survit⁶⁷⁹.

Cette présomption de la communauté de vie dans sa dimension affective par la cohabitation présente un intérêt tout particulier pour les concubins qui ne disposent d'aucun autre moyen pour prouver la réalité de leur intention conjugale⁶⁸⁰.

196. Indispensable, mais présumé. Les juges, en raison du caractère insondable de l'intention conjugale, préfèrent se fonder sur des éléments concrets pour l'identifier. Elle apparaît en filigrane derrière les éléments objectifs de la communauté de vie. En d'autres termes, la cohabitation et les relations sexuelles attestent de l'existence de l'intention conjugale. Par conséquent, d'un point de vue juridique l'intention conjugale joue un rôle limité. Cela marque « *l'écart entre la réalité affective et la réalité juridique* »⁶⁸¹.

197. Transition. L'élément moral de la communauté apparaît dans tous les modes de conjugalité, mais seulement à l'état de présomption. Son utilité s'en trouve réduite. Toutefois, il retrouve une véritable force lorsque les éléments objectifs de la communauté de vie disparaissent puisqu'il permet le maintien du couple.

⁶⁷⁹ CA Versailles, 31 mars 2011, *Juris-Data* n° 2011-005774 ; *Dr. fam.* 2011, comm. n° 94, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Le fait d'habiter dans le même immeuble, mais à des étages différents, ne suffit pas à prouver la disparition de la communauté affective.

⁶⁸⁰ En ce sens, Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, p. 57 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 224. *Contra* A. AVRAMO, *Les conditions de vie du couple. Essai sur les obligations conjugales*, thèse Université du Sud Toulon-Var, 2004, p. 58.

⁶⁸¹ C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 75, spéc. p. 82.

Section 2. Le rôle de l'intention conjugale

198. La dématérialisation⁶⁸² de la communauté de vie des époux par l'article 108 du Code civil. La dématérialisation de la communauté de vie est avant tout un phénomène sociologique qui prend sa source dans le mouvement d'indépendance des femmes et la multiplication des relations à distance, dont les origines peuvent être multiples. Bien que l'on ne doive pas déduire la dématérialisation de la communauté de vie de l'article 108 du Code civil⁶⁸³, car la résidence, notion concrète, désigne le lieu de vie effectif du couple alors que le domicile, notion abstraite, représente « *le siège légal de la personne* »⁶⁸⁴, les juges, afin de tenir compte de ce phénomène, ont maladroitement combiné les articles 108 et 215 alinéa 3 du Code civil. De sorte que désormais l'association de ces dispositions fonde la possibilité pour les époux de ne pas vivre au quotidien au même endroit⁶⁸⁵.

La dématérialisation permet à l'intention conjugale et donc à l'élément moral de la communauté de vie de s'exprimer pleinement en ce qu'il maintient la communauté de vie entre les retrouvailles. En effet en l'absence de cohabitation, la communauté de vie subsiste uniquement grâce à l'intention conjugale. L'élément moral assure alors la continuité de la communauté de vie. Par conséquent, la cessation temporaire de la communauté de toit, quelles qu'en soient les

⁶⁸² La différence doit être faite entre la subjectivisation et la dématérialisation de la communauté de vie. La subjectivisation de la communauté de vie s'entend d'une communauté de vie étrangère à tout élément matériel et/ou corporel. Dès lors, elle ne s'apprécie qu'au travers de l'élément subjectif. La dématérialisation, quant à elle, véhicule la théorie selon laquelle la communauté de vie peut temporairement se détacher de toute considération matérielle. La dématérialisation est un progrès alors que la subjectivisation est un danger, car les éléments matériels et corporels sont des révélateurs de l'élément subjectif. La subjectivisation de la communauté de vie fait « *perdre au mariage son caractère d'institution d'ordre public* ». En ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Organisation de la société familiale. Communauté de vie (art. 215, al. 1^{er}) », *J.-Cl. Civil Code*, art. 212 à 215, fasc. 20, n° 88. En effet, en spiritualisant la communauté de vie, les aspects objectifs n'ont plus lieu d'exister. Les époux ont alors la possibilité d'organiser leur vie commune comme ils le souhaitent. À long terme, cela marquerait la disparition du devoir de cohabitation et du devoir conjugal.

⁶⁸³ V. *supra* n° 54.

⁶⁸⁴ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Organisation de la société familiale. Communauté de vie (art. 215, al. 1^{er}) », *J.-Cl. Civil Code*, art. 212 à 215, fasc. 20, n° 15.

⁶⁸⁵ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, n° 97-15.520, non publié : « Mais attendu qu'il ressort de ces textes que si les époux peuvent avoir temporairement des domiciles distincts, notamment pour des raisons professionnelles (...) » ; Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, Bull. civ. I, n° 25 ; D. 2014. 482 ; AJ fam. 2014, p. 192, note P. HILT ; A. RICHEL-PONS, « Notion de communauté de vie », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 797 ; CE, 19 janv. 1998, req. n° 126809, D. 1998, p. 521, note G. TIXIER, Th. LAMULLE. V. *supra* n° 54.

raisons⁶⁸⁶, n'a pas de répercussions sur la vie commune, car l'élément moral vient combler l'absence de cohabitation⁶⁸⁷.

En définitive, si la cohabitation présume la communauté de vie, l'absence de partage du toit ne présume pas l'absence de communauté de vie⁶⁸⁸.

199. La condition du caractère temporaire du maintien. Afin de ne pas vider la communauté de vie de sa substance, des retrouvailles sont exigées⁶⁸⁹, car le défaut de cohabitation doit être temporaire⁶⁹⁰. En effet, une perspective de cohabitation s'avère nécessaire, car l'élément moral doit s'extérioriser par des éléments objectifs.

En cas contraire, on assisterait à une subjectivisation totale de la communauté de vie qui bouleverserait l'institution matrimoniale, le Pacs et le concubinage. Ces modes de conjugalité n'auraient plus besoin de contenir une dimension sexuelle ou matérielle, mais seulement une dimension affective. Le couple s'en trouverait dénaturé puisque la cohabitation et l'union sexuelle donnent au couple une coloration particulière qui le distingue des amis par exemple. C'est pourquoi le rôle de maintien de la communauté de vie assuré par l'élément subjectif ne doit être que temporaire⁶⁹¹. « *Primauté de l'élément intentionnel, mais subsistance de l'élément matériel sont les maîtres mots de la réalité de la communauté de vie* »⁶⁹².

⁶⁸⁶ Les raisons professionnelles peuvent expliquer cette absence de communauté de toit. Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *AJ fam.* 2014, p. 192, note P. HILT ; CE 19 janv. 1998, req. n° 126809, *D.* 1998, p. 521, note G. TIXIER, Th. LAMULLE. Des raisons pénales peuvent aussi l'expliquer. Ainsi, l'absence de communauté de toit peut être due au fait que l'épouse soit sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière. En ce sens, CA Agen, 31 mars 2010, *Juris-Data* n° 2010-005693.

⁶⁸⁷ La Cour de cassation a par exemple considéré qu'une interruption de la cohabitation ne fait pas perdre à l'étranger le droit d'acquérir la nationalité de son conjoint, dès lors que la communauté de toit a repris. V. Cass. civ. 1^{re}, 18 sept. 2002, n° 00-17.863, *Bull. civ. I*, n° 205.

⁶⁸⁸ *In fine* Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, n° 10-21.914, non publié, *RTD civ.* 2012, p. 95, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2011, comm. n° 176, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 2012, p. 971, note J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2011, p. 553, note B. DE BOYSSON ; Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873, *Bull. civ. I*, n° 25, *RTD civ.* 2014, p. 340, obs. J. HAUSER ; *JCP G* 2014, doct., p. 953, obs. M. LAMARCHE ; *AJ fam.* 2014, p. 192, note P. HILT.

⁶⁸⁹ Ce lieu de retrouvailles sera généralement la résidence familiale.

⁶⁹⁰ Le caractère temporaire de la cessation de la cohabitation est apprécié souverainement par les juges du fond.

⁶⁹¹ En ce sens, L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDE, La Mouette, 2002, n° 220 ; *Dr. fam.* 1999, comm. n° 110, note H. LÉCUYER.

⁶⁹² M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n° 332.

200. La remise en cause du caractère temporaire par la conjugalité des détenus. Le caractère temporaire de l'absence d'éléments objectifs est parfois remis en question par certaines situations dans lesquelles l'absence de cohabitation est durable.

Par exemple, à la suite de l'emprisonnement de l'un des membres du couple⁶⁹³, la cohabitation ainsi que le partage du lit font défaut. Dans ces cas, la survie de l'intention conjugale préserve le mariage ou le Pacs. L'intention conjugale qui s'exprime dans l'élément moral de la communauté de vie pallie l'absence de cohabitation et de communauté de lit due à l'incarcération. Une fois la peine purgée, le couple retrouvera une communauté de vie ordinaire.

Même dans le cadre des condamnations à perpétuité, il existe, le plus souvent, une perspective de recouvrer une communauté de toit et de lit. En effet, les Cours d'Assises françaises prononcent rarement la " perpétuité réelle "⁶⁹⁴, car l'arsenal répressif français, contrairement aux États-Unis par exemple⁶⁹⁵, prévoit des peines de réclusions perpétuelles assorties de périodes de sûreté⁶⁹⁶. La perspective d'une libération et, par conséquent, d'une communauté de vie matérialisée existe donc bien, malgré le fait que plusieurs années voire plusieurs décennies puissent s'écouler entre deux cohabitations.

⁶⁹³ Ici, on ne traite que des détenus qui ne bénéficient d'aucune permission de sortie ou d'autres aménagements de peine permettant d'entretenir les liens conjugaux. Les autres ont la possibilité de mener une communauté de vie qui se rapproche davantage des situations ordinaires. En outre, il importe peu que le mariage ou le Pacs soit célébré ou enregistré avant ou pendant l'incarcération puisque le droit interne comme les droits de l'Homme autorisent le mariage des prisonniers. La Pologne a par exemple été condamnée par la Cour EDH pour avoir refusé un mariage avec un détenu. En ce sens, Cour EDH, 5 janv. 2010, n^{os} 22933/02 et 24 023/3, *Frasik et Jaremicz c. Pologne*, Dr. fam. 2010, comm. n^o 37, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. L'interprétation de cet arrêt permet d'affirmer que l'obligation faite à un détenu d'attendre sa libération pour se marier est contraire au droit de se marier. En ce sens, M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Mariage (1^o généralités), n^o 55. La Cour EDH a récemment confirmé le principe selon lequel les détenus ont le droit de se marier. En ce sens, Cour EDH, 18 déc. 2016, n^o 44316/07, *Chernetskiy c. Ukraine*, AJ pén. 2017, p. 100, obs. M. HERZOG-ÉVANS.

⁶⁹⁴ À ce propos, l'article du journal le Monde du 12 janvier 2016 est précieux. http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2016/01/12/la-perpetuite-reelle-existe-t-elle-en-france_4846127_4355770.html.

⁶⁹⁵ J. PRADEL, « La peine perpétuelle en droit comparé », in Y. LÉCUYER (dir.), *La perpétuité réelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, 2012, p. 41.

⁶⁹⁶ Art. 132-23 al. 2 C. pén.. La période de sûreté est en principe de dix-huit ans. Cependant, les juges disposent d'un pouvoir de modulation enfermé dans une durée maximale de trente ans. Toutefois, depuis quelques années, cette période incompressible peut être illimitée. De sorte que cela conduit à une perpétuité incompréhensible. En ce sens, loi n^o 94-89 du 1^{er} février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JORF* 2 févr. 1994, p. 1803 ; M.-L. RASSAT, « Création d'une peine dite incompressible », *RSC* 1994, p. 778. V. aussi, C. MARIE, « Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in Y. LÉCUYER (dir.), *La perpétuité réelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, coll. L'univers des normes, 2012, p. 15.

En outre, les situations dans lesquelles la relation conjugale survit uniquement dans sa dimension affective sont rares puisque les visites reçues par les détenus représentent, en quelque sorte, un succédané à la cohabitation, une espèce de lieu de retrouvailles. Ainsi l'incarcération ne fait pas tomber la communauté de vie qui survit dans sa dimension affective⁶⁹⁷.

Aussi longtemps que les époux ou les partenaires partagent une intention conjugale, le mode de conjugalité survit aux aléas montrant ainsi à la fois la dématérialisation de la communauté de vie, l'importance de l'intention conjugale⁶⁹⁸ et la force du titre dont disposent les époux et les partenaires.

Pour les concubins, l'absence de titre rend leur situation plus délicate puisque leur relation n'est extériorisée que grâce aux éléments matériels. De sorte que leur absence constitue un obstacle à la reconnaissance du concubinage. Il incombe alors au juge, le cas échéant, de procéder à un examen de la situation pour décider de l'existence de la relation de concubinage. À ce titre, les échanges par lettres missives, les visites au détenu sont autant de manifestations de la volonté de faire perdurer la relation conjugale.

201. Le placement en raison de l'atteinte des facultés mentales d'un époux. La survie de la conjugalité grâce à l'élément moral de la vie commune est une réalité. Elle est possible à condition que la volonté de vivre en couple soit réciproque et certaine. Toutefois, on rencontre certaines situations dans lesquelles la communauté de vie n'est réduite qu'à une intention conjugale unilatérale, notamment lorsque l'un des membres du couple est placé dans une institution spécialisée en raison de l'altération de ses facultés mentales.

Dans ces cas, la communauté de vie survit seulement grâce à l'élément moral, car le placement met fin au partage du toit, bien que les visites constituent un ersatz de communauté de toit, alors que la maladie met un terme aux sentiments du malade. L'intention conjugale devient alors unilatérale, car elle n'est exprimée que par le membre du couple sain d'esprit. Néanmoins, bien qu'unilatérale, elle suffit à faire survivre la communauté de vie, car « *qualitativement cette communauté de vie aura souvent plus de valeur du fait de sa résistance à l'épreuve* »⁶⁹⁹. En effet,

⁶⁹⁷ TI Agen, 29 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 837, obs. J. HAUSER.

⁶⁹⁸ Sur ce dernier point, L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n^{os} 217 et s.

⁶⁹⁹ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n^o 329.

si le conjoint de la personne touchée par une aliénation mentale conserve son affection pour l'autre alors la communauté de vie est réputée se poursuivre au moins virtuellement à condition que le défaut de cohabitation soit imputable à la maladie⁷⁰⁰. L'élément moral occupe alors une place primordiale puisqu'il permet, à lui seul, de maintenir le couple alors que la perspective de cohabitation est absente.

202. La survie de la communauté de vie dans les cas marginaux d'absence. L'absence, situation relativement rare⁷⁰¹, met aussi en lumière la survie de la communauté de vie au travers de l'élément affectif. Dans ces situations, le mariage ou le Pacs de l'absent subsiste pour au moins dix ans, faisant ainsi naître une sorte de présomption de survie de l'intention conjugale. En effet, la période de présomption d'absence ouverte par la constatation judiciaire d'absence n'a aucun effet sur le mode de conjugalité déclaré. Seules la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal⁷⁰², la résiliation unilatérale du Pacs ou la déclaration d'absence mettent fin au mariage ou au Pacs. Pendant la période qui court de l'absence jusqu'à la déclaration judiciaire d'absence, le couple déclaré ne survit que grâce à l'élément affectif artificiellement maintenu par le droit. Cette survie illustre la volonté de permettre un retour de l'absent, mais elle a aussi pour conséquence de présumer la survie de l'élément moral.

203. Le caractère temporaire de l'absence d'éléments objectifs dans le concubinage. Le maintien dans la durée de la communauté de vie des couples déclarés par l'élément intentionnel est rendu possible par le titre dont ils disposent.

La relation de fait que vivent les concubins les met dans une situation différente puisqu'ils doivent constamment renouveler leur intention conjugale. En d'autres termes, à l'instantanéité des couples déclarés s'oppose le renouvellement constant de l'engagement des concubins⁷⁰³. Pour s'assurer de ce renouvellement, les juges se fondent sur des éléments objectifs comme la cohabitation. De sorte qu'en l'absence prolongée de toit commun et de lit partagé, l'intention

⁷⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1991, n° 89-15.501, non publié, *Defrénois* 1991, p. 1259, obs. J. MASSIP. C'est un élément extérieur aux époux qui s'impose à eux.

⁷⁰¹ Selon le ministère de la Justice, en 2010, les tribunaux ont été saisis de trois demandes de constatation d'absence et de cent quatre-vingt-quatorze demandes de déclaration d'absence.

⁷⁰² Elle peut en effet être demandée au minimum deux ans après la constatation d'absence. Art. 237 et 238 C. civ. À ce propos, M. VIVANT, « Le régime juridique de la non-présence », *RTD civ.* 1982, p. 1, spéc. n^{os} 21 et 22.

⁷⁰³ O. GRANDSIRE, « L'érosion de la volonté matrimoniale », in *Études à la mémoire du Professeur Albert Rieg*, Bruylant, 2000, p. 389, spéc. p. 392.

conjugale, orpheline de toutes manifestations matérielles, n'est plus révélée. Par conséquent, la relation de concubinage disparaît.

Les éléments objectifs sont les seuls à extérioriser le renouvellement constant de l'intention conjugale des concubins⁷⁰⁴. C'est pourquoi, davantage que les couples déclarés, l'absence de matérialisation de la vie commune doit être temporaire. La perspective d'une cohabitation à venir est, à l'instar des couples déclarés, indispensable à la caractérisation du concubinage⁷⁰⁵.

L'élément affectif seul ne suffit pas à faire exister le couple⁷⁰⁶. Cela signifie que dans le concubinage, plus encore que dans le mariage et le Pacs, un élément isolé de la communauté de vie ne permet pas d'identifier la relation conjugale⁷⁰⁷. Cette différence s'explique notamment par l'absence de titre qui *de facto* renforce le rôle des éléments matériels pour apporter la preuve de l'existence du concubinage.

204. L'absence de hiérarchie entre les éléments de la communauté de vie. L'élément subjectif de la communauté de vie joue donc un rôle actif en colmatant les brèches ouvertes par l'absence de partage du toit et de lit. Selon certains, ce rôle singulier situe l'intention conjugale au sommet de la hiérarchie des éléments de la communauté de vie⁷⁰⁸, car les éléments matériels ne seraient que les signes extérieurs de l'intention conjugale et donc de l'élément intentionnel.

Néanmoins, davantage qu'une hiérarchie c'est un rapport de dépendance réciproque qui s'installe entre les éléments de la communauté de vie. Ainsi, les éléments objectifs révèlent l'existence de l'élément subjectif⁷⁰⁹, mais ce dernier donne tout son sens à la cohabitation et aux

⁷⁰⁴ En ce sens, notamment en matière de concubinage, Ph. MALAURIE, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », in *Archives de philosophie du droit*, t. 20, Sirey, 1975, p. 17, spéc. p. 22.

⁷⁰⁵ CA Lyon, 2 juill. 2013, *JurisData* 2013-015269 ; *Dr. fam.* 2013, comm. n° 132, note J.-R. BINET.

⁷⁰⁶ Ce constat vaut pour le concubinage comme pour les autres modes de conjugalité. En ce sens, C. LABRUSSE-RIOU, « Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Économica, 1998, p. 75, spéc. p. 81.

⁷⁰⁷ CA Paris, 18 juin 2002, *JurisData* 2002-179391 ; CA Toulouse, 6 mars 2000, *JurisData* n° 2000-116181 ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 106, note H. LÉCUYER. Ce dernier arrêt n'est pas conventionnel puisque les juges ne recherchent pas si l'exigence de cohabitation est remplie.

⁷⁰⁸ M.-Fr. CALLU, « Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question : l'évolution contemporaine du droit français*, t. 2, CNRS, 1979, p. 5, spéc. p. 9 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 222. D'autres, au contraire, estiment que la cohabitation se situe au sommet de la hiérarchie. En ce sens, v. par ex. Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 58.

⁷⁰⁹ En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET.

relations sexuelles. Ils sont donc interdépendants. Seule l'imbrication de ces éléments caractérise la communauté de vie⁷¹⁰. La Cour de cassation exclut d'ailleurs toute hiérarchie lorsqu'elle décide que la communauté de vie se compose « *notamment* » du partage du toit⁷¹¹. Le contrôle du juge porte, en premier lieu, sur la cohabitation tout en précisant, par l'utilisation de l'adverbe « *notamment* », que la communauté de vie est un ensemble formé de différents éléments indissociables entre lesquels aucune hiérarchie ne peut être établie⁷¹².

En définitive, les éléments de la communauté de vie ne se situent pas sur le même plan. L'élément subjectif crée le couple en ce qu'il existe avant même la reconnaissance juridique de l'union alors que les communautés de toit et de lit transforment l'union en une relation appréhendée par le Droit.

205. Conclusion chapitre 2. L'intention conjugale doit non seulement exister au moment de la formation du lien conjugal, mais elle doit aussi perdurer pendant l'union. Malgré son importance, le Code civil comporte peu de références à l'intention conjugale. On la retrouve dans le droit de la nationalité ou dans le droit du divorce. D'une manière générale, l'intention conjugale est discrète, car elle est seulement présumée. La cohabitation et le partage du lit laissent en effet présumer l'existence de l'intention conjugale. Les membres du couple vivent sous le même toit et ils entretiennent des relations sexuelles, car ils sont mus par une intention conjugale. Cette dernière est en réalité la cause des éléments matériel et corporel de la communauté de vie. C'est pourquoi elle permet, pendant un certain temps, de maintenir la communauté de vie en l'absence de cohabitation et de relations sexuelles.

206. Conclusion Titre 2. L'élément moral achève l'étude de la communauté de vie. Présente tout au long de la relation, elle en constitue le fil-rouge. Bien qu'elle soit discrète, elle n'en demeure pas moins indispensable.

⁷¹⁰ À titre d'exemple, la cohabitation seule ne suffit pas à exprimer l'intention conjugale. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-13.441, à paraître, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74, obs. M. GAYET.

⁷¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 mai 1979, n° 77-15.822, *Bull. civ. I*, n° 135 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juil. 1980, n° 78-16.258, *Bull. civ. I*, n° 206. L'utilisation de cet adverbe a été mise en avant par J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 108. V. aussi R. OUEDRAOGO, *La notion de devoir en droit de la famille*, préf. E. RUDE-ANTOINE, Bruylant, 2014, n° 156.

⁷¹² *Dr. fam.* 1999, comm. n° 110, note H. LÉCUYER

L'intention conjugale est commune à tous les couples. Malgré le fait qu'il ne soit pas toujours contrôlé de la même manière, qu'il s'exprime parfois différemment, l'élément moral de la communauté de vie fonde le couple, quel que soit le mode de conjugalité.

L'élément subjectif donne à la relation une coloration particulière qui la démarque des autres modes de vie à deux. Toutefois, malgré cette prégnance, l'élément moral de la communauté est difficile à cerner en raison de sa nature particulière. Si quelques éléments matériels tels que le partage du toit et l'œuvre de chair semblent pouvoir révéler l'intention conjugale, elle reste intimement liée aux sentiments. Ce faisant, elle demeure une notion largement fuyante.

En dépit de cela, il semble qu'à ce stade, le couple puisse être défini comme une union entre deux personnes majeures qui mènent une communauté de vie tant affective que matérielle. Néanmoins, tous les couples qui partagent un toit, un lit et une intention conjugale ne peuvent pas être reconnus. Seuls ceux qui respectent les principaux moraux profondément ancrés dans la société connaissent une existence juridique.

Titre 3. LES ÉLÉMENTS D'ORDRE SOCIOLOGIQUE

207. La défense d'un intérêt général. La relation de couple est une liberté⁷¹³. Toutefois, le couple doit respecter certaines valeurs sociales. Certaines d'entre elles, comme l'égalité dans le couple, sont relativement récentes⁷¹⁴. D'autres, plus anciennes, sont l'héritage de la culture judéo-chrétienne largement répandue en Europe occidentale.

Soumettre la reconnaissance du couple au respect de certaines valeurs participe à la défense de l'intérêt général, car ces valeurs apparaissent nécessaires au maintien de l'ordre social⁷¹⁵. Par ailleurs, ces règles, peu contestées, emportent l'adhésion du plus grand nombre.

⁷¹³ Deux personnes mènent une vie de couple, car elles le décident. Cette liberté a été explicitement reconnue en matière de mariage. Elle est constitutionnellement protégée depuis une décision du 13 août 1993 (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC.). Les sages de la rue Montpensier ont eu l'occasion de renouveler leur solution, mais en faisant évoluer le fondement de la liberté matrimoniale qui est désormais une « *composante de la liberté personnelle* » (Cons. const., 20 nov. 2003, no 2003-484 DC; D. 2004. 1405, obs. O. LECUCQ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. J. HAUSER.. Elle est alors protégée plus largement par les articles 2 et 4 de la DDHC. A ce jour, la liberté conjugale se limite à la liberté matrimoniale. Seuls les époux en sont bénéficiaires. Pour les autres modes de conjugalité, il n'existe aucune référence explicite à la liberté de se pacser ou de vivre en concubinage. La lettre de l'article 12 de la Convention EDH semble interdire toute extension bien que l'esprit du texte ne semble pas nécessairement s'y opposer. Une partie de la doctrine appelle d'ailleurs de ces vœux la consécration d'une liberté pacsimoniale. En ce sens, D. FENOUILLET, « Couple hors mariage et contrat », in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 81, no 1.2, p. 115. Une Cour d'appel a d'ailleurs pu se prononcer en ce sens en estimant que « le droit de conclure un pacte civil de solidarité constitue une liberté fondamentale » : CA Paris, 11 oct. 2005, *Juris-Data* n° 2005-286889.

⁷¹⁴ La loi du 13 juillet 1965 (loi n° 65-570 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* 14 juil. 1965, p. 6044) marque une étape importante dans la mise en œuvre du principe d'égalité entre les époux, des insuffisances apparaissaient encore. À titre d'exemple, seul le mari administrait les biens communs, la catégorie des biens réservés dans le cadre de la profession séparée des époux survivait. À ce propos, M. GOBERT, « Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille », *JCP G* 1967. I. 2122. En matière de mariage, l'égalité entre les époux est finalement l'œuvre de la loi du 23 décembre 1985 (loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, *JORF* 26 déc. 1985, p. 15111). La communauté est depuis lors administrée par deux personnes qui reçoivent chacun les mêmes pouvoirs. Le législateur est aussi intervenu en supprimant certaines dispositions jugées inégalitaires. Sur ce point, J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 50. Ce phénomène d'égalité dans le couple conjugal doit beaucoup à la consécration d'un modèle d'autorité parentale partagée entre les parents. En ce sens, Cl. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 2^{de} partie », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 17, n°s 30 et s. Le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale a en effet permis de mettre la femme au cœur du couple parental et, ce faisant, de promouvoir l'égalité au sein du couple.

⁷¹⁵ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n°s 58 et s.

Puisque le couple est un « *pivot de l'ordre social* »⁷¹⁶, sa reconnaissance juridique est subordonnée au respect de considérations d'ordre social fortement ancrées dans la société⁷¹⁷.

208. Annonce de plan. La reconnaissance juridique du couple conjugal dépend du respect des principes de monogamie (Chapitre 1) et d'interdit de l'inceste (Chapitre 2), car ces exigences contribuent à la stabilité de l'ordre social. Le couple est en effet composé de deux personnes qui vivent une relation exclusive et entre qui aucun lien de parenté ou d'alliance n'existe. Cantonnées dans un premier temps au mariage, ces exigences ont par la suite et dans une certaine mesure été transposées au Pacs. L'avènement du pluralisme commande une extension de ces conditions d'ordre sociologique à toutes les formes de conjugalité, car la reconnaissance juridique du couple est subordonnée au respect des mœurs de la société dans laquelle le couple évolue.

⁷¹⁶ M. SAULIER, *ibidem*.

⁷¹⁷ En ce sens, J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à fin du XX^e siècle », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller* LGDJ, 1994, p. 235, spéc. p. 242.

Chapitre 1. La monogamie

209. La monogamie, la polygamie et la bigamie. La monogamie est le principe selon lequel une personne mariée ne peut contracter un nouveau mariage sans avoir dissous le premier. La monogamie est souvent confondue avec la bigamie et la polygamie. Contrairement à ce que l'étymologie et le sens courant laissent penser, juridiquement il ne s'agit pas d'une différence de quantité où le bigame aurait deux conjoints et le polygame en aurait plus de deux, mais d'une différence de nature. En effet, la polygamie est la reconnaissance par certains statuts personnels de la possibilité de vivre simultanément plusieurs mariages⁷¹⁸ alors que la bigamie est l'interdiction de contracter un mariage avant la dissolution du premier⁷¹⁹. Les termes ne sont donc pas synonymes.

210. Rappel d'ordre sémantique. Préalablement à tous développements au fond, une précision sémantique est indispensable. Étymologiquement, la bigamie, la polygamie, la monogamie se rapportent toutes au "*gamos*" qui signifiait "le mariage". De sorte que l'exportation de ces termes hors de la sphère matrimoniale paraît à première vue inadaptée, car malgré la richesse du vocabulaire français, aucun terme ne semble convenir.

Afin de pallier cette carence, certains ont proposé la « *polypacsie* »⁷²⁰ ou le « *polyconcubinage* »⁷²¹. Néanmoins, ces termes restent des néologismes qui ont rencontré un succès limité. Par conséquent, dans cette étude les termes de monogamie, polygamie ou bigamie s'appliquent à toutes les situations conjugales et pas seulement au mariage.

211. La monogamie : principe hérité de la religion chrétienne. La religion chrétienne a au fil des siècles imposé un principe monogamique⁷²². L'adoption de ce principe par les civilisations judéo-chrétiennes s'est faite progressivement, mais à ce jour, « *de Moscou à New*

⁷¹⁸ La polygamie désigne à la fois la polyandrie, qui représente la situation de fait dans laquelle une femme est unie à plusieurs hommes, et la polygynie, qui désigne la situation de fait dans laquelle un homme a plusieurs épouses).

⁷¹⁹ En ce sens, B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, préf. P. BOUREL, GLN Joly, 1993, n° 6 ; M. LAMARCHE, « Ne confondons pas polygamie et bigamie ! Distinguons unions légales et unions de fait », *Dr. fam.* 2010, alerte n° 47.

⁷²⁰ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 368, p. 222.

⁷²¹ Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 309, spéc. p. 364.

⁷²² Bien que dans certains pays chrétiens d'Afrique, les coutumes polygamiques semblent persister.

York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de la civilisation »⁷²³.

En cela, les pays de culture chrétienne s'opposent à ceux de culture musulmane dans lesquels la polygamie est autorisée à condition que le mari en ait les moyens⁷²⁴. Les pays d'Afrique subsaharienne, en vertu du droit coutumier reconnu par le droit colonial, tolèrent aussi la polygamie bien que, dans ces derniers pays, le principe monogamique ne cesse de gagner en importance, marquant ainsi la montée en puissance du principe monogamique⁷²⁵.

212. Le principe monogamique pour la défense de la dignité de la femme. La défense du principe monogamique n'illustre pas seulement la volonté de préserver l'héritage de la culture judéo-chrétienne. Elle porte aussi en elle la volonté de reconnaître de la dignité de la femme⁷²⁶ et de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Si aujourd'hui, la recherche d'égalité entre les sexes est le principal argument avancé pour imposer le principe monogamique, pendant longtemps la recherche de promotion de la dignité de la femme a fondé l'interdiction de la polygamie.

213. Annonce de plan. Les enjeux, notamment ceux de la place de la femme dans la société ainsi que la préservation de principes fondateurs, sont d'une telle importance que la défense du principe monogamique se retrouve aussi bien dans le Code civil dans les empêchements à mariage que dans le Code pénal dans le délit de bigamie. Le volet pénal et le volet civil doivent cependant

⁷²³ J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325. Tous les pays signataires de la CEDH approuvent le mariage monogamique. En ce sens, P. HILT, *Le couple et la convention européenne des droits de l'Homme*, préf. F. GRANET-LAMBRECHTS, PUAM, 2004, n° 259.

⁷²⁴ Le Prophète lui-même vivait avec plusieurs épouses. Certains musulmans ont d'ailleurs affirmé que l'obligation de respect du principe monogamique portait atteinte à la liberté de religion. Ainsi, en Turquie, il a été argué que le droit laïc turc empêchait certains Turcs de vivre comme leur religion les y autorise. Mais la Cour EDH a rejeté cet argument en affirmant que « *la Turquie, comme toute autre Partie contractante, peut légitimement empêcher que les règles de droit privé d'inspiration religieuse portant atteinte à l'ordre public et aux valeurs de la démocratie au sens de la Convention (par exemple les règles permettant la discrimination fondée sur le sexe des intéressés, telles que la polygamie, les privilèges pour le sexe masculin dans le divorce et la succession) trouvent application sous sa juridiction* ». Cour EDH, 13 févr. 2003, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, §128 ; *GACEDH*, n° 55 ; *JCP G* 2003. I. 160, note Fr. SUDRE, n° 15. 1. Certains pays de culture musulmane ont cependant entamé une mutation qui tend à lutter contre la pratique des mariages polygamiques. C'est par exemple le cas du Maroc où le code de la famille rend la polygamie difficile. En ce sens, E. RUDE-ANTOINE, « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Droit et cultures* 2010, n° 59, p. 43. En Algérie aussi les conditions d'acceptation de la polygamie ont été renforcées.

⁷²⁵ Th. MOUSSA, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RIDC* 2015, p. 345.

⁷²⁶ En ce sens, I. FADLALLAH, Ch. TEXIDOR, *Rép. internat. Dalloz*, V° Polygamie, n° 6.

être dissociés. En effet, alors que la création d'un empêchement civil commun à tous les couples en raison de la situation de polygamie est en marche (Section 1), de nombreux progrès restent à faire en matière pénale. Dans ce domaine, la cohérence des systèmes est à revoir, l'harmonie est à construire (Section 2).

Section 1. L'harmonisation civile en construction

214. Annonce de plan. Le mariage et le Pacs s'organisent autour du principe monogamique duquel résulte l'interdiction de contracter une union déclarée tant que la première n'a pas été dissoute (§1). Après tout, « *l'amour appelle le choix, et commande l'entier abandon de l'homme. Cet abandon [cet engagement par lequel on se donne tout, le corps et le cœur] ne souffre pas la dispersion. On se donne à l'autre, non aux autres. La préférence est nécessairement sélective ; l'abandon est sûrement exclusif* »⁷²⁷. Cette similitude entre le mariage (§1) et le Pacs (§2) jette les bases d'un empêchement applicable à tous les couples bien qu'une étape reste à franchir puisqu'à ce jour la prohibition se limite aux couples déclarés.

Entre les concubins, bien que le principe monogamique apparaisse comme une évidence pour la société civile, aucune disposition ne l'impose. D'ailleurs, certains mécanismes et jurisprudences conduisent à tolérer la bigamie de fait. C'est pourquoi, dans l'optique de la création d'un droit commun du couple, le principe d'interdiction civile de la polygamie entre les concubins doit sortir de l'implicite pour devenir explicite (§3).

§1. L'application du principe monogamique aux époux

215. L'interdiction appliquée au mariage : un principe français consacré par la convention européenne des droits de l'Homme. « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* ». La règle, inchangée depuis 1804, est posée à l'article 147 du

⁷²⁷ H. LÉCUYER, « Commentaire d'un extrait relatif au mariage. De ce qui distingue l'homme parmi les êtres », in *Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 121, spéc. p. 125

Code civil⁷²⁸. Le mariage est une relation exclusive. Toute autre union concomitante a vocation à disparaître, y compris si elle est le fruit d'un mariage entre les deux mêmes personnes⁷²⁹.

La règle est la même dans tous les pays signataires de la convention européenne des droits de l'Homme, sans que cela porte atteinte à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme⁷³⁰.

216. Interdiction applicable à tous les Français. En vertu des articles 3 alinéa 3 et 202-1 du Code civil, tous les Français sont soumis à cette interdiction, y compris si le mariage est célébré à l'étranger, car s'agissant d'une condition de fond, elle est régie par la loi personnelle des époux⁷³¹. En outre, la polygamie est un empêchement bilatéral qui empêche l'application distributive des lois personnelles⁷³². C'est pourquoi le législateur fait une application cumulative des lois personnelles de sorte que le mariage n'est valable qu'à condition que les lois personnelles de chacun des époux autorisent le mariage polygame.

⁷²⁸ Portalis dans son discours préliminaire condamnait les situations de mariage polygamique en France : « *on a pu dire que, sous certains climats et dans certaines circonstances, la polygamie est une chose moins révoltante que dans d'autres circonstances et sous d'autres climats. Mais dans tous les pays, elle est inconciliable avec l'essence d'un engagement par lequel on se donne tout, le corps et le cœur. Nous avons donc posé la maxime, que le mariage ne peut être que l'engagement de deux individus, et que, tant qu'un premier mariage subsiste, il n'est pas permis d'en contracter un second* ».

⁷²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2004, n° 00-19.838, *Bull. civ. I*, n° 33 ; *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. HAUSER ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 395, obs. B. ANCEL ; *LPA* 30 sept. 2004, p. 13, note J. MASSIP ; *D.* 2004, p. 3171, obs. J.-J. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, comm. n° 47, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. Fr. BICHERON. La règle posée par cet arrêt est pourtant critiquable. La règle a pour objectif d'empêcher une personne de contracter plusieurs mariages simultanément. Or, dans cet arrêt, il n'y a qu'un couple. Il n'y a pas véritablement de polygamie puisque le nouveau mariage unit les mêmes personnes. En ce sens, *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. HAUSER ; *D.* 2004, p. 3171, obs. J.-J. LEMOULAND ; B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012, n° 95, spéc. 56, note de bas de page n° 76.

⁷³⁰ Cour EDH, 18 déc. 1989, *Johnston et al. C. Irlande*, *GACEDH*, n° 50, spéc. §52 ; *AFDI* 1987, p. 239, obs. V. COUSSIRAT-COUSTIÈRE. La Commission avait déjà admis que l'interdiction de la bigamie n'était pas contraire à l'article 12 CEDH. En ce sens, Commission EDH, 22 juil. 1970, *X. c. Royaume-Uni*, req. 3898/68 ; Commission EDH, *Alan Stanley c. Royaume-Uni*, rapport du 13 déc. 1979, req. 7114/75.

⁷³¹ La compétence de la loi personnelle n'est pas une spécificité française. Ainsi, la plupart des pays européens (Belgique, Allemagne sauf cas très particuliers, l'Espagne, le Portugal, l'Autriche ou la Hongrie) consacrent le principe de la compétence de la loi personnelle. À l'inverse, l'Angleterre ou l'Irlande soumettent le mariage à la loi du lieu de domicile. La plupart des conventions bilatérales liant la France reprennent le principe de compétence de la loi personnelle. C'est par exemple le cas à l'article 5 de la Convention du 10 août 1981 entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire ou à l'article 2 de la Convention judiciaire entre la France et la Tunisie signée le 9 mars 1957 ou encore à l'article 4 de la convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence, et l'*exequatur* dans le droit des personnes et de la famille.

⁷³² Cass. civ. 1^{re}, 24 sept 2002, n° 00-15.789, *Bull. civ. I*, n° 214 ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, obs. B. BOURDELOIS.

217. Interdiction applicable pour les mariages célébrés en France. Dans le cas des mariages célébrés sur le territoire français, la nationalité des époux importe peu. En effet, l'article 147 du Code civil est applicable à un double titre.

Il l'est tout d'abord en tant que loi personnelle des époux⁷³³, mais aussi par le jeu du principe de compétence de la loi du lieu de célébration du mariage. Dans ce cas, la loi française se substitue à la loi étrangère admettant la polygamie, car cette dernière est jugée « *contraire à l'ordre public international français* »⁷³⁴. Attendu que la loi étrangère ébranle la conception française du mariage, elle est repoussée.

218. Interdiction applicable sur tout le territoire français : l'exemple de Mayotte. Sur le territoire français, la législation contre les mariages polygamiques se renforce. La volonté d'unité nationale l'emporte sur les diversités culturelles⁷³⁵. À titre d'exemple, le principe monogamique est désormais imposé à Mayotte. Le changement n'est pas seulement intervenu à la suite des récents débats sur l'identité nationale. Il est le fruit d'un processus entamé depuis une quinzaine d'années. Dans un premier temps, les articles 52-2 et 68, 1^o des lois du 11 juillet 2001⁷³⁶ et du 22 juillet 2003⁷³⁷ ont introduit le principe de la monogamie dans la législation de Mayotte. Puis, dans un second temps, l'ordonnance du 3 juin 2010⁷³⁸ et la loi du 7 décembre 2010⁷³⁹ ont fini de calquer le statut de Mayotte sur celui de la métropole. La tradition a plié face à la monogamie marquant ainsi la volonté du législateur de lutter contre les situations de polygamie sur tout son territoire⁷⁴⁰.

219. Transition. La volonté de préserver le principe monogamique dans le mariage n'est pas à démontrer. Tant par le jeu des règles de conflit de lois que par le déni des cultures locales, le

⁷³³ CA Paris, 17 févr. 2005, *Juris-Data* n° 2005-266735.

⁷³⁴ I. BARRIÈRE BROUSSE, « Mariage. Conditions de fond », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 546-10.

⁷³⁵ En ce sens, v. A. DECOCQ, « De la polygamie en France », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Économica, 2008, p. 269, n°s 2 à 5. Dans son article, l'auteur met en exergue les liens qu'entretiennent, en France, l'immigration et la polygamie. En outre, il observe que la France ne cesse de renforcer sa lutte contre ces situations polygamiques.

⁷³⁶ Loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, *JORF* 13 juil. 2001, p. 11199.

⁷³⁷ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer, *JORF* 22 juil. 2003, p. 12320.

⁷³⁸ Ordonnance n° 2010-590 du 3 juin 2010 portant dispositions relatives au statut civil de droit local applicable à Mayotte et aux juridictions compétentes pour en connaître, *JORF* 4 juin 2010, p. 10256.

⁷³⁹ Loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 relative au Département de Mayotte, *JORF* 8 déc. 2010, p. 21459.

⁷⁴⁰ La Polynésie avait déjà fait l'objet d'une telle mesure en 1945. Sur le thème de la survie du statut personnel de droit local à Mayotte, S. BLANCHY, Y. MOATTY, « Le droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société* 2012, n° 1 (80), p. 117.

législateur met l'interdiction de la polygamie au cœur du droit du mariage⁷⁴¹. Cette volonté de préserver le droit français de ces agissements a conduit le législateur à étendre cette prohibition aux partenaires.

§2. L'application du principe monogamique aux partenaires

220. L'exigence explicite de la monogamie entre partenaires. L'ensemble de la doctrine s'accorde sur le fait que le Pacs est une union impliquant le principe de la monogamie⁷⁴². À ce titre, l'article 515-2, 2^o et 3^o prévoit explicitement l'impossibilité pour une personne de conclure un Pacs alors qu'elle est déjà engagée dans un mode de conjugalité déclaré⁷⁴³. Pour atteindre cet objectif, la loi prévoit en outre le mécanisme de « *la caducité automatique* »⁷⁴⁴ du Pacs en cas de mariage d'au moins un des partenaires⁷⁴⁵.

221. Le Pacs n'est pas qu'un contrat. L'extension de cet empêchement met en lumière le caractère institutionnel du Pacs.

Si le Pacs n'était qu'un contrat, l'adage *prior tempore potior jure* suffirait à justifier l'interdit de la polygamie⁷⁴⁶ puisque, en cas de concours de droits, celui qui se prévaut d'une position antérieure bénéficiera d'une situation juridique préférentielle⁷⁴⁷. Le premier Pacs enregistré et publié est alors le seul à produire des effets. Néanmoins, l'existence de règles spécifiques tendant à éviter la conclusion de Pacs concurrents conduit à institutionnaliser le Pacs. En outre, une telle démarche met en lumière le souhait d'interdire la polygamie puisqu'en ne se satisfaisant pas des

⁷⁴¹ L'importance de cet interdit a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt relativement récent. V. Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 16-10.581, non publié, *D.* 2016, p. 2549, note D. SINDRES.

⁷⁴² V. par ex., Th. REVET, « Mariage(s), la loi 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, p. 813.

⁷⁴³ Le Conseil constitutionnel a lui aussi statué en ce sens. Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §79.

⁷⁴⁴ On pourrait aussi rencontrer l'expression "*caducité de plein droit*", bien que pour certains auteurs les expressions ne soient pas totalement synonymes. En ce sens, C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, préf. Ph. JESTAZ, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, n° 258, spéc. p. 326. Sur l'effet de plein droit en général, M. TIREL, *L'effet de plein droit*, thèse Université de Nantes, 2016.

⁷⁴⁵ La hiérarchie entre les modes de conjugalité apparaît alors puisque le mariage entraîne la dissolution automatique du Pacs. Cela semble marquer la différence entre le mariage et le Pacs.

⁷⁴⁶ J. HAUSER, « Le Pacs à l'épreuve du droit des contrats », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2000, p. 51

⁷⁴⁷ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 339, p. 674.

règles du droit commun, le législateur affirme de manière forte le principe monogamique dans le droit français de la famille.

222. L'incertitude autour du délai de prescription. Ni législateur ni le Conseil constitutionnel n'ont donné d'information quant au délai pendant lequel un Pacs qui porte atteinte au principe monogamique peut être annulé. La monogamie fait partie des valeurs qui préservent les fondements de notre société, si bien que la prescription trentenaire, à l'instar de celle du mariage, doit être préférée à la prescription quinquennale du droit des contrats. En raison de son importance, l'action doit pouvoir être intentée le plus longtemps possible.

223. Transition. Le droit civil français étend son interdiction de vivre deux modes de conjugalité simultanés aux couples déclarés. On peut cependant regretter que la reconnaissance du concubinage ne soit pas explicitement soumise au principe monogamique.

§3. L'application du principe monogamique aux concubins

224. Annonce de plan. Deux modes de conjugalité déclarés ne peuvent pas se concurrencer⁷⁴⁸. Toutefois, l'incertitude demeure à propos des situations polygamiques impliquant au moins un concubinage. Bien que la conscience collective condamne le concubinage polygamique, le législateur demeure mutique quant à ces situations. En effet, aucune interdiction semblable à celle des articles 515-2 et 147 du Code civil n'apparaît dans la définition du concubinage bien qu'intuitivement, il soit possible d'affirmer que le concubinage et *a fortiori* le couple nécessitent l'exclusivité⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Sauf le cas particulier des mariages polygamiques célébrés à l'étranger et produisant des effets en France.

⁷⁴⁹ L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 115 : « *Le concubinage doit être exclusif, à peine d'être ni stable, ni constitutif d'une véritable communauté de vie : le harem n'est guère prisé en France* », V. aussi, Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 309, p. 364. L'administration fiscale se prononce d'ailleurs en ce sens puisqu'elle refuse d'imposer deux fois, au titre de l'impôt de solidarité sur la fortune, une personne qui vit à la fois un mariage et un concubinage notoire. En effet bien que pour cet impôt les concubins soient imposés de la même manière que les époux (art. 885 E CGI), seule l'union de droit produira un effet fiscal. Le refus de tenir compte de cette relation de concubinage résulte du principe selon lequel une personne ne peut pas être imposée deux fois au titre du même impôt. Or cela est impossible. La solution de l'Administration fiscale a donc une double conséquence. Ainsi, elle pose une hiérarchie entre les modes de conjugalité déclarés et le concubinage en ne retenant que la relation de droit, dont le titre facilite la preuve. En outre, elle ignore la bigamie de fait. La situation est exactement la même en matière de concubinages concomitants. Le concubin peut alors, soit, échapper totalement à l'impôt de solidarité sur la fortune, soit être imposé de manière personnelle si ses revenus le permettent, à moins que le fisc n'impose la relation "la plus notoire" ou la relation la plus ancienne.

Toutefois, malgré les incertitudes qui ont pu naître de certaines jurisprudences passées et de certaines dispositions légales (A), le principe monogamique apparaît implicitement au travers du critère de stabilité (B).

A. Des incertitudes nées de jurisprudences et de dispositions légales

225. Les jurisprudences relatives à la réparation du dommage subi par l'épouse et la concubine illustratives de la consécration de la polygamie ? Lorsqu'au cours d'un mariage, une relation de concubinage naît entre un époux et une tierce personne, cette relation adultère, qui s'inscrit dans la durée, sans que le mariage soit remis en question, est une relation polygame.

Tant que la relation demeure secrète, elle est ignorée par le droit. Cependant, lorsque l'un des concubins exige et obtient des droits sur le fondement de cette relation, on assiste alors à un renversement du principe monogamique, car l'état de polygamie entraîne la production d'effets. Ce faisant, la prégnance du principe monogamique est ignorée.

Tel est le cas lorsque le décès d'un individu se trouvant à la fois être l'époux et le concubin constitue un préjudice pour son conjoint, mais aussi pour son concubin⁷⁵⁰. La cassation de l'arrêt de cour d'appel refusant d'indemniser le dommage subi par la concubine pose en creux la question de la coexistence de deux relations conjugales concomitantes et par extension celle de la reconnaissance juridique de la bigamie de fait. L'arrêt du 19 juin 1975 rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation marque le franchissement d'une étape supplémentaire par

⁷⁵⁰ Cass. crim., 19 juin 1975, n° 74-92.363, *Bull. crim.*, n° 161 ; *D.* 1975, jurispr., p. 679, note A. TUNC. V. aussi, CA Paris, 10 nov. 1976, *JCP G* 1976. II. 18859 ; *D.* 1978, jurispr., p. 458, note J. BOSQUET-DENIS ; CA Rioms, 9 nov. 1978, *JCP G* 1979. II. 19107, note G. ALMEIRAC. V. aussi, CA Rennes, 4 juin 1991, *Juris-Data* n° 1991-047525. Dans cet arrêt, une personne décède en laissant une épouse et une concubine. La cour d'appel a refusé d'indemniser la concubine, car elle ne prouve pas de préjudice matériel. Confirmant ainsi le fait que la situation de concubinage n'ouvre pas de droit à réparation. Néanmoins cet arrêt interpelle, car les juges ont réfléchi à partir de la relation de concubinage alors qu'elle se trouve en concurrence avec un mariage. Si bien qu'en refusant d'ignorer la relation de fait, l'on en vient à une sorte de reconnaissance de la polygamie. En ce sens, Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 311, note de bas de page n° 1243.

rapport à l'arrêt *Dangereux*⁷⁵¹, rendu cinq ans plus tôt, puisque la condition d'absence de caractère délictueux de la relation de concubinage est abandonnée, faisant fi de la condamnation pénale de l'adultère qui existait jusqu'alors⁷⁵². À la lumière de cette décision, la bigamie de fait produit des effets. Certains pourraient aussi y voir la remise en question du principe monogamique⁷⁵³.

Toutefois, il convient de raison garder. En effet, lorsque la Cour de cassation répare le préjudice né du décès du concubin, elle indemnise le dommage par ricochet en constatant l'existence d'un intérêt lésé, c'est-à-dire la réalité de préjudices matériels ou moraux, et d'un lien de proximité entre la victime et le demandeur. Dès lors que ces conditions sont réunies, les juges allouent des dommages et intérêts à la victime sans se préoccuper de la nature de la relation⁷⁵⁴. Il serait donc aventureux d'en tirer une reconnaissance de la bigamie de fait et plus encore de la remise en question du principe monogamique, car l'objectif principal du droit de la responsabilité est l'indemnisation de la victime dès lors que le préjudice ne résulte pas de l'atteinte à un intérêt illicite.

La bigamie de fait produit un effet en ce qu'elle permet à la concubine d'obtenir la réparation de son dommage au même titre que l'épouse. Toutefois juridiquement, il s'agit d'une application classique de l'article 1240 du Code civil. De sorte qu'il paraît malvenu de douter du principe monogamique, sur le fondement de ces arrêts relatifs à l'indemnisation de la concubine adultère.

226. La restriction de la réparation du préjudice en cas de concubinages concomitants.

Un arrêt de la Cour de cassation rendu le 8 janvier 1985 marque une sérieuse restriction dans le

⁷⁵¹ Ch. mixte, 27 févr. 1970, n° 68-10.276, *Bull. mixte*, n° 1 ; *RTD civ.* 1970, p. 353, obs. G. DURRY. À propos de la réparation du préjudice subi par la concubine, les différentes chambres de la Cour de cassation se sont longtemps opposées. La chambre civile refusait d'indemniser la concubine alors que la chambre criminelle l'acceptait à condition que la relation ne présente pas de caractère délictueux. Ce dernier s'analysait le plus souvent comme la situation d'adultère. La chambre mixte de la Cour de cassation a opté pour la position de la Chambre criminelle en accordant à la concubine la réparation de son préjudice du fait de la disparition de son concubin, à condition que la relation ne présente pas un caractère délictueux. Pour une analyse et une présentation du désaccord entre les chambres de la Cour de cassation, v. J. DUPICHOT, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, 1969, n°s 96 et s. À propos de la réparation du préjudice subi par la concubine, v. Fr. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation », *D.* 1973, chron., p. 211 ; M. POULNAIS, « Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage », *JCP G* 1973. I. 2574.

⁷⁵² Le délit d'adultère n'a en effet été abrogé que le 11 juillet 1975 (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171) soit quelques jours après la décision rendue par la Cour de cassation.

⁷⁵³ *Contra* Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n°s 311 et 312.

⁷⁵⁴ En ce sens, L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990, n°s 361 et s., spéc. pp. 445 à 447.

principe de réparation du dommage subi par la concubine, en cas de concomitance de concubinages⁷⁵⁵. Le principe monogamique est de nouveau mis en lumière puisqu'aucune réparation n'est accordée, ni à l'une ni à l'autre des concubines. Un tel refus résulte du fait qu'aucune des relations n'est considérée comme un concubinage. Puisque le lien de proximité entre le défunt et les victimes par ricochet n'était pas suffisamment étroit, le décès ne portait pas atteinte à un intérêt légitime. La solution serait peut-être différente aujourd'hui tant la réparation du préjudice subi par la concubine est soumise à de faibles exigences en matière de caractérisation de la relation de concubinage⁷⁵⁶.

Dans l'arrêt du 8 janvier 1985, deux voies s'offraient à la Cour de cassation. La première, qu'elle a refusé de suivre, consistait à privilégier l'un des concubinages, par exemple le plus ancien ou le plus notoire. Cependant, en procédant de la sorte, les juges auraient attaché des effets de droit à une union qui présente les caractères d'une relation polygamique. L'autre voie, celle empruntée par la Cour de cassation, consistait à ne tenir compte d'aucune des relations, car aucune d'elles ne répondait à la condition de stabilité indispensable à la reconnaissance juridique du concubinage.

Comparée à la solution dégagée à propos de la réparation du préjudice subi simultanément par l'épouse et la concubine d'un individu décédé, la décision du 8 janvier 1985 n'est pas surprenante. En effet, dans le premier cas, la relation de concubinage est réelle puisque les amants vivaient au moment du décès depuis plusieurs années ensemble, le mariage n'existant plus que par le titre d'époux. Dans la seconde affaire, en raison de l'absence de réelle cohabitation, les juges déduisent l'absence de vie commune. De sorte que la relation de fait n'est pas un concubinage.

227. L'exemple de la libéralité à la concubine adultère. Les décisions du 3 février 1999 et du 29 octobre 2004 relatives aux donations faites à la concubine adultère⁷⁵⁷ conduisent elles aussi à reconnaître, à demi-mot, les situations de bigamie de fait⁷⁵⁸. En effet, tolérer la libéralité en faveur de la concubine adultère équivaut, entre autres, à donner une place au concubinage concomitant

⁷⁵⁵ Cass. crim., 8 janv. 1985, n° 82-92.753, *Bull. crim.*, n° 12 ; *JCP G* 1986. II. 20588, note G. ENDRÉO.

⁷⁵⁶ En ce sens, Cass. crim., 29 mai 2001, n° 00-83.902, *Bull. crim.*, n° 134 ; *D.* 2002, p. 613.

⁷⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *RTD civ.* 1999, p. 892, obs. J. PATARIN ; *Deffrénois* 1999, p. 814, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1999, p. 364 et p. 817, obs. J. HAUSER ; *D.* 1999, p. 307, obs. M. GRIMALDI ; *Dr. fam.* 1999, comm. n° 54, note B. BEIGNIER. V. aussi Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Bull. AP*, n° 12. V. *infra* n°s 335 et s.

⁷⁵⁸ *Deffrénois* 1999, p. 814, obs. G. CHAMPENOIS.

d'un mariage. Par répercussion, cela conduit à faire produire des effets de droit à une situation de bigamie de fait. Toutefois, la Cour de cassation prend soin de ne jamais qualifier ces relations adultères de concubinage. Elles sont considérées comme des relations passagères qui ne font l'objet d'aucune reconnaissance juridique.

228. L'incertitude née de l'égalité des successions. Les lois du 3 janvier 1972⁷⁵⁹ et du 3 décembre 2001⁷⁶⁰, l'ordonnance du 4 juillet 2005⁷⁶¹ ainsi que les différentes jurisprudences au premier rang desquelles se trouve l'arrêt *Mazurek*⁷⁶² ont créé le principe d'égalité des filiations. L'unification des différentes filiations sur le plan personnel et sur le plan patrimonial conduit parfois à la reconnaissance juridique de la polygamie de fait. Bien que cette reconnaissance ne soit pas celle du couple, mais celle de l'enfant, on peut y voir en creux la montée au droit des relations portant atteinte au principe monogamique⁷⁶³.

229. Transition. En définitive, si ces jurisprudences et ces interventions législatives sèment le doute, elles sont impuissantes à remettre en cause le principe monogamique dans les relations de concubinage. En effet, l'exigence de stabilité introduite à l'article 515-8 du Code civil semble suffisante pour rejeter la polygamie hors du champ du concubinage.

B. Des incertitudes à la suite de la loi du 15 novembre 1999

230. La stabilité sous-entend l'exclusivité. La clé du rejet des concubinages polygamiques réside peut-être dans le critère de stabilité. Toutefois, une telle affirmation n'est pas évidente puisque la stabilité renvoie davantage à l'idée de durée que d'exclusivité. Elle représente alors la permanence de relation, « *l'absence de variation* »⁷⁶⁴, élément indispensable à la caractérisation du concubinage.

⁷⁵⁹ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* 5 janv. 1972, p. 145.

⁷⁶⁰ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2001, p. 19279.

⁷⁶¹ Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* 6 juil. 2005, p. 11159.

⁷⁶² Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97.

⁷⁶³ Dans le même sens, B. BEIGNIER, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé : le nœud gordien du droit patrimonial de la famille », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 27. : « *L'enfant adultérin révèle, exemples royaux et présidentiels, une bigamie* ».

⁷⁶⁴ R. BLOUGH, « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude n° 19, n° 13.

Néanmoins, le critère de stabilité sous-entend aussi une condition d'exclusivité qui conduit au rejet des relations conjugales plurielles⁷⁶⁵. Ainsi, la concomitance des relations empêche la qualification de concubinage, car l'absence de stabilité ne coïncide pas avec le concubinage⁷⁶⁶. Or la polygamie n'est en réalité rien d'autre qu'une relation adultère le plus souvent tolérée par les membres du couple. Ainsi, si le critère de stabilité rejette hors du droit le concubinage adultère, il doit aussi permettre de repousser la relation polygamique hors du champ des modes de conjugalité juridiquement reconnus. C'est pourquoi le principe monogamique dans le concubinage transparaisse dans le critère de stabilité.

Cette solution correspond en outre à l'ordre social. Si l'introduction du concubinage dans le Code civil montre la volonté du législateur de reconnaître certaines relations de fait, ce nouveau mode de conjugalité ne peut pas s'inscrire en porte à faux des autres. C'est pourquoi, afin de ne pas heurter les grands principes régissant le droit français de la conjugalité, le concubinage est modelé par les exigences de stabilité et de continuité.

231. L'amendement de la définition du concubinage. La stabilité permet de déduire la monogamie. Néanmoins, afin d'écartier toute ambiguïté et de confirmer le principe monogamique, la reconnaissance du concubinage pourrait être soumise à l'exigence d'exclusivité. L'introduction de cette nouvelle condition nécessite l'amendement de l'article 515-8 du Code civil.

Le concubinage pourrait alors être défini de la sorte : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité, de continuité **et d'exclusivité**, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple ».

232. Transition. L'interdiction civile de la polygamie est transversale aux modes de conjugalité bien que le système recèle encore quelques incohérences. Afin de renforcer cet empêchement civil, le droit français organise la répression pénale de la bigamie. À ce jour, cette répression pénale est cantonnée au mariage. De sorte que l'harmonisation pénale reste à construire.

⁷⁶⁵ S. BEN HADJ YAHIA, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Concubinage, n^{os} 43 et 218 ; S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, n^o 727.

⁷⁶⁶ Cass. crim., 8 janv. 1985, n^o 82-92.753, *Bull. crim.*, n^o 12 ; *JCP G* 1986. II. 20588, note G. ENDREO ; CA Montpellier, 8 juin. 1982, *D.* 1983, jurispr., p. 607, obs. O. DHAVERNAS ; TGI Belfort, 25 juil. 1995. V. aussi, G. ENDREO, « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263, n^o 2.

Section 2. L'harmonisation pénale à construire

233. L'objectif de protection de l'état civil par le droit pénal. Le délit de bigamie est constitué lorsqu'une personne engagée dans les liens du mariage en contracte un autre avant la dissolution du premier⁷⁶⁷. À l'instar de l'adultère, la sanction pénale de la bigamie s'est assouplie. En effet alors qu'autrefois la bigamie était punie par la peine de mort, elle est aujourd'hui passible d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende⁷⁶⁸.

La condamnation de la bigamie n'a pas directement pour objectif de protéger l'institution matrimoniale, mais de sanctionner les manœuvres frauduleuses qui ont permis une seconde union, notamment les falsifications des documents de l'état civil⁷⁶⁹. En effet, le nouveau mariage est rendu possible soit par la présentation de papiers d'identité falsifiés soit par les insuffisances locales⁷⁷⁰. Par conséquent, la protection de l'institution matrimoniale n'est qu'une conséquence de la protection de l'état civil⁷⁷¹.

234. Annonce de plan. À ce jour, le délit de bigamie est limité au mariage. C'est pourquoi la question de l'uniformisation de la sanction pénale doit être posée. Afin d'y répondre, deux voies diamétralement opposées peuvent être proposées. La première, idéaliste, consiste en l'extension du délit à tous les modes de conjugalité quitte à dénaturer le terme de "bigamie" (§1). La seconde proposition, plus pragmatique, est la suppression pure et simple du délit de bigamie. En raison du faible nombre de condamnations illustre la désuétude de la pénalisation de cette infraction (§ 2).

§1. L'extension de la sanction à tous les modes de conjugalité

235. L'extension au Pacs. Ni la création du Pacs en 1999⁷⁷² ni la réforme du 23 juin 2006⁷⁷³ n'ont donné lieu à une modification de l'incrimination. Pourtant, la mention du Pacs est désormais

⁷⁶⁷ Art. 433-20 C. pén.

⁷⁶⁸ Pour les époux ainsi que pour l'officier de l'état civil qui a célébré le mariage en connaissance de cause.

⁷⁶⁹ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Droit pénal spécial*, Cujas par A. VITU, 1982, n° 2053.

⁷⁷⁰ Le plus souvent, les autorités locales n'ont pas transcrit le mariage en marge des actes de l'état civil.

⁷⁷¹ Aucune sanction pénale ne vise les partenaires. Cette absence est cependant regrettable. V. *infra* n°s 235 et s.

⁷⁷² Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

⁷⁷³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

portée en marge de l'acte de naissance⁷⁷⁴ si bien que l'engagement dans deux Pacs simultanés nécessite une falsification d'un acte de l'état civil⁷⁷⁵. En effet, les futurs partenaires présentent à l'autorité chargée de l'enregistrement du Pacs les mêmes pièces que les époux⁷⁷⁶. Par conséquent, la "contrefaçon" des actes de l'état civil permet de dissimuler un mode de conjugalité déjà existant et donc de tromper la vigilance du notaire ou de l'officier d'état civil⁷⁷⁷.

Dès lors que la démarche est la même, la sanction pénale doit être identique⁷⁷⁸. Toutefois, l'interprétation stricte des textes en matière pénale empêche l'extension de l'article 433-20 du Code pénal aux partenaires⁷⁷⁹. L'application de la disposition pénale au Pacs est donc subordonnée à la modification du texte. Une telle mesure aurait tout d'abord pour ambition de dissuader les partenaires de recourir à des moyens frauduleux pour conclure une nouvelle union. Ensuite, elle aurait pour objectif de sanctionner l'officier de l'état civil ou le notaire qui se rend sciemment complice.

Ce faisant, la sanction deviendrait commune aux modes de conjugalité déclarés, apportant ainsi une harmonie dans le traitement de la bigamie. Elle permettrait en outre de réaffirmer le principe monogamique⁷⁸⁰, permettant ainsi « *à la fonction la plus noble de la discipline dont l'objet est d'assurer l'effectivité des valeurs sociales traditionnelles ou contemporaines jugées fondamentales* »⁷⁸¹.

236. L'extension au concubinage. En raison de la nature de l'infraction, l'extension de la sanction aux concubins apparaît impossible. La situation de concubinage étant étrangère à l'état

⁷⁷⁴ En effet, depuis la loi du 23 juin 2006, le Pacs est porté en marge de l'acte de naissance des partenaires (art. 515-3-1 C. civ.).

⁷⁷⁵ Il peut aussi s'agir d'une erreur dans la transcription du Pacs en marge de l'état civil.

⁷⁷⁶ Notamment un extrait d'acte de naissance avec indication de la filiation. En ce sens, *BOMJ* n° 2017-05 du 31 mai 2017, p. 6.

⁷⁷⁷ Pour l'heure, la compétence relève des greffes du tribunal d'instance. Toutefois, depuis le 1^{er} novembre 2017, l'enregistrement est transféré aux officiers d'état civil.

⁷⁷⁸ Pour une position plus nuancée, Fr. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 539, n° 17, spéc. p. 549.

⁷⁷⁹ Fr. ALT-MAES, « Le pacs à l'épreuve du droit pénal », *JCP G* 2000. I. 275, n° 30 ; A. BOURRAT-GUEGUEN, « Les incidences du pacs en droit pénal », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 213, spéc. p. 214 ; J.-Fr. SEUVIC, « Chronique législative », *RSC* 2000, p. 424, spéc. p. 425.

⁷⁸⁰ En ce sens, C. DUVERT, « Bigamie », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 433-20, fasc. 20, n° 3.

⁷⁸¹ P. MAISTRE DU CHAMBON, « Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP G* 2011, libres propos n° 6.

civil de la personne, la falsification des documents officiels est inutile pour vivre une bigamie de fait. C'est pourquoi l'extension de l'infraction pénale aux concubins apparaît impossible⁷⁸².

237. Transition. L'infraction de bigamie ne peut concerner que les couples déclarés. La création d'un droit commun autour de la condamnation pénale apparaît impossible. La perte de vitesse du délit de bigamie permet de s'interroger sur sa disparition.

§2. La disparition de la sanction

238. L'adoucissement de la sanction : prémices à la disparition de la sanction ? Le traitement pénal de la bigamie est marqué par un net adoucissement. Au Moyen-Âge, lorsque la bigamie ne résultait pas d'une autorisation, les fautifs, en vertu du droit canon, encouraient l'infamie et la peine de mort. Cependant, le droit séculier proposait des condamnations de moindre importance telles que l'exposition au pilori pour les hommes et le port du chapeau pour les femmes. Plus tard, la sanction devint plus lourde, pouvant aller jusqu'à la peine de mort. À partir de 1658, le parlement de Paris refuse de condamner à mort un coupable de bigamie⁷⁸³. La sanction de l'époux bigame se résumait aux piloris et aux galères, la femme devant, quant à elle, porter un écriteau. Depuis lors, la sanction n'a cessé de s'assouplir. Aujourd'hui les époux bigames risquent au maximum un an d'emprisonnement et 35 000 euros d'amende.

239. Mosaïque des arguments annonciateurs de la disparition de l'infraction. Contrairement à la sanction civile, relativement fréquente, la condamnation pénale du délit de bigamie est peu prononcée⁷⁸⁴. En effet, la plupart des nullités sont prononcées à l'encontre de mariages polygamiques célébrés à l'étranger, entre des époux dont les lois personnelles tolèrent ce type d'union. Dans ces cas, la condamnation civile est totalement légitime en ce qu'elle porte atteinte à l'ordre public français, mais la condamnation pénale ne l'est pas étant donné que les éléments caractéristiques de l'infraction ne sont pas réunis.

⁷⁸² C. POMART-NOMDEDEO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.* 2010, étude n° 20, n° 16. L'auteur est opposé à la pénalisation de la bigamie de fait.

⁷⁸³ J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2014, n° 180, spéc. p. 363.

⁷⁸⁴ Ph. BONFILS, E. GALLARDO, *Rép. pén. Dalloz*, V^o Bigamie, septembre 2014, n° 13.

En outre, le caractère instantané de l’incrimination ne contribue pas à son renforcement⁷⁸⁵. Puisqu’elle n’est pas une infraction continue, la durée de l’état de bigamie est indifférente pour intenter l’action puisque les intéressés doivent agir dans un délai déterminé à l’avance. L’action est donc dite instantanée. En l’occurrence, elle est prescrite après l’écoulement d’un délai de trois ans à compter de la célébration. Au-delà, aucune action pénale ne peut être intentée, réduisant ainsi fortement le contentieux.

De surcroît, la dépénalisation de l’adultère a directement concouru à l’affaiblissement du délit de bigamie. En effet, l’incrimination d’adultère permettait de sanctionner pénalement la bigamie de fait contrairement à l’infraction de bigamie qui a seulement pour objectif de punir la bigamie de droit. En abrogeant l’incrimination d’adultère⁷⁸⁶, le législateur a resserré la focale sur la bigamie de droit, ignorant ainsi les bigamies de fait⁷⁸⁷.

La disparition du délit d’adultère annonce peut-être l’abrogation de l’incrimination de la bigamie⁷⁸⁸. En effet, eu égard à la rareté et à la symbolique des sanctions ainsi qu’à l’objectif de pacification et de privatisation des conflits familiaux⁷⁸⁹, l’abrogation de l’article 433-20 du Code pénal apparaît opportune.

⁷⁸⁵ J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, droit commun - droit des affaires*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n^{os} 551 et s.

⁷⁸⁶ Loi n^o 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juillet 1975, p. 7171.

⁷⁸⁷ J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993, n^o 165 ; Ph. BONFILS, E. GALLARDO, *Rép. pén. Dalloz*, V^o Bigamie, septembre 2014, n^o 11.

⁷⁸⁸ L’adultère peut éventuellement servir de modèle au délit de bigamie, car certains arguments qui ont conduit à la disparition de l’adultère sont transposables à la bigamie. Outre le fait que l’adultère était source d’inégalités entre les hommes et les femmes (les femmes risquaient par exemple des peines plus importantes que le mari, l’adultère du mari n’était condamné qu’à condition que le mari ait entretenu la concubine au domicile conjugal. Sur ces points, R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. 2, *Droit pénal spécial*, Cujas par A. VITU, 1982, n^o 2048), la réduction, la rareté de sa sanction ainsi que la libération des mœurs constituent peut-être les prémices à sa disparition. Pour une comparaison avec le délit d’adultère, J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, n^o 540, spéc. p. 346 : « dans les rares cas où l’infraction était poursuivie, c’était à la demande de maris trompés qui cherchaient à se procurer, au moyen d’un constat de commissaire de police, une preuve facile de la cause de divorce, les peines prononcées n’étant finalement que des peines ridicules, le mari se désistant même parfois au dernier moment pour éviter une condamnation à l’épouse (...). Le législateur prit donc le parti de décriminaliser l’adultère à l’occasion de la loi n^o 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce ».

⁷⁸⁹ Fr. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Rénover le droit de la famille, Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, coll. Les rapports officiels, 1999, p. 178 ; C. POMART-NOMDEDEO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.* 2010, étude n^o 20, n^o 16 ; J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V^o La famille, n^o 186.

240. La disparition du délit de bigamie compensée par la soumission à d'autres infractions. La disparition du délit autonome de bigamie, y compris à l'égard de l'officier de l'état civil complice⁷⁹⁰, n'a pas pour objectif de tolérer le comportement illicite qui a permis de créer une telle situation, mais de donner un nouveau fondement à la condamnation relative à la falsification des documents de l'état civil. Ainsi lorsque la vigilance de l'officier de l'état civil a été trompée par la production et l'utilisation de documents falsifiés, les sanctions propres aux faux et aux usages de faux des articles 441-1 et suivants du Code pénal pourraient se substituer au délit de bigamie.

Ce nouveau fondement présente l'avantage de ne pas tenir compte du mode de conjugalité. De sorte que tout comportement qui conduit à faire coexister deux modes de conjugalité déclarés tomberait sous le coup d'une infraction pénale⁷⁹¹. L'harmonisation serait alors parfaite entre le Pacs et le mariage qui, outre la sanction civile identique, connaîtraient une sanction pénale similaire.

241. Conclusion chapitre 1. Le principe monogamique constitue un pilier du droit français de la famille. Il est donc légitime qu'il s'impose comme une condition indispensable à l'identification du couple. Ainsi, le couple conjugal qui produit des effets ne peut être qu'un couple monogame. Alors que le législateur pose de manière indiscutable cette exigence en matière de mariage et de Pacs, il demeure plus discret concernant les concubins. Cette différence n'est pas souhaitable. Pour cette raison, il convient d'amender la définition du concubinage afin que le principe monogamique soit clairement établi entre concubins.

Alors que sur le plan civil l'harmonisation est en construction, elle reste à construire sur le plan pénal. Rien ne justifie que les partenaires ne risquent pas la même sanction que les époux en cas de violation du principe monogamique. Néanmoins, au vu du faible nombre de condamnations prononcées, plutôt que l'extension au Pacs de la sanction prévue en matière de mariage, le législateur pourrait réfléchir à la disparition du délit de bigamie. En effet, le plus souvent les situations dans lesquelles se nouent les relations polygames ne sont pas le fruit d'une fraude, mais

⁷⁹⁰ Si l'officier d'état civil malgré sa connaissance d'un mariage déjà existant accepte de célébrer ou d'enregistrer un Pacs, il se rend alors complice de l'infraction. Dans ce cas, le droit commun de la complicité semble suffisant pour condamner l'officier de l'état civil. En ce sens, J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, Droit commun - droit des affaires*, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010, n° 554.

⁷⁹¹ Le mécanisme serait alors le même qu'en matière d'adultère où l'allègement de *la répression s'est accompagné de dispositions améliorant la répression dans des domaines complémentaires*. D. MAYER, « De quelques aspects de la dépénalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC* 1989, p. 442, spéc. pp. 447 et 449-450.

d'un mariage polygamique célébré entre des époux dont les lois personnelles tolèrent ce type d'union. De sorte que l'utilité du délit de bigamie apparaît aujourd'hui discutable.

La monogamie ne constitue pas le seul élément nécessaire à la stabilité de l'ordre social⁷⁹². En effet, la création de la notion juridique de couple est subordonnée au respect du principe de prohibition de l'inceste.

⁷⁹² M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 50.

Chapitre 2. L'interdit de l'inceste

242. Un interdit universel. Malgré son importance, le législateur s'est tardivement saisi de la problématique de l'inceste, car avant d'être une question juridique, l'inceste intéresse en premier lieu les anthropologues, les ethnologues, les sociologues⁷⁹³ voire les psychanalystes⁷⁹⁴.

Ce qui est frappant dans cet interdit, c'est son caractère universel⁷⁹⁵. Il ne dépend pas d'un groupe social déterminé, mais de l'humanité dans son ensemble⁷⁹⁶. Pour survivre, les Hommes ont dû assurer leur descendance en dehors du village, du clan ou de la famille. Seuls ces "échanges de sang" entre les diverses tribus ont permis le développement de l'humanité⁷⁹⁷. C'est de cette nécessité qu'est né le principe de prohibition de l'inceste.

243. « L'inceste : l'inconnu du droit positif »⁷⁹⁸. L'inceste est « *un des tabous les plus profonds de l'humanité* ». Il est perçu comme une des pratiques « *les plus immorales* »⁷⁹⁹ si bien que son interdiction constitue « *un principe fondateur du droit de la famille* »⁸⁰⁰. Malgré la condamnation unanime qu'il suscite, le législateur, jusqu'à une période récente, a préféré faire référence à l'inceste de manière détournée, notamment au travers des empêchements à Pacs ou à mariage. Cette « *pudeur du droit face à l'inceste* »⁸⁰¹ contribue à créer le tabou de l'inceste.

⁷⁹³ Un des pères fondateurs de la sociologie dite moderne est Émile DURKHEIM. On lui doit d'ailleurs une étude pénétrante sur l'interdit de l'inceste. É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *Année sociologique* 1896-1897, vol. 1, p. 1.

⁷⁹⁴ Selon les psychanalystes, l'interdit de l'inceste apparaît comme un des trois interdits fondamentaux au côté du cannibalisme et du meurtre qui permettrait de distinguer les sociétés animales des sociétés culturelles. En ce sens, P. SMITH, Cl. RABANT, *Encyclopædia Universalis*, V^o Interdit.

⁷⁹⁵ Cl. LÉVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton de Gruyter, 2^e éd., 2002.

⁷⁹⁶ PORTALIS, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Joubert, 1844 : « Les causes de ces prohibitions sont si fortes et si naturelles, qu'elles ont agi presque par toute la terre, indépendamment de toute communication. Ce ne sont point les lois romaines qui ont appris à des sauvages et à des barbares qui ne connaissent pas ces lois à maudire les mariages incestueux. C'est un sentiment plus puissant que toutes les lois, qui remue et fait frissonner une grande assemblée, lorsqu'on voit, sur nos théâtres, Phèdre, plus malheureuse encore que coupable, brûler d'un amour incestueux, et lutter laborieusement entre la vertu et le crime ».

⁷⁹⁷ Claude LÉVI-STRAUSS a théorisé cela sous le terme de loi d'échange. En ce sens, M. SEGALÉN, A. MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Armand Colin, coll. U sociologie, 8^e éd., 2013, p. 32 et s.

⁷⁹⁸ S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.* 4 mars 2010, p. 10.

⁷⁹⁹ É. DURKHEIM, « La prohibition de l'inceste et ses origines », *Année sociologique* 1896-1897, vol. 1, p. 1.

⁸⁰⁰ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

⁸⁰¹ D. MAYER, « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron., p. 213

244. La sanction de l'inceste par la loi pénale. Malgré divers échecs⁸⁰², l'inceste a finalement été réintroduit dans le Code pénal le 14 mars 2016⁸⁰³. Afin d'éviter une nouvelle censure du Conseil constitutionnel, comme cela fut le cas avec la loi du 8 février 2010, une liste limitative de personnes pouvant être considérées comme auteur ou complice d'un inceste a été dressée⁸⁰⁴. Il ressort de cette liste qu'aucune différence n'est faite en fonction des modes de conjugalité. En matière pénale, un droit commun de l'inceste existe.

Cependant, les relations incestueuses ne relèvent pas seulement de la sphère pénale puisqu'afin d'empêcher la reconnaissance des couples incestueux, l'interdiction bascule sur le plan civil sous la forme des empêchements à Pacs et à mariage.

245. Annonce de plan. Les mariages et les Pacs qui présentent un caractère incestueux se trouvent en principe rejetés hors du droit⁸⁰⁵. En l'état du droit positif, la prohibition de l'inceste ne concerne que les couples déclarés (Section 1).

⁸⁰² Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JORF* 9 févr. 2010, p. 2265. La loi avait introduit à l'article 222-31-1 du Code pénal, le terme "incestueux". Par la même loi, l'article 227-27-2 avait été inséré au Code pénal. D'une manière générale, la loi a été critiquée par la doctrine, car les textes se contentaient de poser un nouveau terme sans créer de nouvelles peines. « *Il y a là un procédé troublant qui consiste pour le législateur pénal à désigner ce qui est odieux sans vouloir y attacher de particulières conséquences répressives* » : A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, doct. n° 335, n° 12. En ce sens, v. aussi C. POMART-NOMDEDEO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.* 2010, étude n° 20, n° 19 ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.* 4 mars 2010, p. 10. La loi a d'ailleurs été censurée par le Conseil constitutionnel en raison de l'imprécision de l'expression « *au sein de la famille* ». Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC, *JORF* 17 sept. 2011, p. 15600 ; *Dr. fam.* 2011, repère n° 10, note Cl. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2011, p. 752, obs. J. HAUSER ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. MAYAUD ; Cons. const., 17 févr. 2012, n° 2011-222 QPC, *JORF* 18 févr. 2012, p. 2846 ; *Dr. fam.* 2012, alerte n° 24, note M BRUGGEMANN.

⁸⁰³ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JORF* 15 mars 2016, texte n° 1. V. aussi, Fr. EUDIER, A. GOUTTENOIRE, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme "impressionniste" », *JCP G* 2016, doct. 479 ; L. PELLETIER, « La réintroduction de l'inceste dans le Code pénal : de précisions en interrogations », *Gaz. pal.* 24 mai 2016, p. 19 ; Cl. MARGAINE, « Retour de l'inceste dans le Code pénal et extension de la protection du mineur victime. Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance », *D.* 2016, p. 1089.

⁸⁰⁴ Art 222-31-1 C. pén. le champ d'application de ce texte est relativement restreint attendu qu'il a seulement vocation à réprimer plus sévèrement les atteintes sexuelles à caractère incestueux contre les mineurs. L'inceste apparaît alors comme une circonstance aggravante. La solution n'est pas profondément différente de celle qu'elle était jusqu'alors puisque l'autorité de l'ascendant auteur du viol sur la victime était toujours considérée comme une circonstance aggravante (art. 222-24 C. pén.). En définitive, l'introduction de l'inceste dans le Code pénal ne présente pas de réelle utilité. Elle relève davantage du symbolique. En ce sens, D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2, n° 29 ; Chr. GUÉRY, « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, p. 47, n° 29.

⁸⁰⁵ Art. 161 et s. C. civ. pour le mariage. Art. 515-2 C. civ. pour le Pacs.

En revanche, contrairement aux couples déclarés, la reconnaissance juridique du concubinage n'est pas soumise au respect du principe de l'interdit de l'inceste. Cette approche distributive de l'interdit de l'inceste est critiquable. C'est pourquoi une réflexion sur l'harmonisation de l'interdit de l'inceste doit être menée (Section 2).

Section 1. Le droit positif de l'interdit de l'inceste

246. Les finalités de la prohibition de l'inceste. La prohibition de l'inceste dans le mariage et dans le Pacs concerne aussi bien les personnes unies par un lien de sang que par un lien d'alliance. Si l'interdit a non seulement une finalité eugénique ou génétique⁸⁰⁶, il contribue aussi à la préservation de la paix tant sociale que familiale⁸⁰⁷. En effet, ces empêchements préservent la cellule familiale, ciment de la société, des turbulences susceptibles de naître des « *perturbations généalogiques* »⁸⁰⁸ qui se manifestent « *par le verbe (...) par l'impossibilité de désigner par une seule expression l'oncle-père, le frère-époux, la sœur-conjointe, le fils-frère, etc* »⁸⁰⁹.

247. Une prohibition commune aux couples déclarés. « *Nous devons prendre la mesure de l'évolution des structures familiales et oser poser la problématique de l'inceste en fonction des nouveaux modes de vie de couple* »⁸¹⁰. Conscient de cette obligation, le législateur a partiellement

⁸⁰⁶ Il semble évident que PORTALIS à l'instar de ses contemporains ne faisait aucune place à la génétique notamment en raison de la méconnaissance de cette matière en 1804. En ce sens, G. COURTOIS, « Portalis et la prohibition de l'inceste », *Esprit* 2004, n° 48, n° 28. Il est d'ailleurs possible de se demander si la finalité eugénique existe vraiment dans les empêchements à mariage ou à Pacs. Si le mariage ou le Pacs entre deux personnes liées par un lien de sang est formellement impossible, sur le plan pénal aucune condamnation de la relation incestueuse consentie n'est mise en place. L'interdiction civile n'a pas directement pour but d'empêcher la naissance d'un enfant de ce type d'union. Elle a simplement pour objet d'empêcher la reconnaissance juridique de ces couples. Un tel constat est renforcé par l'abandon de la vision procréative du mariage, mais aussi par l'augmentation du nombre de naissances hors mariage. En effet, si en 1804, les enfants naissaient très majoritairement dans le mariage, la situation n'est plus la même aujourd'hui. Du fait de l'empêchement à mariage, il existait peu de chances qu'un enfant naisse d'une relation incestueuse. De nos jours, la situation a évolué. Puisque les enfants naissent majoritairement hors mariage, le fait de prohiber le mariage ou le Pacs des parents n'a pas pour effet de préserver la société de la naissance d'enfants incestueux. La seule finalité eugénique de la prohibition de l'inceste est révélée par le droit de la filiation. La filiation de l'enfant incestueux est en effet unilinéaire, l'enfant pâtissant de la relation incestueuse de ses parents.

⁸⁰⁷ R. FOX, *Kinship and marriage. An Anthropological Perspective*, Cambridge University Press, 1967, spéc. pp. 54 et s.

⁸⁰⁸ I. CORPART, « L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.* 3 mai 1995, p. 888.

⁸⁰⁹ D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2, n° 12.

⁸¹⁰ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 25.

œuvré en ce sens en soumettant les partenaires, aux mêmes empêchements⁸¹¹ et à la même sanction⁸¹² que les époux.

248. Annonce de plan. Le principe de prohibition de l'inceste, si prégnant en droit canonique, s'est effrité à partir de la Révolution française. En effet, les législateurs successifs (§1) et la jurisprudence (§2) ont apporté des atténuations substantielles au principe d'interdiction de l'inceste dans le mariage. Si, aujourd'hui, l'ordre public de direction demeure une réalité lorsque le couple partage des liens de parenté étroits, il perd de sa vigueur lorsque les individus présentent un degré de parenté éloigné ou seulement un lien d'alliance. Dans ces cas, l'intérêt des personnes l'emporte sur l'intérêt général.

§ 1 : L'affaiblissement de l'interdit de l'inceste imputable au législateur

249. La suppression des empêchements pour les alliés au deuxième degré. La législation évolue dans le sens d'un assouplissement de l'interdit de l'inceste. Alors qu'originellement l'interdiction s'étendait jusqu'aux collatéraux et alliés au deuxième degré, désormais l'article 162 du Code civil prévoit que seuls les collatéraux au deuxième degré sont concernés faisant ainsi disparaître la prohibition entre les alliés à ce degré⁸¹³. Cette contraction des empêchements à mariage traduit le resserrement du lien familial et l'abandon d'un interdit ancestral. « *Dès lors, on ne sait plus trop ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas, ou du moins ce qui a été prohibé à une époque et est désormais autorisé* »⁸¹⁴.

250. L'assouplissement par le système des dispenses. Parallèlement à la disparition des empêchements pour les alliés au deuxième degré, les dispenses témoignent, elles aussi, de

⁸¹¹ L'article 515-2 du Code civil prévoit des empêchements *a priori* identiques à ceux posés aux articles 161 à 163 du Code civil. Le but de ces empêchements à Pacs est, comme en matière de mariage, d'éviter les relations incestueuses. En ce sens, Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §26 : « *seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste* ». Pour résumer, il existe, pour les partenaires et les époux, des empêchements en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus.

⁸¹² Dans le mariage (art. 184 C. civ.) comme dans le Pacs (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §27 : « eu égard à la nature des empêchements édictés par l'article 515-2 du Code civil, justifiés notamment par les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage, la nullité prévue par cette disposition ne peut être qu'absolue ») la sanction est la nullité absolue.

⁸¹³ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 21 juil. 1975, p. 7171.

⁸¹⁴ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 9.

l'assouplissement de l'interdit de l'inceste en ce qu'elles rendent possible le mariage de deux individus présentant un lien d'alliance ou un degré de parenté suffisamment éloigné.

Ces dispenses, héritées du droit canonique, avaient pour objectif de compenser la restriction faite au mariage des collatéraux⁸¹⁵. Malgré le rétrécissement du champ d'application de l'interdit de l'inceste opéré par le Code Napoléon⁸¹⁶, les dispenses ont été conservées. Tout d'abord maintenues dans leur état originel⁸¹⁷, ces dispenses ont par la suite été étendues au lien d'alliance à condition que ce dernier ait été dissous par le décès⁸¹⁸.

En outre, le législateur a peu à peu créé des dispenses au sein de la famille adoptive⁸¹⁹. Aujourd'hui, les empêchements à mariage absolus en raison de l'adoption ont été réduits comme peau de chagrin. Si bien qu'à ce jour, seul le mariage entre l'adoptant et l'adopté ainsi qu'avec les descendants de ce dernier demeure un empêchement qui ne peut faire l'objet d'aucune dispense.

D'une manière générale, le champ des interdictions à mariage absolues se restreint alors que, au contraire, celui des dispenses s'élargit. Si « *la fermeté d'une loi apparaît à travers la place laissée aux exceptions* »⁸²⁰, le constat de la perte de vitesse de l'interdiction de l'inceste est indéniable.

251. La perte de vitesse en raison de la création d'une nouvelle dispense en faveur des demi-frères et demi-sœurs. La souplesse en faveur des familles adoptives contraste avec la situation des familles recomposées notamment celle des personnes reconnues par le nouveau compagnon de leur parent⁸²¹. Par l'effet de la reconnaissance, l'enfant devient un collatéral au

⁸¹⁵ Le mariage était interdit jusqu'au 7^e degré canonique soit le 14^e degré civil. En ce sens, R. MAURICE, « Les effets de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale », *RTD civ.* 1971, p. 250, n° 11, spéc. p. 255.

⁸¹⁶ Cette prohibition a été limitée au quatrième degré en ligne collatérale. Le Code civil n'interdisait pas explicitement le mariage entre grand-oncle, grand-tante, petit-neveu et petite nièce bien que la jurisprudence semble poser cette interdiction. Req., 28 nov. 1877, *DP.* 1878. 1. 209. La jurisprudence semble se conformer à une décision de Napoléon parue au Bulletin des lois le 7 mai 1808. En ce sens, M. PLANIOL, G. RIPERT, A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, *La famille, mariage, divorce, filiation*, LGDJ, 1926, n° 112, spéc. p. 101.

⁸¹⁷ La compétence du Président de la République en matière de dispense (art. 164 C. civ.) est relativement tardive. Loi du 10 mars 1938 ayant pour objet de modifier l'article 164 du Code civil relatif aux prohibitions du mariage.

⁸¹⁸ Loi du 1^{er} juillet 1914.

⁸¹⁹ Loi du 19 juin 1923 modifiant différents articles du Code civil sur l'adoption, *JORF* 20 juin 1923, p. 5794 ; loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, *JORF* 23 déc. 1976, p. 7364.

⁸²⁰ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 7.

⁸²¹ Il est bien entendu nécessaire que l'enfant destinataire de la reconnaissance n'ait pas une filiation déjà établie à l'égard d'une tierce personne.

deuxième degré des enfants de l'auteur de la reconnaissance⁸²². Dès lors, le mariage ou la conclusion d'un Pacs entre ces individus devient impossible.

En droit prospectif, seule la création d'une nouvelle dispense pourrait permettre à ces couples de vivre dans un mode de conjugalité déclaré⁸²³, notamment lorsque le délai de prescription pour réclamer la nullité de la reconnaissance est écoulé⁸²⁴. Ils ne seraient plus soumis à l'empêchement prenant sa source dans le couple formé par leur parent respectif. L'élaboration de cette nouvelle dispense s'avère d'autant plus nécessaire que la reconnaissance à l'origine du lien de parenté est le plus souvent mensongère⁸²⁵. En définitive, cette dispense constitue un palliatif pour s'extirper de la situation dans laquelle ils se trouvent emprisonnés.

Néanmoins, cette analyse se heurte à des difficultés d'ordre successoral puisque l'enfant reconnu devient l'héritier réservataire de l'auteur de la reconnaissance. Si un mariage entre ces demi-frères ou demi-sœurs, tous deux héritiers réservataires, s'en suit, le survivant du couple marié recueille l'ensemble de la succession en cas d'absence de descendance et de testament. Le survivant évince ainsi les frères et sœurs du prédécédé⁸²⁶ bouleversant ainsi l'ordre successoral. La paix familiale, chère au législateur, serait remise en cause et par répercussion, elle risquerait de troubler l'ordre social. C'est pourquoi une telle dispense doit rester impossible⁸²⁷.

⁸²² En ce sens, X. LABBÉE, « Épouser sa sœur », *AJ fam.* 2015, p. 427.

⁸²³ X. LABBÉE, art. préc.

⁸²⁴ Lorsque la possession d'état est conforme au titre, l'action se prescrit par cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état (art. 333 al. 1 C. civ.). Cependant, lorsque la possession est conforme au titre, nul ne peut contester la filiation (art. 333 al. 2 C. civ.). Dans l'hypothèse où la possession d'état n'est pas conforme au titre, le délai de prescription est de dix ans à compter de la reconnaissance (art. 321 C. civ.)

⁸²⁵ Sauf les cas où l'auteur de la reconnaissance est effectivement le père, il n'est pas rare que le nouveau compagnon de la mère reconnaisse l'enfant de cette dernière.

⁸²⁶ À condition que les ascendants soient absents de la succession. En ce sens, art. 757-2 C. civ. Toutefois afin de limiter l'éviction des frères et sœurs, lorsque le prédécédé avait reçu par donation ou succession des biens qui se retrouvent dans la succession, la dévolution de ces biens se fait par moitié (art. 757-3 C. civ.). En outre, le législateur a aussi prévu une créance d'aliments en faveur des ascendants, autres que les père et mère du défunt (art. 758 C. civ.). Pour une présentation de ces compromis, G. GOUBEAUX, « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 427.

⁸²⁷ Afin de contrecarrer ces reconnaissances mensongères, il serait préférable de lutter contre les effets néfastes de cette convention. On pourrait par exemple assimiler une reconnaissance mensongère à un faux. Cependant, jusqu'à ce jour, la Cour de cassation refuse de le faire, Cass. crim., 8 mars 1988, n° 87-92.108, *Bull. crim.*, n° 117 ; *RTD civ.* 1990, p. 253, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

252. Transition. Le législateur participe à l'affaiblissement de l'interdit de l'inceste dans le mariage. Néanmoins, depuis une quinzaine d'années, les juges sont les principaux artisans du déclin de la prohibition de l'inceste dans le mariage.

§2. L'affaiblissement de l'interdit de l'inceste imputable à la jurisprudence

253. Annonce de plan. Les premiers jalons de l'assouplissement du principe de l'interdiction de l'inceste en matière d'alliance ont été posés par la Cour européenne des droits de l'Homme (A). En effet, son arrêt du 13 septembre 2005 a eu le mérite d'ouvrir le débat sur la question du maintien de la prohibition des mariages incestueux, notamment en cas de lien d'alliance. La Cour de cassation commence à être influencée par le libéralisme de la Cour européenne des droits de l'Homme puisque, si d'une manière générale, la Cour de cassation sanctionne les mariages entre les personnes présentant un lien d'alliance, conservant ainsi une position classique⁸²⁸, ses dernières décisions, rendues à la suite d'un contrôle de proportionnalité, marquent un certain assouplissement du principe de la condamnation (B).

A. L'affaiblissement imputable à la Cour européenne des droits de l'Homme

254. La jurisprudence perturbatrice de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'érosion de l'ordre public de direction dans ce domaine résulte de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme qui dans l'arrêt *B. et L. contre Royaume-Uni*⁸²⁹ décide que l'empêchement à mariage et le régime obscur de la dispense⁸³⁰ violent l'article 12 de la Convention

⁸²⁸ V. par ex., Req., 28 nov. 1877, *DP* 1878. 1. 209. Dans cet arrêt, les juges étendent l'empêchement de l'article 163 du Code civil aux mariages entre grand-oncle et petite nièce, car le terme d'oncle et de tante a été utilisé par le législateur pour désigner aussi bien le grand-oncle que l'oncle si bien que l'empêchement de l'article 163 doit leur être étendu. La doctrine a accueilli favorablement cette décision. Tout comme les juges, elle avance que la différence d'âge entre les futurs époux est aussi une raison qui doit pousser vers l'interdiction de ces mariages : « *plus les différences d'âges et de degrés s'accroissent, plus est grande, d'un côté, l'autorité, et, de l'autre, la confiance et la subordination ; plus aussi il y a nécessité d'établir entre le grand-oncle et la petite-nièce une barrière qui enlève à l'un et à l'autre l'espérance d'un mariage* ».

⁸²⁹ Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, *RTD civ.* 2005, p. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 758, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 234, note A. GOUTTENOIRE, M. LAMARCHE. Deux ressortissants du Royaume-Uni s'opposent à l'interdiction légale qui leur est faite de se marier, en raison du lien d'alliance qui avait existé entre eux puisque la future épouse n'est autre que l'ex-bru. Celle-ci avait divorcé du fils de son futur époux.

⁸³⁰ Les époux ne disposent d'aucun recours contre l'interdiction qui leur est faite de se marier. Ils ne peuvent que solliciter l'autorisation du Parlement.

européenne des droits de l'homme. Chacun des arguments avancés par la Cour pour justifier cette décision peine à convaincre⁸³¹.

Alors que le Royaume-Uni justifiait l'empêchement à mariage en raison du lien d'alliance par l'ordre familial⁸³², la Cour européenne des droits de l'Homme rejette cet argument au motif qu'aucune disposition légale n'empêche ces mêmes individus de vivre en concubinage⁸³³. De sorte que l'enfant subit cette union, que celle-ci soit de fait ou de droit. C'est pourquoi, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, la reconnaissance juridique et donc sociale de l'union ne porte pas atteinte à ses intérêts. Par conséquent, l'interdiction à mariage opposée aux requérants ne supprime pas le risque qui pèse sur l'enfant. Néanmoins, cet argumentaire est critiquable, car la Cour européenne des droits de l'Homme ne tient pas compte du bouleversement de l'ordre familial et des conséquences de celui-ci sur le développement de l'enfant. En effet, la structure familiale se trouve bouleversée puisque le grand-père devient le beau-père. L'intérêt de l'enfant semble donc contraire à la volonté de mariage des requérants.

Au vu de cet arrêt, les juges européens privilégient le respect de la liberté du mariage au détriment d'une conception classique du mariage et de la famille⁸³⁴.

La portée de la décision doit être relativisée, car la Cour européenne des droits de l'Homme ne remet en question ni la condamnation civile ni la condamnation pénale⁸³⁵ de la relation incestueuse fondée sur un lien de parenté. En revanche, elle dissocie la prohibition prenant racine dans la parenté, fermement condamnée, de celle prenant sa source dans l'alliance, étudiée avec bienveillance.

⁸³¹ Seuls deux arguments seront étudiés. Le premier qui ne le sera pas a trait au coût trop élevé et l'incertitude quant à l'issue de la procédure de dispense puisque dans une affaire similaire le Parlement anglais avait estimé que le mariage du couple incestueux ne présentait pas d'obstacle insurmontable à la délivrance d'une autorisation aux fins de mariage d'un couple incestueux. En ce sens, Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, §21. La Cour de cassation se fonde ici sur le *Valerie Mary Hill and Alan Monk (Marriage Enabling) Act 1985*.

⁸³² Le nouveau mariage bouleverserait l'ordre familial puisque le grand-père deviendrait le beau-père.

⁸³³ Il est à noter que les parties vivaient en concubinage depuis un certain temps déjà.

⁸³⁴ Cette solution est d'autant plus surprenante que la Cour EDH privilégie habituellement une conception traditionnelle de la famille. En ce sens, v. par exemple Cour EDH, 27 sept. 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, n° 10843/84 ; Cour EDH, 30 juil. 1998, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, n°s 22985/93 et 23390/94. En ce sens, v. aussi, H. LABAYLE, « La liberté du mariage et la CEDH », in J.-J. LEMOULAND et O. LECUCQ (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 93, spéc. 96.

⁸³⁵ Cour EDH, 24 avr. 2012, *Stübing c. Allemagne*, n° 43547/08. La Cour EDH considère que l'arsenal répressif du droit allemand à l'encontre des relations incestueuses fondées sur la parenté ne viole pas l'article 8 de la CEDH

255. Transition. L'empêchement à mariage en raison du lien d'alliance n'est pas une spécificité d'outre-Manche si bien que la solution dégagée dans l'affaire *B. et L. contre Royaume-Uni*⁸³⁶ a vocation à influencer les juges français.

B. L'affaiblissement imputable à la jurisprudence interne

256. Annonce de plan. Quelques années après la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation, le 4 décembre 2013, a eu l'occasion de statuer sur une affaire relativement similaire⁸³⁷. La solution rendue à cette occasion montre l'influence des juges de Strasbourg sur leurs homologues français puisque, contrairement aux dispositions de l'article 161 du Code civil⁸³⁸, un mariage présentant un caractère incestueux n'a pas été annulé (1). Cette décision surprenante et, pour l'instant, isolée résulte d'un contrôle de proportionnalité opéré par les juges de la Cour de cassation (2).

1. « Une décision incestueuse »⁸³⁹ de la Cour de cassation rendue le 4 décembre 2013

257. La reproduction de la solution de la Cour européenne des droits de l'Homme du 13 septembre 2005 par la Cour de cassation. Les qualités des parties à l'affaire sont identiques à celles de l'affaire *B. et L. contre Royaume-Uni* puisqu'un homme souhaite se marier avec son ex-bru après le divorce de cette dernière d'avec le fils de celui-ci⁸⁴⁰. Cependant, contrairement à la Cour européenne des droits de l'Homme, la Cour de cassation est saisie d'une affaire où le mariage a déjà été célébré, entraînant ainsi un changement de visa. En effet, le fondement glisse du droit à mener une vie familiale⁸⁴¹ au respect de la vie privée et familiale⁸⁴², car le « *prononcé de la nullité du mariage constitue bien une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale de l'ex-épouse* »⁸⁴³.

⁸³⁶ Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02.

⁸³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234 ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; *D.* 2014, p. 153, obs. H. FULCHIRON ; *D.* 2014, p. 153, note Fr. CHÉNEDÉ ; *RTD civ.* 2014, p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. THOURET ; *Dr. fam.* 2014, comm. n° 1, note J.-R. BINET ; *RJPF* 2014, n° 2, p. 23, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ ; *RLDC* 2014, n° 112, p. 43 note Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ ; *Deffrénois* 2014, p. 140, obs. Ch. BAHUREL ; *RTDH* 2014, p. 759, comm. W. JEAN-BAPTISTE.

⁸³⁸ L'article prohibe le mariage entre les alliés en ligne directe.

⁸³⁹ *RJPF* 2014, n° 2, p. 23, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ.

⁸⁴⁰ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234.

⁸⁴¹ Art. 12 CEDH.

⁸⁴² Art. 8 CEDH

⁸⁴³ *RTDH* 2014, 759, comm. W. JEAN-BAPTISTE, spéc. p. 766.

Malgré cette différence, les solutions doivent être rapprochées, car la Cour de cassation, faisant fi des arguments de préservation de la paix familiale et de l'intérêt de l'enfant dégagés par la cour d'appel, se prononce en faveur de la validité du mariage⁸⁴⁴. Par conséquent, elle rend « *une décision incestueuse* »⁸⁴⁵. Elle transgresse les prescriptions légales⁸⁴⁶ et elle revient sur une solution établie depuis des décennies. Ici, l'intérêt particulier défendu par la protection de la vie privée⁸⁴⁷ prime sur l'intérêt général protégé par l'article 161 du Code civil. En d'autres termes, l'intérêt personnel des époux l'emporte sur l'intérêt général.

D'une manière générale, l'arrêt illustre la substitution, dans le domaine familial, d'un ordre public de direction vers un ordre public de protection.

258. Transition. Il ressort de cette décision, et de celles qui suivront que les juges de la Cour de cassation tiennent compte des circonstances des faits. Ils opèrent un contrôle de proportionnalité.

2. La prohibition de l'inceste confrontée au contrôle de proportionnalité

259. La prise en compte critiquable des éléments de fait. La Cour de cassation consciente du retentissement occasionné par un tel arrêt a publié un communiqué de presse ayant pour objectif de désamorcer, par anticipation, toutes les critiques qui pourraient naître. Elle y affirme que les circonstances particulières de l'affaire empêchent d'en tirer un enseignement général, si bien que « *la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question* »⁸⁴⁸. Ainsi, le décès du "beau-père/époux"⁸⁴⁹, la présence d'un enfant et la durée du mariage légitiment la méconnaissance des règles édictées par le Code civil⁸⁵⁰. Prise isolément, cette solution a une portée limitée. Toutefois, elle pose la question de la survie de l'existence des empêchements entre alliés. La généralisation d'une telle décision

⁸⁴⁴ CA Aix-en-Provence, 21 juin 2012.

⁸⁴⁵ *RJPF* 2014, n° 2, p. 23, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ

⁸⁴⁶ *D.* 2014, p. 153, note Fr. CHÉNÉDÉ, n° 4. La Cour de cassation aurait « *violé la loi par refus d'application !* » de celle-ci.

⁸⁴⁷ En ce sens, Chr. JAMIN, « Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015, p. 2001. L'auteur parle alors d'un compromis. Selon lui, la Cour de cassation doit revoir ses motivations, car une telle décision est significative d'un compromis qui ne peut pas résulter du syllogisme.

⁸⁴⁸ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arrêt_n_27992.html

⁸⁴⁹ Ce décès étant survenu plusieurs années après le mariage.

⁸⁵⁰ La violation volontaire des dispositions du Code civil par les juges n'est pas une nouveauté. Il arrive parfois que la Cour de cassation « combatte la loi » à l'aide de la convention européenne des droits de l'Homme. Sur cette question, Ph. MALAURIE, « La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205.

menacerait la paix familiale. En effet, le désordre dans la succession, le traumatisme pour l'enfant d'ailleurs relevé par la Cour de cassation, le bouleversement de la place de chacun dans l'ordre familial et les prescriptions du Code civil sont autant de paramètres qui auraient dû conduire à une solution contraire.

260. La méthode de proportionnalité utilisée par la Cour de cassation. Le refus de prononcer la nullité dans l'arrêt du 4 décembre 2013 est le fruit d'un contrôle de proportionnalité⁸⁵¹. Ce dernier « *a pour objet de faire la balance entre les droits et intérêts en présence, intérêts publics et intérêts privés, lors de l'application de la règle à un cas particulier. Il peut conduire à écarter cette application in casu lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et aux libertés reconnus à l'individu* »⁸⁵². Il s'agit d'une « *nouvelle façon de concevoir le droit, moins dogmatique, même si la promotion des droits fondamentaux a aussi sa part de dogmatisme. Dogmatisme contre dogmatisme, il s'agit de trouver les voies de conciliation entre intérêt général et intérêts particuliers* »⁸⁵³. Le rôle de la Cour de cassation se trouve modifié puisqu'elle « *brise la prohibition fondamentale de la connaissance du fond des affaires* », bien que « *cette prohibition comporte des exceptions* »⁸⁵⁴.

Dans les arrêts du 4 décembre 2013⁸⁵⁵ et du 8 décembre 2016⁸⁵⁶, la Cour de cassation tient compte des éléments de fait afin de faire la balance entre les intérêts protégés par les articles relatifs à l'interdiction de l'inceste dans le droit français et les intérêts particuliers portés par les articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Dans la décision du 4 décembre 2013, la Cour de cassation n'hésite pas à écarter la loi française, car la nullité du mariage porterait atteinte de manière injustifiée à sa vie privée et

⁸⁵¹ *Contra* Fr. CHÉNÉDÉ, « Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 953, n° 2. Selon le professeur CHÉNÉDÉ, il s'agit davantage d'un contrôle de conventionnalité *in concreto*. Le Premier avocat général de la Cour de cassation Léonard BERNARD DE LA GATINAIS précise dans ses conclusions rédigées à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 2016 que « *seule une cassation avec renvoi aurait pu être interprétée comme la volonté d'introduire, par cet arrêt, le contrôle de proportionnalité cher à la CEDH au cœur des raisonnements des juges du fond* ». L. BERNARD DE LA GATINAIS, « Mariage incestueux : avis de rejet de l'avocat général », *Dr. fam.* 2017, comm. n° 25.

⁸⁵² H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

⁸⁵³ H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1376.

⁸⁵⁴ Fr. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 511.

⁸⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234.

⁸⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, à paraître.

familiale. On constate donc que « *même une loi visant à défendre la société contre l'abomination de l'inceste doit être assouplie en fonction du cas particulier examiné* »⁸⁵⁷. La loi nationale est évincée, car les juges estiment qu'elle porte atteinte aux droits consacrés par les normes européennes. Le contrôle de proportionnalité montre la « *juridictionnalisation de la Cour de cassation* »⁸⁵⁸ puisque cette dernière analyse les éléments de fait pour décider du sort du mariage.

En réalité, « *la proportionnalité reprend une question très ancienne : celle du rapport entre l'équité et la loi* »⁸⁵⁹. Toutefois, le contrôle de proportionnalité ne se limite pas à cela puisqu'il permet « *d'affirmer les droits des individus* »⁸⁶⁰.

261. L'examen des motivations du demandeur en nullité. La Cour de cassation, dans son arrêt du 4 décembre 2013, estime que l'absence d'oppositions et, surtout, d'action en nullité pendant une durée relativement longue est de nature à démontrer que le mariage en question n'est pas, pour le demandeur, aussi troublant qu'il y paraît. L'inertie de ce dernier prouverait qu'il se serait accommodé de cette situation. En outre, l'action en nullité coïncide avec le décès de l'époux incestueux, ce qui semble indiquer que des raisons d'ordre successoral sont à l'origine de la saisine du juge⁸⁶¹. De sorte que la nullité du mariage constituerait une ingérence injustifiée dans la vie privée et familiale de l'épouse.

Le résultat obtenu à la suite de l'utilisation de la méthode de la proportionnalité par la Cour de cassation, dans l'arrêt du 4 décembre 2013, apparaît critiquable. En effet bien que le demandeur soit notamment guidé par le prurit du lucre, le mariage n'en demeure pas moins frappé du vice d'inceste, d'autant plus que l'alliance qui unissait les deux familles n'a pas disparu par décès, mais par divorce. Par conséquent, il ne s'agit pas d'un inceste "relatif" qui pourrait faire l'objet d'une dispense, mais d'une union entrant dans le champ des empêchements à mariage dits absolus. Il est donc impossible d'avancer l'idée selon laquelle la Cour de cassation se serait arrogé le droit de se substituer au Président de la République pour accorder une dispense *a posteriori*.

⁸⁵⁷ Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Chr. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

⁸⁵⁸ Fr. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 511.

⁸⁵⁹ Fr. ROUVIÈRE, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance des juges », *RTD civ.* 2017, p. 524.

⁸⁶⁰ H. FULCHIRON, « Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1376.

⁸⁶¹ En ce sens, *D.* 2014, p. 153, obs. H. FULCHIRON. Il apparaît que l'intérêt à agir de l'ex-époux ne naît qu'à l'ouverture de la succession de son défunt père. V. aussi, *Defrénois* 2014, p. 140, obs. Ch. BAHUREL.

Si la méthode utilisée par la Cour de cassation n'est pas critiquable⁸⁶², le choix de faire pencher la balance en faveur de la veuve au détriment du fils est, quant à lui, discutable, car il contribue à l'affaiblissement de l'interdit de l'inceste.

Les éléments analysés par les juges sont propres à chaque espèce. Ainsi dans l'arrêt du 4 décembre 2013, la Cour de cassation s'appuie sur l'absence d'oppositions antérieurement à la célébration ainsi que sur les motivations d'ordre successoral du demandeur en nullité pour rejeter la demande en nullité. Dans la décision du 8 décembre 2016, l'absence d'enfants nés du mariage incestueux et le lien quasi filial entre les époux aboutissent à l'annulation du mariage. Toutefois, dans ces deux affaires, la durée du mariage est une donnée à laquelle les juges se sont référés pour décider du sort de l'union. Par conséquent, la durée apparaît comme un élément incontournable pour décider du sort de la demande en nullité. En effet, dans la première affaire, une durée de vingt-trois ans est suffisante pour annuler le mariage⁸⁶³ alors que dans le second arrêt, une durée de huit ans ne l'est pas⁸⁶⁴. Bien que le vice d'inceste ne soit jamais gommé, les possibilités de sanction à l'encontre d'un mariage incestueux semblent s'amenuiser au fil du temps et en fonction des circonstances.

La démarche qui consiste à analyser la durée du mariage pour décider du sort de la demande en nullité laisse penser que l'état d'époux se consolide par le jeu de la prescription acquisitive⁸⁶⁵, au point d'en oublier le vice d'inceste. Or, contrairement au droit des biens⁸⁶⁶, l'état d'époux ne s'acquiert pas par le jeu de la prescription acquisitive⁸⁶⁷, mais seulement par le titre. En effet, la

⁸⁶² En ce sens, Ph. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, Chr. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061. Selon les auteurs, la Cour de cassation doit procéder à cet examen puisque l'arrêt *Pascaud contre France* (Cour EDH, 8 novembre 2012, *Pascaud c. France*, req. 19535/08) l'y oblige.

⁸⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234.

⁸⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, à paraître, *JCP G* 2017, 166, note J. HAUSER ; *RJO* 2017, p. 91, note A. TARDIF.

⁸⁶⁵ *Dr. fam.* 2015, comm. n° 44, note J.-R. BINET : « désormais, la durée de l'union prohibée joue comme un facteur de consolidation de celle-ci ».

⁸⁶⁶ En cas de possession utile, non viciée, même de mauvaise fois, le possesseur peut acquérir la propriété du bien qu'il possède à condition d'avoir été le possesseur pendant trente ans.

⁸⁶⁷ L'objectif de paix sociale et familiale que peut remplir la prescription ne doit pas aller à l'encontre des principes gouvernant le droit de la conjugalité. L'objectif de paix sociale a notamment été mis en avant par M. MARGUÉNAUD. En ce sens, *RTD civ.* 2014, p. 307, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. Cependant, un auteur a pu qualifier cet argument d'« *arguties* » : Fr. CHÉNÉDÉ, « Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD civ.* 2014, p. 829. Il est cependant nécessaire de préciser que cet article est une réponse au commentaire de M. MARGUÉNAUD relatif à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 dans lequel M. MARGUÉNAUD avait vivement critiqué les observations de M. CHÉNÉDÉ sous cet arrêt.

possession d'état d'époux a seulement un rôle de complément de preuve⁸⁶⁸. En aucun cas, elle ne modifie seule l'état de la personne qui l'utilise⁸⁶⁹.

262. Transition. Les solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'Homme et par la Cour de cassation déstructurent le système des empêchements à mariage⁸⁷⁰. Le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation conduit à des solutions en opposition avec les dispositions du Code civil. L'éviction de la loi provoque un affaiblissement de la prohibition de l'inceste hors du lien de sang. Cette atténuation s'inscrit dans une dynamique de bienveillance à l'égard des couples incestueux présentant un lien d'alliance initiée par le législateur, depuis plusieurs siècles déjà. Ce phénomène, pour l'instant circonscrit au mariage, pourrait aussi concerner le Pacs puisque l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui permet de faire obstacle aux articles relatifs à l'interdit de l'inceste s'applique aussi aux partenaires⁸⁷¹.

Outre l'affaiblissement de la prohibition entre les époux, le système des empêchements conjugaux manque de cohérence puisque les interdictions posées par le législateur diffèrent selon que les individus souhaitent conclure un Pacs, se marier ou vivre en concubinage. L'harmonisation, dans ce domaine, reste donc à construire.

Section 2. Le droit prospectif de l'interdit de l'inceste

263. Observation préliminaire. L'avenir de l'inceste est incertain. En effet, les évolutions récentes resserrent l'interdit de l'inceste sur le seul fondement biologique. En raison de la multiplication des possibilités de dispense dans la famille adoptive⁸⁷² auxquelles s'ajoutent les

⁸⁶⁸ Art. 195 et 196 C. civ. V. aussi, M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, LGDJ, 2^e éd. par A. ROUAST, 1952, n° 220.

⁸⁶⁹ Cette affirmation est vraie entre les époux, mais elle est erronée pour les enfants. La possession d'état d'enfant permettait à l'enfant de le légitimer à condition que ses parents aient une possession d'état d'époux et que l'enfant ait une possession d'état d'enfant naturel. Cette légitimité remontante ne crée cependant pas un mariage *a posteriori*. Sur la question, voir notamment, J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 255.

⁸⁷⁰ Fr. ZÉNATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 511.

⁸⁷¹ En ce sens, J.-P. MARGUÉNAUD, *Rép. eur. Dalloz*, V° Conv. EDH, art. 8 : vie privée.

⁸⁷² V. *supra* n° 250.

décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme⁸⁷³ et de la Cour de cassation⁸⁷⁴, l'avenir des empêchements à mariage qui ne trouvent pas leur origine dans les liens de sang s'écrit en pointillé⁸⁷⁵. L'inceste en est réduit à son « *cercle rouge* »⁸⁷⁶. Partant, la fonction sociale de la prohibition de l'inceste est abandonnée, car si ce mécanisme assure non seulement le brassage des sangs et le mélange des génomes, il évite aussi l'asphyxie sociale qui naît de l'endogamie⁸⁷⁷. Il préserve la tranquillité des familles en empêchant la reconnaissance par la société d'une relation immorale. À ce jour, la bienveillance des juges à l'égard de certains couples incestueux, à l'instar de l'arrêt du 4 décembre 2013, est en décalage avec les interdits moraux et sociaux⁸⁷⁸. La famille, ciment de la société, doit être, autant que possible, préservée des perturbations qui pourraient nuire à sa stabilité. C'est pourquoi le maintien de ces empêchements à mariage en raison de la parenté ou de l'alliance apparaît nécessaire.

264. Annonce de plan. Outre cette observation préliminaire qui relève d'une critique de l'application du contrôle de proportionnalité en matière d'inceste, la création d'un interdit harmonisé de l'inceste apparaît indispensable à l'identification d'une notion de couple harmonisé. C'est pourquoi, dans un premier temps, les différences existantes entre les empêchements à mariage et à Pacs doivent être gommées (§1). Dans un deuxième temps, la prohibition de l'inceste doit être étendue au concubinage (§2). Enfin, dans un troisième temps, afin de protéger l'ordre social, les empêchements conjugaux ne doivent plus être cantonnés au lien d'alliance. Ils doivent en effet être appliqués à la « *pseudo-alliance* »⁸⁷⁹ (§3).

⁸⁷³ Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02.

⁸⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234.

⁸⁷⁵ Ce constat n'est pas nouveau, mais il est renforcé par les jurisprudences récentes. À ce propos, un auteur suggère d'ailleurs la disparition pure et simple des interdictions en raison du lien d'alliance. J. BARRÈRE, « Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 15, spéc. p. 25 : « *Quant à l'alliance, l'interdiction de mariage devrait disparaître de façon générale* ».

⁸⁷⁶ G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 181.

⁸⁷⁷ G. CORNU, *ididem*. V. toutefois, D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2, n° 28. Selon l'auteur, les conséquences de l'inceste sont moins importantes du fait de l'internationalisation de la société. Les dangers de l'inceste liés à l'absence de brassage de sang et au désordre social disparaissent.

⁸⁷⁸ D. GUÉVEL, art. précité, n° 23.

⁸⁷⁹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 17. L'auteur emploie notamment ce terme pour traiter des concubinages notoires.

§1. L'harmonisation par la suppression des différences entre les empêchements à Pacs et à mariage

265. L'harmonisation du délai de prescription de l'action en nullité. La première différence se fait jour lorsque la question du délai de prescription de l'action en nullité est abordée. Malgré la nature contractuelle du Pacs, la prescription quinquennale ne convient pas. En effet, l'enjeu est tel que la prescription trentenaire semble être la plus adéquate⁸⁸⁰. Ainsi, l'action en nullité pour violation de l'article 515-2 du Code civil pourrait être intentée par tout intéressé⁸⁸¹ pendant trente ans à compter de l'enregistrement du Pacs.

L'enregistrement du Pacs doit constituer le point de départ du délai de prescription, afin que le parallélisme avec le mariage soit parfait. En effet, l'article 184 du Code civil prévoit que le délai de prescription court à compter de la célébration du mariage et non pas à compter de la publication. Or, l'enregistrement du Pacs est l'évènement qui s'apparente le plus à la célébration du mariage. C'est à compter de ce moment que le Pacs produit des effets à l'égard des partenaires. C'est pourquoi le délai de prescription en matière de Pacs court à compter de l'enregistrement.

266. L'absence de transcription explicite de l'interdit dans la famille adoptive. L'apparente cohésion est aussi brisée par l'absence d'empêchement à Pacs en raison de l'adoption. En effet, le législateur interdit explicitement les mariages au sein de la famille adoptive⁸⁸² sans pour autant prévoir de prohibition identique en matière de Pacs. Cette absence rend incertaine l'application des empêchements à Pacs en raison de la filiation adoptive.

Cette situation peut être interprétée de deux manières. La première est permissive. On peut estimer qu'aucune interdiction née de l'adoption n'existe en matière de Pacs⁸⁸³. Ce faisant, la conclusion d'un Pacs entre l'adopté simple et l'un des membres de sa famille adoptive, y compris

⁸⁸⁰ X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012, pp. 47-48.

⁸⁸¹ Le principal intéressé semble être le fisc. En effet, les partenaires bénéficient d'une exonération d'imposition pour les droits de mutation par décès (art. 796-0 CGI). L'Administration fiscale a alors intérêt à faire annuler le Pacs incestueux afin de pouvoir appliquer aux contrevenants les droits de succession du droit commun. Une fois le Pacs annulé, les partenaires redeviennent par exemple des frères et sœurs. Ils bénéficient alors d'un abattement à hauteur de 24 430 euros pour ensuite être imposés sur une première tranche à 35 % puis à 45 %.

⁸⁸² Art. 366 C. civ.

⁸⁸³ A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2014, n° 622.

son adoptant, devient possible. Toutefois, cette approche ne correspond pas à l'esprit des empêchements en matière de Pacs qui ne distinguent pas selon l'origine de la parenté⁸⁸⁴.

C'est pourquoi une seconde interprétation, moins latitudinaire, peut être proposée. Étant donné que les empêchements à Pacs s'appliquent, quelle que soit l'origine de la parenté, les empêchements à Pacs s'appliquent aussi à la parenté adoptive. Partant, la conclusion d'un Pacs entre un adopté simple et l'un des membres de sa famille adoptive est susceptible d'être annulée. Malgré l'absence de précisions à ce propos, cette interprétation correspond à l'esprit des textes. Par conséquent, elle doit être privilégiée. En outre, puisque les partenaires ne bénéficient pas des dispenses offertes par l'article 366 du Code civil⁸⁸⁵, ils semblent soumis à un régime plus strict que celui des époux.

267. L'absence de dispense entre partenaires. La différence la plus notable entre les deux modes de conjugalité déclarés réside dans le système de dispenses présidentielles⁸⁸⁶, ou plus exactement dans l'absence de ce mécanisme dans le Pacs. Juridiquement, cette sévérité accrue envers les partenaires ne se justifie pas à moins que les circonstances graves qui conditionnent la délivrance de la dispense ne l'expliquent. En effet, ces circonstances graves se résument le plus souvent aux cas de grossesse ou de naissance d'un enfant⁸⁸⁷. Or le Pacs, dans sa première version, était déjà une union sexuelle, mais il n'avait pas vocation à accueillir un enfant puisqu'il était principalement destiné aux couples homosexuels. Ainsi l'impossibilité de procréer résultant de l'homosexualité pouvait justifier l'absence de dispenses. Néanmoins, le succès du Pacs auprès des couples hétérosexuels rend cette justification inopérante.

L'absence de dispenses illustre peut-être la préférence du législateur pour le mariage lorsqu'il s'agit d'accueillir un enfant. Ce serait une sorte de réminiscence de la primauté de la famille légitime sur la famille naturelle. En définitive, si un enfant doit venir au monde à la suite d'une

⁸⁸⁴ M. LAMARCHE, *Rép. civ. Dalloz*, V° Pacte civil de solidarité (Pacs), n° 77.

⁸⁸⁵ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 367.

⁸⁸⁶ Art. 164 C. civ.

⁸⁸⁷ En ce sens, A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 10.

relation incestueuse, il est préférable pour lui qu'il naisse dans un mariage plutôt que dans un Pacs⁸⁸⁸.

Afin de mettre un terme à cette différence, deux voies diamétralement opposées peuvent être explorées. La première est la suppression de ce mécanisme qui « ébranle la valeur de la prohibition légale »⁸⁸⁹. En alignant le régime de la prohibition de l'inceste du mariage sur celui du Pacs, on opère un retour à la rigueur. Cette solution s'envisage d'autant mieux que les fondements de la dispense semblent anachroniques. En effet, en raison de la disparition de la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, l'intérêt pour un enfant de naître de parents mariés est réduit tant du point de vue de l'établissement du lien de filiation que du point de vue du droit des successions.

Cependant, l'action des tribunaux et celle du législateur ne vont pas dans ce sens. Loin de se renforcer, la lutte contre l'interdit de l'inceste a tendance à s'assouplir, notamment en matière d'alliance. C'est pourquoi la disparition pure et simple des dispenses semble utopique.

L'autre proposition conduit à envisager la généralisation des dispenses⁸⁹⁰. Ce faisant, les partenaires bénéficieraient d'un système assoupli au même titre que les époux. Toutefois, rien ne permet de choisir parmi ces voies. D'ailleurs au vu du faible nombre de dispenses demandées chaque année, la question des dispenses apparaît secondaire. En effet, la mise en place d'empêchements conjugaux harmonisés ne nécessite pas un système de dispense unique.

268. Transition. L'harmonisation des empêchements conjugaux nécessite tout d'abord que les interdictions posées dans le Pacs soient identiques à celle du mariage. De surcroît, afin d'apporter de la cohérence au système des empêchements conjugaux fondés sur l'interdit de l'inceste, cette prohibition doit être étendue aux concubins afin que tous les modes de conjugalité soient concernés.

⁸⁸⁸ La situation ne change pourtant pas pour l'enfant qui ne pourra établir sa filiation qu'à l'égard d'un seul de ses parents.

⁸⁸⁹ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 8.

⁸⁹⁰ D. GUÉVEL, « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2, n° 30.

§2. L'harmonisation par l'extension de la prohibition de l'inceste au concubinage

269. L'absence d'empêchement en matière de concubinage. Aucun "empêchement à concubinage" en raison de la parenté n'existe. Malgré la libéralisation des mœurs et la tendance à tolérer des comportements autrefois jugés inacceptables⁸⁹¹, une telle union demeure socialement réprouvée. Parce qu'une telle union heurte l'ordre social et la paix familiale, elle ne peut pas être juridiquement reconnue⁸⁹².

Le silence du droit civil contraste avec la condamnation expresse des concubinages incestueux par la doctrine fiscale. Cette dernière pose une présomption irréfragable de non-concubinage pour les personnes entre qui un empêchement à mariage ou à Pacs en raison de leurs liens familiaux existe⁸⁹³. « *En tout état de cause, sont réputées "vivre seules", les personnes qui cohabitent et qui, en raison de leurs liens familiaux, ne sont pas susceptibles de contracter mariage (articles 161 à 163 du Code civil) ou autorisées à souscrire un pacte civil de solidarité (1° de l'article 515-2 du Code civil)* »⁸⁹⁴. Dès lors que la relation entre dans le cadre des empêchements posés par les articles 161, 162, 163 et 515-2 du Code civil, l'Administration fiscale ne la considère pas comme une relation conjugale puisque ses membres sont assimilés à des célibataires.

270. L'extension des empêchements à tous les modes de conjugalité, notamment au concubinage. La création d'une notion juridique de couple est subordonnée à la généralisation de l'interdit de l'inceste. Pour ce faire, il doit notamment être étendu au concubinage⁸⁹⁵ qui n'est plus une relation de fait marginale ignorée par le droit, mais un mode de vie à deux générateurs de droits et de devoirs.

⁸⁹¹ Le cas des donations faites à la concubine adultère en est un exemple parfait.

⁸⁹² *Contra* N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en Droit français contemporain*, préf. Cl. NEIRINCK, PUAM, 2006, n° 580.

⁸⁹³ CE, 28 mai 2003, n° 24-2119, *RJF* 2004. 271.

⁸⁹⁴ V. aussi, Instruction du 1^{er} févr. 2005, BOI 5 B -7-05, §10.

⁸⁹⁵ En ce sens, v. par ex. A.-M. LEROYER, « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.* 2010, p. 381 ; En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 61. *Contra* N. GLANDIER-LESCURE, *op. cit.*, n^{os} 545 et s. Selon l'auteur, l'inceste ne concerne que les couples institutionnalisés, ce qui exclut de fait les couples de concubins.

L'empêchement doit donc explicitement intégrer la définition du concubinage, car à ce jour ni le critère de stabilité ni celui de continuité ne permettent de restreindre la relation de concubinage aux couples ne présentant pas de lien de parenté ou de lien d'alliance. Presque unanimement dénoncée, la relation incestueuse doit être boutée hors du droit. Il en va de la préservation de l'ordre social et de la stabilité de la famille.

En effet, les évolutions législatives et les récentes décisions jurisprudentielles laissent planer un doute sur le futur de la prohibition de l'inceste en raison du lien d'alliance. Pour l'heure, l'inceste par le sang est le seul dont l'avenir est certain. Cet interdit doit donc apparaître en priorité dans la définition du couple. Néanmoins, malgré l'importance des considérations eugéniques, l'ordre social et la stabilité de la famille demeurent des objectifs primordiaux si bien que l'interdit en raison du lien d'alliance ou de "pseudo alliance"⁸⁹⁶ doit être étendu à tous les modes de conjugalité.

La politique en matière d'inceste doit être celle de la dissuasion et non celle de l'interdiction⁸⁹⁷. Dès lors que la relation est librement consentie, rien ne justifie sa condamnation pénale, car on ne peut pas empêcher des personnes de vivre ensemble. Par contre, la prohibition doit se traduire sur plan civil. Pour ce faire, il suffit d'ignorer ces couples qui enfreignent le principe de prohibition de l'inceste. Il est intéressant de remarquer que cette politique de dissuasion est déjà mise en œuvre à l'égard du couple parental incestueux puisque la filiation incestueuse ne peut être

⁸⁹⁶ V. *infra* n° 273.

⁸⁹⁷ Ce constat est ancien. SAVATIER mettait d'ailleurs en parallèle certaines législations étrangères qui s'assignent la tâche « *d'empêcher la reproduction d'individus tarés, eux-mêmes susceptibles de propager leurs tares vers leur descendance. Les méthodes employées n'en restent pas moins fondées sur le bistouri et de l'éprouvette, escortés par la police et guidés par des techniciens élus* » et le droit français qui restait réfractaire à de telles mesures. Le législateur « *répugne d'instinct à imposer techniquement à des êtres humains le sacrifice jumelé et le chirurgical de l'amour et de la liberté* ». C'est pourquoi il préfère les repousser hors du droit, « *car l'être humain artificiellement privé de la vocation innée qu'il a de transmettre le flambeau de la vie lui semble substantiellement diminué* ». R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, pp. 205 et 206.

qu'unilinéaire⁸⁹⁸. En effet, malgré une décision de la cour d'appel de Caen du 8 juin 2017⁸⁹⁹ qui refuse d'annuler le lien de filiation d'un enfant incestueux établi à l'égard de ces deux parents, le principe d'interdiction d'établissement du lien de filiation de l'enfant incestueux à l'égard des deux parents n'est pas remis en question. Ce faisant, le législateur dénie toute existence au couple parental incestueux. Le couple conjugal doit suivre cet exemple. La reconnaissance juridique du concubinage doit être soumise au respect de l'interdit de l'inceste.

271. Les justifications des empêchements fondés sur le sang et l'alliance. Ce sont tout d'abord les répercussions négatives qui pourraient résulter de l'absence de brassage des sangs qui conduisent à étendre les empêchements conjugaux en raison du lien de sang.

En empêchant la reconnaissance juridique et donc sociale du couple incestueux, on tente de dissuader la formation d'un lien conjugal entre des individus entre qui un lien de sang existe. Puisque le couple est une union sexuelle⁹⁰⁰ ayant souvent une visée procréative, la création d'un tel empêchement a vocation à minimiser les risques inhérents à une telle relation. L'empêchement civil a donc pour but de les décourager de « *partager leur lit avec une personne qui n'a rien à y faire* »⁹⁰¹.

Ensuite, ce sont des considérations d'ordre social et de paix familiale qui commandent l'extension des empêchements conjugaux en raison du lien de parenté ou du lien d'alliance. Le couple incestueux bouleverse l'équilibre des familles. C'est pourquoi l'État garant de l'ordre social

⁸⁹⁸ Art. 310-2 C. civ. À ce propos, A. BRETON, « L'enfant incestueux », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pedone, 1975, p. 309 ; D. FENOUILLET, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 29. Des auteurs ont pu réclamer la modification de cette règle. V. par ex., S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude n° 16. La jurisprudence veille d'ailleurs à ce que ce principe soit respecté en refusant l'établissement du double lien de filiation par une adoption intrafamiliale. Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01.01-600, *Bull. civ. I*, n° 2.

⁸⁹⁹ CA Caen, 8 juin 2017, *Juris-Data* n° 2017-012460. L'arrêt est particulier parce que malgré l'interdiction d'établissement d'un double lien de filiation à l'égard de l'enfant incestueux posé par l'article 310-2 du Code civil, l'enfant a un lien de filiation établi à l'égard de son père et de sa mère. La Cour d'appel refuse d'annuler ce double lien de filiation sur le fondement de l'intérêt de l'enfant : « *Au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale, il y a lieu de réformer le jugement en toutes ses dispositions* ».

⁹⁰⁰ V. *supra* n°s 70 et s.

⁹⁰¹ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, p. 5.

ne peut pas ignorer cette question. Afin de protéger la cellule familiale, il doit s'emparer de cette problématique.

Enfin, une telle extension permettrait d'échapper à une hypothétique sanction de la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, dans l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni*⁹⁰², elle remarque que, s'il existe bien une interdiction de se marier entre le beau-père et la bru, le droit anglais ne pose aucune prohibition de concubinage entre ces deux personnes de sorte que l'objectif affiché de « *protection de l'intégrité de la famille* »⁹⁰³, qui justifie le refus du mariage, ne peut pas être atteint par le système actuel. Afin de faire concorder le droit interne avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme, le législateur français doit soumettre les concubins au même empêchement que les couples déclarés.

Si un tel changement est souhaitable, sa mise en œuvre apparaît délicate, car aucun contrôle sur la qualité des parties *a priori* n'existe en matière de concubinage. Ce contrôle s'effectue nécessairement *a posteriori* lorsque le juge est saisi.

Pour ce faire, la définition du concubinage doit être amendée, afin d'y introduire la prohibition de l'inceste. Un second alinéa pourrait être inséré à l'article 515-8 : « *La reconnaissance juridique du concubinage est soumise au respect du principe de prohibition de l'inceste. Ainsi, il ne peut y avoir de concubinage entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus* ». On peut aussi imaginer qu'un article autonome relatif à l'inceste conjugal soit inséré dans le Code civil : « *Le principe de prohibition de l'inceste s'applique à toutes les relations conjugales juridiquement reconnues. À peine de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité ou de mariage entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus. La reconnaissance du concubinage est soumise à la même exigence* ».

272. Transition. L'extension de l'interdit de l'inceste constitue une étape importante dans l'harmonisation de l'interdit de l'inceste. Pour aller encore plus loin, dans la création d'un système d'empêchement conjugal cohérent, le législateur doit appréhender autrement le lien créé entre les familles des couples hors mariage.

⁹⁰² Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02.

⁹⁰³ Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, §37.

§ 3 : L'harmonisation par la création d'un empêchement fondé sur la « pseudo-alliance »

273. L'absence d'empêchements fondés sur la « pseudo-alliance »⁹⁰⁴. Le lien d'alliance est propre à l'institution matrimoniale. Il est étranger au Pacs et au concubinage. De sorte que seul l'ancien mariage dissous par le décès ou par le divorce, sauf dispense, empêche la célébration d'un nouveau mariage ou la conclusion d'un nouveau Pacs entre les anciens alliés. En revanche, un ex-partenaire, et *a fortiori* un ex-concubin, est libre de le faire⁹⁰⁵. Autrement dit, seul le mariage tient compte de l'inceste de second type⁹⁰⁶.

L'interdiction faite aux ex-conjoints est le fruit du lien d'alliance créé par le mariage. Puisque ni le Pacs ni le concubinage n'entraînent la formation d'un tel lien, aucune prohibition de cette nature ne peut exister à leur égard.

Si juridiquement cette affirmation ne souffre d'aucune critique, elle ne tient pas compte de la réalité sociologique, car, dans les faits, les Pacs et les concubinages, qui s'inscrivent dans la durée, ont un impact sur l'ordre familial. Plus la relation dure, plus les liens qui se nouent entre les familles deviennent forts. En outre, socialement les liens qui se tissent entre les familles sont identiques à ceux du mariage. Ces connexions qui naissent entre les familles intègrent, au même titre que le mariage, de nouveaux individus dans la sphère familiale. De sorte que l'union d'un allié et d'un des membres du couple à l'origine du rapprochement des familles fait naître un risque de désordre social. Pourtant, le droit ignore la création de ces "pseudo-alliances". Afin de remédier à cette insuffisance, l'interdit de l'inceste doit être étendu à la « pseudo-alliance »⁹⁰⁷ quitte à créer une notion « *d'allié de droit ou de fait* »⁹⁰⁸.

⁹⁰⁴ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 17.

⁹⁰⁵ En ce sens, Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « PACS et famille », *RTD civ.* 2001, p. 529 ; X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Septentrion, 2012, p. 46.

⁹⁰⁶ Fr. HÉRITIER, *Les Deux Sœurs et leur mère*, Odile Jacob, 1994. Le Professeur Annick BATTEUR explique très bien cette prohibition mise en avant par Françoise HÉRITIER : « *Dans la plupart des sociétés humaines, il est interdit à une mère et à sa fille, ou à deux sœurs de partager le même homme. Si la belle-fille (la bru) est interdite au père, c'est parce qu'il partagerait la même substance que son fils, tout comme deux sœurs ne devraient pas pouvoir épouser successivement le même homme parce que cela constituerait une double relation d'identité substantielle* ».

⁹⁰⁷ A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759, n° 17. L'auteur emploie notamment ce terme pour traiter des concubinages notoires.

⁹⁰⁸ X. LABBÉE, « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, p. 5.

274. Conclusion chapitre 2. L'interdit de l'inceste est une spécificité des couples déclarés. Néanmoins, bien que cette prohibition soit commune aux époux et aux partenaires, des différences, que rien ne justifie, persistent. Il semble judicieux de les gommer notamment en supprimant les dispenses dont peuvent bénéficier les époux et en créant un empêchement fondé sur le lien social formé entre les familles des membres du couple plutôt que sur le mode de conjugalité. Cela aurait pour effet de créer un interdit identique au mariage et au Pacs.

Par ailleurs, en raison de l'utilité de la prohibition de l'inceste tant sur le plan de la paix familiale que de l'utilité sociale, son extension au concubinage apparaît inévitable. En effet, le couple juridiquement reconnu auquel des effets sont attachés ne peut être qu'un couple qui ne présente pas de lien incestueux. C'est pourquoi la relation de fait incestueuse ne doit produire aucun effet.

Ces propositions qui vont dans le sens d'un renforcement de l'interdit de l'inceste semblent cependant aller à l'encontre de l'évolution récente de la prohibition de l'inceste, car le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation conduit parfois à traiter avec bienveillance les couples incestueux qui présentent un lien d'alliance. En effet, certaines décisions renouvellent l'approche de l'interdit de l'inceste. Désormais, l'opportunité de la sanction est appréciée à l'aune des libertés fondamentales protégées par la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, si dans le cas soumis au juge, le prononcé la nullité du mariage porte atteinte de manière disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale, la nullité n'est pas prononcée. Outre le questionnement que cela pose sur le rôle de la Cour de cassation, les solutions dégagées par cette dernière conduisent à un affaiblissement de l'interdit de l'inceste en cas d'alliance. Ce faisant, les magistrats s'inscrivent dans la même dynamique de restriction du champ de l'interdit de l'inceste, amorcé par le législateur depuis le début du XX^e siècle. D'une manière générale, une véritable dissociation semble naître entre la relation incestueuse qui met en danger seulement la paix familiale et celle qui, en plus, fait naître un risque de maladie génétique pour l'enfant à naître.

275. Conclusion Titre 3. Tous les couples, quel que soit le mode de conjugalité, respectent ou devraient respecter des conditions d'ordre sociologique. Contrairement aux autres conditions d'entrée dans le couple, l'inceste et la monogamie sont imposés non pas de manière positive, mais de manière négative. En effet, le législateur interdit tel ou tel comportement, mettant ainsi en exergue l'importance de ces éléments d'ordre sociologique.

Ces interdits semblent profondément ancrés dans la société française, car ils reposent sur des valeurs ancestrales qui semblent constituer le socle de la civilisation occidentale. Ils participent en outre au maintien de l'ordre social qui transcende les choix individuels. À partir de ces constatations, le couple juridiquement reconnu doit respecter ces interdictions.

Concrètement, cela signifie que le couple conjugal doit être monogame. Le couple est en effet le don de soi à l'autre. De sorte qu'un individu ne peut vivre que dans un couple à la fois. En outre, le couple qui a vocation à produire des effets doit être un couple qui ne présente aucun lien de parenté, car il ne peut pas déroger à cet interdit universel.

CONCLUSION PARTIE 1

276. Une conceptualisation du couple envisageable. L'identification du couple conjugal est subordonnée à la caractérisation d'éléments communs tirés des modes de conjugalité déjà existants puisque ces derniers constituent un modèle pour le couple. Si le mariage a servi de modèle au Pacs et au concubinage, le couple, quant à lui, tire sa substance du mariage, du Pacs et du concubinage.

En façonnant la notion juridique du couple autour de modèles connus, le danger principal de la conceptualisation est écarté. En effet, le couple ne se meut pas « *dans un univers d'Idées et de Notions sans rapport avec l'univers où l'homme vit et agit* »⁹⁰⁹. La construction d'une notion se fait grâce à un double mouvement, mis en avant par GÉNY⁹¹⁰, à la fois ascendant où l'on part de la réalité pour mettre en lumière le concept, mais aussi descendant en qualifiant certains modes de vie à deux comme des couples. En se fondant sur les modèles déjà existants, la notion de couple s'intègre parfaitement dans le paysage juridique français. Il apporte une nouveauté sans bouleverser l'ordre établi.

Les modes de conjugalité partagent certains traits communs qui permettent l'identification du couple. Le couple apparaît donc comme **une relation de fait ou de droit entre deux personnes physiques majeures mues par une intention conjugale réelle et réciproque ne présentant ni lien de parenté ni lien d'alliance ou de pseudo-alliance et s'engageant par leur volonté ou par l'effet de la loi à une vie commune**⁹¹¹. La définition proposée est strictement juridique. Elle se fonde sur une approche classique de la communauté conjugale, en s'inspirant des modes de conjugalité existants. Néanmoins, en intégrant l'intention conjugale et la vie commune dans cette définition, des éléments de fait tels que la durée de la relation, la collaboration financière, le degré

⁹⁰⁹ En ce sens, J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron., p. 99, spéc. p. 100.

⁹¹⁰ Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, t. 3, Sirey, 1914-1924, n° 50 ; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. CXCVIII, 1987, n° 455.

⁹¹¹ Pour une définition différente en la forme, mais identique sur le fond. O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017.

d'engagement ou la possession d'état de couple pourront être appréciés afin de constater l'existence du couple conjugal. Ainsi, cette définition purement juridique n'empêche pas, le moment venu, d'apprécier certains éléments de fait pour déterminer si les personnes vivent ensemble comme un couple⁹¹².

Ces éléments d'identification communs à tous les modes de conjugalité ont permis de proposer une définition volontairement restrictive du couple. Dès lors qu'une telle relation est identifiée, certains effets de droit pourraient lui être attachés.

⁹¹² Certains pays comme la Nouvelle-Zélande ont par exemple décidé d'étudier des éléments de fait afin de caractériser l'existence d'un couple. En ce sens, v. par ex., B. ATKIN, « The challenge of unmarried cohabitation—the New Zealand response », *Family Law Quarterly* 2003, vol. 37, n° 2, p. 303, spéc. pp. 314-315.

Partie 2. LE RÉGIME DU COUPLE CONJUGAL

277. Les propositions pour la construction d'un droit commun du couple. L'utilité de l'opération d'identification du couple conjugal se mesure à l'aune de ses effets. La soumission des couples à un ensemble de règles communes fait l'objet de nombreux écrits. Les manières d'atteindre ce droit commun sont multiples⁹¹³, mais elles se résument principalement en trois propositions.

278. L'impossible modèle conjugal unique. La première proposition consiste en la disparition de l'ensemble des modes de conjugalité existants au profit d'un modèle conjugal unique. Ce faisant, le mariage, le Pacs et le concubinage, supplantés par le couple, disparaîtraient.

Cependant, le bouleversement opéré par cette proposition l'exclut automatiquement. En effet, l'idée de pluralisme qui imprègne le droit de la famille depuis plusieurs dizaines d'années s'est définitivement concrétisée, en matière conjugale, par l'ouverture récente du mariage aux personnes de même sexe⁹¹⁴. De sorte que le retour au monisme conjugal apparaît contraire à l'évolution du droit de la famille et à la volonté du législateur. En outre, la réussite du Pacs⁹¹⁵ et le maintien du nombre de mariages⁹¹⁶ illustrent la réussite du pluralisme conjugal⁹¹⁷.

279. La création d'un statut du concubinage. La seconde proposition conserve les modèles conjugaux déjà existants. Il s'agirait de doter chaque mode de conjugalité de règles propres. Ce procédé, qualifié de « *méthode par reproduction* »⁹¹⁸, présente l'avantage de préserver le pluralisme

⁹¹³ V. par ex. J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 33 ; A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017 ; O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017.

⁹¹⁴ En ce sens, J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133.

⁹¹⁵ 188 947 Pacs ont été conclus en 2015.

⁹¹⁶ Environ 236 316 mariages ont été célébrés en 2015.

⁹¹⁷ B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012, n^{os} 438 et s.

⁹¹⁸ O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017 n^o 481.

conjugal. Cette démarche a en outre le mérite d'extraire les concubins de la zone d'inconfort et d'incertitude dans laquelle ils se trouvent puisqu'ils seraient dotés d'un ensemble de règles qui leur seraient propres.

Cependant, ce régime dénie l'essence de la notion de couple. Le couple permet en effet d'unifier les modes de conjugalité sous un même terme. Or appliquer un régime propre à chaque mode de conjugalité rend la démarche d'identification du couple inutile, car la notion juridique de couple n'aurait, en définitive, vocation qu'à remplacer le concubinage.

280. La création d'un statut minimum inter conjugalité. La dernière alternative conduit à proposer un régime commun à tous les modes de conjugalité sans distinction. Cette méthode « *par unification des conjugalités* »⁹¹⁹ permettrait au couple de servir d'assise à l'introduction de règles communes au mariage, au Pacs et au concubinage. Dès lors que le couple est identifié, ses membres seraient soumis à un socle de dispositions communes dont l'application ne dépendrait pas du mode de conjugalité. Les partisans de cette théorie lui donnent des noms différents⁹²⁰, mais tous revêtent l'idée d'un statut minimum applicable à tous les couples. Il s'agirait d'un ensemble d'obligations minimales applicables aux époux, aux partenaires et aux concubins, tout en préservant les règles propres à chaque mode de conjugalité déclaré.

281. Annonce de plan. Une fois la méthode identifiée, il est nécessaire de donner du corps à ce droit commun du couple. Pour ce faire, il est impératif de rechercher les éléments sur lesquels le

⁹¹⁹ O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 484.

⁹²⁰ L'appellation de statut minimum a été proposée. En ce sens, J.-J. LEMOULAND, « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 22. On retrouve aussi l'appellation de statut minimum inter-conjugal, H. FULCHIRON, « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 125. D'autres ont aussi émis l'idée d'un SMIG conjugal. Il s'agirait ici d'un statut minimum garanti. En ce sens, J.-J. LEMOULAND, « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 33. Il semble cependant que l'appellation de régime primaire conjugal doit être écartée. En effet, le régime primaire rappelle le mariage. En outre, les critiques adressées à cette terminologie en matière de mariage empêchent son extension hors mariage. Pour la critique de l'utilisation de l'expression "régime primaire", v. par ex., A. KARM, « Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965 », *JCP N* 2015, p. 1120, n° 2. *Contra* J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 53 ;

législateur insiste. L'étude du droit positif laisse à ce titre entrevoir l'existence de règles communes à tous les couples.

Dans un premier temps, on s'aperçoit que ces règles communes sont des obligations génériques qui relèvent davantage du droit des personnes que du droit de la famille⁹²¹. De sorte qu'« *aujourd'hui, c'est moins la bonne exécution des devoirs statutaires que le respect de la personne avec laquelle on vit* »⁹²² qui semble guider le droit commun du couple. Le législateur a, semble-t-il, posé les premiers jalons du droit commun du couple autour de la notion de respect (Titre 1).

Dans un second temps, le couple entretient un lien particulier avec la solidarité. L'idée de solidarité, qu'elle soit choisie ou subie se retrouve partout. On la retrouve par exemple dans le droit de la responsabilité, notamment en matière hospitalière⁹²³. Par ailleurs, le renforcement de la logique assistancielle de la protection sociale démontre la volonté de venir en aide aux plus démunis. Pour s'en convaincre, il suffit d'étudier le développement de l'aide sociale ou des prestations de sécurité sociale non contributives comme les allocations familiales, l'allocation de soutien familiale ou encore l'allocation de solidarité aux personnes âgées⁹²⁴. La solidarité se retrouve aussi indirectement portée par la doctrine contractualiste à l'origine de l'école du solidarisme contractuel⁹²⁵. En effet, les partisans de la conception sociale du solidarisme contractuel, par opposition à la conception morale, considèrent que le contrat est « *un instrument de solidarité où l'échange des services doit l'emporter sur l'opposition des intérêts* »⁹²⁶. « *Le contrat serait solidaire parce qu'il serait au service du lien social* »⁹²⁷. Si l'autonomie de la volonté reste au cœur du contrat, ce dernier doit

⁹²¹ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 251.

⁹²² G. RUFFIEUX, *ibidem*.

⁹²³ Chr. BOURGEONNIER, « L'indemnisation des victimes des activités médicales publiques : de la responsabilité à la solidarité », *RDSS* 2015, p. 60.

⁹²⁴ En ce sens, Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. MURAT, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016, n°s 16 à 18.

⁹²⁵ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Editions Juris-Classeur, 1999, p. 603. V. aussi, Chr. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 441.

⁹²⁶ Chr. JAMIN, « Quelle nouvelle crise du contrat ? Quelques mots en guise d'introduction », in Chr. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2003, p. 13.

⁹²⁷ Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, p. 247, spéc. 257.

rester équitable, proportionné, c'est-à-dire que du solidarisme émane l'idée d'altruisme, de fraternité, de loyauté et plus généralement de solidarité. Si la solidarité qui émane de la théorie solidariste apparaît entre deux contractants⁹²⁸ qui, le plus souvent, ne partagent aucun lien d'affinité particulier, il est nécessaire de l'étendre aux couples.

L'essor de la solidarité conjugale est aussi dû au recul de la solidarité familiale causé par le rétrécissement de la cellule familiale.

Au vu de ces développements, le couple doit être fondé sur une idée d'entraide. À ce titre, on s'aperçoit qu'un droit commun du couple se dessine autour d'une solidarité matérielle portée sur le logement (Titre 2) et d'une solidarité pécuniaire (Titre 3). Que le législateur protège le cadre de vie du survivant ou le survivant lui-même, ces mécanismes traduisent une idée d'entraide minimale fondée sur « *la justice, l'utilité et le progrès social* »⁹²⁹. Il convient donc d'étudier ce mouvement de convergence afin d'envisager la consécration d'un droit commun du couple qui imposerait à ses membres de s'apporter une entraide minimale. Les règles impératives à destination des époux, des partenaires et des concubins ne peuvent effectivement porter que sur un soutien de base, par opposition à une entraide maximale qui ne peut être le fruit que de la volonté des membres du couple.

⁹²⁸ Le solidarisme contractuel est critiqué par une partie de la doctrine. Certains considèrent que le cheminement intellectuel des solidaristes est *confus*. En ce sens, Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges offerts à Paul Didier*, Économica, 2008, p. 247, spéc. 287. Rapp. L. LEVENEUR, « Le solidarisme contractuel : un mythe », in L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Économica, 2004, p. 184 ; S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. Cl. BRENNER, Économica, 2012, n^{os} 2 et s.

⁹²⁹ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n^o 43, spéc. p. 47.

Titre 1. LE RESPECT AU SEIN DU COUPLE

282. La définition du respect. Le respect fait partie des nombreux mots du langage ordinaire directement incorporé dans le langage juridique⁹³⁰. Les contours de la notion de respect varient selon les situations⁹³¹. Toutefois, dans le cadre de l'étude, c'est une définition classique du terme qui s'impose. Le respect est le sentiment qui incite à traiter quelqu'un avec égards, considération, en raison de son âge, de sa position sociale, de sa valeur ou de son mérite⁹³².

283. Un nouveau devoir légal de respect entre époux. Le "respect" n'est pas une notion inconnue du droit. Le terme se retrouve dans divers domaines qui dépassent le cadre du droit des personnes et de la famille⁹³³. Au sein des relations familiales, le devoir de respect régit de manière classique les relations verticales. Ainsi, « *l'enfant doit (...) honneur et respect à ses père et*

⁹³⁰ À titre d'exemple, on peut citer le mot "couple".

⁹³¹ A. CAMBY, « Renforcement juridique de la notion morale de respect ou risque d'écrasement des interactions morales sous le poids du droit ? ». Les propos ont été tenus lors d'un colloque organisé le 3 novembre 2016 à la faculté de Droit de Nantes sur le thème du "respect en droit". L'intervenant montre en effet la multiplicité des sens que l'on peut donner au respect. Ainsi, lorsqu'une personne dit « *je respecte ton choix* », cela signifie que bien qu'elle n'approuve pas nécessairement ce choix, elle ne s'y oppose pas. Lorsqu'une personne inspire le respect. Cela sous-entend une certaine admiration. L'emploi du terme de respect peut aussi avoir un sens différent comme un ordre (tu me dois le respect) ou comme un sentiment de méfiance ou de crainte (ces deux équipes ne se sous-estiment pas).

⁹³² La définition est pratiquement identique à tous les dictionnaires.

⁹³³ Le terme apparaît seize fois au total dans le Code civil. Toutefois, les manifestations les plus connues sont celles relatives au respect de la vie privée et au respect attaché au corps humain.

mère »⁹³⁴. Parallèlement, les parents exercent l'autorité parentale dans le respect de la personne de l'enfant⁹³⁵.

Depuis une période relativement récente, le respect a été introduit dans les relations horizontales. En vertu de l'article 212 du Code civil, les époux se doivent un respect mutuel⁹³⁶. L'insertion du devoir de respect dans le régime impératif du mariage, reçue avec scepticisme par la doctrine⁹³⁷, est la preuve de la volonté de redynamiser les devoirs conjugaux classiques qui semblent en perte de valeur intrinsèque⁹³⁸. À ce titre, la place qu'occupe le respect dans l'énumération des devoirs auxquels sont soumis les époux est révélatrice de l'importance que le législateur souhaite accorder à ce devoir puisqu'il apparaît en première position. Toutefois, cette démarche législative a une portée principalement symbolique⁹³⁹, car la notion de respect évolue en fonction des époques et des mœurs. En effet, l'idéal de respect est contemporain à l'époque à laquelle elle est étudiée.

284. Un devoir ordinaire à géométrie variable. Malgré l'introduction récente du respect au titre des devoirs des époux, la notion n'est pas nouvelle. Depuis la Révolution française et la fin des coutumes largement défavorables aux femmes⁹⁴⁰, les juges avaient épaissi la catégorie des "devoirs

⁹³⁴ Art. 371 C. civ. Cette règle morale survit à la disparition de l'autorité parentale. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801, p. 52 : « Avec la majorité des enfants la puissance des pères cesse ; mais elle ne cesse que dans ses effets civils : le respect et la reconnaissance continuent à exiger des égards et des devoirs que le législateur ne commande plus ; et la déférence des enfants pour leurs auteurs de leurs jours est alors l'ouvrage des mœurs plutôt que celui des lois ».

⁹³⁵ Art. 371-1 al. 2 C. civ.

⁹³⁶ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avril 2006, p. 5097. Le respect a été introduit par l'intermédiaire de deux amendements. Le premier déposé par M. de RICHEMONT, le 18 janvier 2006 au nom de la commission des lois. Le second a été déposé, le 23 janvier 2006, par un groupe de sénateurs dont faisait partie Robert BADINTER.

⁹³⁷ Pour une critique de cette démarche législative, v. not. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, nos 21 à 23 ; P. MURAT, « Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *Dr. fam.* 2006, repère n° 4 ; X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort », *AJ fam.* 2007, p. 8. Pour ce dernier, l'ajout du devoir de respect est un « truisme ». L'auteur rappelle en effet que le devoir de respect est inhérent à « la vie en société. Il fait partie du contrat social ».

⁹³⁸ En ce sens, C. PHILIPPE, « L'article 212 du Code civil : du XX^e au XXI^e siècle », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 628.

⁹³⁹ Le Garde des Sceaux de l'époque à lui-même précisé que l'introduction de cette obligation était « un symbole de ce que doivent être les relations au sein du couple », *JOAN* 24 mars 2006, p. 2201. En ce sens, v. P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Sirey Université, 7^e éd., 2017, n° 347. Selon l'auteur, l'insertion a pour mérite de « conduire à une appréhension plus individualiste des relations entre époux ».

⁹⁴⁰ Sous l'Ancien droit, la puissance maritale était phénoménale. En ce sens, P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. III, *Le droit familial*, PUF, coll. Thémis, 1968, spéc. p. 132. Le constat est le même dans les pays de droit écrit.

innommés" en y intégrant notamment la notion de respect⁹⁴¹. En définitive, la consécration du respect peut être analysée comme la volonté du législateur de créer un nouveau devoir d'ordre public, mais aussi d'appréhender civilement la lutte contre les violences conjugales.

Le respect est non seulement imposé aux époux, mais il est avant tout inhérent à toutes les relations sociales⁹⁴². Il gouverne, ou devrait gouverner, toutes les relations interindividuelles⁹⁴³. En effet, avant d'être le gage d'une vie en couple harmonieuse, il garantit une certaine paix sociale⁹⁴⁴.

Cependant, le devoir conjugal de respect, appliqué au couple, recouvre une réalité différente. Étant plus intimiste, la relation conjugale exige une adaptation de ce devoir. Le respect ne servirait que de fondement aux exigences de comportement découvertes par la jurisprudence⁹⁴⁵. Ce faisant, il ne serait applicable qu'au couple marié puisque hors mariage, il n'existe aucune sanction spécifique à la violation de ces devoirs. Contrairement aux époux, les partenaires et les concubins ne disposent d'aucune voie d'action, à moins que les conditions de la responsabilité civile extracontractuelle soient réunies.

285. Annonce de plan. Le cantonnement par le législateur du respect à la sphère matrimoniale par le législateur apparaît maladroit⁹⁴⁶, car si le respect est un devoir interindividuel, il est *a fortiori*

⁹⁴¹ En ce sens, J. VASSAUX, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, thèse Université de Lille II, 1989, p. 205. Selon l'auteur, l'ensemble de la jurisprudence relative aux injures révèle un devoir de respect entre époux. V. aussi J. GARRIGUE, *op. cit.*, n° 284, spéc. note de bas de page n°s 224 à 228.

⁹⁴² Un auteur a d'ailleurs pu critiquer, sur le plan théorique, le transfert du respect, droit ordinaire par excellence, vers la sphère conjugale. Selon lui, les devoirs conjugaux que sont l'assistance, le secours ou la fidélité établissent une certaine solidarité, une dépendance mutuelle, alors que les devoirs ordinaires protègent l'intégrité de chacun. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n°s 21 et s.

⁹⁴³ En ce sens, v. V. DEPADT-SEBAG, « L'obligation de respect de l'article 212 du Code civil », *RJPF* 2014, n° 1, p. 9.

⁹⁴⁴ Selon KANT, le respect est une obligation morale à l'égard de tous. Le respect se distingue alors de l'admiration ou de l'estime. C'est ainsi qu'une personne condamnée a autant droit au respect qu'une personne qui ne l'est pas. En ce sens, E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Hachette, 3^e éd. par H. LACHELIER, 1915, pp. 67-68.

⁹⁴⁵ J. GARRIGUE, *op. cit.*, n°s 302 et s. L'auteur a, à l'égard des couples mariés, mis en lumière quatre exigences de comportement. L'époux doit être disponible, agréable, sociable et convenable. Selon l'auteur, ces exigences sont propres au mariage puisqu'il est impossible de les étendre aux autres modes de conjugalité, notamment un concubinage. L'exclusion des autres modes de conjugalité est justifiée par l'absence de sanction spécifique

⁹⁴⁶ J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 243, spéc. p. 215 : « laisse à penser, a contrario, qu'une telle obligation n'existe pas dans les autres formes de couple ».

Dans le même sens, v. aussi X. LABBÉE, « Pacs : encore un tout petit effort », *AJ fam.* 2007, p. 8.

un devoir applicable aux couples. Malgré le caractère nébuleux de ce devoir de respect, au moins deux composantes semblent communes à tous les modes de conjugalité.

La première composante du devoir de respect conjugal est la lutte contre les violences conjugales. En effet, l'insertion de ce terme dans le chapitre relatif aux devoirs et aux droits des époux est directement liée au vote de la loi du 4 avril 2006⁹⁴⁷. Respect et violences conjugales sont donc consubstantiels. En effet, la communauté de vie des couples ne doit pas être un prétexte aux violences physiques, morales ou verbales⁹⁴⁸ voire aux attitudes méprisantes (Chapitre 1).

D'autre part, le respect revêt une forme particulière en raison de la spécificité de la relation conjugale. Cette dernière est une relation d'exclusivité sexuelle et sentimentale. En d'autres termes, le respect de l'autre se retrouve dans l'exécution de la promesse d'exclusivité⁹⁴⁹. La fidélité semble être une aspiration commune à tous les modes de conjugalité. Et pourtant, l'évolution du devoir de fidélité dans le mariage montre que cette forme de respect dépend parfois de la volonté des époux. Il apparaît dès lors délicat de faire de la fidélité un devoir commun à tous les modes de conjugalité, à moins qu'elle soit choisie et non pas imposée (Chapitre 2).

⁹⁴⁷ Loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097.

⁹⁴⁸ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 05-17.533, *Bull. civ. I*, n° 260.

⁹⁴⁹ C. PHILIPPE, « Vers un droit commun des effets du contrat de couple », in X. LABBÉE (dir.), *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple*, *LPA* 20 décembre 2007, p. 18.

Chapitre 1. Le respect par la protection contre les violences conjugales

286. Une préoccupation qui dépasse les frontières françaises. Les violences conjugales sont un fléau⁹⁵⁰ dont le législateur s'est véritablement saisi depuis quelques années⁹⁵¹. Toutefois, cette réaction législative n'est pas une spécificité française puisque la lutte contre les violences conjugales fait aussi l'objet d'une attention particulière par la Cour européenne des droits de l'Homme⁹⁵² qui enjoint aux États membres de prendre toutes les mesures préventives nécessaires pour protéger le droit à la vie⁹⁵³.

287. Annonce de plan. De la violence, le couple ne peut pas naître. Dans la violence, le couple ne survit pas. C'est pourquoi le législateur a créé des mesures visant à lutter contre les violences conjugales⁹⁵⁴ qui apparaissent comme les violations les plus inacceptables du respect. Dans un premier temps, la répression pénale des violences entre époux a été étendue aux modes de

⁹⁵⁰ Dans la lettre de l'observatoire nationale des violences faites aux femmes, les chiffres communiqués par le Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes sont stupéfiants puisqu'en moyenne chaque année, on estime que 223 000 femmes âgées de 18 à 75 ans sont victimes de violences conjugales dans ses formes les plus graves (violences physiques et/ou sexuelles de la part de leur conjoint ou ex-conjoint). En outre, en 2014, 118 femmes et 25 hommes ont été tués par leur conjoint ou ex-conjoint. En outre de novembre 2014 à octobre 2015, 82 635 faits de violences commis par conjoint ou ex-conjoint ont été recensés. Site visité le 11 janvier 2017 : [http://stop-violences-femmes.gouv.fr/IMG/pdf/Lettre_ONVF_8 - Violences faites aux femmes principales donnees - nov15.pdf](http://stop-violences-femmes.gouv.fr/IMG/pdf/Lettre_ONVF_8_-_Violences_faites_aux_femmes_principales_donnees_-_nov15.pdf)

⁹⁵¹ Il semble toutefois que cette préoccupation remonte à la Révolution française. En ce sens, J. VASSAUX, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, thèse Université de Lille II, 1989, p. 207.

⁹⁵² Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, n° 33401/02 ; Cour EDH, 23 févr. 2016, *Civek c. Turquie*, n° 55354/11 ; Cour EDH, 28 juin 2016, *Halim Kilic c. Turquie*, n° 63034/11, *RJPF* 2016, n° 9, p. 23, obs. S.-M. FERRIÉ. Le Conseil de l'Europe avait mené une campagne pour combattre la violence à l'égard des femmes, y compris la violence domestique entre 2006 et 2008. Cette campagne a abouti à une conférence de clôture qui s'est tenue à Strasbourg les 10 et 11 juin 2008.

⁹⁵³ En ce sens, *RSC* 2010, p. 219, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; L. PELLETIER, « Précisions sur la portée de l'obligation positive pour les États de prendre des mesures préventives en matière de lutte contre les violences conjugales », *D.* 2016, p. 1124. V. aussi F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 745

⁹⁵⁴ À ce propos, v. par ex. A. SANNIER, « Focus sur les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales », *AJ fam.* 2017, p. 229.

conjugalité hors mariage⁹⁵⁵ (Section 1). C'est seulement dans un second temps que le législateur s'est emparé de la question pour apporter une réponse civile aux violences conjugales⁹⁵⁶ (Section 2).

Section 1. La réaction pénale

288. Annonce de plan. L'article 132-80 du Code pénal prévoit que pour certains crimes et délits, le fait d'être le conjoint, le partenaire ou le concubin constitue une circonstance aggravante, sans distinction. Plus précisément, le législateur a renforcé la répression à l'égard des violences conjugales puisque désormais, la répression est aggravée pour les violences commises au sein du couple, quel que soit le mode de conjugalité (§2).

Puisque le viol entre époux constitue probablement la manifestation la plus inacceptable et la plus visible de ces violences entre époux, car il est souvent l'aboutissement du « *contexte de domination de l'un des membres du couple sur l'autre, victime d'une violence permanente* »⁹⁵⁷, il constitue l'exemple topique pour traiter des violences au sein du couple. Longtemps hostiles à la reconnaissance du viol entre époux, la jurisprudence puis le législateur ont finalement qualifié de viol entre époux, une relation sexuelle forcée pendant le mariage. Par la suite, cette infraction a été étendue à tous les modes de conjugalité (§1).

§1. La répression du viol au sein du couple

289. Annonce de plan. En réaction à l'immobilisme du législateur, les juges ont commencé à agir contre ce phénomène à partir de la fin du XX^e siècle (A). L'intervention législative, quant à elle, est plus tardive, mais la consécration de la solution jurisprudentielle par le législateur a eu le mérite de créer une incrimination permettant une lutte harmonisée contre le "viol conjugal" (B).

⁹⁵⁵ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avril 2006, p. 5097.

⁹⁵⁶ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* 10 juillet 2010, p. 12762.

⁹⁵⁷ G. GEOFFROY, H. DE RICHEMONT, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire*, 7 mars 2006, p. 7-8.

A. La reconnaissance du viol entre époux par le juge

290. En mariage point de viol. Pendant très longtemps, le viol entre époux n'était pas sanctionné. Les juges qui faisaient le choix de s'immiscer dans la vie privée des époux estimaient qu'il ne pouvait y avoir de viol entre époux, car « *la conjonction obtenue, loin d'être illicite, était une des fins légitimes du mariage* »⁹⁵⁸. En d'autres termes, le *debitum conjugale*, issu de l'ancienne *corpula carnalis*, excuse le viol, voire le légitime, à condition que les actes imposés soient en lien avec la procréation.

291. L'exemple britannique. L'immunité n'était pas une exception française. Le Royaume-Uni la connaissait aussi⁹⁵⁹. Cependant, au fil du temps, les tribunaux ont créé des exceptions à cette immunité entre époux, notamment en cas de séparation de fait, sans pour autant admettre le viol entre époux⁹⁶⁰. Toutefois, la multiplication des atteintes à l'immunité démontrait l'inadaptation de cette théorie aux mœurs. C'est une loi du 3 novembre 1994 relative à la justice pénale et à l'ordre public qui est venue sanctionner explicitement le viol entre époux⁹⁶¹.

292. Des prémices de la reconnaissance du viol entre époux à la condamnation définitive. En France, la situation a évolué à partir de la fin du XX^e siècle. La Chambre criminelle de la Cour de cassation, s'appuyant sur la loi de 1980⁹⁶², a rendu un arrêt, le 17 juillet 1984, condamnant un

⁹⁵⁸ Crim. 21 nov. 1839, S. 1839.1.817, concl. DUPIN ; Cass. crim., 19 mars 1910, *Bull. crim.*, n° 153.

⁹⁵⁹ Ainsi Sir Matthew HALE écrivait que « *l'époux ne peut être coupable d'un viol commis par lui-même sur sa femme légitime, car de par leur consentement et leur contrat de mariage, l'épouse s'est livrée à son époux, et elle ne peut se rétracter* ». M. HALE, *History of the Pleas of the Crown*, Sollom Emllyn, 1736. La thèse de Hale a inspiré la jurisprudence dans l'affaire *R. v. Clarence* en 1888, *Queen's Bench Division* 1888, vol. 22, p. 23.

⁹⁶⁰ R. KOERING-JOULIN, « Viol entre époux et immunité conjugale en droit de Common Law », *RSC* 1996, p. 473.

⁹⁶¹ La loi n'est en réalité qu'une réaction aux décisions rendues par certaines juridictions du fond. Un époux fut par exemple condamné au premier degré, par la Crown Court, le 30 juillet 1990, puis par la Court of Appeal, le 14 mars 1991, et enfin par la House of Lords le 23 octobre 1991 pour tentative de viol. Cet arrêt servit de fondement quelques mois plus tard à la Court of Appeal le 30 juillet 1992 pour condamner un époux pour le viol de son conjoint. Ces deux affaires furent portées devant la Cour EDH. Le mari reprochait aux juridictions anglaises d'avoir brutalement levé l'immunité. Selon le requérant, c'est une violation du principe de légalité posé par l'article 7-1 de la Convention. Mais la Cour EDH a déclaré que le fait pour le mari de bénéficier d'une immunité en cas de viol sur sa femme était contraire aux principes fondamentaux défendus par la Convention. Elle ajoute en outre que le principe de légalité des peines ne saurait permettre à un époux d'échapper à une condamnation pour viol sur son conjoint. La Cour en profita pour créer une « *notion civilisée de mariage* ». V. CEDH, 22 nov. 1995, *C. R. et S.W. c. Royaume-Uni*, n° 20166/92, *RSC* 1996, p. 473, note R. KOERING-JOULIN ; *RTD civ.* 1996, p. 512, note J.-P. MARGUÉNAUD.

⁹⁶² Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JORF* 24 déc. 1980, p. 3028.

époux pour le viol de son épouse⁹⁶³. L'apport de cette solution devait être nuancé, car la communauté de vie entre les époux avait été rompue⁹⁶⁴. De sorte que l'interprétation littérale de la décision ne permet pas d'étendre cette solution aux époux vivant sous le même toit⁹⁶⁵. En tout état de cause, l'arrêt rendu par la Chambre criminelle était un indice sérieux de l'extension de l'incrimination de viol au mariage.

Les décisions se sont succédé, mais celles du 5 septembre 1990⁹⁶⁶ et du 11 juin 1992⁹⁶⁷ marquent un tournant dans la reconnaissance du viol entre époux par les juges de la Cour de cassation. L'arrêt de 1990 a retenu la qualification de viol entre époux en dehors de toute instance en divorce mettant ainsi fin aux doutes soulevés par la décision du 17 juillet 1984. Cependant, un doute demeurait quant à sa portée, car le viol avait été accompagné de pratiques déviantes⁹⁶⁸. Une partie de la doctrine avait considéré que le comportement était sanctionné en raison de la déviance de ces pratiques qui, de toute évidence, n'avait pas une finalité procréative. Deux ans plus tard, la Cour de cassation a balayé les doutes⁹⁶⁹ puisque les relations sexuelles, y compris "normales", imposées par un époux à son conjoint sont constitutives d'un viol.

293. Les justifications de l'inexistence du viol entre époux. La question du viol entre époux a divisé la doctrine. Certains soutenaient la jurisprudence traditionnelle, car selon eux, si l'élément matériel du viol existe, l'élément moral est quant à lui absent. Une personne qui se marie consent à la communauté de toit, mais aussi à la communauté de lit. Ainsi, le viol n'existe pas entre conjoints, car le consentement au mariage sous-entend le consentement à l'acte sexuel. Le consentement

⁹⁶³ Cass. crim., 17 juil. 1984, n° 84-91.288, *Bull. crim.*, n° 260 ; *RSC* 1985, p. 82, note G. LEVASSEUR ; *D.* 1985, p. 7, note D. MAYER.

⁹⁶⁴ Les époux, en instance de divorce, vivaient séparément.

⁹⁶⁵ *Contra D.* 1985, p. 7, note D. MAYER. Dans sa note, l'auteur relève que la séparation des époux est mentionnée incidemment et qu'elle n'est qu'un élément circonstanciel et sans lien causal avec la décision. Elle est en déduit que la Cour de cassation s'est prononcée de façon générale, quelle que soit la situation des époux.

⁹⁶⁶ Cass. crim., 5 sept. 1990, n° 90-83.786, *Bull. crim.*, n° 313 ; *RTD civ.* 1991, p. obs. J. HAUSER ; *D.* 1991, p. 13, note H. ANGEVIN ; *JCP G* 1991. II. 21629, note M.-L. RASSAT.

⁹⁶⁷ Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86.346, *Bull. crim.*, n° 232 ; *D.* 1993, jurispr., p. 117, note M.-L. RASSAT ; *JCP G* 1992. II. 22043, note Th. GARÉ ; *RSC* 1993, p. 330 et p. 780, note G. LEVASSEUR ; *Dr pén.* 1992, n° 227, note M. VÉRON.

⁹⁶⁸ *JCP G* 1991. II. 21629, note M.-L. RASSAT.

⁹⁶⁹ Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86.346, *Bull. crim.*, n° 232 ; *D.* 1993, jurispr., p. 117, note M.-L. RASSAT ; *JCP G* 1992. II. 22043, note Th. GARÉ ; *RSC* 1993, p. 330 et p. 780, note G. LEVASSEUR ; *Dr pén.* 1992, n° 227, note M. VÉRON.

primaire vaut pour toutes les relations sexuelles à venir après le mariage sans qu'il soit besoin de le renouveler. L'acte juridique, qu'est le mariage, permettrait de s'exonérer du consentement à la relation sexuelle.

Cette théorie défendue par Mme le Professeur RASSAT consiste en une sorte de présomption d'accord à l'œuvre de chair tant que dure la cohabitation⁹⁷⁰. Pour que le viol soit caractérisé, « *il faudra établir que l'époux poursuivi savait agir contre le gré de son conjoint ce que le mariage rend a priori douteux* »⁹⁷¹. Tant que dure le mariage l'échange initial des consentements présume le consentement aux relations sexuelles pour toute la durée de la relation.

Ce raisonnement apparaît juridiquement sans failles puisque le devoir conjugal fait disparaître l'élément moral de l'infraction. Pour autant, le viol entre époux ne peut pas être justifié par la seule existence du mariage. S'il existe une obligation pour les époux d'entretenir des relations sexuelles, ces dernières doivent être consenties. En aucun cas, elles ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. Or le viol entre les époux apparaît comme un ersatz d'exécution forcée privée du devoir conjugal. « *L'amour, avant d'être puissance et pulsion, est avant tout liberté* »⁹⁷², c'est pourquoi le consentement à l'acte sexuel doit être renouvelé à chaque relation.

L'avancée opérée par l'arrêt du 11 juin 1992 change la nature de la présomption de consentement aux relations sexuelles des époux. D'une présomption irréfragable, elle devient une présomption simple. Cela signifie que ce consentement, matérialisé par l'échange des consentements, n'est pas donné *ad vitam aeternam*, il doit être constamment renouvelé.

294. Le viol entre partenaires. Les partenaires se trouvent dans une situation relativement analogue à celle des époux. Au même titre que le mariage, le Pacs est lui aussi une union sexuelle⁹⁷³ de sorte que chacun des membres des couples déclarés se soumet à un devoir conjugal réciproque.

⁹⁷⁰ JCP G 1991. II. 21629, note M.-L. RASSAT. La séparation de fait ou de droit met alors fin à ce consentement : « *le conjoint qui juge désormais intolérable d'avoir des rapports sexuels avec son époux peut toujours se séparer de lui par l'une ou l'autre des formules offertes par le droit (et même, croyons-nous par les faits, du moment qu'il n'y a pas d'ambiguïté). Jusque-là, il ne peut se plaindre de rapports sexuels postulés par l'état de mariage auquel il a initialement consenti et continue, d'ailleurs, à consentir par sa persistance dans celui-ci* ».

⁹⁷¹ D. 1993, jurispr., p. 117, note M.-L. RASSAT.

⁹⁷² J.-M. BRUGUIÈRE, « Le devoir conjugal », D. 2000, p. 10, n° 17.

⁹⁷³ V. *supra* nos 70 et s. ; X. LABBÉE, « Le pacte de civil de solidarité et la sexualité », in J. FLAUSS-DIEM et G. FAURÉ (dir.), *Du pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 11, spéc. p. 15.

Ce faisant, la conclusion du Pacs entraîne un consentement à l'acte sexuel⁹⁷⁴ si bien que la solution dégagée par la jurisprudence en matière de viol entre époux est transposable aux partenaires : si la signature du pacte fait présumer le consentement à la relation sexuelle, cette présomption ne peut être que simple si bien que l'engagement dans le Pacs ne vaut pas consentement définitif à l'acte sexuel. Par conséquent, le viol entre partenaires peut être sanctionné⁹⁷⁵. En outre, il apparaîtrait inconcevable de ne pas reconnaître l'incrimination de viol entre les partenaires puisqu'à l'époque de l'introduction de ce mode de conjugalité dans le Code civil, nul « *ne prétendait contester la possibilité d'un viol entre époux en dépit de l'existence du devoir conjugal. De sorte qu'il ne fait évidemment aucun doute que le viol est possible entre concubins ou entre pacsés* »⁹⁷⁶.

295. La certitude quant à la qualification de viol entre concubins. Le viol entre concubins n'a jamais soulevé de difficultés, car les concubins se trouvent dans une situation juridique différente de celle des couples déclarés. En effet, au vu de la législation pénale en matière de viol, les concubins sont considérés comme des étrangers l'un pour l'autre. En raison de l'absence de présomption de consentement à l'acte sexuel⁹⁷⁷, il n'y a donc jamais eu de doute sur la sanction du viol entre concubins.

296. Transition. La jurisprudence s'est donc saisie de la problématique du viol au sein des couples, en sanctionnant ce comportement, quel que soit le mode de conjugalité. Le législateur a finalement consacré ces solutions en introduisant dans le Code pénal l'incrimination de viol entre les membres du couple. Cela a eu pour répercussion de soumettre les couples mariés et les couples hors mariage à une situation analogue.

⁹⁷⁴ A. BOURRAT-GUEGUEN, « Les incidences du pacs en droit pénal », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 213, spéc. p. 221. Le devoir conjugal étant déconnecté de toute idée de procréation, il est alors possible de trouver, dans le Pacs, un *debitum conjugale*, découlant du devoir de vie commune du Pacs. D'autant plus que ce devoir est entendu de manière plus stricte dans le pacte civil de solidarité que dans le mariage, car les partenaires ont l'obligation de vivre ensemble.

⁹⁷⁵ Fr. ALT-MAES, « Le pacs à l'épreuve du droit pénal », *JCP G* 2000. I. 275, n° 45.

⁹⁷⁶ Fr. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 539, n° 36.

⁹⁷⁷ Le mode de conjugalité des concubins ne les engage pas à entretenir des relations sexuelles puisqu'ils ne sont soumis à aucun devoir réciproque.

B. La reconnaissance du viol entre époux par le législateur

297. Une première initiative législative d'une protection commune de tous les couples.

La France a adopté une loi sanctionnant explicitement le viol entre époux⁹⁷⁸. Sans créer un article spécialement destiné à sanctionner le viol entre époux, la loi a inséré un nouvel alinéa à l'article 222-22 du Code pénal⁹⁷⁹. On déduit de ce nouveau texte la volonté du législateur de reconnaître les viols et les autres agressions sexuelles au sein des couples, sans distinguer le mode de conjugalité.

Est-ce la naissance d'un véritable droit commun de la protection des membres du couple ? Assurément oui, car la protection s'étend à tous les modes de conjugalité. Cependant, ils ne sont pas abordés de la même manière. Le législateur, entre 2006 et 2010⁹⁸⁰, précisait que « *la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* »⁹⁸¹. En reprenant la motivation de l'arrêt du 11 juin 1992, la loi pénale se faisait l'écho de l'obligation civile du devoir de communauté de lit entre conjoints. Toutefois, elle limitait la présomption de consentement à l'acte sexuel au mariage. Ce faisant, elle adoptait une position discutable puisque cela pouvait aboutir à dénier tout caractère sexuel aux modes de conjugalité hors mariage. Or, le couple, quel qu'il soit, est une relation ayant un caractère sexuel⁹⁸², car la sexualité est immanente à la relation conjugale. Si la sanction de la violation du devoir conjugal est propre au mariage, cela ne signifie pas que les partenaires et les concubins ne consentent pas à l'acte sexuel. Puisque le

⁹⁷⁸ Loi n° 2006-399, 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avr. 2006, p. 5097. Selon certains auteurs, cette loi n'était pas nécessaire, car la jurisprudence condamnait déjà le viol entre époux. Cette loi inutile affaiblirait les lois nécessaires. En ce sens, Fr. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008, n° 172. Cependant au vu de l'évolution de la jurisprudence, la consécration par le législateur de la solution prétériorienne semble la bienvenue. La position de la chambre criminelle n'a pas toujours été celle de 1992, il paraît logique que le codificateur ait souhaité figer cela. En outre, il n'y a pas une simple reprise de la solution jurisprudentielle, mais bien une clarification. La question du viol entre partenaires a alors pu être tranchée, ce qui était loin d'être le cas dans la jurisprudence.

⁹⁷⁹ Art. 222-22 al. 2 C. pén. : « *Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire* ».

⁹⁸⁰ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* 10 juil. 2010, p. 12762.

⁹⁸¹ Art. 222-22 du Code pénal dans sa rédaction entre le 5 avril 2006 et le 11 juillet 2010.

⁹⁸² V. *supra* n°s 70 et s.

couple est, par essence, une union sexuelle, les couples hors mariage s'engagent donc, au moins moralement, à faire œuvre de chair⁹⁸³. Toutefois, le législateur a préféré considérer que la présomption à l'acte sexuel ne concernait que les époux.

Bien que critiquable, une telle rédaction n'a aucune répercussion pratique puisque les concubins et les partenaires sont alors traités comme des étrangers l'un pour l'autre. De sorte que le viol dans les couples hors mariage s'analysait de la même manière que pour les célibataires. La précision apportée par le deuxième alinéa de l'article 222-22 du Code pénal relatif à la présomption de consentement des époux n'a en réalité comme objectif que de consacrer la solution dégagée par la jurisprudence afin de sanctionner le viol entre époux.

298. Une avancée législative illustrative d'un véritable droit commun du couple.

L'incohérence née de la maladresse de rédaction relative à la question du consentement à l'acte sexuel a été supprimée par la loi du 9 juillet 2010⁹⁸⁴. Cette modification n'entraîne pas la disparition du devoir conjugal dans le couple marié. Elle marque simplement l'autonomie du droit pénal par rapport au droit civil⁹⁸⁵.

Le changement apporté par cette intervention législative met les concubins, les partenaires et les époux dans une situation exactement identique. Certains iront néanmoins déceler une légère différence entre les époux et les autres modes de conjugalité. En effet, le législateur a gardé la

⁹⁸³ En effet en l'absence d'engagement juridique réciproque, les concubins ne sont soumis à aucun devoir. En ce sens, Fr. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 539, n° 36. Pour les partenaires, l'existence d'un devoir de communauté de vie est indéniable bien que les sanctions ne soient pas évidentes.

⁹⁸⁴ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* 10 juil. 2010, p. 12762. L'expression « consentement à l'acte sexuel des époux » a en effet disparu.

⁹⁸⁵ En ce sens, M. AZAVANT, « Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.* 2006, étude n° 40, n° 33. *Contra* A.-M. LEROYER, « Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr. 2006, p. 5097) », *RTD civ.* 2006, p. 402 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 21, spéc. p. 92 ; Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 7. Ces auteurs proposent de mettre fin à « une schizophrénie juridique » née de la reconnaissance du viol entre époux et de la survie du devoir conjugal. En ce sens, M. LAMARCHE, « L'état matrimonial », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2014, n° 116.86.

formulation issue de la loi du 4 avril 2006, en mettant en avant le mariage⁹⁸⁶. D'aucuns pourraient y percevoir la volonté de distinguer les modes de conjugalité.

C'est pourquoi une autre lecture doit être faite. Il est plutôt nécessaire de comprendre que si la sanction du viol dans la relation où le devoir conjugal est indiscutable depuis tant d'années, elle doit nécessairement être étendue aux autres modes de conjugalité dans lesquels il existe un consentement à la relation conjugale.

Aussi est-il possible de considérer que l'incrimination de viol est applicable à tous les couples juridiquement reconnus. Il est intéressant de relever que la création d'effets communs à tous les modes de conjugalité se fait par la voie de l'exclusion de la qualité de couple. En effet, l'incrimination de viol est constatée dès lors que les éléments matériels de l'infraction sont réunis si bien que la relation qui unit l'auteur du viol et sa victime n'a aucune importance pour la caractérisation de l'infraction⁹⁸⁷. Afin de mettre en exergue la particularité de la relation de couple, il est possible de modifier l'article 222-22 du Code pénal afin de faire disparaître la mention des liens du mariage au profit des liens de couple⁹⁸⁸. Cela aurait pour mérite de chasser les doutes quant à l'existence d'un consentement à l'acte sexuel dans les modes de conjugalité juridiquement reconnus.

299. Transition. La condamnation pénale du viol entre époux est un symbole important de la lutte contre les violences conjugales. Toutefois, il n'est qu'une forme de violences conjugales, parmi d'autres. Afin de répondre à l'impératif de lutte contre ces violences, le législateur a décidé d'aggraver les sanctions à l'encontre des auteurs de violences au sein du couple.

§2. La répression aggravée des violences conjugales

300. Annonce de plan. Afin de garantir une protection maximale des membres du couple, les sanctions encourues en cas de violences commises entre les membres du couple pendant la

⁹⁸⁶ « Y compris s'ils sont unis par les liens du mariage »

⁹⁸⁷ Sauf lorsque l'on veut appliquer les circonstances aggravantes prévues à l'article 222-24 du Code pénal. Dans ce cas, le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

⁹⁸⁸ Proposition de réécriture de l'article 222-22 du Code pénal. « Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris **s'ils vivent en couple** ».

relation (A) et après celle-ci (B) sont plus sévèrement sanctionnées que si ces violences étaient perpétrées entre deux étrangers.

A. La protection des membres du couple pendant l'union

301. L'extension de la circonstance aggravante au couple hors mariage. Jusqu'à une période relativement récente, seul le mariage était une relation conjugale constitutive d'une situation aggravante. Les juges, liés par le principe d'application stricte des textes pénaux et celui de légalité des peines⁹⁸⁹, étaient dans l'impossibilité d'étendre aux partenaires⁹⁹⁰ ou aux concubins les circonstances aggravantes prévues pour les conjoints. Il a fallu attendre la loi du 4 avril 2006⁹⁹¹ pour que les autres modes de conjugalité constituent à leur tour une circonstance aggravante⁹⁹².

Cette prise en compte marque un véritable changement dans le droit pénal. Le couple n'est plus seulement issu du mariage. Les relations hors mariage justifient pleinement la circonstance aggravante, car une relation de concubinage n'est pas, dans les faits, si différente de celle du mariage. Il n'est en effet pas concevable qu'un membre d'un couple non marié puisse échapper à l'aggravation de sa condamnation en raison de son mode de conjugalité.

La démarche législative visant à ne tenir compte que de la possession d'état de couple est à saluer. En effet, la circonstance aggravante sanctionne plus lourdement le coupable en raison de la situation de fait qui le lie à la victime et non pas en fonction de la relation de droit. Il est possible de percevoir derrière cette évolution législative une véritable prise en considération des différents modes de conjugalité, mais aussi de voir le recul progressif de l'institution matrimoniale. Une telle évolution reflète aussi la volonté d'une protection accrue de la victime sans distinction pour le mode de conjugalité choisi.

⁹⁸⁹ V. VIRIOT-BARRIAL, « Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350.

⁹⁹⁰ La loi relative au Pacs n'avait en effet rien de prévu à ce propos. Il est nécessaire de rappeler que le volet pénal de la loi de 1999 était inexistant.

⁹⁹¹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avril 2006, p. 5097

⁹⁹² En ce sens, V. VIRIOT-BARRIAL, art. précité. C'est par exemple le cas des violences volontaires (art. 222-8, 222-10, 222-12 C. pén.), du régime des mises à l'épreuve (art. 132-45 C. pén.) ou encore des actes de tortures et de barbarie (art. 222-3 C. pén.) ou des actes d'administration de substances nuisibles (art. 222-15 C. pén.).

302. Critique de la systématisation de la circonstance aggravante. Si le traitement égalitaire des couples en matière de violence conjugale laisse peu de place à la critique, l'existence d'une sanction aggravée prête à débat⁹⁹³. D'une part, la tâche s'avère délicate pour le juge dans l'obligation d'étudier les mobiles de l'auteur de l'infraction⁹⁹⁴. D'autre part, la systématisation de la circonstance aggravante revient à créer une présomption de vulnérabilité à l'endroit de la victime. Or, force est de constater que la femme est le plus souvent la victime de ces violences. Par syllogisme, et non par sophisme, cela pose indirectement une présomption de vulnérabilité de la femme dans le couple. Afin d'éviter cela, on pourrait se fonder sur la situation de vulnérabilité de la victime au moment de l'infraction, appréciée souverainement par les juges du fond, indépendamment de la situation conjugale⁹⁹⁵. En effet, le couple ne crée pas automatiquement une vulnérabilité entre ses membres. L'automatisme de la circonstance aggravante ne semble pas nécessaire à moins qu'elle soit un passage obligatoire pour éduquer les membres du couple et les sensibiliser aux violences conjugales.

303. Transition. Tous les modes de conjugalité reçoivent donc un traitement identique. Ils sont tous constitutifs d'une circonstance aggravante en raison de la relation spéciale qui lie les époux, les partenaires ou les concubins. Afin d'assurer une protection globale, le législateur a décidé d'aggraver la peine encourue lorsque les violences étaient commises entre anciens conjoints, partenaires ou concubins.

B. La protection des membres du couple à l'issue de l'union

304. Un principe fort sous condition. Le législateur a introduit une autre nouveauté à l'article 132-80 du Code pénal. Désormais, la circonstance aggravante du premier alinéa de cette disposition survit à la séparation du couple. Les "ex" sont par conséquent susceptibles d'être

⁹⁹³ La circonstance aggravante est liée soit à la personnalité de l'auteur de l'infraction, soit à la victime. Généralement, il est assez aisé de savoir si c'est la qualité d'auteur ou de victime qui justifie l'application des circonstances aggravantes. Ainsi, dans le cas de la violence sur mineur âgé de moins de quinze ans, la vulnérabilité de la victime justifie l'aggravation de la sanction. Lorsqu'elle est appliquée au magistrat, à l'instituteur ou au représentant de l'ordre, c'est la qualité de l'auteur qui explique l'application de la circonstance aggravante. Mais dans le cadre du couple, aucun indice n'est donné sur l'approche à privilégier. Il semblerait que la circonstance aggravante tienne à la fois compte de la personne de la victime et de la personne de l'auteur.

⁹⁹⁴ En ce sens, Fr. BICHERON, « La protection de la famille par le droit pénal », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 539, n° 33.

⁹⁹⁵ Sauf à considérer plus dangereux pour la société un époux, un partenaire ou un concubin qui, malgré la relation conjugale, exerce des violences sur son compagnon. En effet, dans l'inconscient de chacun cela peut paraître plus grave.

condamnés plus lourdement en raison des relations conjugales qui ont pu exister avec la victime⁹⁹⁶. Le danger potentiel⁹⁹⁷ d'une telle règle n'a pas échappé à la vigilance du législateur qui a assorti le texte d'une condition. L'infraction doit avoir été commise « *en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* »⁹⁹⁸.

305. L'absence de délai de prescription. En vertu de cette disposition, le couple, en droit pénal, survit à la rupture. Bien que le législateur ait tout d'abord souhaité encadrer l'aggravation de la sanction à l'encontre des *ex* dans un délai de cinq ans après la séparation, la crainte de laisser ces actes impunis a conduit à abandonner la condition de délai. En effet, la peur que certains *ex* commettent leur infraction plus de cinq ans après la séparation a décidé le législateur à rendre cette circonstance aggravante perpétuelle.

Une telle démarche présente un certain danger puisqu'elle soumet indéfiniment les concubins, les partenaires et les époux à la circonstance aggravante, ce qui soulève une objection, notamment lorsque le temps écoulé entre la rupture conjugale et l'infraction est important. Plus ce temps sera long, moins la peine se justifie, car plus le temps passe, plus le lien avec l'ancienne relation s'affaiblit. Néanmoins, nonobstant la résistance de certains juges du fond⁹⁹⁹, la Cour de cassation qui demeure fidèle à la lettre du texte¹⁰⁰⁰ condamne plus sévèrement les violences commises contre un ancien compagnon indépendamment de la durée de la séparation.

⁹⁹⁶ C'est une nouveauté, car avant cette intervention législative, les anciens époux, partenaires ou concubins ne pouvaient pas voir leur condamnation assortie de circonstances aggravantes. En ce sens, v. Cass. crim., 1^{er} févr. 2006, n° 05-84.965, non publié.

⁹⁹⁷ En effet, contrairement à l'alinéa premier, l'alinéa 2 a une portée générale si bien qu'il s'applique à toutes les infractions y compris si celles-ci ne le prévoient pas expressément. En ce sens, circ. min. Just. n° 2006-10 E8, 19 avr. 2006, BO min. Just. 13 juill. 2006, n° 102. *Contra* M.-Fr. VIEVILLE-MIRAVETE, « La circonstance aggravante d'" ex " en matière de violences au sein du couple », *Dr. pénal* 2009, étude n° 4, n°s 11 et s. ; S. REVEL, « Poursuites pénales sous la qualification aggravée d'" ex " : quelle défense ? », *AJ pénal* 2010, p. 70, spéc. pp. 70-71.

⁹⁹⁸ Art. 132-80 C. pén. La Cour de cassation veille au respect de cette condition. Cass. crim., 12 oct. 2011, n° 11-85.474, *Bull. crim.*, n° 210. Si les juges estiment que les violences ne sont pas en lien avec l'ancienne relation conjugale, elles ne sont punies que d'une contravention pour violence légère et non pas d'une peine correctionnelle. CA Toulouse, 8 sept. 2008, *Juris-Data* n° 2008-370729, *Dr. pénal* 2009, comm. n° 17, note M. VÉRON.

⁹⁹⁹ CA Caen, 8 oct. 2008.

¹⁰⁰⁰ Cass. crim., 7 avr. 2009, n° 08-87.480, *Bull. crim.*, n° 69 ; RSC 2009, p. 593, obs. Y. MAYAUD ; *Dr. pénal* 2009, comm. n° 93, note M. VÉRON ; *AJ pénal* 2009, p. 313, obs. C. DUPARC.

306. Transition. Sur le plan pénal, le devoir de respect est assuré par la lutte contre les violences conjugales. Organisée, dans un premier temps par le droit pénal, la lutte contre ces violences a par la suite été étendue à la sphère civile

Section 2. L'action civile

307. Une protection civile en deux temps. Le législateur assure aussi, sur le plan civil, la protection des concubins, des partenaires ou des époux contre les violences conjugales sans distinguer les modes de conjugalité¹⁰⁰¹.

Le traitement uniforme des violences conjugales est une nouveauté, car en 2004¹⁰⁰² le législateur avait limité son action au mariage¹⁰⁰³. La différence de traitement entre les époux et les couples non mariés résulte de la précipitation dans laquelle le législateur a introduit ce nouvel alinéa à l'article 220-1 du Code civil¹⁰⁰⁴. Tout le malaise a été résumé en une phrase provocatrice de M. le Professeur Xavier LABBÉE selon qui « *quand on est une femme, il vaut mieux – à tout bien choisir – être battue par son mari que par son concubin* »¹⁰⁰⁵.

C'est seulement dans un second temps, plus exactement six ans plus tard, que le législateur a étendu la protection à tous les modes de conjugalité¹⁰⁰⁶. Désormais, dès lors qu'une relation de couple existe, ses membres sont protégés de la même façon¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰¹ Art. 515-9 et s. C. civ.

¹⁰⁰² Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319.

¹⁰⁰³ Art. 220-1 al. 3 C. civ. La place de l'article ne laisse aucun doute sur la volonté du législateur. Insérée dans le régime primaire des époux, la disposition est impérative. V. aussi, TGI Lille, 21 févr. 2006, *D.* 2006, p. 1350, obs. X. LABBÉE ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 141, note I. CORPART.

¹⁰⁰⁴ *Dr. fam.* 2006, comm. n° 141, note I. CORPART.

¹⁰⁰⁵ *D.* 2006, p. 1350, obs. X. LABBÉE.

¹⁰⁰⁶ Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* 10 juillet 2010, p. 12762. À propos de cette loi, v. par ex. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC* 2010, n° 75, p. 43 ; I. CORPART, « Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr. fam.* 2010, étude n° 28 ; J. CASEY, É. MULON, « Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.* 11 novembre 2010, p. 6.

¹⁰⁰⁷ En ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés », *Dr. fam.* 2010, comm. n° 142.

308. La survie du couple en matière de violence. Outre l'extension de la protection contre les violences conjugales aux modes de conjugalité hors mariage, la loi du 9 juillet 2010 a créé un parallélisme parfait entre le droit pénal et le droit civil en appliquant le dispositif de protection aux "ex". Comme en matière pénale, le couple conjugal survit à la rupture. De sorte que cette dernière n'est pas synonyme d'immunité pour l'"ex" violent.

309. Une égalité perfectible sur le plan rédactionnel. La protection des victimes de violences conjugales est une réalité. Toutefois, la technique législative qui consiste à superposer les lois dans ce domaine laisse apparaître certaines incohérences¹⁰⁰⁸. À titre d'exemple, bien que l'effet soit le même, l'article 515-11 du Code civil relatif à l'ordonnance de protection rendue par le juge aux affaires familiales traite au 3° du logement conjugal des époux et au 4° du logement commun des partenaires et des concubins. Dans un souci de cohésion, et puisque les partenaires et les époux se soumettent au même devoir de cohabitation, la distinction pourrait être faite non plus entre les couples mariés et les couples hors mariage, mais entre les couples déclarés d'un côté et le concubinage de l'autre. On pourrait aller plus loin en réunissant ces deux paragraphes en un seul.

310. Une égalité perfectible sur le fond. Une autre différence, plus importante celle-ci, doit être relevée. Les mesures prises par le juge aux affaires familiales au titre de l'ordonnance de protection le sont pour une durée maximale de six mois¹⁰⁰⁹. Elles peuvent cependant être renouvelées à condition que le juge ait été saisi d'une requête en divorce ou en séparation de corps. La prolongation de l'ordonnance de protection est donc réservée aux époux¹⁰¹⁰. L'exclusion des couples hors mariage peut notamment s'expliquer par la puissance de ces mesures¹⁰¹¹ qui peuvent parfois priver, momentanément, le propriétaire auteur des violences de ses prérogatives sur le bien.

¹⁰⁰⁸ Pour une critique de cette manière de procéder, v. M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 162.

¹⁰⁰⁹ Art. 515-12 C. civ.

¹⁰¹⁰ Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC* 2010, n° 75, p. 43, spéc. p. 47 ; A.-M. LEROYER, « Égalité hommes et femmes - Lutttes contre les violences. Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JO 5 août 2014, p. 12949) », *RTD civ.* 2014, p. 947. *Contra* M. DOUCHY-OU DOT, « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude n° 9, n° 9. V. aussi TGI Lille, 11 févr. 2013, *AJ fam.* 2013, p. 234, obs. X. LABBÉE.

¹⁰¹¹ En ce sens, M. LAMARCHE, « Éviction du domicile familial du concubin ou du pacsé violent : l'analogie entre mariage et concubinage est-elle toujours possible ? », *Dr. fam.* 2010, alerte n°12.

Néanmoins, la prolongation des mesures prises au titre de l'ordonnance de protection est autorisée lorsque, à l'issue de la première ordonnance de protection, une requête relative à l'autorité parentale a été introduite¹⁰¹². Par conséquent, les partenaires ou les concubins ayant un ou plusieurs enfants ont eux aussi la possibilité d'obtenir la prolongation de l'ordonnance de protection, contrairement au concubin ou partenaire sans enfant, laissant ainsi apparaître une lacune importante.

Une telle différence de traitement est difficilement acceptable. Tant que la victime paraît toujours en danger¹⁰¹³, la prolongation semble nécessaire. D'une manière générale, dès lors que les violences sont avérées, les possibilités offertes au juge pour assurer la protection de la victime de violence devraient être exactement identiques sans qu'aucune distinction entre les modes de conjugalité apparaisse.

311. Conclusion chapitre 1. L'action pénale de lutte contre les violences au sein du couple, dont l'étape la plus symbolique est probablement la reconnaissance du viol entre époux, a précédé l'action civile. Souhaitant tout d'abord régler ces situations sur le plan pénal, ce n'est que tardivement que le législateur a pris conscience de la nécessité d'agir aussi sur le plan civil. Par ailleurs, longtemps cantonnées au mariage, les mesures civiles et pénales ont peu à peu été étendues à toutes les formes de conjugalité. Aujourd'hui, ces dispositifs qui ont pour but de sensibiliser les justiciables à la lutte contre les violences conjugales et d'organiser la répression de ces agissements constituent le ciment d'un droit commun du couple. En effet, le combat contre ces comportements constitue le premier effet du couple, car aucun mode de conjugalité ne peut justifier les violences.

Bien que quelques améliorations puissent être apportées, le système actuel présente la cohérence nécessaire à l'émergence d'un droit commun du couple. Ainsi, il semble que la lutte contre les violences conjugales soit le premier élément d'un statut minimum interconjugalité. Il n'est d'ailleurs pas anodin de relever que les mesures de protection se situent au dernier titre du livre I^{er} relatif aux personnes. Cette place semble idéale pour insérer des mesures communes aux couples mariés et non mariés.

¹⁰¹² Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* 5 août 2014, p. 12949. À propos de cette loi, A. SANNIER, « L'ordonnance de protection : un dispositif d'urgence désormais renforcé », *Gaz. Pal.* 18 nov. 2014, p. 4. Sur le rallongement de la durée de vie des mesures fixées aux termes de l'ordonnance de protection, v. A. SANNIER, « Ouverture, à toutes les formes d'unions, des hypothèses de renouvellement des mesures fixées par l'ordonnance de protection », *Gaz. Pal.* 24 mars 2015, p. 5.

¹⁰¹³ L'appréciation de ce danger relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Si le respect entre les membres du couple apparait dans la condamnation des conduites violentes, il prend un aspect spécifique lorsqu'il est étudié au prisme de la notion de couple. En effet, l'exécution respectueuse de l'engagement conjugal est en principe liée à l'exclusivité.

Chapitre 2. Le respect par l'exclusivité conjugale

312. Une fidélité en mouvement. La fidélité s'entend de l'exclusivité des relations. Héritée de la culture judéo-chrétienne, la fidélité est un moyen de faire respecter le principe monogamique. Elle contribue donc à la préservation de l'ordre social. Néanmoins, l'effacement progressif des justifications traditionnelles de la fidélité¹⁰¹⁴ et sa dépénalisation¹⁰¹⁵ ont conduit à un changement de paradigme. La fidélité a désormais plus à voir avec l'individu qu'avec la société puisque le traitement de l'infidélité par le droit tend non plus à la préservation de la société, mais à la sauvegarde de l'honneur du conjoint¹⁰¹⁶.

313. L'intellectualisation de la fidélité. Historiquement, la fidélité était abordée seulement sous son aspect charnel. Elle était donc par essence sexuelle. Par la suite, la fidélité s'est intellectualisée¹⁰¹⁷. De sorte que l'exigence d'une exclusivité sentimentale, qui illustre la montée au droit de la sincérité des sentiments¹⁰¹⁸, accompagne désormais l'exigence d'une exclusivité sexuelle. Ce faisant, la fidélité acquiert une certaine noblesse¹⁰¹⁹. L'intellectualisation de la fidélité permet en outre une meilleure appréhension de l'exclusivité conjugale, en phase avec la société contemporaine

¹⁰¹⁴ La répression pénale du délit d'adultère plus sévère envers l'épouse qu'envers l'époux rendait le devoir de fidélité plus contraignant pour la femme que pour le mari. Une telle différence de traitement permettait de renforcer la présomption de paternité. Cependant, la réciprocité du devoir de fidélité rend cette justification peu convaincante. L'extension de la sanction pénale à l'époux et la réciprocité du devoir de fidélité ont fait disparaître la justification de l'existence du devoir de fidélité par la présomption de paternité.

¹⁰¹⁵ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

¹⁰¹⁶ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, p. 439.

¹⁰¹⁷ Un arrêt a sanctionné la relation, platonique, mais intense, entre un évêque et une femme mariée, car selon les juges de la cour d'appel de Paris, cela est suffisant pour être constitutif d'une faute qui justifie le prononcé d'un divorce pour faute. CA Paris, 13 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986. I. 216, note J.-G. M.

¹⁰¹⁸ Désormais, il peut y avoir infidélité sans sexe. En ce sens, v. aussi J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique*, préf. F. TERRÉ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 222, 1993, n° 1113 ; J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 101, spéc. p. 85.

¹⁰¹⁹ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999, n° 366.

dans laquelle l'informatisation facilite les échanges¹⁰²⁰ qui, eux-mêmes, peuvent ouvrir la voie aux infidélités intellectuelles¹⁰²¹.

314. L'intellectualisation marque un renforcement du devoir de fidélité. Selon certains sociologues, il semblerait que, contrairement à la complicité amoureuse, l'égarement charnel qui n'est pas renouvelé soit excusable, car il serait le plus souvent considéré comme « *un coup de canif dans le contrat* »¹⁰²². Il serait en cela moins grave que l'infidélité intellectuelle qui se prolonge nécessairement dans le temps. L'intellectualisation de la fidélité marque donc une évolution dans l'appréhension de la fidélité. Contrairement à l'œuvre de destruction de la fidélité conjugale entreprise par le législateur, la spiritualisation du devoir de fidélité conduit à son renforcement. Il ne s'agit plus seulement d'empêcher la venue au monde d'un enfant adultérin, et donc de protéger la paix et l'ordre public familial, mais aussi de préserver l'honneur du conjoint victime de l'infidélité.

315. Annonce de plan. Le renforcement du devoir de fidélité par son intellectualisation est un mirage. Présentée comme un pilier du mariage, la fidélité est en réalité un devoir discret, voire moribond, qui s'étirole au gré des interventions du législateur et des juges (Section 1). La contrainte de fidélité qui pèse sur les époux est moins bien acceptée. L'exaltation des libertés individuelles conduit à faire de la fidélité un devoir supplétif soumis à la volonté des époux. C'est pourquoi les accords entre époux pourraient constituer l'avenir de la fidélité. En effet, la contractualisation permettrait à la fois de retrouver une certaine cohérence dans le traitement de la fidélité matrimoniale, mais d'étendre la fidélité aux autres modes de conjugalité dans l'optique de créer un couple organisé autour de l'exclusivité conjugale (Section 2).

¹⁰²⁰ Par courriel, SMS, MMS, les différentes applications... En ce sens, D. CHAUVET, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ fam.* 2016, p. 148 ; A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Infidélité : pomme de discorde », *RJPF* 2015, n° 4, p. 7.

¹⁰²¹ Pour un exemple récent, v. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, n° 13-16.649, non publié, *RTD civ.* 2014, p. 627, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2014, comm. n° 95, note J.-R. BINET. L'auteur de la note n'hésite d'ailleurs pas à parler d'« *une infidélité 2.0* ».

¹⁰²² L'expression, dans ce cadre, est souvent attribuée au sociologue François DE SINGLY.

Section 1. L'étiolation d'un devoir imposé aux époux

316. Annonce de plan. La fidélité est au cœur de tous les couples. La fidélité illustre le don de soi à l'autre. Bien qu'elle soit au cœur de tous les couples, elle n'a été élevée au rang de devoir qu'entre les époux. La première limite se trouve donc dans son domaine d'application puisque les couples hors mariage ne sont soumis à aucun devoir de fidélité (§1). La seconde limite, probablement la plus notable, porte sur la sanction de l'infidélité. En effet, des réformes successives et des décisions rendues par les juges se dégagent une forme de bienveillance qui confine parfois à la complaisance à l'égard de l'époux infidèle (§2). Cela s'explique par le fait que les fondements historiques du devoir de fidélité ont disparu. Ainsi, si originellement, l'exclusivité conjugale avait pour objectif d'empêcher l'arrivée dans la famille d'un enfant qui ne soit pas commun aux membres du couple, le développement des techniques en matière d'identification du lien parental et la consécration du mariage pour les couples de même sexe¹⁰²³ ont rendu cette fonction obsolète.

§1. L'absence de devoir de fidélité hors mariage

317. Un devoir légal propre aux époux. La promesse de fidélité de la majorité des couples n'a de réalité juridique qu'entre les époux¹⁰²⁴. « *Il y a dans le mariage une promesse. S'il n'est pas du pouvoir du droit de contraindre les époux à l'accomplir, il lui appartient cependant de leur interdire de s'en écarter* »¹⁰²⁵. En revanche, en l'absence de devoir de fidélité, le législateur ne peut pas contraindre les partenaires ou les concubins à respecter une promesse qui, juridiquement, n'existe pas.

318. Annonce de plan. Le champ d'application du devoir de fidélité est clairement circonscrit au mariage¹⁰²⁶. Si la fidélité apparaît en creux dans la définition du concubinage en ce qu'elle vient en contrepoint du principe monogamique, si elle est immanente à la relation conjugale, la nature du concubinage rend impossible l'extension du devoir de fidélité entre les concubins (A). Entre

¹⁰²³ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁰²⁴ Art. 212 C. civ. En ce sens, v. par ex., H. FULCHIRON, « La fidélité en option ? », *Dr. fam.* 2016, repère n° 3.

¹⁰²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 2^e éd., 2017, n° 547.

¹⁰²⁶ Art. 212 C. civ.

partenaires, malgré quelques tentatives des juges du fond, aucune disposition relative au Pacs ne permet de déceler l'existence d'un devoir de fidélité dans le Pacs (B).

A. L'absence de devoir de fidélité entre concubins

319. L'infidélité tirée de l'action en recherche de paternité. Certains ont pu découvrir une présomption de fidélité dans le concubinage grâce à l'ancien article 340-4 du Code civil. En effet, l'action en recherche de paternité était soumise à un délai de deux ans à compter de la fin du concubinage à condition que les concubins aient vécu ensemble pendant la période légale de conception. Tant que durait le concubinage, la fidélité supposée de la concubine rendait alors inutile la recherche de paternité. L'article posait une sorte de présomption de paternité induite par la présomption de fidélité qui aurait existé dans le concubinage¹⁰²⁷. Cependant, la référence implicite à ce devoir par le truchement de l'action en recherche de paternité a disparu avec l'ordonnance du 4 juillet 2005¹⁰²⁸. De sorte qu'il n'est plus possible de tirer un devoir de fidélité entre concubins de l'action en recherche de paternité.

320. La fidélité parfois élevée au rang de devoir entre concubins. Il semblerait que certains juges du fond ont pris l'initiative de consacrer un devoir de fidélité entre les concubins. À titre d'exemple, est condamné à payer 10 000 euros au titre du préjudice moral subi par l'ex-concubine le concubin qui vit en concubinage avec une femme et qui, concomitamment à cette relation, entretient une autre relation avec la propre fille de sa concubine avec laquelle il finit par se marier¹⁰²⁹. La mention de la condamnation au titre du préjudice moral a son importance puisque,

¹⁰²⁷ En ce sens, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 3, *Les personnes*, Montchrestien, 6^e éd. par M. DE JUGLART, 1976, n° 967, spéc. p. 388 ; C. LABRUSSE-RIOU, *Droit de la famille*, t. 1, *Les personnes*, Masson, 1984, p. 145. V. aussi, A. AVRAMO, *Les conditions de vie du couple. Essai sur les obligations conjugales*, thèse Université du Sud Toulon-Var, 2004, n° 46 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 123, spéc. p. 71 ; Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *L'affectio copulae*, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007, n° 341, spéc. p. 390. 1. V. aussi, J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993, no 791, spéc. p. 555. Les auteurs relèvent que la jurisprudence n'avait pas directement retenu cette solution qui ne voyait pas dans la fidélité un élément légal du concubinage. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juil. 1986, no 84-14.200, *Bull. civ. I*, no 189.

¹⁰²⁸ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, *JORF* 6 juillet 2005, p. 11159. *Contra* Fl. BERDEAUX-GACOGNE, *ibidem* : « *La pertinence de cette remarque n'est pas affaiblie par l'abrogation de l'article 340-4 du Code civil. En effet, la disparition de ce texte ne s'explique que par la volonté du législateur d'ouvrir encore plus largement les conditions de l'action en recherche de paternité, et de ne plus la soumettre à aucun cas d'ouverture ni délai dérogatoire de droit commun lequel est désormais de dix ans*¹³⁵⁴. Dès lors, l'ordonnance de 2005 ne remet pas explicitement en cause une solution qui n'était, quoi qu'il en soit, qu'implicite dans l'ancien texte ».

¹⁰²⁹ CA Bourges, 11 juin 2009, *Juris-Data* n° 2009-013702.

outre le préjudice matériel résultant de la rupture¹⁰³⁰, les dommages et intérêts indemnisent le préjudice résultant du mariage avec la fille de son ex-concubine, mais aussi peut-être la violation d'une sorte de devoir de fidélité.

De la même manière, la cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 4 janvier 2000, condamne un ex-concubin à verser des dommages et intérêts en raison des circonstances particulières de la rupture, notamment du fait de la proximité entre la rupture et le concours, par la suite raté, de la concubine¹⁰³¹. Toutefois, si la motivation des juges du fond laisse apparaître le caractère déterminant de l'annonce de l'infidélité par la nouvelle concubine de son ex-compagnon, l'existence de deux relations de concubinage concomitantes semble elle aussi déterminante.

Néanmoins, au vu de ces arrêts, l'infidélité n'est pas directement sanctionnée, c'est davantage le préjudice moral résultant de cette infidélité voire l'atteinte à un comportement plus général de respect envers l'autre membre du couple, qui se trouve réparé. Par ailleurs, bien que certains auteurs tirent de ces décisions un devoir de fidélité entre concubins¹⁰³², elles ne sont ni suffisamment transparentes ni assez nombreuses pour en tirer un principe général de devoir de fidélité hors mariage.

321. Le devoir de fidélité est en opposition avec la nature du concubinage. Aucun devoir de fidélité explicite n'existe entre les concubins. Il s'agit au mieux d'un devoir moral que les membres du couple s'imposent. Cette absence est justifiée par la nature du concubinage. En effet, les concubins sont avant tout libres. C'est pourquoi le législateur ne peut donc pas soumettre les concubins à un devoir de fidélité à moins de porter atteinte à la nature même de cette relation.

¹⁰³⁰ Consécutivement à la rupture, la concubine subit un préjudice matériel puisqu'elle se trouve dans une situation économique délicate.

¹⁰³¹ CA Bordeaux, 4 janv. 2000, *Juris-Data* n° 2000-103728 ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 34, note H. LÉCUYER. À propos de cet arrêt, v. aussi S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 725.

¹⁰³² V. par ex. É. BAZIN, « La fidélité dans les couples », *Gaz. Pal.* 23 février 2012, p. 9.

Partant, aucune sanction ne peut être prononcée contre le concubin infidèle sur le fondement du devoir de fidélité¹⁰³³.

322. L'exigence de fidélité par le critère de stabilité ? Si la fidélité n'est pas un devoir entre les concubins, elle semble pouvoir être considérée comme un élément de définition. En effet, par le passé, le juge a parfois utilisé le critère de stabilité, repris dans la définition du concubinage à l'article 515-8 du Code civil, pour introduire une condition d'exclusivité tant sexuelle que sentimentale entre les concubins¹⁰³⁴. Bien que le lien entre la stabilité et l'exclusivité ne soit pas évident, la stabilité demeure une "formidable caisse à outils", un terme qui recouvre une multitude de concepts. Définir le concubinage à l'aide des concepts de stabilité et de continuité n'est pas anodin. Cela laisse aux juges une certaine latitude pour étudier la relation qui leur est soumise et, le cas échéant, la qualifier de concubinage.

Soumettre la reconnaissance du concubinage à une condition d'exclusivité, n'a rien d'étonnant. Descendant de la vie maritale, le concubinage a toujours été calqué sur le mariage. Aujourd'hui encore, malgré son autonomisation, le concubinage reste un mode de conjugalité largement inspiré du mariage. À ce titre, l'exigence de la fidélité entre les concubins apparaît comme une évidence héritée de son histoire. Néanmoins, il est regrettable que cette exigence sociale n'ait pas reçu de traduction juridique certaine.

323. Transition. Bien qu'incontournable dans la conscience collective, la fidélité n'est pas imposée aux concubins. Au mieux, elle est un élément de définition tiré du critère de stabilité, mais elle n'apparaît pas comme un effet commun à tous les modes de conjugalité. La situation des

¹⁰³³ CA Caen, 19 janv. 1995, *Juris-Data* n° 1995-040201 : le concubin « ne peut faire grief à l'intimé de l'établissement d'une relation avec un tiers, qui ne violait aucune obligation de fidélité » ; CA Paris, 27 janv. 1993, *Juris-Data* n° 1993-020239 ; CA Nancy, 21 nov. 1994, *Juris-Data* n° 1994-053778 ; CA Colmar, 8 janv. 2010, *Juris-Data* n° 2010-005680 ; CA Metz, 19 nov. 2009, *Juris-Data* n° 2009-021634. De manière un peu détournée, CA Amiens, 12 févr. 2015, *Juris-Data* n° 2015-003887. Dans cet arrêt, les juges d'appel déclarent les griefs d'infidélité inopérants. Cela peut vouloir dire que l'infidélité n'aura aucune conséquence sur l'affaire ou alors que ce grief est inopérant, car il n'existe aucun devoir de fidélité entre concubins. En ce sens, v. aussi L. JOSSERAND, « L'avènement du concubinat », *DH* 1932, chron., p. 45.

¹⁰³⁴ V. par ex., CA Montpellier, 8 juin 1982, *Juris-Data* n° 1982-699726. Dans cet arrêt, les concubins s'accordent le droit d'être infidèle. En raison de l'existence de cet accord, les juges d'appel refusent de voir dans cette relation un concubinage, car la stabilité fait défaut.

partenaires est proche de celle des concubins puisque la loi ne les soumet à aucune obligation d'exclusivité.

B. L'absence de devoir de fidélité entre partenaires

324. L'impossibilité de tirer un devoir de fidélité des dispositions du Pacs. En dépit des rappels récurrents des juridictions du fond sur l'inexistence d'un devoir de fidélité entre partenaires¹⁰³⁵, certains auteurs identifient, dans l'article 515-2 du Code civil, un ersatz de devoir de fidélité¹⁰³⁶. Ils tirent de la dissolution automatique du Pacs en raison du mariage de l'un des partenaires et de l'interdiction de conclure un second Pacs avant la dissolution du premier une exigence de fidélité. L'argument peine à convaincre, car si la disparition automatique du Pacs en raison du mariage d'un des partenaires prouve, outre la supériorité du mariage, la volonté de lutter contre les situations de polygamie, elle ne sous-entend pas l'existence d'un quelconque devoir de fidélité¹⁰³⁷. En cas contraire, comment expliquer qu'un partenaire puisse se marier avec un tiers sans rencontrer aucun obstacle juridique ?

Par ailleurs, l'importante réforme du 23 juin 2006¹⁰³⁸ n'a pas soumis les partenaires au devoir de fidélité. D'ailleurs, la discussion qui s'est ouverte à l'Assemblée nationale et au Sénat n'a pas porté sur l'insertion d'un devoir légal d'exclusivité. Si le législateur n'a pas saisi cette opportunité, c'est peut-être en raison de sa volonté de ne pas élever la fidélité au rang des devoirs entre partenaires¹⁰³⁹.

325. Un devoir de fidélité au travers de l'exécution loyale du devoir de vie commune ?

D'autres tentent de dégager le devoir de fidélité du devoir de vie commune. L'ordonnance rendue

¹⁰³⁵ V. par ex., CA Versailles, 10 déc. 2015, *Juris-Data* n° 2015-027967 ; CA Rennes, 5 mai 2015, *Juris-Data* n° 2015-011466 ; *RTD civ.* 2015, p. 855, obs. J. HAUSER.

¹⁰³⁶ S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 740, spéc. p. 672. Le Doyen Catherine PHILIPPE s'interroge aussi sur ce point : C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 16. Le Conseil constitutionnel estime aussi que la notion de vie commune sous-entend un devoir de fidélité. V. Cons. const., 9 nov. 1999, DC n° 99-419, §26.

¹⁰³⁷ En ce sens, J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 211.

¹⁰³⁸ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006 p. 9513.

¹⁰³⁹ S. DE BENALCAZAR, « Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs », *Dr. fam.*, étude n° 2, n° 14.

par un juge du tribunal de grande instance de Lille du 5 juin 2002¹⁰⁴⁰ en est une parfaite illustration puisque le juge tire du devoir d'exécution loyale du contrat, un devoir de fidélité. Le Pacs étant un contrat par lequel les parties s'obligent à une vie commune, le principe général d'exécution loyale du contrat¹⁰⁴¹ mène à la découverte d'un devoir de fidélité entre les partenaires.

326. L'emploi d'un champ lexical inadapté dans l'ordonnance. L'ordonnance rendue par le tribunal de grande instance de Lille¹⁰⁴² est étonnante à plusieurs titres. Tout d'abord, l'utilisation du terme "*résiliation*" est une expression plus proche du droit du travail ou du droit des contrats que du droit de la famille¹⁰⁴³.

En outre, la décision contient une référence à la résiliation "*aux torts exclusifs*". L'utilisation de cette expression est surprenante en ce qu'elle renvoie au divorce pour faute et par conséquent au mariage. Par ailleurs, la résiliation pour faute n'existe pas en matière de Pacs puisque ce dernier peut être résilié unilatéralement¹⁰⁴⁴ et indépendamment de toute faute¹⁰⁴⁵. Davantage qu'une méconnaissance des règles de rupture du Pacs, l'utilisation de cette expression illustre à la fois une volonté claire de créer un devoir de fidélité entre concubins et de celle de garder le Pacs dans le giron du droit des contrats.

¹⁰⁴⁰ TGI Lille, ord. 5 juin 2002, *D.* 2003, p. 515, note X. LABBÉE ; *RTD civ.* 2003, p. 270, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2003, comm. n° 57, note B. BEIGNIER ; *RJPF* 2003, n° 3, p. 38, obs. S. VALORY.

¹⁰⁴¹ Le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat existe depuis les origines du Code civil au travers de l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil. La réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a consacré le réveil de la bonne foi de la fin du XX^e siècle. En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 15^e éd., 2016, n° 298. Désormais, la bonne foi est un principe directeur du droit des contrats qui doit exister de la négociation à l'exécution du contrat. V. principalement, M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816. Il s'agit d'un « *standard juridique à la mesure duquel est apprécié un comportement* ». En ce sens, v. D. MAINGUY, « Loyauté et droit des contrats de droit privé », in Fr. PETIT (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2015, p. 5, n° 3, spéc. p. 6.

¹⁰⁴² TGI Lille, ord. 5 juin 2002.

¹⁰⁴³ La résiliation du contrat de travail est une résiliation judiciaire. Le salarié saisit le tribunal des prud'hommes. Il demande au juge de constater que l'employeur a manqué à ses devoirs. Si le juge considère que les manquements de l'employeur sont suffisamment graves, il prononce la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur. Dès lors, cette résiliation produit les effets d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. Quant au droit des contrats, la résiliation est la faculté unilatérale ou bilatérale de sortir du contrat sans qu'aucun effet rétroactif ne soit appliqué.

¹⁰⁴⁴ Sur une critique de la rupture unilatérale du Pacs. v. X. LABBÉE, « Et si le PACS réinstaurait l'esclavage ? », *JCP G* 2008, act. 280.

¹⁰⁴⁵ D'ailleurs la rupture du Pacs, aussi soudaine soit-elle, n'est pas susceptible de faire l'objet d'une réparation. En ce sens, v. par ex., TGI Lille, 7 sept. 2009, *D.* 2010, p. obs. A. KOUMDADJI, X. LABBÉE.

327. Le devoir de fidélité par le devoir innommé de loyauté. Le plus étonnant dans cette ordonnance reste la découverte du devoir de fidélité en dépit de l'absence de dispositions légales à ce propos. Cette manière de procéder renvoie à une technique utilisée en matière de mariage dans lequel les juges ont dégagé de nouveaux devoirs grâce à l'utilisation de la catégorie des devoirs innommés¹⁰⁴⁶, notamment le devoir interpersonnel de loyauté. À titre d'exemple, la loyauté a contribué à l'apparition de devoirs tels que la sincérité et l'honnêteté entre les époux¹⁰⁴⁷ ou à la condamnation des violences entre époux¹⁰⁴⁸. L'ordonnance du tribunal de grande instance de Lille utilise donc le devoir de loyauté pour faire naître un devoir de fidélité entre les partenaires. En cela, l'ordonnance est audacieuse, mais sa portée demeure limitée.

La création d'un devoir de fidélité dans le Pacs au titre des devoirs innommés se heurte toutefois à un obstacle majeur. Si le juge peut interpréter la loi, il ne doit pas, pour autant, la dénaturer. Or, l'insertion du devoir de fidélité dans le Pacs est en opposition avec la volonté du législateur qui, dans la perspective de dissocier les modes de conjugalité déclarés, a toujours nié l'existence d'un tel devoir entre les partenaires¹⁰⁴⁹.

Conscient des limites qui lui sont imposées, le juge qui a rendu l'ordonnance n'a pas créé un nouveau devoir. En raisonnant à partir des outils offerts par le droit des contrats, il a considéré que l'exécution loyale du devoir de vie commune sous-entendait la fidélité. Ainsi au nom d'une certaine

¹⁰⁴⁶ Selon certains auteurs, les devoirs énumérés par le Code civil sont insuffisants. L'étude de la faute dans le divorce le montre. La faute dans le divorce s'apprécierait en fonction des attentes de son conjoint. L'étendue des devoirs du mariage serait alors totalement entre les mains des époux marquant ainsi une vraie subjectivisation du mariage. En ce sens, E. BLARY-CLÉMENT, *De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant sur la réforme du divorce*, thèse Lille II, 1989, pp. 134 et. ; V. BONNET, *Le mariage à l'épreuve de la volonté des époux*, thèse Lyon III, 1995. Cette position n'est pas partagée par tous les auteurs, v not., J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n^{os} 301 et s et 341 et s..

¹⁰⁴⁷ J. GARRIGUE, *op. cit.*, n^{os} 251 et s.

¹⁰⁴⁸ V. ÉGEA, « L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 2004, p. 651, n^o 30. Depuis les lois du 4 avril 2006 (loi n^o 2006-399 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, *JORF* 5 avril 2006, p. 5097) et du 9 juillet 2010 (loi n^o 2010-769 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JORF* 10 juillet 2010, p. 12762), la loyauté ne sert plus de fondement pour sanctionner ces comportements, car le législateur a ajouté une incrimination propre. Dès lors, le recours aux devoirs innommés n'est plus nécessaire.

¹⁰⁴⁹ V. par ex., pour la première mouture du Pacs. *JOAN* 1^{er} déc. 1998, p. 9793. Lors de la réforme en 2006, la position du législateur est restée inchangée.

idée du couple, la fidélité serait donc immanente à la relation conjugale sans qu'il soit nécessaire de le préciser¹⁰⁵⁰.

La fidélité se justifierait par le devoir de vie commune imposé aux partenaires¹⁰⁵¹. Elle viserait à « *préserver la communauté de vie* »¹⁰⁵². Toutefois, le devoir de communauté de vie ne fonde pas à lui seul le devoir de fidélité. En effet, ces deux devoirs sont distincts. De sorte qu'il est surprenant de dégager un devoir de l'existence d'un autre. Si de la communauté de vie ou de la vie commune découlait nécessairement un devoir de fidélité, le législateur n'aurait pas pris le soin de créer le devoir de fidélité dans le mariage. Dès lors, juridiquement l'exécution loyale de la communauté de vie ou de la vie commune ne suffit pas à faire émerger un devoir de fidélité¹⁰⁵³.

328. Le devoir de fidélité étranger au Pacs. Sur le principe, l'introduction de la fidélité par l'utilisation du devoir d'exécution loyale est intéressante, car elle donnerait une certaine noblesse à cet engagement conjugal. Néanmoins, le Pacs est un statut adopté par les partenaires pour organiser leur vie commune. Il paraît donc délicat pour un juge de soumettre les partenaires à un devoir qui n'existe pas, car en procédant de la sorte le juge dépasse largement ses prérogatives. En outre, le devoir de fidélité ne semble pas correspondre à l'esprit du Pacs qui demeure un contrat empreint de liberté. Par conséquent, le juge de première instance qui impose un devoir de fidélité dans le Pacs se fourvoie à double titre. En effet, en plus d'outrepasser ses pouvoirs, il ignore l'esprit du statut¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵⁰ M. VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88.

¹⁰⁵¹ *Dr. fam.* 2003, comm. n° 57, note B. BEIGNIER ; Ph. SIMLER, P. HILT, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006. I. 261, n° 13.

¹⁰⁵² V. ÉGEA, « L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 2004, p. 651, n°s 30 et 31, spéc. p. 671.

¹⁰⁵³ Dans le même sens, v. *RTD civ.* 2015, p. 855, note J. HAUSER.

¹⁰⁵⁴ V. les propos de MM. Jean-Pierre MICHEL et Patrick BLOCHE qui se sont déclarés « *totalelement stupéfaits par cette décision* ». Ils expliquent que « *la rupture du Pacs n'a pas à être justifiée, elle est unilatérale, se fait par voie administrative et aucune faute ne peut être invoquée* ». http://www.liberation.fr/societe/2003/02/20/depacsces-pour-adultere_431505.

Par conséquent, il est difficilement concevable de dégager le devoir de fidélité du devoir de loyauté du droit des contrats¹⁰⁵⁵.

329. Transition. Bien que la fidélité soit au cœur des préoccupations des couples, elle n'a été élevée au rang de devoir qu'entre époux. Le fait que la fidélité, qui demeure une contrainte, ne soit un devoir qu'entre les époux ne participe pas à son essor. Déjà limitée dans son domaine d'application, la fidélité s'affaiblit au fur et à mesure des interventions législatives et jurisprudentielles.

§2. L'altération du devoir de fidélité entre époux

330. Annonce de plan. L'infidélité constitue une faute justifiant le prononcé d'un divorce pour faute aux torts de l'époux infidèle. Une telle affirmation contribue en principe à démontrer l'importance de la fidélité entre les époux. Cependant, depuis les années 1970, le législateur ne cesse d'affaiblir directement ou indirectement ce devoir (A). Les juges, quant à eux, sont saisis de questions qui les poussent à mettre en balance certaines libertés individuelles, comme la liberté de contracter ou de tester, avec la fidélité. Si historiquement la fidélité l'emportait sur ces libertés individuelles, certaines solutions relativement récentes attestent d'un renversement de situation où la liberté individuelle surpasse le devoir de fidélité, reflétant ainsi l'essoufflement de ce devoir (B).

A. L'affaiblissement du devoir de fidélité par le législateur

331. La dépénalisation de l'adultère. La dépénalisation de l'adultère¹⁰⁵⁶ et la disparition de l'infidélité comme cause péremptoire de divorce, par la loi du 11 juillet 1975¹⁰⁵⁷, sont probablement les manifestations les plus importantes de la participation du législateur à l'affaiblissement du devoir

¹⁰⁵⁵ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 237, spéc. p. 238. Pour l'auteur, on peut au mieux tirer de l'obligation de loyauté contractuelle « une obligation d'information de son compagnon sur sa conception de la vie sexuelle en couple, il semble inconcevable d'en déduire un devoir d'exclusivité sexuelle ». Contra B. BEIGNIER, « Le droit des personnes à l'épreuve du Pacs », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, p. 65, spéc. p. 69. D. GRILLET-PONTON, « Quasi conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP G* 2002. I. 108, n° 12. Pour l'auteur, l'obligation de loyauté est un avatar de la fidélité.

¹⁰⁵⁶ Certains auteurs appelaient depuis longtemps à la dépénalisation de l'adultère. L'un d'entre eux considérait la répression pénale de l'adultère comme anachronique. V. M. NAST, « Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », *DH* 1938, chron., p. 37, spéc. p. 39.

¹⁰⁵⁷ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171.

de fidélité. Depuis lors, l'infidélité relève uniquement de la sphère privée dont les époux sont les seuls acteurs¹⁰⁵⁸. L'infidélité est une affaire privée dans laquelle les époux sont les seuls décideurs des suites à donner à un tel comportement¹⁰⁵⁹. Bien que l'objectif de cette réforme n'ait certainement pas été de traiter l'adultère avec complaisance, ces prises de position n'ont pas contribué au renforcement du devoir de fidélité. En procédant de la sorte, le législateur laisse le soin aux époux de régler les conséquences de la violation du devoir, posant ainsi les premiers jalons de la contractualisation des devoirs du mariage.

332. L'égalité des filiations. L'égalité d'établissement et de traitement des différentes filiations a aussi contribué à l'affaiblissement du devoir de fidélité. Dans un premier temps, la reconnaissance d'une égalité dans l'établissement des filiations par la loi du 3 janvier 1972¹⁰⁶⁰ a eu le mérite de promouvoir la situation des enfants adultérins jusqu'alors enfermés dans des situations peu enviables. Dans un second temps, la réception par le Droit français, de la solution dégagée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Mazurek* le 1^{er} février 2000¹⁰⁶¹ a créé une égalité de traitement totale entre les différentes filiations¹⁰⁶². Si la promotion de la filiation

¹⁰⁵⁸ La condamnation pénale rendait l'adultère public.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, v. Y. MAYAUD, « L'adultère, cause de divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975 », *RTD civ.* 1980, p. 494, n° 5.

¹⁰⁶⁰ Loi n° 72-3 sur la filiation, *JORF* 5 janvier 1972, p. 145.

¹⁰⁶¹ Cour EDH, 1^{er} févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c. France*.

¹⁰⁶² Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 décembre 2001, p. 19279.

adultérine vise à ne pas faire subir aux enfants les conséquences de la violation, par leurs parents, des devoirs conjugaux, elle a participé à l'affaiblissement du devoir de fidélité¹⁰⁶³.

333. Transition. Le législateur est donc partie prenante du recul du devoir de fidélité. Toutefois, les décisions jurisprudentielles participent aussi à ce recul.

B. L'accélération de l'érosion du devoir de fidélité par la jurisprudence

334. Annonce de plan. En matière de divorce, l'office du juge permet une meilleure appréhension de l'« *histoire propre à chaque espèce* »¹⁰⁶⁴. La prise en compte du comportement de l'autre¹⁰⁶⁵ lors de la procédure de divorce¹⁰⁶⁶ ou de la séparation de fait conduit à une application raisonnée du devoir de fidélité entre époux¹⁰⁶⁷. Ce faisant, le juge ouvre la voie à la contractualisation du devoir de fidélité autant qu'il y porte atteinte.

Toutefois, les atteintes les plus importantes au devoir de fidélité ne sont pas directement en lien avec le droit de la famille. Les juges confrontés à des problématiques mêlant libertés individuelles et fidélité ont fait le choix de privilégier les premières au détriment de la seconde. Ces interventions ne sont pas sans conséquence puisqu'elles ont, peu à peu, fait entrer l'infidélité dans les mœurs. À ce titre, plusieurs décisions, toutes marquées du sceau de l'ancien article 1133 du Code civil selon lequel la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, témoignent de ce changement.

Ainsi dans un premier temps, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur une affaire qui opposait la liberté de tester d'un homme marié en faveur de sa concubine adultère au devoir de fidélité. En décalage avec la jurisprudence antérieure, la Cour de cassation refuse d'annuler les

¹⁰⁶³ En ce sens, v. par ex., Fr. CHÉNEDÉ, « Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *RDA* 2015, p. 41, spéc. p. 42.

¹⁰⁶⁴ M. VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88.

¹⁰⁶⁵ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2009, n° 08-11.598, non publié. Dans cette affaire, la Cour d'appel, suivi par la Cour de cassation, estime que l'alcoolisme de l'épouse excuse l'infidélité du mari. En ce sens, v. aussi J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.* 2000, p. 735.

¹⁰⁶⁶ Cass. civ. 2^e, 15 juin 2000, n° 98-21.110, non publié. Dans cette affaire, la procédure de divorce intervient après une séparation de fait qui a duré trois ans. V. aussi CA Douai, 27 sept. 2007, *Juris-Data* n° 2007-349667.

¹⁰⁶⁷ En dépit du principe de survie du devoir de fidélité jusqu'au prononcé du divorce. Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-12.823, non publié ; Cass. civ. 2^e, 15 décembre 1982, n° 81-15.991, *Bull. civ. II*, n° 164 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 sept. 2014, n° 13-20.873, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 5 mars 2008, n° 07-15.516, *Bull. civ. I*, n° 63.

libéralités (1). Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a refusé d'annuler un contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié (2). Enfin, dans un troisième temps, la dernière décision et peut-être la plus symbolique, exprime de manière nette que l'infidélité n'est plus contraire aux bonnes mœurs (3).

1. La libéralité faite à la concubine adultère

335. La discutable acceptation de l'infidélité. Le premier arrêt du 3 février 1999 concerne un homme marié qui noue une relation de concubinage avec une ancienne employée de trente de moins que lui. Il institue ses neveux comme légataires universels à charge pour ces derniers de verser à la concubine adultère une somme de 500 000 F. Le fils du gratifiant invoque la nullité de la libéralité pour cause immorale. La Cour d'appel de Paris, le 20 novembre 1995, accède à cette demande. En revanche, l'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation qui estime que la libéralité faite à la concubine adultère n'est pas contraire aux bonnes mœurs¹⁰⁶⁸.

Cette motivation étonne, car les bonnes mœurs sont une notion subjective « *ne pouvant être que l'écho d'une culture sociale* »¹⁰⁶⁹. Elles reflètent les mœurs d'une société. Or en 1999, comme aujourd'hui d'ailleurs, le concubinage adultérin reste condamné par le plus grand nombre¹⁰⁷⁰ si bien qu'une distinction entre les concubins adultères et ceux qui ne le sont pas auraient été préférables¹⁰⁷¹. Le seul mérite de cette solution de la Cour de cassation est de laisser une place moins importante à la subjectivité des juges dans l'appréciation de ce qui est contraire aux bonnes mœurs.

336. Une cause illicite, car contraire à l'ordre public matrimonial. La solution n'est que le reflet de la représentation que la Cour de cassation se fait des mœurs. C'est davantage sur le

¹⁰⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1999, p. 267, concl. X. SAVATIER ; *Deffrénois* 1999, p. 814, obs. G. CHAMPENOIS, *D.* 1999, p. 307, obs. M. GRIMALDI ; *RTD civ.* 1999, p. 892, obs. J. PATARIN ; *D.* 1999, p. 351, obs. Chr. LARROUMET ; *JCP G* 1999. I. 152, note L. LEVENEUR ; *D.* 1999, p. 377, obs. J.-J. LEMOULAND ; *D.* 1999, p. 267, obs. J.-P. LANGLADE-O'SUGHRUE ; *JCP G* 1999. II. 10083, note M. BILLIAU, G. LOISEAU ; *Dr. fam.* 1999, comm. n° 54, note B. BEIGNIER ; *Deffrénois* 1999, p. 738, obs. D. MAZEAUD ; *GAJC*, n°s 28-29.

¹⁰⁶⁹ *JCP G* 1999. II. 10083, note M. BILLIAU, G. LOISEAU, spéc. p. 918.

¹⁰⁷⁰ En ce sens, v. *D.* 1999, p. 307, obs. M. GRIMALDI ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 547, spéc. n° 5. Dans l'arrêt, on remarque si les juges n'ont pas annulé la libéralité, les neveux ont renoncé à leur legs empêchant ainsi la concubine adultère d'obtenir son legs. L'ordre public est ainsi rétabli par la famille. En ce sens, v. S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 801.

¹⁰⁷¹ *D.* 1999, p. 307, obs. M. GRIMALDI. Pour le même constat, v. aussi M. VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88.

terrain de la licéité que la solution surprend puisque la fidélité est un devoir des époux. La seule justification de cette solution est l'indifférence eu égard à la cause subjective de la libéralité, au mobile déterminant de celle-ci. Ainsi, « *ce qui est illicite, c'est l'adultère et non la libéralité* »¹⁰⁷². Toutefois, la libéralité et l'adultère sont liés. Ce dernier étant contraire à l'ordre public matrimonial, la libéralité devrait l'être aussi¹⁰⁷³. En n'annulant pas la libéralité, la Cour de cassation nie toute force au devoir de fidélité.

337. La confirmation de la solution par l'Assemblée plénière. La portée de la décision du 3 février 1999 était incertaine, car l'arrêt ne visait que l'hypothèse du maintien de la relation, si bien que le cas de la naissance ou de la reprise du concubinage adultère était incertain. La Cour de cassation, en formation plénière, a répondu à cette interrogation le 29 octobre 2004 en précisant que « *n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* »¹⁰⁷⁴. La solution est peut-être encore plus étonnante que la précédente puisqu'une différence d'âge de soixante-quatre ans existait entre les concubins¹⁰⁷⁵, ce qui laissait planer un doute sur les intentions de la jeune maîtresse. L'arrêt poursuit donc la démolition du devoir de fidélité entreprise depuis plusieurs décennies par la Cour de cassation puisque, désormais, toutes les libéralités faites à la concubine sont valables, pas seulement celles qui ont pour but de maintenir la relation adultère.

338. Transition. Ces jurisprudences illustrent l'impact de l'utilisation de l'ancien article 1133 du Code civil sur le devoir de fidélité. Ce texte qui a pourtant pour objectif d'assurer la défense de

¹⁰⁷² D. 1999, p. 351, obs. Chr. LARROUMET.

¹⁰⁷³ Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 547, n° 7 ; *Defrénois* 1999, p. 814, obs. G. CHAMPENOIS.

¹⁰⁷⁴ AP, 29 oct. 2004, n° 03.11-238, *Bull. AP*, n° 12 ; D. 2004, p. 3175, obs. D. VIGNEAU. V. aussi, D. FENOUILLET, « La loi, le juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *RDC* 2005, p. 1284, A. BÉNABENT, « L'énigme de l'arrêt "Galopin" : parle-t'on fidélité ou vénalité », *RDC* 2005, p. 1281, Ph. MALAURIE, « Les voyous du sexe et la Cour de cassation : le vieux polisson pigeoné », *RDC* 2005, p. 1278.

¹⁰⁷⁵ Sans se poser sur la question du caractère licite, il apparaît que cette donation est contraire aux bonnes mœurs. En effet, la donation a probablement pour but de rémunérer les faveurs de la concubine. En d'autres termes, il s'agit de prostitution. On rapporte même que la "concubine" aurait dit à son amant « *pas d'argent pas d'amour* ».

l'ordre public et des bonnes mœurs¹⁰⁷⁶ provoque le recul du devoir de fidélité. L'ordre public contractuel l'emporte donc sur l'ordre public familial. La tolérance envers ces agissements prouve donc que l'infidélité n'est plus contraire aux bonnes mœurs¹⁰⁷⁷ et qu'elle n'est pas non plus contraire à l'ordre public. La Cour de cassation poursuit dans cette voie avec une décision surprenante dans le domaine des contrats de courtage matrimonial.

2. Le contrat de courtage matrimonial

339. La distinction entre l'objectif et l'atteinte de l'objectif du contrat. Dans un arrêt du 4 novembre 2011, publié au Bulletin, la Cour de cassation, au visa de l'article 1133, casse l'arrêt qui annulait un contrat de courtage matrimonial conclu par un homme marié¹⁰⁷⁸. L'annulation était motivée par l'illicéité de cause du contrat en raison de l'atteinte au devoir de fidélité. Dans la décision du 4 novembre 2011 novatrice¹⁰⁷⁹, mais discutable, les magistrats du quai de l'Horloge considèrent que l'objectif du contrat est d'offrir une possibilité de rencontres en vue d'un mariage ou d'une relation conjugale ce qui ne se confond pas avec la réalisation d'un tel objectif. Ce faisant, la cause du contrat n'est donc pas illicite.

340. Une cause contraire à l'ordre public familial. Pourtant, la cause du contrat de courtage matrimonial réside dans la recherche d'un nouveau compagnon dans le but de nouer une relation. Cela s'apparente donc à une infidélité qui, si elle n'est pas sexuelle, est intellectuelle. Par

¹⁰⁷⁶ Avec la réforme du droit des contrats, l'article 1133 a disparu. Il a été remplacé par l'article 1162 qui désormais traite simplement de l'ordre public. Cependant, il semblerait que la défense des bonnes mœurs continue à faire partie des rôles dévolus au nouvel article 1162, bien que celles-ci soient réduites à peu de chagrin. En ce sens, G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 401.

¹⁰⁷⁷ En ce sens, Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 547, spéc. n° 4.

¹⁰⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114, *Bull. civ. I*, n° 191 ; *AJ fam.* 2011, p. 613, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *RDC* 2012, p. 473, note D. FENOUILLET ; *RTD civ.* 2012, p. 93, obs. J. HAUSER ; *D.* 2012, p. 59, obs. R. LIBCHABER ; *CCC* 2012, comm. n° 76, note G. RAYMOND ; *Dr. fam.* 2012, comm. n° 21, note D. VIGNEAU ; *RLDC* 2012, p. 35, obs. Cl. BERNARD-XÉMARD ; *LPA* 2 janv. 2012, p. 8, note S. MILLEVILLE,.

¹⁰⁷⁹ Jusqu'alors, les juges du fond annulaient ce type de convention. V. par ex., CA Dijon, 22 mars 1996, *Juris-Data* n° 1996-042020 ; *RTD civ.* 1997, p. 115, obs. J. MESTRE ; CA Paris, 1^{er} déc. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 296, obs. J. HAUSER ; *D.* 2000, p. 415, obs. J.-J. LEMOULAND.

conséquent, bien que la cause ne soit pas contraire aux bonnes mœurs¹⁰⁸⁰, elle reste incompatible avec l'ordre public matrimonial puisque la fidélité est un devoir impératif¹⁰⁸¹. La préservation du devoir de fidélité nécessitait donc l'annulation d'une telle convention.

341. Une décision justifiée par les faits de l'espèce. Les faits sont susceptibles d'aider à la compréhension de l'arrêt¹⁰⁸². Une ordonnance de non-conciliation avait été rendue quinze jours avant la signature du contrat de courtage matrimonial. Or, bien qu'ils subsistent par principe jusqu'au prononcé du divorce, les devoirs conjugaux, notamment la fidélité, sont moins contraignants pendant la procédure de divorce¹⁰⁸³ si bien qu'au vu des faits de l'espèce, la solution de la Cour de cassation n'étonne guère.

342. Transition. Le visa sous lequel l'arrêt a été rendu¹⁰⁸⁴ montre une nouvelle fois que les libertés individuelles l'emportent sur l'ordre public familial. Ce faisant, les juges de la Cour de cassation participent à l'affaiblissement du devoir de fidélité en continuant le travail de destruction entamée avec les affaires relatives aux donations faites à la concubine adultère. De surcroît, la Cour de cassation, le 17 décembre 2015, a semblé infléchir encore davantage le devoir de fidélité entre époux en soutenant que l'infidélité ne portait plus atteinte aux bonnes mœurs.

¹⁰⁸⁰ Bien que cela soit discutable. V. *infra* n^{os} 343 et 344. En réalité, depuis l'arrêt du 3 février 1999 relatif aux donations faites à la concubine adultère, le motif déterminant qui a poussé l'époux à faire une donation n'est plus contrôlé. Dans ce contexte juridique, la Cour de cassation ne contrôle pas la raison pour laquelle l'époux a contracté le contrat de courtage matrimonial. Ainsi, la contrariété aux bonnes mœurs est impossible à contrôler. En ce sens, *RLDC* 2012, p. 35, obs. Cl. BERNARD-XÉMARD, spéc. p. 36.

¹⁰⁸¹ Art. 226 c. civ. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'agence matrimoniale souhaitait obtenir la nullité de ce contrat. L'agence matrimoniale participait à la violation du devoir. Elle devenait alors complice de la violation d'un devoir matrimonial, se rapprochant ainsi des nouveaux sites internet tels que Gleeden ou Victoria Milan. Pour une analyse juridique des services offerts par ces sites : A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Infidélité : pomme de discorde », *RJPF* 2015, n^o 4, p. 7.

¹⁰⁸² *Contra RDC* 2012, p. 473, note D. FENOUILLET, n^{os} 3, 9, 16 et s.. Pour l'auteur, les circonstances de fait sont impuissantes à justifier l'arrêt. Le devoir de fidélité étant un devoir d'ordre public rien ne peut justifier cette atteinte.

¹⁰⁸³ Cass. civ. 2^e, 29 avril 1994, n^o 92-16.814, *Bull. civ. II*, n^o 123. L'arrêt d'appel qui a donné lieu à cette décision de la Cour de cassation est encore plus explicite puisqu'il énonce que « *l'adultère commis après l'ordonnance de non-conciliation ne peut généralement être considéré comme une cause de divorce, la fidélité ne pouvant être imposée au-delà de ladite ordonnance* » : CA Toulouse, 18 nov. 1991, *RTD civ.* 1993, p. 103, obs. J. HAUSER.

¹⁰⁸⁴ Art. 1133 C. civ. anc.

3. L'entrée définitive de l'infidélité dans les bonnes mœurs

343. Une solution inédite. L'évolution qui tend vers une négation du devoir de fidélité est, à en croire la Cour de cassation, une prise en considération de l'évolution des mœurs. Ce qui était jusqu'à présent avancé à demi-mot est désormais explicitement consacré par la Cour de cassation qui, le 17 décembre 2015, avait à se prononcer sur l'atteinte à l'honneur d'un individu à la suite de la parution d'un livre dans lequel son infidélité était relatée. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, estime que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettait plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* »¹⁰⁸⁵. Ainsi pour la première fois, la mise en parallèle explicite de l'évolution des mœurs et de la fidélité conduit à une telle conclusion¹⁰⁸⁶.

344. La tolérance n'est pas synonyme d'approbation. L'arrêt est surprenant à un double titre. D'une part, les juges se prononcent non pas en droit, mais d'une manière générale sur l'évolution de la société. Il est en effet rare qu'elle se prononce de la sorte sur ce que sont, selon elle, les bonnes mœurs. D'autre part, l'arrêt assène une vérité contestable. S'il est indiscutable que l'adultère est mieux accepté, voire toléré par certains, l'infidélité ne devient pas la norme. La fidélité reste une demande forte des couples. Elle demeure une valeur profondément ancrée dans notre société qui emporte encore l'adhésion. En définitive, si l'arrêt met en danger la fidélité, c'est parce qu'elle fait perdre à l'adultère son caractère d'interdit moral¹⁰⁸⁷.

Il est difficile de savoir si cet arrêt de la Cour de cassation est dangereux pour le devoir de fidélité. Toutefois, la décision, sans lien avec le divorce pour faute ou les devoirs du mariage, ne remet pas directement en cause le devoir de fidélité. Il ne s'agit, en effet, que d'une demande de dommages et intérêts après la divulgation d'un adultère. Mais en exposant clairement l'idée selon laquelle « *la fidélité conjugale importe peu à l'ordre public de la société* »¹⁰⁸⁸, la Cour de cassation

¹⁰⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, *Bull. civ. I*, n° 333 ; *AJ fam.* 2016, p. 109, obs. B. DE BOYSSON ; *Dr. fam.* 2016, comm. n° 42, note J.-R. BINET.

¹⁰⁸⁶ L'arrêt surprend en ce qu'il énonce de manière péremptoire une telle affirmation. Elle assène cette phrase comme une vérité absolue. Or, si pour certains l'infidélité est tolérable, elle ne l'est pas pour d'autres.

¹⁰⁸⁷ Si celui-ci existe encore.

¹⁰⁸⁸ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, p. 439.

semble banaliser l'infidélité au point que le devoir de fidélité dans le mariage semble appartenir à une époque révolue.

345. Transition. L'affaiblissement du devoir de fidélité dans le mariage est une réalité¹⁰⁸⁹. Plutôt que d'un déclin de la fidélité, il semble que les développements précédents témoignent d'une recherche de liberté de la part des époux. C'est pourquoi la fidélité semble connaître un nouvel élan lorsqu'elle est choisie.

Section 2. La montée au droit d'une fidélité choisie

346. L'avenir de la fidélité dans la contractualisation. La suppression du devoir de fidélité¹⁰⁹⁰ n'apparaît pas opportune, car outre le bouleversement de l'institution matrimoniale, elle entraînerait la disparition d'une cause de divorce pour faute encore importante¹⁰⁹¹. Par ailleurs, elle nierait la réalité sociale de recherche d'exclusivité par les couples. C'est pourquoi une autre voie plus réaliste, celle de la contractualisation, pourrait être envisagée. La transformation en ce sens semble d'ailleurs déjà entamée.

347. Le libertinage : aménagement tacite du devoir de fidélité. Certains époux aménagent le devoir de fidélité à leur convenance de manière tacite. Ces accords tacites se font notamment jour avec l'échangisme ou le libertinage. Tant que la pratique est partagée ou tolérée, elle ne sera pas à l'origine d'une action en divorce sur ce fondement¹⁰⁹². Mais lorsque survient le désaccord, deux voies opposées peuvent être empruntées. La première consiste à prononcer le divorce pour faute aux torts partagés des époux, lorsque la pratique est partagée, ou aux torts exclusifs de l'époux infidèle, lorsque la pratique a seulement été autorisée par l'autre époux, et dans ce cas aucune valeur n'est

¹⁰⁸⁹ Pour le Professeur Yves LEQUETTE par exemple, « *la Cour de cassation a décidé de rayer d'un trait de plume l'obligation de fidélité pourtant consacrée par l'article 212 du Code civil* ». Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523, n° 6. V. aussi *D.* 2012, p. 59, obs. R. LIBCHABER, selon qui « *la Cour de cassation prête la main à une destruction de ce qu'il peut y avoir de solennel dans l'idée de mariage, pour le mettre au niveau d'une banale organisation de la vie commune* ».

¹⁰⁹⁰ En ce sens, M.-Th. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255.

¹⁰⁹¹ En 2015, le divorce pour faute représente la catégorie la plus faible des divorces prononcés. En effet, seulement 6,9 % des divorces prononcés sont des divorces pour faute. Toutefois, selon des sources, non scientifiques, l'infidélité apparaît être la première cause de divorce pour faute.

¹⁰⁹² Tant qu'aucun désaccord ne survient entre les époux, personne ne se préoccupe de l'organisation et de l'exécution des devoirs du mariage. Tant que l'accord demeure, cette situation n'intéresse personne.

accordée à ces accords entre époux¹⁰⁹³. La seconde option consiste à refuser de prononcer le divorce aux torts de l'époux infidèle¹⁰⁹⁴. De sorte que l'accord des époux paralyse l'action en divorce puisque l'entente légitime des époux fait perdre à l'infidélité son caractère fautif.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation du 22 novembre 2005¹⁰⁹⁵ rejette le pourvoi formé par l'épouse contre l'arrêt d'appel qui refusait de voir un adultère dans la relation extra-conjugale de son conjoint, car la connaissance de la relation par l'épouse conjugue à son inaction prouve qu'elle tolérait un tel comportement qui ne peut dès lors être retenu contre l'époux¹⁰⁹⁶. Bien qu'il soit difficile d'en tirer des conséquences définitives, l'arrêt semble marquer un premier pas en faveur de la contractualisation du devoir de fidélité¹⁰⁹⁷.

348. Le divorce, révélateur de la privatisation du devoir de fidélité. Le droit du divorce est d'une manière générale un bon révélateur de la montée au droit des accords entre époux sur le devoir de fidélité puisqu'il semble désormais que « *les juges apprécient la faute par rapport à l'accord des volontés et non plus par rapport au devoir de fidélité inscrit dans la loi* »¹⁰⁹⁸. Bien que les époux demeurent soumis au devoir de fidélité tout au long de la procédure de divorce¹⁰⁹⁹, les juges du fond se montrent compréhensifs quant à la violation du devoir de fidélité pendant la

¹⁰⁹³ CA Rouen, 2 oct. 2014, *Juris-Data* n° 2014-023150 ; CA Chambéry, 4 févr. 2014, *Juris-Data* n° 2014-002683, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 47, note J.-R. BINET.

¹⁰⁹⁴ CA Paris, 17 nov. 2016 ; *Juris-Data* n° 2016-024336 ; *Dr. fam.* 2017, comm. n° 2, note J.-R. BINET ; CA Poitiers, 9 juil. 1998, *Juris-Data* n° 1998-120562 ; CA Pau, 6 févr. 2006, *Juris-Data* n° 2006-313887 ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 165, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. CA Pau, 31 mars 2009, *Juris-Data* n° 2009-011. Dans cet arrêt, la cour d'appel relève que le couple participait à des soirées échangistes. Toutefois, elle n'en tire aucune conséquence puisque le divorce est prononcé aux torts exclusifs du mari en raison des violences qu'il a pu exercer sur son épouse.

¹⁰⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 05-12.126, non publié.

¹⁰⁹⁶ L'arrêt de la Cour de cassation ne semble pas pouvoir être un argument décisif, car il est possible d'interpréter la solution différemment. En effet, l'épouse a intenté l'action presque dix ans après la fin de la relation extraconjugale si bien qu'elle ne constitue plus un manquement rendant intolérable le maintien de la vie commune.

¹⁰⁹⁷ Dans un sens proche, B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012, n° 261.

¹⁰⁹⁸ A. MIGNON-COLOMBET, « Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA* 31 janv. 2005, p. 6, n° 18.

¹⁰⁹⁹ En dernier lieu, Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-27.968, non publié, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 1, note J.-R. BINET ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-12.823, non publié. Il en va de même après l'ordonnance de non-conciliation, Cass. civ. 1^{re}, 14 avr. 2010, n° 09-14.006, non publié. V. aussi CA Paris, 17 nov. 2016, *Juris-Data* n° 2016-024336 ; *Dr. fam.* 2017, comm. n° 2, note J.-R. BINET. Selon la Cour de cassation, « *l'introduction de la demande en divorce ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité destituant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre* »

procédure du divorce¹¹⁰⁰. Une telle bienveillance s'inscrit dans la démarche législative qui consiste, en matière de divorce, à privilégier les accords entre époux¹¹⁰¹, notamment dans le but de pacifier leur séparation.

349. Annonce de plan. Si les époux peuvent souhaiter se soustraire au devoir de fidélité par convention, les couples hors mariage, au contraire, peuvent aussi envisager de se soumettre volontairement à une fidélité qu'ils auraient choisie. C'est donc dans un premier temps, le domaine d'application de ces accords qui doit être étudié (§1). En raison de la nature particulière de la fidélité, la validité juridique des accords relatifs à l'exclusivité conjugale pose question (§2).

§1. Le domaine d'application des accords relatifs à la fidélité

350. Annonce de plan. Les accords relatifs à la fidélité peuvent s'appliquer soit entre époux sous la forme de clause d'infidélité (A), soit entre les partenaires et les concubins sous la forme de clause de fidélité (B).

A. Les accords sur la fidélité entre époux

351. Suppression versus contractualisation du devoir de fidélité entre époux. Le mariage et la fidélité constituent "un couple" inséparable. Depuis la codification, l'existence de ce devoir ne fait aucun doute¹¹⁰². Sa suppression, proposée par certains auteurs de doctrine¹¹⁰³, n'a jamais trouvé d'écho auprès du législateur, si bien que c'est davantage la question de sa privatisation qui se pose.

La progression des accords entre époux montre qu'une réflexion sur son avenir doit s'ouvrir¹¹⁰⁴. Monsieur le Professeur Xavier LABBÉE, au même titre que de nombreux autres auteurs, considère par exemple que « (...) dans le même esprit, on ne comprendrait pas pourquoi un juge pourrait interdire aux époux mariés de se délier conventionnellement, comme dans la présente

¹¹⁰⁰ V. déjà V. BALESTRIERO, « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA* 8 novembre 1995, p. 17.

¹¹⁰¹ Les accords des époux sur l'exercice de l'autorité parentale ou la possibilité de soumettre au juge une convention réglant les effets du divorce sont des preuves de la montée au droit des accords entre époux dans les moments de crise.

¹¹⁰² L'article 212 du Code civil de 1804 comportait déjà un devoir réciproque de fidélité.

¹¹⁰³ M.-Th. CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255.

¹¹⁰⁴ Cette réflexion a déjà été entamée. En ce sens, C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 16.

espèce, du devoir réciproque de fidélité »¹¹⁰⁵. Au contraire, certains auteurs comme le Professeur HAUSER adoptent une position plus nuancée¹¹⁰⁶, voire totalement opposée¹¹⁰⁷. La question de la contractualisation de la fidélité est donc posée.

352. Annonce de plan. Les ententes entre époux pendant la vie du couple emportent une modification profonde, peu souhaitable, de la nature du mariage qui devient alors un simple contrat organisant la vie de couple. La contractualisation ne semble d'ailleurs pas souhaitée par les époux lorsque l'harmonie règne entre eux¹¹⁰⁸. En effet, à ce jour, les juges ont toujours eu à se prononcer sur des conventions d'infidélité rédigées pendant une instance en divorce.

C'est pourquoi l'entente des époux sur l'exécution de leurs devoirs conjugaux, si elle vient à exister, doit être limitée aux cas de crise entre les époux. À ce titre, le divorce semble être un terreau fertile à la contractualisation des devoirs du mariage. Si le principe selon lequel les époux ne peuvent pas se dégager de manière unilatérale ou bilatérale du devoir de fidélité pendant l'instance en divorce, sauf en cas de circonstances particulières¹¹⁰⁹, continue d'être affirmé¹¹¹⁰, certaines décisions rendues par les juges du fond ainsi que certaines dispositions législatives laissent entrevoir la promotion des accords entre époux. Il convient cependant de distinguer les divorces contentieux (2) des divorces par consentement mutuel (1).

¹¹⁰⁵ D. 2000, p. 254, obs. X. LABBÉE. V. aussi, S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 703 ; M. BURGARD, « L'obligation essentielle en droit commun et l'obligation fondamentale en droit de la famille ; à la recherche d'un régime juridique unique », *LPA* 9 juin 2010, p. 6, n° 19 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDE, La Mouette, 2002, n° 562. *In fine*, G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251 ; G. RAYMOND, « Pacs et droit des contrats », *CCC* 2000, chron. n° 14.

¹¹⁰⁶ J. HAUSER, « Statut civil des partenaires », *JCP N* 2000, p. 411, n° 36 : « Pourrait-on inclure dans le PACS une clause prévoyant une obligation de fidélité ? On peut en douter dans la mesure où la liberté sexuelle ne peut normalement connaître de limites que par l'effet de la loi, mais la discussion reste ouverte ».

¹¹⁰⁷ V. par ex., J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, nos 609 à 613, spéc. n° 612.

¹¹⁰⁸ Sur le caractère inadapté de la contractualisation du devoir de fidélité en dehors de toute crise conjugale, v. *supra* nos 366 et s.

¹¹⁰⁹ La longueur de la procédure peut par exemple être une raison pour laquelle la violation du devoir de fidélité n'est pas sanctionnée. Cass. civ. 2^e, 29 avr. 1994, n° 92-16.814, *Bull. civ. II*, n° 123. La longueur de la séparation de fait est aussi un élément dont les juges tiennent compte. Cass. civ. 2^e, 23 mai 2002, n° 00-10.030, non publié. *Contra* Cass. civ. 2^e, 7 mai 2003, n° 01-14.635. D'autres circonstances particulières peuvent aussi conduire à ne pas prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'époux adultère. Ainsi, l'alcoolisme de l'épouse peut excuser l'adultère du mari. Cass. civ. 1^{re}, 28 janv. 2009, n° 08-11.598, non publié.

¹¹¹⁰ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-27.968, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} avr. 2015, n° 14-12.823, non publié.

1. Les accords entre époux dans les divorces par consentement mutuel

353. L'acceptation du principe du divorce fait disparaître la volonté d'exclusivité. Dans ce divorce, les époux s'accordent à la fois sur le principe et sur les effets de la séparation. Ils n'ont plus l'intention de faire perdurer le mariage. Ainsi, dès l'introduction de la requête en divorce, les époux ne devraient plus avoir à répondre du devoir de fidélité, car ce dernier est l'expression juridique de l'engagement d'exclusivité sexuelle et morale que se promettent les époux. Dès lors que chacun d'eux s'accorde sur le principe du divorce, aucune raison ne justifie la survie du devoir de fidélité.

La disparition anticipée du devoir aurait pour mérite de rattacher la fidélité à l'élément subjectif de la vie commune et ainsi de le traiter de manière plus cohérente¹¹¹¹. Dans les faits, il est d'ailleurs probable que les époux s'exonèrent du devoir de fidélité en se promettant de ne pas former une nouvelle requête en raison d'une relation extra-conjugale qu'ils entretiendraient parallèlement à la procédure de divorce.

La procédure du divorce par consentement mutuel depuis la loi du 26 mai 2004¹¹¹² abonde d'ailleurs en ce sens. En effet, la mise en place d'une audience unique au cours de laquelle le juge homologue la convention¹¹¹³ et prononce immédiatement le divorce¹¹¹⁴ laisse les époux maîtres de leur devoir. De sorte qu'en l'absence de mesures provisoires¹¹¹⁵, les époux décident eux-mêmes, sans contrôle du juge, d'habiter ou de ne plus habiter ensemble, d'être fidèle ou de ne plus l'être¹¹¹⁶.

La suppression de l'ordonnance d'homologation de la convention temporaire par la réforme du droit du divorce du 26 mai 2004 a fait disparaître l'intervention du juge dans l'organisation des effets patrimoniaux et personnels du mariage pendant l'instance en divorce. La mise en place d'une audience unique empêche le juge de se prononcer sur le contenu de la convention. Depuis lors, la

¹¹¹¹ En ce sens, G. PIGNARRE, « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251, n° 30. L'auteur fait le constat du manque de cohérence sur le contenu du devoir de fidélité.

¹¹¹² Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319.

¹¹¹³ À condition qu'il considère que les intérêts de chacune des parties sont préservés.

¹¹¹⁴ Art. 250-1 C. civ.

¹¹¹⁵ Art. 254 et s. C. civ.

¹¹¹⁶ Suite à la réforme du divorce du 26 mai 2004 (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319), la première comparution, ersatz de tentative de conciliation, a disparu du divorce par consentement mutuel.

convention a pour unique objectif de régler les conséquences du divorce et non pas d'organiser la séparation antérieure au prononcé du divorce.

L'instauration du divorce sans juge par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle du 18 novembre 2016¹¹¹⁷ renforce ce constat. En effet, en raison de l'absence d'intervention de l'autorité judiciaire dans ce type de divorce, l'organisation des effets personnels et patrimoniaux antérieurement au prononcé du divorce est laissée au soin des futurs *ex-époux*. Puisque la convention de divorce conclue par acte sous signature privée contresigné par avocats a vocation à ne régler que les effets du divorce, on peut considérer que les époux s'entendent sur l'exécution de leurs devoirs personnels pendant l'instance en divorce.

Partant, les parties organisent d'un commun accord leur devoir de fidélité une fois la crise installée. Désormais, l'organisation des devoirs personnels des époux pendant l'instance dans le divorce non contentieux n'est qu'un accord tacite entre époux qui échappe au contrôle du juge. Tant que ce dernier n'a pas à connaître de la liberté que les époux se sont accordée, ces accords n'intéressent pas le droit.

354. Une utilité limitée. La rédaction d'une clause de non-fidélité à compter de la requête conjointe présente un intérêt limité puisque l'entente entre les époux suffit.

La seule utilité d'une telle convention apparaît si, au cours de la procédure par consentement mutuel, un des époux abandonne l'action pour en ouvrir une autre sur le terrain contentieux en raison de l'infidélité de son conjoint au cours de la procédure de divorce. L'époux infidèle pourrait alors opposer à l'autre sa convention. Toutefois, une telle hypothèse relève davantage du cas d'école que de la réalité puisque la requête conjointe aboutit presque toujours à un divorce par consentement mutuel¹¹¹⁸. Dans ce cas, la convention sert à aménager la preuve de l'accord des parties sur le devoir de fidélité. En dehors de ces cas, l'entente tacite entre les époux suffit à les exonérer de ce devoir.

¹¹¹⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* 19 nov. 2016, texte n° 1.

¹¹¹⁸ À ce propos, l'étude menée par le ministère de la Justice montre qu'en 2005 seulement 2,2 % des requêtes conjointes se terminent autrement que par un divorce. On peut penser que la part constituée par le changement de la demande en divorce est minime. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_divorce_20090722.pdf. Plus récemment, en 2015, le ministère de la Justice a recensé 71 807 demandes de divorce par consentement mutuel et 67 875 divorces par consentement mutuel ont été prononcés. Cependant, ces statistiques ne permettent pas de connaître exactement le nombre de demandes en divorce par consentement mutuel qui aboutissent au prononcé d'un divorce par consentement mutuel.

C'est pourquoi il ne semble pas opportun de rendre la fidélité supplétive à partir de la requête conjointe, d'autant que la durée de l'instance en divorce par consentement mutuel est limitée¹¹¹⁹. Elle le sera encore davantage avec l'introduction du divorce sans intervention du pouvoir judiciaire.

355. Transition. La situation semble en revanche différente en matière de divorce contentieux.

2. La contractualisation dans le divorce contentieux

356. La prise en compte du lien entre les éléments objectif et subjectif de la communauté de vie. Dans le cas du divorce contentieux, l'ordonnance rendue à la suite de l'audience sur tentative de conciliation¹¹²⁰ fixe les mesures provisoires. Aux termes de l'ordonnance les époux sont souvent autorisés à ne plus résider ensemble. Par conséquent, l'élément matériel du devoir de communauté de vie tombe avec l'intervention du juge alors que l'élément affectif a, quant à lui, disparu depuis quelque temps déjà. L'ordonnance de non-conciliation est finalement la constatation judiciaire de la disparition de l'élément intentionnel de la vie commune. La disparition conjuguée de l'élément intentionnel et matériel de la communauté de vie rend le maintien de la fidélité illégitime, car cette dernière est un choix guidé par l'intention de vivre en couple.

L'anéantissement du devoir d'exclusivité conjugale à compter de l'audience de tentative de conciliation aurait pour mérite d'établir formellement le lien entre la fidélité et l'élément intentionnel de la communauté de vie, car la fidélité, avant d'être imposée aux époux, est un choix fondé sur la volonté de vivre en couple. De sorte que la disparition de celle-ci retire à la fidélité sa justification.

Le maintien de l'obligation pendant l'instance en divorce résulte d'une vision du mariage dans laquelle les sentiments et la volonté des parties n'ont pas leur place. Il s'agit alors d'un maintien aveugle de la fidélité qui apparaît comme une sanction tant pour le demandeur en divorce que pour le défendeur. C'est pourquoi le devoir de fidélité devrait pouvoir faire l'objet d'aménagements

¹¹¹⁹ Selon le ministère de la Justice, la durée moyenne de la procédure de divorce par consentement mutuel en 2015 est de 3.5 mois.

¹¹²⁰ En ce sens, *RTD civ.* 2002, p. 78, obs. J. HAUSER. L'ordonnance sur tentative de conciliation a été introduite par la réforme du divorce du 26 mai 2004. Elle remplace l'ordonnance de conciliation. V. par ex., O. MATOCQ, Y. FAVIER, « Divorces autres que par consentement mutuel », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2013, p. 268, n° 132.131.

proposés d'un commun accord par les parties et qui seraient par la suite homologués par le juge au titre des mesures provisoires.

357. Un raisonnement analogue à celui de la cohabitation en matière de divorce. Le caractère institutionnel du mariage ne peut suffire à expliquer cette survie après l'ordonnance de non-conciliation. Si les conjoints peuvent, malgré le caractère d'ordre public des devoirs du mariage, demander et obtenir la cessation de la cohabitation, ils devraient aussi pouvoir se délier du devoir de fidélité. Ces deux devoirs sont en réalité assez semblables puisqu'ils s'imposent par principe aux époux jusqu'au prononcé du divorce. Ils constituent le cœur du mariage. Ils représentent une partie des devoirs personnels des époux avec lesquels l'élément intentionnel de la communauté de vie entretient un lien étroit. C'est la raison pour laquelle un raisonnement analogue à celui en matière de partage du toit devrait pouvoir être envisagé.

358. La nécessité de l'homologation par la juge. Dans les divorces contentieux, soumettre la convention d'infidélité à l'homologation du juge préserve le mariage d'une privatisation à outrance des devoirs du mariage puisque la décision finale sur l'avenir de ce divorce n'appartient pas aux époux, mais aux juges. Il s'agit alors d'une anticipation des effets du divorce sur le devoir de fidélité. Une telle solution permet de pacifier la désunion puisque l'infidélité postérieure à cette ordonnance ne peut plus servir de fondement à un divorce pour faute. En effet, la violation du devoir de fidélité après l'ordonnance de non-conciliation ne peut pas rendre intolérable le maintien de la vie commune puisque celle-ci n'existe plus, tant dans sa dimension matérielle que morale.

359. La corrélation entre la présomption de paternité et le devoir de fidélité malmenée. Par ailleurs, bien que cet argument ne soit pas déterminant, le maintien de la fidélité pendant l'instance en divorce, notamment après la fixation des mesures provisoires¹¹²¹, détruit partiellement le rattachement de la présomption de paternité à la fidélité¹¹²². En effet, l'existence de cette présomption se justifie notamment par l'existence du devoir de fidélité. De sorte qu'en continuant

¹¹²¹ Art. 313 C. civ.

¹¹²² P. RAYNAUD, « La présomption de paternité légitime devant la jurisprudence depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 355, n° 2 ; V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité au XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107, n° 29.

à imposer ce dernier, tout en repoussant la présomption de paternité, la connexion entre ces deux éléments est fragilisée.

Le délai de computation de la présomption de paternité peut commencer à courir à compter de l'ordonnance de non-conciliation. En mettant fin à la présomption de paternité trois cents jours après la fixation des mesures provisoires¹¹²³, le législateur tire toutes les conséquences de la fixation de ces mesures. À partir de cette date, les communautés de toit et de sentiment ont disparu, il est donc peu probable que les époux entretiennent des relations sexuelles. Dès lors, afin de véritablement lier la présomption de paternité et la fidélité, il semble opportun de faire disparaître cette dernière à compter de l'ordonnance qui fixe les mesures provisoires.

360. La remise en question de l'opportunité d'un tel maintien. La sauvegarde du devoir impératif de fidélité à compter de l'ordonnance de non-conciliation se justifie mal, *a fortiori* depuis que l'exclusivité ne semble plus être au cœur des préoccupations de la "Cité"¹¹²⁴. Si le maintien de certains devoirs du mariage pendant l'instance en divorce est nécessaire en raison de considérations d'ordre économique, voire alimentaire¹¹²⁵, la survie du devoir impératif de fidélité semble anachronique¹¹²⁶, car l'introduction de la requête initiale et plus encore l'ordonnance de non-conciliation acte la rupture.

361. Transition. En limitant ces conventions aux cas de divorce, le mariage n'est pas mis en danger¹¹²⁷. L'admission de ces conventions traduit l'idée d'une fidélité raisonnée. En effet, elles permettent de trouver un équilibre entre la contractualisation et la nature institutionnelle du mariage.

¹¹²³ Art. 313 C. civ.

¹¹²⁴ L'arrêt rendu par la Cour de cassation en matière de fidélité le 17 décembre 2015 en est un exemple. Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, *Bull. civ. I*, n° 333. En ce sens, v. aussi M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 85.

¹¹²⁵ C'est par exemple le cas du maintien du devoir de secours.

¹¹²⁶ Dans le même sens, G. HÉNAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551, n° 14 ; L. GRIFFON, *Droits de famille et communauté de vie*, préf. R. LE GUIDEC, La Mouette, 2002, n° 529 ; M VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88

¹¹²⁷ Pour une critique de cette démarche, J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 612.

Par conséquent, l'avenir de l'exclusivité conjugale se trouve peut-être dans cette contractualisation¹¹²⁸.

La situation est toute autre pour les partenaires et les concubins. Alors qu'ils disposent d'une liberté totale quant à l'organisation de leur fidélité, certains d'entre eux souhaitent, de manière totalement volontaire, se soumettre à un devoir de fidélité.

B/ Les accords sur la fidélité hors mariage

362. Une exigence de fidélité commune à tous les couples. Malgré le caractère moins contraignant du Pacs et du concubinage, la fidélité reste une attente du couple¹¹²⁹. L'exécution respectueuse et loyale du contrat de couple exige une exclusivité sexuelle et sentimentale¹¹³⁰. L'absence de devoir légal de fidélité entre partenaires n'illustre pas la volonté du législateur de créer une union dans laquelle l'infidélité serait loi, mais plutôt le souhait de ne pas créer un mode de conjugalité similaire au mariage. Si la fidélité est immanente au couple, elle n'en constitue pas pour autant un attribut juridique. Étant étrangère au Pacs et au concubinage, la fidélité est, au mieux, voulue. Elle ne peut être que le fruit d'une promesse¹¹³¹.

C'est pourquoi, à la différence du mariage, la sanction de l'infidélité entre partenaires et concubins demeure interne au couple¹¹³². Elle ne résulte pas de l'intervention du juge. En d'autres termes, la fidélité hors mariage est un engagement moral. Afin de monter au droit, l'exclusivité conjugale pourrait être portée par des conventions portant sur le devoir de fidélité. En effet, la substance du Pacs et du concubinage ne semble pas proscrire la rédaction de convention portant sur la fidélité, car, après tout, l'insertion d'une clause de fidélité ne serait que la transcription par écrit d'un devoir moral que s'imposent les partenaires. À ce titre, l'atteinte à la liberté semble justifiée et

¹¹²⁸ En ce sens, C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 16.

¹¹²⁹ La fidélité est davantage liée à la situation de couple qu'au mode de conjugalité choisi.

¹¹³⁰ Quel que soit le couple, il semble que la fidélité ne soit pas un engagement propre aux époux. M. VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88.

¹¹³¹ En ce sens, CA Montpellier, 4 janv. 2011, *Juris-Data* n° 2011-005783, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 89, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹¹³² Cette sanction semble d'ailleurs plus forte hors mariage que dans le mariage. Alors que l'époux qui souhaite mettre fin au mariage en raison de l'infidélité de son conjoint doit saisir le juge qui appréciera si cette violation du devoir de fidélité constitue bien une cause de divorce, le partenaire ou le concubin dispose d'une liberté totale pour mettre un terme à la relation. La sanction apparaît alors instantanée. En comparaison, il apparaît donc qu'une chance supplémentaire est accordée à l'époux infidèle qui ne verra pas nécessairement son comportement sanctionné.

proportionnée eu égard aux objectifs du couple¹¹³³. Ce faisant, la restriction pourrait être introduite aussi bien dans le Pacs que dans le concubinage.

La rédaction d'une convention de fidélité, contrairement aux clauses d'infidélité, ne modifie pas directement le mode de conjugalité puisqu'il ne s'agit pas de porter atteinte au contrat existant. La convention de fidélité est alors un accord indépendant de la convention initiale de Pacs ou du concubinage. Par conséquent, de telles conventions, qui sont la transcription juridique d'un devoir moral que s'imposent les couples, ne dénaturent pas le Pacs. Elles devraient donc être autorisées¹¹³⁴.

363. L'introduction de par le contrat. La rédaction d'une convention portant sur la fidélité permet d'offrir un cadre de vie sécurisé en apportant, par le biais du droit des contrats, une certaine noblesse à l'engagement conjugal hors mariage. Pour les couples, hors mariage, il ne s'agit pas de détruire ce statut, ni même de le modifier, mais d'offrir aux couples la possibilité de "souscrire" à un devoir hautement moral. L'interdiction faite aux concubins et aux partenaires de rédiger de telles clauses n'a donc pas lieu d'être.

364. Transition. Les accords portant sur la fidélité peuvent donc être envisagés dans certains cas particuliers. Néanmoins, les conventions portant sur l'exclusivité conjugale dans le mariage comme dans le Pacs et le concubinage se heurtent à certains obstacles juridiques.

§2. Les obstacles rencontrés par les accords relatifs à la fidélité

365. Annonce de plan. Les accords relatifs à la fidélité hors de toute crise conjugale rencontrent deux principaux obstacles. D'une part, les conventions relatives à l'exclusivité conjugale entre époux se heurtent au caractère impératif du devoir de fidélité entre époux (A). D'autre part, et d'une manière plus générale, les accords des concubins, des partenaires et des époux

¹¹³³ Un auteur a démontré que l'insertion d'une clause de fidélité dans le Pacs est légitime eu égard à la nature de contrat. En ce sens, l'absence de devoir légal de fidélité entre partenaires n'illustre pas la volonté du législateur de créer une union où l'infidélité ferait loi, mais plutôt le souhait de ne pas créer un mode de conjugalité similaire au mariage. A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation*, préf. M. FABRE-MAGNAN, IRJS Editions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 60, 2015, n° 632.

¹¹³⁴ L'auteur qui soutient avec le plus de véhémence ce point de vue est le Professeur LABBÉE. V par ex., *D.* 2000, p. 254, obs. X. LABBÉE. V. aussi, S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 745. Pour une position plus nuancée où l'auteur ne se prononce pas explicitement, v. J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 216, spéc. pp. 161-162.

portent atteinte aux règles du droit commun des contrats (B). Enfin, il convient d'étudier l'opportunité d'une telle convention au prisme de sanction (C).

A. Les obstacles relatifs au caractère impératif du devoir de fidélité entre époux en dehors de toute crise conjugale

366. L'impact négatif d'un devoir supplétif de fidélité. La réception par le droit d'une convention permettant aux époux de s'exonérer explicitement du devoir de fidélité conduit à une remise en cause profonde du mariage et de sa législation¹¹³⁵, car c'est aller encore plus loin dans l'ouverture du couple aux volontés individuelles, c'est écarter encore davantage la facette institutionnelle du mariage, c'est rapprocher une fois encore le Pacs et le mariage¹¹³⁶, et c'est porter atteinte à un devoir hautement symbolique. Mais c'est surtout oublier que l'adultère, bien qu'il ne soit plus pénalement sanctionné, demeure une cause de divorce lorsque le comportement d'un époux est constitutif « *d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations* » et rend « *intolérable le maintien de la vie commune* »¹¹³⁷. C'est enfin occulter que la fidélité fonde la présomption de paternité¹¹³⁸. L'éventualité d'un retrait de la fidélité des devoirs nés du mariage conduit nécessairement à une réflexion de fond sur le mariage,¹¹³⁹ mais aussi plus largement sur le droit de la famille. En effet, certaines de ses branches se trouveraient directement touchées par une telle modification comme le divorce¹¹⁴⁰ ou la filiation¹¹⁴¹. La préservation de la fidélité est donc nécessaire au mariage. C'est pourquoi le devoir de fidélité est un devoir impératif du mariage.

Ainsi que le Professeur HAUSER a pu l'écrire, « *l'obligation de fidélité ne se trouve pas ainsi versée dans le droit commun des droits disponibles et que la confection d'un mariage sans obligation de fidélité n'est guère concevable sauf à redéfinir le mariage pour en faire autre chose*

¹¹³⁵ Les devoirs du mariage sont en effet d'ordre public.

¹¹³⁶ En ce sens, *RTD civ.* 2000, p. 296, obs. J. HAUSER.

¹¹³⁷ Art. 242 C. civ.

¹¹³⁸ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la présomption de paternité est réservée aux époux.

¹¹³⁹ En ce sens, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 169, spéc. p. 158.

¹¹⁴⁰ Si la fidélité vient à disparaître, elle ne peut plus être une cause de divorce.

¹¹⁴¹ En remettant en cause la fidélité, l'un des fondements de la présomption de paternité disparaît. En ce sens, V. BONNET, « Réflexions sur la présomption de paternité au XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107, n° 29.

qu'il faudrait appeler autrement (le PACS ?) »¹¹⁴². La fidélité est encore un des rares devoirs spécifiques au mariage puisque la réforme du 23 juin 2006¹¹⁴³ n'a en effet pas étendu la fidélité aux partenaires si bien que ce devoir marque une frontière entre le Pacs et le mariage.

367. L'impossible caractère supplétif du devoir de fidélité entre époux. La mise en place d'un devoir de fidélité supplétif est contraire à la législation, car les devoirs imposés par le mariage sont impératifs en vertu des articles 1388 et 226 du Code civil. Même le devoir de contribution aux charges du mariage ne déroge pas à cette règle¹¹⁴⁴. Si l'article 214 du Code civil offre aux époux la possibilité d'aménager la répartition de cette contribution, elle n'en demeure pas moins un devoir impératif. En effet, la faculté dont disposent les époux ne les exonère pas de son exécution. Toute convention qui dégagerait totalement l'un des époux de son devoir porterait atteinte au caractère impératif du régime primaire¹¹⁴⁵. Par conséquent, elle ne saurait être admise. Dans le cadre de l'article 214 du Code civil, il existe donc un caractère impératif quant à l'existence de ce devoir pour chacun des époux, mais un caractère supplétif quant à son organisation. Ce mécanisme ne peut servir de modèle à la contractualisation du devoir de fidélité puisque contrairement à la contribution aux charges du mariage, la fidélité ne peut pas faire l'objet de degrés dans son aménagement. En effet, soit les membres décident d'être fidèles, soit ils prévoient de ne pas l'être¹¹⁴⁶. De sorte que l'aménagement prévu par les époux porte nécessairement atteinte à l'existence même de ce devoir.

¹¹⁴² *RTD civ.* 2000, p. 296, obs. J. HAUSER. La position adoptée par l'auteur semble évoluer. V. aussi C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 16. L'auteur prend cependant le soin de limiter cette possibilité aux cas qui ne porteraient pas atteinte de manière trop importante à la famille. Ainsi, lorsque les époux ont le souhait de procréer, il est nécessaire que la convention de liberté soit sans effet.

¹¹⁴³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

¹¹⁴⁴ Art. 214 C. civ.

¹¹⁴⁵ En ce sens, v. par ex., A. TISSERAND-MARTIN, « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 803, spéc. p. 809 ; J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 63, spéc. note de bas de page n° 2.

¹¹⁴⁶ Il est difficile d'imaginer qu'une convention prévoit un devoir de fidélité seulement le week-end ou pendant les vacances.

Par conséquent, toute entente entre les époux serait en contradiction avec le caractère impératif des devoirs nés du mariage.

368. Le refus des juges de tolérer ces conventions. Par ailleurs, la fidélité renforce la qualité de l'engagement. En outre, elle est porteuse de valeurs morales et symboliques¹¹⁴⁷ importantes qui ne doivent pas pouvoir faire l'objet de tractations¹¹⁴⁸. C'est pourquoi les conventions portant sur le devoir de fidélité sont annulées sur le fondement du caractère impératif des devoirs du mariage¹¹⁴⁹.

Ce faisant, les juridictions du fond font le choix de ne pas emprunter la voie qu'elles ont elles-mêmes ouverte en matière de cohabitation. Alors que l'exclusivité conjugale et la communauté de toit sont toutes deux impératives, les pactes de séparation amiable, contrairement aux pactes portant sur le devoir de fidélité, sont parfois acceptés¹¹⁵⁰. Si la volonté des époux sur le devoir de communauté de vie paralyse le caractère impératif du devoir de communauté de vie, les pactes d'infidélité demeurent, quant à eux, ignorés.

Pourtant au sein même de la Cour de cassation, des voix se sont élevées afin de remettre en question le caractère impératif de la fidélité. À titre d'exemple, le conseiller BIZOT, qui a rédigé le rapport dans l'affaire tranchée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 29 octobre 2004 à propos de la libéralité faite à la concubine adultère, s'est déclaré favorable à la contractualisation du devoir de fidélité en relevant la disparition du caractère d'ordre public du devoir de fidélité¹¹⁵¹. Cette affirmation, bien que juridiquement contestable, a le mérite de soulever la question de la place

¹¹⁴⁷ Dans le droit de la famille, la loi remplit un rôle aussi symbolique. Outre le fait de suivre les mœurs, « elle dessine ce qu'elle doit-être ». Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 49.

¹¹⁴⁸ En ce sens, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773, n° 11.

¹¹⁴⁹ Art. 226 et 1388 C. civ. Dans ce cas, les juges doivent annuler les accords. En ce sens, J. VIDAL, « Les conventions de divorce », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Sirey, 1985, p. 805, n° 7.

¹¹⁵⁰ V. par ex., J. REVEL, « La convention entre époux désunis », *JCP G* 1982. I. 3055.

¹¹⁵¹ « Bref, le devoir de fidélité n'est plus d'ordre public, et, s'il demeure entre époux une obligation pouvant être sanctionnée sous l'angle d'une simple faute civile, celle-ci est de force variable et relative, car dépendant désormais presque exclusivement des parcours individuels des conjoints et de leur morale personnelle, et non plus de cette réprobation collective tant familiale que sociale, qui alimenta si fortement la littérature et le théâtre d'autrefois ». https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/bizot_conseiller_442.html.

de la volonté des époux dans l'exécution de ce devoir à l'heure où l'argument de l'indisponibilité du devoir de fidélité entre époux¹¹⁵² perd peu à peu de son autorité¹¹⁵³.

369. Transition. Le devoir de fidélité participe au particularisme du mariage. C'est la raison pour laquelle le devoir de fidélité s'impose aux époux sans qu'il soit possible d'y déroger. Outre ce caractère impératif, les conventions portant sur le devoir de fidélité se heurtent à certaines règles du droit commun des contrats.

B. Les obstacles relatifs au droit commun des contrats

370. La fidélité hors du commerce. Faisant partie des choses hors du commerce¹¹⁵⁴, la fidélité ne pourrait pas faire l'objet de convention. Pourtant, « *les droits les plus sacrés de la personnalité peuvent être l'objet d'obligations valables* »¹¹⁵⁵, à condition que le but soit louable.

La catégorie des choses hors du commerce n'est pas figée. Elle évolue en fonction des époques et des mœurs. Les clientèles civiles en sont un exemple parfait. À l'origine hors du commerce, les conventions portant sur celles-ci ont été autorisées à condition que la liberté de choix du patient soit préservée¹¹⁵⁶. À l'instar de la cession de clientèles civiles, la fidélité pourrait entrer dans le commerce juridique. Des succédanés à la clause de fidélité ont d'ailleurs déjà été introduits dans les contrats de travail ou dans certains contrats d'affaires¹¹⁵⁷. Néanmoins, la comparaison avec les clauses de non-concurrence est inadaptée puisque la fidélité conjugale demeure une qualité profondément personnelle et intime.

¹¹⁵² M. LAMARCHE, « Les effets pendant le temps du statut », in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut du couple juridique marié et du couple non marié en droit belge et français*, t. 1, Larcier, coll. Les Cahiers du CeFAP, 2012, p. 487, n° 965., spéc. p. 520.

¹¹⁵³ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773, n° 12.

¹¹⁵⁴ Le corps humain, les droits de la personnalité ou le droit de vote constituent le terreau de ces interdictions. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SÉRINET, *La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause - Les nullités*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013, n°s 273 et s. ; H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Deffrénois* 2006, p. 1621 ; Fr. SAUVAGE, « La mutation du pacte civil de solidarité (après la loi du 23 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 35, p. 54, spéc. p. 56.

¹¹⁵⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949. *Contra* J. HAUSER, « Statut civil des partenaires », *JCP N* 2000, p. 411, n° 36. V. aussi, Fr. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. J. REVEL, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008, n° 216. Selon ces auteurs, seule la loi peut limiter les libertés.

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 98-17.731, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *JCP E* 2001, n° 10, p. 419, comm. G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2001, p. 167, obs. Th. REVET ; *Deffrénois* 2001, p. 431, obs. R. LIBCHABER ; *JCP G* 2001. II. 10452, note Fr. VIALLA.

¹¹⁵⁷ S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013, n° 745, spéc. p. 678.

371. La licéité et le respect de l'ordre public par la clause de fidélité. La disparition des choses hors du commerce du Code civil¹¹⁵⁸ à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹¹⁵⁹ n'a pas pour autant fait disparaître cette catégorie qui apparaît en creux¹¹⁶⁰ des dispositions relatives à la licéité des stipulations du contrat¹¹⁶¹ ou au respect de l'ordre public¹¹⁶². Or la clause de fidélité qui a vocation à imposer une exclusivité conjugale aux couples hors mariage ne présente pas de caractère illicite puisqu'elle ne semble pas porter atteinte à l'ordre public. En effet, la fidélité apparaît davantage comme un engagement conforme à la morale, respectueux des bonnes mœurs¹¹⁶³, de l'ordre public et de la loi. De sorte qu'une clause de fidélité, par laquelle les concubins et les partenaires s'imposeraient une fidélité, ne semble pas porter atteinte à l'ordre public contractuel.

372. L'obstacle de l'atteinte à la liberté individuelle par la clause de fidélité. La clause de fidélité apparaît incompatible avec l'ordre public de protection individuelle¹¹⁶⁴. En effet, la liberté sexuelle, composante de la liberté individuelle, ne peut être limitée que par la loi. De sorte que la

¹¹⁵⁸ Un partie de la doctrine appelait de ces vœux la disparition de la catégorie des choses hors du commerce. V. par ex. J.-Chr. GALLOUX, « Réflexion sur les choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les cahiers du Droit* 1989, p. 1011. « D'une manière générale, les patriciens du droit aperçoivent dans l'extra commercialité un moyen commode de faire échapper certains objets à des conventions sont le maintien heurterait la sensibilité de leurs contemporains (...) peu à peu, la jurisprudence et le législateur lui-même, plus soucieux de proposer des solutions socialement acceptables que juridiquement homogènes, ont transformé l'extra-commercialité en clause de style ou en une formule incantatoire grâce à laquelle le spectre du mercantilisme serait repoussé aux frontières du monde du droit ». Cette citation a été mise en lumière par Fr. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 377, n° 2, p. 2.

¹¹⁵⁹ Ord. n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* 11 février 2016, texte n° 26.

¹¹⁶⁰ En ce sens, v. par ex., M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 424 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Droit civil, 8^e éd., 2016, n° 601. *Contra* Cl. BRUNETTI-PONS, « Un divorce " sans juge " pour un droit " déréglé " », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 28, n° 19.

¹¹⁶¹ Art. 1128 C. civ.

¹¹⁶² Art. 1162 C. civ.

¹¹⁶³ Les nouveaux textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 ne font plus mention des bonnes mœurs. Cela ne signifie pas pour autant que le concept a disparu. Pour une position plus nuancée, v. D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487, n° 8. Il semble que le concept d'ordre public, plus large, a aspiré celui de bonnes mœurs. En outre, les bonnes mœurs semblent largement diffuses, car « le législateur n'a peut-être donc pas renoncé à l'influence morale dans le droit des obligations ». V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 96, spéc. p. 86.

¹¹⁶⁴ En ce sens, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 239.

volonté des parties est insuffisante pour créer, sur le plan personnel¹¹⁶⁵, davantage de devoirs que n'en crée le législateur. Toutefois, la discussion à ce propos demeure ouverte¹¹⁶⁶ puisque la montée au droit des volontés des membres des couples et le phénomène de contractualisation des modes de conjugalité tendent vers une appropriation des modes de conjugalité par leur membre. Il serait alors étonnant que les partenaires et les concubins ne puissent pas se soumettre de manière volontaire à un nouveau devoir¹¹⁶⁷. Par conséquent, il semble que l'exclusivité sexuelle puisse faire l'objet d'une restriction par les personnes elles-mêmes¹¹⁶⁸.

373. L'obstacle de l'atteinte à la liberté matrimoniale. Enfin, l'introduction d'une telle clause entre les partenaires ou les concubins ne heurte pas le principe de liberté matrimoniale¹¹⁶⁹. Dès lors qu'elle ne limite pas la liberté de rompre et de se marier d'un des membres du couple. De sorte qu'il n'y a pas lieu d'empêcher la production d'effets de ces clauses¹¹⁷⁰.

374. La licéité et le respect de l'ordre public par la convention de non-fidélité. La clause de non-fidélité des couples mariés, quant à elle, aurait pu apparaître contraire aux bonnes mœurs. Toutefois, la dépénalisation de l'adultère et les jurisprudences récentes relatives à la fidélité¹¹⁷¹ prouvent que l'infidélité entre peu à peu dans les mœurs. De sorte que cette clause semble

¹¹⁶⁵ Sur le plan patrimonial, cela ne semble pas poser problème. En ce sens J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 226. V. aussi, D. FENOUILLET, « Couple hors mariage et contrat », in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Économica, 2001, p. 81, spéc. pp. 86 et s. v. aussi P. CATALA, « 84e Congrès des Notaires de France La Baule 30 mai -1er juin. Rapport de synthèse », *JCP N* 1988, p. 651, n° 20.

¹¹⁶⁶ J. HAUSER, « Statut civil des partenaires », *JCP N* 2000, p. 411, n° 36 : « Pourrait-on inclure dans le PACS une clause prévoyant une obligation de fidélité ? On peut en douter dans la mesure où la liberté sexuelle ne peut normalement connaître de limites que par l'effet de la loi, mais la discussion reste ouverte ».

¹¹⁶⁷ Pour les partenaires, cette insertion ne doit pas aller à l'encontre du statut légal adopté par eux.

¹¹⁶⁸ Pour une décision qui semble admettre à couvert cette solution. V. CA Montpellier, 4 janv. 2011, *Juris-Data* n° 2011-005783. *Contra* Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « PACS et famille », *RTD civ.* 2001, p. 529, spéc. p. 541 ; Fr. SAUVAGE, « La mutation du pacte civil de solidarité (après la loi du 23 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 35, p. 54, spéc. p. 56 : « si la fidélité se décrète dans le mariage, elle ne se négocie pas dans le Pacs ».

¹¹⁶⁹ Ce principe est constitutionnellement reconnu. En ce sens, v. Cons. const., 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC ; *D.* 2004, p. 1405, obs. O. LECUCQ ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. J. HAUSER ; Cons. const., 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC ; *D.* 2013, p. 1092, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *Dr. fam.* 2012, comm. n° 132, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.* 2012, p. 466, obs. Fr. CHÉNEDÉ. Il fait aussi l'objet d'une protection en droit européen. V. par ex., Cour EDH, 10 oct. 1986, *Rees c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 11 juil 1992, *Goodwin c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 5 janv. 2010, *Frasick c. Pologne*, *GACEDH*, n° 50. En droit interne la jurisprudence a souvent eu à se prononcer à ce propos, notamment en matière de libéralités ou de droit du travail. À ce propos, A. BÉNABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973, p. 440, spéc. n°s 25 à 27 ; J. SAVATIER, « La liberté dans le travail », *RTD civ.* 1990, p. 49.

¹¹⁷⁰ En ce sens, Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, art. précité. *Contra* G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 240.

¹¹⁷¹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, *Bull. civ. I*, n° 333.

acceptable. Si ces clauses ne sont pas contraires à l'ordre public contractuel, elles se heurtent cependant à l'ordre public matrimonial. En effet, malgré l'affaiblissement du devoir de fidélité entre époux, les devoirs du mariage demeurent impératifs. Par conséquent, les clauses de non-fidélité ne peuvent pas produire d'effet, à moins que le juge ne les homologue au titre des mesures provisoires¹¹⁷².

375. Transition. Alors que les conventions relatives aux clauses d'infidélité entre époux ne peuvent pas prospérer, car elles se heurtent à l'ordre public matrimonial, aucun obstacle juridique insurmontable ne semble se dresser contre les clauses de fidélité hors mariage. Néanmoins, le caractère opportun des accords entre les partenaires et les concubins se mesure à la sanction.

C. Les obstacles relatifs à la sanction de la violation de la convention de fidélité

376. La sanction de la violation de la convention de fidélité. Pour que les conventions de fidélité entre partenaires ou concubins présentent une utilité, la violation de leur accord doit donner lieu à une sanction, en l'occurrence sur le terrain de la responsabilité contractuelle.

La fidélité en ce qu'elle invite les membres du couple à ne pas entretenir de relations inappropriées avec une tierce personne, se caractérise davantage comme une obligation de ne pas faire que comme une obligation de faire¹¹⁷³. Or le plus souvent, la violation de l'obligation de ne pas faire donne lieu à des dommages et intérêts¹¹⁷⁴ sans qu'il soit nécessaire de prouver un préjudice¹¹⁷⁵. L'inefficacité de l'exécution forcée est en effet ici avérée, car une fois l'infidélité consommée, la situation est irréversible. En outre, en raison de son caractère éminemment

¹¹⁷² En ce sens, v. *supra* n°s 353 et s.

¹¹⁷³ Bien que les nouveaux textes n'en fassent pas état. Il semble qu'elle perdure. En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat droit privé, 15^e éd., 2016, n° 4.

¹¹⁷⁴ L'exécution forcée en nature en matière de fidélité constituerait en effet une atteinte aux droits et libertés fondamentaux de la personne concernée. En cela, elle constitue une exception au principe d'exécution forcée en nature, largement répandue dans la sphère contractuelle et consacrée par la réforme du droit des obligations. V. D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477, n° 6.

¹¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 05-19.978, *Bull. civ. I*, n° 212.

personnel, la contrainte à la fidélité ne peut pas être envisagée. C'est pourquoi la réparation par équivalent¹¹⁷⁶ semble la plus adéquate.

Ce mode de réparation qui monétise le devoir de fidélité peut déranger. En effet, cette solution diffère de celle retenue en matière de mariage dans lequel l'un des époux peut, outre le divorce, demander et obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil¹¹⁷⁷. Dans ce cas, les dommages et intérêts viennent compenser le préjudice moral qui naît de l'infidélité, mais ils ne viennent pas sanctionner la violation du devoir de fidélité. Entre partenaires et concubins, sauf lorsque la violation de la clause de fidélité a causé un dommage moral¹¹⁷⁸, la situation est différente puisqu'il s'agit de sanctionner, en argent, la violation de la clause de fidélité à l'instar des clauses d'exclusivité en droit des affaires ou en droit du travail et donc d'indemniser l'inexécution contractuelle. Ce faisant, la fidélité conjugale est appréciée au même titre que d'autres types d'obligation contractuelle¹¹⁷⁹. En définitive, elle se monétise.

La clause de fidélité dans les couples hors mariage et la clause de non-fidélité des époux connaissent des fortunes diverses. Alors que la première ne rencontre pas d'obstacle insurmontable, la seconde est, en l'état de la législation, vouée à ne pas exister juridiquement. En effet, l'ordre public matrimonial oppose encore aujourd'hui une résistance forte à l'introduction de clause portant sur le devoir de fidélité.

¹¹⁷⁶ Le terme de réparation est ici préféré à celui d'exécution par équivalent. En effet, l'octroi de dommages et intérêts semble avant tout réparer le préjudice subi par celui qui attend l'exécution du contrat. Ce n'est pas une forme d'exécution du contrat qui remplacerait l'exécution en nature. En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016. *Contra* Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

¹¹⁷⁷ V. par ex., Cass. civ. 2^e, 17 déc. 1998, n° 97-14.142, non publié, *RJPF* 1999, p. 17, obs. J. VASSAUX ; Cass. civ. 1^{re}, 11 févr. 2009, n° 08-12.032, non publié.

¹¹⁷⁸ H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621. Dans ce cas, le concubin ou le partenaire peut agir sur le fondement de l'article 1240 du Code civil.

¹¹⁷⁹ V. cependant G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n°s 241 et 242. Selon l'auteur, la nullité de l'obligation d'origine (la fidélité) emporterait la nullité de la cause pénale qui aurait été prévue. On en déduit qu'en définitive toute indemnisation de la violation de ce devoir est impossible.

377. Conclusion chapitre 2. La fidélité est une donnée sociologique commune à un grand nombre de couples. Cependant, elle ne reçoit de traduction juridique que dans le mariage. De sorte que les partenaires et les concubins sont libres d'être infidèles sans risquer d'autre "sanction" que celle décidée par l'autre membre du couple. La sanction n'est donc pas étatique, mais interne au couple. Toutefois, cette opposition claire entre les couples mariés et les couples hors mariage s'estompe, non pas que l'exclusivité conjugale soit devenue un devoir entre les membres du couple, mais parce que la violation du devoir de fidélité entre époux entraîne des conséquences moins importantes que par le passé. L'assouplissement du devoir d'exclusivité conjugale est, en réalité, une illustration de la transformation de l'ordre public de direction en un ordre public de protection. L'ordre public ne disparaît pas, il mute.

Outre l'affaiblissement par le législateur et surtout par les juges du devoir de fidélité dans le mariage, on constate une montée au droit d'une fidélité choisie où les accords entre époux commencent à produire de l'effet. Cette évolution du devoir de fidélité en un devoir supplétif seulement dans le cadre d'un divorce contentieux doit être encouragée. Une telle contractualisation du devoir de fidélité pourrait ouvrir la voie aux conventions de fidélité dans les couples hors mariage. Ainsi, les partenaires et les concubins pourraient introduire dans leur relation une clause de fidélité qui, en définitive, ne ferait que transcrire dans le droit le comportement qu'ils adoptent quotidiennement.

En dépit de ces propositions, il n'apparaît ni possible ni souhaitable que la fidélité devienne un élément du droit commun du couple. D'une part, parce que le socle de règles communes à tous les modes de conjugalité ne doit comporter que des règles impératives. Or la fidélité hors mariage est nécessairement une fidélité choisie. D'autre part, parce qu'imposer un devoir de fidélité à toutes les formes de conjugalité apparaît comme un anachronisme au vu de l'évolution du devoir de fidélité dans le mariage.

378. Conclusion titre 1. Le premier effet commun à tous les modes de conjugalité semble donc être le respect. Le respect dans le couple est composé de deux facettes : la lutte contre les violences conjugales et la fidélité.

Le droit commun du couple se fonde sur une relation pacifique dans laquelle toutes les formes de violences verbales, physiques ou psychologiques doivent être sanctionnées. Si la société ne tolère pas les violences entre les individus étrangers l'un pour l'autre, elle doit *a fortiori* les condamner

entre les membres du couple. C'est pourquoi l'interdiction de la violence au sein du couple doit intégrer le noyau de règles primitives constitutives d'un droit commun du couple¹¹⁸⁰. Le législateur a d'ailleurs déjà opéré en ce sens¹¹⁸¹. Davantage qu'un effet du couple, il semble que cette dimension du respect doit être élevée au rang de devoir. Dès lors, tous les couples juridiquement reconnus doivent s'y soumettre.

L'autre facette du respect entre les membres du couple est la fidélité, car le fait d'être fidèle est un signe d'une conduite respectueuse envers son compagnon. Bien qu'elle apparaisse pour chacun des membres du couple comme une qualité indispensable, elle n'a été élevée au rang de devoir qu'entre époux. Si la fidélité est longtemps apparue indispensable à la relation conjugale et à l'ordre social¹¹⁸², au point que l'adultère était une cause péremptoire de divorce pénalement répréhensible. L'évolution des mœurs a entraîné une modification de l'appréhension de ce devoir par les juges. Désormais, la jurisprudence et le législateur semblent moins attachés à la fidélité. Cela annonce d'ailleurs peut-être, dans les années à venir, la disparition du devoir de fidélité¹¹⁸³.

Le délitement du devoir de fidélité ainsi que l'atteinte à la liberté personnelle des membres des couples hors mariage empêchent de faire de la fidélité imposée un devoir pour chacun des époux. Une telle démarche apparaîtrait anachronique et contraire à l'esprit de liberté qui imprègne les conjugalités hors mariage. Dès lors, seule la fidélité choisie constitue une attente commune à tous les couples. Toutefois, si elle est seulement voulue elle ne peut plus être une composante d'un statut minimum interconjugalité. Par conséquent, elle ne peut pas constituer un élément du droit commun du couple.

Le respect exprimé par la lutte contre les violences conjugales apparaît donc comme le premier élément commun à tous les modes de conjugalité. L'obligation de mener une vie conjugale non violente, dans le respect de son compagnon, est un élément incontournable du droit commun du couple.

¹¹⁸⁰ X. LABBÉE, « Le ministre et les violences dans le couple », D. 2009, p. 2814. L'auteur résume parfaitement la situation. « Une espèce d'ordre public conjugal, composé de règles primitives (« tu ne frapperas pas »), formerait en quelque sorte le régime primaire de ce « droit commun du couple » en cours d'édification ».

¹¹⁸¹ Art. 515-9 et s. C. civ.

¹¹⁸² M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n^{os} 84 et s.

¹¹⁸³ Sur ces interrogations, v. C. PHILIPPE, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n^o 16. V. déjà J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille*, LGDJ, 2^e éd., 1993, n^o 1015.

Loin d'être cantonné à la lutte contre les violences conjugales, le droit commun du couple semble aussi reposer sur l'idée d'assurer la protection du logement des époux, des partenaires et des concubins ainsi que de ses occupants.

Titre 2. LES MESURES RELATIVES AU LOGEMENT

CONJUGAL

379. Le droit au logement. Le logement fait l'objet d'attentions particulières de la part du législateur. Au départ totalement absent des textes fondamentaux, le logement s'est finalement imposé comme étant indispensable pour la santé et le bien-être de chacun¹¹⁸⁴ et, par répercussion, pour la société. Afin d'en faciliter l'accès, les mesures ont été multipliées pour finalement aboutir à un véritable droit au logement¹¹⁸⁵.

De nombreux textes législatifs et administratifs favorisent l'accès à la propriété du logement¹¹⁸⁶. Par ailleurs, la création des habitations à loyers modérés, le versement de l'aide personnalisée pour le logement, l'encadrement des loyers voire le développement des mesures fiscales d'incitation à l'investissement locatif¹¹⁸⁷ sont destinés à favoriser le développement de la location.

¹¹⁸⁴ Art. 25 DUDH.

¹¹⁸⁵ F. BOUYSSOU, « Le logement et l'État. Rapport français », in *Le droit au logement (Journées Mexicaines), Travaux de l'Association Henri Capitant*, Economica, 1984, p. 101. Le droit au logement est consacré par la loi depuis le début des années 1980. L'article 1^{er} de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs dispose que « *le droit à l'habitat est un droit fondamental* ». La formule a par la suite évolué en devenant : « *le droit au logement est un droit fondamental* » (Art. 1^{er} de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986. Peu après cette loi, le législateur a consacré explicitement le droit au logement par la loi n° 90-449 du 31 mai 1990. Une des réformes les plus récentes met en place un droit au logement opposable (loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, *JORF* 6 mars 2007, p. 4190). Le droit au logement est, par la suite, devenu un objectif constitutionnel. V. par ex., Cons. const., 19 janv. 1995, n° 94-359-DC, *AJDA* 1995, p. 455, note B. JORION.

¹¹⁸⁶ Pour une étude approfondie de ces mécanismes, J. RUBELLIN-DEVICHI, « La famille et le droit au logement », *RTD civ.* 1991, p. 245. De nos jours, le législateur ne cesse de créer des mesures pour favoriser l'accès à la propriété comme le prêt à taux zéro et l'élargissement de ses conditions, le dispositif Pinel introduit dans la loi n° 2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, *JORF* 30 déc. 2014, p. 22828.

¹¹⁸⁷ V. à nouveau le dispositif Pinel, note de bas de page précédente.

Le logement est une préoccupation qui dépasse les clivages politiques puisque tous les gouvernements successifs s'attachent à soutenir chaque individu, couple ou famille dans sa quête de logement.

380. Le droit au logement pour la famille. Le logement est essentiel aux individus, mais aussi à la famille¹¹⁸⁸. Le doyen Carbonnier, afin de démontrer le lien entre la famille et le logement, affirmait : « *de plus en plus, le droit au logement s'affirme comme un droit de l'homme, et le droit du logement comme une spécialité. L'un et l'autre, cependant, sont en cheville avec le droit de la famille. C'est tout naturel : les logements, comme les nids, ont une vocation familiale. Un prince soucieux de la reproduction de ses sujets ne peut que s'inquiéter s'ils n'ont le clos et le couvert* »¹¹⁸⁹.

Le droit au logement se subdivise en trois droits. Le droit d'obtenir un logement, le droit de le choisir librement, mais surtout le droit de s'y maintenir¹¹⁹⁰. Conjugué au caractère familial, le droit au logement apparaît essentiel tant pour la famille que pour le couple.

381. Annonce de plan. En matière conjugale, ce droit au logement se présente sous deux facettes. La première d'entre elles a trait à la protection du logement. Il s'agit alors de préserver le lieu de vie de couple qui, en raison de son affectation¹¹⁹¹ à l'habitation du couple, nécessite une protection maximale, car il ne peut y avoir de droit au logement si le logement ou si le droit par lequel est assuré le logement disparaît (Chapitre 1). La seconde facette du droit au logement correspond au droit de se maintenir dans ce lieu. Les dispositions législatives ont alors pour objectif de protéger l'occupant et non plus le logement lui-même (Chapitre 2).

¹¹⁸⁸ Un auteur a cependant démontré tout le paradoxe résultant de la protection du logement de la famille. La famille est un espace de liberté qui devrait échapper au droit, notamment lorsque la vie conjugale est stable. Seuls les moments de crise devraient contraindre les époux. Y. CHARTIER, « Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.* 1971, p. 510, n^{os} 4 et s.

¹¹⁸⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant le couple*, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 2^e éd., 2017, n^o 563.

¹¹⁹⁰ M. GRIMALDI, « Le logement et la famille. Rapport français », in *Le droit au logement (Journées Mexicaines)*, Économica, 1984, p. 421, n^o 1, spéc. p. 422.

¹¹⁹¹ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, 1976, n^{os} 182 et s.

Chapitre 1. La protection du logement conjugal

382. Annonce de plan. Lorsque l'affectation est effective, le logement est protégé des agissements qui pourraient priver les membres du couple de leur toit.

Afin d'assurer la sérénité de la vie commune, le législateur protège le logement familial par le biais de deux mécanismes différents. Le premier d'entre eux est interne au couple et consiste à préserver le logement des agissements des membres du couple. Concrètement, chacun des membres du couple ne peut pas passer seul un acte qui priverait son compagnon d'un toit. En d'autres termes, chacun des membres du couple doit prêter son concours aux actes relatifs au logement familial. Si cette protection s'applique sans distinction au logement occupé à titre de propriétaire ou de locataire, le législateur a tenu à ne pas l'appliquer aveuglément à tous les couples. Or, de ce traitement différencié naissent des incohérences (Section 1). Le second mécanisme de protection consiste à soustraire le bien du gage des créanciers en le rendant insaisissable. Cette fois, il ne s'agit plus de protéger le bien des agissements du compagnon, mais des tiers (Section 2).

Section 1. La protection du logement conjugal par la modification des règles de pouvoir

383. Annonce de plan. Le logement conjugal bien ne peut faire l'objet d'aucun acte de disposition sans l'accord des deux membres du couple. Cette modification des règles de pouvoir s'applique aussi bien au logement occupé à titre de propriétaire qu'à titre de locataire¹¹⁹². Néanmoins, les modes de conjugalité ne sont pas tous soumis à ces règles.

En ce qui concerne le bail, la loi instaure une cotitularité du droit au bail au bénéfice des couples déclarés. Les concubins, quant à eux, étant exclus de ce mécanisme, se trouvent parfois dans une situation délicate notamment lorsque le locataire initial souhaite user de ses prérogatives sur le bail puisqu'aucun mécanisme ne permet de s'y opposer (§1).

En revanche, lorsque le logement est occupé à titre de propriétaire, seul l'époux propriétaire voit ses pouvoirs sur son bien être amputés. Il est en effet soumis à une règle de cogestion. De sorte que seul le mariage apparaît comme un engagement suffisamment fort pour justifier la limitation

¹¹⁹² L'étude se limite aux baux à usage exclusif d'habitation. Seul ce bail permet aux couples de bénéficier d'une protection de leur logement optimale.

des prérogatives de l'époux propriétaire. Hors mariage, le propriétaire du bien affecté au logement du couple reste donc le seul à décider du sort de son bien. Cependant, une telle affirmation doit être nuancée puisqu'il convient de distinguer selon que le bien est acquis par un partenaire, par un concubin seul, ou par les deux. Dans ce dernier cas, les règles relatives à l'indivision, bien qu'elles soient étrangères au couple, interfèrent dans la relation conjugale en apportant une sorte de cogestion de fait (§2).

§1. La cotitularité du droit au bail limitée aux couples déclarés

384. Un mécanisme commun aux couples déclarés. L'article 1751 du Code civil prévoit que le bail portant sur le logement conjugal est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux ou partenaires liés par un pacte civil de solidarité. Ce faisant le législateur crée une sorte d'indivision forcée sur le bail¹¹⁹³, à condition que le logement serve exclusivement à l'habitation du couple¹¹⁹⁴. De sorte que seule une initiative commune peut mettre fin au bail¹¹⁹⁵.

La cotitularité du bail apparaît comme une entorse à la règle de l'effet relatif des contrats puisque le contrat de bail ne lie plus seulement le bailleur et le locataire originel, mais également le bailleur et l'époux ou le partenaire du locataire. On adjoint un nouveau locataire au propriétaire.

¹¹⁹³ R. SAVATIER, « La protection civile du logement de la famille dans le concept juridique d'habitation familiale », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 799, spéc. p. 801. V. aussi Cass. civ. 3^e, 27 janv. 1993, n° 90-21.825, *Bull. civ. III*, n° 11 ; D. 1994, p. 173, obs. Ph. BIHR. Pour une étude la cotitularité, Ph. BRIAND, *Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Université de Nantes, 1999, n°s 245 et s. L'auteur prend le cas particulier d'un bail conclu avec une pluralité de preneurs non mariés. Il constate que le droit au bail est partagé, faisant ainsi penser à l'indivision. Entre époux et partenaires, le partage peut être demandé. Mais contrairement au partage classique, le partage de la cotitularité sera concomitant à la séparation. Elle est donc soumise à la survenance d'un événement particulier. Le congé quant à lui n'est pas une sorte de partage, il est l'abandon d'un droit.

¹¹⁹⁴ Cette limite posée par l'article 1751 du Code civil conduit à exclure les autres baux comme le bail commercial ou le bail rural.

¹¹⁹⁵ Cass. civ. 3^e, 19 juin 2002, n° 01-00.652, *Bull. civ. III*, n° 140 ; *Defrénois* 2003, p. 672, note V. BRÉMOND ; D. 2003, p. 731, obs. N. DAMAS. Le congé donné par un seul des locataires est inopposable à l'autre. Parallèlement, le congé du bailleur doit être adressé simultanément aux deux locataires, à défaut de quoi le congé est inopposable à celui qui ne l'a pas reçu. Cette solution ne se limite pas aux congés mais à toutes notifications par le bailleur. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 9 févr. 2017, n° 16-13.260, à paraître.

Initialement réservées aux époux, les dispositions de l'article 1751 du Code civil ont été étendues aux partenaires¹¹⁹⁶. Bien que les effets soient identiques, les conditions d'application diffèrent légèrement. En effet, contrairement aux conjoints, les partenaires doivent demander conjointement le bénéfice de la cotitularité du bail. La protection n'est donc pas de plein droit¹¹⁹⁷. Si, à l'instar des époux, les partenaires ont l'obligation d'informer le bailleur de l'existence du Pacs¹¹⁹⁸, ils sont en outre tenus de demander le bénéfice des dispositions de l'article 1751 du Code civil, sans que le bailleur puisse toutefois s'y opposer¹¹⁹⁹. Il semble alors qu'il s'agisse d'une sorte de revendication d'un droit, et que la demande s'apparente finalement davantage à une information donnée au propriétaire, comme c'est déjà le cas en matière de mariage¹²⁰⁰.

Par ailleurs, si dans le mariage, seul le titulaire du bail informe le bailleur du changement de situation matrimoniale, la situation change dans le cadre du Pacs, où la demande doit émaner conjointement du preneur originel et de son nouveau partenaire. En raison de cette différence, la cotitularité du bail n'est pas automatique entre les partenaires.

¹¹⁹⁶ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF 26 mars 2014, p. 5809. Cette loi permet aussi de donner un sens à l'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989. Ce dernier texte prévoit depuis la loi SRU (loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF 14 déc. 2000, p. 19777) que les notifications adressées sont de plein droit opposables au conjoint ou au partenaire du locataire. Pourtant avant l'entrée en vigueur de la loi ALUR les partenaires ne pouvaient pas devenir cotitulaires du bail, si bien que le bailleur était protégé de la cotitularité qui n'existait pas. En ce sens, Fr. VAUVILLÉ, « PACS et SRU : un mauvais mariage », *RJPF* 2001, n° 5, p. 15 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 134, spéc. p. 131.

¹¹⁹⁷ L'effet de plein droit marque l'absence d'intervention de l'homme dans la réalisation du droit, notamment celle du juge. M. TIREL, *L'effet de plein droit*, thèse Université de Nantes, 2016. La cotitularité du bail permet aux époux d'être tous les deux titulaires d'un bail par le seul effet du mariage. Le mécanisme est prévu par l'article 1751 du Code civil. Isolé, le dispositif offre de plein droit le statut de locataire au conjoint du locataire initial. Cependant, cet effet de plein droit est neutralisé par l'article 9-1 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs puisque le bailleur doit être informé du mariage afin que la cotitularité ait un effet.

¹¹⁹⁸ Cass. civ. 3^e, 12 mars 2014, n° 13-14.403, *Bull. civ. III*, n° 36. V. déjà, Cass. civ. 3^e, 19 oct. 2005, n° 04-17.039, *Bull. civ. III*, n° 198. Si le bailleur n'est pas informé du changement de la situation conjugale, la cotitularité n'a pas lieu. Le défaut d'information du bailleur sur le mariage du locataire rend opposable le congé donné seulement à l'époux titulaire du bail. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 29 oct. 2013, n° 12-23.138, *Bull. civ. III*, n° 135.

¹¹⁹⁹ L'argument de la différence dans la mise en œuvre de la protection est apparu décisif lors du débat à l'Assemblée nationale. V. JOAN 11 sept. 2013, p. 8715. La question de l'absence de réponse du bailleur est intéressante. En effet, en droit privé, le principe demeure « *qui ne dit mot ne consent pas* ». Cela signifie que l'acceptation doit être expresse ou tacite. On doit pouvoir déduire du comportement de la partie son acceptation. Néanmoins, l'extension du principe de cotitularité aux partenaires répond à une volonté de protéger et de garantir un logement à un individu. De sorte qu'il est préférable de considérer que le silence du bailleur vaut acceptation.

¹²⁰⁰ *Contra* M. SAULIER, *ibidem*. Au vu de ses développements, l'auteur semble considérer que l'époux, locataire originel, n'a pas besoin d'informer le bailleur de son changement de situation matrimoniale.

385. Annonce de plan. Si au premier abord, la protection du logement apparaît comme la prolongation de la communauté de toit et plus exactement comme une garantie de son exécution paisible, l'exclusion des concubins de ce mécanisme conduit à rejeter cette argumentation. C'est donc ailleurs qu'il faut rechercher la raison d'être de cette différence. Il semble que ce soit la solidarité aux dettes, devoir commun aux partenaires et aux époux, qui fonde la différence de traitement (A), ce qui semble rendre inévitable l'exclusion des concubins de ce mécanisme (B).

A. La solidarité aux dettes ménagères source de la cotitularité du bail

386. La cotitularité, contrepartie à la solidarité en matière de dettes locatives. Puisque les concubins ne bénéficient pas de la cotitularité, cela signifie que cette dernière ne prend pas sa source dans la vie commune des membres du couple. Il faut alors rechercher dans les dispositions communes aux partenaires et aux époux celles qui justifient l'existence de règles dont le champ d'application est limité.

Les articles 220 et 515-4 du Code civil relatifs à la solidarité en matière de dettes ménagères justifient l'exclusion des concubins¹²⁰¹. Le nouvel époux ou le nouveau partenaire hérite de la cotitularité du bail, car, en vertu du principe de solidarité des dettes ménagères¹²⁰², il devient débiteur solidaire des dettes afférentes aux charges locatives¹²⁰³. Ainsi, la solidarité dans le paiement des loyers ne naît pas de la cotitularité¹²⁰⁴, mais du régime primaire des époux¹²⁰⁵ et des partenaires. Il est en effet impossible de tirer de la cotitularité une solidarité, car cela équivaldrait à présumer cette dernière. Or la solidarité ne se présume pas. Elle est nécessairement d'origine

¹²⁰¹ En ce sens, Fr. VAUVILLÉ, « PACS et SRU : un mauvais mariage », *RJPF* 2001, n° 5, p. 15 ; Chr. COUTANT-LAPALUS, « Pacs et logement : dix ans après », *Dr. fam.* 2010, étude 9, n° 8. V. aussi, O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 295. Pour une justification de l'exclusion des partenaires avant la loi du 24 mars 2014 (loi n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *JORF* 26 mars 2014, p. 5 809), N. MOULIGNER, *Le bail des époux*, Thèse Université de Limoges, 2003, n°s 75 à 77.

¹²⁰² Le bien loué sert, de toute évidence, à l'entretien du ménage. En revanche, si le loyer est considéré comme excessif par rapport au train de vie du ménage ou si la dette n'est pas destinée à l'entretien du ménage la solidarité ne pourra pas jouer. Ainsi, il a pu être décidé que lorsqu'un des époux prend seul à bail un nouveau logement pour vivre séparément comme l'ordonnance de non-conciliation l'y autorise, les loyers résultant de ce nouveau local ne sont pas considérés comme des dettes ménagères au sens de l'article 220 du Code civil. La solidarité n'a donc pas lieu d'être. En ce sens, Cass. civ. 2e, 24 nov. 1999, *Bull. civ. II*, n° 173.

¹²⁰³ Cass. civ. 2e, 3 oct. 1990, n° 88-18.453, *Bull. civ. II*, n° 177.

¹²⁰⁴ En ce sens, N. MOULIGNER, *op.cit.*, n° 126. V. aussi *JCP N* 1991, p. 307, note B.-H. DUMORTIER.

¹²⁰⁵ Un arrêt a cependant pu jeter le doute. Cass. civ. 2e, 24 nov. 1999, n° 97-19.079, *Bull. civ. II*, n° 173 ; *Defrénois* 2000, p. 1177, obs. A. BÉNABENT. La motivation de cet arrêt semblait fonder la solidarité sur la cotitularité.

conventionnelle ou légale¹²⁰⁶, ce qui explique d'ailleurs que ni la séparation de fait¹²⁰⁷ ni l'introduction d'une requête en divorce ne mettent fin à la solidarité¹²⁰⁸. Cette dernière subsiste jusqu'à la transcription du divorce¹²⁰⁹ ou de la dissolution du Pacs en marge de l'état civil. D'ailleurs, puisque la solidarité aux dettes ménagères dure jusqu'à la publication de la dissolution du couple, le congé donné par un époux seul n'a aucune répercussion sur la solidarité alors qu'au contraire la dissolution du mode de conjugalité entraîne la cessation de celle-ci¹²¹⁰.

387. Transition. Dès lors que les partenaires et les époux deviennent solidaires des dettes qui naissent des charges locatives, il paraît raisonnable de leur accorder la cotitularité qui est le droit pour lequel ils peuvent être appelés en paiement en tant que débiteur solidaire. Les membres du couple déclaré reçoivent ainsi une contrepartie à la solidarité à laquelle ils sont soumis. Étant donné que les concubins ne se soumettent pas à une solidarité automatique pour les dépenses ayant un caractère ménager, la cotitularité ne peut pas leur être étendue.

¹²⁰⁶ Art. 1310 C. civ. L'ancien article 1202 al. 1 C. civ. prévoyait déjà la même solution.

¹²⁰⁷ Cass. civ. 2^e, 3 oct. 1990, n° 88-18.453, *Bull. civ. II*, n° 177.

¹²⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, no 90-18.404, *Bull. civ. I*, n° 251 ; *Deffrénois* 1993, p. 380, obs. CHAMPENOIS.

¹²⁰⁹ Cass. civ. 3^e, 31 mai 2006, n° 04-16.920, *Bull. civ. III*, n° 135 ; V. aussi, Cass. civ. 3^e 1^{er} avr. 2009 ; n° 08-15.929, *Bull. civ. III*, n° 72 ; *Loyers et copr.* 2009, comm. n° 140, note B. VIAL-PEDROLETTI ; Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, no 14-23.726, *Bull. civ. III*, n° 100. V. aussi Chr. COUTANT-LAPALUS, « La résiliation du bail du logement familial : de la cotitularité à la solidarité », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 135, n° 24.

¹²¹⁰ La Cour de cassation semble d'ailleurs avoir franchi une étape dans ce domaine en considérant que la dissolution du lien conjugal met un terme à la cotitularité et à la solidarité tant légale que conventionnelle. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, n° 14-23.726, *Bull. civ. III*, n° 100 ; *RTD civ.* 2016, p. 433, obs. B. VAREILLE ; *AJ fam.* 2015, p. 682, obs. Fr. BICHERON ; *RDC* 2016, p. 47, note R. BOFFA ; *JCP N.* 2016, n° 6, p. 1083, comm. L. MAUGER-VIELPEAU ; *D.* 2015, p. 2616, note T. LAKSSIMI. Dans cet arrêt, le bailleur avait inséré une clause de solidarité entre les copreneurs. L'anéantissement de la cotitularité conventionnelle par les juges en raison de la dissolution du lien conjugal est une nouveauté. En principe, lorsque deux personnes s'engagent, par convention, à être cotitulaires et solidaires, ni le divorce ni l'attribution du bail n'ont d'effet sur cet engagement. Or en mettant fin à cette solidarité conventionnelle en raison du divorce, la Cour de cassation recherche la cause subjective du contrat. Puisque dans l'arrêt d'espèce, seule la relation conjugale justifie l'insertion d'une telle clause de cotitularité, la dissolution de l'union sonne le glas de la cotitularité contractuelle. Par conséquent, l'avenir de la cotitularité ainsi que celui de la solidarité conventionnelle entre les membres du couple déclaré est remis en question. Il semblerait qu'elles n'aient vocation à régir que les situations dans lesquelles la solidarité et la cotitularité ne sont plus liées. Or ces hypothèses sont peu nombreuses. Il s'agit par exemple des concubins, des partenaires qui n'ont pas revendiqué leur droit à la cotitularité, les couples déclarés qui n'ont pas informé le bailleur du changement de situation conjugale ou du bail donné par l'un des membres du couple déclaré. Bien que la cause subjective ait disparu du Code civil à la suite de la réforme du droit des obligations, il est certain que les juges continuent à rechercher, lorsque c'est nécessaire, les mobiles déterminants des cocontractants. En ce sens, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016, n° 401.

B. L'inévitable exclusion des concubins de la cotitularité du bail

388. Le lien entre cotitularité et devoir de communauté de vie. La solidarité aux dettes ménagères n'est pas nécessairement la seule justification du champ d'application restreint de l'article 1751 du Code civil. Peut-être est-il envisageable de rapprocher la cotitularité du devoir de communauté de vie. En effet, puisque les couples déclarés sont soumis à un devoir légal de cohabitation, le législateur met tout en œuvre pour faciliter son exécution¹²¹¹. Dès lors que la cohabitation à laquelle s'astreignent les concubins est purement volontaire, le législateur n'a donc pas à prévoir de mécanisme visant à favoriser ce partage du toit.

389. L'extension de la cotitularité aux concubins est-elle nécessaire ? Pourtant l'idée qui préside la cotitularité du bail semble être celle de la protection du logement affecté au couple et pas seulement aux couples déclarés. L'exclusion des concubins de ce mécanisme semble par conséquent malvenue. L'extension de la cotitularité aux concubins permettrait de « *favoriser la protection de l'individu* »¹²¹².

Néanmoins, la volonté d'étendre la cotitularité du bail du logement conjugal aux concubins laisse transparaître un certain dogmatisme. Si la volonté est louable, les arguments qui fondent une telle proposition laissent perplexe. Outre le fait de négliger le lien existant entre la solidarité aux dettes ménagères et la cotitularité, les défenseurs de cette théorie s'appuient sur un exemple peu convaincant. Selon eux, la situation du concubin du locataire originel qui abandonne le logement de manière soudaine est délicate puisqu'étant considéré comme un occupant sans droit ni titre, il se trouve dans l'obligation de quitter le logement¹²¹³. À cela, on pourrait objecter que si le titulaire du bail abandonne son domicile, c'est-à-dire s'il quitte le logement de manière brutale sans avertir son concubin, peu importe que le congé ait été donné ou non¹²¹⁴, le concubin qui reste dans les

¹²¹¹ Y. CHARTIER, « Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.* 1971, p. 510, n° 35. L'auteur ne traite pas spécifiquement de l'article 1751 du Code civil. Cependant il exprime nettement l'idée qu'un certain nombre de mesures législatives ont pour dessein d'assurer l'exécution du devoir de cohabitation.

¹²¹² M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 136. D'autres auteurs appellent de leurs vœux un tel changement. V. par ex. aussi R. LE GUIDEC, « Le sort du logement en cas de désunion », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 211, spéc. p. 220.

¹²¹³ V. par ex., J.-M. BRIGANT, « Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Dr. fam.* 2011, étude n° 3, n° 15.

¹²¹⁴ Cass. civ. 3^e, 6 déc. 1995, n° 94-11.573, *Bull. civ. III*, n° 247 ; *RDI* 1996, p. 287, obs. Fr. COLLART DUTILLEUIL, J. DERRUPÉ.

lieux bénéficie de la continuation du bail prévue à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹²¹⁵, à condition d'avoir vécu depuis au moins avec le locataire initial.

En définitive, seuls les cas dans lesquels la condition de l'abandon n'est pas remplie posent problème puisque le concubin victime de la rupture se trouve effectivement contraint de quitter le logement. Pour que l'abandon soit caractérisé, il faut un départ brusque et imprévisible¹²¹⁶. Or mettre son compagnon devant le fait accompli en lui annonçant le départ n'est pas constitutif d'un abandon au sens de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹²¹⁷. De sorte que le concubin du locataire ne peut pas bénéficier de la continuation du bail à son profit. Pourtant, dans les faits, cette situation ressemble à un abandon du logement.

Néanmoins, l'assouplissement de la condition d'abandon de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 apporterait une solution à cette situation¹²¹⁸. Les prémices d'une telle évolution sont perceptibles dans un arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 2009 qui décide, qu'en matière de concubinage, le départ définitif suffit à prouver l'abandon¹²¹⁹. Ce faisant, la condition de départ brusque et imprévisible est abandonnée au profit du départ définitif¹²²⁰. Il suffit donc que le concubin locataire quitte définitivement le logement conjugal pour que son *ex*-concubin bénéficie de la continuation du bail. La situation défavorable du concubin abandonné serait alors améliorée puisqu'il lui suffirait de constater l'abandon définitif du logement par le locataire initial. Cette

¹²¹⁵ Art. 14 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 : « *En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de location continue au profit du conjoint sans préjudice de l'article 1751 du code civil, au profit des descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile, au profit du partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité, au profit des ascendants, du concubin notoire ou des personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon du domicile* ».

¹²¹⁶ Comme un auteur a pu le remarquer : « *ces cas un peu extrêmes ne sont pas les plus fréquents* ». B. VIAL-PEDROLETTI, « Situation juridique du concubin du locataire », *Loyers et copr.* 2004, étude n° 5, n° 16.

¹²¹⁷ En ce sens, L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse Université Aix-Marseille, 2014, n° 320.

¹²¹⁸ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 243, spéc. p. 177.

¹²¹⁹ Cass. civ. 3^e, 8 juil. 2009, n° 08-16.992, *Bull. civ. III*, n° 173.

¹²²⁰ A. DJIGO, « L'abandon de domicile par le preneur : un départ définitif imposé au co-occupant », *Loyers et copr.* 2009, étude n° 12, n°s 11 et s. L'auteur s'interroge sur la notion d'abandon. Il prend aussi le soin d'étudier le concept de « départ imposé ». Il considère que le départ imposé devrait devenir l'élément essentiel de la condition d'abandon. *Contra* B. VIAL-PEDROLETTI, *Loyers et copr.* 2009, comm. n° 29. Selon l'auteur, l'arrêt est isolé. Seules les circonstances de l'espèce justifient la décision. De sorte que « *le "départ brusque et imprévisible" reste la définition de référence* » de l'abandon.

décision pourrait incarner le renouveau de la conception d'abandon et mettre fin à certaines situations défavorables au concubin qui demeure dans les lieux.

Une autre situation apparaît cependant plus problématique. Il s'agit de celle dans laquelle le concubin titulaire du bail décide de donner son congé sans en avertir ou sans l'accord de son compagnon. Une telle situation, souvent synonyme de crise conjugale, laisse le concubin qui n'est pas locataire dans une posture peu confortable, puisqu'il ne remplit pas les conditions, même assouplies, de l'abandon. Seule l'introduction du mécanisme de la cotitularité mettrait un terme à cette difficulté. Toutefois, une telle initiative en ce qu'elle constituerait une étape de plus dans le rapprochement du concubinage et des couples institutionnalisés est critiquable, car les concubins disposeraient des mêmes droits que les couples déclarés sans pour autant se soumettre aux mêmes devoirs. Il faut en effet garder à l'esprit le lien entre la cotitularité et la solidarité aux dettes ménagères. La première existe parce que les couples déclarés sont légalement soumis à la seconde. Or la solidarité légale en matière de dettes ayant un caractère ménager n'est pas applicable aux cas de concubinage¹²²¹. Par conséquent, élargir la cotitularité du bail au concubin du locataire équivaut à accorder des droits aux concubins sans qu'aucune contrepartie ne soit exigée.

390. Propositions de remède à l'absence de cotitularité. Afin d'apporter une réponse aux situations qui ne répondent pas à la condition d'abandon, une voie médiane pourrait être envisagée. Il pourrait s'agir de créer une sorte d'attribution préférentielle du droit au bail au profit du concubin du locataire initial, indépendamment de toute idée d'abandon au sens de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989.

On pourrait aussi imaginer une cotitularité qui résulterait d'un choix des concubins et du bailleur, d'une action volontaire de leur part¹²²². Par ailleurs, afin que les effets soient identiques à ceux de la cotitularité dans le mariage, en marge du contrat qui instituerait la cotitularité du bail, pourrait être insérée une clause de solidarité dans l'avenant ou dans le nouveau contrat signé entre

¹²²¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 avr. 2004, n° 02-16.291, *Bull. civ. I*, n° 113. V. aussi, A. GOGOS-GINTRAND, « Du raisonnement par analogie à la théorie de l'apparence : les résistances à la solidarité ménagère entre concubins », *Dr. fam.* 2012, étude n° 10.

¹²²² Le bailleur a peu de raisons de refuser. Les inconvénients sont, à son égard, moins nombreux que les avantages. Bien que le formalisme en matière de congé soit alourdi, le bailleur dispose de deux débiteurs au lieu d'un seul. En insérant une clause de solidarité, il disposerait même de débiteurs solidaires.

le bailleur et les concubins. Cela permettrait de sécuriser la situation du donneur à bail qui disposerait de débiteurs solidaires pour le paiement des charges locatives.

391. Transition. Malgré l'existence de certaines situations qui peuvent laisser le concubin dans l'embarras, l'extension de la cotitularité du bail en dehors des couples déclarés n'apparaît pas opportune. La question de la hiérarchisation de la protection par l'indisponibilité n'est pas propre au bail puisqu'en matière de propriété, seuls les époux se voient proposer des outils juridiques aboutissant à l'indisponibilité du logement de la famille.

§2. La protection du logement conjugal par la restriction du pouvoir de disposer

392. Les actes portant sur le logement de la famille soumis à cogestion dans le mariage. Si en vertu de l'article 1421 alinéa 1^{er} du Code civil la gestion concurrente est le principe en matière de répartition des pouvoirs entre les époux mariés, il arrive que les époux doivent agir ensemble. C'est notamment le cas pour le logement de la famille. Parce qu'il est le lieu de vie des époux, l'article 215 alinéa 3 du Code civil dispose que les actes de disposition portant sur le logement de la famille doivent être consentis par les deux époux¹²²³, indépendamment du caractère propre ou commun du bien. Le mariage et l'affectation du bien au logement des époux limitent les prérogatives du propriétaire sur son bien¹²²⁴. Par conséquent, la disparition du lien conjugal ou la fin de l'affectation du bien au logement de la famille permet au propriétaire de retrouver l'ensemble des pouvoirs sur son bien.

¹²²³ Ce faisant on assiste à une « *extrapatrimonialisation* » du logement de la famille. En ce sens, A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. », *RTD civ.* 1994, p. 801, n° 3.

¹²²⁴ Ces règles prouvent toute l'importance du mariage. Ce dernier remet en cause un droit fondamental du droit français. Le mariage est donc considéré comme un outil de nécessité publique qui justifie la limitation du droit de propriété.

Une telle mesure assure l'exécution du devoir de communauté auquel se soumettent les époux¹²²⁵. Si les époux ont le devoir d'habiter sous le même toit, le droit doit donc leur permettre de se prémunir contre les agissements qui empêcheraient son exécution¹²²⁶.

393. Annonce de plan. Dans le mariage, l'affectation familiale l'emporte sur le droit de propriété. Dans les autres modes de conjugalité, la dynamique s'inverse puisque le droit de propriété n'est pas limité par l'affectation du logement. Cela signifie que les pouvoirs sur le logement du couple, propriété individuelle d'un partenaire ou d'un concubin, ne font l'objet d'aucune restriction (A). Néanmoins, certaines techniques d'acquisition comme l'indivision permettent d'aboutir à une protection du logement de la famille (B). Bien que l'indivision ne soit pas propre au couple, les règles de gestion du bien protègent le logement indivis des agissements des indivisaires. Cette technique d'acquisition est d'ailleurs très répandue entre les membres du couple.

¹²²⁵ En ce sens, Y. CHARTIER, « Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.* 1971, p. 510, n° 32, spéc. p. 541.

¹²²⁶ C'est pourquoi les actes mettant en péril le logement sont sanctionnés sur le fondement de l'article 215 alinéa 3 du Code civil. C'est par exemple le cas de la vente du logement de la famille. Est aussi assimilée à la vente, la promesse de vente portant sur le logement de la famille. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 2010, n° 08-18.947, *Bull. civ. I*, n° 54. La question de la vente réserve d'usufruit prêt à débat. Un jugement du TGI de Paris a considéré que la vente avec réserve d'usufruit au profit du conjoint est valable (TGI Paris, 16 déc. 1970). La Cour de cassation a, au contraire, décidé que si la réserve d'usufruit n'est stipulée qu'au profit du vendeur, le contrat de vente avec réserve d'usufruit doit être annulé. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1992, n° 89-17305, *Bull. civ. I*, n° 185 ; *RTD civ.* 1992, p. 636, obs. Fr. LUCET, B. VAREILLE, *Deffrénois* 1992, p. 1156, obs. G. CHAMPENOIS ; G. WIEDERKEHR, *JCP G* 1993. I. 106. C'est aussi le cas pour le bail consenti par un époux seul. Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2000, n° 98-13.441, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *Deffrénois* 2001, p. 460, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2001, p. 416, obs. B. VAREILLE. La Cour de cassation ne s'est pas arrêtée à la lettre du texte. Elle a étendu la catégorie des actes susceptibles d'être sanctionnés sur ce fondement à ceux qui entraîneraient une privation du logement de manière future ou hypothétique. C'est pourquoi l'hypothèque constituée des actes portant atteinte à l'article 215 alinéa 3 du Code civil. Pour l'hypothèque, v. Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1991, n° 90-11.908, *Bull. civ. I*, n° 357. La solution peut apparaître étonnante, car la constitution d'une hypothèque ne fait pas directement perdre aux époux le bénéfice de leur logement. Ce n'est qu'en cas de défaillance dans le paiement que l'hypothèque conventionnelle produit des effets. Ainsi, au moment de la constitution de l'hypothèque, l'acte ne prive pas les époux du bénéfice de leur logement de famille. La solution dépend toutefois de la réalité de l'affectation du logement à l'habitation du couple. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 24 février 2016, n° 15-12.780, non publié. On remarque que les juges ne cessent d'étendre la catégorie des actes soumis à cogestion puisqu'ils ont décidé que la résiliation d'un contrat d'assurance par un époux seul n'était pas valable : Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-20.275, *Bull. civ. II*, n° 100 ; *Deffrénois* 2004, p. 1462, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 2004, p. 538, obs. B. VAREILLE. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 05-19.402, *Bull. civ. I*, n° 482. En revanche, pour le testament la Cour de cassation décide que « l'article 215 qui protège le logement de la famille pendant le mariage ne porte pas atteinte au droit qu'a chaque conjoint de disposer de ses biens à cause de mort » : Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-12.402, *Bull. civ. I*, n° 274 ; *JCP N* 1975. II. 18041, obs. Y. CHARTIER. La portée de cette jurisprudence doit cependant être relativisée depuis que le conjoint survivant dispose d'un droit temporaire et viager sur le logement conjugal. Sur ce point, v. *infra* n°s 436 et s.

A. L'absence de restriction des prérogatives du propriétaire hors mariage

394. La nécessité d'étendre ces règles de cogestion aux partenaires. Le régime primaire du Pacs ne prévoit aucun mécanisme de répartition des pouvoirs sur le logement conjugal, laissant donc le partenaire propriétaire seul gestionnaire de ses biens¹²²⁷. Ce refus de transposer les règles de la cogestion du logement de la famille aux partenaires ne se justifie pas, car ces derniers sont en effet soumis à un devoir de vie commune identique au devoir de communauté de vie des époux. L'absence de gestion conjointe du logement conjugal au-delà de la sphère matrimoniale semble traduire l'idée selon laquelle les époux et les partenaires doivent être traités différemment. Pour le législateur, le Pacs ne semble pas refléter un engagement suffisamment fort pour justifier l'atteinte au droit de propriété. Ce choix législatif semble contestable puisque le devoir de cohabitation imposé aux époux et aux partenaires est identique. C'est pourquoi l'amputation des prérogatives du propriétaire du logement qui permet l'exécution du devoir de vie commune devrait être aussi concernée les partenaires.

À l'origine, l'absence de règles spécifiques relative à la gestion du logement des partenaires résultait donc d'un choix conscient du législateur. En effet, dans la première version du Pacs issue de la loi du 15 novembre 1999 le législateur marquait sa préférence pour l'indivision en présumant que les biens acquis pendant le Pacs sont indivis par moitié¹²²⁸. De sorte que les règles de pouvoir s'appliquant aux biens indivis imitaient les règles de cogestion du logement de la famille. Malgré la disparition de l'indivision subie pour une indivision choisie à la suite de la réforme du 23 juin 2006¹²²⁹, les règles de pouvoir relatives au logement des partenaires n'ont pas été modifiées.

L'absence de règles relatives à la gestion conjointe du logement des partenaires montre que la protection de celui-ci n'est pas seulement fondée sur l'affection du logement à l'habitation du couple, mais aussi sur le mode de conjugalité. La vocation familiale du mariage, contrairement aux autres modes de conjugalité, justifierait de protéger le logement dans lequel des enfants pourraient

¹²²⁷ Art. 515-5 C. civ. Cette règle s'applique à moins que les partenaires aient choisi d'opter pour le régime conventionnel de l'indivision.

¹²²⁸ Art. 515-5 C. civ. ancien. Pour une critique de cette démarche, P. CATALA, « Critique de la raison médiatique », *Dr. fam.* 1999, Hors-série décembre, p. 63. V. aussi B. BEIGNIER, « Pacs et indivision : visite aux Enfers », *Defrénois* 2000, p. 617 ; G. CHAMPENOIS, « Les présomptions d'indivision dans le Pacs », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, p. 83.

¹²²⁹ R. LE GUIDEDEC, « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique », *JCP G* 2006, I, 160, n° 39.

grandir. Une telle argumentation achoppe toutefois sur un point. Si la protection de l'enfant à naître ou de l'enfant présent est le fondement de la cogestion du logement des époux, les couples sans enfant, les couples qui ne veulent pas ou qui ne peuvent pas engendrer de descendance ne devraient pas être soumis à une telle règle. En outre, le développement des naissances hors mariage, désormais majoritaires¹²³⁰, commande l'extension de la cogestion aux partenaires et aux concubins¹²³¹.

En outre, puisque le devoir de communauté de vie imposé aux époux justifie la règle de cogestion qui est en quelque sorte sa contrepartie, les partenaires devraient, eux aussi, bénéficier d'une telle protection notamment dans le but d'assurer l'exécution du devoir de cohabitation¹²³². Par ailleurs, de la même manière que pour les époux, l'engagement social des partenaires semble légitimer cette atteinte au droit de propriété.

395. L'impossible extension aux concubins. L'absence de reconnaissance sociale de l'engagement des concubins empêche que le droit de propriété du concubin soit amputé. Par ailleurs, les concubins ne sont soumis à aucun devoir de cohabitation. De sorte que la restriction des prérogatives du propriétaire n'apparaît pas nécessaire. En effet, le concubinage est avant tout marqué par une idée d'autonomie et de liberté. Le propriétaire du logement dans lequel résident les concubins doit donc avoir le choix de maintenir l'affectation du logement à l'habitation du couple¹²³³. Ainsi tant que l'harmonie règne au sein du couple, les choix portant sur le logement se feront d'un commun accord. Seule la discorde fait naître le besoin de protection. Mais dans ce cas, « *la rupture de la communauté de vie entraîne inéluctablement la disparition de leur couple* »¹²³⁴,

¹²³⁰ Selon les statistiques de l'INSEE, les naissances hors mariage seraient majoritaires depuis 2006. <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2381394#graphique-Donnes>. Site visité le 16/04/2017.

¹²³¹ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n^{os} 126 et 129 ; Chr. COUTANT-LAPALUS, « Pacs et logement : dix ans après », *Dr. fam.* 2010, étude 9, n^o 21.

¹²³² *Contra* A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n^o 249. L'auteur observe l'absence de sanction en cas de violation du devoir de cohabitation. Pour cette raison l'auteur estime que le logement commun des partenaires ne requiert pas la même protection.

¹²³³ A.-S. BRUN, *op. cit.*, n^o 241.

¹²³⁴ A.-S. BRUN, *ibidem*.

ce qui « conduit au rejet de l'indisponibilité des droits assurant le logement des concubins simples »¹²³⁵.

Si le législateur, dans l'ordonnance de protection du compagnon victime de violence, a déjà mis en place un certain nombre de règles qui conduisent à priver momentanément le propriétaire de ses prérogatives sur le bien¹²³⁶, y compris dans une situation de concubinage, ces mesures exceptionnelles répondent à une situation d'urgence dans lesquelles l'intégrité physique, psychique ou morale des membres du couple est mise en danger. Or le pouvoir de cogestion sur le logement conjugal n'a pas vocation à s'appliquer à de telles situations.

En effet, le droit de propriété est une prérogative fondamentale fondée sur des idées individualistes héritée de la Révolution française¹²³⁷. Or dans la société contemporaine où l'individualisme galopant s'insinue dans toutes les branches du droit, y compris le droit de la famille, il apparaîtrait paradoxal d'amputer les pouvoirs du propriétaire en raison de sa relation conjugale, *a fortiori* lorsque celle-ci n'est pas socialement reconnue.

Le droit en ce qu'il est porteur de l'ordre social doit éduquer les individus, il est aussi un réceptacle des comportements sociaux. C'est pourquoi les normes ne peuvent pas être édictées à contrecourant des évolutions sociales. L'extension des règles de cogestion à la propriété individuelle d'un concubin apparaît donc impossible.

396. Transition. Les prérogatives du propriétaire sur son bien ne peuvent être limitées que dans les cas où la communauté de toit est imposée aux membres du couple. Dès lors que la cohabitation résulte de la seule volonté des concubins, il n'y a pas lieu de priver le propriétaire des pouvoirs sur le logement qui lui appartient.

En outre, l'extension de la règle de cogestion hors du mariage se justifie encore moins lorsqu'il s'agit d'un bien indivis, puisque les règles de l'indivision permettent d'obtenir un résultat proche de celui de la cogestion organisée par l'article 215 alinéa 3 du Code civil.

¹²³⁵ A.-S. BRUN, *ibidem*.

¹²³⁶ Art. 515-11 4° C. civ.

¹²³⁷ G. LARDEUX, « Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ.* 2013, p. 741, n° 3. Sur la question de l'individualisme et du droit de propriété, v. J.-P. CHAZAL, « La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014, p. 763. L'auteur montre l'évolution dans la manière d'aborder le droit de propriété, notamment par la doctrine.

B. La substitution des règles de cogestion par celles de l'indivision

397. La protection grâce au mode d'acquisition et non pas grâce à l'affectation du logement. La propriété indivise n'a pas pour objectif de protéger le logement conjugal contre les agissements des membres du couple, mais les règles de pouvoir en matière d'indivision permettent d'assurer la protection du logement des concubins et des partenaires qui auraient choisi d'acquérir leur logement en indivision. En matière d'indivision, la protection ne résulte ni de l'affectation du bien au logement du couple ni du mode de conjugalité, mais de la forme de l'acquisition.

Le mécanisme de protection est le suivant : seuls les actes de disposition portant sur le bien indivis sont soumis à la cogestion, les autres actes d'administration graves étant soumis à la règle des deux tiers¹²³⁸. Appliquée aux couples et en considérant qu'ils soient indivisaires par moitié ou sur un taux inférieur aux deux tiers, la règle de cogestion est d'application permanente puisqu'aucun des membres du couple ne pourra, à lui seul, obtenir la majorité des deux tiers. En définitive, grâce à l'indivision, le logement des partenaires et des concubins reçoit la même protection que celle prévue à l'article 215 alinéa 3 du Code civil¹²³⁹.

398. Transition. La protection légale du logement de la famille diffère en fonction des modes de conjugalité et du droit par lequel le logement est assuré. Il n'existe donc pas de statut commun de protection du logement de la famille.

La seconde manière de protéger le logement conjugal est de le protéger non plus contre les agissements du concubin, du partenaire ou de l'époux, mais contre les tiers. L'objectif est alors de rendre le bien insaisissable afin que le couple s'épanouisse dans son logement.

Section 2. La protection du logement conjugal par l'insaisissabilité

399. L'insaisissabilité étrangère à la relation conjugale. L'insaisissabilité protège le bien des créanciers. Divers mécanismes issus du droit commun permettent de rendre un bien immobilier

¹²³⁸ Art. 815-3 C. civ. Cependant pour la vente du bien indivis pour payer les dettes de l'indivision, la règle des deux tiers est applicable alors qu'il s'agit d'un acte de disposition.

¹²³⁹ En ce sens, v. par ex. Chr. COUTANT-LAPALUS, « La résiliation du bail du logement familial : de la cotitularité à la solidarité », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 135, n° 5.

insaisissable. La tontine en est un exemple. En raison de l'acquisition du logement avec une clause d'accroissement, aucun des deux acquéreurs n'est considéré comme détenant un droit privatif sur le bien tant que les tontiniers sont en vie¹²⁴⁰. C'est pourquoi le bien en tontine n'entre pas dans le gage des créanciers des tontiniers¹²⁴¹, à condition toutefois que le montage ne soit pas frauduleux¹²⁴².

Par ailleurs, la loi Dutreil du 1^{er} août 2003¹²⁴³ a permis aux entrepreneurs individuels de déclarer leur habitation principale insaisissable¹²⁴⁴ à l'égard des créanciers professionnels dont la dette est née postérieurement à la déclaration¹²⁴⁵. Ce dispositif soustrait du gage des créanciers la résidence d'un individu en raison de son statut professionnel. Tout d'abord soumise à un acte positif

¹²⁴⁰ Pour certains, la tontine est un droit privatif dont le titulaire est indéterminé. En ce sens, DAGOT, *JCP G* 1970. I. 2442 ; B. BEIGNIER, *Dr. fam.* 1998, comm. n° 77. D'autres, au contraire, considèrent qu'il s'agit d'une indivision en jouissance Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1986, n° 85-10.031, *Bull. civ. I*, n° 140 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, n° 92-11.111, *Bull. civ. I*, n° 60 ; *RTD civ.* 1995, p. 159, obs. J. PATARIN ; *D.* 1995, somm., p. 51, obs. M. GRIMALDI. Selon eux, la propriété est indivise. En ce sens, M. GRIMALDI, *D.* 1995, Somm., p. 51 ; R. LIBCHABER, *RDC* 2012/2, p. 445, spéc. pp. 446-448.

¹²⁴¹ Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-20.842, *Bull. civ. I*, n° 315 ; *JCP G* 1998. II. 10051, note E. DU RUSQUEC ; *Dr. fam.* 1998, comm. n° 77, note B. BEIGNIER ; B.-H. DUMORTIER, « Le tontinier face à la saisie ou comment se révèle l'indivision ? », *JCP N* 1998, p. 1498 ; Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, n° 11.25.252, non publié. Un doute existe sur le fait de savoir si les créanciers communs ont la possibilité de saisir le bien en tontine. Certains sont en faveur de la théorie du bien saisissable, v. par. ex. P. RUBELLIN, « La tontine infernale », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* 2012, p. 274. D'autres, au contraire, s'y opposent. En ce sens, *Dr. fam.* 1998, repères, note H. LÉCUYER.

¹²⁴² CA Paris, 10 sept. 1993, *Juris-Data* n° 1993-023741 ; *JCP N* 1994, p. 213, obs. J.-P. GARÇON. La clause qui a pour objectif de permettre une fraude aux droits des créanciers de l'un des tontiniers leur est inopposable. V. aussi, J. PRIEUR, A. HOUIS, « Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, p. 1230, n° 16.

¹²⁴³ Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique, *JORF* 5 août 2003, p. 13449.

¹²⁴⁴ Art. L. 526-1 C. com. Ce nouveau patrimoine protégé marque l'affaiblissement de la théorie classique du patrimoine unique et indivisible d'AUBRY et RAU. À ce propos, v. par ex., R. LIBCHABER, « Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly* 1^{er} mars 2010, p. 316. Les mesures portant atteinte à la théorie classique se sont accélérées ces derniers temps. À titre d'exemple, il est possible de citer la fiducie ou le patrimoine affecté à l'exercice d'un entrepreneuriat individuel (EURL et EIRL). En ce sens, A.-M. LEROYER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. JO 16 juin 2010, p. 10984 », *RTD civ.* 2010, p. 632.

¹²⁴⁵ La déclaration d'insaisissabilité n'est pas opposable aux créanciers personnels ou aux créanciers dont la dette est née antérieurement à la déclaration. En outre, elle n'est pas opposable aux créanciers du compagnon de l'entrepreneur.

du propriétaire du bien¹²⁴⁶, l'insaisissabilité est, depuis la loi du 6 août 2015¹²⁴⁷, automatique. Cette politique plus économique que familiale a pour ambition de redynamiser l'entrepreneuriat, en rassurant les indépendants quant à l'avenir de leur logement¹²⁴⁸.

Le logement donne l'impression d'être sanctuarisé. Il intègre ainsi le « *patrimoine de dignité* »¹²⁴⁹, *minimum vital* sans lequel les individus ne peuvent pas vivre¹²⁵⁰.

¹²⁴⁶ Une déclaration notariée devait être faite par le propriétaire afin de rendre son bien insaisissable. La nature de la déclaration notariée n'est pas sans soulever de question. La qualification de l'acte trouve notamment un intérêt lorsque le couple est marié puisque les règles de cogestion du logement de la famille viennent interférer avec la déclaration d'insaisissabilité. Si la déclaration est considérée comme un acte de disposition, la règle de la cogestion s'impose à tous les couples mariés, quel que soit le régime matrimonial choisi. Au contraire, si elle est un acte d'administration, un époux seul peut faire cette déclaration. La qualification d'acte conservatoire ne semble pas pouvoir prospérer, car le péril est futur et hypothétique. La condition d'imminence posée par la jurisprudence n'est donc pas remplie (Cass. civ. 3^e, 25 janv. 1983, no 80-15.132, *Bull. civ. III*, n° 23). L'annexe 1 du décret du 22 décembre 2008 apporte une réponse en précisant que la déclaration d'insaisissabilité est un acte d'administration (Décret n° 2008-1484 du 22 décembre 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des articles 452, 496 et 502 du Code civil, *JORF* 31 déc. 2008, p. 20631). Par conséquent, elle échappe à la règle de cogestion de l'article 215 alinéa 3. Il en résulte qu'un époux seul a la possibilité de faire une déclaration d'insaisissabilité. En ce sens, Fr. SAUVAGE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *JCP N* 2004, p. 1120, n°21. Pour une analyse plus nuancée, v. Fl. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin. (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », *RTD civ.* 2002, p. 156.

¹²⁴⁷ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* 7 août 2015, p. 13537. La déclaration notariée continue d'exister, mais uniquement pour les autres biens fonciers.

¹²⁴⁸ V. LEGRAND, « L'insaisissabilité de la résidence principale : le cadeau empoisonné de la loi Macron ? », *LPA* 9 sept. 2015, p. 6 : « Cette insaisissabilité automatique, sans aucune formalité et donc totalement gratuite, est perçue comme la juste récompense de la prise de risque des indépendants, et, elle est censée désinhiber les porteurs de projet d'entreprise ».

¹²⁴⁹ J. ROCHFELD, « Initiative économique - Résidence principale - Insaisissabilité. Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (JO 5 août 2003, p. 13449) », *RTD civ.* 2003, p. 743. Un auteur a pu aussi traiter du patrimoine de sécurité. En ce sens, Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, *JCP N* 2013, p. 1041. Les indices de la mise en place de ce patrimoine de dignité sont déjà nombreux. On les retrouve dans le mécanisme d'insaisissabilité de certains biens meubles indispensables à la vie du débiteur et de sa famille (Art. L. 112-2 C. pr. exéc. La liste des biens est, quant à elle, énumérée à l'article R. 112-2 C. pr. exéc.) dans le mécanisme mis en place par l'article 214 du Code civil qui, en cas de dettes ménagères solidaires, empêche les créanciers de saisir l'équivalent d'un mois de salaire (art. R. 162-9 C. pr. exéc.). Cette idée de patrimoine de dignité, avant tout défensive, résulte d'une relecture des objectifs des patrimoines d'affectation. Il ne s'agit plus de favoriser l'activité économique en accordant des aides financières ou des avantages fiscaux, mais de protéger certains biens contre les créanciers.

¹²⁵⁰ L'intégration automatique du logement dans le patrimoine de dignité soulève cependant une interrogation lorsque le logement, résidence principale du couple, constitue un bien d'une valeur importante et d'une taille supérieure à ce qui est nécessaire à la vie du couple. Dans ce cas, il est difficile de considérer que le bien constitue un élément du patrimoine de dignité. En effet, le patrimoine de dignité apparaît comme le strict nécessaire pour chacun. Il ne peut pas être évalué en fonction de la fortune ou du passé de chacun. Dit autrement, le patrimoine de dignité est le même pour un individu qui payait autrefois l'impôt de solidarité sur la fortune et pour celui qui a toujours perçu une rémunération équivalente au salaire minimum de croissance.

400. Annonce de plan. Hors de la relation conjugale, le logement peut devenir insaisissable. Néanmoins, ni les concubins, ni les partenaires, ni les époux n'ont le loisir de rendre leur logement insaisissable. Bien que le logement des époux soit soumis à une protection particulière en vertu de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, aucun dispositif propre aux époux ne provoque l'insaisissabilité du logement conjugal (§1). Le constat est exactement identique concernant les couples hors mariage (§2).

§1. Le rejet du principe d'insaisissabilité du logement des époux

401. L'inclusion du logement de la famille dans le gage du créancier. Aucune règle relative au mariage, au Pacs ou au concubinage n'empêche un créancier de saisir le logement de la famille. À titre d'exemple, dans le régime de la communauté légale réduite aux acquêts, chacun des époux engage les biens qu'il a le pouvoir d'administrer. Cela signifie qu'excepté les dettes ménagères solidaires ou les emprunts, le créancier en agissant sur le fondement de l'article 1413 du Code civil¹²⁵¹ voit son gage s'étendre aux biens communs et aux biens propres de l'époux débiteur. Ainsi, si le logement de la famille appartient à la communauté ou à l'époux débiteur, il entre dans le gage du créancier.

Mais lorsque la dette contractée par l'époux débiteur résulte d'un emprunt ou d'un cautionnement, le logement de la famille devient saisissable par le créancier de l'époux débiteur à condition qu'il soit un bien propre du débiteur. En effet, l'article 1415 du Code civil dispose que pour ces dettes particulières, l'époux débiteur n'engage que ses biens propres, à moins que son

¹²⁵¹ Art. 1413 C. civ. : « *Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu* ».

conjoint ait donné son consentement exprès¹²⁵². Dans ce dernier cas, les biens communs, à l'exception des revenus du conjoint de l'époux débiteur¹²⁵³, entrent dans le gage du créancier¹²⁵⁴.

De la même manière, le logement de la famille bien propre ou bien commun peut répondre des dettes solidaires dont il est fait état au premier alinéa de l'article 220 du Code civil puisque pour ces dettes qui ont « *pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* »¹²⁵⁵ l'ensemble du patrimoine des époux est engagé.

Ainsi, d'une manière générale, en matière de mariage, les règles relatives au passif ne rendent pas le logement insaisissable. Le logement de la famille est du point de vue du passif un bien comme un autre, contrairement aux gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur qui sont insaisissables. En effet, l'article 1414 alinéa 1^{er} du Code civil¹²⁵⁶ limite l'assiette du droit de poursuite des créanciers en excluant les gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur.

402. L'inefficacité du régime primaire des époux pour rendre le logement de la famille insaisissable. Les règles du régime primaire des époux ne conduisent pas non plus à l'insaisissabilité du logement de la famille puisque la Cour de cassation décide que « *hors le cas de fraude, les dispositions de l'article 215 doivent être considérées comme inopposables aux*

¹²⁵² Art. 1415 C. civ. : « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* ».

¹²⁵³ Il existe sur ce point un débat doctrinal. CORNU considère que les gains et salaires du conjoint qui donne son consentement doivent être engagés, car en donnant son consentement exprès il s'engage personnellement. De cela, il résulte que sont engagés tous les biens communs y compris les gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur. En ce sens, G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, PUF, coll. Thémis Droit privé, 7^e éd., 1995, p. 402. D'autres au contraire considèrent que les gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur qui a donné son consentement n'entre pas dans le gage du créancier car par son consentement le conjoint reconnaît qu'il n'y a pas de danger pour l'intérêt commun. De sorte que l'on en revient au droit commun des articles 1413 et 1414 al. 1 du Code civil. J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 460 ; Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2015, n° 424, spéc. p. 333, note de bas de page n° 2 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2017, n° 515, spéc. p. 222.

¹²⁵⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 2015, n° 14-22.684, *Bull. civ. I*, n° 232 ; *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, p. 33, obs. S. PIÉDELIEVRE ; *RJPF* 2016, n° 1, p. 22, obs. Ch. DUBOIS. V. déjà, Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-19.908, *Bull. com.*, n° 92 ; *D.* 1997, somm. p. 261, obs. M. CABRILLAC ; Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 97-21.592, *Bull. civ. I*, n° 125.

¹²⁵⁵ Art. 220 al. 1 C. civ.

¹²⁵⁶ Art. 1414 C. civ. : « *Les gains et salaires d'un époux ne peuvent être saisis par les créanciers de son conjoint que si l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, conformément à l'article 220* ».

créanciers, sous peine de frapper les biens d'une insaisissabilité contraire à la loi »¹²⁵⁷. Ce faisant, elle refuse catégoriquement de tirer de l'article 215 alinéa 3 une règle d'insaisissabilité du logement de la famille. Elle ne se laisse donc pas séduire par une interprétation finaliste de l'article 215 alinéa 3¹²⁵⁸. En effet, si la loi offre « *une protection contre les actes positifs et délibérés de disposition d'un conjoint, portant directement sur le droit qui assure le logement de la famille* »¹²⁵⁹, elle a aussi « *le souci de sauvegarder les intérêts des créanciers* »¹²⁶⁰.

Ce sont des considérations économiques qui conduisent à refuser l'insaisissabilité du logement des époux. Pour la plupart des couples, le logement constitue le bien le plus important. De sorte que lui seul rend le crédit accessible. C'est parce que l'établissement de crédit obtient des garanties directes¹²⁶¹ ou indirectes¹²⁶² qu'il contracte avec le couple. Tirer de l'article 215 alinéa 3 du Code civil une insaisissabilité du logement aurait un impact négatif sur le crédit du couple et par conséquent sur la société¹²⁶³. La protection se ferait alors au détriment du crédit du couple.

403. L'inefficacité de l'indivision pour rendre le logement de la famille insaisissable.

D'une manière générale, lorsque le logement est un bien indivis, le gage du créancier est limité à

¹²⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 1978, n° 76-15.253, *Bull. civ. I*, n° 256 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 oct. 1983, n° 82-13.781, *Bull. civ. I*, n° 216 ; Cass. civ. 1^{re}, 8 janv. 1985, n° 83-15.647, *Bull. civ. I*, n° 7.

¹²⁵⁸ En effet, dans le cas où l'un des époux s'engage comme caution personnelle de la dette d'un tiers, le créancier peut alors saisir le logement de la famille en agissant sur le fondement de l'article 1415 du Code civil. Le logement de la famille s'il est bien propre peut être saisi par le créancier sans qu'il soit possible de lui opposer la protection du logement de la famille, à moins de faire une interprétation finaliste de l'article 215 alinéa 3.

¹²⁵⁹ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., 2001, n° 126, spéc. p. 118.

¹²⁶⁰ A. PONSARD, « L'interprétation par la Cour de cassation de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 283, spéc. 393.

¹²⁶¹ La figure juridique ici visée est l'hypothèque.

¹²⁶² Lorsque la caution est mariée sans contrat de mariage, la majorité des cas, le logement de la famille commun est protégé par l'article 1415 du Code civil. Ainsi, le bien commun ne fait pas partie du gage du créancier. La solution est contraire lorsque le logement est un bien propre de l'époux caution. En ce sens, v. aussi Fl. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin. (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », *RTD civ.* 2002, p. 156.

¹²⁶³ Ph. SIMLER, « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N* 1987, doct., p. 199, spéc. p. 200.

la part indivise détenue par le débiteur. Cependant, le créancier ne peut pas saisir directement cette part. Il doit auparavant provoquer le partage¹²⁶⁴. Le bien n'est donc pas directement saisissable.

Des époux séparés de biens¹²⁶⁵ avaient tenté de combiner les règles de l'indivision à celles de la cogestion du logement de la famille pour rendre le bien insaisissable.

En l'espèce, le créancier d'un époux avait obtenu le partage du bien indivis. Les époux avaient formé un pourvoi contre l'arrêt d'appel qui avait autorisé ce partage. Le moyen du pourvoi reposait sur l'articulation entre les règles du partage, de l'action oblique et de la protection du logement de la famille. Selon les requérants, la demande de partage de créancier se fondait sur l'action oblique. À ce titre, le créancier disposait de prérogatives identiques à celles des conjoints. Or, puisque l'article 215 alinéa 3 du Code civil interdit à un époux de disposer seul de son bien et que le partage est précisément un acte de disposition, un époux seul ne peut pas demander le partage. Par conséquent, la règle de cogestion du logement des époux s'oppose à la demande de partage du créancier.

La Cour de cassation dans un arrêt du 4 juillet 1978 a rejeté le pourvoi en décidant que « *nonobstant les dispositions de l'article 215 alinéa 3, du Code civil, les époux conservent le droit de demander le partage de biens indivis servant au logement de la famille* »¹²⁶⁶. Une telle décision s'oppose donc à l'interprétation finaliste de l'article 215 du Code civil¹²⁶⁷.

L'utilisation de l'action oblique par le créancier de l'indivision pose, par corrélation, la question de la possibilité pour un époux seul de provoquer le partage. La réponse à cette interrogation a été apportée en deux temps. Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 4 juillet 1978¹²⁶⁸ que le créancier, par le truchement

¹²⁶⁴ Art. 815-17 al. 2 du Code civil. L'action est, en principe, ouverte à l'indivisaire lui-même. Cependant, le créancier a la possibilité de demander le partage au nom de l'indivisaire. Par une sorte d'action oblique, le créancier utilise la voie ouverte au créancier (art. 815-17 al. 3 C. civ.). Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé cette possibilité entre les partenaires (Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §87).

¹²⁶⁵La construction juridique vaudrait aussi bien pour les partenaires que pour les concubins ayant acheté un bien en commun.

¹²⁶⁶Cass. civ. 1^{re}, 4 juil.1978, n° 76-15.253, *Bull. civ. I*, n° 256 ; *Defrénois* 1979, p. 487, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD civ.* 1979, p. 585, obs. R. NERSON, J. RUBELLIN-DEVICHI.

¹²⁶⁷Le doyen SAVATIER défendait pourtant cette théorie. Il estimait que l'article 215 alinéa 3 du Code civil interdisait la saisie de biens indivis (meubles meublants). Selon lui, la demande en partage n'est qu'une aliénation forcée. Or cette aliénation est nulle lorsqu'elle est faite par un époux seul. *V. D.* 1974, p. 173 ; obs. R. SAVATIER.

¹²⁶⁸ La solution a été confirmée par la suite. Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1991, n° 90-13.311, non publié.

de l'action oblique, peut provoquer le partage. Cela sous-entend que les époux eux-mêmes en ont la faculté, en dépit de la nature du bien. Dans un second temps, quelques années plus tard, la Cour de cassation accepte la demande en partage des époux « à condition que les droits sur le logement de la famille soient préservés »¹²⁶⁹. La précision est importante, car la licitation rend l'occupation plus précaire en ce qu'elle peut conduire à la soustraction du logement du patrimoine des époux, à moins que le conjoint ne se porte adjudicataire¹²⁷⁰.

Ces décisions de la Cour de cassation établissent donc un régime unitaire entre tous les époux. En opposant un refus à la demande de partage du créancier d'un indivisaire, les époux soumis à un régime séparatiste et ceux qui auraient choisi un régime communautaire auraient été traités différemment. En effet, l'utilisation de l'article 1415 du Code civil aurait conduit à la saisie du logement commun, alors que ce dernier aurait été insaisissable pour les époux séparés de biens¹²⁷¹. Cette volonté d'unité doit donc être saluée.

404. Transition. Si dans le mariage aucune règle ne rend le logement insaisissable, le constat est exactement identique hors mariage.

§2. Le rejet du principe d'insaisissabilité du logement des couples hors mariage

405. Pas d'insaisissabilité hors mariage. Les partenaires et les concubins ne bénéficient pas d'un régime primaire aussi élaboré que celui des époux puisqu'aucune disposition semblable à l'article 215 alinéa 3 du Code civil. En outre, excepté les règles relatives aux dettes ménagères solidaires, aucune disposition n'a trait au passif des partenaires.

Les créanciers personnels d'un partenaire ou d'un concubin peuvent saisir ses biens personnels. Que le bien soit le logement de la famille importe finalement assez peu. En revanche, lorsque le logement a été acquis en indivision, le créancier doit provoquer le partage en exerçant

¹²⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 2004, n° 02-13.671, non publié, *D.* 2005, p. 812, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

¹²⁷⁰ En ce sens, *Defrénois* 1979, p. 491, obs. G. CHAMPENOIS.

¹²⁷¹ L'article 1415 du Code civil n'est en effet pas applicable aux régimes séparatistes à moins qu'une société ait été adjointe au régime de séparation de biens. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 02-12.942, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Defrénois* 2004, p. 1467, obs. G. CHAMPENOIS ; *D.* 2004, somm., p. 2335, obs. J. REVEL ; *RTD civ.* 2004, p. 335, obs. B. VAREILLE. V. aussi, Fr. VAUVILLÉ, « Article 1415 du Code civil : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patr.* 1999, n° 67, p. 64.

l'action oblique¹²⁷², car l'article 815-17 alinéa 2 du Code civil interdit aux créanciers de saisir directement la part de leur débiteur dans les biens indivis. Comme l'article 815 du Code civil lui en offre la possibilité, le créancier peut demander en partage à tout moment, y compris pendant l'union¹²⁷³. Le logement des partenaires et des concubins est alors indirectement saisissable puisque le partage met fin à l'indivision.

À ce jour, ni le droit du mariage, ni l'indivision, ni la combinaison des deux ne permettent de rendre le logement des époux insaisissable.

406. Conclusion chapitre 1. Lorsque le logement est affecté à l'habitation du couple, certaines règles spécifiques trouvent à s'appliquer. Ainsi, cette affectation peut porter atteinte aux droits du propriétaire du bien ou aux droits du locataire initial. Le but étant ici d'empêcher que l'un des membres du couple ne prive son compagnon d'un toit pendant l'union. L'étude de ces mécanismes laisse apparaître une véritable hiérarchie entre les différentes formes de conjugalité puisque le mariage offre davantage de protection que le Pacs ou le concubinage. Toutefois, si la protection du logement du couple est réelle, elle n'est cependant pas absolue. Ainsi, même en matière de mariage, aucune des mesures de protection ne peut conduire à l'insaisissabilité du bien. Si le souhait est effectivement de préserver le toit des membres du couple, cela n'empêche pas les créanciers de pouvoir exercer leur droit de poursuite sur le logement.

En droit positif, aucun droit commun du couple ne se dégage des différentes techniques de protection du logement de la famille. De manière prospective, la généralisation des mesures de restriction des pouvoirs à tous les modes de conjugalité, si elle apparaît louable, ne peut se faire qu'en contradiction avec les fondements de ces règles. C'est pourquoi l'harmonisation n'apparaît ni possible ni souhaitable.

Si les règles précédemment présentées protègent le logement pendant l'union, les mesures relatives au logement à l'issue de l'union, n'ont plus pour objectif de protéger le logement, mais

¹²⁷² Art. 815-17 al. 3 : « Ils ont toutefois la faculté de provoquer le partage au nom de leur débiteur ou d'intervenir dans le partage provoqué par lui. Les coïndivisaires peuvent arrêter le cours de l'action en partage en acquittant l'obligation au nom et en l'acquit du débiteur. Ceux qui exerceront cette faculté se rembourseront par prélèvement sur les biens indivis ».

¹²⁷³ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2017, n° 937 ; W. BABY, *Les effets patrimoniaux du Pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle conjugalité*, préf. M. NICOD, post. B. BEIGNIER, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 51, 2013, n° 158, spéc. p. 199.

son occupant. Cette protection de l'occupant connaît elle aussi des degrés en fonction du mode de conjugalité vécu.

Chapitre 2. La protection de l'occupant à l'issue de l'union

407. Annonce de plan. Il ne s'agit plus ici de défendre le logement de la famille contre les agissements des tiers ou du compagnon, mais de permettre à l'un des compagnons de se maintenir dans son cadre de vie à l'issue de l'union. La divergence des intérêts en présence rend la situation délicate. Il y a alors lieu de distinguer selon que l'habitation des membres du couple est assurée par un bail (Section 1) ou par un titre de propriété (Section 2). Alors que l'on distingue les prémices de la création d'un droit commun du couple dans la première situation, le législateur tient, dans le second cas de figure, à différencier les couples déclarés des concubins.

Section 1. La protection de l'occupant par le bail

408. Annonce de plan. Les techniques pour assurer le maintien dans les lieux d'un des membres du couple répondent à deux situations distinctes. Le premier dispositif, commun à tous les couples, permet en cas de vacance du logement de continuer ou de transférer le bail au profit du compagnon resté dans les lieux (§1). Cette mesure que l'on retrouve à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹²⁷⁴ n'est pas propre au couple. Elle a vocation à régir tous les rapports locatifs indépendamment de la relation conjugale. Elle a pour objectif d'éviter que logement reste sans occupant. La protection unitaire du couple n'est donc qu'une conséquence de ce mécanisme.

Le second dispositif a un champ d'application plus restreint. Il vient régler les situations dans lesquelles il existe un concours d'intérêts, pendant une période de crise conjugale, entre le locataire initial et son compagnon. À la suite de l'intervention du juge, rendue indispensable par le conflit d'intérêts entre les membres du couple, le bail est attribué à l'un des deux compagnons. Comme souvent cette immixtion du juge dans la résolution des conflits conjugaux est réservée aux couples déclarés. Cette limitation aux partenaires et aux époux ne surprend pas puisqu'elle prend sa source dans la cotitularité, elle-même destinée aux époux et aux partenaires¹²⁷⁵ (§2).

¹²⁷⁴ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* 8 juil. 1989, p. 8541.

¹²⁷⁵ V. *supra* n° 384.

§1. La protection harmonisée en cas de vacance du logement

409. Présentation du mécanisme. En matière de bail, l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989¹²⁷⁶ prévoit qu'en cas d'abandon du logement le bail continue au profit de celui qui reste dans le logement. Ce même article dispose également que le bail est transféré au survivant du couple. Les conditions d'application de cette protection diffèrent cependant pour le concubin survivant qui, contrairement aux couples déclarés, doit avoir vécu dans le logement avec le locataire depuis au moins un an¹²⁷⁷. Abstraction faite de cette différence, les conjoints, les partenaires et les concubins sont tous traités de la même manière.

410. Une mesure d'humanité destinée principalement aux concubins. L'esprit du texte s'il est guidé par la volonté d'éviter la vacance du bien répond aussi à une sorte de devoir de solidarité sociale. La société offre à la personne seule la possibilité de garder son cadre de vie. Si cette mesure s'applique indifféremment à tous les modes de conjugalité, elle a surtout vocation à pallier l'imprévision des concubins qui ne seraient pas cotitulaires conventionnels du bail, en leur permettant d'être maintenus dans leur lieu d'habitation. En effet, ne bénéficiant pas de la cotitularité du bail, la continuation et le transfert de celui-ci sont les seules mesures visant à protéger le concubin occupant du local à l'issue de l'union.

Par ailleurs, la continuation comme le transfert du bail offrent une protection subsidiaire aux conjoints et aux partenaires puisque le décès ou l'abandon du domicile par l'un des membres du

¹²⁷⁶ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF* 8 juillet 1989, p. 8541. Pour les baux conclus sous l'empire de la loi du 1^{er} septembre 1948, les concubins demeurent totalement ignorés pour le maintien dans les lieux en cas d'abandon ou de décès. Toutefois, le texte offre une protection équitable au conjoint, au partenaire et au concubin de l'occupant, « lorsque cet occupant a fait l'objet d'une condamnation devenue définitive, assortie d'une obligation de résider hors du domicile ou de la résidence du couple, pour des faits de violences commis sur son conjoint, son concubin, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou sur leurs enfants ». Il semble qu'il ne faille pas interpréter le texte comme mettant en place une protection à deux vitesses dans laquelle le couple de concubins serait soumis à la condition de violence contrairement aux autres modes de conjugalité. *Contra* M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 141, spéc. pp.134 et 135.

¹²⁷⁷ Le temps permet à la situation conjugale d'exister. Le couple se renforce grâce à la durée. Cette dernière lui permet d'accéder au droit. Toutefois, une telle condition apparaît superfétatoire, car elle se cumule avec l'exigence de stabilité de l'article 515-8 du Code civil. Si ce délai d'un an était compréhensible avant l'introduction de l'article 515-8 du Code civil, ce n'est désormais plus le cas. Pour une vive critique de cette différence, M. SAULIER, *ibidem*.

couple déclaré ne remet pas en cause le titre locatif de celui qui demeure dans les lieux¹²⁷⁸. De sorte que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 conserve un intérêt seulement lorsque la cotitularité du bail issue de l'article 1751 n'a pas vocation à s'appliquer¹²⁷⁹.

411. Annonce de plan. La continuation et le transfert du bail sont méconnus du droit français. Si une partie de la doctrine ne les distingue pas¹²⁸⁰, ces termes recouvrent cependant des sens différents. Alors que la continuation est une suite ou un prolongement (A), le transfert, quant à lui, implique un changement (B). En conséquence, leur opposition empêche leur assimilation¹²⁸¹.

A. La protection par le transfert du bail

412. Le bénéficiaire du transfert du bail est un nouveau débiteur. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 février 2000 dessine les contours du régime du transfert, ce qui permet, par corrélation, d'en déduire la nature¹²⁸². Dans une affaire où une bailleuse demandait aux enfants d'une locataire décédée le paiement de l'arriéré de loyer, la Cour de cassation décide que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 ne prévoyant pas le paiement des arriérés de loyer par le bénéficiaire du transfert du bail, il n'y a pas lieu de lui en imposer le paiement¹²⁸³. Concrètement les enfants de la locataire ne devenaient pas débiteurs de la dette de leur mère, ils n'avaient donc pas à payer l'arriéré de loyer. Toutefois, puisque l'acceptation pure et simple de la succession oblige les héritiers à supporter les dettes et les charges pesant sur la succession¹²⁸⁴, les héritiers

¹²⁷⁸ En ce sens, N. MOULIGNER, *Le bail des époux*, Thèse Université de Limoges, 2003, n° 195. C'est pour cette raison qu'un auteur qualifie le transfert et la continuation du bail comme une mesure de « *protection de seconde zone* » : Ph. BIHR, « Le logement de la famille en secteur locatif », *Dr. et patr.* 1998, n° 57, p. 62.

¹²⁷⁹ Ce sera par exemple le cas lorsque l'habitation est assurée par un bail mixte.

¹²⁸⁰ V. ZALEWSKI-SICARD, *Baux d'habitation. Congés et droits de préemption*, Ellipses, coll. Droit notarial, 2016, n° 168. Pour traiter de l'abandon, l'auteur rapporte une décision qui traite du transfert. On peut alors penser que l'auteur estime que les deux termes sont synonymes. La Cour de cassation précise toutefois qu'en cas de décès, le conjoint survivant qui n'habite pas dans les lieux doit explicitement demander le transfert du bail. En ce sens, Cass. civ. 3^e, 10 avr. 2013, n° 12-13.225, *Bull. civ. III*, n° 48. *AJDI* 2014, p. 205, obs. N. DAMAS ; Cl. GIVERDON, *Nouveaux rapports de location*, Litec, 1984, n° 334. Pour l'auteur, le terme de continuation n'a pas de valeur juridique. En définitive, il pense que seul le terme de transfert devrait exister.

¹²⁸¹ En ce sens, v. J.-L. AUBERT, Ph. BIHR, *La location d'habitation, L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994*, Sirey, coll. Immobilier, droit et gestion, 2^e éd., 1994, n°s 235 et 236 ; Chr. ATIAS, « La loi tendant à favoriser l'investissement locatif ; réforme, refonte ou reformulation », *Loyers et copr.* 1987, comm. n° 13.

¹²⁸² Cass. civ. 3^e, 16 févr. 2000, n° 97-22.156, *Bull. civ. III*, n° 32. Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, V. BRÉMOND, « Réflexions autour du transfert à cause de mort du contrat de bail d'habitation », *JCP N* 2002, p. 1234.

¹²⁸³ Cass. civ. 3^e, 16 févr. 2000, n° 97-22.156, *Bull. civ. I*, n° 32 ; *RDI* 2000, p. 250, obs. Fr. COLLART DUTILLEUL.

¹²⁸⁴ Art. 785 C. civ.

devaient s'acquitter des arriérés du loyer. En tout état de cause, les héritiers devront répondre de ce passif, non en qualité de bénéficiaires du transfert du bail, mais en qualité d'héritiers. Dans cet arrêt, le refus de faire peser la dette sur le bénéficiaire du transfert du bail est neutralisé par la qualité d'héritier des bénéficiaires du bail¹²⁸⁵.

En vertu de la solution dégagée par la Cour de cassation, le concubin ou le partenaire qui demeure dans les lieux en vertu du transfert du bail, n'étant pas héritier du prédécédé¹²⁸⁶, n'a pas à supporter les arriérés de loyers. Le bénéficiaire du transfert du bail est donc considéré comme un nouveau débiteur sans lien avec la relation contractuelle avec le locataire initial.

413. Transition. Le maintien dans les lieux du compagnon du *de cuius* est donc assuré par le transfert. Le survivant est alors considéré comme un nouveau locataire en lieu et place du précédent. En revanche, en cas d'abandon et donc de séparation, le bail continue au profit du conjoint, du partenaire ou du concubin abandonné. Nait alors une sorte d'indivision sur le droit au bail entre le bénéficiaire de la continuation et le locataire initial qui abandonne le logement¹²⁸⁷. Ce dispositif a principalement vocation à s'appliquer aux concubins qui ne bénéficient pas des avantages de la cotitularité du bail.

B. La protection par la continuation du bail

414. Une opération *sui generis*. La continuation est une figure juridique inconnue du droit¹²⁸⁸. Son fonctionnement est à mi-chemin entre la cession de contrat et la cession de dette imparfaite. En effet, la situation s'apparente quelque peu à la cession de contrat de l'article 1327 du Code civil en ce qu'une nouvelle partie entre dans la relation contractuelle pour

¹²⁸⁵ En ce sens, V. BRÉMOND, « Réflexions autour du transfert à cause de mort du contrat de bail d'habitation », *JCP N* 2002, p. 1234, n° 10.

¹²⁸⁶ Sauf les où le partenaire ou le concubin a pu être appelé à la succession en qualité de légataire.

¹²⁸⁷ J.-L. AUBERT, Ph. BIHR, *La location d'habitation, L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994*, Sirey, coll. Immobilier, droit et gestion, 2^e éd., 1994, n° 235.

¹²⁸⁸ Les conditions pour que la continuation soit caractérisée sont néanmoins connues. La continuation du bail n'a lieu qu'à condition que le départ ne soit pas concerté (Cass. civ. 3^e, 8 juil. 2009, n° 08-16.992, *Bull. civ. III*, n° 173.) ou qu'il soit le fait de contraintes extérieures aux locataires eux-mêmes (Cass. civ. 3^e, 26 nov. 2008, n° 07-17.728, *Bull. civ. III*, n° 186 ; *RDC* 2009, p. 609, note G. LARDEUX. La Cour de cassation décide que « le placement définitif d'un locataire en maison de retraite imposé à une des personnes mentionnées à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 constitue un abandon du domicile au sens de cet article »).

permettre la survie de celui-ci¹²⁸⁹, mais la ressemblance s'arrête ici. En effet, en raison de l'absence de remplacement du cédé par le cédant, l'accord du cédé n'est pas nécessaire.

La continuation du bail emprunte aussi à la cession de dette dite imparfaite de l'article 1327-2 du Code civil. Comme le créancier n'a pas consenti expressément à la continuation, le débiteur originaire reste tenu solidairement au paiement de la dette. L'opération fait simplement entrer un nouveau sujet passif dans la relation contractuelle. En d'autres termes, le coobligé solidaire est adjoint au débiteur originaire¹²⁹⁰. Toutefois, la continuation ne peut être analysée comme une cession de dette, car il n'existe aucun accord entre le créancier et le débiteur originel. De sorte que la condition de consentement du créancier posée par l'article 1327 du Code civil n'est pas respectée.

415. Les conséquences à l'égard du nouveau débiteur. Pour le locataire originel, la situation est limpide. S'il n'a pas donné son congé, il est tenu de toutes les dettes résultant du bail, échues et à échoir.

Toutefois les conséquences pécuniaires de la continuation à l'égard du bénéficiaire sont difficiles à déterminer notamment en ce qui concerne les dettes échues. Seule une réponse ministérielle apporte un commencement de réponse. Bien que la réponse ministérielle réserve sa réponse à l'appréciation des tribunaux, le bénéficiaire de la continuation semble être tenu au paiement des arriérés de loyer¹²⁹¹. Une telle prise de position apparaît pour le moins critiquable puisque par l'effet de la loi le bénéficiaire de la continuation deviendrait tenu rétroactivement au paiement d'une dette à laquelle il n'a jamais consenti. Il devient en quelque sorte solidaire pour le paiement du passif. Or, en vertu de l'article 1310 du Code civil, la solidarité ne se présume pas. Par ailleurs, soumettre le bénéficiaire de la continuation au paiement des dettes locatives échues

¹²⁸⁹ L. AYNÈS, « La cession de contrat », *Dr. et patr.* 2016/160, p. 63. L'auteur démontre que la force obligatoire du contrat commande la poursuite du contrat plutôt que la résiliation.

¹²⁹⁰ Art. 1327-2 C. civ. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, n° 880. En matière de contribution à la dette, la situation est loin d'être claire puisque la cession de dette et la solidarité ne « font pas bon ménage ». J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC*, Hors-série, avril 2016, p. 45, n° 21. Par la cession de dette, le cessionnaire doit assumer la charge définitive des dettes (au moins dans l'esprit des parties). Si le cédant paie la dette, il doit alors pouvoir se retourner contre le cessionnaire. Or si le débiteur qui a payé la dette est intéressé à la dette, il n'a pas la possibilité de former un recours pour obtenir le remboursement de son paiement par le débiteur solidaire.

¹²⁹¹ Rép. min. n° 25865, *JOAN* 26 oct. 1987, p. 5966.

semble contraire à l'esprit de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1986. L'objectif de la continuation, comme du transfert d'ailleurs, est de venir en aide au membre du couple qui traverse une situation délicate. Lui imposer une charge pécuniaire supplémentaire se révélerait contre-productif. C'est pourquoi il semble préférable de considérer que le nouveau débiteur n'est pas tenu au paiement des dettes antérieures à l'abandon du logement par le locataire initial. En revanche, étant un nouveau locataire, le bénéficiaire de la continuation est tenu des dettes à échoir.

416. Transition. La continuation et le transfert du bail protègent indifféremment les époux, les partenaires et les concubins, dès lors que le logement est vacant. En revanche, si le locataire initial continue d'occuper le logement au moment de la séparation, les concubins subissent alors les répercussions de leur absence d'engagement envers la société puisqu'ils se trouvent sans droit sur le bien. À l'inverse, les époux et les partenaires, par l'effet de la cotitularité légale, peuvent demander l'attribution du bail qui sera le plus souvent accordé au membre du couple qui se trouve dans la situation la plus précaire.

§2. L'absence de protection harmonisée en cas de concours d'intérêts sur le logement

417. Une attribution plutôt qu'une indivision, l'éviction plutôt que le partage. La continuation et le transfert du bail prévus à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 sont subsidiaires à l'égard des époux et des partenaires¹²⁹² puisque les relations de crise entre les locataires mariés ou liés par un Pacs sont réglées par les articles 1751 et 1751-1 du Code civil

Ces dispositifs n'ont pas non plus les mêmes effets. Alors que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 crée une sorte d'indivision sur le bail, les articles 1751 et 1751-1 du Code civil attribuent le bail à l'un des membres du couple déclaré. L'autre est alors évincé, même s'il était le locataire initial. Cela n'est rendu possible que par l'existence préalable de la cotitularité. Les deux membres du couple déclaré étant titulaires du bail, le juge attribue le bail, et par conséquent le logement, à l'un d'eux.

¹²⁹² Elles ne s'appliquent qu'aux cas où les conditions de l'article 1751 du Code civil ne sont pas remplies. C'est par exemple le cas dans lequel le local est à usage mixte ou lorsque l'abandon du logement n'est pas corrélé à une procédure de divorce ou de dissolution du Pacs.

Par ailleurs, en spécifiant que l'attribution du bail est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond eu égard notamment aux intérêts sociaux et familiaux en présence¹²⁹³, le législateur souhaite, de toute évidence, tenir compte des situations respectives des époux ou des partenaires. L'impossibilité de se reloger¹²⁹⁴ ou la garde exclusive de l'enfant sont autant de situations qui justifient l'attribution du bail. Derrière ces conditions d'attribution du bail point la volonté d'assurer un toit au partenaire ou au conjoint dans le besoin.

418. L'exclusion des concubins. Cette mesure est cependant réservée aux couples déclarés. Par conséquent, en cas de rupture du concubinage corrélé à l'absence d'abandon du logement par le locataire initial¹²⁹⁵, son compagnon doit quitter le logement, car il n'est qu'un occupant sans droit ni titre. Le détenteur du bail est donc privilégié au détriment de son compagnon, y compris si ce dernier est dans le besoin.

Aussi dérangeant ou injuste que cela puisse paraître, il semble délicat de priver le locataire initial de son droit au bail en raison de la rupture du concubinage, car l'absence de volonté d'inscrire la relation dans un cadre juridique ne plaide pas en faveur de l'attribution du bail au profit du concubin dans le besoin.

La volonté d'organiser un patrimoine de dignité autour du logement ne justifie pas la privation d'un droit pour le locataire. Après tout, les concubins souhaitent rester libres en refusant de se soumettre aux devoirs légaux du mariage ou du Pacs. Moralement, l'idée ne semble pas forcément acceptable, mais juridiquement rien ne justifie le maintien dans les lieux du concubin délaissé, au moins tant que la cotitularité n'a pas été étendue aux concubins ou qu'elle n'a pas été contractuellement prévue. Les effets de la rupture du concubinage doivent alors avoir été anticipés par les concubins.

419. Transition. Dès lors que le logement se trouve vacant, la loi prévoit une continuation ou un transfert automatique, mais en cas de concours d'intérêts, une hiérarchie au détriment des

¹²⁹³ Art. 1751 al. 2 et 1751-1 C. civ. Le législateur a repris une décision de la Cour de cassation. Cass. civ. 1^{re}, 10 déc. 1962, *Bull. civ. I*, n° 258.

¹²⁹⁴ CA Paris, 28 janv. 1963.

¹²⁹⁵ L'hypothèse la plus courante est celle où le locataire initial reste dans les lieux.

concubins s'installe alors. La situation est toute autre en matière de propriété. Dans ce cas, la loi n'apporte une protection qu'aux membres des couples déclarés.

Section 2. La protection de l'occupant par la propriété

420. Annonce de plan. Comme le logement constitue un bien essentiel du patrimoine, les conflits autour de son sort sont nombreux. Deux situations bien différentes doivent être distinguées. La première est celle de la séparation (§1). Face à cette situation, le législateur tient compte de la disparition de l'élément affectif entre les membres du couple. C'est pourquoi seuls les époux bénéficient d'outils qui leur permettent de préserver, dans une certaine mesure, leur cadre de vie. Hors mariage, les partenaires et les concubins règlent le sort du logement de leur propre chef. Il en résulte le plus souvent une absence de protection.

En revanche, lorsque le couple disparaît en raison du décès (§2), le législateur, par humanité, traite les couples déclarés d'une manière presque identique. En effet, il préserve, à titre gratuit, le cadre de vie du conjoint ou du partenaire survivant pendant un an. Les concubins, quant à eux, ne bénéficient pas de ces mesures protectrices étant une fois encore victimes de leur choix. Cette approche bienveillante du logement conjugal en cas de décès à l'égard des couples déclarés témoigne de la prise en compte de l'affection que se portaient les membres du couple jusqu'au décès. Dans un sens, le législateur fait survivre cette affection même après la mort.

§1. La protection de l'occupant en cas de séparation

421. La continuation de la cogestion sur le logement de la famille. Pendant la séparation de fait et en attendant la séparation de droit, les époux restent soumis au régime primaire impératif, notamment à l'article 215 alinéa 3 du Code civil. De sorte que le logement conjugal et par extension ses occupants restent protégés tout le temps que dure la séparation de fait¹²⁹⁶ c'est-à-dire tant que le bien n'est pas « *purgé de son affectation familiale* »¹²⁹⁷. C'est pourquoi, même lorsque le juge

¹²⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1970, n° 69-12.107, *Bull. civ. I*, n° 307.

¹²⁹⁷ M. GRIMALDI, « Le logement de la famille », *Defrénois* 1983, p. 1025, spéc. p. 1044, note de bas de page n° 60.

accorde la jouissance du logement à l'un des époux au titre des mesures provisoires¹²⁹⁸, la vente du bien par un époux nécessite l'accord de son conjoint¹²⁹⁹.

L'attribution temporaire de la jouissance du logement à l'un des époux au titre des mesures provisoires vise à assurer un toit à celui qui se trouve dans la situation la plus délicate, indépendamment de la qualité de propriétaire. Cette mesure de solidarité est renforcée par la gratuité de cette attribution du logement à un époux¹³⁰⁰ puisque dans ce cas la charge financière pesant sur l'époux dans le besoin est nulle. Ainsi, pendant la période de séparation de fait, les couples mariés, contrairement aux couples hors mariage, sont protégés. Toutefois, l'extension de ce type de mesure aux couples hors mariage apparaît inutile en raison de l'absence de période de séparation de fait juridiquement organisée.

422. Annonce de plan. Une fois la rupture acquise, l'idée du maintien du cadre de vie s'oppose à celle de la préservation des intérêts du propriétaire. Il y a alors lieu de distinguer d'une part selon que la propriété est exclusive, d'autre part selon que la propriété est commune ou indivise. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsque le logement de la famille est la propriété exclusive d'un des membres du couple, la loi ne vient au secours que des époux. En effet, il ressort des dispositions du Code civil que seul le mariage permet de porter atteinte aux droits du propriétaire (A). Dans la seconde situation, lorsque le logement conjugal a été acquis en indivision

¹²⁹⁸ Art. 255, 4° C. civ. Tout le temps que dure la procédure de divorce, les époux ont la possibilité de demander la jouissance privative du logement. Depuis la réforme du divorce opérée en 2004, le juge doit faire apparaître le caractère gratuit ou onéreux de l'attribution de la jouissance du logement. Ainsi, lors de la rédaction de l'ordonnance de non-conciliation, le juge aux affaires familiales doit expressément prévoir, au titre des mesures provisoires, l'attribution à titre gratuit ou onéreux du logement de la famille, mettant ainsi fin au débat sur le caractère gratuit ou non de ces mesures. Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, n° 87-13.177, *Bull. civ. I*, n° 22 ; Cass. civ. 1^{re} 28 févr. 1989, n° 87-11.162, *Bull. civ. I*, n° 95 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1989, n° 87-11.905, *Bull. civ. I*, n° 223 ; *D.* 1990, p. 117, obs. A. BÉNABENT. V. aussi, D. HUET-WEILLER, « Mesures provisoires pendant l'instance en divorce : l'attribution en jouissance du logement conjugal donne-t-elle lieu à indemnité d'occupation ? », *RTD civ.* 1991, p. 712. La jouissance n'est cependant pas totalement gratuite. Elle l'est à l'égard du propriétaire, de la communauté ou de l'indivision qui ne reçoivent aucune contrepartie à l'occupation du logement, mais elle ne l'est pas à l'égard de l'Administration fiscale. Cette dernière analyse l'attribution comme une pension alimentaire que le créancier doit faire apparaître dans ses revenus. En ce sens, Fr. DOUET, « Attribution à l'un des époux de la jouissance du logement au titre des mesures provisoires », *AJ fam.* 2011, p. 537. V. par ex. CA Orléans, 26 juin 1991, *Juris-Data* n° 1991-041480.

¹²⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 janv. 2011, n° 0913.138, *Bull. civ. I*, n° 17.

¹³⁰⁰ Art. 255, 4° C. civ. A. BATTEUR, « L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 14, n° 5 : « un époux n'a pas à profiter gratuitement d'un bien indivis, sauf si sa situation financière le justifie ».

ou lorsqu'il est commun aux époux, les règles de l'attribution préférentielle viennent suppléer l'absence de règles spécifiques au sort du logement familial (B).

A. La protection spécifique de l'occupant marié

423. Annonce de plan. La situation du membre du couple qui vivait dans le logement de son compagnon apparaît peu enviable puisque, ne disposant d'aucun droit sur le logement, il sera invité à quitter le logement. Toutefois, pour les époux, et seulement, pour eux, le juge dispose de prérogatives qui lui permettent de porter atteinte aux droits du propriétaire. À ce titre, le bail forcé (1) et l'attribution du logement au titre de la prestation compensatoire (2) sont des exemples probants. On constate que si pendant le mariage, les prérogatives du propriétaire sont limitées par la cogestion, à l'issue de celui-ci, elles le sont par la situation de besoin de l'ex-époux qui n'est pas propriétaire.

1. La protection de l'occupant par le bail forcé

424. L'amputation provisoire du droit de propriété par le juge aux affaires familiales. Le bail forcé, prévu à l'article 285-1 du Code civil¹³⁰¹, permet d'assurer le maintien du cadre de vie du conjoint de l'époux propriétaire après le prononcé du divorce. Le dispositif¹³⁰² conduit à la création et à l'attribution d'un bail, par le juge aux affaires familiales¹³⁰³. Il appartient donc à la catégorie des contrats imposés¹³⁰⁴. Ainsi, alors que le contrat de bail se forme en principe par la rencontre des volontés, le bail forcé entre époux s'écarte du principe du consensualisme du droit

¹³⁰¹ Le bail forcé est le fruit de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce (loi n° 75-617, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171). Il a cependant fait l'objet d'une modification par la loi du 26 mai 2004 relative au divorce (loi n° 2004-439, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319). Le bail forcé peut être accordé dans tous les types de divorce. Néanmoins, l'article 185-1 du Code civil ne concerne pas le divorce par consentement mutuel. En ce sens, J. BEAUCHARD, « Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (commentaire de l'article 285-1 du Code civil) », *JCP N* 1982, doctr., p. 63, n° 17. En effet, « *le bail concédé par le juge est contentieux et ne peut avoir sa place dans le divorce gracieux* ».

¹³⁰² Une partie de la doctrine accepte avec réticence ce mécanisme. V. par ex., A. BATTEUR, Th. LE BARS, « Le droit au maintien du logement », *JCP N* 1995, p. 321, n° 12. Pour ces auteurs, il n'est pas « *réaliste d'imposer à un époux qui est en opposition avec son ancien conjoint d'avoir ce dernier comme locataire d'un logement qui lui appartient et que, par hypothèse, il voulait récupérer* ».

¹³⁰³ La compétence, en matière de création ou de modification du bail forcé, est celle du juge aux affaires familiales et non pas du juge de droit commun en matière de bail. J. MASSIP, *Le nouveau droit du divorce*, Defrénois, 2005, n° 164. Le juge est alors un « *faiseur de contrat* ». En ce sens M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », *Defrénois* 1983, p. 1105, n° 46.

¹³⁰⁴ Pour une présentation de ces contrats, R. MOREL, « Le contrat imposé », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 116.

des contrats. Si sa formation déroge au droit commun des baux, son exécution semble correspondre aux règles ordinaires du droit des baux¹³⁰⁵.

En raison de la contrainte imposée par le juge au propriétaire, ces baux sont relativement rares¹³⁰⁶. Le bail forcé apparaît comme une mesure de protection du cadre de vie relativement aléatoire puisque sa mise en place dépend de la présence d'un ou plusieurs enfants et de l'exercice seul ou en commun de l'autorité parentale par l'époux à l'origine de la demande de la création du bail.

425. Un mécanisme destiné à préserver le cadre de vie des enfants. Davantage que la protection du conjoint c'est celle des enfants qui semble être au cœur de ce mécanisme¹³⁰⁷. En effet, le juge renouvelle, en cas de besoin, le bail jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants. Le but est donc de conserver le cadre de vie de l'enfant et d'assurer un toit à l'époux qui l'élève¹³⁰⁸. Il est par conséquent délicat de rattacher le bail forcé au devoir de secours entre époux¹³⁰⁹, car ce dernier n'en bénéficie que subsidiairement¹³¹⁰. Toutefois, il est nécessaire de relever que s'agissant d'un droit personnel, le bail s'éteint avec le décès du conjoint de l'époux débiteur.

Puisqu'en définitive les enfants sont les principaux bénéficiaires de cette mesure, l'absence de ce mécanisme hors mariage est étonnante. En effet, les enfants dont les parents sont partenaires ou concubins se trouvent dans une situation moins favorable que celle des enfants de conjoint alors qu'une telle mesure apparaît nécessaire pour permettre à l'enfant de conserver son cadre de vie¹³¹¹. Ainsi, bien que les enfants soient au cœur de ce dispositif, cette différence de traitement prouve que le bail forcé n'est pas une modalité d'exécution du devoir d'entretien des parents, car si tel

¹³⁰⁵ J. BEAUCHARD, « Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (commentaire de l'article 285-1 du Code civil) », *JCP N* 1982, doctr., p. 63, nos 60 et s.. Toutefois l'expiration du bail n'est pas soumise aux règles du droit commun des baux d'habitation puisque le bailleur ne peut pas délivrer de congé à son locataire.

¹³⁰⁶ A. BATTEUR, Th. LE BARS, « Le droit au maintien du logement », *JCP N* 1995, p. 321, n° 12.

¹³⁰⁷ En ce sens, J. BEAUCHARD, art. précité, n° 8.

¹³⁰⁸ G. CRÉMONT, « Le logement de la famille en période de crise », *JCP N* 1999, p. 271, spéc. p. 275.

¹³⁰⁹ *Contra* N. MOULIGNER, *Le bail des époux*, Thèse Université de Limoges, 2003, n° 214, spéc. p. 319. L'auteur considère que ce contrat relève de l'application du devoir de secours.

¹³¹⁰ En ce sens, M. GRIMALDI, « Le logement et la famille », *Defrénois* 1983, p. 1105, n° 46. V. aussi. CA Paris, 20 févr. 2008, *Juris-Data* n° 2008-356147.

¹³¹¹ La ressemblance avec l'article 822 du Code civil est frappante. Dans l'indivision, il existe le même souci de préserver le lieu de vie de l'enfant mineur en permettant le maintien dans l'indivision.

avait été le cas, le bail forcé aurait aussi dû bénéficier aux enfants dont les parents sont concubins ou partenaires.

426. Les obstacles à l'extension du mécanisme aux couples hors mariage. La nature du bail forcé est difficile à déterminer, car bien qu'il soit destiné à préserver le cadre de vie de l'enfant, il demeure une conséquence du divorce et non de la filiation¹³¹².

Comme on a pu le voir précédemment, la piste de l'extension du bail forcé aux couples hors mariage sur le fondement de l'exécution en nature du devoir d'entretien des enfants doit être abandonnée. En effet, outre la renumérotation qu'une telle modification rendrait nécessaire, l'extension du bail forcé aux partenaires et aux concubins entraînerait l'abandon du caractère onéreux du bail forcé puisqu'il participerait à l'exécution du devoir d'entretien pesant sur les parents.

Cependant une autre voie pourrait être envisagée. On pourrait appréhender le bail forcé comme une mesure résultant d'un devoir minimum de solidarité entre les membres du couple, indépendamment du mode de conjugalité. Il existe en effet des séparations dans lesquelles l'un des membres de l'ancien couple se trouve dans une situation délicate à l'issue du divorce, de la dissolution du Pacs ou de la séparation du couple de concubins. « *L'inhumanité qui résulte de certaines séparations* »¹³¹³ est telle que l'un des membres peut se retrouver sans toit voire sans ressources. Afin de remédier à l'absence de toit le mécanisme du bail forcé pour être étendu aux couples hors mariage. Une fois saisi d'une demande relative à l'attribution d'un bail forcé par un époux, un partenaire ou un concubin, le juge devrait apprécier l'opportunité de la mise en place d'une telle mesure, qui ne peut être que temporaire. L'appréciation du juge porterait sur la situation de besoin du demandeur ainsi que sur la situation économique du défendeur. Dès lors que ce dernier peut se loger tout en laissant à bail le logement autrefois occupé par les membres du couple, il n'y a pas lieu d'empêcher la création de ce bail forcé pour une période limitée. En outre, l'octroi du bail forcé pourrait être soumis à une condition de durée de vie commune. Ainsi, plus la durée de celle-ci est importante plus le bail forcé pourra se prolonger dans le temps, en restant toutefois dans des limites acceptables.

¹³¹² Dans le Code civil, elle apparaît à la Section 2 du Chapitre III relatif aux conséquences du divorce. Cette section a pour titre : *Des conséquences du divorce pour les époux*.

¹³¹³ Cl. NEIRINCK, « Vers un droit commun de la rupture », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28.

Afin de répondre pleinement à cet objectif de solidarité minimale à l'issue de la séparation, le mécanisme pourrait être qualifié non plus de bail, qui est par essence un contrat à titre onéreux, mais d'ersatz de prêt à usage. L'avantage de cette requalification est le caractère gratuit du prêt qui permet à l'idée de solidarité de s'exprimer pleinement. En raison de la gratuité de ce dispositif, il doit nécessairement être limité dans le temps. La limitation du prêt à usage à une durée relativement courte corrélée à sa gratuité recouvre l'idée de solidarité minimale qui a pour objectif d'éviter la marginalisation du concubin, du partenaire voire de l'époux qui se trouve à l'issue de la séparation dans une situation délicate. La généralisation de cette mesure participe à la création d'un droit commun du couple fondé sur une solidarité minimale à l'issue de la rupture.

À l'issue de prêt à usage forcé d'une durée relativement courte, on pourrait envisager, en faveur des époux, la transformation de ce prêt en un bail forcé afin d'apporter une compensation financière au propriétaire qui se trouve privé de la jouissance de son bien pendant une durée relativement longue.

Concrètement, le prêt à usage forcé interviendrait directement après le prononcé du divorce, la dissolution du Pacs ou la séparation des concubins pendant une courte durée. Une fois le terme du prêt à usage atteint, un bail forcé pourrait bénéficier à l'ancien conjoint du propriétaire, comme le prévoit l'actuel article 285-1 du Code civil.

Néanmoins, imposer une telle contrainte aux couples hors mariage ne correspond pas à la nature du Pacs et du concubinage. En effet, ces modes de conjugalité s'inscrivent dans le présent. Dès lors que le couple se sépare, aucune raison ne justifie l'atteinte au droit de propriété. Même l'approche humaniste de la dissolution du couple conjugal qui fonde l'idée du droit commun du couple doit être liée à l'affection que partagent les membres du couple. Imposer une telle mesure au propriétaire malgré la disparition du lien affectif n'apparaît pas souhaitable. En définitive, ce mécanisme doit rester propre au mariage puisque seule l'institution matrimoniale engage les époux pour le présent et le futur.

427. Un mécanisme qui ne reflète pas la solidarité. Outre les observations précédentes, le bail forcé n'apparaît pas comme le mécanisme qui illustre le mieux la solidarité postérieure à la rupture. En effet, l'*ex*-époux bénéficiaire du bail doit verser un loyer au propriétaire. Le bail forcé

est donc un avantage à titre onéreux¹³¹⁴. Le loyer évalué et fixé par le juge représente une charge pour l'ancien conjoint locataire. De sorte que pour préserver son cadre de vie, le bénéficiaire du bail doit s'appauvrir. C'est pourquoi le bail forcé n'est pas le dispositif idoine pour assurer le maintien du cadre de vie du conjoint dans le besoin.

428. Transition. Le bail forcé est, en l'état du droit positif, destiné seulement aux époux, car l'expropriation temporaire, certes limitée par la loi du 26 mai 2004¹³¹⁵, n'est justifiée que par l'engagement résultant du mariage. Si l'objectif du bail forcé est de permettre à l'un des occupants de conserver son cadre de vie pendant un certain temps, son caractère onéreux le détourne de l'objectif d'assurer une solidarité minimale en faveur de l'*ex-époux* dans le besoin. En revanche, la prestation compensatoire en nature dont le but est d'attribuer le logement ou un droit démembré sur celui-ci au conjoint de l'époux propriétaire semble *a priori* mieux répondre à cet objectif de préservation du cadre de vie à l'issue de la rupture. Néanmoins, dans ce cas, l'atteinte au droit de propriété est un effet du divorce, ce qui justifie qu'elle soit réservée aux époux.

2. La protection de l'occupant par la prestation compensatoire en nature

429. L'objectif de la prestation compensatoire en nature. Au premier abord, l'attribution de la prestation compensatoire en nature, notamment par l'attribution de la propriété d'un bien¹³¹⁶ ou d'un droit démembré sur ce bien, correspond au souhait de préserver le cadre de vie d'un des époux, généralement le moins fortuné¹³¹⁷.

¹³¹⁴ J. BEAUCHARD, « Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (commentaire de l'article 285-1 du Code civil) », *JCP N* 1982, doctr., p. 63, n° 44.

¹³¹⁵ La loi du 26 mai 2004 (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319) a supprimé la possibilité de demander l'attribution du bail forcé dans l'ancien cas de divorce pour rupture de la vie commune. Désormais, le bail forcé ne peut être demandé que par le conjoint qui a obtenu conjointement ou seul l'exercice de l'autorité parentale à condition que ce dernier ait vécu dans ce logement avec les enfants et que leur intérêt le commande.

¹³¹⁶ Dans la loi du 11 juillet 1975 (loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juillet 1975, p. 7171), seul l'abandon de l'usufruit sur le logement de la famille était toléré. La loi du 30 juin 2000 (loi n° 2000-596 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, *JORF* 1 juillet 2000, p. 9946) intervenue en permettant au juge d'attribuer un bien en pleine propriété au titre de la prestation compensatoire, sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord du propriétaire. La situation semble proche d'une expropriation pour cause d'utilité privée.

¹³¹⁷ L'objectif de la prestation compensatoire étant de maintenir pendant un temps limité le niveau de vie acquis pendant le mariage.

430. Une mesure assimilée à une expropriation d'utilité privée. Le principe même de la prestation compensatoire en nature, notamment lorsqu'il existe un transfert de bien, ressemble fortement à une expropriation pour cause d'utilité privée¹³¹⁸, plus précisément à une « *expropriation-paiement* »¹³¹⁹. Conscient de l'atteinte au droit de propriété et aux différents textes le reconnaissant¹³²⁰, le législateur a apporté une restriction en excluant les biens reçus par libéralités¹³²¹. Puis la Cour de cassation, dans un premier temps insensible aux griefs formulés contre cette forme de prestation compensatoire¹³²², a accepté de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Ce dernier, sans remettre en cause le principe de l'exécution en nature de la prestation compensatoire, a précisé le 13 juillet 2011 que l'attribution de la propriété d'un bien ne peut en être qu'une modalité subsidiaire d'exécution¹³²³.

431. Une mesure justifiée par la force de l'engagement. La prestation compensatoire en nature ou en argent montre la prévalence du mariage. En raison du lien qui a existé entre les époux et des devoirs auxquels ils ont été soumis, le propriétaire d'un bien est privé définitivement¹³²⁴ ou temporairement de son bien¹³²⁵.

Le refus d'extension aux autres modes de conjugalité montre qu'une hiérarchie entre les modes de conjugalité s'est établie. Cela résulte d'une volonté claire de faire du mariage un mode de conjugalité différent des autres, notamment en organisant les conséquences patrimoniales postérieures à la rupture.

Lorsque la prestation compensatoire prend la forme d'un usufruit portant sur le bien, l'abandon de ce droit réel peut-être provisoire¹³²⁶ à condition que cela ait été spécifié. L'extension

¹³¹⁸ En ce sens, A. BÉNABENT, « Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.* 2001, p. 1036.

¹³¹⁹ A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, doctr., p. 144, n^{os} 26 et s.

¹³²⁰ Art. 1^{er} du protocole additionnel de la CEDH ; article 17 de la DDHC ; art. 545 C. civ.

¹³²¹ Loi n^o 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319.

¹³²² Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2010, n^o 09-13.811, *Bull. civ. I*, n^o 78.

¹³²³ Cons. const., 13 juil. 2011, n^o 2011-151 QPC, *Dr. fam.* 2011, comm. n^o 22, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *RTD civ.* 2011, p. 565, obs. Th. REVET. V. aussi Cour EDH, 10 juil. 2014, *Milhau c. France*.

¹³²⁴ Dans le cas de l'octroi du droit de propriété.

¹³²⁵ Dans le cas de l'attribution d'un droit démembré.

¹³²⁶ Cass. civ.2^e, 9 nov. 1989, n^o 88-11.481, non publié.

de ce mécanisme hors mariage n'apparaît pas opportune, car il ne correspond pas à l'idée d'une solidarité minimale entre les membres du couple, mais plutôt à celle d'une solidarité maximale. En effet, l'"usufruit compensatoire" est destiné à durer dans le temps, alors que la solidarité minimale a vocation à être de courte durée. Par ailleurs, le démembrement forcé de la propriété résultant d'une prestation compensatoire en nature est « *relativement aléatoire si ce n'est arbitraire ; elle suppose que la consistance des biens de l'époux débiteur le permette* »¹³²⁷.

432. Transition. Le bail forcé et la prestation compensatoire en nature sont respectivement un acte à titre onéreux et une modalité de paiement d'une dette. La gratuité est étrangère à ces mécanismes. Ainsi, on constate qu'à ce jour lorsque le bien est la propriété de l'autre, aucun mode de conjugalité, pas même le mariage, ne justifie qu'à l'issue de l'union un propriétaire laisse la jouissance gratuite de son bien, même temporairement, à son ex-compagnon. Par ailleurs, bien qu'ils offrent une opportunité de se maintenir dans le logement après la séparation, le bail forcé et la prestation compensatoire apparaissent parfois aléatoires. Ces dispositions qui ont vocation à permettre à l'un des époux de préserver son cadre de vie reflètent une certaine idée de la solidarité organisée autour du logement conjugal, mais puisque la séparation du couple marque la disparition de l'affection entre les membres du couple, il n'y a pas lieu d'avantager un membre du couple plutôt qu'un autre. Puisque ces mesures sont réservées aux époux, le cadre de vie du partenaire ou du concubin du propriétaire ne peut pas être sauvegardé.

La solidarité postérieure à la dissolution du couple doit être limitée aux cas dans lesquels l'affection que se portaient les membres du couple n'a pas disparu. En effet, seuls les sentiments qui liaient les époux justifient la création d'un droit commun du couple organisé autour de la protection du logement et de son occupant. La préservation des couples hors mariage apparaît d'autant moins nécessaire que la jurisprudence vient en aide aux concubins et aux partenaires dans le besoin à l'issue de la séparation¹³²⁸. En définitive, seule l'acquisition commune du logement peut conduire au maintien du cadre de vie des partenaires et des époux.

¹³²⁷ A. BATTEUR, Th. LE BARS, « Le droit au maintien du logement », *JCP N* 1995, p. 321, n° 13.

¹³²⁸ V. *infra* n°s 504 et s.

B. La protection commune des couples déclarés pour le logement commun ou indivis

433. L'attribution préférentielle en faveur des couples déclarés. Lors du partage de la communauté ou de l'indivision, les époux communs en biens et les indivisaires peuvent demander l'attribution préférentielle du logement conjugal¹³²⁹. Longtemps réservée aux époux, l'attribution préférentielle a été étendue aux partenaires par la loi du 23 juin 2006¹³³⁰. Depuis lors, les partenaires au même titre que les époux conservent leur cadre de vie, en dehors de toute idée de besoin.

434. La naissance de l'attribution préférentielle de nature conjugale. Si les couples hors mariage bénéficient de l'attribution préférentielle, elle est en revanche systématiquement refusée aux concubins¹³³¹, à moins qu'ils ne l'aient prévu autrement par convention¹³³². Une telle exclusion résulte du fondement familial de l'attribution préférentielle¹³³³. Néanmoins, à la suite de l'extension de l'attribution préférentielle aux partenaires, le cadre familial a, semble-t-il, été dépassé marquant ainsi les prémices d'une attribution préférentielle de nature conjugale qui, à ce jour, demeure circonscrite aux couples déclarés.

Depuis l'extension du mécanisme de l'attribution préférentielle aux partenaires, l'exclusion des concubins se justifie mal, car après tout, l'attribution préférentielle du logement de la famille est simplement une modalité du partage destiné à permettre à un indivisaire ou à un époux marié sous un régime communautaire de conserver ses conditions de vie. Or en l'état du droit positif, les concubins sont condamnés soit à demeurer dans l'indivision soit à demander le partage équitable.

¹³²⁹ Bien que l'article 1476 du Code civil relatif au partage de la communauté renvoie presque exclusivement aux articles relatifs au droit des successions, l'attribution préférentielle dans le cadre du divorce ou de la séparation de corps n'est jamais de droit contrairement à ce que prévoit l'article 831-3 du Code civil en matière de successions. En effet, en cas de décès l'attribution préférentielle du logement de la famille est de droit en faveur du conjoint survivant.

¹³³⁰ Art. 515-6 C. civ.

¹³³¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1990, n° 89-11.425, *Bull. civ. I*, n° 207 ; *D.* 1991, p. 380, obs. J. PATARIN ; Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1994, n° 92-12.574, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *D.* 1995, p. 47, obs. M. GRIMALDI.

¹³³² Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, n° 12-26.446, non publié, *RTD civ.* 2014, p. 92, obs. J. HAUSER.

¹³³³ Malgré l'affaiblissement du caractère familial, ce dernier reste prépondérant. Cl. BRENNER, *Rép. civ. Dalloz*, V° Partage (4° modes d'attribution spécifiques), n° 31.

Malgré les encouragements de certains auteurs¹³³⁴, la Cour de cassation, pourtant audacieuse en ce domaine, reste liée par la liste limitative des demandeurs à l'attribution préférentielle énumérée à l'article 831-2 du Code civil¹³³⁵.

Ainsi, à moins de prévoir par une indivision conventionnelle le sort du bien lors de la séparation, aucun mécanisme ne permet à un concubin de demeurer dans le logement. En raison du succès de l'indivision auprès des couples hors mariage, notamment auprès des concubins, la mise en place d'une attribution préférentielle conjugale apparaît nécessaire. L'affectation du logement à l'habitation du couple deviendrait alors l'élément central de cette attribution préférentielle en lieu et place de la qualité des demandeurs.

435. Transition. Lorsque le logement conjugal est la propriété des deux époux ou des deux partenaires, seuls les membres du couple déclaré ont l'opportunité de demander le maintien de leur cadre de vie par le jeu de l'attribution préférentielle. Les concubins, quant à eux, sont condamnés à demeurer dans l'indivision. Cette faveur faite aux couples déclarés est identique en cas de décès.

§2. La protection de l'occupant en cas de décès

436. Annonce de plan. La disparition du lien conjugal, et par conséquent la fin de la mise en commun des ressources, entraîne inexorablement une chute du train de vie du compagnon survivant. À cela s'ajoute le choc dû à la perte de l'être aimé. Afin de limiter les effets d'une telle situation, le législateur a créé un droit temporaire de jouissance permettant aux partenaires et aux époux de demeurer, au moins temporairement, dans le logement, y compris si le bien ne leur

¹³³⁴ D. 1991, p. 380, obs. J. PATARIN. L'auteur va encore plus loin en prenant pour exemple un couple d'époux qui a acquis un bien en indivision des années avant leur mariage, alors même qu'il n'existait aucun projet matrimonial. Dans ce cas, l'auteur se demande si l'attribution préférentielle est une solution opportune. V. aussi, M. GRIMALDI, D. 1995, p. 47 ; G. CHAMPENOIS, *Defrénois* 1994, p. 1545. V. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 427 ; M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 143, spéc. p. 136.

¹³³⁵ Chr. BARBEROT, « L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale », D. 2002, p. 1592.

appartient pas¹³³⁶. Ce dispositif qui découle directement du mode de conjugalité n'est pas un droit successoral¹³³⁷. Le législateur a décidé d'en réserver le bénéfice aux couples déclarés (A). À l'inverse, les concubins demeurent exclus de ce mécanisme (B).

Le droit temporaire de jouissance d'un an constitue un *minimum* qui permet de maintenir le survivant dans son cadre de vie. La protection du cadre de vie des époux va au-delà du mécanisme de droit temporaire de jouissance puisque le conjoint survivant bénéficie d'un droit viager d'usage et d'habitation conformément à ce que prévoit l'article 764 du Code civil. L'idée générale de ce développement est de mettre en place une protection minimale du cadre de vie du survivant du couple, quel que soit le mode de conjugalité. C'est pourquoi les mécanismes qui permettent d'assurer une protection maximale du cadre de vie du conjoint survivant ne seront pas abordés.

A. La protection de l'occupant marié ou pacsé par le droit temporaire de jouissance

437. Du droit ancien de « maintenance » à l'article 763 du Code civil. Dès 1804, les rédacteurs du Code civil prévoyaient à l'article 1481 du Code civil un dispositif permettant d'assurer la survie du conjoint survivant puisque le deuil de la femme était à la charge des héritiers du mari prédécédé. L'article, réécrit à plusieurs reprises, accordait finalement un droit subjectif de

¹³³⁶ En cela ce mécanisme semble être celui qui reflète le mieux la volonté de venir en aide au survivant. D'autres droits existent en faveur du partenaire survivant comme l'attribution préférentielle. Cependant, cette dernière présente des conditions d'application plus strictes puisque le bien servant de résidence au survivant ne doit pas seulement appartenir au prédécédé (art. 831-2 C. civ.). En outre, pour que cette attribution préférentielle soit de droit, il est nécessaire que le défunt l'ait prévu par testament (combinaison des articles 515-6 al. 2 C. civ. et 831-3 al. 1 C. civ.). En soumettant, l'attribution préférentielle à la volonté du *de cuius*, le législateur traite le partenaire d'une manière peu favorable, car il n'est pas certain que le testateur ait connu l'existence de cette condition de coucher par testament sa volonté de faire bénéficier de l'attribution préférentielle à son partenaire. Afin de donner un plein effet à cette règle, il semble opportun de supprimer cette condition. Si le souhait est de respecter la volonté du testateur, il semble préférable de soumettre la privation de l'attribution préférentielle à la rédaction d'un testament. Ce faisant, les mécanismes du droit temporaire de jouissance et de l'attribution préférentielle seraient identiques.

¹³³⁷ C'est pourquoi l'article 764 du Code civil est exclu de cette étude. Le droit viager au logement est un droit successoral et non pas un droit découlant du mode de conjugalité. Le but étant ici de réfléchir sur les mécanismes ouverts aux couples sans qu'il soit nécessaire de recourir au droit des successions. N'étant pas un droit successoral, il n'est pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit. B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : Achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 5 ; M. GRIMALDI, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002, p. 48 ; Chr. DELORY, Fr. FRULEUX, « Aspects fiscaux de la loi du 3 décembre 2001 : les nouveaux droits du conjoint survivant », *JCP N* 2002, p. 1576. Par conséquent, un conjoint qui renonce à la succession bénéficie tout de même de droits.

« maintenance »¹³³⁸, « un secours de première urgence »¹³³⁹ au survivant, pendant un temps limité. Ces gains de survie portaient notamment sur le logement et la nourriture, éléments indispensables à la vie du conjoint survivant¹³⁴⁰. Malgré l'abrogation de l'article¹³⁴¹, l'esprit du texte perdure à l'article 763 du Code civil qui offre aux partenaires et aux époux, pendant un an, la jouissance du logement occupé par les membres du couple au moment du décès¹³⁴². C'est une « mesure d'humanité »¹³⁴³ qui correspond à l'idée d'un patrimoine de dignité¹³⁴⁴.

438. Annonce de plan. L'effectivité de ce droit au logement est assurée par le caractère d'ordre public de cette mesure (1). Afin de se conformer au principe de liberté guidant le Pacs, le législateur refuse de rendre cette règle impérative entre les partenaires (2).

1. Le caractère impératif de la règle pour les époux

439. Annonce de plan. L'effectivité du droit temporaire de jouissance gratuite prévu à l'article 763 du Code civil est renforcée par le caractère d'ordre public de la règle¹³⁴⁵ prouvant ainsi que la protection du conjoint survivant est une préoccupation de premier ordre pour le législateur. Ainsi toute tentative des héritiers ou de l'époux prédécédé pour contourner ou supprimer ce droit de jouissance est vouée à l'échec. Cela signifie qu'aucun montage juridique ne peut le remettre en question¹³⁴⁶. Malgré les doutes qu'elles ont pu soulever, ni la vente avec réserve d'usufruit (a) ni la création d'une société civile immobilière ne portent atteinte à ce droit d'ordre public (b).

¹³³⁸ FL. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin. (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », *RTD civ.* 2002, p. 156

¹³³⁹ D. MARTIN, « art. 1478 à 1481 », *J.-Cl. Civil*, fasc. 70, n° 34.

¹³⁴⁰ S. POUDEROUX, « Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993. I. 127, n° 9.

¹³⁴¹ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2001, p. 19279.

¹³⁴² Art. 763 al. 1 C. civ. : « Si, à l'époque du décès, le conjoint successible occupe effectivement, à titre d'habitation principale, un logement appartenant aux époux ou dépendant totalement de la succession, il a de plein droit, pendant une année, la jouissance gratuite de ce logement, ainsi que du mobilier, compris dans la succession, qui le garnit ».

¹³⁴³ Fr. VAUVILLÉ, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 1277.

¹³⁴⁴ Cette idée du patrimoine de dignité est renforcée par la gratuité de ce droit. Le droit temporaire au logement est celui qui exprime le mieux l'idée d'humanité. C'est pourquoi l'article 764 du Code civil est exclu de l'étude. Le droit viager au logement du conjoint survivant dépasse l'idée de solidarité minimale entre les couples.

¹³⁴⁵ Art. 763 al. 4.

¹³⁴⁶ À ce propos, v. aussi O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n°s 210 et s.

a. La vente avec réserve d'usufruit au profit du vendeur

440. La protection du droit temporaire de jouissance par l'article 215 alinéa 3 du Code civil. La situation est la suivante. L'époux propriétaire du logement vend le bien, à une autre personne que son conjoint, tout en se réservant l'usufruit. Au décès, la pleine propriété revient dans les mains du nu-propriétaire, le bien ne fait donc plus partie de la succession puisque la vente a opéré le transfert de propriété. Le bien ne dépendant plus de la succession, une des conditions du droit temporaire de jouissance gratuite est absente. Par conséquent, une telle vente pourrait anéantir le droit de jouissance du conjoint survivant. Bien qu'aucune décision relative à la validité de la vente avec réserve d'usufruit du logement de la famille n'ait été rendue au visa de l'article 763 du Code civil, la Cour de cassation 16 juin 1992¹³⁴⁷ annule une telle vente sur le fondement de la cogestion du logement de la famille. Malgré le fait qu'elle soit antérieure à la loi du 3 décembre 2001¹³⁴⁸ à l'origine du droit temporaire de jouissance, la décision de la Cour de cassation est intéressante en ce qu'elle permet de mettre en lien l'article 215 alinéa 3 et l'article 763 du Code civil. En effet, l'annulation de la vente avec réserve d'usufruit sur le fondement de la violation de la règle de cogestion du logement de la famille protège le droit temporaire de jouissance prévu à l'article 763 du Code civil. Ainsi, sans être directement en lien, la règle de cogestion de l'article 215 alinéa 3 participe à la protection de l'occupant à l'issue de l'union, car si la vente n'avait pas été annulée, le conjoint survivant n'aurait pas pu bénéficier du droit temporaire de jouissance.

441. La conception sociale du logement opposée à la conception économique. L'affaire du 16 juin 1992 confronte deux conceptions du logement. M. CHAMPENOIS, à titre d'exemple, se fonde sur une conception sociale du logement pour justifier l'annulation de ces ventes avec réserve d'usufruit au profit du vendeur¹³⁴⁹ alors que MM. LUCET et VAREILLE, au contraire, privilégient une conception économique du logement. De fait, ils estiment que la nullité est une sanction trop rigoureuse.

¹³⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, n° 89-17.305, *Bull. civ. I*, n° 185 ; *RTD civ.* 1992, p. 636, obs. Fr. LUCET, B. VAREILLE ; *Deffrénois* 1992, p. 1156, obs. G. CHAMPENOIS. Dans cet arrêt la Cour de cassation ne répond pas directement à la question de la validité d'une vente avec réserve d'usufruit au profit du vendeur. Néanmoins, il semble que la décision aille dans le sens de la nullité d'une telle vente.

¹³⁴⁸ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2001, p. 19279.

¹³⁴⁹ V. aussi, S. FERRÉ-ANDRÉ, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2002, p. 863, n° 51.

La position défendue par M. CHAMPENOIS préserve les droits du conjoint survivant. Elle s'inscrit en outre dans le mouvement d'élargissement des actes portant sur le logement familial soumis à cogestion, mais elle est un frein à la circulation du bien, car en recourant à ce type de vente, le vendeur ne met pas directement en danger le logement tant que le vendeur est en vie et tant que perdure le mariage. Ce n'est qu'à l'issue de l'union ou au décès de l'usufruitier que l'usufruit qui rattachait de manière artificielle le logement au patrimoine du débiteur disparaît. En définitive, l'annulation de la vente vise à protéger les droits du conjoint survivant en agissant en amont du décès. Ainsi, grâce à l'annulation de la vente sur le fondement de l'article 215 alinéa 3 du Code civil, le droit temporaire de jouissance prévu à l'article 763 du Code civil est préservé.

Toutefois, la nullité de la vente paraît sévère. Ne serait-il donc pas préférable d'opter pour l'opinion défendue par MM. LUCET et VAREILLE ? L'annulation de l'acte est une sanction inadaptée dès lors que, pendant l'union, le logement conjugal reste protégé. En effet, même si le droit démembré par lequel est assuré le logement est moins fort que la propriété, les époux ne sont pas privés de logement. En définitive, bien que la décision du 16 juin 1992¹³⁵⁰ n'ait pas de lien avec le droit temporaire de jouissance qui n'existait pas encore, on peut aujourd'hui concevoir qu'une décision semblable aurait uniquement pour objectif de préserver le droit temporaire de jouissance spéciale.

Toutefois, bien que le but soit la protection du conjoint survivant, l'annulation de l'acte de vente apparaît critiquable. Ce résultat pourrait être atteint autrement notamment en retardant la reconstitution de la pleine propriété sur la tête du nu-proprétaire. De la même manière qu'en matière de legs¹³⁵¹ ou d'indivision, l'acte est valable, mais il ne produit ses effets qu'après

¹³⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, n° 89-17.305, *Bull. civ. I*, n° 185 ; *RTD civ.* 1992, p. 636, obs. Fr. LUCET, B. VAREILLE ; *Deffrénois* 1992, p. 1156, obs. G. CHAMPENOIS.

¹³⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1974, n° 73-12.402, *Bull. civ. I*, n° 274. Le légataire, nouveau propriétaire au jour du décès, disposera des pleines prérogatives sur son bien à l'expiration du droit de jouissance.

l'expiration du droit temporaire de jouissance gratuite¹³⁵². De sorte que pendant le délai d'un an, le droit temporaire est opposable au bénéficiaire de l'acte¹³⁵³.

Une telle transmission du droit temporaire de jouissance n'est possible qu'à condition que le droit de jouissance soit un droit réel. Or, au vu de sa proximité avec le droit d'usage et d'habitation d'origine légale¹³⁵⁴, il semble qu'il soit lui-même un droit réel qui, par conséquent, est opposable *erga omnes*¹³⁵⁵. Le droit suit alors le bien.

442. L'opposabilité aux tiers n'est pas synonyme de charge sur ce tiers. Toutefois, la charge de la jouissance ne doit pas reposer sur le nu-proprétaire, car le droit temporaire de jouissance gratuite repose sur la succession et non sur les tiers. La succession doit alors prendre en charge les frais relatifs à l'occupation du logement par le conjoint survivant. On peut dès lors imaginer que le tiers propriétaire du bien reçoive une contrepartie financière, une indemnité d'occupation versée par la succession.

443. Transition. Aussi surprenante qu'elle puisse paraître, la proposition préserve le droit temporaire de jouissance tout en permettant la circulation du bien. L'idée d'une solidarité minimale à l'issue du décès est alors sauvegardée. À l'instar de la vente avec réserve d'usufruit, la constitution d'une société civile immobilière ne doit pas porter atteinte au droit temporaire de jouissance gratuite.

b. L'exemple du bien détenu par une société civile immobilière

444. La combinaison d'une SCI et du droit temporaire de jouissance. Lorsque le logement des époux a été acquis par une société civile immobilière le survivant ne peut pas

¹³⁵² Le délai pendant lequel le légataire ou les indivisaires supportent la charge du droit temporaire ne peut pas excéder un an. Contrairement à l'article 764 du Code civil, l'article 763 est un effet du mariage et non un effet successoral. Dans ce dernier cas, celui de l'article 764, si le *de cujus* a passé un acte sur le bien alors le bien ne dépend plus de la succession. Une des conditions de l'article 764 du Code civil n'est pas respectée, si bien que le droit viager au logement ne peut pas exister.

¹³⁵³ Les bénéficiaires peuvent être les légataires ou les indivisaires. Dans le cas tranché par la Cour de cassation, la charge repose sur l'acquéreur.

¹³⁵⁴ En ce sens, S. PIEDELIÈVRE, « Le droit au logement du conjoint survivant », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 269, n° 7, spéc. p. 274. À l'appui de cette théorie vient l'arrêt Maison de la poésie où la Cour de cassation accepte la création d'un droit réel innomé : Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, *Bull. civ. III*, n° 159.

¹³⁵⁵ D'autant que s'agissant de la vente d'un bien immobilier, les parties auront dû être mises au courant par le notaire de ce risque.

bénéficiaire du droit temporaire de jouissance de l'article 763 du Code civil. En effet, l'interprétation littérale du texte empêche son application, car l'immeuble est la propriété de la société civile immobilière¹³⁵⁶. Les époux n'occupent le logement que grâce à un prêt à usage que la société civile immobilière leur a consenti. Puisque ces deniers sont les associés, ils se sont accordé eux-mêmes ce prêt, mais par l'interposition de la société civile immobilière¹³⁵⁷. Il semblerait donc que la détention indirecte du logement de la famille rende l'exercice du droit de jouissance gratuite impossible. En d'autres termes, « *le droit légal au maintien dans le logement est a priori court-circuité par la technique sociétaire* »¹³⁵⁸.

Cette interprétation du texte est critiquable, car elle ne semble ni correspondre à l'esprit du texte ni aux intentions des époux. Les raisons pour lesquelles les époux constituent une société civile immobilière peuvent être multiples. Il s'agit souvent d'un outil de gestion de succession, de transmission de patrimoine ou encore d'optimisation fiscale, mais en aucun d'un instrument visant à priver le conjoint survivant de son droit temporaire sur le logement. Par ailleurs, le caractère d'ordre public de l'article 763 du Code civil montre la volonté du législateur d'en faire une disposition impérative. De sorte que rien ne doit pouvoir empêcher le conjoint survivant de bénéficier du droit temporaire de jouissance gratuite du logement de la famille. En effet, si le *de cuius* lui-même ne peut pas remettre en question ce droit, les différents mécanismes juridiques utilisés pour faciliter la transmission du bien ne le peuvent pas non plus.

Afin d'éviter tout contentieux d'interprétation, la signature d'un bail entre les époux et la société civile immobilière est fortement préconisée, car la combinaison de l'article 1751 alinéa 3 du Code civil qui accorde au conjoint survivant un droit exclusif sur le bail avec l'article 763 alinéa 2 du Code civil qui fait peser les charges locatives sur la succession permet de lever les doutes quant à l'application du droit temporaire en présence d'une société civile immobilière¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Rép. min. n° 39324, *JOAN Q* 25 janvier 2005, p. 816.

¹³⁵⁷ En ce sens, J.-P. GARÇON, « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *JCP N* 2002, p. 1402, n° 4.

¹³⁵⁸ J.-P. GARÇON, art. précité., n° 6.

¹³⁵⁹ S. FERRÉ-ANDRÉ, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2002, p. 863, note de bas de page n° 61.

445. Transition. Le caractère impératif, aussi effectif soit-il, nécessite une amélioration. Le législateur doit se saisir de cette question afin de renforcer le caractère d'ordre public de ce dispositif¹³⁶⁰, en énonçant par exemple qu'aucun montage juridique ne peut priver le conjoint survivant directement ou indirectement de ce droit. Si la règle s'applique aux couples déclarés, quel que soit le bien, le caractère d'ordre public de la règle entre les époux contraste avec le Pacs dans lequel le droit de jouissance présente un caractère supplétif.

2. Le caractère supplétif de la règle pour les partenaires

446. Le renvoi partiel à l'article 763. Le droit temporaire au logement de l'article 763 du Code civil profite aussi aux partenaires puisque ces derniers peuvent se maintenir gratuitement dans le logement pendant une période d'un an à compter du décès du partenaire, conformément au renvoi prévu au troisième alinéa de l'article 515-6 du Code civil.

Le renvoi à l'article 763 du Code civil est cependant partiel puisque seuls les deux premiers alinéas sont applicables aux partenaires. Au vu des débats parlementaires, le renvoi partiel n'est motivé que par la volonté d'écartier le caractère d'ordre public du droit temporaire de jouissance gratuite entre les partenaires¹³⁶¹. De sorte qu'en dépit du silence du texte, le droit temporaire de jouissance gratuite du logement doit être analysé comme un droit découlant du mode de conjugalité¹³⁶².

447. Un droit soumis à la volonté du défunt. En refusant de rendre impératif le droit temporaire de jouissance gratuite, le législateur a souhaité laisser la possibilité au *de cuius* de priver son partenaire de cette protection. Par conséquent, tout acte du prédécédé privant son partenaire du droit temporaire de jouissance gratuite est valable. L'absence de caractère d'ordre public de ce droit temporaire conduit donc à une solution radicalement opposée à celle du mariage puisque tous les actes qui portent atteinte à ce droit au maintien dans le logement pourront produire des effets.

¹³⁶⁰ Sur cette idée, v. aussi O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 225. L'auteur constate cependant que ces mécanismes portent directement atteinte au droit de jouissance.

¹³⁶¹ H. DE RICHEMONT, Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, XXII^e législature, 10 mai 2006, n° 343.

¹³⁶² En ce sens, v. aussi O. VERGARA, *op. cit.*, n° 233, spéc. p. 91.

448. L'importance de la date de l'acte par rapport à la date du Pacs. Afin d'améliorer son effectivité, les conditions de mise en œuvre du droit temporaire de jouissance spéciale pourraient être précisées. Pour ce faire, une distinction pourrait être faite selon que l'acte qui anéantit le droit temporaire au logement est antérieur ou postérieur à la conclusion du Pacs.

Si le partenaire survivant est privé de ce droit par un legs par exemple, la date de ce dernier semble devoir être prise en compte. En effet, lorsque l'acte est antérieur à la conclusion du Pacs, il est contestable d'en conclure que le testateur a eu l'intention de priver son partenaire du droit temporaire au logement. En revanche, si l'acte est postérieur à la conclusion du Pacs, la gratification d'un tiers ne laisse aucun doute sur la volonté du testateur de dépouiller son partenaire du droit temporaire sur le logement.

À ce jour, malgré l'opposition évidente entre ces deux situations, elles reçoivent le même traitement puisque dans les deux cas le partenaire survivant est privé du droit temporaire de jouissance gratuite. Afin de remédier à cette situation, la volonté du *de cuius* doit être sondée. Étant un droit supplétif, seule l'intention avérée du défunt devrait pouvoir priver son partenaire du droit de jouissance. Pour ce faire, une présomption simple reposant sur la date du testament pourrait voir le jour. Ainsi, à chaque fois que le testament est antérieur à la conclusion du Pacs, il y a lieu de présumer que le *de cuius* n'a pas souhaité porter atteinte au droit temporaire de jouissance. De sorte que le partenaire survivant devrait pouvoir bénéficier des dispositions prévues à l'article 763 du Code civil.

449. La privation soumise à un acte écrit. Poser une présomption n'est jamais évident. C'est pourquoi la volonté du défunt de priver son partenaire du droit temporaire de jouissance devrait être clairement exprimée, par exemple par un testament. Il importe peu que ce dernier prenne la forme d'un acte authentique, d'un acte sous signature d'avocat ou d'un acte sous seing privé. En effet, l'objectif n'est pas d'instaurer un formalisme vexatoire¹³⁶³ mettant le notaire ou l'avocat dans un rôle moralisateur qui n'est pas le sien¹³⁶⁴, mais de s'assurer de la volonté du défunt de priver son partenaire du droit temporaire de jouissance gratuite.

¹³⁶³ D. 2011, p. 578, obs. C. PERES.

¹³⁶⁴ S. PIEDELIÈVRE, « Le droit au logement du conjoint survivant », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 269, n° 19.

450. L'effectivité renforcée par le caractère d'ordre public. L'extension du droit temporaire de jouissance gratuite du logement est une mesure importante dans l'optique de création d'un droit commun du couple. Néanmoins, la faculté laissée au partenaire de priver le survivant de ce droit apparaît difficilement conciliable avec la politique de protection du survivant. La mise en place d'un patrimoine de dignité organisé autour du logement conjugal tend vers l'impérativité de la règle. C'est pourquoi, dans le Pacs, le droit temporaire de jouissance devrait être érigé en un droit d'ordre public¹³⁶⁵.

451. Transition. Étendu aux partenaires, le droit temporaire de jouissance constitue le socle commun d'une solidarité minimale entre les couples en cas de décès. Toutefois, les concubins demeurent exclus de ce mécanisme de maintien du cadre de vie. Une intervention législative semble nécessaire afin de permettre au concubin survivant de se maintenir, pendant un certain temps, dans le logement qu'il occupait au jour du décès.

B. L'absence de protection des concubins par le droit temporaire de jouissance

452. Annonce de plan. Le droit temporaire au logement qui se fonde pourtant sur une idée d'humanité ne concerne pas les concubins. Après le décès, lorsque le logement appartient au concubin décédé, le concubin survivant se retrouve sans droits ni titre sur le logement dans lequel il résidait avec le *de cuius*. Les héritiers peuvent donc demander l'expulsion du concubin. Ces demandes d'expulsion, fondées en droit, ne semblent pas légitimes au vu de la situation conjugale passée et du deuil vécu. C'est pourquoi le droit au maintien dans le logement devrait être étendu aux concubins (1). En attendant l'intervention du législateur, les concubins sont condamnés à recourir à des mécanismes issus du droit commun qui ne leur permettent pas de s'assurer une protection optimale (2).

1. L'extension souhaitable du droit temporaire de jouissance aux concubins

453. Le concubin du locataire mieux protégé que le concubin du propriétaire. Les incohérences sont importantes en matière de logement du concubin survivant. Lorsque l'habitation est assurée au moyen d'un bail, le concubin survivant qui n'est pas le locataire initial, mais qui a vécu depuis au moins un an avec le *de cuius* obtient le transfert du bail à son profit¹³⁶⁶. À l'inverse,

¹³⁶⁵ O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 231.

¹³⁶⁶ Art. 14 de la loi du 6 juillet 1989.

le concubin qui vit dans le logement de son compagnon depuis plus d'un an n'a aucun droit sur ce toit. Au décès du propriétaire, l'affectation du bien à l'habitation du couple est ignorée. Alors que la vie commune est identique, le résultat diffère.

454. L'extension de la jouissance temporaire du logement moralement et juridiquement justifiée. Moralement, laisser le concubin jouir d'un toit au décès de son compagnon apparaît comme une « *mesure d'humanité* »¹³⁶⁷. En effet, le concubin survivant déjà bouleversé par la perte de son compagnon ne doit pas avoir à se préoccuper de trouver un nouveau toit¹³⁶⁸.

Juridiquement, le sort de l'occupant survivant du logement doit gagner en cohérence. C'est pourquoi l'extension du droit temporaire au logement aux concubins apparaît inévitable. Elle s'inscrit dans la logique de création d'un patrimoine de dignité qui naît progressivement à mesure des réformes législatives. En définitive, la finalité de la règle semble en effet commander l'extension de la mesure à tous les modes de conjugalité¹³⁶⁹.

455. Le droit temporaire de jouissance découlant de la condition de stabilité. Le régime d'un tel dispositif reste à déterminer. Sa création est une opération délicate, car les intérêts des héritiers du *de cuius* doivent être ménagés.

Pour ce faire, la prise en compte de la durée de la cohabitation semble déterminante¹³⁷⁰, car l'absence d'engagement social des concubins doit être compensée par la longévité de la relation. Si en matière de bail, une durée d'un an suffit à transférer le bail au concubin survivant¹³⁷¹, la durée devrait être plus longue en matière de propriété. En effet, les enjeux ne sont pas les mêmes puisqu'il s'agit de priver, momentanément, un individu d'un droit acquis en sa qualité d'héritier. En outre, la détermination d'un délai n'apparaît pas nécessaire puisque la reconnaissance de la relation de

¹³⁶⁷ Fr. VAUVILLÉ, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Deffrénois* 2002, p. 1277.

¹³⁶⁸ *Contra* C. WATINE-DROUIN, « Le statut du logement familial », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Lexisnexis, 2006, p. 253, p. 261. Pour l'auteur seul l'article 215 alinéa 3 du Code civil justifie l'existence de l'article 763 du Code civil. Cependant, suite à l'extension de l'article 763 du Code civil aux partenaires, force est de constater que cette justification s'affaiblit. Le logement des partenaires n'est en effet protégé par aucun texte particulier. La justification disparaît donc.

¹³⁶⁹ En ce sens, A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n^{os} 430 et 457 et s.

¹³⁷⁰ Tout en étant précisé que la cohabitation doit être effective au jour du décès. La preuve se rapportant par tout moyen.

¹³⁷¹ Sur la critique d'un tel mécanisme, v. *supra* n^o 409, note de bas de page n^o 1277.

concubinage est soumise à un critère de stabilité qui semble attester que la relation s'est inscrite dans la durée. Dès lors que la relation est stable, il n'est nul besoin de s'attarder sur sa durée exacte.

456. La durée du droit de jouissance. La durée de la cohabitation pourrait cependant être prise en compte pour déterminer la durée du droit de jouissance. Ainsi, la longévité du droit serait proportionnelle à la longévité de la relation. Une telle corrélation semble primordiale. Si de la vie commune naît le droit de jouissance, de la durée de la vie commune dépend sa durée, sans que ce dernier excède les droits octroyés aux couples déclarés, car la jouissance d'un an constitue un *maximum* impossible à dépasser.

457. La gratuité du droit pour en assurer l'effectivité. La gratuité du droit de jouissance temporaire assure l'effectivité du mécanisme de solidarité conjugale. Le caractère gratuit apparaît à la fois comme une sorte de contrepartie de l'engagement des couples déclarés et de la contribution aux charges du ménage, mais aussi comme la continuité de la personne du défunt à travers la succession. La gratuité assurant l'effectivité du droit au logement¹³⁷².

La gratuité impose une charge aux héritiers. Ils supportent, dans une certaine mesure, les conséquences de la relation conjugale du *de cuius*. En effet, l'acceptation de la succession par les héritiers fait peser sur eux certaines charges dont le droit de jouissance est un exemple.

D'une manière générale, la création du droit temporaire de jouissance par la loi du 3 décembre 2001¹³⁷³ puis son extension aux partenaires par la loi du 23 juin 2006¹³⁷⁴ résultent de la volonté du législateur d'assurer le maintien dans le logement du survivant du couple. Dans l'optique de la création d'un droit commun du couple fondé sur une idée de solidarité minimale, le mode de conjugalité a peu d'importance¹³⁷⁵.

458. Transition. Pour les concubins, cette mesure relève du droit prospectif. *De lege lata*, les concubins sont obligés d'utiliser des mécanismes juridiques issus du droit commun. Or, aucun

¹³⁷² En ce sens, B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : Achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 5.

¹³⁷³ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2001, p. 19279.

¹³⁷⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

¹³⁷⁵ En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 149, spéc. p. 140.

de ces mécanismes ne présente les mêmes garanties que celles offertes par l'article 763 du Code civil.

2. L'insatisfaisant recours au droit commun pour le concubin survivant

459. Annonce de plan. Les concubins disposent d'outils qui leur permettent d'anticiper le sort du logement en cas de décès. Classiquement, les concubins peuvent transmettre leurs biens par libéralité. Fiscalement, une telle mesure n'apparaît pas intéressante puisque les concubins sont taxés à 60%. De sorte que pour régler cette somme, le survivant devra probablement vendre le logement. Néanmoins, le prémourant pourrait ne léguer à son concubin que l'usufruit du logement. De sorte que la transmission de l'usufruit permettra d'abaisser le montant de l'impôt dû¹³⁷⁶. Par ailleurs, si le legs dépasse la quotité disponible, le survivant s'expose à l'action en réduction des héritiers réservataires¹³⁷⁷, à moins que ces derniers n'aient renoncé de manière anticipée à l'action en réduction¹³⁷⁸, ce qui suppose une bonne entente entre les enfants du testateur et le concubin de celui-ci.

D'une manière générale, les concubins qui souhaitent préserver leur cadre de vie après le décès de l'un d'eux peuvent choisir d'acquérir un bien en indivision (a) ou d'insérer une clause d'accroissement (b). Cependant en raison de l'essor de la société civile immobilière¹³⁷⁹, ces mécanismes classiques semblent désormais secondaires (c).

a. L'achat en indivision

460. L'impossibilité pour le concubin d'obtenir l'attribution préférentielle. L'indivision est le mode traditionnel d'acquisition des biens immobiliers par les concubins. Lorsque l'un des indivisaires décède, l'indivision n'a pas vocation à disparaître. Le concubin survivant se trouve alors en indivision avec les héritiers du défunt. Ni les héritiers ni le concubin survivant, à moins d'être légataire universel ou à titre universel¹³⁸⁰, ne peuvent demander l'attribution préférentielle.

¹³⁷⁶ Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, JCP N, 2013, p. 1041, n° 25.

¹³⁷⁷ Art. 920 C. civ.

¹³⁷⁸ Art. 929 C. civ. Cette renonciation, encadrée par un formalisme rigoureux, est une innovation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

¹³⁷⁹ L'introduction de la société civile immobilière dans le Code civil résulte de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, *JORF* 5 janv. 1978, p. 179.

¹³⁸⁰ Art. 833 al. 2 C. civ. V. *infra* n° 462.

En cas de relation conflictuelle entre les héritiers et le concubin survivant, ce dernier ne pourra jouir de ce bien de manière paisible puisqu'en vertu de l'article 815 du Code civil le partage peut être demandé à tout moment.

Afin de demeurer dans le logement sans craindre le partage et par conséquent l'éventuelle perte du bien, le concubin pourrait recourir à l'attribution éliminatoire prévue à l'article 824 du Code civil, à condition d'être en présence d'au moins trois indivisaires dont au moins deux souhaitent demeurer dans l'indivision¹³⁸¹. L'utilisation de ce mécanisme nécessite donc qu'outre le concubin, au moins un autre indivisaire souhaite demeurer dans l'indivision. Toutefois, une telle demande conduit nécessairement à appauvrir le concubin puisqu'il doit verser au demandeur en partage la somme qui correspond à la valeur de sa part. De sorte que l'utilisation de l'attribution éliminatoire peut s'avérer coûteuse pour le concubin survivant.

461. L'attribution préférentielle grâce à la convention d'indivision. Si le droit commun de l'indivision n'offre pas de protection satisfaisante pour le concubin survivant, la convention d'indivision peut prévoir l'attribution préférentielle du logement au concubin survivant¹³⁸². Classiquement, il était enseigné que seuls les héritiers et les conjoints avaient la possibilité d'insérer dans leur convention une telle clause¹³⁸³, la convention d'indivision ne pouvant déroger au droit commun de l'indivision sur la question de l'attribution du local servant d'habitation¹³⁸⁴.

Mais un arrêt de la Cour de cassation du 26 septembre 2012 remet en cause cette solution. Si, comme elle le fait habituellement, la Cour de cassation considère que l'attribution préférentielle n'est ouverte qu'aux époux, partenaires ou héritiers, elle précise toutefois que « *l'indivision conventionnelle liant M. X... à M. Y... ne prévoyait pas d'attribution préférentielle du bien indivis* »¹³⁸⁵, étant précisé que ladite indivision conventionnelle avait été conclue entre deux concubins. Est-ce à dire que la clause prévoyant l'attribution préférentielle au profit du concubin

¹³⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, n° 94-19.097, *Bull. civ. I*, n° 133 ; *D.* 1996, p. 363, obs. M. GRIMALDI.

¹³⁸² Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, *JCP N*, 2013, p. 1041, n° 25.

¹³⁸³ Par la suite, la solution a été étendue aux partenaires qui désormais peuvent bénéficier de l'attribution préférentielle.

¹³⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1988, n° 86-15.090, *Bull. civ. I*, n° 174.

¹³⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-12.838, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *Deffrénois* 2013, p. 246, note D. AUTEM.

survivant est valable ? Il est possible de le penser¹³⁸⁶, à condition que les concubins soient les seuls indivisaires¹³⁸⁷, car dès lors que l'un des coindivisaires est un héritier *ab intestat*, la clause ne produit plus d'effet. En effet, en cas d'indivision conventionnelle, l'article 1873-13 du Code civil, relatif au sort du bien indivis au décès de l'un des coindivisaires, ne peut préjudicier à l'application des dispositions du droit commun de l'indivision notamment le principe de primauté de l'héritier *ab intestat* en matière d'attribution préférentielle du logement¹³⁸⁸.

En définitive, l'attribution préférentielle entre les concubins doit avoir été anticipée par convention à condition qu'aucun héritier *ab intestat* ne vienne à la succession.

462. Les parades pour bénéficier d'une attribution préférentielle efficace. Différents montages juridiques peuvent conduire à l'attribution du logement conjugal au profit du concubin survivant¹³⁸⁹. La première possibilité est de tenter de faire valoir la création d'une société créée de fait afin d'obtenir l'attribution des parts en tant qu'occupant du logement¹³⁹⁰. Cependant, la réception de la société créée de fait entre concubins est tellement incertaine que cette voie semble compromise¹³⁹¹.

Afin d'hériter du logement conjugal, le second montage consiste à instituer le survivant en tant que légataire universel ou à titre universel¹³⁹². Cependant, dans ce cas le légataire reste soumis aux droits de mutation à titre gratuit de 60 %. Ce faisant le legs serait contraire au but recherché si, pour payer les droits de mutation à titre gratuit, le concubin devait vendre le logement dont il a hérité. L'autre risque du legs est de s'exposer à l'action en réduction des héritiers réservataires en cas de dépassement de la quotité disponible¹³⁹³.

¹³⁸⁶ *Contra* M. GRIMALDI, « Le partage : état des lieux », *Defrénois* 2012, p. 1123, n° 15.

¹³⁸⁷ Entre les concubins. En ce sens, X. BOUCHÉ, J.-M. PLAZY, « Le recours au contrat : protéger le coacquéreur survivant », *JCP N* 2015, p. 1170, n° 53.

¹³⁸⁸ Art. 831-2 C. civ.

¹³⁸⁹ On peut aussi imaginer l'existence d'une telle mesure dans le cadre d'une séparation.

¹³⁹⁰ Art. 1844-9 C. civ.

¹³⁹¹ V. par ex. CA Paris, 31 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 113, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET.

¹³⁹² Dans ce cas, le concubin devient héritier. Il peut par conséquent demander l'attribution préférentielle.

¹³⁹³ Art. 920 et s. C. civ. Les héritiers peuvent cependant renoncer à l'action en réduction comme le prévoit l'article 929 du Code civil.

463. Transition. L'indivision ne semble pas être une solution satisfaisante, notamment lorsque le concubin survivant et les héritiers sont coindivisaires. Afin de passer outre l'obstacle que constituent les héritiers, les concubins ont la possibilité de recourir à la tontine.

b. La tontine

464. Une acquisition civilement avantageuse. L'acquisition du logement en tontine est ouverte à tous les modes de conjugalité, bien que sa terre d'élection soit le concubinage. Civilement, la tontine présente des avantages non négligeables puisqu'elle permet au survivant d'être considéré comme l'unique propriétaire du bien¹³⁹⁴, sans que l'opération soit qualifiée de donation¹³⁹⁵.

Sur le plan civil, elle présente toutefois quelques inconvénients notamment lorsque la discorde naît entre les tontiniers. En effet, la tontine étant irrévocable, les concubins sont voués à demeurer dans leur situation¹³⁹⁶. Seul le décès d'un des tontiniers met fin à la tontine, à moins qu'une clause insérée au contrat n'anticipe la fin de la tontine¹³⁹⁷.

465. Un régime fiscal dissuasif. L'avantage civil qui réside dans la faculté d'ignorer les héritiers est contrebalancé par le régime fiscal de la tontine. Le traitement de la clause d'accroissement par l'administration fiscale la prive, en pratique, d'une grande partie de son intérêt. En effet, l'administration fiscale la soumet aux droits de mutation à titre gratuit¹³⁹⁸. De sorte que

¹³⁹⁴ Le mécanisme de la clause d'accroissement est bien connu. Chacun des acquéreurs se trouve propriétaire de la moitié du bien sous la condition résolutoire de son prédécès et propriétaire de l'autre moitié sous la condition suspensive de sa survie.

¹³⁹⁵ Sauf dans les cas où l'aléa disparaît. Dans ce cas, la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une donation déguisée. À ce titre, il existe deux cas de figure qui peuvent entraîner une requalification. L'absence d'aléa peut résulter du financement par le concubin qui décède en premier ou de l'absence d'aléa sur l'ordre des décès. V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-21.011, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *AJ fam.* 2007, p. 316, obs. Fr. BICHERON.

¹³⁹⁶ Des auteurs ont même qualifié cette situation de « piège à concubins », v. Ph. MALAURIE, *Les successions, les libéralités*, Cujas, 1989 ; n° 573.

¹³⁹⁷ Pour des exemples, v. G. BAFFOY, « L'acquisition en tontine », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, Lexisnexis, 2014, p. 391, spéc. pp. 395-396.

¹³⁹⁸ Sauf pour la résidence principale d'une valeur de moins de 76 000 euros.

Les partenaires et les époux reçoivent un traitement bien plus avantageux puisqu'ils sont exonérés de droit de mutation à titre gratuit en cas de décès.

les concubins étant étrangers l'un à l'autre se trouvent soumis à une imposition de 60 %. L'imposition est telle qu'elle dissuade les concubins de recourir à la tontine.

466. Transition. La tontine présente elle aussi des défauts. L'acquisition faite par une société civile immobilière et donc la naissance d'une personnalité morale est peut-être la solution pour les concubins.

c. La SCI

467. L'insuffisance de la SCI seule. L'interposition d'une société civile immobilière est une piste explorée par un grand nombre de concubins. Lorsque les deux seuls associés de la société civile immobilière sont les concubins, la rédaction des statuts permet de préserver le bien de l'intervention des héritiers¹³⁹⁹. Au décès, le concubin survivant contrôle l'entrée des nouveaux associés dans la société préservant ainsi le logement de toute intervention extérieure, notamment lorsqu'une « *clause d'agrément* » a été rédigée¹⁴⁰⁰. Sans cette clause, les héritiers recueillent les parts du *de cuius*. Ils se trouvent alors en concurrence avec le concubin. Ce dernier se trouve de fait dans une situation similaire à celle des indivisaires, car la création d'une société civile immobilière ne fait pas disparaître la relation entre le concubin survivant et les héritiers. Si ces derniers sont associés de la société, le concubin survivant partage avec eux les parts sociales.

Cette clause d'agrément ne présente de réelle utilité qu'à condition que le survivant dispose des moyens suffisants pour financer les parts des héritiers¹⁴⁰¹.

468. Annonce de plan. Pour que la société civile immobilière ait une réelle utilité, il est nécessaire de lui adosser un autre mécanisme tel que la tontine (a) ou le démembrement croisé des parts constituant la société civile immobilière (b).

a. Le pacte tontinier sur les parts de SCI

469. Les avantages de la tontine conjugués à l'application des frais de mutation à titre onéreux. La tontine est ici utilisée dans le cadre de la société civile immobilière. La tontine ne

¹³⁹⁹ On peut par exemple penser à la clause d'agrément qui permet de contrôler la cession des parts sociales.

¹⁴⁰⁰ Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, JCP N, 2013, p. 1041, n° 20.

¹⁴⁰¹ Fr. BICHERON, art. précité, n° 20.

porte donc pas sur le logement lui-même, mais sur les parts sociales de la société civile immobilière propriétaire du bien¹⁴⁰². Ce faisant, le survivant est réputé être propriétaire de l'ensemble des parts de la société de manière rétroactive. L'avantage de ce montage juridique est d'éviter l'application du taux confiscatoire de 60 % au titre des droits de mutation à titre gratuit¹⁴⁰³. En effet, en raison de l'existence de la société civile immobilière, seuls les frais de mutation à titre onéreux sont dus par l'associé qui reçoit les parts, à condition que l'aléa existe et que la fraude ne soit pas constituée.

470. Le pacte tontinier sur les parts sociales ne fait pas disparaître les défauts inhérents à la tontine. Ce montage présente deux défauts importants. D'une part, la constitution d'une société civile immobilière tontinière peut toujours être requalifiée de libéralité, notamment en cas d'absence d'aléa ou d'existence d'une fraude¹⁴⁰⁴. D'autre part, si la dissolution du couple est due à une séparation, les concubins continuent à être liés par le pacte tontinier.

471. Transition. Une autre possibilité est offerte aux concubins. Il s'agit pour eux de prévoir un démembrement croisé des parts de SCI.

β. Le démembrement croisé des parts de SCI

472. Le fonctionnement. Afin que le concubin survivant bénéficie pleinement du logement au décès de son concubin associé, il est nécessaire qu'une clause de démembrement croisé des parts de la société civile immobilière ait été prévue dans les statuts. Le but étant ici que chacun des concubins soit nu-propiétaire de la moitié des parts et qu'ils soient parallèlement usufruitiers des parts de l'autre. Au décès d'un des concubins, l'usufruit des parts revient au concubin survivant. De ce fait, il devient propriétaire de la moitié des parts de la société civile immobilière et usufruitier de la moitié restante.

473. Un avantage pour les concubins, un désavantage pour les héritiers. L'avantage de cette technique est d'offrir une alternative aux concubins afin que ces derniers échappent à la forte imposition en matière de donation. Par le biais de ce montage, les concubins restent toutefois en

¹⁴⁰² Pour une étude de ce montage, Ph. GOSSE, « La clause de tontine dans les statuts d'une société civile immobilière », *LPA* 18 juin 2001, p. 4. V. aussi B. RECEVEUR, « La rupture du concubinage et la société civile immobilière », *LPA* 5 sept. 2017, p. 47.

¹⁴⁰³ En ce sens, M. LEROY, « Société civile et optimisation de la transmission à titre gratuit du patrimoine privé », *JCP N* 2009, p. 1166. V. aussi CA Chambéry, 18 nov. 2003, *JCP N* 2005, p. 1478, obs. J.-P. GARÇON.

¹⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 05-21.011, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *JCP N* 2007, p. 1215, obs. J.-P. GARÇON.

concurrence avec les héritiers du conjoint prédécédé puisqu'ils reçoivent, par le biais de la succession, la nue-propiété de la moitié des parts sociales. Le survivant ne dispose donc pas de l'ensemble des droits sur le bien. Toutefois cela lui permet de demeurer dans le logement sans pouvoir être inquiété par les héritiers du concubin prédécédé. Si ce mécanisme est à l'avantage des concubins, il ne l'est pas forcément pour les héritiers, car après le décès du second concubin, les héritiers de chacun d'eux se trouvent, selon les cas, associés de la société civile immobilière ou en indivision en cas de disparition de celle-ci.

474. Conclusion chapitre 2. L'affectation du bien à l'habitation du couple produit certains effets à l'issue de l'union. Le législateur a en effet intégré certaines règles au Code civil visant à préserver le cadre de vie du compagnon qui se trouve dans une situation de détresse matérielle ou psychologique. Néanmoins, aucun droit commun du couple ne se dégage de ces dispositions. En effet, les époux sont souvent les mieux protégés alors que les concubins, quant à eux, victimes de leur mode de conjugalité, ne le sont pratiquement pas. Concernant les partenaires, le législateur a décidé de leur réserver un sort intermédiaire. Ainsi, ils bénéficient de la possibilité de se faire attribuer de manière préférentielle le droit au bail ou le logement en cas de séparation. Par ailleurs, lorsque le Pacs est dissous à la suite d'un décès le partenaire survivant obtient le même droit temporaire de jouissance gratuite du logement que les époux.

Ce droit temporaire de jouissance est la manifestation la plus symbolique de l'instauration d'une solidarité minimale en faveur du survivant du couple déclaré. C'est pourquoi il doit intégrer le socle de règles communes à toutes les formes de conjugalité. Ce faisant, les concubins obtiendraient les mêmes droits sur le logement que les couples déclarés.

D'une manière générale, la généralisation du droit de jouissance temporaire du logement s'inscrit dans la démarche humaniste qui est à l'origine de la création d'un statut *minimum* interconjugalité.

475. Conclusion Titre 2. Le législateur adopte, sur la question du logement conjugal, une position hésitante. Si les règles afférentes au logement des membres du couple s'uniformisent, elles ne forment pas pour autant un socle de règles communes puisque les concubins et dans une moindre mesure les partenaires en sont exclus.

Tant pendant la vie du couple, qu'après la dissolution de celui-ci des différences persistent. Lorsque l'un des membres du couple déclaré est confronté au décès de son compagnon, les règles

de protection du logement conjugal illustrent l'existence d'une solidarité temporaire. Si la différence de traitement entre les partenaires et les époux s'estompe peu à peu, le fossé se creuse avec les concubins qui subissent les conséquences de leur choix de vie. En effet, ces mesures exceptionnelles d'humanité propres au mariage et au Pacs constituent une sorte de droit autonome dont le résultat ne peut être atteint d'aucune autre manière. L'exclusion du concubinage de ces mécanismes de protection les condamne à anticiper les effets de la dissolution du couple en cas de décès, car, en matière de logement, le droit ne pallie pas l'imprévision des concubins. On en déduit que seuls les devoirs auxquels se soumettent les couples déclarés justifient cette protection. Néanmoins, l'idéologie humaniste qui est au cœur de ces mécanismes de protection du logement conjugal après le décès s'oppose à l'exclusion des concubins. Dès lors qu'un individu se trouve dans une situation précaire à la suite du décès de son concubin, le législateur doit prévoir des règles provisoires qui permettent de protéger le logement qui s'avère être un élément indispensable pour assurer son épanouissement et éviter sa marginalisation¹⁴⁰⁵. En effet, « *préserver le cadre de vie, c'est assurer la dignité de la personne en lui assurant le maintien dans un monde de repères et d'habitudes, propre à lui garantir une certaine qualité de vie* »¹⁴⁰⁶.

Le législateur doit en effet tenir compte de l'affection réciproque qui liait les membres du couple jusqu'au décès en assurant la préservation du cadre de vie du survivant, indépendamment du mode de conjugalité.

Lorsque le couple disparaît consécutivement à une séparation, d'importantes disparités entre les modes de conjugalité se font jour. La séparation dévoile l'absence de règles unificatrices puisque dans ce cas la protection de l'occupant dépend à la fois du mode de conjugalité et de la spécificité du droit par lequel le logement du couple est assuré. Ainsi, plus le droit est fort et individualisé, moins les couples hors mariages sont protégés. De sorte que les concubins et les partenaires sont, d'une manière générale, moins bien protégés que les époux, sauf si le couple

¹⁴⁰⁵ Une partie de la doctrine se montre en faveur de cette extension. V. par ex., M. LAMARCHE, « La conjugalité », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 23, spéc. p. 26 : « *La conjugalité inscrit tout d'abord le couple dans un lieu, celui de la communauté de vie. Communauté de vie et protection relative au lieu de vie et plus pré-cisément au logement, devraient de ce fait aller de paire. Il est dès lors difficile de comprendre pourquoi la protection accordée par l'article 215 du Code civil* ». V. aussi L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse Université Aix-Marseille, 2014, n° 536, spéc. p. 550.

¹⁴⁰⁶ Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, JCP N, 2013, p. 1041, n° 17.

occupe le logement conjugal au titre d'un bail. L'exclusion des couples hors mariage est une conséquence du principe de liberté et d'absence de contraintes des modes de conjugalité hors mariage. On peut en déduire que la création d'une solidarité postérieure à la rupture dénaturerait ces modes de conjugalité. Bien que la mise en place progressive d'un patrimoine de dignité semble propice à l'émergence d'un ensemble de règles communes relatives à la protection de l'occupant du logement conjugal, il est nécessaire de garder à l'esprit que l'affection qui liait les membres du couple a disparu. C'est dans ce cas, justement, que le pluralisme conjugal prend tout son sens. Alors que les époux se marient pour le présent, mais aussi pour le futur, le Pacs et le concubinage s'inscrivent seulement dans le présent. C'est pourquoi les mesures visant à préserver le cadre de vie de l'un des membres du couple à l'issue de la séparation doivent rester propres au mariage.

Si la protection de l'occupant du logement conjugal apparaît comme une mesure emprunte d'humanisme, la solidarité postérieure à la disparition de la relation conjugale ne se résume pas à cela. En effet, cette solidarité semble devoir être avant tout pécuniaire.

Titre 3 : LA SOLIDARITÉ PÉCUNIAIRE

476. L'appréhension de la solidarité comme une entraide. La solidarité est inhérente à la société. Certains, comme PROUDHON, ont tenté de l'appréhender¹⁴⁰⁷. Cependant, c'est dans un sens plus spécifique que la solidarité sera abordée dans les développements à suivre puisqu'il s'agit davantage de l'héritage du principe de charité formulé par le christianisme. Et de cette charité découle l'aumône : l'action de donner aux plus pauvres, aux nécessiteux. C'est justement par cette solidarité *minimum* que le droit commun du couple doit s'exprimer.

Juridiquement, la solidarité se traduit, entre autres, comme « *une entraide qui, dans l'épreuve, soumet réciproquement les plus proches parents et alliés à des devoirs élémentaires de secours et d'assistance et se prolonge, après la mort, par une vocation successorale réservataire* »¹⁴⁰⁸.

477. La naissance de la solidarité entre les membres du couple. L'idée d'entraide est présente entre tous les membres de la société, et plus particulièrement au sein de la famille qui est « *une unité fondamentale de base de la solidarité* »¹⁴⁰⁹. La solidarité familiale est imposée par le législateur, car la famille remplit une fonction héréditaire, mais aussi économique¹⁴¹⁰. En effet, elle est une « *unité de production et de consommation, [un] mécanisme d'assurance et [un] réservoir de capital* »¹⁴¹¹. C'est pourquoi le législateur impose une solidarité au sein des familles.

¹⁴⁰⁷ Sur ce point, P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ? Recherches sur le principe du droit et du gouvernement*, Garnier-Flammarion par R. DAMIEN et É. CASTLETON, 1966. PROUDHON met tout d'abord la solidarité en relief dans le travail. Selon lui c'est par la solidarité que l'homme façonne son monde. L'idée de solidarité a, par la suite, connu un essor important. Elle est devenue récurrente dans les discours politique et social. Elle justifie l'existence de notre système d'aide sociale, elle légitime certaines des interventions de l'État. Sur la question de la solidarité en général, v. not. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Presses universitaires du Septentrion, Sociologie éd., 1998.

¹⁴⁰⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V^o Solidarité.

¹⁴⁰⁹ FI. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. MURAT, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016, n^o 5.

¹⁴¹⁰ R. LE GUIDE, « Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 299.

¹⁴¹¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 279.

En raison de la contraction de la cellule familiale, le couple est venu se placer au cœur des relations familiales. De nouvelles solidarités sont apparues en complément ou en substitution de la solidarité familiale originelle. La famille, pour diverses raisons, s'est en effet recentrée autour du couple et des enfants¹⁴¹² permettant ainsi la naissance d'une solidarité matrimoniale, voire d'une solidarité conjugale.

478. Annonce de plan. Il n'y a rien d'étonnant à ce que les membres du couple s'entraident pendant l'union (Chapitre 1). En effet, leur relation les pousse à être solidaires¹⁴¹³. Tant que l'harmonie règne entre les époux, les partenaires et les concubins, la solidarité apparaît comme une évidence. C'est pourquoi les développements à ce propos sont relativement brefs. En revanche, la question de la solidarité à l'issue de l'union est plus délicate. Alors que la disparition du lien conjugal devrait entraîner l'anéantissement de la solidarité, pléthore de dispositions légales et de démarches volontaires des membres du couple instaurent une solidarité à l'issue de l'union (Chapitre 2).

¹⁴¹² É. DURKHEIM, « La famille conjugale, cours de 1892 », *Revue philosophique* 1921, p. 2. V. aussi, J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 289. Selon certains auteurs, on est passé à une nouvelle famille moderne qui se recentre encore davantage autour de l'individu. À ce propos, v. par ex. Fr. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Armand Colin, coll. Domaines et approches, 5^e éd., 2014, p. 289 et s.

¹⁴¹³ La solidarité conjugale résumerait plusieurs visages. Elle serait en cela la plus complète de toutes les formes de solidarité. En ce sens, A. SUPIOT, « Introduction », in A. SUPIOT (dir.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, 2015, pp. 7 et s., spéc. p. 10.

Chapitre 1. La solidarité au cours de l'union

479. Une obligation légale inutile ? En dehors de toute crise conjugale, les membres du couple sont volontairement solidaires entre eux. De sorte que la création d'un devoir imposé ressemble davantage à un rappel d'ordre moral qu'à une obligation juridique.

480. Le devoir d'assistance. Le législateur soumet les couples déclarés à un devoir de solidarité dont la première manifestation est l'assistance. Cette dernière est un devoir personnel qui se distingue du devoir de secours en ce qu'elle n'est pas d'ordre pécuniaire. Elle est une obligation de faire qui consiste en une « *aide mutuelle, morale et matérielle, entre époux, dans la vie quotidienne (des tâches ménagères à l'aide professionnelle) et, surtout, face à l'adversité : le deuil, le chômage, l'échec, la maladie* »¹⁴¹⁴. L'assistance est discrète puisqu'« *elle s'exécute par le vécu matrimonial* »¹⁴¹⁵. Elle est un comportement guidé par le lien affectif¹⁴¹⁶ qui s'apparente à l'attitude que tout membre d'un couple devrait avoir envers l'autre¹⁴¹⁷. Sa transcription dans le Code civil montre la volonté du législateur de lui donner un contenu juridique. Néanmoins, elle n'a d'existence juridique qu'au moment de la crise conjugale, car à ce moment, « *elle se transforme en*

¹⁴¹⁴ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 1477.

¹⁴¹⁵ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V° Mariage (4^e effets), n° 80. Par ailleurs tant qu'aucune situation de crise n'existe, l'exécution de ce devoir est plutôt discrète, « *assez discrète pour échapper au Droit* ». En ce sens, J.-Cl. LOMBOIS, *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. XLVIII, 1963, p. 69.

¹⁴¹⁶ M. LAMARCHE, « L'obligation d'assistance entre époux », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 67. Aussi longtemps qu'existe le lien affectif, les époux se portent assistance sans qu'ils se sentent obligés de le faire, car le lien affectif fonde l'assistance. La disparition de ce dernier matérialisé par la séparation de fait des époux entraîne une mutation du devoir d'assistance qui se confond alors avec le devoir de secours.

¹⁴¹⁷ L'exemple traditionnel de la mise en application de l'assistance est la maladie. D'ailleurs, autrefois, l'assistance ne semblait exister qu'en cas de maladie. Le domaine était donc restreint, mais le devoir était lourd pour celui qui devait l'exécuter. À titre d'exemple, le conjoint de l'époux malade devait supporter les coups et les injures. Il devait aussi porter assistance en cas de maladie contagieuse au risque de tomber lui-même malade. En ce sens, M. CULIOLI, « La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.* 1968, p. 253, n° 21. Selon l'auteur, cela pouvait même se soumettre à l'obligation de donner son sang. De nos jours, en raison de l'évolution des mœurs, cette obligation semble moins contraignante. L'introduction par la loi du 11 juillet 1975 (Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171) de la possibilité de divorcer en raison de l'altération des facultés mentales en est un exemple. Si la contrainte a diminué, le domaine, quant à lui s'étendu. Il ne se limite plus seulement à la maladie. Il est possible d'imaginer d'autres situations dans lesquelles le conjoint doit apporter à son conjoint son soutien tant matériel que moral. Il en est ainsi du licenciement, de la perte d'un être cher, d'un chômage de longue durée, d'une épreuve judiciaire... Ainsi l'assistance est une notion fuyante appréciée en fonction des circonstances, de l'âge et de la santé.

équivalent pécuniaire »¹⁴¹⁸. Ce devoir personnel exprime l'idée d'un devoir de solidarité minimum entre les époux.

L'assistance n'est pas propre aux époux. En effet, en vertu de l'article 515-4 du Code civil, les partenaires sont eux aussi soumis à une assistance réciproque, sans nul doute héritée du droit du mariage¹⁴¹⁹. L'assistance représente donc le versant personnel du devoir d'entraide des couples déclarés. Dans la pratique, la distinction entre le devoir de secours et l'assistance a un intérêt limité, car les manifestations les plus évidentes de ces devoirs apparaissent au moment de la séparation. Or à ce moment l'assistance et le secours se confondent¹⁴²⁰.

En définitive, le maintien de la distinction entre ces deux devoirs se justifie seulement par le caractère éminemment moral de l'assistance.

481. Annonce de plan. Outre le devoir d'assistance qui illustre principalement une solidarité d'ordre moral, la solidarité est aussi d'ordre pécuniaire. Dans ce domaine, le régime des époux semble bien plus précis que celui des partenaires. En effet, les conjoints sont soumis à un devoir de contribution aux charges du mariage et à un devoir de secours ce qui semble exprimer l'idée de solidarité maximale dans le mariage (Section 1). La situation est moins évidente entre les partenaires qui ne sont soumis qu'à une aide matérielle. Derrière cette expression point l'idée de solidarité, toutefois ses contours demeurent imprécis (Section 2). En revanche la solidarité à laquelle se soumettent les concubins ne fait l'objet d'aucune traduction juridique. De sorte que la solidarité dans le concubinage résulte d'une démarche volontaire des concubins. Bien qu'il n'existe

¹⁴¹⁸ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V^o Mariage (4^o effets), n^o 80.

¹⁴¹⁹ La première version du Pacs prévoyait une aide mutuelle et matérielle entre les partenaires. L'imprécision de cette notion dénoncée par une partie de la doctrine a conduit à l'intégration de l'assistance réciproque. Pour une critique de la notion d'aide, v. M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, p. 813, n^o 7 ; Th. REVET, « Mariage(s), la loi 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173.

¹⁴²⁰ Cela a d'ailleurs conduit un auteur à envisager la confusion entre ces deux devoirs. C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, préf. G. WIEDERKEHR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. CLXX, 1981, p. 48 et s.

pas de devoir de solidarité, les concubins s'apportent une aide réciproque, ils s'entraident volontairement sans que le législateur l'impose¹⁴²¹.

Section 1. La solidarité imposée aux époux

482. Deux devoirs distincts sur le plan patrimonial. La solidarité sur le plan patrimonial est imposée par deux devoirs distincts : la contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil et le devoir de secours de l'article 212 du Code civil¹⁴²². Classiquement, l'exécution du devoir de secours est présentée comme une obligation de donner soumise à l'existence d'un état de besoin du conjoint¹⁴²³ alors que la contribution aux charges du mariage est indifférente de l'état de besoin¹⁴²⁴. C'est pourquoi il semble se dégager deux degrés distincts en matière de solidarité. Le premier degré est celui d'une solidarité minimale représentée par le devoir de secours. Le second degré est celui d'une solidarité maximale que l'on trouve dans la contribution aux charges.

¹⁴²¹ La Cour de cassation rappelle régulièrement qu'il n'existe pas de devoir de contribution aux charges du ménage entre les concubins. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, n° 98-19.527, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *Dr. fam.* 2000, comm. n° 139, note B. BEIGNIER ; *D.* 2001, p. 497, p. 497, note R. CABRILLAC ; Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, n° 04-15.480, *Bull. civ. I*, n° 517 ; *AJ fam.* 2007, p. 33, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 32, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Plus récemment, Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-18.891, non publié. En outre, la Cour de cassation refuse de consacrer une action en contribution sur le fondement de l'enrichissement sans cause (devenu l'enrichissement injustifié à la suite de la réforme du droit des contrats du 10 février 2016). Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, n° 04-15.480, *Bull. civ. I*, n° 517 ; *AJ fam.* 2007, p. 33, obs. Fr. CHÉNÉDÉ ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 32, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Néanmoins, l'existence d'un enrichissement injustifié est soumise à l'absence d'intention libérale et à l'absence d'intérêt personnel de celui qui a exposé les dépenses. Or pour apprécier cet intérêt personnel les juges se fondent souvent sur la contribution aux charges de la vie commune. En ce sens, J.-J. LEMOULAND, « Rupture du concubinage et enrichissement sans cause : une jurisprudence imprévisible », *D.* 2009, p. 140. « Ainsi, le principe de la contribution aux charges du ménage est acquis dans les relations entre concubins mais ses modalités de mise en œuvre relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond » : O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n°s 372 à 375.

¹⁴²² Bien que le devoir de secours et le devoir de contribution aux charges du mariage soient distincts, ils se ressemblent en ce qu'ils ne sont pas directement liés à l'existence du lien affectif. En effet, la requête en divorce qui atteste de la disparition de l'élément subjectif de la communauté de vie ne met pas fin à ces devoirs. Le devoir de secours tient les époux jusqu'au prononcé du divorce (Cass. civ. 2^e, 12 juil. 1972, n° 71-12.611, *Bull. civ. II*, n° 221. Une fois les mesures provisoires prononcées, ce sont les dispositions de l'article 255 6 du Code civil qui viennent se substituer dans l'article 212 du Code civil. Cependant, la pension accordée par le juge trouve sa justification à l'article 212 du Code civil. Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 1998, n° 96-14.264, *Bull. civ. I*, n° 228). Il en va de même en matière de contribution aux charges du mariage. Ce devoir ne disparaît pas en raison de la séparation de fait. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1981, n° 79-14.105, *Bull. civ. I*, n° 6.

¹⁴²³ La corrélation entre le besoin et le secours a cependant été remise en cause ces dernières années.

¹⁴²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1970, n° 68-13.491, *Bull. civ. I*, n° 220.

483. Annonce de plan. En dépit de leur différence, une partie de la doctrine assimile le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage¹⁴²⁵. Selon les partisans de cette thèse, il s'agit d'un seul et même devoir dans lequel le secours est le principe et la contribution aux charges du mariage son application. Le secours serait donc un principe moral qui se concrétiserait dans le devoir de contribution aux charges du mariage¹⁴²⁶.

Pour arriver à une telle conclusion, les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage ont été appréhendés d'une manière totalement nouvelle. Dans un premier temps, les juges, poussés par la doctrine, ont abandonné le caractère misérabiliste du devoir de secours (§1). Dans un second temps, la contribution aux charges du mariage a intégré la catégorie des aliments (§2). Cette assimilation partielle des aspects pécuniaires de l'entraide matrimoniale qui consiste à ne plus distinguer la solidarité minimale et la solidarité maximale semble artificielle, car chacun de ses devoirs conserve son particularisme. C'est pourquoi ils ne doivent pas être confondus (§3).

§1. L'abandon du critère de besoin du devoir de secours

484. La mise à l'écart du côté misérabiliste. Cette théorie connaît un essor important depuis le début des années 1980. Le rapprochement des devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage a été rendu possible par l'abandon du caractère « *misérabiliste* » du devoir de secours¹⁴²⁷. Désormais, le versement de la pension fondée sur le devoir de secours n'est plus justifié par la situation de besoin, mais par la volonté de maintenir un niveau de vie correspondant au niveau social¹⁴²⁸. Autrement dit, la pension est maintenant destinée à maintenir le niveau de vie qu'avait l'époux le moins fortuné¹⁴²⁹. Elle devient un moyen d'égaliser les niveaux de vie des époux¹⁴³⁰, opérant ainsi un glissement d'une conception objective du secours vers une conception

¹⁴²⁵ A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2014, n° 316 ; N. NEFUSSY, « Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale », *LPA* 24 déc. 2012, p. 3. Pour une position plus nuancée, J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014, n° 254.

¹⁴²⁶ C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*, préf. G. WIEDERKEHR, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. CLXX, 1981, p. 60.

¹⁴²⁷ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016, n° 1824.

¹⁴²⁸ Cass. civ. 2^e, 11 juil. 1979, n° 78-14.620, *Bull. civ. II*, n° 207.

¹⁴²⁹ Cass. civ. 2^e, 7 mai 1980, n° 78-15.739, *Bull. civ. II*, n° 97.

¹⁴³⁰ A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2016, n° 316 ; É. MULON, « Le devoir de secours pendant l'instance en divorce », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2008, p. 14.

subjective¹⁴³¹. La pension versée sur le fondement du devoir de secours perd son caractère alimentaire pour devenir aussi indemnitaire¹⁴³².

De telles solutions sont permises par la distinction faite entre le besoin et la pauvreté qui ne sont pas nécessairement synonymes¹⁴³³. En effet, le besoin se trouve aussi dans le maintien d'un niveau identique à celui que les époux avaient pendant le mariage.

485. L'abandon de la seule condition de besoin dans le divorce pour rupture de la vie commune. L'abandon du critère de besoin dans le devoir de secours doit être relativisé, car les décisions de la Cour de cassation allant en ce sens s'inscrivent dans un domaine restreint, celui de l'ancien divorce pour rupture de la vie commune. En effet, le législateur avait souhaité "punir" le conjoint à l'origine de la rupture. C'est pourquoi les magistrats de la Cour de cassation ont imposé au conjoint à l'origine du divorce un "devoir de secours renforcé" qui, en plus de perdurer après le prononcé du divorce¹⁴³⁴, ne se limite pas seulement au strict nécessaire¹⁴³⁵.

L'exemple le plus probant de l'abandon du critère misérabiliste est celui d'un arrêt cassé par la Cour de cassation le 16 janvier 1991 au visa de l'ancien article 282 du Code civil¹⁴³⁶. Les juges du fond avaient en effet relevé que « *le devoir de secours ne peut être appliqué que si l'un des époux se trouve, par rapport à l'autre, dans l'état de besoin et de nécessité ; qu'il résulte des pièces versées que les ressources de l'épouse la mettent dans une situation matérielle à l'abri du besoin et que le versement d'une pension alimentaire versée par le mari serait une source d'enrichissement injustifiée* »¹⁴³⁷. La Cour de cassation décide qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

¹⁴³¹ En ce sens, R. FAIVRE, *L'émergence du droit familial alimentaire du couple. Étude critique*, thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, n^{os} 62 et s.

¹⁴³² La pension alimentaire devient alors un ersatz de prestation compensatoire.

¹⁴³³ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n^o 150, spéc. p. 115.

¹⁴³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 avr. 2015 QPC, n^o 15-40.007, non publié. La Cour de cassation a décidé qu'il n'y avait pas lieu à renvoyer devant le Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le fait de faire perdurer le devoir de secours après le divorce des époux.

¹⁴³⁵ Dans le même sens, R. FAIVRE, *L'émergence du droit familial alimentaire du couple. Étude critique*, thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, n^o 65.

¹⁴³⁶ Art. 282 anc. C. civ. « *L'accomplissement du devoir de secours prend la forme d'une pension alimentaire. Celle-ci peut toujours être révisée en fonction des ressources et des besoins de chacun des époux* ».

¹⁴³⁷ Cass. civ. 2^e, 16 janv. 1991, n^o 89-19.185, *Bull. civ. II*, n^o 19.

486. L'abandon de la seule condition de besoin dans le cadre de la séparation de corps.

Depuis quelques années, le phénomène d'abandon du critère de besoin pour établir le montant de la pension alimentaire s'est étendu à la séparation de corps puisque la pension alimentaire versée sur le fondement de l'article 303 du Code civil « *vise à assurer un niveau de vie équivalent à celui qu'il connaissait avant la séparation de corps* »¹⁴³⁸. Comme pour l'ancien divorce pour rupture de la vie commune, la pension alimentaire assure le maintien du niveau de vie du créancier¹⁴³⁹. La Cour de cassation s'est d'ailleurs prononcée le 27 mai 1999 en ce sens. Elle décide que « *c'est à juste titre que l'arrêt, après avoir relevé que, selon les documents justificatifs produits, M. Y... dispose d'un revenu très supérieur à celui de son épouse, retient que les besoins de celle-ci ne se limitent pas aux seules nécessités matérielles minimum de la vie courante, mais doivent être évalués en fonction, notamment du niveau de vie et de la position sociale qui étaient ceux des époux durant la vie commune* »¹⁴⁴⁰.

487. L'abandon de la seule condition de besoin dans les autres cas de divorce. Dans tous les autres types de divorces, le devoir de secours survit pendant l'instance en divorce au titre des mesures provisoires. Les sommes versées à ce titre vont bien au-delà de ce qui est nécessaire à la survie d'une personne. La pension alimentaire a alors pour but de lui assurer le niveau de vie auquel il peut prétendre compte tenu des facultés de son conjoint.

488. Transition. Les défenseurs du rapprochement de la contribution aux charges du mariage et du devoir de secours appuient leur raisonnement sur le constat de l'abandon du côté misérabiliste du devoir de secours, mais aussi sur la transformation de la contribution aux charges du mariage qui paraît devenir une dette à caractère alimentaire.

¹⁴³⁸ A. BRETON, J. BOUTON, É. FORTIS, *Rép. civ. Dalloz*, V° Séparation de corps, n° 154. Pour illustrer leur propos, les auteurs citent diverses jurisprudences : CA Reims, 10 juin 1993, CA Toulouse, 17 janv. 1996, CA Angers, 7 janv. 1992.

¹⁴³⁹ J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil. La famille. Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991, n° 617, spéc. p. 520. V. aussi C. SAUJOT, « La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », *D.* 1986, chron., p. 11, n° 26 ; É. MULON, « Le devoir de secours pendant l'instance en divorce », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2008, p. 14.

¹⁴⁴⁰ Cass. civ. 2^e, 27 mai 1999, n° 97-22.301, non publié.

§2. La transformation de la contribution aux charges du mariage en une dette d'aliments

489. Le rôle de la Cour de cassation dans la transformation de la contribution aux charges du mariage. À l'origine, la pension versée sur le fondement du devoir de secours est considérée comme un aliment¹⁴⁴¹ illustrant ainsi l'existence d'une solidarité familiale¹⁴⁴² et plus particulièrement d'une solidarité matrimoniale. La contribution aux charges du mariage, indifférente de l'état de besoin¹⁴⁴³, n'est pas une dette d'aliments.

Néanmoins, la Cour de cassation afin d'indexer la contribution aux charges du mariage de l'article 214 du Code civil sur l'indice des prix à la consommation a assimilé la contribution aux charges du mariage à une dette d'aliments¹⁴⁴⁴. La motivation des arrêts à l'origine de cette solution est pour le moins étrange, car bien que la créance ne soit pas reçue en application d'une obligation alimentaire, elle reçoit la qualification juridique d'aliments. Plus précisément, la nature de la contribution aux charges du mariage est différente de celle d'une dette d'aliments, mais son régime est celui d'une dette d'aliments. Pourtant, en principe, une différence de nature devrait conduire à une différence d'effets¹⁴⁴⁵.

La somme versée au titre de la contribution aux charges du mariage n'est pas appréciée au regard de la situation de besoin du créancier. Elle est fixée dans le but d'égaliser les niveaux de vie. Ainsi, par ces arrêts, le besoin et l'aliment ne sont plus liés comme ils l'étaient. Le rapprochement du devoir de secours et la contribution aux charges du mariage n'a pu se faire qu'au prix d'un détournement de la notion d'aliments.

490. Le rôle du législateur. Les juges ne sont pas les seuls à avoir œuvré dans le sens d'un rapprochement de la contribution aux charges du mariage et du devoir de secours. En effet, bien que cela ne permette pas de les assimiler, on remarque que le législateur a attribué au juge aux

¹⁴⁴¹ Cass. civ. 2^e, 12 oct. 1988, n° 87-13.015, non publié.

¹⁴⁴² A. GOUTTENOIRE, « L'obligation alimentaire, aspects civils », in L.-H. CHOQUET et I. SAYN (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales*, LGDJ, Série droit, 2000, p. 27, spéc. p. 30.

¹⁴⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 23 juin 1970, n° 68-13.491, *Bull. civ. I*, n° 220.

¹⁴⁴⁴ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 16 juil. 1986, n° 85-11.720, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *Defrénois* 1986, p. 1429, obs. J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 87-19.968., *Bull. civ. I*, n° 341. « *La contribution aux charges du mariage est distincte, par son fondement et par son but, de l'obligation alimentaire, elle n'en doit pas moins être regardée comme une dette d'aliments au sens de l'article 79-3 alinéa 1er de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958* ».

¹⁴⁴⁵ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

affaires familiales la compétence exclusive pour traiter des litiges afférents à la contribution aux charges du mariage, mais aussi au devoir de secours¹⁴⁴⁶.

Par ailleurs, depuis la loi du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire¹⁴⁴⁷, les pensions alimentaires fondées sur le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage peuvent être recouvrées par la procédure du paiement direct¹⁴⁴⁸. En effet, cette procédure réservée aux pensions alimentaires a été expressément étendue à la contribution aux charges du mariage¹⁴⁴⁹. Ainsi, en recevant le même traitement que les pensions alimentaires, la contribution aux charges du mariage se rapproche du devoir de secours, notamment dans son caractère alimentaire.

491. Transition. Le rapprochement a été rendu possible par l'abandon du critère misérabiliste du devoir de secours. En procédant de la sorte, la solidarité entre les époux apparaît maximale. Toutefois une telle confusion ne semble pas opportune. Les degrés de la solidarité doivent être à nouveau exprimés. C'est pourquoi il est souhaitable de distinguer le devoir de secours du devoir de contribution aux charges du mariage.

§3. La distinction souhaitable entre le devoir de secours et le devoir de contribution aux charges du mariage

492. Le retour du critère misérabiliste. Bien que M. GARRIGUE ait tenté de différencier le besoin de la pauvreté¹⁴⁵⁰, il semble qu'en raison de son caractère alimentaire, le secours a pour objectif de répondre à une situation de besoin¹⁴⁵¹. De sorte que la mutation du devoir de secours constaté depuis quelques années¹⁴⁵² n'est possible qu'en adaptant la notion d'aliments. Or l'aliment est une notion autonome avec un régime propre que le mariage ne doit pas modifier en fonction de

¹⁴⁴⁶ Art. L. 213-3 COJ.

¹⁴⁴⁷ Loi n° 3-5 du 2 janvier 1973 relative au paiement direct de la pension alimentaire, *JORF* 3 janv. 1973, p. 135.

¹⁴⁴⁸ Art. L. 213-1 C. pr. exéc. venu remplacer l'article 1^{er} de la loi n° 73-5 du 2 janvier 1973.

¹⁴⁴⁹ Fr. EUDIER, « Le recouvrement forcé des créances d'aliments », *LPA* 24 juin 2010, p. 41.

¹⁴⁵⁰ J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 150, spéc. p. 115.

¹⁴⁵¹ G. RAOUL-CORMEIL, « Aliments et notions voisines », *LPA* 24 juin 2010, p. 4.

¹⁴⁵² V. *supra* n°s 484 et s.

ses besoins. Ainsi, le devoir de secours doit continuer à répondre à une situation de besoin, que le demandeur doit prouver¹⁴⁵³.

Les aliments sont divers¹⁴⁵⁴, nul ne peut le nier. Cependant, malgré cette diversité, la philosophie de l'aliment est de répondre aux besoins d'une personne disposant de ressources limitées.

493. Des modalités d'exécution différentes. Outre la différence en matière de besoin, des différences existent aussi sur la manière de les exécuter. Si les devoirs de secours et de contribution aux charges du mariage s'exécutent tous les deux en numéraire et par exception en nature, la contribution des époux aux charges du mariage peut aussi se faire en industrie. Ce type d'exécution apparaît impossible pour le devoir de secours puisque, dans ce cas, il s'agirait de l'exécution du devoir d'assistance et non plus du devoir de secours.

494. Le refus d'application de la règle « *aliments ne s'arrangent pas* » au devoir de contribution. Malgré le rapprochement qu'elle a elle-même opéré, la Cour de cassation a toujours refusé d'assimiler totalement ces devoirs¹⁴⁵⁵, notamment en rejetant l'application de la règle « *aliments ne s'arrangent pas* » à la contribution aux charges du mariage¹⁴⁵⁶. Ce contraste s'explique par le lien étroit qu'entretiennent le secours et le besoin. Le créancier dans le besoin doit obtenir le versement de ces aliments pour survivre. Or, il serait malvenu pour lui de demander, *a posteriori*, le versement des aliments dont il avait besoin pour vivre. S'il n'a pas demandé le versement de la pension, c'est qu'elle n'était pas strictement nécessaire¹⁴⁵⁷. Il en résulte une véritable différence entre la contribution aux charges du mariage et le secours.

495. La disparition de cette assimilation lors de la disparition de la communauté de vie. L'assimilation de la contribution aux charges du mariage et du secours résulte du fait que, pendant la communauté de vie, la contribution aux charges du mariage couvre le devoir de secours. Tant

¹⁴⁵³ Cass. soc., 6 mars 1985, n° 83-15.053, *Bull. soc.*, n° 152.

¹⁴⁵⁴ J.-J. LEMOULAND, « L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 159, p. 163.

¹⁴⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 5 janv. 1973, n° 71-12.955, *Bull. civ. II*, n° 3 ; Cass. civ. 1^{re}, 16 juil. 1986, n° 85-11.720, *Bull. civ. I*, n° 208.

¹⁴⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 87-19.768, *Bull. civ. I*, n° 341. *Contra* N. NEFUSSY, « Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale », *LPA* 24 déc. 2012, p. 3, n°s 15 à 19.

¹⁴⁵⁷ En ce sens, v. L. PEYREFITTE, « Considérations sur la règle " aliments n'arrangent pas " », *RTD civ.* 1968, p. 286, p. 297.

que les époux vivent en harmonie, les dépenses seront assurées par les deux époux en fonction de leurs facultés respectives. De sorte que l'indigence d'un des époux est comblée par son conjoint. C'est au moment de la disparition de la communauté de vie que l'époux le moins fortuné peut se trouver dans une situation de détresse à laquelle le devoir de secours vient apporter une réponse¹⁴⁵⁸ alors que le devoir de contribution aux charges du mariage disparaît au moment où le juge ordonne les mesures provisoires¹⁴⁵⁹. La contribution aux charges du mariage n'absorbe donc pas le secours. Simplement, tant que la communauté de vie demeure, la contribution aux charges englobe le secours.

En définitive, il existe une solidarité minimale visant à assurer le strict nécessaire à l'un des membres du couple ainsi qu'une solidarité maximale qui s'exprime dans le devoir de contribution aux charges du mariage. Pendant la vie du couple, la solidarité est maximale, car la contribution aux charges du mariage dissimule le devoir de secours. En revanche, à la séparation du couple, le devoir de secours s'exprime par la pension alimentaire fixée au titre des mesures provisoires alors que le devoir de contribution aux charges est intégré dans ce devoir de secours qui le plus souvent ne se résume plus au strict minimum. Inexorablement, la solidarité entre les époux prend la forme d'une solidarité maximale déconnectée du critère misérabiliste.

496. Transition. Peu à peu la solidarité matrimoniale n'est plus cantonnée au strict nécessaire pour les époux. La solidarité vise à aller au-delà de la simple réponse à un besoin vital. En dépit des doutes, il semble que cette situation soit la même entre les partenaires.

Section 2. La solidarité imposée entre les partenaires

497. L'aide matérielle : imitation du devoir de contribution aux charges du mariage ?
Sur le versant patrimonial, les partenaires se doivent une aide matérielle. Malgré l'absence de définition, la rédaction de l'article 515-4 du Code civil et le dernier alinéa de l'article 515-7 du Code civil laissent apparaître une similitude avec la contribution aux charges du mariage. L'aide

¹⁴⁵⁸ En ce sens, G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006, n° 119 ; G. RAOUL-CORMEIL, « Aliments et notions voisines », *LPA* 24 juin 2010, p. 4, n° 11.

¹⁴⁵⁹ Cass. civ. 2^e, 30 nov. 1994, n° 92-20.656, *Bull. civ. II*, n° 245.

matérielle dépend en effet des facultés respectives de chacun des partenaires, ce qui correspond à la définition de la contribution aux charges du mariage¹⁴⁶⁰.

En outre, la compétence du juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire tend à montrer une proximité entre l'aide matérielle et la contribution aux charges du mariage. Alors que depuis la création du Pacs¹⁴⁶¹, le juge compétent dans cette matière de Pacs était le juge de droit commun¹⁴⁶², la loi de simplification et de clarification du droit du 12 mai 2009¹⁴⁶³ a attribué cette compétence au juge aux affaires familiales. Par conséquent, ce dernier est compétent pour connaître des demandes relatives aux charges du mariage et à l'aide matérielle¹⁴⁶⁴. Bien que cela ne permette pas de déduire une similitude de régime, cela donne un indice sur le régime de l'aide matérielle.

498. La dénégalion du caractère alimentaire. L'aide matérielle semble être le pendant de la contribution aux charges du mariage¹⁴⁶⁵. Une telle affirmation est confirmée par le fait qu'elle soit dépourvue de caractère alimentaire¹⁴⁶⁶. En effet, l'aliment découle du lien de famille ou de l'alliance. Or le Pacs ne présente aucune de ces caractéristiques. De sorte qu'il se trouve hors du domaine de l'obligation alimentaire. Ensuite et par voie de conséquence, les procédures propres aux pensions alimentaires ne lui sont pas applicables. La voie du paiement direct est en effet fermée aux partenaires, car l'aide matérielle est absente de la liste limitative des créances pouvant faire l'objet d'un paiement direct¹⁴⁶⁷.

499. Conclusion chapitre 1. Pendant l'union, la solidarité conjugale entre les couples déclarés est une réalité. Elle semble être organisée autour d'une solidarité maximale. Néanmoins,

¹⁴⁶⁰ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude n° 1, n° 23 ; H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621 ; Ph. SIMLER, P. HILT, « Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006. I. 261 ; W. BABY, *Les effets patrimoniaux du Pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle conjugalité*, préf. M. NICOD, post. Beignier B., Defrénois, Doctorat et notariat, t. 51, 2013, n° 23. *Contra* M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Defrénois* 2003, p. 813, n° 7.

¹⁴⁶¹ Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, *JORF* 16 nov. 1999, p. 16959.

¹⁴⁶² Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §31 ; CA Douai, 27 févr. 2003, *Juris-Data* n° 2003-264084.

¹⁴⁶³ Loi 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.

¹⁴⁶⁴ L. 213-3 du COJ.

¹⁴⁶⁵ J.-J. LEMOULAND, « L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 159, spéc. p. 164.

¹⁴⁶⁶ En ce sens, X. LABBÉE, « L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », *JCP G* 2008, doct. 197.

¹⁴⁶⁷ Art. L. 213-1 du Code des pr. exéc.

aucun droit commun du couple n'existe puisque les concubins n'y sont pas soumis. Bien que les juges tentent régulièrement de dégager un ersatz de contribution aux charges du ménage entre concubins, la loi ne leur impose aucun devoir de solidarité pendant leur relation. Si l'idée d'une extension de ce devoir de solidarité aux concubins germe dans l'esprit de certains, l'utilité d'une telle insertion apparaît discutable puisque tant que dure la relation, les membres du couple s'apportent une aide de manière volontaire. De sorte que, d'une manière générale, pendant l'union, l'intérêt de ces règles est limité. En définitive, c'est au moment de la discorde, de la disparition du couple que ces règles trouvent leur utilité.

Chapitre 2. La solidarité à l'issue de l'union

500. La survie de la solidarité postérieurement à l'union. Traiter de la solidarité à l'issue de l'union est à première vue étonnant, car la disparition du couple, en raison du décès de l'un des membres du couple ou d'une séparation, devrait anéantir toute idée de solidarité. Néanmoins, en raison du particularisme du lien conjugal, il arrive que la solidarité survive à la dissolution du couple. À cet égard, il existe un contraste important entre les époux et les couples hors mariage

501. Annonce de plan. Alors que le mariage fait survivre une solidarité qui s'impose aux anciens conjoints, le législateur ne soumet pas les couples hors mariage à une solidarité postérieure à la séparation ou au décès, car, ni concubinage ni le Pacs ne saurait enchaîner les partenaires et les concubins dans un engagement perpétuel¹⁴⁶⁸. « *Au contraire, la qualité d'époux ne connaît pas l'oubli pur et simple, du seul fait de la dissolution de l'union matrimoniale* »¹⁴⁶⁹. Cet antagonisme entre le mariage et les modes de conjugalité hors mariage se vérifie aussi bien lors de la séparation (Section 1) qu'au décès (Section 2).

Section 1. La solidarité en cas de séparation

502. La solidarité pécuniaire pendant l'instance en divorce. Pendant la période de séparation de fait, seul l'époux dans le besoin bénéficie de mesures qui ont vocation à répondre à ses besoins. En effet, il peut recevoir au titre des mesures provisoires une pension alimentaire¹⁴⁷⁰. Cette dernière est une forme d'exécution du devoir de secours pendant le divorce. Puisque l'exécution du devoir de secours pendant la crise conjugale n'est plus naturelle, le juge décide des mesures provisoires qui permettront d'exécuter en nature¹⁴⁷¹ ou en argent¹⁴⁷² le devoir de secours pendant l'instance en divorce. Contrairement aux époux, les couples hors mariage ne bénéficient pas de ces mécanismes de solidarité puisqu'aucune période de séparation de fait antérieure à la

¹⁴⁶⁸ Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §70. En ce sens, v. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 299, spéc. p. 209

¹⁴⁶⁹ I. DAURIAC, « La rupture des couples : questions patrimoniales », *Dr. et patr.* 2013, n° 221, p. 59, spéc. p. 60.

¹⁴⁷⁰ Art. 255, 6° C. civ.

¹⁴⁷¹ Cette exécution en nature peut par exemple prendre la forme de l'attribution de la jouissance du logement de la famille à l'un des époux.

¹⁴⁷² On pense ici à la pension alimentaire.

dissolution du mode de conjugalité n'existe. La solidarité pendant la période de séparation de fait est une singularité matrimoniale.

503. Annonce de plan. Une fois le lien conjugal dissous, les époux sont soumis à une solidarité puisqu'ils peuvent être condamnés à verser une prestation compensatoire à leur ancien conjoint lorsque leurs situations le justifient. Si cette solidarité n'est pas automatique, elle n'en demeure pas moins obligatoire lorsque le juge estime que les ressources de chacun des membres du couple le justifient. Cette solidarité imposée aux *ex-époux* est une particularité du mariage dont les juges semblent s'inspirer pour contraindre les partenaires et concubins à apporter une aide à leur ancien compagnon (§2). En effet, alors que la solidarité *postérieure à la séparation du couple* hors mariage ne peut être que le fruit d'une démarche volontaire des partenaires et des concubins puisque la loi ne crée aucun devoir d'entraide entre eux, la jurisprudence, semble appréhender la relation conjugale comme génératrice d'une solidarité de plein droit dès lors que l'un des membres du couple se trouve dans une situation financière délicate à l'issue de la séparation. De sorte que l'on assiste à une transformation d'une solidarité volontaire en une solidarité imposée (§1).

§1. D'une solidarité volontaire en cas de séparation du couple hors mariage vers une solidarité imposée

504. Une solidarité conventionnelle. En l'absence de solidarité *post-conjugale*, les couples hors mariage pourraient décider de s'imposer une solidarité conventionnelle à l'issue de la relation. Toutefois, la jurisprudence se montre réticente à l'égard de ces conventions¹⁴⁷³. Par crainte d'une atteinte trop importante à la liberté de rupture, la Cour de cassation annule ces clauses de rupture, car elles pourraient constituer un moyen de dissuader un partenaire ou un concubin de toute velléité de rupture¹⁴⁷⁴.

505. Le recours au droit commun. Puisqu'en France comme dans les autres pays européens, il n'existe pas de devoir de solidarité et encore moins de devoir alimentaire entre les concubins¹⁴⁷⁵ et puisque les indemnités conventionnelles de rupture ne produisent d'effets ni à

¹⁴⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *Bull. civ. I*, n° 312 ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 155, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁴⁷⁴ En ce sens, G KESSLER, « L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire ? », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8, spéc. p. 11.

¹⁴⁷⁵ À ce propos, J. SOSSON, « L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruylant, 1999, p. 575, n° 3, spéc. 578.

l'égard des partenaires ni à l'égard des concubins, le recours au droit commun apparaît comme un remède à cette carence. L'utilisation de mécanismes tels que la société créée de fait, l'enrichissement sans cause, le droit de la responsabilité ou encore l'obligation naturelle n'est pas propre aux couples hors mariage puisque les époux peuvent aussi les utiliser. Toutefois pour eux, les avantages obtenus s'ajoutent à ceux de la solidarité imposée. Pour les concubins et les partenaires, l'absence de solidarité imposée les oblige à recourir au droit commun pour régler les conséquences de leur séparation et plus précisément pour améliorer la situation du partenaire ou du concubin abandonné¹⁴⁷⁶.

506. La disparition de la solidarité dans la société créée de fait entre concubins. Pendant longtemps, la jurisprudence a accueilli avec bienveillance la société créée de fait entre les concubins, notamment à l'égard de la concubine¹⁴⁷⁷. L'indulgence des juges a parfois ressemblé à de la complaisance¹⁴⁷⁸. D'une manière générale, la reconnaissance de la société créée de fait semblait se fonder sur la solidarité¹⁴⁷⁹ puisque l'objectif de rétablir un équilibre dans les conséquences de la rupture semblait au cœur de la décision. La clémence des juges du fond était guidée par la volonté de faire produire des effets à un ersatz de devoir de solidarité.

Toutefois, l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 juin 2004 marque un retour à la rigueur. Depuis lors, les conditions d'existence de la société créée de fait doivent être prouvées séparément. De sorte qu'elles ne se déduisent plus les unes des autres¹⁴⁸⁰. Un auteur a pu y voir « *la mort annoncée des sociétés créées de fait entre concubins* »¹⁴⁸¹. Si une telle affirmation

¹⁴⁷⁶ Pour une approche historique, Y. DELBREL, « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^e siècle », *RRJ* 2002, p. 1513, spéc. p. 1522 et s.

¹⁴⁷⁷ Sur ce point, S. VACRATE, *La société créée de fait. Essai d'une théorisation*, préf. H. LÉCUYER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 405, 2003, n^{os} 496 et s.

¹⁴⁷⁸ Cela a d'ailleurs été dénoncé. V. par ex., Fr.-X. LUCAS, « La société dite "créée de fait" », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737, spéc. pp. 745 à 750.

¹⁴⁷⁹ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, n^o 98-16.490, non publié, *Dr. fam.* 2002, comm. n^o 28, note H. LÉCUYER. Les juges du fond ont retenu l'existence de la société créée de fait en déduisant de la mise en commun des ressources financières la volonté de s'associer et de participer aux bénéfices et aux pertes. La Cour de cassation décide de rejeter le pourvoi formé contre cet arrêt.

¹⁴⁸⁰ Cass. com., 23 juin 2004, n^{os} 01-14.275 et 01-10.106, *Bull. com.*, n^{os} 135 et 134 ; *RTD com.* 2004, p. 740, obs. Cl. CHAMPAUD, D. DANET ; *Dr. fam.* 2004, comm. n^o 168, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; *AJ fam.* 2004, p. 324, obs. Fr. BICHERON ; *Rev. sociétés* 2005, p. 131, note Fr.-X. LUCAS. La solution a été reprise par la première chambre civile, v. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, n^o 08-13.200, *Bull. civ. I*, n^o 11 ; *Bull. Joly* 2010, n^o 5, p. 448, comm. J. VALLANSAN ; Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2012, n^o 11-15.671, non publié.

¹⁴⁸¹ *Bull. Joly* 2010, n^o 5, 448, comm. J. VALLANSAN.

paraît volontairement provocatrice, on peut en revanche certifier que c'est la mort du fondement de solidarité dans la société créée de fait entre les concubins puisque cette dernière ne justifie plus l'appréciation bienveillante des juges sur la preuve des conditions de formation des sociétés créées de fait entre les concubins.

Par ailleurs, les concubins arguent de la création de la société créée de fait dans le but d'obtenir la répartition des actifs au moment de sa liquidation. Par conséquent, la liquidation de la société créée de fait n'a pas un fondement solidaire puisqu'il n'existe pas d'appauvrissement de l'un des associés au profit de l'autre.

507. L'absence de fondement de solidarité dans l'enrichissement injustifié¹⁴⁸². L'autre action souvent utilisée au moment de la rupture du concubinage est fondée sur l'enrichissement injustifié. Par cette action, l'idée est de compenser la perte subie par l'un des concubins à hauteur de son appauvrissement, c'est ce que certains ont appelé l'égalité arithmétique¹⁴⁸³.

Toutefois, l'action n'a pas pour finalité d'accorder une somme d'argent sans contrepartie, mais de remédier à l'appauvrissement à condition que ce dernier soit corrélé à un enrichissement injustifié¹⁴⁸⁴. De sorte que ce fondement juridique ne fait pas peser un vrai devoir de solidarité entre les concubins postérieurement à la rupture puisque le concubin condamné au remboursement ne s'appauvrit pas. Il ne fait que restituer ce qu'il a indument reçu. C'est donc un mécanisme de retour à l'équilibre plus que de solidarité.

508. Annonce de plan. En dehors de ces quasi-contrats, les partenaires et les concubins utilisent d'autres mécanismes pour établir une solidarité postérieurement à la rupture. À ce titre, la responsabilité du fait personnel de l'auteur de la rupture et l'obligation naturelle occupe une place de premier ordre. De prime abord, le lien entre la responsabilité pour faute et la solidarité n'est pas évident. En effet, la responsabilité civile extracontractuelle fondée sur l'article 1240 du Code civil

¹⁴⁸² Depuis la réforme du droit des contrats du 10 février 2016.

¹⁴⁸³ Fr. CHÉNEDÉ, « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage (à propos de trois arrêts de la première chambre civile du 20 janvier 2010) », *D.* 2010, p. 718.

¹⁴⁸⁴ C'est sur l'appréciation de la cause ou plutôt de l'absence de cause que les doutes sont les plus importants. L'unité n'est pas ce qui caractérise le mieux l'enrichissement sans cause. Ainsi, dans deux affaires quasiment similaires, la décision de la Cour de cassation aboutit à deux décisions différentes. Cela est dû au fait que l'absence de cause relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, n^{os} 07-11.928 et 06-11.294, *Bull. civ. I*, n^{os} 212 et 211, *D.* 2009, p. obs. J.-J. LEMOULAND.

sanctionne, en principe, une faute pour réparer un dommage. Toutefois, entre les concubins¹⁴⁸⁵, la situation diffère, puisque, peu à peu, la jurisprudence se détache des conditions exigées. De sorte que le dévoiement des conditions de la responsabilité conduit parfois à faire peser sur le concubin le plus aisé un véritable devoir de solidarité postérieurement à la rupture¹⁴⁸⁶ (B).

En définitive, seule l'obligation naturelle illustre une solidarité voulue¹⁴⁸⁷. Lorsqu'elle est utilisée dans les couples hors mariage, elle représente la solidarité que les membres des couples s'imposent. Cependant, la reconnaissance de l'obligation naturelle semble se systématiser. Il ressort de la systématisation de l'obligation naturelle une volonté de faire émerger une solidarité imposée aux couples hors mariage (A). Il est important de relever que les décisions relatives à l'obligation naturelle sont anciennes et limitées.

Bien que la plupart des décisions aient trait à l'union libre, les développements à suivre ne doivent pas être restreints au concubinage. En effet, les observations relatives aux concubins peuvent être étendues aux partenaires¹⁴⁸⁸. Les affaires moins nombreuses en matière de Pacs traduisent peut-être une certaine forme de résignation des partenaires. De sorte que l'inaction de ces derniers au moment de la rupture semble trahir l'idée selon laquelle, dans l'imaginaire collectif, les partenaires se trouvent abandonnés à leur sort à l'issue de la dissolution de leur mode de conjugalité.

¹⁴⁸⁵ Ce n'est pas le cas entre les époux par exemple.

¹⁴⁸⁶ En ce sens, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 223.

¹⁴⁸⁷ En ce sens, v. par ex., Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. MURAT, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016, n° 730. V. aussi *in fine* G. RUFFIEUX, *op. cit.*, n° 219.

¹⁴⁸⁸ En ce sens, J.-Fr. MOLAS, « La rupture du pacte civil de solidarité », *Dr. et patr.* 2000, n° 81, p. 89.

A. La solidarité imposée par la systématisation de l'obligation naturelle

509. L'utilisation de l'obligation naturelle dans le concubinage. La jurisprudence a tout d'abord utilisé l'obligation alimentaire pour valider les donations faites à la concubine¹⁴⁸⁹, puis pour mettre en place une solidarité entre les concubins postérieurement à la rupture. C'est pour cette raison qu'elle a été comparée au devoir de secours entre époux¹⁴⁹⁰.

510. L'indépendance de l'obligation naturelle et de l'obligation civile. L'obligation naturelle a fait l'objet d'importants écrits. Pourtant sa nature est loin de faire l'unanimité¹⁴⁹¹.

La théorie classique lie l'obligation naturelle et l'obligation civile en ne voyant dans la première qu'une version dégénérée¹⁴⁹² ou avortée¹⁴⁹³ de la seconde. Cette théorie a été critiquée. C'est pourquoi la théorie moderne, consacrée par la jurisprudence¹⁴⁹⁴, a détaché l'obligation naturelle de l'obligation civile¹⁴⁹⁵ permettant ainsi de tenir compte du caractère avant tout moral de l'obligation naturelle.

¹⁴⁸⁹ M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, chron., p. 328, n° 18 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 oct. 1950, *D.* 1960, p. 515, note Ph. MALAURIE. Plus récemment, Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, n° 07-15.978, non publié, *RDC* 2008, p. 1303, note S. GAUDEMET. Des débats doctrinaux existent sur le fait de savoir si l'obligation naturelle est un acte à titre gratuit ou un acte à titre onéreux. Pour certains, il ne s'agit pas d'un acte à titre gratuit et *a priori* pas d'une libéralité, car le débiteur s'acquitte d'une dette, il n'y a donc aucune intention libérale. En ce sens, Chr. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, t. 1, 5^e éd., 2006, n° 43. Pour d'autres, il s'agit d'un acte à titre gratuit, mais pas d'une libéralité notamment en raison de l'absence de l'élément matériel de la libéralité. En ce sens, v. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ, 1955, n°s 376 et s. Enfin, certains voient dans l'obligation naturelle un acte à titre gratuit et donc une libéralité. V. aussi d'une manière générale, M. GRIMALDI, *Droit civil. Libéralités, partages d'ascendants*, Litec, 2000, n°s 1012 et s. Suite à l'évolution de la jurisprudence, l'utilisation de l'obligation naturelle pour valider une donation faite à la concubine n'a plus lieu d'être puisque les donations faites à la concubine sont valables. En ce sens, AP, 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Bull. AP*, n° 12.

¹⁴⁹⁰ M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, chron., p. 328, n°s 16 et s.

¹⁴⁹¹ Pour une présentation des différentes doctrines, M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, Institut des hautes études de Tunis, Bibliothèque juridique et économique, t. VI, 1957, p. 2 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n°s 735 et s.

¹⁴⁹² Une obligation civile est dégénérée lorsqu'elle perd la sanction de l'action en justice. L'exemple généralement donné est celui de la prescription. Lorsque le droit d'action disparaît en raison de la prescription, seul demeure une obligation naturelle.

¹⁴⁹³ Elle est avortée lorsqu'elle n'accède pas à la vie en raison du non-respect des règles légales.

¹⁴⁹⁴ La Cour de cassation a aussi admis cette solution, en considérant que l'obligation naturelle n'exige pas la préexistence d'une obligation civile. Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *Bull. civ. I*, n° 352 ; *D.* 1997, note G. PIGNARRE ; N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, chron., p. 85 ; *LPA* 23 août 1996, n° 102, p. 9, comm. S. HOCQUET-BERG.

¹⁴⁹⁵ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n°s 186 et s. Adde M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709.

511. La théorie moderne de l'obligation naturelle appliquée entre les concubins. Entre les concubins et entre les partenaires, la loi n'impose aucune solidarité pendant la relation ou après celle-ci. Ainsi, lorsque la solidarité est dégagée par les juridictions du fond sur le fondement de l'obligation naturelle, il ne s'agit pas d'une obligation civile avortée, mais bien de l'exécution d'un devoir de conscience¹⁴⁹⁶ de venir en aide à son concubin lorsque ce dernier rencontre des difficultés. Certains concubins, malgré l'absence de prescription légale, s'imposent ce devoir. Ils s'y soumettent par choix, sans y être juridiquement contraints. Seul leur devoir de conscience les pousse à se comporter de la sorte, soit par charité¹⁴⁹⁷, soit pour réparer un préjudice qui, selon l'auteur de la rupture, existe¹⁴⁹⁸. L'obligation naturelle de solidarité entre concubins participe à la reconnaissance juridique du devoir moral¹⁴⁹⁹.

512. Annonce de plan. En principe, l'existence et surtout le contenu de l'obligation naturelle sont le fait de celui qui s'engage. Guidé par sa conscience, le concubin s'estime débiteur d'une "obligation" à l'égard de celui dont il se sépare. Ainsi, il est le seul à pouvoir s'engager, tant sur le principe que sur les modalités d'exécution. Toutefois, il arrive que la jurisprudence retire à l'auteur de la rupture le choix de décider du contenu son engagement en se fondant sur ce que la société considère comme "normal". Cette référence à la conscience collective tend vers la systématisation de la solidarité entre les concubins (1). Afin d'endiguer ce phénomène, les juges doivent continuer à faire preuve de rigueur sur la preuve de l'engagement unilatéral (2).

¹⁴⁹⁶ Sur l'engagement d'honneur, v. par ex., Br. OPPÉTIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron., p. 107.

¹⁴⁹⁷ Le devoir de charité devrait s'assimiler en une donation, mais la qualification d'une obligation naturelle permet d'éviter la qualification de donation. L'acte n'est alors pas soumis aux droits de mutation à titre gratuit. V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 1986, n° 84-17.664, *Bull. civ. I*, n° 244 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515, note Ph. MALAURIE.

¹⁴⁹⁸ Lorsque les conditions de la responsabilité ne sont pas réunies, le concubin responsable de la rupture peut s'estimer coupable des conséquences engendrées par cette rupture. C'est la conscience de l'auteur de la rupture qui fonde ce droit. En ce sens, v. Cass. civ. 1^{re}, 19 févr. 2002, n° 99-18.928, non publié ; CA Nancy, 11 avr. 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 24, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁴⁹⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 192, spéc. p. 375 : « L'obligation naturelle est un devoir moral qui monte à la vie civile ». V. déjà, M. PLANIOL, « L'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1913, p. 152. *Contra* B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014, pp. 538-540. Selon l'auteur, l'obligation naturelle ne se fonde pas sur la morale, mais sur l'*opinio juris*. Une telle approche permet de dissocier la morale et le droit et de reconnaître un caractère juridique à l'obligation naturelle. V. aussi J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, préf. J. MAURY, LGDJ, 1955, n°s 335 et s. Pour cet auteur, l'obligation morale peut résulter d'un devoir moral (mais pas nécessairement), mais un devoir moral de nature particulière soumis à l'existence d'un créancier et d'un objet déterminé et déterminable.

1. La montée en puissance de la conscience collective

513. La limitation de l'engagement au titre de l'obligation naturelle. Il arrive que les juridictions du fond et la Cour de cassation limitent l'obligation naturelle à une solidarité minimale, correspondant à l'idée d'un devoir de conscience fondé sur la conscience collective¹⁵⁰⁰. Entre concubins, les prémices se sont manifestées dans une affaire dans laquelle ils avaient, par convention, réglé les effets patrimoniaux de leur séparation. La Cour de cassation, dans un arrêt du 29 juin 2011, en se fondant sur le devoir de conscience, et par corrélation sur l'obligation naturelle, décide de ne faire produire aucun effet à ladite convention¹⁵⁰¹. En effet, en raison de l'excessivité des obligations financières souscrites par le concubin, la convention se trouvait dépourvue de cause¹⁵⁰².

La décision du 29 juin 2011 est intéressante à plusieurs égards. Tout d'abord, l'annulation d'une convention sur le fondement de l'obligation naturelle est peu commune. Habituellement, le devoir de conscience est utilisé pour justifier l'engagement d'un concubin, non comme un outil de destruction de celui-ci. Néanmoins, la préservation du principe de la liberté de rupture du concubinage¹⁵⁰³ appelait une telle décision.

Ensuite, et surtout, l'arrêt donne une information sur l'étendue de l'obligation naturelle. Les juges estiment que l'engagement du concubin au profit de sa concubine dépasse le champ de l'obligation naturelle. La convention est par conséquent dépourvue de cause. *A contrario*, cela signifie qu'un engagement plus restreint aurait peut-être permis de donner une cause à la convention. Aussi est-il possible d'en déduire la volonté de limiter l'obligation naturelle à un

¹⁵⁰⁰ La conscience collective permet à l'obligation naturelle de monter à la vie juridique. L'obligation naturelle est le fruit de la combinaison de la conscience individuelle et de la conscience collective. C'est parce qu'une personne s'impose un devoir que la conscience sociale considère que le devoir de secours est rentré dans les mœurs. En ce sens, A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 80.

¹⁵⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-12.018, non publié, *RDC* 2012, p. 157, note Ch. GOLDIE-GENICON. L'absence de publication de l'arrêt au Bulletin conduit à en limiter la portée.

¹⁵⁰² L'un d'eux s'engageait à verser à l'autre une pension alimentaire viagère, à payer le loyer du logement où résiderait la concubine avec l'enfant commun ainsi qu'à souscrire une assurance-vie au profit de son ancienne compagne.

¹⁵⁰³ L'importance des sommes que promet le débiteur de l'obligation joue un rôle important. Plus ces sommes sont élevées moins la rupture sera aisée. Il est nécessaire que la liberté du concubinage soit préservée. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *Bull. civ. I*, n° 312 ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 155, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. V. aussi G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 221.

minimum visant seulement à répondre aux besoins du créancier de cette obligation. De sorte que l'obligation naturelle pourrait être assimilée à une obligation alimentaire participant ainsi de la découverte d'une solidarité minimale dans la dissolution des couples¹⁵⁰⁴.

514. La restriction de l'engagement par le juge. La limitation de l'obligation naturelle par les juges surprend. Ce n'est plus le débiteur qui fixe l'étendue de son devoir de conscience, mais le juge. L'objectivisation de l'obligation naturelle semble désormais être la représentation d'un devoir moral de la société envers le concubin délaissé¹⁵⁰⁵. C'est ce que la société, par la voie du juge, considère comme une réponse "normale" au devoir de conscience, qui prime¹⁵⁰⁶.

Autrement dit, les juges apprécient la situation au regard de la conscience collective et non de la conscience individuelle¹⁵⁰⁷. Ce faisant, le devoir de conscience est apprécié en fonction d'un standard, généralement celui du bon père de famille¹⁵⁰⁸ ou, de manière plus moderne, de la personne raisonnable¹⁵⁰⁹. Dans l'affaire du 29 juin 2011, l'étendue de l'obligation naturelle est restreinte en raison, semble-t-il, du renvoi implicite à la conscience collective.

515. Des considérations fiscales au cœur de cette décision. La conscience collective a vocation à introduire une « *morale-plancher* »¹⁵¹⁰ dont le but est de guider les comportements des membres de la société vers une éthique minimale. L'engagement fondé sur l'obligation naturelle se trouve limité à un *minimum*.

¹⁵⁰⁴ H. FULCHIRON, « Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.* 2009, p. 1703.

¹⁵⁰⁵ *RDC* 2012, p. 157, note Ch. GOLDIE-GENICON, spéc. p. 161. V. aussi *JCP G* 2001. II. 10458, note S. CHASSAGNARD.

¹⁵⁰⁶ *Contra* G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 220, spéc. p. 226. Selon l'auteur dans l'obligation naturelle, le débiteur « *est tenu de payer à hauteur de ce à quoi il s'est engagé, et non à hauteur de ce que la morale impose* ». L'arrêt du 29 juin 2011 prouve pourtant le contraire.

¹⁵⁰⁷ Le constat est exactement identique en Belgique. En ce sens, J. SOSSON, « Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments ... Unité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *Rev. trim. dr. fam.* 1998, p. 513.

¹⁵⁰⁸ En ce sens, v. D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993, n°s 172 et 173. V. aussi, Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015, n° 22, spéc. p. 20.

¹⁵⁰⁹ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* 5 août 2014, p. 12949.

¹⁵¹⁰ D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993, n° 113. Dans le même ordre d'idée, mais relatif à la responsabilité. P. ESMEIN, « L'union libre », *DH* 1935, p. 49, spéc. p. 51. L'auteur estime que les concubins ont, entre eux, un devoir moral qui correspond aux croyances morales de la société.

Cela n'est pas sans conséquence pratique notamment d'un point de vue fiscal puisque les sommes versées au titre d'une obligation naturelle échappent aux frais de mutation à titre gratuit. Ainsi, bien que l'opération puisse s'analyser comme un succédané de donation, les concubins ne sont pas soumis au taux prohibitif frappant les actes de disposition à titre gratuit entre vifs. Néanmoins, en raison de l'objectivisation de l'obligation naturelle, ce qui est supérieur à ce *minimum* ne trouve plus sa cause dans l'obligation naturelle, mais dans l'intention libérale. C'est alors la qualification de donation qui semble s'imposer¹⁵¹¹, voire de donation indirecte, à condition que l'administration fiscale tire les mêmes conclusions. Par conséquent, des considérations d'ordre fiscal se trouvent peut-être à la source de la réduction de l'obligation naturelle. Même si les considérations fiscales ne sont pas à l'origine de la limitation de l'obligation naturelle, force est de constater que l'Administration fiscale en tire un avantage certain.

516. Les premiers jalons d'un devoir de solidarité imposé aux concubins ? La primauté de la conscience collective ne cache-t-elle pas une volonté de reconnaître un devoir de solidarité entre les concubins ? L'objectivisation du devoir de conscience, qui demeure l'élément déclencheur de l'obligation naturelle, peut conduire à la création d'une solidarité conjugale postérieure à la rupture imposée aux concubins.

La conscience collective dicte de ne pas laisser le concubin qui subit la rupture dans une situation trop précaire, notamment lorsque la relation a duré¹⁵¹². L'objectivisation présente donc le danger de systématiser l'obligation naturelle. De sorte que la solidarité qui naîtrait de cette obligation ne serait plus choisie par le concubin qui s'engage, mais imposée par la morale sociale. Ainsi lors de toutes les ruptures dans lesquelles l'un des concubins se retrouve dans une situation financière délicate, l'obligation naturelle limitée au minimum existerait.

¹⁵¹¹ En ce sens, v. aussi D. LASZLO-FENOUILLET, *La conscience*, préf. G. CORNU, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993, n° 146. L'auteur prend pour exemple le devoir de nourrir l'enfant. Seul ce dernier correspond à l'obligation naturelle. Tout ce qui va au-delà excède l'obligation alimentaire et doit recevoir la qualification de donation. V. aussi, S. GAUDEMET., *RDC* 2008/4, p. 1303.

¹⁵¹² En ce sens, v. déjà P. ESMEIN, « L'union libre », *DH* 1935, p. 49, spéc. p. 51.

Les juges du fond et la Cour de cassation semblent parfois emprunter cette voie en considérant qu'il existe une obligation naturelle de contribution aux charges du ménage¹⁵¹³ voire une obligation alimentaire entre les concubins¹⁵¹⁴.

517. Le nécessaire retour à la conscience individuelle. Toutefois, l'appréciation du contenu de l'obligation naturelle sous le seul prisme de la conscience collective ne semble pas opportune, car elle dénature l'obligation naturelle qui prend sa source dans le devoir de conscience de celui qui s'engage. Si la conscience collective permet la généralisation d'une obligation naturelle de solidarité, seul celui qui s'"oblige" doit pouvoir déterminer l'étendue de son devoir.

518. Transition. Une telle généralisation n'est pas dangereuse tant que la preuve de l'engagement unilatéral est appréciée avec fermeté. Dans ce domaine, les juges du fond et la Cour de cassation s'opposent. Alors que les premiers font preuve de souplesse quant à la preuve de l'obligation naturelle, la Cour régulatrice tente de faire preuve de rigueur.

2. L'impérative sévérité sur la preuve de l'engagement unilatéral

519. La source de la transformation en obligation civile : l'engagement unilatéral. L'obligation naturelle a juridiquement pour effet d'empêcher la répétition de l'indu¹⁵¹⁵. Pour qu'elle soit source d'obligation juridique, l'obligation naturelle doit être transformée en obligation civile¹⁵¹⁶ par la promesse d'exécution¹⁵¹⁷ ou par l'exécution elle-même¹⁵¹⁸, à condition que

¹⁵¹³ Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 2016, n° 15-10.150, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 1 juil. 2003, n° 00-20.305, non publié. Dans ce dernier arrêt, les juges décident que le partage de l'immeuble indivis (...) dépassait largement le cadre de l'obligation naturelle existant entre concubins.

¹⁵¹⁴ CA Aix-en-Provence, 27 sept. 2005, *Juris-Data* n° 2005-284740 ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 49, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁵¹⁵ Art. 1235 al. 2 C. civ. En ce sens, la formule éclairante de Mme SOSSON est d'une aide précieuse : « l'obligation naturelle n'a pas pour but de créer des débiteurs d'aliments là où la loi n'en a pas créé, mais d'éviter qu'une personne qui s'est sentie tenue moralement ne revienne sur des engagements exécutés dans le passé en demandant la restitution d'aliments spontanément versés ou sur un engagement exprès (même s'il n'est pas nécessairement écrit) visant clairement l'avenir ». J. SOSSON, « L'obligation alimentaire naturelle », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Kleuwer, 2000, p. 125 cité par G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 222.

¹⁵¹⁶ Il s'agit bien d'une transformation et non pas d'une novation comme la jurisprudence le retenait autrefois. Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *Bull. civ. I*, n° 352.

¹⁵¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, n° 11-20.124, *Bull. civ. I*, n° 204 ; *LPA* 21 mars 2013, p. 9, comm. Y. GUENZOU.

¹⁵¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-13.664, non publié.

celles-ci ne soient pas équivoques. C'est donc l'engagement unilatéral qui permet la transformation¹⁵¹⁹.

520. Le contrôle de la Cour de cassation sur la transformation. Les juges du fond ont pu faire preuve d'une certaine largesse dans le contrôle de la réalité de l'engagement. Ainsi, il a pu être décidé que l'aveu de paternité avait transformé l'obligation naturelle en obligation civile. La solution de la cour d'appel est cassée par la Cour de cassation¹⁵²⁰, car cette dernière considère que la décision rendue par les juges du fond donne une force contraignante à l'obligation naturelle en dépit de l'absence d'engagement certain alors que de l'aveu de paternité ne découle pas directement une obligation civile de contribution à l'entretien de l'enfant. Il semblerait que les juges du fond ont présumé l'engagement sur le fondement de l'équité.

Le danger de telles solutions est la dénaturation de l'obligation naturelle. Cette dernière serait génératrice d'obligations dont le créancier pourrait demander l'exécution. La morale et le devoir de conscience tel qu'il est reçu par la société deviendraient source de droit. L'obligation naturelle, malgré l'absence de transformation, devrait être exécutée. L'obligation naturelle serait donc à elle seule une obligation civile. De telles décisions dénie totalement la réalité juridique de l'engagement unilatéral. C'est pourquoi la Cour de cassation, désormais imitée par les juges du fond¹⁵²¹, fait preuve d'une grande sévérité dans le contrôle de la preuve de l'engagement unilatéral. Celui qui se prévaut de la transformation d'une obligation civile en une obligation naturelle doit prouver l'engagement unilatéral.

¹⁵¹⁹ L'obligation naturelle semble être un terreau fertile au développement de la catégorie des engagements unilatéraux de volonté. En ce sens, v. M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1995, n^{os} 220 et s, spéc. n^o 222. Pour des illustrations jurisprudentielles, Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, n^o 11-20.124, *Bull. civ. I*, n^o 204 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, n^o 02-18.904, *Bull. civ. I*, n^o 4, *D.* 2005, p. 1393, obs. G. LOISEAU ; *JCP G* 2005. II. 10159, note M. MEKKI. Et aussi l'arrêt fondateur, Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n^o 93-20.300, *Bull. civ. I*, n^o 352. Sur cette notion v. aussi, A. SÉRIAUX, « L'engagement unilatéral en droit positif français », in Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Économica, 1999, p. 7.

¹⁵²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 8 mai 1963, n^o 60-13.636, *Bull. civ. I*, n^o 250. V. déjà, Cass. civ., 4 mai 1948. V. aussi M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, Institut des hautes études de Tunis, Bibliothèque juridique et économique, t. VI, 1957, pp. 175 et s.

¹⁵²¹ V. par ex., CA Toulouse, 3 juil. 2014, *Juris-Data* n^o 2014-016307 ; CA Paris, 19 mai 2009, *Juris-Data* n^o 2009-004158.

521. L'insuffisance du commencement d'exécution ou de la promesse d'exécution.

Ainsi, à défaut d'écrit, le commencement d'exécution ne prouve pas l'engagement volontaire¹⁵²². De même, la promesse d'exécution doit être complétée par un commencement de preuve par écrit, à défaut de quoi la transformation en obligation civile ne peut pas avoir lieu. La solution est compréhensible. Le concubin qui s'engage pour le présent ne le fait pas nécessairement pour l'avenir. Le souhait du concubin de ne pas laisser l'autre dans le dénuement le plus total peut expliquer le versement à un moment précis, sans qu'il ait eu l'intention de s'engager pour l'avenir¹⁵²³.

Seule la preuve de l'engagement volontaire permet la vérification de l'engagement. Toutefois, des parades existent. La Cour de cassation a par exemple pu décider que dans certains cas particuliers, la preuve écrite de la promesse d'exécution n'était pas nécessaire. C'est par exemple le cas, lorsqu'il est considéré que le débiteur de l'obligation a renoncé tacitement, ou non, à l'ancien article 1341 du Code civil¹⁵²⁴ ou encore lorsque la promesse est faite devant les services de police¹⁵²⁵.

Dans le cas spécifique du concubinage, la solution peut se trouver dans le recours à l'impossibilité morale de se constituer une preuve écrite. Parfois retenue, elle offre au créancier un grand avantage puisque la preuve de l'engagement pourra être rapportée par témoignages ou présomptions. La tâche des juges du fond pour contrôler l'existence de l'engagement s'avère alors

¹⁵²² Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 04-19.099, *Bull. civ. I*, n° 264. Sur cet arrêt, v. Chr. BRIDGE, « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations (à propos des arrêts du 23 mai et 20 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 41, p. 59, n° 19. V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-13.664, non publié. Dans cet arrêt, l'ex-concubin avait pris l'engagement écrit de verser une certaine somme d'argent à son ex-concubine, jusqu'au départ de cette dernière de l'ancien domicile conjugal ou la fin des études de l'un des enfants. Malgré le fait qu'aucun des termes ne soit échu, le concubin arrête de verser la somme prévue si bien que la bénéficiaire de la promesse réclame et obtient le paiement desdites sommes.

¹⁵²³ En ce sens, A. PROTHAIS, « Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance », in LERADP (dir.), *Indépendance financière et communauté de vie*, LGDJ, 1989, p. 139, spéc. p. 152 : « faire quelque chose aujourd'hui ne veut pas dire accepter de continuer à le faire demain ».

¹⁵²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-20.300, *Bull. civ. I*, n° 352 ; N. MOLFESSIS, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, chron., p. 85. Art. anc. 1341 C. civ. : « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ». La règle apparaît désormais sous l'article 1341 du Code civil.

¹⁵²⁵ Cass. civ. 1^{re} 17 oct. 2012, n° 11-20.124, *Bull. civ. I*, n° 204.

ardue, si ce n'est divinatoire¹⁵²⁶. Le risque est de transformer l'obligation naturelle en obligation civile sans avoir constaté sa transformation. Corrélé à la prise en compte de la conscience collective, le phénomène tend à la mise en place d'une solidarité conjugale entre les concubins. La solidarité n'est plus voulue, mais imposée par la société et par les juges.

522. Transition. L'obligation naturelle est donc un moyen utilisé par les juges afin de faire naître un devoir de solidarité après la séparation. Il faut cependant prendre garde à ne pas la généraliser en souhaitant créer un devoir alimentaire entre les concubins. L'obligation naturelle doit toujours résulter d'un engagement du concubin, car aucune règle juridique ne le contraint à verser des subsides à son compagnon au moment de la rupture. Par ailleurs, nombre de concubins intentent une action sur le fondement de la responsabilité du fait personnel du concubin à l'origine de la rupture.

B. La solidarité imposée par la déformation de la responsabilité du fait personnel

523. La réparation du préjudice du concubin nécessite la preuve d'une faute détachable de la rupture. Le principe de la liberté de rupture du concubinage¹⁵²⁷ et du Pacs n'interdit pas aux concubins ou aux partenaires¹⁵²⁸ d'intenter une action contre l'auteur de la rupture sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle, plus précisément sur le fondement de la responsabilité du fait personnel. Les cours et les tribunaux peuvent répondre favorablement à ces demandes à condition que le demandeur prouve une faute détachable de la rupture¹⁵²⁹, cette dernière n'étant jamais fautive¹⁵³⁰. L'utilisation de la faute détachable de la rupture laisse parfois sceptique, car

¹⁵²⁶ Chr. BRIDGE, « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations (à propos des arrêts du 23 mai et 20 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 41, p. 59, n° 22.

¹⁵²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 117 ; Cass. civ. 1^{re}, 31 juin 1978, *Bull. civ. I*, n° 39.

¹⁵²⁸ I. DAURIAC, S. GAUDEMET, « La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 141, n° 8. V. aussi CA Montpellier, 4 janv. 2011, *Juris-Data* n° 2011-005783 ; CA Pau, 27 mai 2014, *Juris-Data* n° 2014-013198. V. aussi L. PIZARRO, *Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple*, Thèse Université Aix-Marseille, 2014, n°s 236 et 237.

¹⁵²⁹ La situation est exactement identique pour les partenaires. En ce sens, Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, §70. V. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 299, spéc. p. 209.

¹⁵³⁰ La Cour de cassation applique la même solution qu'en matière de rupture des fiançailles. V. Cass. civ. 1^{re}, 14 févr. 1995, n° 93-12.863, non publié.

hormis les cas de violences psychologiques, physiques ou d'insultes¹⁵³¹, il est difficile de cerner la consistance de la faute détachable de la rupture¹⁵³².

524. La réparation du préjudice moral. Par ailleurs, puisque le demandeur agit sur le fondement de la responsabilité personnelle de l'auteur de la rupture, il doit prouver l'existence d'un préjudice. Ce dernier peut être moral¹⁵³³. Le principe de la réparation du préjudice moral apparaît à première vue correspondre à l'état du droit positif puisque les tribunaux indemnisent toute sorte de préjudices moraux comme « *la perte d'un animal* »¹⁵³⁴, « *la croyance erronée d'avoir gagné une somme importante à la suite d'une loterie publicitaire trompeuse* »¹⁵³⁵, et bien d'autres encore¹⁵³⁶. Cependant, dans une relation conjugale, le préjudice moral soulève des difficultés. En effet, toute relation conjugale est susceptible de prendre fin et ainsi d'entraîner une peine importante à l'un des membres du couple. Or cette peine pourrait de manière surprenante constituer le préjudice. Ainsi, à l'encontre du principe de liberté de la rupture, toute personne est fondée à réclamer l'octroi de dommages et intérêts pour indemniser son préjudice moral résultant de la rupture. Néanmoins, le succès d'une telle action est soumis à la preuve de la brutalité. Apparaît alors une sorte de devoir de loyauté entre les concubins¹⁵³⁷.

525. La réparation d'un préjudice matériel au prix du dévoiement des conditions de la responsabilité du fait personnel. La demande peut aussi porter sur la réparation du préjudice matériel, notamment lorsqu'à la suite de la rupture le concubin délaissé se retrouve dans une

¹⁵³¹ CA Bordeaux, 16 mars 2015, RG n° 13/06257.

¹⁵³² En ce sens, V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, n°s 180 et s.

¹⁵³³ En ce sens, CA Aix-en-Provence, 16 avr. 2015, *Juris-Data* n° 2015-008432. Dans cet arrêt, le préjudice est seulement moral. La somme accordée à la concubine n'est que de 3 000 euros.

¹⁵³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 janv. 1962, *Bull. civ. I*, n° 33.

¹⁵³⁵ Cass. civ. 2^e, 3 mars 1988, n° 86-17.550, *Bull. civ. II*, n° 57.

¹⁵³⁶ Pour des exemples, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 270.

¹⁵³⁷ CA Rennes, 4 juin 1998, *Juris-Data* n° 1998-055549 ; CA Metz, 8 janv. 2015, *Juris-Data* n° 2015-000472 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-10.581, non publié ; Cass. civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-11.016, non publié, *JCP G* 2006. I. 199, note H. BOSSE-PLATIÈRE, n° 7. Selon un auteur, il ne s'agit pas d'une mesure spécifique aux couples, mais du devoir ordinaire de respect de l'intégrité morale qui s'impose à chacun. En ce sens, J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012, n° 277, spéc. p. 219.

situation de dépendance économique¹⁵³⁸. Un tel résultat ne peut être atteint qu'en prenant une certaine liberté quant à la réunion des conditions de la responsabilité fondée sur l'article 1240 du Code civil. En effet, les juges font preuve de bienveillance lorsque l'action en responsabilité est intentée à la suite de la rupture du concubinage¹⁵³⁹. Le préjudice devient alors l'élément central, voire omnipotent, puisqu'il n'est pas rare que le demandeur n'apporte pas la preuve d'une faute détachable de la rupture. Se fondant sur une approche humaniste, voire utilitariste, de la relation conjugale, les juges instaurent un devoir d'entraide après la rupture¹⁵⁴⁰ bien souvent au prix du dévoiement des conditions de la responsabilité délictuelle¹⁵⁴¹. Ils engagent alors la responsabilité de l'auteur de la rupture démontrant ainsi la montée de l'utilitarisme dans le droit de la famille¹⁵⁴².

526. De la sanction de la création ou de l'aggravation de la dépendance économique vers la sanction de la dépendance économique elle-même. Au fil des années, les décisions visant à réparer le préjudice matériel né de la rupture ne sanctionnent plus seulement la création ou l'aggravation de la dépendance par le concubin à l'origine de la rupture¹⁵⁴³, mais la dépendance économique elle-même. En d'autres termes, il s'agit de pallier l'impécuniosité du concubin délaissé.

¹⁵³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1977, n° 75-12.386, *Bull. civ. I*, n° 449 ; Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-14.628, non publié ; CA Paris, 14 nov. 1995, *Juris-Data* n° 95-024789 ; CA Rouen, 29 janv. 2003, *Juris-Data* n° 2003-205429, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 69, note H. LÉCUYER.

¹⁵³⁹ Sur le constat de ce dévoiement, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n°s 322 à 325.

¹⁵⁴⁰ Ce serait une sorte de survie des quasi-devoirs qui existeraient pendant la vie commune des concubins. En ce sens, V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, n° 178. V. aussi, D. HUET-WEILLER, « La cessation du concubinage », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, CNES, t. 2, 1986, p. 107, spéc. p. 119 ; A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du contrat », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 257.

¹⁵⁴¹ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n°s 223 et s. ; V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, n°s 182 à 185.

¹⁵⁴² J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 441, p.452. Pour une utilisation de l'utilitarisme, v. par ex. M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017.

¹⁵⁴³ Les juges ont sanctionné la création de la situation de la dépendance économique. Par exemple, le fait d'interdire à sa concubine tout en lui promettant de subvenir à ses besoins est considéré comme blâmable. En ce sens, M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, chron., p. 328, n°s 14 et s.

Tout d'abord, les cours et tribunaux ont pu décider que l'abandon du concubin sans ressource n'est jamais une faute¹⁵⁴⁴ sauf lorsque l'état de dépendance économique du concubin abandonné a été créé par l'auteur de la rupture¹⁵⁴⁵. Puis, certains juges ont souhaité réparer le préjudice qui résulte de l'existence de la dépendance économique. Ainsi, la victime de la rupture, sur le seul constat de son impécuniosité, peut obtenir une réparation sur le fondement de l'article 1240 du Code civil¹⁵⁴⁶. L'appréciation du préjudice se fait seulement au regard de l'existence de la situation de dépendance et non plus sur l'origine de celle-ci¹⁵⁴⁷. Par conséquent, si les revenus du concubin délaissé sont suffisants, il ne pourra pas obtenir de dommages et intérêts¹⁵⁴⁸ puisque le préjudice matériel n'existe pas.

Ce faisant, les juridictions du fond font de la dépendance économique un véritable préjudice afin de pouvoir indemniser le concubin dans le besoin.

L'objectif est de permettre à la victime de la rupture un redémarrage ou d'éviter de sombrer dans la pauvreté. Le préjudice matériel d'une « *exceptionnelle gravité* » résulte dans le fait d'être privé de ressources¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁴ CA Paris, 27 févr. 1979

¹⁵⁴⁵ Civ. 1^{re}, 29 nov. 1977, n° 75-12.386, *Bull. civ. I*, n° 449.

¹⁵⁴⁶ CA Paris, 14 févr. 2003, *Juris-Data* n° 2003-207349 ; CA Paris, 14 nov. 1995, *Juris-Data* n° 1995-024789. V. aussi CA Versailles, 14 janv. 2010, *Juris-Data* n° 2010-000526. Les faits de l'arrêt sont topiques. Deux personnes de régions différentes s'installent ensemble au domicile du concubin. Ce choix d'installation vient d'une demande du concubin à laquelle la concubine accède. Par la suite, ils se séparent et la concubine se trouve dans une situation financière délicate en raison de ses faibles revenus. La cour d'appel décide de lui accorder 5000 euros au titre des dommages et intérêts afin de préparer le préjudice moral et matériel causé par cette rupture. Les circonstances de l'espèce montrent que la création de la dépendance économique résulte d'un choix de la concubine qui a elle-même créé cette situation de dépendance.

¹⁵⁴⁷ Toutefois, v. CA Aix-en-Provence, 25 juin 2016, *Juris-Data* n° 2015-019306. Dans cette affaire, une des raisons pour laquelle le juge refuse l'octroi de dommages et intérêts vient du fait que la concubine avait librement décidé de ne pas reprendre son travail. Il s'agit ainsi d'une décision de couple.

¹⁵⁴⁸ CA Agen, 13 mai 2003 ; CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2002, *Juris-Data* n° 2002-184958 ; CA Lyon, 22 mai 2014. Dans cette dernière affaire, la concubine délaissée avait un emploi. Pour cette raison et malgré les divers "manquements" du concubin, elle n'obtient pas de dommages et intérêts. V. aussi, CA Bordeaux, 16 mars 2015, RG n° 13/02352.

¹⁵⁴⁹ V. déjà D. HUET-WEILLER, « La cessation du concubinage », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, CNES, t. 2, 1986, p. 107, n° 21, spéc. p. 121.

527. L'inscription de ces solutions dans le courant jurisprudentiel indemnitaire¹⁵⁵⁰. En délaissant la condition de faute au profit du préjudice¹⁵⁵¹, les juges du fond s'inscrivent dans une logique d'indemnisation qui se met peu à peu en place dans le droit de la responsabilité. La victime est alors au cœur du système et la faute¹⁵⁵² ne devient qu'un élément marginal¹⁵⁵³. « *Le principe n'est plus " toute faute appelle réparation ", mais " tout dommage appelle condamnation" »*¹⁵⁵⁴.

Madame GOUTTENOIRE-CORNUT¹⁵⁵⁵ illustre ce phénomène en comparant l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 avril 1998 à celui rendu par la cour d'appel de Paris le 27 février 1979. En une vingtaine d'années, la conception de la responsabilité en matière de rupture du concubinage a évolué de telle manière que la faute est souvent absente des débats¹⁵⁵⁶. Désormais, la situation de besoin du concubin, victime de la rupture, est l'élément central¹⁵⁵⁷. On pourrait même aller plus loin en avançant que dès lors qu'il s'agit d'endiguer la situation de détresse financière, la rupture

¹⁵⁵⁰ Sur ce phénomène dans le droit de la famille, D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 567.

¹⁵⁵¹ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du contrat », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 257, spéc. p. 267 et s.

¹⁵⁵² L'emploi du terme faute est privilégié à celui de terme générateur. La doctrine s'oppose sur le fait de savoir si l'article 1382 ancien du Code civil pose une exigence de faute ou de fait générateur. L'inconvénient de l'utilisation du fait générateur est sa trop grande largesse, mais aussi son imprécision, si bien qu'il semble préférable d'utiliser le terme de faute. En outre, l'utilisation du terme "fait générateur" ouvre de manière trop large la possibilité d'appliquer l'article 1240 du Code civil à la rupture du concubinage. Si la rupture du concubinage n'est pas une faute, elle est par contre un fait générateur susceptible d'entraîner l'application de l'article 1240 du Code civil.

¹⁵⁵³ V. par ex., L. CADJET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495 ; C. LABRUSSE-RIOU, « Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit », in M. VACQUIN (dir.), *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Autrement, coll. Nos valeurs, 2009, p. 94, spéc. p. 98.

¹⁵⁵⁴ Ph. LE TOURNEAU, *Rép. Civ. Dalloz*, V° Responsabilité (en général), n° 20. Ce phénomène s'illustre aussi par la multiplication des régimes de responsabilité sans faute. La responsabilité du fait des choses ou les responsabilités du fait d'autrui, notamment la responsabilité des parents du fait de leur enfant en sont de parfaits exemples. La succession des arrêts *Fullenwarth* (Ass. Plén., 9 mai 1984, n° 79-16612, *Bull. civ. AP*, n° 4), *Bertrand* (Cass. civ. 2^e, 19 févr. 1997, n° 94-21.111, *Bull. civ. II*, n° 56) et *Levert* (Cass. civ. 2^e, 10 mai 2001, n° 99-11.287, *Bull. civ. II*, n° 96) ont conduit à objectivisation de la responsabilité des parents du fait de leur enfant. Aucune faute, ni dans le comportement de l'enfant ni dans l'éducation faite par les parents n'a besoin d'être relevée, si bien que les parents deviennent responsables du fait normal de leur enfant.

¹⁵⁵⁵ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « Responsabilité civile et rupture unilatérale du contrat », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 257, spéc. p. 264.

¹⁵⁵⁶ Elle est parfois découverte de manière artificielle dans le caractère brutal de la rupture. Pour le même constat, v. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, nos 307 et 339.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, v. aussi H. LÉCUYER, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 69.

semble suffisante pour caractériser une faute¹⁵⁵⁸. Une telle évolution est critiquable, car elle entre en contradiction avec le principe de liberté de rupture du concubinage. La jurisprudence est en effet claire à ce propos : il ne peut y avoir de faute à rompre la relation.

528. Les prémices d'un revirement de la Cour de cassation. Si ce courant semble peu à peu prendre de l'ampleur auprès des juridictions du fond, aucun enseignement définitif ne peut être tiré puisque la Cour de cassation reste discrète à ce sujet¹⁵⁵⁹ malgré l'existence d'un arrêt du 25 juin 2008¹⁵⁶⁰ dans lequel elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte de la détresse matérielle et morale dans laquelle se trouvait la concubine victime de la rupture. Toutefois, l'absence de publication de la décision en restreint sa portée.

529. D'une responsabilité pour faute à une responsabilité sans faute ? En définitive, au vu des jurisprudences, on ne sait pas si la jurisprudence a totalement abandonné l'idée de faute pour mettre en œuvre la responsabilité du fait personnel de l'auteur de la rupture ou si la faute est constituée par la rupture elle-même¹⁵⁶¹. Dans un cas comme dans l'autre, il semble que l'on assiste à un basculement de la responsabilité pour faute en une responsabilité sans faute puisque le fait personnel non fautif du concubin à l'origine de la séparation, à savoir la rupture, suffit à engager sa responsabilité. De sorte que l'existence de la situation de dépendance économique du concubin ou du partenaire abandonné suffit à engager la responsabilité de l'auteur de la rupture, encore faut-il établir le lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur de responsabilité. Cette évolution permet de dégager une nouvelle norme de conduite sociale qui impose d'être solidaire de son ancien compagnon.

¹⁵⁵⁸ CA Rennes, 2 sept. 2014. *Contra* G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 2226.

¹⁵⁵⁹ Les décisions rendues à ce sujet depuis le début des années 2000 sont peu nombreuses comparées à celles rendues dans les années 1970.

¹⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-14.628, non publié. Les circonstances de l'affaire laissent aussi penser que la Cour de cassation souhaite punir le concubin qui quitte sa concubine pour aller vivre avec la fille de celle-ci. L'absence de publication au Bulletin empêche cependant d'en tirer des conclusions définitives.

¹⁵⁶¹ En ce sens, A. PROTHAIS, « Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », *JCP G* 1990. I. 3440.

530. La disparition du lien de causalité. Dans les affaires relatives à la rupture du couple non marié, le lien de causalité est souvent artificiel¹⁵⁶², car la dépendance économique ne résulte pas toujours de la rupture¹⁵⁶³. Elle pouvait exister avant la séparation. En d'autres termes, la rupture n'a pas créé la situation de précarité, cette dernière a simplement été dévoilée par la séparation. Dans ces cas de figure, la dépendance économique du partenaire ou du concubin naît au cours la relation en fonction des choix de vie des membres du couple. Ainsi, l'un d'eux peut quitter son travail pour s'occuper du foyer ou pour s'adonner à ses plaisirs, il peut aussi être contraint d'abandonner son travail en raison de son état de santé. De sorte que dans ces situations, aucun lien de cause à effet entre la rupture du concubinage et le préjudice subi par la victime ne semble pouvoir être établi. Pour autant, afin d'indemniser la victime de la rupture qui se trouverait dans une situation financière délicate, les juges semblent prendre une certaine liberté eu égard aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité du fait personnel.

531. Transition. L'appréciation de ce qui est acceptable se fait par renvoi à la règle morale, à la conscience collective. Les juges du fond semblent statuer en équité¹⁵⁶⁴, selon ce qui leur semble juste. Dans un but de responsabilisation des membres du couple sur la portée de leur engagement conjugal, les juges n'ont pas hésité à assouplir les conditions de l'article 1240 du Code civil¹⁵⁶⁵. Désormais, la faute semble se révéler dans le préjudice, faisant du concubinage une illustration parfaite de la logique indemnitaire du droit de la responsabilité. On a ainsi l'impression que le concubinage crée une situation de risque dont il faut répondre au moment de la rupture. La somme d'argent obtenue par le membre du couple se trouvant dans une situation économique laisse entrevoir l'existence d'une solidarité imposée entre les concubins ou les partenaires inspirée du mécanisme de la prestation compensatoire.

¹⁵⁶² M. MULLER, « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, chron., p. 328, n° 14. *Contra* D. VICH-Y-LLADO, *La désunion libre*, préf. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, Logiques juridiques, t. 1, 2001, spéc. pp. 259-260. Pour l'auteur, le lien de causalité est nécessairement indirect.

¹⁵⁶³ V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, n° 183.

¹⁵⁶⁴ S. PONS, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007, n°s 218 à 220. V. aussi, H. LÉCUYER, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 69. Du même auteur, *Dr. fam.* 2000, comm. n° 1.

¹⁵⁶⁵ Si en France, la responsabilité est régulièrement invoquée avec succès pour créer un devoir de solidarité postérieure à la rupture entre les concubins, ce n'est pas le cas en Belgique. À ce propos, v. L. COHEN, N. DANDOY, « Les droits alimentaires accordés à l'ex-partenaire par la jurisprudence ou organisés par conventions », in J. SOSSON (dir.), *La séparation du couple non marié*, Larcier, Les Cahiers du CeFAP, 2017, p. 43, n°s 17 et s.

§2. La solidarité imposée inspirée de la prestation compensatoire

532. Annonce de plan. La solidarité postérieure à la séparation du couple hors mariage que certains juges s'évertuent à mettre en place notamment par l'utilisation de la responsabilité du fait personnel de l'auteur de la rupture ressemble à la prestation compensatoire qui demeure le mécanisme de référence en matière d'entraide après la séparation. La prestation compensatoire vise en effet à limiter les conséquences de la rupture par l'octroi d'une somme d'argent à l'époux le moins fortuné. Cependant contrairement aux dommages et intérêts versés au concubin ou au partenaire agissant sur le fondement de la responsabilité du fait personnel, la prestation compensatoire ne répond pas seulement à une situation de besoin, elle tend aussi à compenser, autant que faire se peut, les disparités qui pourraient naître consécutivement à la rupture (A). Malgré cette différence, la prestation compensatoire semble être une source d'inspiration pour les juges qui peu à peu abandonnent l'idée de faute dans la réparation des conséquences de la rupture des couples hors mariage. De sorte que la relation de couple, quelle qu'elle soit, semble faire naître une créance alimentaire hypothétique et réciproque qui devient certaine au moment de la séparation (B).

A. L'entraide maximale entre les époux grâce à la prestation compensatoire

533. La solidarité dans la prestation compensatoire. La prestation compensatoire véhicule une idée de solidarité, mais aussi de responsabilité¹⁵⁶⁶. Elle a en effet vocation à compenser les disparités économiques qui pourraient naître à la suite de la rupture. De sorte qu'elle illustre parfaitement l'idée de solidarité imposée. Mais la prestation compensatoire a aussi pour conséquence de responsabiliser le membre du couple le plus fortuné qui doit assumer les conséquences de son engagement conjugal et plus précisément de son engagement matrimonial.

¹⁵⁶⁶ Mme VERGARA estime quant à elle que la prestation compensatoire est fondée sur « l'indemnisation d'un enrichissement manqué ». Selon elle, la prestation compensatoire vise à indemniser une perte de bénéfice. En effet, le mariage doit permettre à chacun de bénéficier du niveau de vie de l'autre et de son enrichissement. « *Dès lors, il semble que la prestation compensatoire puisse être analysée comme la compensation d'un enrichissement manqué en raison de la dissolution prématurée du mariage* ». O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n° 681, spéc. p. 243.

La prestation compensatoire est destinée à compenser les disparités qui surviennent en raison de la rupture¹⁵⁶⁷. Il semble qu'elle ait pour but d'accorder à l'époux créancier un « *maximum vital* »¹⁵⁶⁸ s'écartant ainsi du rôle d'aliment. Cependant, la Cour de cassation reconnaît la nature hybride de la prestation compensatoire qui revêt à la fois un caractère alimentaire et un caractère indemnitaire¹⁵⁶⁹. Cela a pour conséquence de rendre une partie de la prestation compensatoire insaisissable¹⁵⁷⁰. La conjugaison de ces deux caractères de la prestation sous-entend une idée de solidarité entre les époux qui n'est pas limitée à un minimum vital.

Cette double nature n'est pas sans rappeler la pension alimentaire que la prestation compensatoire est venue remplacer¹⁵⁷¹. En effet, de nombreux auteurs analysaient cette pension comme étant à la fois une indemnité et une pension alimentaire¹⁵⁷², bien que, peu à peu, le caractère alimentaire de la pension ait pris le dessus sur le caractère indemnitaire¹⁵⁷³.

534. Le devoir de secours comme fondement de la prestation compensatoire ? La lecture de l'article 270 du Code civil laisse penser que le devoir de secours est le fondement de la prestation compensatoire puisque l'article dispose que « *le divorce met fin au devoir de secours entre époux.*

¹⁵⁶⁷ Un auteur propose de supprimer la prestation compensatoire. J. CASEY, « Quel droit commun de la désunion ? », *Gaz. Pal.* 9 juin 2009, p. 13. Selon lui, l'évolution de la société et notamment l'accès des femmes au marché du travail ne justifient plus l'existence du mécanisme de la prestation compensatoire. Il n'y aurait plus besoin d'accorder une indemnité de rupture seulement en raison de l'existence de la relation. Seule la responsabilité pour faute devrait justifier l'octroi de dommages et intérêts. L'argument selon lequel l'indemnité de rupture n'est plus justifiée en raison de l'accès des femmes au marché du travail est, en partie, en contradiction avec la réalité, car, malgré une réduction des écarts, des progrès peuvent être faits en matière d'égalité de salaires entre les hommes et les femmes. Il n'est donc illogique que le moins fortuné, généralement la femme, puisse obtenir une indemnité en raison de la rupture, au moins tant que l'objectif d'égalité n'est pas atteint.

¹⁵⁶⁸ A. SÉRIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.* 1997, p. 53, n° 3.

¹⁵⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 2012, n° 11-14.926, *Bull. civ. I*, n° 152 ; Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, n° 10-16.016, *Bull. civ. I*, n° 128. V. aussi A. SÉRIAUX, « La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.* 1997, p. 53, n° 3 ; K. FEHRENBACH, « Vocation alimentaire des époux et prestation compensatoire », *LPA* 2 févr. 2001, p. 5.

¹⁵⁷⁰ Cass. civ. 2^e, 10 mars 2005, n° 02-14.268, *Bull. civ. II*, n° 66.

¹⁵⁷¹ Elle a été introduite par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* 12 juil. 1975, p. 7171. Puis elle a été modifiée à plusieurs reprises notamment par les lois du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004.

¹⁵⁷² V. par ex., S. 1893. I. 225, note LABBÉ ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 2, LGDJ, 2^e éd. par A. ROUAST, 1952, n° 636 ; L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil de Colin et Capitant*, t. 1, Dalloz par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1957.

¹⁵⁷³ J. BORRICAND, *Les effets du mariage après sa dissolution. Essai sur la pérennité du lien conjugal*, préf. P. KAYSER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, XVIII, 1960, n°s 165 et s.

L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives »¹⁵⁷⁴.

Toutefois, selon certains, ce fondement apparaît inadapté,¹⁵⁷⁵ car le devoir de secours disparaît avec le divorce¹⁵⁷⁶. Or la prestation compensatoire qui est une mesure accessoire du divorce¹⁵⁷⁷ naît au moment du prononcé du divorce, mais elle ne devient exigible qu'à partir du moment où le divorce est passé en force de chose jugée¹⁵⁷⁸. Ainsi, la naissance de la prestation compensatoire et son exécution sont postérieures au divorce. Puisque le devoir de secours disparaît avec le prononcé du divorce, il ne peut pas être le fondement de la prestation compensatoire.

Par ailleurs, au vu de l'importance des sommes versées et des modalités d'exécution de celle-ci, la prestation compensatoire ne paraît pas être fondée sur le devoir de secours. En effet, les sommes accordées au titre de la prestation compensatoire excèdent ce qui est nécessaire à la survie¹⁵⁷⁹. Elles n'ont donc pas pour objectif d'assurer un *minimum* à l'époux créancier de la prestation compensatoire. De surcroît, le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire ne correspond pas à l'obligation alimentaire qui s'exécute en principe sous la forme d'une rente.

¹⁵⁷⁴ Art. 270 C. civ.

¹⁵⁷⁵ H. FULCHIRON, « Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.* 2009, p. 1703. Contrairement à l'ancienne pension alimentaire qui était, de toute évidence, un prolongement du devoir de secours après la désunion.

¹⁵⁷⁶ Art. 270 C. civ.

¹⁵⁷⁷ S. THOURET, « L'exigibilité de la prestation compensatoire », *AJ fam.* 2013, p. 20.

¹⁵⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, n° 03-13.078, *Bull. civ. I*, n° 192 ; *Procédures* 2005, comm. n° 150, note R. PERROT. Dans certains cas particuliers, notamment lorsqu'un recours est formé uniquement contre les conséquences pécuniaires du divorce, le prononcé du divorce ne devient définitif qu'à la date du dépôt des conclusions de l'intimé. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, n° 09-15.235, *Bull. civ. I*, n° 263 ; *Dr. fam.* 2011, comm. n° 18, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-12.813, *Bull. civ. I*, n° 111 ; *AJ fam.* 2012, p. 462, obs. C. ELKOUBY SALOMON.

¹⁵⁷⁹ Pour une analyse de ces montants. H. FULCHIRON, R. DAUBRICOURT, « La prestation compensatoire, mythes et réalités », *D.* 2010, p. 2170.

Enfin, contrairement aux obligations alimentaires qui s'éteignent par le décès du créancier¹⁵⁸⁰ et bien que les héritiers du débiteur ne soient pas tenus personnellement du paiement de cette dette¹⁵⁸¹, la prestation compensatoire est transmissible à la succession¹⁵⁸².

Par conséquent, la prestation compensatoire emprunte davantage au devoir de contribution aux charges du mariage qu'au devoir de secours¹⁵⁸³, notamment en ce qu'elle dépasse largement l'idée de solidarité minimale véhiculée par le devoir de secours. C'est pour cette raison que l'on peut affirmer qu'elle a un caractère principalement indemnitaire¹⁵⁸⁴.

535. Transition. Propre au mariage, la prestation compensatoire illustre la continuation d'une entraide maximale entre les époux à l'issue de la séparation. Par ce mécanisme, chacun des époux, dès la célébration du mariage, est titulaire d'une créance hypothétique contre son conjoint. Cette dernière ne devient certaine qu'à partir du moment où une disparité de ressources est constatée entre eux au moment du divorce. En se fondant sur ce modèle et par extrapolation, une créance alimentaire hypothétique pourrait naître de la relation conjugale, quel que soit le mode de conjugalité.

¹⁵⁸⁰ Pour une critique de l'absence de transmission de la dette alimentaire, É. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 1, spéc. p. 12 à 14. L'auteur démontre que l'attribution de droits successoraux en faveur du créancier de la pension alimentaire à la suite du décès du débiteur d'aliments ne supprime pas nécessairement l'état de besoin. De sorte que l'absence de transmissibilité de l'obligation alimentaire est critiquable. L'auteur démontre cependant la survie, dans certains cas particuliers (par exemple à l'égard du conjoint survivant grâce à l'ancien article 205 du Code civil), de l'obligation alimentaire malgré le décès du débiteur originel.

¹⁵⁸¹ La transmission de la prestation compensatoire est « *originale* ». En effet depuis la réforme du divorce du 26 mai 2004 (loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319), la prestation compensatoire n'est plus une dette comme une autre en matière de transmission de la dette puisqu'au décès du débiteur, elle est directement convertie en capital aux termes de l'article 280 du Code civil, à moins que les héritiers du débiteur décident de conserver le principe d'une prestation sous forme de rente (art. 280-1 C. civ.).

¹⁵⁸² En ce sens, Fr. VAUVILLÉ, « La transmission de la charge de la prestation compensatoire après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », *RJPF* 2005, n° 134, p. 42. *Contra* G. RAOUL-CORMEIL, « Aliments et successions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, p. 459, n° 11, spéc. p. 475. L'auteur précise que la loi du 26 mai 2004 a rendu la prestation compensatoire intransmissible. Il admet toutefois que la prestation compensatoire peut-être transmise aux héritiers du débiteur de la prestation.

¹⁵⁸³ En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 367.

¹⁵⁸⁴ V. ÉGÉA, « Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 22, n° 14. Selon l'auteur, « la finalité alimentaire importante dans le cadre de l'après-divorce se justifiait surtout à une époque où le salariat de la femme demeurait peu développé ».

B. La création d'une créance alimentaire hypothétique commune à tous les modes de conjugalité

536. L'imitation partielle de la prestation compensatoire. Le juge qui vient en aide au concubin ou au partenaire sans ressource porte atteinte à sa liberté de rupture¹⁵⁸⁵. Bien que l'atteinte soit indirecte puisqu'il ne s'agit pas de l'empêcher de se libérer de leur relation, celui qui souhaite se séparer de son compagnon doit satisfaire à cet ersatz de devoir de solidarité¹⁵⁸⁶. En d'autres termes sa liberté à un coût.

Les décisions relatives à la séparation des couples hors mariage mettent en lumière le souhait de limiter les conséquences patrimoniales de la rupture du couple hors mariage, imitant ainsi le mécanisme mis en place avec la prestation compensatoire¹⁵⁸⁷. Bien que l'indemnité reçue au titre de la prestation compensatoire et les dommages et intérêts alloués sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle soient versés en une seule fois sous la forme d'un capital, des différences importantes demeurent. Ainsi, contrairement à la prestation compensatoire qui profite à l'époux le moins fortuné qu'il soit ou non à l'origine de la séparation, la responsabilité du fait personnel de l'auteur de la rupture sur le fondement de l'article 1240 du Code civil est uniquement engagée par celui qui subit la rupture. De sorte que l'indemnité perçue sur le fondement de l'article 1240 du Code civil se détache de l'idée d'un droit à compensation généré uniquement par le mode de conjugalité. En effet, contrairement au concubinage, la rupture et les conséquences du mariage sont "objectivisées" en ce qu'elles sont détachées de toute idée de faute¹⁵⁸⁸. Sur ce point, les

¹⁵⁸⁵ *Contra* G. KESSLER, « L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire ? », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8, spéc. p. 14. C'est à ce titre qu'un auteur, en droit de la responsabilité sans faute, a souhaité différencier le dommage moral et le dommage économique des autres types de dommage. Ainsi, le dommage moral et/ou économique doit nécessairement être accompagné d'une faute au risque sinon de limiter totalement la liberté d'agir. B. STARCK, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475.

¹⁵⁸⁶ S. PONS, La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007, n° 215.

¹⁵⁸⁷ Sur ce point, *Dr. fam.* 1998, comm. n° 81, note H. LÉCUYER. V. aussi G. KESSLER, « L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire ? », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8, spéc. p. 14.

¹⁵⁸⁸ Contrairement à l'ancienne pension alimentaire, la prestation compensatoire n'est pas réservée à celui qui subit la rupture, sauf le cas particulier de l'alinéa 3 de l'article 270 C. civ.

indemnités accordées par les juridictions du fond sur le fondement de la responsabilité délictuelle se différencient des sommes allouées au titre de la prestation compensatoire¹⁵⁸⁹.

537. La proximité avec l'article 266 du Code civil. L'utilisation de la responsabilité du fait personnel¹⁵⁹⁰ pour limiter les conséquences de la rupture hors mariage correspond davantage au mécanisme de l'article 266 du Code civil¹⁵⁹¹ qu'à celui de la prestation compensatoire.

En principe, les actions fondées sur la responsabilité du fait personnel et celles intentées sur le fondement de l'article 266 du Code civil ont une finalité différente¹⁵⁹². En effet, alors que dans le premier cas, les juges accordent des dommages et intérêts pour réparer le préjudice distinct de la rupture¹⁵⁹³, dans la seconde situation, l'octroi de dommages et intérêts vise à indemniser le préjudice découlant de la rupture¹⁵⁹⁴. De sorte qu'un rapprochement apparaît maladroit, voire inopportun.

Néanmoins, la responsabilité du fait personnel de l'auteur de la rupture, utilisée pour limiter les conséquences patrimoniales de la rupture du concubinage ou du Pacs, ressemble fortement au mécanisme prévu à l'article 266 du Code civil, notamment en ce que les dommages et intérêts sont octroyés sur seul le constat d'un préjudice, indépendamment de toute idée de faute. C'est pourquoi au vu du dévoiement des conditions de la responsabilité du fait personnel, l'action en responsabilité intentée par les concubins ou les partenaires pour limiter les effets de leur séparation correspond,

¹⁵⁸⁹ En ce sens, v. aussi G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014.

¹⁵⁹⁰ Art. 1240 C. civ.

¹⁵⁹¹ L'article 266 du Code civil permet d'accorder des dommages et intérêts à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage. Le rayonnement de cet article est cependant limité en raison de l'existence de l'article 266 du Code civil. En ce sens, H. LÉCUYER, « Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 11 sept. 2010, p. 11. Certains auteurs de doctrine proposent d'ailleurs de le supprimer. En ce sens, v. par ex. É. MULON, « Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2014, p. 6 ; F. OUDON, « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n° 2, p. 6.

¹⁵⁹² H. LÉCUYER, « Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 11 sept. 2010, p. 11.

¹⁵⁹³ Pour des exemples récents, Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, n° 16-16.874, non publié, *RTD civ.* 2017, p. 622, obs. J. HAUSER ; CA Rennes, 27 févr. 2017, *Juris-Data* n° 2017-003571 ; CA Grenoble, 17 janv. 2017, *Juris-Data* n° 2017-002889.

¹⁵⁹⁴ En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, n° 02-13.061, non publié, *RJPF* 2004, n° 5, obs. Th. GARÉ ; Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, n° 06-10.871, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 53, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Dans cet arrêt, la Cour de cassation met en évidence la différence entre les préjudices réparés dans le cadre des articles 266 et 1382 ancien du Code civil. V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 2012, n° 11-10.959, non publié, *Gaz. Pal.* 15 mars 2012, p. 10, note Chr. QUÉZEL-AMBRUNAZ..

dans l'esprit, davantage à celle fondée sur l'article 266 du Code civil qu'à celle fondée sur l'article 1240 du Code civil.

538. L'objectivisation de la réparation des conséquences de la rupture. La volonté des juges de limiter les conséquences patrimoniales de la rupture des concubins et des partenaires aboutit à créer un mécanisme hybride qui emprunte à la fois l'esprit de la prestation compensatoire et les conditions de l'article 266 du Code civil.

Le seul objectif est alors de limiter les conséquences de la séparation sans égard pour une éventuelle faute. Que la somme soit allouée aux époux au titre de la prestation compensatoire ou aux partenaires ou aux concubins au titre des dommages et intérêts, la faute est absente des débats. Par conséquent, cela tend à créer un droit à indemnisation, soumis à la condition de besoin. En effet dans un cas comme dans l'autre, seule la situation financière des anciens membres du couple est prise en compte par les juges. Ainsi, on a l'impression que se dessine une solidarité postérieure à la séparation commune à tous les couples. Cette solidarité est singulière en ce que la faute est totalement étrangère. Il semblerait que l'on assiste à l'objectivation de la réparation des conséquences de la rupture.

Ainsi, le couple ferait naître une créance hypothétique et réciproque entre ses membres¹⁵⁹⁵. Les époux, les partenaires et les concubins disposent d'une sorte de droit à une indemnité de rupture à condition d'être dans le besoin. Cela ressemble à l'émergence d'une solidarité *minimum*, commune à tous les modes de conjugalité, fondée sur l'état de détresse financière.

Ces demandes de solidarité ne sont pas une spécificité française¹⁵⁹⁶. L'affaire la plus connue en la matière s'est déroulée au Canada¹⁵⁹⁷ où une concubine abandonnée arguait que l'exclusion des conjoints de fait du bénéfice de la prestation compensatoire et de la pension alimentaire était

¹⁵⁹⁵ Sur cette proposition, J. CASEY, « Quel droit commun de la désunion ? », *Gaz. Pal.* 9 juin 2009, p. 13. V. aussi M. DOUCHY-OUUDOT, « Le divorce ne serait-il que question d'argent ? », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 81, spéc. p. 84.

¹⁵⁹⁶ Cette unité de traitement existe d'ailleurs dans certains pays comme la Nouvelle-Zélande ou dans l'État de Colombie-Britannique. Ces exemples sont tirés de G. KESSLER, « L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire ? », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8, spéc. p. 13. L'auteur quant à lui préfère l'idée d'une prestation compensatoire.

¹⁵⁹⁷ Cour suprême du Canada, 25 janv. 2013, *Québec (Procureur Général) c. A.*, 2013 CSC 5.

une discrimination au sens de l'article 15 alinéa 1 de la Charte canadienne des droits et libertés¹⁵⁹⁸. La Cour suprême du Canada, le 25 janvier 2013, déboute la demanderesse¹⁵⁹⁹. Cette affaire largement médiatisée sous le nom d'*Éric contre Lola* a permis de poser la question des conséquences de la rupture des conjoints de fait à la plus haute juridiction de cet État. La réponse est pour l'instant identique à celle de la France puisque la Cour suprême refuse de verser une prestation compensatoire ou un ersatz de prestation compensatoire à une concubine¹⁶⁰⁰.

539. L'objectivisation de la réparation des conséquences de la rupture *versus* la liberté de rupture. La bienveillance des juges à l'égard des concubins délaissés en situation précaire ou la mise en place de mesure fondée sur la vulnérabilité ou l'impécuniosité sont louables, notamment lorsque la relation a duré, car elles participent à la création d'une solidarité conjugale¹⁶⁰¹ et à une responsabilisation des membres du couple sur leur engagement conjugal.

L'objectivisation de la réparation des conséquences de la rupture conduit à contraindre à la solidarité des personnes qui, en principe, disposent d'une liberté absolue de rompre. Or, le risque est inhérent à la relation conjugale *a fortiori* entre concubins. Mettre en place un devoir de solidarité en dehors de tout engagement contractuel¹⁶⁰² ou moral revient à dénaturer le concubinage et le Pacs, si bien que la dérive opérée par les juges paraît inopportune¹⁶⁰³, d'autant que les prestations

¹⁵⁹⁸ Art. 15 al. 1 de la Charte canadienne des droits et libertés : « *la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques* ».

¹⁵⁹⁹ Les avis des neuf juges ont été extrêmement partagés puisque que quatre d'entre eux considèrent que la mise à l'écart des conjoints de fait n'est pas discriminatoire alors que les cinq autres décident l'inverse. Toutefois, la juge en chef Mc LACHLIN estime que cette discrimination est justifiée. De sorte que la différence de traitement entre les unions de fait et de droit est justifiée.

¹⁶⁰⁰ Cependant dans l'arrêt de la Cour suprême, le partage des avis des juges de la Cour suprême pose peut-être les premiers jalons d'une réflexion de fond à ce propos. En ce sens, v. A. ROY, « *Affaire Éric c. Lola, une fin aux allures de commencement* », in *Conférence des juristes de l'État 2013, XXe Conférence, Redéfinir la gouvernance publique*, Éditions Y. Blais, 2013, p. 259 et s.

¹⁶⁰¹ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 326 et s.

¹⁶⁰² Sur l'idée de l'organisation d'un devoir alimentaire contractuel entre les concubins, R. FAIVRE, *L'émergence du droit familial alimentaire du couple. Étude critique*, thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2009, nos 282 à 288.

¹⁶⁰³ En ce sens, L. JOSSERAND, « *L'avènement du concubinat* », *DH 1932*, chron., p. 45, spéc. p. 50. L'auteur relève que « les concubins n'ont pas entendu se lier ; ils ont même entendu ne pas se lier ; ils veulent conserver leur liberté d'action et mettre fin, quand bon leur plait, à une communauté d'existence qui cessera comme elle avait commencé, plus facilement même qu'elle n'avait commencé, par la volonté d'un seul des intéressés ».

sociales constituent des palliatifs aux situations précaires dans lesquelles le compagnon abandonné peut se trouver.

540. L'objectivisation de la réparation des conséquences de la rupture et le choix du mode de conjugalité. La volonté de généraliser la solidarité conjugale postérieure à la rupture par l'octroi d'une somme d'argent afin de limiter les conséquences de la rupture va à l'encontre de la volonté des membres du couple. En effet, en ne se mariant pas, les partenaires et les concubins expriment le choix de vivre hors de l'union matrimoniale. Or en souhaitant créer une indemnité automatique ou quasi automatique en faveur du partenaire ou du concubin vulnérable, la volonté de ces couples hors mariage de ne pas se soumettre à une solidarité postérieure à la séparation est ignorée.

Les partenaires et les concubins s'engagent sciemment dans un mode de conjugalité moins contraignant. En effet, en refusant le mariage, ces couples expriment leur volonté de ne pas se soumettre à une solidarité imposée. Au mieux, ils s'assujettiront à une solidarité voulue. De sorte que la solidarité hors mariage ne doit pas résulter d'un devoir légal, mais d'un accord. C'est pourquoi les accords des concubins ou des partenaires concernant le règlement des effets de leur rupture doivent être mieux acceptés par la jurisprudence. Cette dernière est réticente à ces accords qui pourraient porter atteinte à la liberté de rupture. Mais le fait pour un individu de s'engager à verser une somme d'argent à la personne avec qui il rompt ne porte pas atteinte à la liberté de rupture. Il est pour le moins étonnant de considérer qu'une personne elle-même puisse porter atteinte à sa propre liberté de rupture. Si un individu s'engage, c'est justement parce qu'il estime que sa promesse ne porte pas atteinte à sa liberté de rompre.

En réalité, la mise en place d'une solidarité conjugale après la rupture dépend du postulat sur lequel on se fonde, volontariste ou humaniste. Ceux qui appellent de leur vœu la création d'une entraide après la séparation se fondent sur une approche humaniste du couple. Au contraire, ceux qui s'y opposent s'appuient sur une approche volontariste où le choix du mode de conjugalité doit prévaloir sur les considérations humanistes. À ce jour, le législateur semble privilégier la seconde voie, celle du respect de la volonté des membres du couple. Ce faisant, il préserve le pluralisme conjugal. En effet, en refusant de construire une réglementation relative à l'indemnisation consécutive à la rupture, le législateur rappelle la hiérarchie entre les modes de conjugalité. Ce faisant, il conserve la différence principale entre le mariage et les autres modes de conjugalité, à

savoir la solidarité après la dissolution du couple. « *La désunion des partenaires veut oublier leur association passée et donner ses pleins effets à l'indépendance qu'ils s'étaient préservée. Véritable liberté, la rupture est abandonnée tant à la volonté qu'à la responsabilité des partenaires* »¹⁶⁰⁴.

541. Une consécration inévitable de l'entraide conjugale postérieure à la rupture. La situation actuelle qui consiste à déclarer que les partenaires et les concubins sont libérés de toute solidarité à l'issue de la séparation alors que les juridictions du fond leur imposent une solidarité par l'utilisation de la responsabilité ou de l'obligation naturelle ne semble pas pouvoir perdurer. Cette démarche est critiquable, car elle ne tient pas compte de la disparition du lien affectif entre les membres, mais puisque, à l'évidence, la doctrine humaniste s'impose progressivement auprès d'une partie des juges et qu'aucun retour à la rigueur ne semble se dessiner, la solidarité postérieure à la rupture semble à terme pouvoir être consacrée par le législateur. En effet, en dépit des critiques dont cette nouvelle approche fait l'objet, le législateur ne peut pas l'ignorer. La législation évolue d'ailleurs dans le sens d'un renforcement de la solidarité conjugale postérieure à l'union puisque, à titre d'exemple, les droits du partenaire survivant sur le logement du couple sont désormais identiques à ceux de l'époux.

Si l'entraide après la rupture devait être consacrée par le législateur, encore faudrait-il en déterminer l'étendue. La doctrine soutenant cette démarche s'accorde sur le fait que l'indemnité accordée à l'un des membres du couple peut être fondée sur l'équité¹⁶⁰⁵ ou sur le modèle de l'action à fins de subsides.¹⁶⁰⁶ Dans un cas comme dans l'autre, elle répond à une situation de besoin¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁴ I. DAURIAC, S. GAUDEMET, « La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 141, n° 2, spéc. p. 142.

¹⁶⁰⁵ R. BLOUGH, « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude n° 19.

¹⁶⁰⁶ Cl. NEIRINCK, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28.

¹⁶⁰⁷ En ce sens, G. KESSLER, « L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire ? », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8 ; Cl. NEIRINCK, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28 ; N. BARBIER, M. MARTIN, A. MUSSIER, J. PASSALACQUA, E. VAGOT, « Pacs : à quand le *coming-out* de la prestation compensatoire ? », *AJ fam.* 2011, p. 201. V. toutefois A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 393. L'auteur estime que « la prestation compensatoire devrait ainsi être envisagée comme une soutenance au profit du membre du couple qui souffre, du fait de la rupture, d'une baisse de son train de vie, à condition que l'inégalité économique trouve sa source dans un sacrifice du demandeur dans l'intérêt de la communauté de vie. Si ces deux conditions sont réunies, une prestation compensatoire devrait être accordée à ce partenaire, afin de lui permettre, dans la mesure du possible, de recouvrer son autonomie ».

Toujours limitée au strict nécessaire, l'entraide à l'issue de la séparation renvoie aux aliments¹⁶⁰⁸. On assisterait alors à la naissance d'un droit commun alimentaire du couple¹⁶⁰⁹. Pour ce faire, l'obligation alimentaire doit cependant être refondue puisque, en l'état du droit positif, elle est limitée, aux parents et aux alliés¹⁶¹⁰. En effet, « *ce ne sont pas tous les rapports de famille humainement reconnus qui donnent lieu à l'obligation alimentaire, mais seulement ceux auxquels la loi l'attache expressément* »¹⁶¹¹. Pourtant à l'heure des mutations familiales, l'obligation alimentaire doit être adaptée¹⁶¹² afin d'être étendue aux couples hors mariage. « *Puisque l'union matrimoniale n'a plus le monopole de l'organisation des rapports conjugaux, le concubinage comme le Pacs paraissent constituer les nouveaux viviers de cette solidarité familiale en matière alimentaire* »¹⁶¹³. Bien que les modes de conjugalité ne créent pas de lien d'alliance au sens juridique du terme, ils fondent une "pseudo-alliance"¹⁶¹⁴ qui pourrait être prise en compte pour étendre le rapport alimentaire aux membres du couple hors mariage.

Cette solidarité à caractère alimentaire, visant à répondre aux besoins vitaux du membre du couple le moins fortuné, prendrait la forme, non pas de la prestation compensatoire dont le caractère indemnitaire semble désormais prédominant, mais d'une rente.

¹⁶⁰⁸ Cette voie n'est pas celle empruntée au Québec où le Comité consultatif sur le droit de la famille présidé par le Professeur Alain Roy, en juin 2015, a proposé d'étendre la prestation compensatoire au profit des conjoints de faits, notamment parce que la prestation compensatoire est considérée au Québec comme un moyen de redressement. Selon les auteurs de cette proposition, la distinction, sur ce point, entre les conjoints de fait et les époux n'est pas justifiée. A. ROY (dir.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, juin 2015, pp. 108-109.

¹⁶⁰⁹ Certains ont pu proposer une autre alternative, celle de l'ouverture d'une indemnisation dès lors que l'un des membres du couple est abandonné, notamment en présence d'un enfant. A. ROY, « *Affaire Éric c. Lola, une fin aux allures de commencement* », in *Conférence des juristes de l'État 2013, XXe Conférence, Redéfinir la gouvernance publique*, Éditions Y. Blais, 2013, p. 259 et s., spéc. p. 302. Dans un sens proche, v. aussi V. ÉGÉA, « *Les solidarités familiales à la suite du divorce* », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 22, n° 33.

¹⁶¹⁰ Le cercle des rapports alimentaires, presque inchangé depuis 1804, comprend les parents en ligne directe (art. 203 et 205 C. civ.), les époux (art. 212 C. civ.) et les beaux-parents qui sont les créanciers de leurs gendres ou de leurs belles-filles (art. 206).

¹⁶¹¹ J. CARBONNIER, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant et le couple*, PUF, coll. *Quadrige manuels*, 2^e éd., 2017, n° 399, spéc. p. 799.

¹⁶¹² Ch. GOLDIE-GÉNICON, « *L'obligation alimentaire à l'heure des mutations familiales* », *Deffrénois* 2015, p. 686. L'auteur met notamment en avant la nécessité d'adaptation de l'obligation alimentaire. En effet, le cercle des bénéficiaires de l'obligation alimentaire mériterait d'être rafraîchi. À ce titre, l'intervenante traite notamment des familles recomposées. Elle s'interroge par ailleurs sur la pertinence de certains rapports alimentaires comme ceux liant les belles-filles et les gendres aux beaux-parents.

¹⁶¹³ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 374.

¹⁶¹⁴ V. *supra* n° 273.

542. Transition. La prestation compensatoire est l'exemple topique de la différence entre les modes de conjugalité. Elle illustre la singularité matrimoniale « *liée au mariage comme l'est le divorce, manifestation d'une solidarité spécifique que le législateur a choisi de réserver à l'union des époux* »¹⁶¹⁵. La prestation compensatoire est une manifestation de la différence entre les modes de conjugalité. En effet, alors que le mariage règle les rapports entre époux pendant l'union et après la séparation, le Pacs et le concubinage se limitent au temps de la relation¹⁶¹⁶. Cette affirmation est indiscutable au vu des dispositions légales. Elle doit cependant être nuancée notamment depuis que les juges mettent en place une solidarité postérieure à la rupture. On constate donc que la solidarité survit, dans une certaine mesure, à la séparation, mais aussi au décès. En effet, le juge prévoit un certain nombre de mesures visant à faire perdurer la solidarité par-delà le décès.

Section 2. La solidarité en cas de décès

543. Une solidarité légitime. Si l'entraide à l'issue de la séparation est contestable en ce qu'elle fait perdurer un lien économique entre les membres du couple qui pourtant ne souhaitent plus vivre ensemble, son maintien postérieurement au décès se justifie pleinement. En effet, dans ce cas les époux n'ont voulu mettre fin ni à leur relation ni à la solidarité qui en découle. Seule la mort les y a contraints.

544. Annonce de plan. Les sources de cette solidarité après le décès sont la loi et la volonté. D'une part, certains mécanismes légaux illustrent le désir de venir en aide au conjoint survivant. Ces mesures propres au mariage ne sont pas le fruit d'une démarche volontaire du *de cuius* puisqu'elles sont un effet de l'institution matrimoniale (§1). D'autre part, la protection du survivant du couple peut être anticipée afin d'améliorer sa situation après le décès de son conjoint. Cette solidarité conjugale postérieure au décès n'a alors plus une source légale, mais une origine volontaire (§2).

§1. La solidarité légale

545. Annonce de plan. Les mécanismes légaux illustrant la volonté d'améliorer la situation du conjoint survivant peuvent être classés en deux catégories en fonction de leur objectif. Le

¹⁶¹⁵ A. MOLIÈRE, *Dissolution des couples et compensation patrimoniale*, Thèse Lyon 3, 2012, n° 333.

¹⁶¹⁶ I. DAURIAC, S. GAUDEMET, « La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 141, n° 20.

premier type de dispositif renvoie à une solidarité *a minima* qui vise à empêcher la précarité de l'époux survivant. En d'autres termes, il s'agit d'apporter une réponse à son état de besoin (A).

Par ailleurs, la vocation successorale du survivant du couple marié a été considérablement améliorée depuis 1804¹⁶¹⁷. Cette fois, l'idée de solidarité minimale, étudiée auparavant, est dépassée puisque la vocation légale du conjoint survivant ne varie pas en fonction de son état de besoin. C'est pourquoi elle n'est soumise à aucune condition de ressources (B).

A. La solidarité soumise à l'état de besoin du conjoint survivant

546. Des mécanismes diversifiés. La solidarité soumise à l'état de besoin du conjoint survivant que l'on pourrait qualifier d'entraide *a minima* se manifeste de différentes manières. La solidarité pécuniaire minimale est incarnée par la pension de réversion¹⁶¹⁸ qui accorde au survivant dont les ressources apparaissent insuffisantes et à condition d'être âgé d'au moins cinquante-cinq ans¹⁶¹⁹ le droit de bénéficier du versement d'une partie de la retraite du *de cuius* (1), mais aussi par la pension alimentaire octroyée au conjoint survivant sur le fondement de l'article 767 du Code civil (2). Bien que la solidarité repose sur la société dans le cas de la pension de réversion et sur la succession dans le cas de la pension alimentaire, il se dégage de ces mécanismes une volonté commune de répondre aux besoins vitaux du conjoint de l'époux prédécédé.

1. La solidarité par la pension de réversion

547. La pension de réversion : manifestation d'une solidarité imposée. En matière de pension de réversion, l'expression de "solidarité imposée" peut apparaître inadaptée, car elle repose indirectement sur les époux. Contrairement à la pension alimentaire, à la prestation compensatoire

¹⁶¹⁷ La promotion du conjoint survivant dans l'ordre successoral familial, par la loi du 3 décembre 2001, marque une transformation des solidarités familiales. En ce sens, Fl. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin. (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », *RTD civ.* 2002, p. 156.

¹⁶¹⁸ Les conditions d'obtention de cette pension le prouvent. Pour le régime général, le versement de la pension dépend notamment du niveau de ressources du bénéficiaire (art. L. 353-1 CSS, art. D. 353-1-1) ou de l'écoulement d'une certaine durée du mariage. La condition d'une durée minimum du mariage avait été exigée, mais la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (*JORF* 22 août 2003, p. 14310) l'a fait disparaître. Toutefois, en dehors du régime légal, ces conditions de durée continuent d'exister. Par exemple, l'article L. 39 du Code des pensions civiles et militaires prévoit que la pension ne pourra être versée qu'à la condition que le mariage ait duré quatre ans. En ce sens, v. Cl. DOMEIZEL, D. LECLERC, *Transparence, équité, solidarité : les trois objectifs d'une réforme de la réversion*, Sénat, 2006-2007, n° 314, pp. 29 à 32. V. aussi, le rapport de la Cour des comptes.

¹⁶¹⁹ Pour la pension de réversion versée par la sécurité sociale, il faut en effet être âgé d'au moins cinquante-cinq ans (art. D. 353-4 CSS).

ou même aux dommages et intérêts, cette charge n'incombe pas au *de cuius*, ou plus exactement à sa succession. Le poids de la pension de réversion du régime général pèse sur la sécurité sociale et donc par ricochet sur tous les cotisants¹⁶²⁰. Le terme "imposé" retrouve toutefois tout son sens au regard de la faculté pour le conjoint divorcé de bénéficier de la pension de réversion. En effet, les époux ne peuvent pas priver l'autre de la pension de réversion. Cela signifie que le droit à la pension naît par le mariage et ne disparaît que par le décès du bénéficiaire. Cela se justifie par le fait que la pension de réversion trouve sa source dans la contribution aux charges du mariage, à laquelle les époux ne peuvent pas échapper.

548. Annonce de plan. Seuls les conjoints survivants bénéficient de cette pension de réversion. Les couples hors mariage sont écartés de ce mécanisme de solidarité (a). Toutefois, les revendications des couples hors mariage et des couples homosexuels commencent à être entendues puisque l'ancienne ministre des Affaires sociales et de la Santé a demandé à certains organismes de retraite d'ouvrir rétroactivement sous certaines conditions la pension de réversion aux partenaires¹⁶²¹. Cette initiative ministérielle soulève des interrogations en ce qu'elle entre en contradiction avec le principe d'exclusion des couples hors mariage du bénéfice de la pension de réversion (b).

a. L'exclusion des couples hors mariage du bénéfice de la pension de réversion

549. L'exclusion des couples hors mariage justifiée par le Conseil constitutionnel. La pension de réversion est réservée aux époux. Les concubins et les partenaires¹⁶²² sont exclus du bénéfice de cette pension. Maintes fois dénoncée, cette différence de traitement a été déclarée conforme à la constitution. Elle ne constitue pas une discrimination¹⁶²³. Le traitement de faveur des époux s'explique par l'existence de droits et de devoirs entre les époux, notamment du devoir de

¹⁶²⁰ Le régime général des retraites est en effet basé sur le principe d'un système contributif et non pas par capitalisation.

¹⁶²¹ La lettre de Marisol TOURAINE, en date du 23 février 2016, s'adresse aux directeurs des régimes de retraite de la Fonction publique.

¹⁶²² Une proposition de loi tendant à renforcer les droits des personnes liées par un pacte civil de solidarité (texte n° 461), déposée le 16 juin 2009 au Sénat, avait notamment pour but de permettre aux partenaires de bénéficier du bénéfice de la pension de réversion à condition d'avoir conclu un Pacs depuis au moins deux ans. À propos de cette proposition, v. M. LAMARCHE, « Pacs, pour le meilleur et sans le pire ? La multiplication des avantages en faveur des partenaires », *Dr. fam.* 2009, alerte n° 61.

¹⁶²³ Cons. const., 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC ; *AJ fam.* 2011, p. 436, obs. W. JEAN-BAPTISTE.

contribution aux charges du mariage. Autrement dit, le conjoint bénéficie d'un droit, car il est soumis à un devoir.

Cette justification ne suffit pas à écarter les partenaires du bénéfice de la pension de réversion. Ces derniers sont en effet peu ou prou soumis au même devoir de contribution¹⁶²⁴. Conscient de l'insuffisance de cet argument, le Conseil constitutionnel en ajoute un nouveau. Il rappelle que contrairement au Pacs, le mariage organise la relation conjugale postérieurement à sa rupture notamment en accordant la qualité d'héritier au survivant du couple¹⁶²⁵. Ce raisonnement manifeste la volonté de protéger l'institution matrimoniale au détriment des autres modes de conjugalité.

550. Une justification adéquate pour refuser le bénéfice de la pension de réversion aux concubins. L'exclusion des concubins de la pension de réversion est classique¹⁶²⁶. Outre le fait que les concubins ne se soumettent à aucun devoir, la différence de traitement s'explique par la nature du concubinage qui est une relation de fait, avant tout déclarative. Ce faisant, l'établissement de la relation repose sur des éléments qui ne sont pas toujours aisément constatables. L'ouverture du droit à réversion réclamerait des moyens de vérification importants dont les coûts sont prohibitifs. En outre, le refus opposé aux concubins est aussi dû à l'absence de devoirs réciproques, notamment de devoir de contribution aux charges du ménage.

551. L'argumentation convaincante entre les partenaires. La disparition de la solidarité entre les partenaires en raison de la rupture et l'absence de dévolution successorale sont donc les nouvelles justifications de la différence de traitement entre les partenaires et les époux¹⁶²⁷.

L'argumentation est imparable si l'on se place du côté du Pacs. Il est impossible de nier que les dispositions du Code civil ne confèrent aucune compensation pour perte de revenus en cas de dissolution du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires. Puisque la solidarité des

¹⁶²⁴ Art. 515-4 C. civ.

¹⁶²⁵ Cons. const., 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, §6.

¹⁶²⁶ CE, 6 déc. 2006, *M^{me} Ligori*, n° 262096, *Lebon* 496 ; *AJ fam.* 2007, p. 34, obs. Fr. CHÉNEDÉ ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 27, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; CE, 18 juin 2010, n° 315076, *RTD civ.* 2010, p. 764, note J. HAUSER ; *JCP G* 2007. II. 10096, note A. DEVERS ; *AJFP* 2010, p. 258, obs. Ch. FORTIER ; *Dr. fam.* 2010, comm. n° 123, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

¹⁶²⁷ Cons. const., 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC, §6.

partenaires cesse à partir de la rupture du couple, aucune pension ne peut leur être allouée, sans qu'aucune discrimination ne puisse être reprochée¹⁶²⁸.

552. Une argumentation peu convaincante pour les époux. À l'égard des époux, la démarche du Conseil constitutionnel de lier la pension de réversion à la vocation successorale apparaît contestable. En effet, l'octroi de la pension de réversion aux conjoints divorcés prouve justement qu'aucun lien avec la vocation successorale n'existe puisque cette dernière disparaît avec le divorce. Ainsi, si les deux institutions étaient liées, la disparition de la vocation successorale en raison du divorce devrait entraîner l'anéantissement du droit à la pension de réversion.

553. Une décision conforme aux droits communautaire et européen. Le renouvellement des fondements de la pension de réversion par le Conseil constitutionnel traduit une politique familiale qui vise à réserver un traitement avantageux aux époux. De cette singularisation du mariage, aucune discrimination ne peut être tirée. Outre ce souci de préserver la singularité du mariage, le refus d'étendre la pension de réversion hors mariage est peut-être justifié par des considérations d'ordre économique. En effet, l'ouverture de cet avantage aux partenaires ou aux concubins constituerait un nouveau poste de dépense pour les finances publiques, ce qui semble aller à l'encontre de l'esprit de maîtrise des dépenses publiques qui anime le gouvernement et le législateur depuis plusieurs années.

Si, en matière de pension de réversion, la Cour de justice des Communautés européennes¹⁶²⁹ devenue la Cour de justice de l'Union européenne¹⁶³⁰ a condamné l'Allemagne pour discrimination, les solutions ne semblent pas transposables au droit français. Non pas que la directive¹⁶³¹ sur laquelle se fonde la Cour de justice des Communautés européennes ne soit pas applicable en France¹⁶³², mais bien parce que, contrairement à leurs homologues allemands, les

¹⁶²⁸ I. DAURIAC, « Réversion de pension et prévoyance », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 239, spéc. pp. 244 à 247.

¹⁶²⁹ CJCE, 1^{er} avr. 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, n° C-267/06, rec. 2008 ; p. I-01757 ; *Dr. soc.* 2008, p. 712, note J.-Ph. LHERNOUD ; *D.* 2008, p. 1873, note Cl. WEISSE-MARCHAL.

¹⁶³⁰ CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, n° C-147/08, rec. 2011, p. I-03591.

¹⁶³¹ Directive n° 2000/78/CE du Conseil, 27 nov. 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOUE L* 303, p. 16.

¹⁶³² Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* 28 mai 2008, p. 8801.

partenaires et les époux français sont dans des situations différentes¹⁶³³. En effet, à la différence du droit allemand où le *Lebenspartnerschaft*¹⁶³⁴ est quasi identique au mariage, la situation des partenaires français se distingue de celle des époux¹⁶³⁵. De sorte qu'aucune discrimination ne peut être caractérisée.

L'octroi de la pension sous la condition du mariage est aussi reconnu conforme à la Convention européenne des droits de l'Homme. La différence de traitement entre les époux et les partenaires n'est pas contraire aux articles 14 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle est le fruit de la poursuite d'un but légitime : celui de la protection de la famille fondée sur les liens du mariage¹⁶³⁶.

Les couples de même sexe, et notamment les partenaires, sont souvent à l'origine des recours qui dénoncent cette différence de traitement qui, selon eux, serait justifiée par leur orientation sexuelle. Or selon la Cour européenne des droits de l'Homme, les partenaires homosexuels ne subissent aucune discrimination puisque les partenaires hétérosexuels reçoivent un traitement identique. Cette argumentation est d'ailleurs renforcée depuis l'ouverture du mariage aux couples de même sexe. Désormais, de manière certaine, la différence de traitement est motivée par le mode de conjugalité et non par l'orientation sexuelle.

554. Transition. Les juridictions françaises refusent l'octroi de la pension de réversion aux partenaires et aux concubins. Malgré l'absence de sanction par les juridictions européennes et communautaires, Madame Marisol TOURAINE se déclare favorable à l'attribution de la pension de réversion aux époux homosexuels auparavant liés par un Pacs.

b. L'ouverture d'une brèche dans le principe d'exclusion des couples hors mariage

555. La rétroactivité des droits à pension des partenaires finalement mariés. Alors que tous les problèmes de justification semblaient écartés du fait de l'ouverture du mariage aux couples

¹⁶³³ En ce sens, *D.* 2008, p. 1873, note Cl. WEISSE-MARCHAL. *Contra Dr. soc.* 2008, p. 712, note J.-Ph. LHERNOUD ; A. DEVERS, « Extension du droit à réversion au partenaire survivant », *AJ fam.* 2012, p. 131 ; A. PANDO, « Les sénateurs proposent aux pacésés un contrat d'union civile », *LPA* 15 mars 2012, p. 3.

¹⁶³⁴ La loi mettant en place un mode de conjugalité réservé aux couples homosexuels a été votée le 16 févr. 2001. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} août 2001. Ce partenariat a, par la suite, été modifié le 15 décembre 2004. Il s'est alors rapproché du Pacs tant au niveau des conditions de formation que des effets.

¹⁶³⁵ Les conditions de formation et les effets sont différents.

¹⁶³⁶ Cour EDH, 21 sept. 2010, *Manenc c. France*, n° 66686/09 ; Cour EDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, n° 35214/09.

de même sexe, le Professeur Lionel ANDREU avait estimé que certaines difficultés pouvaient se poser. Ainsi, il considère que, rétroactivement, les partenaires privés de l'accès au mariage pourraient réclamer le versement de cette pension¹⁶³⁷. Le doute a, selon lui, été introduit par un arrêt de la Cour de cassation le 23 janvier 2014 qui refusait d'accorder le bénéfice de la pension de réversion à un partenaire. Les juges du quai de l'Horloge constatent que la conclusion du Pacs procédait du libre choix des intéressés¹⁶³⁸. De sorte qu'aucune discrimination ne pouvait être caractérisée. La motivation de la Cour de cassation laisse, selon le Professeur Lionel ANDREU, apparaître une faille puisque par une interprétation *a contrario* il est possible de considérer que si les membres du couple avaient été contraints d'opter pour le Pacs, la différence de traitement aurait été discriminatoire.

En d'autres termes, les partenaires homosexuels dont le Pacs a été conclu avant la loi du 17 mai 2013 pourraient faire valoir une discrimination dans l'accès à la pension de réversion. Un tel argument est intéressant, mais il a été balayé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Aldeguer Tomás contre Espagne*¹⁶³⁹. Les droits des couples homosexuels sont en pleine évolution et la Cour européenne des droits de l'Homme laisse aux États une certaine marge de manœuvre dans le rythme d'adoption des réformes¹⁶⁴⁰. Ainsi, aucune obligation d'ouvrir le mariage aux homosexuels ni d'accorder rétroactivement le bénéfice d'une pension de réversion aux couples homosexuels qui ne pouvaient pas se marier n'est faite aux États.

556. L'initiative ministérielle en faveur des partenaires. La lettre de Madame Marisol TOURAINE enjoignant aux régimes de la Fonction publique de tenir compte des années de Pacs pour les couples homosexuels mariés avant la fin 2014¹⁶⁴¹ est dans ce contexte surprenante. En l'absence de contraintes par les institutions européennes, elle opère un renversement de la politique familiale

¹⁶³⁷ D. 2014, p. 968, obs. L. ANDREU.

¹⁶³⁸ Cass. civ. 2^e, 23 janv. 2014, n° 13-11.362, *Bull. civ. II*, n° 23 ; D. 2014, p. 968, obs. L. ANDREU ; Th. THAURAN, *RDSS* 2014, p. 392.

¹⁶³⁹ Cour EDH, 14 juin 2016, *Aldeguer Tomás c. Espagne*, n° 35214/09.

¹⁶⁴⁰ À ce propos, v. par ex. Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, n° 30141/04.

¹⁶⁴¹ Lettre du 23 févr. 2016. V. aussi *Dr. fam.* 2016, comm. n° 99, note A. DEVERS. Le commentaire de l'auteur est précédé d'un extrait de la lettre.

qui jusqu'à ce moment ne s'orientait pas en ce sens¹⁶⁴². Bien que l'initiative mérite d'être relevée¹⁶⁴³, sa portée et son bien-fondé interrogent¹⁶⁴⁴.

557. Une initiative qui interroge. Tout d'abord, la portée de cette mesure est fortement limitée en raison des doutes sur la force normative de cette lettre. Ensuite, la mesure se limite aux régimes spéciaux. Enfin, les régimes complémentaires qui soumettent le versement à une condition de durée du mariage ne sont pas concernés.

En outre, l'octroi, de plein droit, de la pension de réversion aux époux homosexuels auparavant liés par un Pacs équivaut à présumer qu'ils avaient, dès avant la loi de 2013¹⁶⁴⁵, la volonté de se marier. Si cela est probablement le cas pour certains d'entre eux, cela ne l'est pas pour tous.

Par ailleurs, la lettre demande à tenir compte des années de Pacs pour les mariages célébrés au plus tard le 31 décembre 2014. Les dix-neuf mois qui séparent le vote de la loi et la date limite du mariage semblent constituer une durée trop longue, car les partenaires souhaitant se marier l'auraient probablement fait plus tôt¹⁶⁴⁶.

558. Une initiative sans lendemain ? L'initiative de l'ancienne ministre des Affaires sociales et de la Santé manifeste peut-être un tournant pour les partenaires. Après tout, la pension de réversion n'a-t-elle pas pour objectif de « *compenser la solidarité qui liait les époux* »¹⁶⁴⁷ ? Ne pourrait-on pas considérer que la pension de réversion a pour objectif de compenser la solidarité qui liait les partenaires ? Une réponse négative à cette question doit être apportée, car elle ne tient

¹⁶⁴² Les réponses ministérielles rappelant la différence de traitement entre les partenaires ou les concubins et les époux se sont succédé. V. par ex., Rép. min., *JOAN* 25 août 2015, p. 6472 ; Rép. min., *JOAN* 24 mai 2016, p. 4420 ; Rép. min. ; *JOAN* 5 juil. 1985, p. 6221. *Contra* La proposition de loi tendant à renforcer les droits des personnes liées par un pacte civil de solidarité (Texte n° 461, déposé au Sénat le 16 juin 2009, finalement rejeté le 9 décembre 2009), la délibération de la HALDE n° 2010-20 du 1er février 2010 relative au caractère discriminatoire des dispositifs législatifs soumettant l'ouverture du droit à pension de réversion à une condition de mariage (rapport spécial), la proposition du Défenseur des droits (proposition de réforme 09-R004, améliorations des droits sociaux liés au Pacs), la proposition de loi tendant à créer un contrat d'union civile (Proposition de loi n° 336 déposé au Sénat le 8 février 2012) sont autant d'exemples du souhait de certains de faire bénéficier les partenaires survivants de la pension de réversion.

¹⁶⁴³ Elle est même saluée par certains. En ce sens, *Dr. fam.* 2016, comm. n° 99, note A. DEVERS.

¹⁶⁴⁴ Sur ce point, v. aussi O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017, n°s 197 et s.

¹⁶⁴⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JORF* 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁶⁴⁶ Tout en tenant compte de la durée habituelle des préparatifs.

¹⁶⁴⁷ A. DEVERS, « Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel », *Dr. fam.* 2013, dossier n° 23.

pas compte des différences entre la solidarité des partenaires et celles des époux. Si la solidarité des partenaires et des époux pendant l'union est identique, elle diffère à l'issue de l'union. C'est d'ailleurs ce que le Conseil constitutionnel a essayé de démontrer. S'il traite de l'absence de vocation successorale et de prestation compensatoire des partenaires, c'est pour montrer que les époux sont soumis à une solidarité dont les effets s'étendent au-delà de la disparition du couple. Or la pension de réversion est le symbole de cette coopération pour l'avenir si bien qu'elle ne peut être étendue aux partenaires puisqu'aucune manifestation de la solidarité après la dissolution n'existe.

Cependant, les changements en la matière peuvent être rapides. Ils sont avant tout une question de politique familiale. Pourtant, force est de constater que ces dernières années elle ne tend pas nécessairement vers une meilleure prise en compte du partenaire survivant. En effet, depuis l'amélioration de la situation du partenaire survivant grâce à la réforme du Pacs en 2006¹⁶⁴⁸, une seule initiative marquante a eu pour objectif d'améliorer la situation du partenaire survivant¹⁶⁴⁹.

559. Transition. La pension de réversion est la première manifestation de la solidarité après le décès en ce qu'elle permet d'assurer au conjoint survivant un revenu afin que ce dernier ne vive pas dans des conditions financières misérables. Une même idée de solidarité émane de la pension alimentaire du conjoint survivant.

2. La solidarité par la pension alimentaire

560. La pension alimentaire réservée au conjoint survivant non divorcé. La pension alimentaire de l'article 767 du Code civil participe à l'amélioration de la situation du conjoint survivant entrepris depuis la fin du XX^e siècle¹⁶⁵⁰. Le bénéficiaire d'une telle pension est nécessairement le conjoint non divorcé¹⁶⁵¹. En effet puisque la pension alimentaire du conjoint survivant est le plus souvent appréhendée comme le prolongement du devoir de secours après le décès, on voit mal comment ce devoir de secours pourrait renaître à la charge des héritiers du

¹⁶⁴⁸ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

¹⁶⁴⁹ Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JORF* 22 août 2007, p. 13945. Elle a eu pour conséquence d'exonérer le conjoint survivant des droits de mutation à titre gratuit.

¹⁶⁵⁰ V. *infra* n°s 564 et s.

¹⁶⁵¹ La pension alimentaire prévue bénéficie au conjoint survivant séparé de corps, car la loi du 23 juin 2006 a fait disparaître la mention de "conjoint successible" de l'article 767 du Code civil. Cette mention excluait nécessairement le conjoint contre lequel un jugement de séparation de corps ayant force de chose jugée au moment du décès avait été prononcé. De sorte que des époux séparés de corps ne sont pas privés de leur droit à aliments. En ce sens, S. MAZEAUD-LEVEUR, « Des droits du conjoint successible. Du droit à pension », *J.-Cl. Civil Code*, art. 756 à 767, fasc. 30, n° 9.

conjoint qui en raison du divorce n'était plus soumis au devoir de secours. Cette pension alimentaire présente une utilité toute particulière pour le conjoint survivant qui n'a pas lui-même de débiteur d'aliments. C'est par exemple le cas du conjoint survivant qui n'a pas eu d'enfant.

561. La pension alimentaire justifiée par l'état de besoin du conjoint survivant. La pension alimentaire est un succédané du devoir de secours entre époux¹⁶⁵² dont elle ne serait que la continuation¹⁶⁵³. Comme l'écrivait élégamment RODIÈRE à propos des créanciers d'aliments, au premier rang desquels se trouvait le conjoint survivant : « *leurs parts héréditaires sont l'expression posthume des devoirs de secours qui pesaient sur le disparu : elles représentent ses suprêmes cotisations à leur subsistance* »¹⁶⁵⁴. On peut d'ailleurs considérer que « *plus que jamais, dès cet instant [le décès], le devoir de secours revêt toute son ampleur* »¹⁶⁵⁵.

La pension alimentaire a pour but d'assurer des conditions élémentaires d'existence. En effet, elle est une véritable créance d'aliments qui suppose un réel état de besoin du conjoint survivant¹⁶⁵⁶. Sur ce point, elle se distingue du devoir de secours pendant le mariage qui tend de plus en plus à égaliser le niveau de vie des époux et non plus seulement à venir au secours du conjoint dans le besoin¹⁶⁵⁷.

Par ailleurs, la pension alimentaire n'est pas une obligation personnelle de l'héritier, mais une obligation alimentaire à la charge de la succession. Par conséquent, la pension est versée à condition que l'actif successoral le permette.

562. L'extension de la pension alimentaire au survivant du couple non marié. La pension alimentaire illustre la persistance de certains effets du mariage après le décès de l'un des époux.

¹⁶⁵² LPA 4 oct. 1995, p. 26, obs. J. MASSIP.

¹⁶⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, n° 92-21.599, *Bull. civ. I*, n° 30 ; *D.* 1995, somm., p. 239, obs. M. GRIMALDI ; *JCP G* 1995. I. 3876, n° 3, obs. R. LE GUIDE ; LPA 4 oct. 1995, p. 26, obs. J. MASSIP, *RTD civ.* 1995, p. 404, obs. J. PATARIN ; *RTD civ.* 1996, p. 458, obs. B. VAREILLE. V. aussi, B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 8 ; K. FEHRENBACH, « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », LPA 29 déc. 2000, p. 4, n° 8 et s. *Contra* A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 447.

¹⁶⁵⁴ R. RODIÈRE, « Évolution comparative des droits successoraux du conjoint survivant », *Bulletin de la Société de législation comparée* 1937, p. 304.

¹⁶⁵⁵ K. FEHRENBACH, « Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », LPA 29 déc. 2000, p. 4, n° 8.

¹⁶⁵⁶ CA Versailles, 17 sept. 2009, *Juris-Data* n° 2009-013041 ; CA Paris, 6 janv. 2010, *Juris-Data* n° 2010-000090

¹⁶⁵⁷ Cass. civ. 2^e, 7 mai 1980, n° 78-15.739, *Bull. civ. II*, n° 97. V. aussi *supra* n° 484 à 487.

Elle constitue une sorte de contrepartie de l'affection que se portaient les membres du couple¹⁶⁵⁸. Contrairement à ce qui a pu être le cas par le passé, la pension alimentaire ne traduit plus l'idée de perpétuité du mariage. En effet, cette vision du mariage en tant que relation indissoluble et perpétuelle semble en décalage avec la société contemporaine. En effet, le mariage n'a plus comme auparavant vocation à être une union perpétuelle. Pour s'en convaincre, il suffit de constater le taux élevé de divorce¹⁶⁵⁹.

Ainsi, puisque l'affection conjugale est une donnée commune à tous les modes de conjugalité, la pension alimentaire au profit du survivant des couples hors mariage devrait être étendue hors de la sphère matrimoniale. L'exclusion des couples hors mariage résulte d'une politique familiale qui tend à favoriser le survivant du couple marié et à sanctionner l'absence de devoirs de secours entre concubins et entre partenaires. Néanmoins, l'approche humaniste du couple, fondé sur la piété conjugale, commande l'extension de la pension alimentaire hors mariage à condition que le Pacs n'ait pas été dissous et que la vie commune des concubins n'ait pas cessé¹⁶⁶⁰. En effet, nul survivant du couple ne peut demeurer dans le besoin, notamment lorsque le lien conjugal a disparu en raison du décès.

La participation de l'hérédité à la soutenance du survivant du couple illustre la force de l'entraide conjugale qui survit malgré la disparition du lien conjugal. En d'autres termes, la relation conjugale du *de cuius* s'impose aux héritiers. Néanmoins, la pension alimentaire doit être limitée à un *minimum*, car elle doit contribuer à aider financièrement le survivant, tout en évitant de dépouiller les héritiers de manière trop importante. Grâce à cette limitation, les intérêts de chacun semblent préservés¹⁶⁶¹.

Par ailleurs, l'extension de la pension alimentaire aux couples hors mariage présente un intérêt économique, car cela soulagerait la collectivité. En effet jusqu'à présent, le survivant sans ressources, qui n'a pas de débiteur alimentaire, peut bénéficier d'une aide sociale telle que le revenu

¹⁶⁵⁸ J. BORRICAND, *Les effets du mariage après sa dissolution. Essai sur la pérennité du lien conjugal*, préf. P. KAYSER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. XVIII, 1960, n° 209.

¹⁶⁵⁹ Selon le ministère de la Justice, 124 645 divorces ont été prononcés en 2015. Alors que selon l'INSEE, en 2015, 236 300 mariages ont été célébrés en France.

¹⁶⁶⁰ En ce sens, v. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 451.

¹⁶⁶¹ Cette observation ne vaut que pour les successions d'une certaine importance. En effet, lorsque la succession est de faible importance, la créance alimentaire va épuiser l'actif successoral.

de solidarité active¹⁶⁶². En faisant reposer la charge de la pension alimentaire sur la succession, la collectivité est, pour un temps, libérée de cette charge. En transférant la solidarité collective sur les héritiers, le législateur soulagerait l'État social qui traverse une période délicate¹⁶⁶³. La pension alimentaire des couples hors mariage doit n'être que subsidiaire. En effet, ce n'est qu'à condition que le survivant n'ait aucun débiteur d'aliments dans sa famille que l'obligation alimentaire reposera sur la succession de son ancien compagnon.

Enfin, comme en matière de solidarité postérieure à la rupture, l'obligation alimentaire devrait faire l'objet d'une approche renouvelée. En effet, en l'état du droit positif, le rapport alimentaire naît en raison de l'appartenance à un groupe particulier, le groupe familial. C'est donc le lien juridique qui fonde l'obligation alimentaire, indépendamment de l'existence de lien affectif entre le débiteur et le créancier d'aliments¹⁶⁶⁴. Bien que le cercle de l'obligation alimentaire laisse présumer l'existence d'un lien affectif entre eux, ce dernier ne fonde pas le rapport alimentaire. L'extension de l'obligation alimentaire aux concubins et aux partenaires aurait pour conséquence de donner un nouveau fondement à l'obligation alimentaire : le lien conjugal¹⁶⁶⁵.

563. Transition. La pension alimentaire et la pension de réversion sont deux mécanismes contribuant à endiguer les effets du décès sur la situation financière du survivant du couple marié. Envisagées comme une réponse à une situation de crise, ces pensions caractérisent une idée d'entraide minimale soumise à l'existence d'une situation de besoin. À ce jour, cette entraide minimale est limitée au mariage. Elle pourrait être étendue à tous les modes de conjugalité. Par ailleurs, la solidarité en faveur du conjoint survivant dépasse cette idée de solidarité minimale puisque la vocation successorale du conjoint survivant est indépendante de toute situation de besoin. En effet, la loi a désormais élevé le conjoint survivant au rang d'héritier du *de cuius*, ce qui lui permet de recueillir automatiquement une partie de la succession du défunt.

¹⁶⁶² Art. L. 262.-2 CASF

¹⁶⁶³ Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. MURAT, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016, n^{os} 36 et 37.

¹⁶⁶⁴ En ce sens, D. EVERAERT-DUMONT, « Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », *RDSS* 2008, p. 538.

¹⁶⁶⁵ Madame MAISONNASSE s'oppose à l'extension de l'obligation alimentaire aux concubins sur le fondement de la communauté de vie. En ce sens, Fl. MAISONNASSE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, préf. P. MURAT, LGDJ, Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016, n^o 741. En revanche, elle ne se prononce pas sur le fondement du lien conjugal.

B. La solidarité indépendante de la situation de besoin du conjoint survivant

564. Le sort peu enviable du conjoint survivant dans le Code Napoléon. La vocation successorale du conjoint survivant était autrefois très limitée, voire inexistante. Ainsi à la Révolution française le conjoint survivant n'était appelé à la succession qu'à défaut de parents. En pratique cela n'arrivait jamais puisque les parents succédaient sans limitation de degré¹⁶⁶⁶. Les rédacteurs du Code civil, quant à eux, peu préoccupés par la situation du conjoint survivant ont décidé que ce dernier ne recevrait la succession qu'en l'absence de successeurs jusqu'au 12^e degré. À cette époque, l'affection passait au second plan : « *le lignage l'emportait massivement sur le ménage, le cadre légal sur les affections sensibles* »¹⁶⁶⁷. Au moment du décès, sa situation n'était donc guère enviable¹⁶⁶⁸.

565. L'éviction du conjoint survivant face aux évolutions sociales. Dès l'origine, cette situation semblait contraire à « *l'exigence de justice* »¹⁶⁶⁹ puisque les veuves, bien plus nombreuses que les veufs¹⁶⁷⁰, qui en raison des mœurs de l'époque n'exerçaient aucune profession rémunérée, ne pouvaient pas maintenir leur niveau de vie.

Au cours du XX^e siècle, l'éviction du conjoint survivant était d'autant moins illégitime que les épouses participaient à l'enrichissement du ménage. En effet, l'ouverture du marché du travail aux femmes a considérablement modifié la consistance du patrimoine des époux qui depuis lors se

¹⁶⁶⁶ M.-Cl. DE ROTON-CATALA, C « Droits du conjoint dans la succession », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2014, n° 232.12.

¹⁶⁶⁷ R. SAVATIER, *Le Droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, pp. 20 et s. spéc. p. 24.. L'auteur explique ce phénomène par le fait que « *l'évolution du monde, qui, par une "mutation", a fait surgir, au-dessus de l'animalité, le règne humain, a, du même coup, élevé la famille au-dessus des rassemblements animaux, dans lesquels la communauté de vie, comme la communauté de sang, sont imposés par le déterminisme de l'instinct. Libéré de ce déterminisme, l'homme ne se sent pas seulement, il raisonne son avenir familial* ».

¹⁶⁶⁸ Dans le même sens, v. par ex. I. CORPART, « L'amélioration de la protection *post mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952. Pour davantage de développements à propos du sort du conjoint survivant, J.-Ph. LÉVY, « Coup d'œil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 177 ; Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2013, n°s 120 et s. Le conjoint survivant pouvait obtenir certains droits en raison de l'existence d'autres circuits patrimoniaux. La dissolution du régime matrimonial et la possibilité de recourir à des donations entre époux contrebalançaient, en partie, l'absence de vocation successorale du conjoint survivant.

¹⁶⁶⁹ Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2013, n° 124.

¹⁶⁷⁰ En 2001, 84 % des conjoints survivants sont des femmes. En ce sens, Fl. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral. Conjoint survivant. Enfant adultérin. Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* 4 déc. 2001, p. 19279 », *RTD civ.* 2002, p. 156.

compose le plus souvent et principalement d'acquêts conjugaux et non plus, comme autrefois, d'héritages. Grâce à leurs salaires, les épouses participent à l'enrichissement du couple. De sorte que rien ne justifie qu'elles soient reléguées après les ascendants ou les collatéraux du prédécédé¹⁶⁷¹.

Par ailleurs, le resserrement de la structure familiale qui a conduit à l'avènement de la famille nucléaire a renforcé le sentiment d'illégitimité de l'éviction du conjoint survivant de la succession du *de cuius*.

Ces évolutions sociales appelaient une transformation du statut du conjoint survivant. L'idée générale de maintien du cadre de vie et du niveau de vie du conjoint survivant s'est peu à peu concrétisée sur le plan juridique puisqu'au fil des réformes sa vocation successorale est devenue une réalité.

566. L'amélioration de la situation du conjoint survivant par la loi du 3 décembre 2001.

La loi du 3 décembre 2001¹⁶⁷², retouchée par celle du 23 juin 2006¹⁶⁷³, s'inscrit dans cette tendance puisqu'elle fait du conjoint survivant un successible, bien qu'il demeure un héritier différent des autres puisqu'il ne constitue pas un ordre¹⁶⁷⁴.

Ces lois améliorent les droits *ab intestat* du conjoint survivant qui désormais, en cas de concours avec des descendants communs, peut opter soit pour la totalité de la succession en usufruit soit pour le quart en pleine propriété. En revanche en présence d'enfants qui ne sont pas issus des deux époux, l'option disparaît et le conjoint reçoit un quart en pleine propriété¹⁶⁷⁵. La vocation successorale *ab intestat* du conjoint survivant compense l'imprévisibilité des époux¹⁶⁷⁶, elle prouve en outre que la solidarité entre les époux subsiste même après le décès de l'un d'eux.

¹⁶⁷¹ L'allongement de l'espérance de vie est un autre argument susceptible de renforcer la vocation successorale du conjoint survivant au détriment des ascendants du prédécédé

¹⁶⁷² Loi n° 001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* 4 déc. 2001, p. 19279.

¹⁶⁷³ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, v. par ex. S. PIEDELIÈVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 6 mars 2002, p. 2, n° 17.

¹⁶⁷⁵ Art. 757 C. civ.

¹⁶⁷⁶ En ce sens, Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, p. 739 : « *Le législateur de 2001 est venu compenser les oublis d'époux négligents mais qui s'aiment* ».

Enfin, une réserve¹⁶⁷⁷ à hauteur d'un quart des biens de la succession¹⁶⁷⁸ a été instaurée en faveur du conjoint, mais, puisque « *les vocations réservataires restent successives les unes par rapport aux autres* »¹⁶⁷⁹, la réserve du conjoint survivant n'existe qu'à défaut de descendants, ce qui ne constitue pas la majorité des situations¹⁶⁸⁰.

Bien que renforcée, la vocation successorale du conjoint survivant demeure la plupart du temps supplétive puisque le *de cuius* peut décider de l'exhérer¹⁶⁸¹. Ces mécanismes véhiculent une idée d'entraide imposée par la loi. Puisque chacun des époux est présumé participer à l'enrichissement du couple, chacun d'eux a vocation à en tirer les fruits¹⁶⁸². D'origine légale, la vocation successorale du conjoint survivant ainsi que la réserve dont il bénéficie dépasse l'idée d'une entraide alimentaire limitée au strict minimum.

567. La solidarité dans l'expression : "mariage" passe lignage. La vocation successorale du conjoint survivant, la quotité disponible entre époux ou encore la pension alimentaire de

¹⁶⁷⁷ Certains considèrent que législateur a davantage créé une légitime romaine qu'une réserve coutumière au profit du conjoint survivant. En ce sens, B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 8, Fr. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1248 ; A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 458. Pour faire ce constat, les auteurs considèrent que la réserve héréditaire cantonne la liberté testamentaire à une quotité réduite alors que la légitime romaine fondée sur le devoir de piété familiale ne remet pas en cause le principe de liberté testimoniale, mais elle impose un *minimum* de justice en ce qu'elle commande de laisser à son conjoint une part suffisante dans sa succession.

¹⁶⁷⁸ Art. 914-1 C. civ. Les libéralités qui excèdent les trois quarts de la succession pourront donner lieu à une demande en réduction de la part du conjoint survivant. Étant un héritier réservataire, il pourra, s'il le souhaite, renoncer de manière anticipée à l'action en réduction (art. 929 à 930-5 C. civ.) à condition qu'il ait la qualité de réservataire au moment de la succession. En ce sens, Fr. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355. Sur cette renonciation anticipée, v. aussi I. DAURIAU, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574 ; N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, p. 1349.

¹⁶⁷⁹ S. FERRÉ-ANDRÉ, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863, n° 41.

¹⁶⁸⁰ Art. 914-1 C. civ. Avant la loi du 23 juin 2006, le conjoint était réservataire à condition de ne pas être en concours avec un descendant ou un ascendant privilégié. La loi du 23 juin 2006 (loi n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513) a fait disparaître les ascendants du *de cuius* de l'article 914-1 du Code civil. De sorte que désormais, il devient réservataire dès lors qu'il n'est pas en concours avec un descendant.

¹⁶⁸¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-13.438, *Bull. civ. I*, n° 186 ; *AJ fam.* 2008, p. 436, obs. Fr. BICHERON. V. aussi, I. CORPART, « L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952 ; S. PIEDELIÈVRE, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 6 mars 2002, p. 2, n° 17 ; Y. FLOUR, « Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 3 oct. 2002, p. 27.

¹⁶⁸² O. VERGARA, *L'organisation patrimoniale en couple*, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, t. 58, 2017, n° 645.

l'article 767 du Code civil sont des mécanismes propres au conjoint survivant. Ils marquent « *le triomphe de l'affectation présumée comme mode de dévolution des biens* »¹⁶⁸³. Comme l'écrit le Professeur Michel GRIMALDI : « *ménage passe lignage* »¹⁶⁸⁴. La reconnaissance de ce lien d'affection est cependant limitée au mariage¹⁶⁸⁵. De sorte que les autres modes de conjugalité en sont exclus.

En effet, l'amélioration significative de la situation du conjoint survivant tranche avec le sort réservé aux partenaires et aux concubins, qui, ne disposant d'aucun droit successoral, doivent recourir à des dispositions testamentaires pour assurer la protection du survivant du couple.

568. La solidarité étendue hors mariage ou l'expression : "couple hors mariage passe lignage ?" En l'état du droit positif, la protection du survivant des couples hors mariage doit être anticipée. Elle ne peut être que le fruit de leur volonté¹⁶⁸⁶. Mais puisque l'affection semble être devenue un élément essentiel dans la dévolution successorale, les partenaires et les concubins devraient être concernés par ces mesures¹⁶⁸⁷. C'est pourquoi le système successoral pourrait être refondé afin que « *la nouvelle rationalité successorale soit le couple* »¹⁶⁸⁸. Malgré les

¹⁶⁸³ Fr. ZÉNATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Succession*, PUF, coll. Droit fondamental, 2012, n° 42. Pour une critique du refus de tenir compte de l'amour dans le Code civil de 1804, en particulier dans le domaine du droit des successions. R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 2^e éd., 1963, pp. 21 et s.

¹⁶⁸⁴ M. GRIMALDI, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002, p. 48. Cette idée se retrouve notamment avec la disparition de la réserve des ascendants privilégiés. Bien que la loi permette aux parents de recueillir chacun un quart de la succession, cette vocation n'est plus impérative depuis la loi du 23 juin 2006. Cette disparition n'a pas manqué de faire réagir une partie de la doctrine selon qui « *la loi n'a plus à l'égard des parents de sens familial ; malheur aux vieux ! S'ils sont dans le besoin et que leurs enfants sont prédécédés, même si la succession est opulente, leur seule ressource est la solidarité nationale* ». En ce sens, Ph. MALAURIE, Cl. BRENNER, *Les successions. Les libéralités*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd., 2016, n° 98.

¹⁶⁸⁵ Cette idée est résumée par l'expression du Doyen CARBONNIER : « *la mort n'appartient qu'au mariage* ». J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325.

¹⁶⁸⁶ Les couples hors mariage peuvent par exemple décider d'acquérir un bien en indivision, en tontine. Ils peuvent aussi décider de souscrire une assurance-vie. En outre, ils peuvent toujours se consentir une donation ou un legs. Pour un rappel de ces possibilités, Fr. BICHERON, « Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, *JCP N*, 2013, p. 1041. En matière de Pacs, le partenaire survivant bénéficie d'un droit temporaire de jouissance gratuite de son logement en vertu de l'article 763 du Code civil. V. *supra* n°s 446 et s.

¹⁶⁸⁷ Sauf à considérer que l'intensité affective des couples hors mariage est moins importante que celle des époux. Toutefois, une telle analyse ne semble pouvoir être consacrée. En ce sens, v. aussi A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 420.

¹⁶⁸⁸ Fr. ZÉNATI-CASTAING, Th. REVET, *Cours de droit civil. Succession*, PUF, coll. Droit fondamental, 2012, n° 42. L'expression est empruntée à ces auteurs, mais le mot "soit" remplace "c'est".

revendications allant dans le sens d'une création de la vocation successorale des survivants des couples hors mariage, le législateur continue, pour l'instant, de les ignorer¹⁶⁸⁹. Le refus du législateur d'attribuer une vocation successorale aux couples hors mariage résulte peut-être de l'absence de création de « *lien juridique de famille entre ses membres* »¹⁶⁹⁰. Quelle qu'en soit la raison, le législateur préserve la singularité matrimoniale¹⁶⁹¹.

Outre la logique égalitaire qui s'est emparée du droit des successions et la consécration de la présomption d'affection dans le droit des successions, l'évolution des relations patrimoniales au sein du couple constitue un argument en faveur de l'extension de la vocation successorale aux couples hors mariage. En effet, puisque le couple s'enrichit principalement grâce aux revenus tirés de l'activité professionnelle de chacun de ses membres, l'épouse comme l'époux devrait automatiquement recevoir une partie de ces richesses par succession, recevant ainsi les fruits de leur contribution à l'enrichissement de l'autre¹⁶⁹².

Si la vocation successorale est la contrepartie de l'accumulation des richesses, ce n'est qu'à condition que la relation s'inscrive dans la durée¹⁶⁹³. Or, en réservant les droits successoraux au conjoint survivant, le législateur semble présumer que le mariage, contrairement aux autres modes de conjugalité, est voué à s'inscrire dans la durée¹⁶⁹⁴. À ce propos, certains avancent que « *ce n'est qu'a posteriori qu'il est possible d'admettre qu'un concubin ou un partenaire aura joué ce rôle au regard de la durée de l'union. Ce constat justifie certainement la raison pour laquelle l'absence*

¹⁶⁸⁹ La création de la vocation successorale du partenaire survivant a été proposée plusieurs fois. Toutefois, aucune de ces propositions n'a abouti. En ce sens, W. BABY, *Les effets patrimoniaux du Pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle conjugalité*, préf. M. NICOD, post. B. BEIGNIER, Defrénois, Doctorat & notariat, t. 51, 2013, n° 280. Les pays européens sont assez partagés à ce propos. S'il semble exister un *consensus* à propos de l'absence de vocation successorale du concubin survivant, le sort des partenaires varie selon le pays. Ainsi, les partenariats scandinaves, néerlandais et allemands accordent au partenaire enregistré survivant une vocation successorale *ab intestat* égale à celle des époux. En ce sens, A. DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, préf. H. FULCHIRON, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 416, 2004, n° 116.

¹⁶⁹⁰ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 420.

¹⁶⁹¹

¹⁶⁹² En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 469.

¹⁶⁹³ Fl. BELLIVIER, J. ROCHFELD, « Droit successoral. Conjoint survivant. Enfant adultérin. Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* 4 déc. 2001, p. 19279 », *RTD civ.* 2002, p. 156.

¹⁶⁹⁴ En ce sens, M. SAULIER, *op. cit.*, n° 470.

*de vocation successorale légale du partenaire a été expliquée (...) »*¹⁶⁹⁵. Cet argument ne convainc guère, car il se fonde sur un postulat critiquable. En effet, l'auteur considère que, dès l'origine, les modes de conjugalité hors mariage sont nécessairement des relations passagères qui n'ont pas vocation à s'inscrire dans la durée.

La facilité de dissolution des modes de conjugalité hors mariage rend les concubins et les partenaires plus libres que les époux¹⁶⁹⁶. Pour autant, le Pacs et le concubinage n'ont pas nécessairement vocation à durer moins longtemps que le mariage. D'ailleurs, l'augmentation du nombre de divorces et la diminution de la durée du mariage avant le prononcé du divorce¹⁶⁹⁷ témoignent de l'instabilité de l'institution matrimoniale. Ainsi, la pérennité de la relation ne dépend pas du mode de conjugalité, mais des membres du couple. De sorte que la durée de la relation ne justifie pas la vocation successorale des époux.

En revanche, la volonté de dissocier les modes de conjugalité explique l'absence de vocation successorale du survivant du couple hors mariage¹⁶⁹⁸. Civilement, la vocation successorale du conjoint illustre la singularité matrimoniale. L'octroi de droits identiques aux couples hors mariage poserait alors la question de la survie du pluralisme conjugal. En outre, l'extension de la vocation successorale hors mariage ne correspond pas à l'idée d'un statut *minimum* interconjugalité, car la vocation successorale dépasse ce qui est strictement nécessaire.

569. Transition. La création d'une véritable vocation successorale *ab intestat* au profit du conjoint survivant illustre la transformation de la structure familiale, mais aussi la volonté d'améliorer la situation du survivant du couple marié. L'éviction des couples hors mariage de ces dispositifs montre que la solidarité légale après la mort est immanente au mariage. Si comme un auteur a pu le démontrer, le mariage présente des degrés¹⁶⁹⁹, il existerait aussi des degrés dans le

¹⁶⁹⁵ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 470.

¹⁶⁹⁶ Cette affirmation doit cependant être nuancée depuis l'introduction du divorce par consentement mutuel sans juge (art. 229-1 et s. C. civ.).

¹⁶⁹⁷ Fr. PRIoux, « Mariage, vie en couple et rupture d'union », *Informations sociales* 2005, n° 2, p. 38, n° 28.

¹⁶⁹⁸ La situation est identique au Québec où le comité consultatif sur le droit de la famille malgré de nombreuses propositions dans le sens d'un alignement de la situation des conjoints de fait sur celui des époux refuse d'étendre la vocation successorale aux conjoints de fait. En effet puisque l'on attache aucune conséquence juridique à la situation des conjoints de fait pendant l'union, il doit en être de même pendant l'union. A. ROY (dir.), *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, juin 2015, p. 109 et s.

¹⁶⁹⁹ M. LAMARCHE, *Les degrés du mariage*, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999.

couple¹⁷⁰⁰ en matière d'entraide après le décès. Ainsi, l'entraide conjugale à l'issue du décès serait minimale pour les couples hors mariage, mais maximale pour les époux.

L'idée de droit commun du couple organisé autour d'une solidarité minimale exclut *de facto* les mécanismes qui véhiculent une solidarité maximale comme la vocation successorale *ab intestat*. Cependant, rien n'interdit aux concubins, aux partenaires ainsi qu'aux époux d'anticiper leur succession afin de protéger le survivant mieux que la loi ne le fait.

§2. La solidarité volontaire entre les membres du couple

570. Annonce de plan. Bien que les concubins, les partenaires et les époux aient tous la possibilité d'organiser leur succession et donc d'avantager, s'ils le souhaitent, leur compagnon, ils ne bénéficient pas tous des mêmes outils. Une fois encore, le mariage ouvre davantage d'options à celui qui anticipe sa succession puisqu'il peut recourir à des mécanismes dérogatoires du droit commun (A). Les options offertes aux couples hors mariage se limitent en revanche au droit commun des successions et de libéralités (B). Si la solidarité légale étudiée au paragraphe précédent véhicule, pour partie, l'idée d'une solidarité minimale entre les époux, il en va différemment de la solidarité volontaire. Appliquée au mariage cette entraide volontaire assure une protection maximale au conjoint survivant alors qu'entre les partenaires et les concubins, le recours à la solidarité volontaire illustre à la fois l'idée de solidarité minimale qui n'est pas offerte par la loi aux partenaires et aux concubins et l'idée d'entraide maximale que les couples hors mariage peuvent vouloir atteindre.

A. Les mécanismes propres au mariage

571. La solidarité par la quotité disponible entre époux. Le législateur a créé la quotité disponible entre époux, à l'époque où la dévolution *ab intestat* du conjoint survivant était médiocre¹⁷⁰¹. Pour ce faire, l'article 1094-1 du Code civil « *relève les plafonds permettant de transmettre plus à un conjoint qu'à un tiers en présence d'héritiers réservataires, mais par crainte consécutive d'un risque d'abus d'influence au sein du couple, elle demeure un plafond, du moins*

¹⁷⁰⁰ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 420, spéc. p. 299.

¹⁷⁰¹ Loi n° 63-699 du 13 juillet 1963 augmentant la quotité disponible entre époux, *JORF* 17 juil. 1963, p. 6547. Depuis la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation (*JORF* 5 janv. 1972, p. 145) le texte se trouve à l'article 1094-1 du Code civil.

tant que les héritiers désirent agir en réduction »¹⁷⁰². Grâce à la quotité disponible entre époux, l'époux peut disposer en faveur de son conjoint de la pleine propriété de la quotité ordinaire ou du quart en pleine propriété et de trois quarts en usufruit ou de la totalité en usufruit. Autrement dit, elle permet au *de cuius* de gratifier son conjoint de « *ce dont il n'aurait pas pu disposer au profit de personne d'autre, à savoir l'usufruit de la réserve de ses descendants* »¹⁷⁰³. Cette faculté offerte au disposant va au-delà de ce qui est offert par la loi. Elle est plus favorable à l'époux survivant que ce soit sur les droits en pleine propriété¹⁷⁰⁴ ou en usufruit¹⁷⁰⁵.

572. La solidarité par la validité de l'institution contractuelle. Alors que les pactes sur succession future sont prohibés¹⁷⁰⁶, les époux peuvent se consentir une donation de biens à venir. Par cette donation aussi appelée "institution contractuelle", « *le disposant confère au gratifié qui l'accepte le droit de prendre gratuitement des biens dans sa succession, ce qu'on appelle des biens à venir, c'est-à-dire ceux que le donateur laissera à son décès* »¹⁷⁰⁷.

573. La forte solidarité par l'avantage matrimonial. La singularité de l'institution matrimoniale se manifeste aussi par le mécanisme de l'avantage matrimonial. Les avantages

¹⁷⁰² Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, p. 739.

¹⁷⁰³ W. DROSS, « À quoi sert la quotité disponible spéciale entre époux ? (Pour une abrogation de l'article 1094 al. 1^{er}, du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, Lexisnexis, 2014, p. 359, n° 1. V. aussi J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT-AFFRIQUE, G. MORIN, *Des libéralités : une offre de loi*, Defrénois, 2003, p. 191 ; Chr. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2010, n° 499.

¹⁷⁰⁴ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER, « Vive les libéralités entre époux ! », *Defrénois* 2003, p. 3 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, J. HAUSER, « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, p. 739. La masse de calcul des droits légaux s'établit en additionnant les biens existants au moment du décès, et les libéralités rapportables. La masse de calcul en présence d'une libéralité entre époux se calcule quant à elle par l'addition des biens existants et de toutes les libéralités rapportables ou non. En outre, il existe une différence quant à la masse d'exercice puisque la libéralité entre époux concurrence les autres libéralités alors que les droits légaux ne sont que subsidiaires.

¹⁷⁰⁵ W. DROSS, art. précité, n° 12. Selon l'auteur la masse d'exercice de l'usufruit accordé au survivant sur le fondement de l'article 757 est composée des biens existants. Sont exclus de cette assiette, les biens dont le prémourant à disposer entre vifs, notamment les donations y compris si celles-ci étaient rapportables. Sont aussi inclus dans la masse d'exercice les legs rapportables contrairement aux legs préciputaires. La masse de calcul de l'usufruit relevant d'une libéralité inclut les biens existants. Comme pour l'usufruit légal, les donations doivent être écartées de cette masse de calcul. En revanche, les legs doivent être inclus dans la masse de calcul. D'une manière générale, l'usufruit obtenu par le jeu des droits *ab intestat* du conjoint survivant est moins avantageux que celui de l'article 1094-1 du Code civil.

¹⁷⁰⁶ Sur cette prohibition, v. par ex. R. LE GUIDE, « Observations sur l'anticipation successorale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 345 ; N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude n° 44.

¹⁷⁰⁷ Ph. MALAURIE, Cl. BRENNER, *Les successions. Les libéralités*, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd., 2016, n° 600.

matrimoniaux sont présentés comme « *tous les profits que l'un des époux peut tirer du fonctionnement du régime communautaire, en qualité de copartageant, et au détriment de son conjoint* »¹⁷⁰⁸. Comme sa dénomination l'indique l'avantage matrimonial « *touche exclusivement le droit des régimes matrimoniaux* »¹⁷⁰⁹. C'est pourquoi les partenaires et les concubins n'en bénéficient pas.

Civilement, c'est par ce mécanisme que la solidarité en faveur du conjoint survivant apparaît la plus forte. En effet,¹⁷¹⁰ l'avantage matrimonial qui demeure révocable en cas de divorce vise à assurer le meilleur sort possible au conjoint survivant. En présence d'enfants communs, il n'est ni rapportable, ni imputable sur la vocation légale du survivant¹⁷¹¹, ni réductible pour atteinte à la réserve¹⁷¹², ni révocable pour cause d'ingratitude¹⁷¹³. Il apparaît donc comme le mécanisme idoine pour assurer la protection du conjoint survivant puisqu'il est étranger aux règles relatives au droit des successions¹⁷¹⁴. De sorte qu'aucun des mécanismes habituels qui permettent de diminuer ou de limiter les droits du conjoint survivant dans la succession du *de cuius* ne produit d'effet. Néanmoins, en présence d'enfants qui ne seraient pas issus de l'union des époux, le régime des avantages matrimoniaux se rapproche de celui des donations puisque la loi du 3 décembre 2001 a

¹⁷⁰⁸ É. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 711.

¹⁷⁰⁹ B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 33.

¹⁷¹⁰ Art. 265 C. civ. Seuls les avantages matrimoniaux qui déploient leurs effets à l'issue du mariage sont révocables (art. 265 al. 1^{er}). Ceux qui produisent leurs effets pendant le mariage sont en revanche irrévocables (art. 265 al. 2). En ce sens, v. aussi, N. PETERKA, « Les incidences de la réforme des successions et des libéralités sur le droit des régimes matrimoniaux », *AJ fam.* 2006, p. 358.

¹⁷¹¹ En ce sens, v. par ex. I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 25, spéc. p. 32.

¹⁷¹² Si les enfants communs ne peuvent pas directement agir en réduction, ils peuvent toutefois bénéficier de l'action intentée par les descendants non communs. En effet, la demande en réduction des enfants non issus des deux époux, si elle aboutit, profitera aux descendants communs, « *car les biens retranchés rentreront dans la succession* ». En ce sens, A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in *Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 753, spéc. p. 765. Dans le même sens, v. not. Fr. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2013, n° 740, spéc. p. 656.

¹⁷¹³ Cass. civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-14.508, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *Dr. fam.* 1998, comm. n° 102, obs. B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 1998, p. 457, obs. B. VAREILLE.

¹⁷¹⁴ I. DAURIAC, « La rupture des couples : questions patrimoniales », *Dr. et patr.* 2013, n° 221, p. 59, spéc. p. 62.

ouvert l'action en retranchement à tous les enfants qui ne sont pas issus des deux époux¹⁷¹⁵, à moins qu'ils n'y aient renoncé¹⁷¹⁶.

Puisque l'avantage matrimonial n'est pas qualifié de donation à cause de mort, il n'est pas taxable au titre des droits de mutation par décès¹⁷¹⁷. À ce titre, il est un outil d'optimisation fiscale de premier ordre¹⁷¹⁸. Toutefois, l'avantage matrimonial n'est pas totalement neutre fiscalement. En effet, l'exonération fiscale consacrée par l'arrêt *Vieilhomme*, rendu par la Cour de cassation le 6 mai 1997, se limite aux droits de mutation en raison du décès. « *Il est donc erroné de croire que les profits générés par le régime matrimonial sont absous de toute ponction fiscale* »¹⁷¹⁹. Les époux doivent notamment s'acquitter de droits fixes d'une valeur de 125 € pour rédiger ou modifier leur régime matrimonial¹⁷²⁰. En outre, la liquidation du régime matrimonial donne lieu à perception d'un droit d'enregistrement à 2,5 %¹⁷²¹. L'augmentation du taux de 1.1 % à 2.5 % marque d'ailleurs la volonté d'augmenter la pression fiscale sur l'avantage matrimonial. Cependant, bien qu'il ne soit pas totalement neutre fiscalement, l'avantage matrimonial constitue un outil avantageux pour les époux.

Toutefois, sur le plan fiscal l'intérêt de l'avantage matrimonial tend à décliner en raison du traitement fiscal très avantageux dont bénéficient les époux en matière de droits de mutation par décès. Étant totalement exonéré de droits, l'avantage procuré par l'avantage matrimonial perd de son intérêt sur le plan fiscal. Il devient alors plus avantageux, fiscalement, pour les époux de recourir à une donation à cause de mort ou à un testament. Le gain fiscal peut cependant être mince

¹⁷¹⁵ Art. 1527 al. 2 C. civ.

¹⁷¹⁶ Art. 1527 al. 3 C. civ.

¹⁷¹⁷ Ch. réun., 19 déc. 1980, S. 1981.1.129, obs. A. WAHL. L'administration fiscale considérait cependant qu'en présence d'enfants non issus des deux époux les avantages matrimoniaux accordés par un époux à son conjoint constituaient des donations, même en l'absence d'action en retranchement. Toutefois, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Vieilhomme*, a précisé cette opinion. Désormais, ce n'est que lorsque l'enfant intente une action en retranchement que l'avantage matrimonial est traité comme une libéralité pour la part qui excède la quotité disponible. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 1997, n° 95-13.84, *Bull. civ. I*, n° 146 ; *Defrénois* 1997, p. 1086, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1998. I. 133, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; *JCP N* 1997, p. 939, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD civ.* 1998, p. 179, obs. B. VAREILLE.

¹⁷¹⁸ En ce sens, A. ALBARIAN, « La notion d'avantage matrimonial : au confluent du droit civil et de l'ingénierie fiscale », *RRJ* 2007, p. 213.

¹⁷¹⁹ Q. GUIGET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, préf. M. NICOD, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 146, 2015, n° 524.

¹⁷²⁰ Art. 847 1° CGI.

¹⁷²¹ Art. 746 CGI.

au vu des contraintes civiles qui existent en matière de libéralités comme le respect de la réserve héréditaire par exemple¹⁷²².

574. Les justifications de la faveur faite aux époux. La quotité disponible entre époux, l'institution contractuelle et l'avantage matrimonial datent d'une époque où la vocation successorale du conjoint survivant était médiocre. Ces mécanismes avaient et ont encore l'objectif de favoriser les dispositions volontaires en faveur du survivant du couple marié.

L'affection réciproque que se portent les époux, l'ancien principe d'indissolubilité de l'institution matrimoniale¹⁷²³ ainsi que la participation de chacun des membres du couple à l'enrichissement du patrimoine commun semblent justifier l'existence de ces privilèges octroyés au conjoint survivant. Cependant, ces trois fondements ne suffisent pas à expliquer l'impossibilité pour les couples hors mariage de se consentir des donations de biens à venir ou de se consentir une libéralité au-delà de la quotité disponible ordinaire. En effet, le lien d'affection et la participation à l'enrichissement du couple sont identiques entre époux, entre partenaires et entre concubins. Sur ce point, rien ne semble les différencier. En outre, l'argument de l'indissolubilité du mariage fait désormais partie du passé du droit de la famille puisque le nombre de divorces est proportionnellement plus élevé que nombre de ruptures de Pacs.¹⁷²⁴ Enfin, la facilité de rupture du mariage depuis l'introduction du divorce par consentement mutuel devant notaire risque d'étendre la présomption de précarité qui pèse sur les partenaires et les concubins aux couples mariés.

575. La question de l'extension de l'avantage matrimonial hors mariage. L'extension de l'avantage matrimonial hors mariage apparaît, au premier abord, compromise puisqu'il représente

¹⁷²² *In fine* I. DAURIAC, « Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET, *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 25, spéc. p. 32. L'auteur constate qu'en matière fiscale le statut successoral du conjoint survivant s'est amélioré mais que cela n'enlève rien aux intérêts civils de l'avantage matrimonial.

¹⁷²³ En ce sens, M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 466. Puisque le mariage a vocation à durer pour la vie, il n'existe aucune raison d'interdire aux époux de se consentir des donations de biens à venir.

¹⁷²⁴ Selon le ministère de la Justice, en 2015, le nombre de Pacs dissous s'élève à 79 386. Le nombre de Pacs conclus quant à lui est de 188 947. Cela fait un rapport de 0.41. Pour 236 300 mariages célébrés (chiffres disponibles sur le site de l'INSEE <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2656612?sommaire=2546239#tableau-Figure1>), 123 668 divorces ou conversion de séparation de corps en divorce ont été prononcés (chiffres disponibles sur le site du ministère de la Justice <http://www.justice.gouv.fr/statistiques.html#tableaux-detailles>). Soit un rapport de 0.52. À travers ces données statistiques, on s'aperçoit que le taux de divorce est supérieur au taux de rupture du Pacs. Toutefois, l'argument n'est pas à lui seul déterminant, car ces statistiques ne différencient pas selon que la rupture du Pacs est synonyme de rupture du couple ou si les partenaires se marient entre eux.

un avantage tiré du contrat de mariage. Ainsi, en raison de la nature de leurs relations les concubins se trouvent nécessairement exclus de ce mécanisme. Les partenaires, quant à eux, pourraient bénéficier de l'avantage matrimonial, que l'on pourrait alors qualifier d'"avantage pacsimonial", à condition que la convention de Pacs s'apparente à un contrat de mariage. À ce jour, une telle assimilation est incertaine, car rien n'indique que les partenaires puissent amender l'indivision à laquelle ils sont soumis¹⁷²⁵. Bien qu'il soit « *paradoxal que les partenaires soient moins libres dans leurs conventions paramatrimoniales que les époux dans leur contrat de mariage* »¹⁷²⁶, les obstacles juridiques qui s'opposent au renforcement du principe participatif du Pacs sont nombreux. En effet, contrairement au mariage où les articles 1387 et 1497 du Code civil posent le principe de liberté des conventions matrimoniales, aucune disposition du Pacs n'autorise les partenaires à modifier leur convention d'indivision au-delà de ce que la loi prévoit¹⁷²⁷. De sorte que si une clause de préciput ou une clause de partage inégal était introduite dans la convention de Pacs, elle serait nécessairement considérée comme une donation qui, contrairement à l'avantage matrimonial, n'échapperait pas aux dispositions relatives au droit commun des libéralités, notamment à la réduction pour atteinte à la réserve. Par ailleurs, cette donation tomberait sous le coup de la prohibition des pactes sur succession future¹⁷²⁸ puisque faute de textes les autorisant elle serait nulle.

576. La question de l'extension de la quotité disponible entre époux et de l'institution contractuelle hors mariage. La donation de biens à venir, la quotité disponible entre époux et l'avantage matrimonial permettent de passer outre les règles du droit commun des successions et des libéralités. Une telle démarche est justifiée par l'intérêt supérieur de protection de l'époux

¹⁷²⁵ En ce sens, P. MURAT, « Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimonials » à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 2011, 1206, n° 19 ; « X. GUÉDÉ, Fr. LETELLIER, « Conventions modificatives de pacs et « changement » de régime pacsimonial », *Defrénois* 2015, n° hors-série, p. 22. V. aussi A. BATTEUR, « La recherche désespérée d'une préservation de la famille au détriment des créanciers : réflexions civilistes et pénalistes sur les fraudes. 1^{re} partie : le risque civil des contrats et montages juridiques tendant à favoriser la famille au détriment de la vie professionnelle », *LPA* 3 juin 2014, p. 12, n° 7.

¹⁷²⁶ H. FULCHIRON, « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621,

¹⁷²⁷ M. GRIMALDI, « Les biens du couple », *Gaz. Pal.* 30 mars 2013, numéro spécial à propos des 9^e États généraux de la famille. Dans le même sens, 106^e CONGRÈS DES NOTAIRES, *Couple, Patrimoine : les défis de la vie à deux*, Bordeaux, 2010, n^{os} 2085 et 2378.

¹⁷²⁸ P. MURAT, art. précité, n° 19.

survivant¹⁷²⁹. Puisque ces mécanismes reposent sur l'affection que se portent les membres du couple, sur la volonté de faire primer la volonté du disposant sur les lois successorales et d'une manière générale le souhait d'assurer l'avenir du survivant du couple, leur extension aux couples hors mariage paraît envisageable¹⁷³⁰. Cette extension se conçoit d'autant mieux que, à la différence de la vocation successorale, la stipulation d'une institution contractuelle ou le fait de dépasser la quotité disponible ordinaire ne modifie pas la qualité du partenaire ou du concubin survivant. En effet, à cette occasion il ne devient pas un héritier *ab intestat*, il n'est appelé à la succession qu'en tant que gratifié. En définitive, il s'agit seulement d'autoriser les couples à disposer entre eux de leurs biens au-delà ce que le droit commun des successions et des libéralités autorise. Cette dérogation au droit commun des successions présente un intérêt pour le partenaire ou le concubin survivant seulement en présence d'héritiers réservataires, car en cas contraire un testament suffit à léguer l'ensemble du patrimoine au survivant. En effet, en cas de concours avec des réservataires, l'extension hors mariage de la donation de biens à venir, de la quotité disponible entre les membres du couple ou de l'avantage matrimonial permettra d'empiéter sur leur réserve. Toutefois, en l'état du droit positif une telle démarche demeure impossible, à moins que le législateur décide de rogner, une nouvelle fois, la réserve héréditaire des descendants.

En outre, une telle démarche pourrait faire naître certaines situations immorales, notamment dans le cas d'une relation adultère. À titre d'exemple, imaginons la création d'un ersatz de quotité spéciale en faveur du concubin. Au décès du testateur, le conjoint survivant en concours avec des réservataires reçoit, selon son choix¹⁷³¹, au titre de sa vocation successorale *ab intestat*, le quart de la succession en pleine propriété ou la totalité en usufruit. Le concubin adultère, pour sa part, pourra recevoir par legs la quotité disponible ordinaire, un quart de la succession en pleine propriété et les trois quarts en usufruit ou la totalité en usufruit. L'usufruit du concubin adultère pourrait alors s'exercer en partie sur les droits du conjoint survivant. La situation se compliquerait encore davantage en l'absence de descendants puisque dans ce cas, l'usufruit du concubin adultère reçu au titre de la quotité spéciale s'exercerait en totalité sur la part reçue par le conjoint survivant. Un tel enchevêtrement des droits du conjoint survivant et du concubin adultère n'est pas acceptable.

¹⁷²⁹ En ce sens, N. BAILLON-WIRTZ, « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude n° 44, n° 11.

¹⁷³⁰ B. BONIFACE, « Le concept de la famille », *LPA* 28 avr. 1999, p. 19.

¹⁷³¹ En l'absence de descendants qui ne seraient pas issus du même lit.

C'est pourquoi, à moins d'empêcher le concours entre le conjoint survivant et le concubin adultère notamment en prohibant les libéralités en faveur de la concubine adultère¹⁷³², l'extension de la quotité spéciale hors mariage n'apparaît pas souhaitable.

Par ailleurs d'une manière générale, l'exclusion des couples hors mariage résulte de la nature du mariage qui a vocation à s'inscrire dans la mort¹⁷³³. De sorte que seule l'institution matrimoniale légitime la dérogation au droit commun des libéralités à cause de mort.

Enfin, à la faveur de ces mécanismes, les époux bénéficient d'une protection importante qui dépasse largement le cadre de la solidarité minimale. En effet, l'instauration du droit commun du couple vise à instaurer une solidarité minimale s'apparentant à une solidarité alimentaire. C'est pourquoi l'extension de ces mécanismes qui véhiculent l'idée d'une solidarité maximale par dérogation au droit commun des successions et des libéralités n'apparaît pas souhaitable.

577. Transition. Afin d'instaurer une solidarité après le décès d'un des membres du couple, les époux, les partenaires et les concubins ont la possibilité de recourir à des mécanismes offerts par le droit commun des successions et des libéralités.

B. Les mécanismes offerts à tous les couples

578. Annonce de plan. Les partenaires et les concubins qui souhaitent organiser, de leur vivant, leur succession en faveur du survivant sont dans l'obligation de recourir aux mécanismes offerts par le droit commun des libéralités. Pour ce faire, ils peuvent, à l'instar des époux, se consentir une donation (1) ou être institués légataires par leur compagnon (2).

1. La donation au sein du couple

579. L'illustration de la solidarité par l'irrévocabilité des donations. Si le principe de l'irrévocabilité générale des conventions est applicable aux donations, ce sont cependant des textes spéciaux¹⁷³⁴ qui fondent le principe d'irrévocabilité des donations¹⁷³⁵. Par exception, les donations entre époux, avant la réforme du 26 mai 2004¹⁷³⁶, étaient librement révocables sauf celles

¹⁷³² Une telle prohibition ne semble pas d'actualité. En ce sens, v. *supra* n^{os} 335 et s.

¹⁷³³ En ce sens, A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n^o 805, spéc. p. 563.

¹⁷³⁴ Art. 894 C. civ.

¹⁷³⁵ H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 405.

¹⁷³⁶ Loi n^o 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, *JORF* 27 mai 2004, p. 9319.

consenties par contrat de mariage qui, en raison du principe d'immutabilité du régime matrimonial, étaient irrévocables. Toutefois, les lois du 26 mai 2004 et du 23 juin 2006¹⁷³⁷ sont venues affirmer le principe d'irrévocabilité des donations de biens présents entre époux¹⁷³⁸, y compris en cas de divorce, sauf dans les cas d'ingratitude ou d'inexécution des charges¹⁷³⁹. En revanche, les donations de biens à venir sont anéanties¹⁷⁴⁰.

La généralisation du principe d'irrévocabilité aux donations de biens présents produisant leurs effets pendant le mariage conforte l'idée selon laquelle on assiste à un rapprochement entre les donations au sein du couple. En effet, les partenaires et les concubins étant soumis au droit commun des donations se voient, eux aussi, appliquer le principe d'irrévocabilité des donations.

Le principe d'irrévocabilité de la donation semble indirectement favoriser une forme de solidarité entre les membres du couple. En effet, l'irrévocabilité des donations de biens présents exprime la volonté de « *ne plus faire table rase de ce qui a existé durant le mariage constitue sans doute une forme de solidarité dans l'immédiat après-divorce, en évitant d'incessantes querelles et des discussions pointilleuses sur la preuve du financement qui, en pratique, achèvent le peu d'entente existant encore entre les ex-époux* »¹⁷⁴¹.

580. La disparition du principe de prohibition des donations entre concubins. La donation conjugale désigne d'une manière générale la donation faite entre les membres d'un

¹⁷³⁷ La loi du 23 juin 2006 (loi n° 2006-728 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* 24 juin 2006, p. 9513) est venue préciser le domaine de l'irrévocabilité des donations de biens présents en disposant que seules les libéralités développant leurs effets au cours du mariage sont irrévocables (art. 1096 al. 2). Par conséquent, les donations à terme de biens présents sont révocables.

¹⁷³⁸ Afin de renforcer le principe d'irrévocabilité des donations, la Cour de cassation refuse de faire produire des effets à une clause de révocation automatique de la donation en cas de divorce. En ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, n° 11-13.791, *Bull. civ. I*, n° 56 ; *Dr. fam.* 2012, comm. n° 83, obs. B. BEIGNIER ; *RDC* 2012, p. 891, note Ch. GOLDIE-GÉNICON ; *RTD civ.* 2012, p. 357, obs. M. GRIMALDI ; *JCP N* 2013, p. 1060, obs. R. LE GUIDEC ; *D.* 2012, p. 1386, obs. S. DAVID. Dès lors, le donateur, même de manière volontaire, ne peut pas se soustraire au principe d'irrévocabilité des donations de biens présents déployant leurs effets au cours du mariage.

¹⁷³⁹ Cl. BRENNER, « Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Deffrénois* 2005, p. 93, n° 12 et s. ; S. PIEDELIÈVRE, « L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, p. 2512 ; D. VIGNEAU, « Donations entre époux : quel droit ? », *D.* 2005, p. 980 ; Chr. RIEUBERNET, « Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 21 juillet 2004, p. 10.

¹⁷⁴⁰ Art. 265 C. civ.

¹⁷⁴¹ V. ÉGÉA, « Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 22, n° 16.

couple. En raison de la prohibition des libéralités entre concubins¹⁷⁴², les donations conjugales ont longtemps été limitées au mariage. En effet par crainte de voir dans ces donations une rémunération déguisée des prostituées, la Cour de cassation se montrait méfiante à leur égard. Toutefois, les arrêts de la Cour de cassation du 3 février 1999¹⁷⁴³ et du 29 octobre 2004¹⁷⁴⁴ sont venus affirmer avec force le caractère licite de ces libéralités entre les concubins, même lorsque le testament ou la donation est faveur de la concubine adultère. De sorte que les concubins et *a fortiori* les partenaires peuvent se consentir des libéralités, même à l'occasion d'une relation adultère.

581. Un exemple de donations : les donations à terme de biens présents. La libéralité entre vifs dépouille immédiatement le disposant au profit du gratifié. La donation n'a donc pas véritablement vocation à protéger le donataire au décès du donateur. Néanmoins, certains types de donations comme les donations à terme de biens présents, qui ne doivent pas être confondus avec les donations de biens à venir, sont utilisés afin d'assurer l'avenir du conjoint après le décès du *de cuius*.

La donation de biens à venir désigne « *une donation de biens sur lesquels le donateur n'a, au moment où il dispose, aucun droit* »¹⁷⁴⁵, alors que la donation à terme de biens présents est « *une donation de biens qui sont dans le patrimoine du donateur au moment, où il dispose* »¹⁷⁴⁶ dont les effets sont différés jusqu'au décès du donateur¹⁷⁴⁷. La distinction entre ces deux types de donation est parfois délicate. Pour s'en convaincre, la clause de réversibilité d'usufruit « *par laquelle celui qui dispose de la nue-propriété de son bien - généralement à titre gratuit - s'en réserve l'usufruit et constitue au profit d'un tiers (souvent son conjoint mais pas nécessairement) un second usufruit*

¹⁷⁴² Bien que les rédacteurs du Code civil n'aient pas frappé les concubins d'une incapacité de disposer ou de recevoir, les tribunaux en procédant à une analyse du motif déterminant de la libéralité se montraient parfois hostiles aux libéralités entre concubins. Sur le fondement des anciens articles 1131 et 1133 du Code civil, les juges examinaient la cause de la libéralité afin de tenir compte de la spécificité de chaque relation. Valables lorsqu'elles avaient pour objectif de réparer le préjudice porté à l'autre concubin en cas de rupture, elles étaient en revanche annulées lorsqu'elles avaient pour but de commencer, continuer, reprendre ou rémunérer des relations coupables

¹⁷⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, n° 96-11.946, *Bull. civ. I*, n° 43.

¹⁷⁴⁴ Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238, *Bull AP*, n° 12.

¹⁷⁴⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016, V° Donation de biens à venir

¹⁷⁴⁶ G. CORNU, *op. cit.*, V° Donation de biens présents

¹⁷⁴⁷ M. GRIMALDI, « Les donations à terme », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2011, p. 421, n° 4, spéc. p. 424.

à exercer non pas en même temps que celui qu'il s'est réservé mais après lui ; le second usufruit ne s'exercera qu'après le décès du premier usufruitier »¹⁷⁴⁸ est un parfait exemple.

La qualification de cette clause présente une importance capitale, car si elle est qualifiée de donation de biens à venir, elle est réservée aux époux puisque l'institution contractuelle n'est admise que dans le mariage alors qu'au contraire. Si elle est considérée comme une donation à terme de biens présents, elle est accessible aux couples hors mariage. Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu la première qualification¹⁷⁴⁹, mais elle s'est par la suite ravisée en décidant que la clause de réversibilité d'usufruit devait être analysée en une donation à terme de biens présents¹⁷⁵⁰. La solution aurait pu être définitive si la chambre commerciale de la Cour de cassation n'avait pas considéré cette clause comme une donation de biens à venir¹⁷⁵¹. Afin de mettre un terme à cette divergence, la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé, le 8 juin 2007¹⁷⁵², que la clause de réversibilité d'usufruit est une donation à terme de biens présents.

Cet outil souvent utilisé au sein du couple a pour objectif de protéger le survivant du couple en lui permettant de bénéficier de l'usufruit d'un bien, le plus souvent le logement occupé par les membres du couple. En retenant la qualification de donation à terme de biens présents, la Cour de cassation la rend accessible à tous les couples. Elle vise ainsi à assurer la protection du survivant, quel que soit le mode de conjugalité, en permettant la création par la voie conventionnelle d'une solidarité minimale entre les membres du couple.

582. Le traitement fiscal de la clause de réversibilité. L'intérêt de la donation avec clause de réversibilité d'usufruit est renforcé par le traitement fiscal auquel elle est soumise. Bien que

¹⁷⁴⁸ Cl. FARGE, « La clause de réversibilité d'usufruit : une technique souple à la disposition des praticiens », *Defrénois* 2005, p. 1560. En d'autres termes, cette clause s'inspire donc de la technique des usufruits successifs.

¹⁷⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 avr. 1983, n° 82-10.848, *Bull. civ. I*, n° 124 ; *RTD civ.* 1984, p. 349, obs. J. PATARIN.

¹⁷⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1997, n° 95-19.759, *Bull. civ. I*, n° 291 ; *JCP G* 1999. I. 132, n° 5, obs. LE GUIDEDEC ; *RTD civ.* 1998, p. 721, obs. J. PATARIN ; *RTD civ.* 1998, p. 937, obs. Fr. ZÉNATI. La troisième chambre civile de la Cour de cassation s'est ralliée à cette position. Cass. civ. 3^e, 6 nov. 2002, n° 01-00.681, *Bull. civ. III*, n° 220 ; *RTD civ.* 2003, p. 133, obs. J. PATARIN ; *Defrénois* 2003, p. 792, obs. S. PIEDELIÈVRE.

¹⁷⁵¹ Cass. com., 2 déc. 1997, n° 96-10.072, *Bull. civ. IV*, n° 318.

¹⁷⁵² Ch. mixte, 8 juin 2007, n° 05-10.727, *Bull. mixte*, n° 6 ; *Dr. fam.* 2007, comm. n° 151, note B. BEIGNIER ; *AJ fam.* 2007, p. 353, obs. Fr. BICHERON ; *RDC* 2007, p. 1166, obs. I. DAURIAC ; *JCP G* 2007. II. 10130, note G. GOUBEAUX ; *JCP G* 2009. I. 109, n° 81, obs. R. LE GUIDEDEC ; *RTD civ.* 2007, p. 605, obs. M. GRIMALDI ; *RTD civ.* 2007, p. 588, obs. Th. REVET. V. aussi, Fr. SAUVAGE, « Libre propos sur les récentes tribulations de la réversion d'usufruit entre époux », *Defrénois* 2007, p. 2284.

qualifiée par la Cour de cassation de donation à terme de biens présents, la clause de réversibilité d'usufruit est, depuis la loi du 21 août 2007¹⁷⁵³, soumise aux droits de mutation par décès et non pas aux droits de mutation entre vifs. Par conséquent, au lieu d'être imposé progressivement après un abattement de 80 724 €¹⁷⁵⁴, le bénéficiaire de la clause de réversibilité d'usufruit, qu'il soit marié ou lié par un Pacs, est exonéré de droits de mutation¹⁷⁵⁵. En revanche, pour les concubins, l'intérêt fiscal disparaît puisqu'ils demeurent soumis à un taux de 60 % sans abattement. De sorte que le bénéficiaire de l'acte à titre gratuit « *a l'impression de concourir avec l'État et de ne pas être le mieux loti* »¹⁷⁵⁶.

Afin de remédier à cette situation défavorable aux concubins, le législateur pourrait leur accorder un régime plus favorable à condition qu'ils apportent une preuve de la durée de vie de leur relation. Ainsi, ils pourraient par exemple être soumis après la preuve d'une vie commune de cinq ans à un barème identique à celui des frères et sœurs. En effet, il ne paraît pas opportun de calquer leur imposition en matière de donation sur celle des époux et des partenaires, car, contrairement à eux, leur engagement demeure purement privé. C'est pourquoi une différence doit être faite entre l'imposition des concubins et celle des couples déclarés.

Néanmoins, comme à chaque fois en matière fiscale, cette proposition se heurte aux risques de fraude. En effet, puisque le concubinage est une relation purement déclarative, certains pourraient se faire passer pour concubin ou simuler leur relation pour être soumis à un régime fiscal plus avantageux. C'est pourquoi, la modification de l'imposition des concubins au titre des libéralités entre vifs apparaît comme un idéal à atteindre¹⁷⁵⁷. Toutefois, cette question doit faire l'objet d'une réflexion d'ensemble sur l'imposition de la famille et du couple.

583. Transition. Civilement accessible à tous, fiscalement intéressante pour les couples déclarés, la donation est le premier outil qui offre la possibilité au donataire de disposer, dans les

¹⁷⁵³ Art. 796-0 *quater* CGI. Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JORF* 22 août 2007, p. 13945.

¹⁷⁵⁴ Art. 777 CGI.

¹⁷⁵⁵ Pour une critique de cette différence entre les qualifications civile et fiscale de cet usufruit successif, Q. GUIGET-SCHIELÉ, *La distinction des avantages matrimoniaux et des donations entre époux*, préf. M. NICOD, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 146, 2015, n° 526, spéc. p. 496. À ce propos, v. aussi P.-L. NIEL, « La clause de réversion d'usufruit à l'épreuve de la fiscalité », *Defrénois* 2006, p. 1115.

¹⁷⁵⁶ M. GRIMALDI, *Droit civil. Les successions*, Litec, 6^e éd., 2001, n° 242.

¹⁷⁵⁷ Il s'agit d'un idéal à atteindre. Néanmoins, les allègements fiscaux qui pourraient être accordés ne doivent pas mettre en péril les finances publiques. C'est pourquoi la question de la fiscalité de la famille doit être abordée dans sa globalité.

limites de la quotité disponible, de son patrimoine. À côté de la donation, on retrouve le testament, second mécanisme de dévolution par l'effet de la volonté individuelle.

2. Le testament entre les membres du couple

584. Une obligation pour les couples non déclarés. Le legs permet au testateur de disposer de tout ou partie de son patrimoine en faveur d'une ou plusieurs personnes. Si les époux n'ont pas besoin de rédiger de testament pour recueillir la succession, les partenaires et les concubins ne deviennent successibles qu'à condition d'avoir été institués légataires. En cela, une véritable différence entre les modes de conjugalité existe puisque la solidarité hors mariage nécessite un acte volontaire.

Civilement le recours au testament présente une utilité indéniable pour les couples hors mariage puisqu'il constitue le seul moyen pour le partenaire comme pour le concubin survivant de venir à la succession de son partenaire prédécédé. De sorte que la solidarité conjugale postérieure au décès, qu'elle soit minimale ou maximale, ne naît qu'à condition d'avoir été institué légataire par le *de cuius*.

585. Le testament et la loi TEPA. Le testament présente un intérêt tout particulier pour les couples déclarés qui, depuis la loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat du 21 août 2007¹⁷⁵⁸, sont exonérés de droit de succession¹⁷⁵⁹, exception faite du droit de partage de 2,5 % lorsque le partenaire ou le conjoint survivant est en présence d'un autre héritier ou d'un légataire¹⁷⁶⁰. La loi du 21 août 2007 est une mesure forte en faveur du survivant du couple déclaré, car en l'exonérant totalement de droits de succession, il n'a plus rien à déboursier pour s'acquitter des droits relatifs à la succession. De sorte que sa situation financière est significativement améliorée.

Bien qu'elle soit spectaculaire, l'initiative législative est avant tout symbolique, car la mesure ne profite qu'à un nombre limité de conjoints. En effet par « *le jeu cumulé de la répartition de l'actif imposable avec les héritiers en ligne directe et de l'abattement de 76 000 €* », la grande

¹⁷⁵⁸ Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JORF* 22 août 2007, p. 13945.

¹⁷⁵⁹ Art. 796-0 *bis* CGI.

¹⁷⁶⁰ Art. 746 CGI. Fr. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, préf. J. HAUSER, Lexisnexis, 16^e éd., 2017, n° 2315. Pour les partages intervenus jusqu'au 31 décembre 2011, le droit de partage était de 1.1%.

majorité des couples « *était déjà placée en deçà du seuil d'imposition* »¹⁷⁶¹. En revanche, la mesure a, peut-être, été légèrement plus profitable aux partenaires qui, jusqu'au 21 août 2007, bénéficiaient d'un abattement de 57 000 €.

En étendant cette mesure aux couples déclarés, le droit fiscal a pris un temps d'avance sur le droit civil en matière de promotion des couples hors mariage puisque ce dernier ne reconnaît aucune vocation successorale au partenaire survivant. Par conséquent, la loi illustre l'assimilation, au moins en matière fiscale, des partenaires et des époux qui depuis lors sont soumis au même régime en matière de fiscalité des successions¹⁷⁶². En raison du traitement fiscal avantageux dont bénéficient les partenaires, le testament apparaît être un outil particulièrement performant pour assurer l'avenir du partenaire survivant.

586. Le refus d'étendre l'exonération aux concubins. À la situation avantageuse des couples déclarés s'oppose celle des concubins qui sont soumis à des droits de mutation de 60 %¹⁷⁶³ après un abattement de 1 594 €¹⁷⁶⁴. En raison de l'absence de déclaration de la relation de concubinage, la faveur fiscale faite aux couples déclarés ne semble pas pouvoir être étendue aux concubins.

Néanmoins, afin de prendre en considération l'utilité économique de la relation ainsi que le lien d'affection qui lie les concubins, leur imposition au titre des droits de succession pourrait être repensée.

Le législateur n'est d'ailleurs pas insensible à l'utilité économique de la vie commune puisqu'il prévoit à l'égard de certains frères et sœurs une exonération de droits de succession à condition que le frère ou la sœur soit célibataire au moment de l'ouverture de la succession, que le survivant ait cohabité depuis au moins cinq ans avec le *de cujus* au moment de l'ouverture de la succession et qu'il ait plus de cinquante ans ou qu'il soit atteint d'une infirmité le mettant dans

¹⁷⁶¹ B. GELOT, « Nouveaux aspects de la fiscalité successorale au lendemain de la loi du 21 août 2007 », *Defrénois* 2008, p. 36, n° 4. Dans le même sens, Fr. DOUET, « Bilan et perspectives du volet fiscal de la réforme des successions et des libéralités », *D.* 2007, p. 2049.

¹⁷⁶² Si les époux et les partenaires sont soumis à régime fiscal identique en matière de droits de succession, cette égalité de traitement existe aussi en matière de fiscalité des libéralités entre vifs. En effet, ils sont soumis aux mêmes taux et ils bénéficient d'un abattement de 80 724€.

¹⁷⁶³ Art. 777 CGI.

¹⁷⁶⁴ Art. 788 CGI

l'impossibilité de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence¹⁷⁶⁵. « *Cette bienveillance fiscale ne s'explique qu'au regard de l'utilité que cette vie en commun fraternelle, remède à la solitude et source de solidarité, a représentée pendant les cinq ans précédant le décès* »¹⁷⁶⁶. En effet, ce dispositif illustre à la fois la volonté de ne pas aggraver la situation déjà précaire dans laquelle le survivant se trouve et la prise en compte du lien d'affection qui lie ces fratries. Si le législateur offre un régime particulier aux frères et sœurs, la question de son extension aux concubins doit être posée, car la vie commune des concubins ne présente pas moins d'utilité économique que celle de ces frères et sœurs exonérés de droit de succession. L'élan de solidarité qui conduit le législateur à exonérer de droits de mutation par décès certaines fratries pourrait être, sous condition de durée et de ressources, transposé aux concubins. Toutefois, l'exonération des concubins survivants conduirait à la disparition d'une manne financière non négligeable pour l'État. C'est pourquoi il semble délicat de soumettre le concubinage au même régime que les partenaires ou les époux en matière de droits de succession. Une autre solution doit donc être proposée.

587. Repenser les barèmes fiscaux applicables aux concubins en matière de succession.

Le taux de 60 % auquel sont soumis les concubins est souvent perçu comme confiscatoire, « *comme une véritable sanction, plus lourde que les peines pécuniaires dirigées contre de nombreux actes répréhensibles* »¹⁷⁶⁷.

De plus, ce taux semble incompatible avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, car il viole le principe de non-discrimination en ce que la distinction manque de justification objective et raisonnable. En effet, la reconnaissance sociale et juridique du concubinage rend le tarif des droits de mutation obsolète. Il ne correspond plus à la société contemporaine. Plus généralement, l'imposition à 60 % semble aussi être violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel à cette Convention¹⁷⁶⁸, car il apparaît comme une mesure privative de

¹⁷⁶⁵ Art. 796-0 *ter* CGI.

¹⁷⁶⁶ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 472, spéc. p. 380.

¹⁷⁶⁷ Chr. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Monchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2010, n° 455, note de bas de page n° 32. Certains auteurs se montrent particulièrement critiques à l'égard de cette imposition. V. par ex., B. BEIGNIER, « Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : copie à revoir », *Dr. fam.* 1997, chron. n° 5

¹⁷⁶⁸ Fr. DOUET, « Couples non mariés et droits de mutation à titre gratuit », *Deffrénois* 2007, p. 409.

propriété qui ne ménage pas un juste équilibre entre « *les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* »¹⁷⁶⁹.

Enfin, puisque les collatéraux au troisième et quatrième degré sont soumis à un taux d'imposition de 55 % avec un abattement pouvant aller jusqu'à 7 967 € entre neveux et nièces, un neveu qui hérite de son oncle se trouve dans une situation plus avantageuse que le concubin. Cette situation est pour le moins surprenante après la reconnaissance juridique du concubinage. Afin de remédier à cette situation, le taux d'imposition des concubins au titre des droits de succession doit être abaissé. Il pourrait par exemple être calqué sur l'imposition progressive des frères et sœurs¹⁷⁷⁰, tout en prenant le soin de relever l'abattement actuel, non pas au point d'atteindre celui des enfants, mais à un seuil plus raisonnable permettant de tenir compte du lien d'affection qui lie les concubins.

588. Conclusion chapitre 2. La solidarité postérieure à la rupture ou au décès illustre bien l'approche humaniste de la relation conjugale, car c'est à cette période que la vulnérabilité du compagnon abandonné ou survivant est la plus manifeste. Afin de mettre un terme à ces situations, une solidarité "*post-conjugale*" commune à tous les modes de conjugalité pourrait voir le jour.

Postérieurement à la rupture, cette solidarité pourrait être inspirée de la prestation compensatoire, plus précisément de la dimension alimentaire de la prestation compensatoire. En effet, l'objectif de cette mesure est seulement d'apporter une réponse à la situation de détresse financière du compagnon abandonné et non pas de maintenir, autant que faire se peut, le train de vie des membres du couple. C'est pourquoi la mesure commune à toutes les formes de conjugalité ne peut pas imiter dans sa globalité la prestation compensatoire. La dimension indemnitaire de cette prestation doit demeurer propre au mariage, notamment dans le but de préserver le pluralisme conjugal. L'indemnité allouée au membre du couple dans le besoin pourrait ainsi être assimilée non pas à une prestation compensatoire, mais à une créance alimentaire. Ainsi, à toute relation conjugale serait attachée une hypothétique créance alimentaire qui ne deviendrait exigible qu'à partir du moment où une situation de besoin est identifiée entre les membres du couple.

¹⁷⁶⁹ Fr. DOUET, « Couples non mariés et droits de mutation à titre gratuit », *Deffrénois* 2007, p. 409.

¹⁷⁷⁰ M. SAULIER, *Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif*, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017, n° 472. V. aussi Chr. JUBAULT, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, Monchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2010, n° 455, note de bas de page n° 32. L'auteur propose une imposition entre 30 et 45 %.

Postérieurement au décès, une fois encore la prévalence des modes de conjugalité déclarés et plus particulièrement du mariage, est indiscutable. Le concubin, voire le partenaire, dans le besoin peut alors se trouver dans une situation financière délicate à la suite du décès. De la même manière qu'en matière de séparation, la création d'une pension alimentaire dont le principe serait hérité du mariage pourrait être étendue au Pacs et au concubinage. Puisqu'elle a seulement vocation à répondre à une situation de besoin, elle s'inscrit parfaitement dans la démarche humaniste qui fonde la création d'un statut *minimum* interconjugalité. C'est pourquoi tous les autres mécanismes prévus entre les époux qui dépassent largement le cadre de l'obligation alimentaire doivent rester propres au mariage.

La création de cette solidarité postérieure à la rupture ou au décès permet une approche humanisée de la rupture du couple conjugal tout en soulageant pour un temps la solidarité collective. En ces temps de rigueur budgétaire et de soucis, quasi obsessionnels, de maîtrise des dépenses publiques, une telle proposition semble bienvenue. Malgré la refonte de l'obligation alimentaire que cela nécessite, l'introduction de cette obligation alimentaire dans le statut *minimum* interconjugalité apparaît indispensable.

Enfin, la solidarité en faveur des couples de concubins pourrait trouver sa source dans le droit fiscal et plus particulièrement dans la modification des barèmes fiscaux des mutations à titre gratuit. En effet, alors que les époux et les partenaires sont traités de manière avantageuse par l'administration fiscale, les concubins sont considérés comme des étrangers. De sorte qu'ils se trouvent soumis à un régime fiscal peu avantageux. Afin de remédier à cela, le fisc pourrait tirer toutes les conséquences de la relation conjugale et soumettre les concubins à une imposition plus favorable.

589. Conclusion Titre 3. La solidarité après la séparation des membres du couple est une spécificité matrimoniale. En effet, malgré la disparition du lien affectif, le législateur impose, au moment du divorce, un devoir de solidarité à l'époux le plus fortuné. Bien différente est la situation du concubin ou du partenaire dans le besoin qui à la suite de la séparation se trouve contraint de recourir à la solidarité collective puisqu'aucun devoir d'entraide personnel *postérieur à la disparition du lien conjugal* ne pèse sur les couples hors mariage. Afin de venir en aide à ce compagnon impécunieux, les juges utilisent des outils de droit commun tels que le droit de la responsabilité ou l'obligation naturelle. Limitées au strict *minimum* les sommes allouées par les

juridictions du fond revêtent un caractère alimentaire en ce qu'elles répondent à une situation de besoin. Ce faisant, l'entraide en cas de rupture des couples hors mariage se transforme puisqu'elle est désormais imposée alors qu'elle était jusqu'à présent choisie.

Cette démarche est triplement critiquable, car d'une part le résultat est atteint au prix d'un détournement de mécanismes de droit commun, d'autre part parce que cette solidarité imposée aux concubins ne repose sur aucun fondement juridique¹⁷⁷¹. Enfin, elle entrave la liberté de rupture des couples hors mariage, car contrairement aux époux qui, dès la célébration, se soumettent à une solidarité pour le présent, mais aussi pour le futur, les partenaires et les concubins ne se soumettent à aucun devoir après leur rupture.

Toutefois, en dépit de ces imperfections et de ces remarques, force est de constater l'émergence d'une solidarité pécuniaire minimale qui se limite au cas de détresse financière du concubin ou du partenaire délaissé. Cette évolution, bien que critiquable en ce qu'elle dénie le pluralisme conjugal, ne semble pas ralentir, bien au contraire. Sans abandonner le combat contre ce forçage du droit commun, les vertus de cette démarche humaniste doivent être reconnues. Tout d'abord, cette entraide conjugale postérieure à la rupture présente le mérite de responsabiliser chacun sur les conséquences de son engagement conjugal. Ensuite, elle apporte aux partenaires¹⁷⁷² et aux concubins une réponse à certaines situations empreintes d'injustice et d'inhumanité¹⁷⁷³. Cette solidarité conjugale imposée apparaît comme un substitut ou un complément à la solidarité intergénérationnelle¹⁷⁷⁴. Enfin en procédant de la sorte, les juridictions substituent la solidarité individuelle à la solidarité collective puisque la solidarité ne pèse plus sur la collectivité, mais sur un individu. Économiquement, la solution a du sens puisqu'elle allège le montant des prestations

¹⁷⁷¹ Les concubins ne se soumettent pas au devoir de contribution aux charges du mariage qui pourrait justifier l'octroi d'un ersatz de prestation compensatoire.

¹⁷⁷² Il est d'ailleurs intéressant à cet égard de relever que si ni les concubins ni les partenaires ne sont soumis aux effets de la solidarité après la rupture de l'union, la quasi-totalité des affaires met aux prises des concubins. Cela semble signifier que les partenaires se satisfont mieux du sort qui leur est fait. En les inscrivant dans un cadre déterminé dès le début de leur relation, ils connaissent l'étendue de leurs droits et devoirs. Ainsi, le statut auquel ils se soumettent semble les dissuader d'intenter des actions à l'issue de leur rupture.

¹⁷⁷³ Cl. NEIRINCK, « Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28.

¹⁷⁷⁴ J.-Fr. SAGAUT, « Le couple conjugal complément ou substitut à la solidarité intergénérationnelle ? », *Dr fam.* 2011, dossier n° 11.

sociales, évitant ainsi que la solidarité sociale, qui semble désormais au bord de l'asphyxie, ne finisse par succomber¹⁷⁷⁵.

Afin d'éviter, le recours aux juges, les partenaires et les concubins pourraient par convention prévoir une solidarité minimale en cas de rupture. En effet, les couples hors mariage, notamment les concubins, s'ils sont probablement « *des affamés de non-droit* »¹⁷⁷⁶, ne fuient pas pour autant le droit. C'est pourquoi ces conventions doivent pouvoir produire des effets à condition que les concubins et les partenaires connaissent l'étendue de leur engagement et qu'elles ne mettent pas en péril leur liberté de rupture¹⁷⁷⁷.

Après le décès, la situation est tout aussi favorable aux époux puisque seuls ces derniers sont les destinataires des dispositions légales mettant en place une solidarité post-conjugale. Ainsi, malgré l'imprévision des époux, la loi offre une protection au survivant du couple marié. Loin de n'être que minimale, cette entraide est aussi maximale. L'existence de cette entraide par-delà le décès se justifie par le fait que, contrairement à la séparation, l'affection qui liait les membres du couple n'a pas disparu. L'absence de mécanismes légaux visant à pallier l'imprévision des partenaires et des concubins rend le survivant de ces couples particulièrement vulnérables puisqu'à défaut d'anticipation, il peut se retrouver sans ressources. Une telle situation n'est pas acceptable notamment parce que l'affection présumée sur laquelle repose notamment la pension alimentaire du conjoint survivant prévue à l'article 767 du Code civil existe de la même manière entre les couples de concubins et de partenaires. La nécessité n'est pas ici de créer une réglementation en faveur des couples hors mariage identique en tout point à celle des époux, mais d'assurer une protection minimale pour tous les modes de conjugalité. Il est ainsi envisageable que certains mécanismes, « *réalisant un minimum, et destinés à la soutenance du survivant, soient communs à tous les couples, s'inscrivant de la sorte dans un droit commun impératif de la liquidation de la vie du couple après décès* »¹⁷⁷⁸. Pour le reste des droits successoraux qui, cette fois-ci, ont pour objet

¹⁷⁷⁵ A. SUPLOT, « Les mésaventures de la solidarité civile », *Dr. soc.* 1999, p. 64. Dans le même sens G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014, n° 155 : « *Ce que la famille assume, c'est d'autant moins pour la société* ».

¹⁷⁷⁶ Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Indépendance financière et communauté de vie*, LGDJ, 1989, p. 191, spéc. p. 205.

¹⁷⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 05-17.475, *Bull. civ. I*, n° 312 ; *Dr. fam.* 2006, comm. n° 155, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. V. aussi, Chr. BRIDGE, « L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations (à propos des arrêts du 23 mai et 20 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 41, p. 59.

¹⁷⁷⁸ A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, thèse Université Pierre Mendès France - Grenoble II, 2003, n° 420, spéc. p. 299.

de mettre en place une solidarité maximale, la spécificité de chaque mode de conjugalité doit être préservée, il en va de la survie du pluralisme conjugal, *a fortiori* lorsque les couples hors mariages peuvent, par anticipation, se consentir une libéralité afin d'assurer une protection maximale du survivant.

CONCLUSION PARTIE 2

Des dispositions communes entre les modes de conjugalité, il en existe. En revanche un socle de règles communes harmonisées, il n'en existe pas.

Bien que le législateur et la jurisprudence contribuent à l'essor d'un droit commun du couple, cette réflexion ne fait pas l'objet d'une approche globale. Chaque réforme touche une matière particulière. Ainsi, la loi protège de la façon identique, les partenaires et les concubins victime de violences conjugales. De la même manière, le législateur a étendu certaines dispositions concernant le logement conjugal aux partenaires. De sorte que chacune de ces innovations participe à l'émergence d'un droit commun du couple.

Malgré l'absence de règles identiques applicables à tous les couples, un statut minimum interconjugal semble se dessiner autour du respect, du logement et de la solidarité. Cet ensemble qui mêle droits et devoirs participe à la naissance de règles communes indispensables à toute vie en couple.

Le respect est au cœur du projet conjugal. Il est un devoir imposé à chaque couple, quelle que soit sa forme. Cet impératif social semble totalement accepté et encouragé par le législateur qui ne cesse de renforcer la lutte contre les violences conjugales. On pourrait dire que le respect est le degré zéro des devoirs entre les couples, il constitue un *minimum* que l'on est en droit d'exiger de chacun. C'est pourquoi il représente la première pierre du statut du couple.

Ce socle de règles communes s'organise aussi autour de solidarité, plus exactement autour d'une solidarité minimale dans le but de faire progresser l'idée de patrimoine de dignité auquel chacun a droit. Ainsi le bien affecté au logement du couple reçoit un traitement particulier pendant l'union comme à l'issue de celle-ci. Néanmoins, malgré l'émergence de dispositions communes notamment à l'issue du décès, le degré de protection du logement et de son occupant du logement varie en fonction du mode de protection. Alors que le mariage offre une protection importante, le concubinage est totalement ignoré, à moins de recourir à certaines techniques d'acquisition. Ce faisant, l'idée de pluralisme conjugal est préservée. Cependant, une approche humanisée de la relation conjugale pourrait conduire à la création d'un véritable droit commun du logement

conjugal après le décès. Fondées avant tout sur l'affection que se portaient les membres du couple avant le décès et sur la situation de besoin du survivant du couple, ces règles communes participeraient à la création d'un patrimoine de dignité. La prise en compte du lien affectif explique d'ailleurs l'absence d'une telle mesure en cas de séparation.

La situation diffère quelque peu en matière de solidarité pécuniaire puisque seule la situation de besoin justifie l'octroi d'une somme d'argent. En effet, le lien affectif au moment de la dissolution du couple semble totalement ignoré.

En définitive, on s'aperçoit que le droit commun du couple est en germe. Le législateur et la jurisprudence participent à son élaboration. À ce jour, ces règles forment un ensemble peu harmonieux qui atteste de la confrontation entre l'idéologie humaniste et du pluralisme conjugal. Toutefois au milieu de ces dispositions point l'idée d'un socle de règles communes.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le questionnement à propos de l'existence, de la réfutation, de la critique ou de l'éloge d'un droit commun du couple n'est rendu possible que par le pluralisme conjugal. En effet, la perte du monopole du mariage en raison de la consécration du concubinage et de la création du Pacs a bouleversé l'ordre établi. Ce faisant, de nouvelles interrogations, dont celle du droit commun du couple, ont été posées.

La première étape de la réflexion à propos du droit commun du couple nécessite l'identification de la notion de « couple », seule capable d'embrasser les phénomènes conjugaux dans leur globalité.

L'identification du couple conjugal pourrait se faire grâce au titre dont disposent les partenaires et les époux. Néanmoins, cette démarche présente l'inconvénient d'écarter ceux qui vivent une relation de couple en dehors des modes de conjugalité déclaré. Cette approche réductrice du lien conjugal n'est pas satisfaisante, car elle conduit à ignorer les concubins.

Par ailleurs, l'existence du couple pourrait être déduite de la cohabitation de ses membres ou de leur union sexuelle. Toutefois en dépit de l'importance du partage du toit et du partage du lit, ces éléments sont insuffisants pour caractériser le couple conjugal. En effet, outre le fait de partager un logement et d'entretenir des relations sexuelles, le couple doit présenter un projet conjugal, une véritable intention de mener une vie à deux comme un couple. En d'autres, les membres du couple doivent vivre une relation marquée du sceau de l'engagement. Enfin, la reconnaissance juridique du couple conjugal est soumise au respect d'exigences sociales fortes comme l'interdit de la bigamie et la prohibition de l'inceste.

Seule la somme de ces éléments permet l'identification du couple conjugal. Le couple est donc une relation de fait ou de droit entre deux personnes physiques majeures mues par une intention conjugale réelle et réciproque ne présentant ni lien de parenté ni lien d'alliance ou de pseudo-alliance et s'engageant par leur volonté ou par l'effet de la loi à une vie commune. Au vu de cette définition, le couple apparaît comme une imitation du mariage, du Pacs et du concubinage.

Cela n'est pas étonnant puisque le couple a vocation à désigner par un même terme l'ensemble des modes de conjugalité juridiquement reconnus.

Le couple d'aujourd'hui correspond aux mœurs actuelles. Il n'est pas pour autant figé. Le caractère factuel de la notion de couple le rend adaptable, si bien qu'il pourrait se détacher encore davantage du statut de référence qu'est le mariage. Dès lors que la relation conjugale ne heurte pas l'ordre public, elle pourrait être reconnue comme constitutive d'un couple alors même qu'elle s'écarte des modèles déjà existants. Le couple est donc soumis à une double contrainte, celle de l'ordre public et celle de la morale personnelle de celui qui l'étudie.

L'identification du couple conjugal est un préalable indispensable à la reconnaissance d'effets communs aux modes de conjugalité. Jusqu'à présent, des interventions législatives et jurisprudentielles isolées et désordonnées ont donné naissance à quelques règles éparses applicables à tous les modes de conjugalité. Le domaine de la lutte contre les violences conjugales fait cependant figure d'exception puisque le législateur par une loi unique affiche sa volonté d'éradiquer les comportements violents afin de garantir une vie de couple paisible.

L'autre domaine dans lequel les dispositions communes fleurissent est celui de la solidarité conjugale. Elle repose sur la conviction que chacun doit pouvoir vivre dans des conditions matérielles et financières décentes, sur l'idée que le couple doit s'organiser autour d'une solidarité minimale qui participe à la création d'un patrimoine de dignité. Plébiscitée postérieurement au décès, cette entraide pose davantage des difficultés après la séparation, car elle remet en question le pluralisme conjugal ainsi que le lien entre l'affection et la solidarité.

Le droit commun du couple est justifié par une idéologie humaniste et égalitariste. Puisque certaines situations sont inacceptables, l'élaboration de règles imposant certains devoirs et par corrélation octroyant certains droits aux concubins et aux partenaires apparaît indispensable. L'argument utilitariste utilisé par une partie de la doctrine pour légitimer la création d'un droit commun du couple n'est en réalité que l'habillage d'une idéologie humaniste. Tout autant que l'approche volontariste qui tend à rejeter le droit commun du couple afin de préserver le pluralisme conjugal, la conception humaniste du couple n'est pas en soi condamnable, à condition que le droit commun du couple ne remette pas en question le pluralisme conjugal. En effet, si le droit commun du couple est envisageable, voire souhaitable, dans certains cas, son extension constitue en revanche un réel danger. Alors qu'à ce jour, les revendications font naître l'idée d'une solidarité

minimale commune à tous les couples, on peut craindre, dans un futur plus ou moins proche, une dérive qui conduirait à consacrer une solidarité conjugale intermédiaire, voire maximale. Si d'aventures cela devait se produire, les relations de fait concurrenceraient les modèles statutaires, ce qui poserait la question de l'intérêt du mariage ou du PACS. Les mêmes droits seraient accordés aux concubins sans qu'ils soient pour autant soumis à des devoirs identiques. Par corrélation, l'existence même du pluralisme conjugal se trouverait remise en question. C'est pourquoi la solidarité conjugale doit être limitée aux situations dans lesquelles la situation de besoin du demandeur est avérée.

La création d'un droit commun du couple organisé autour d'une solidarité minimale repose avant tout sur un idéal de solidarité et de justice. Mais il présente aussi un intérêt économique pour la société. En effet, alors que jusqu'à présent l'obligation de solidarité incombait principalement sur la famille, au sens juridique du terme, et sur l'État social, le droit commun du couple vient offrir à celui qui est dans le besoin une nouvelle source de solidarité en la personne de son compagnon ou de son *ex*-compagnon. La naissance de cette solidarité conjugale conduit à soulager, pour un temps, la collectivité puisqu'elle n'a plus à supporter l'intégralité de la charge que représente une personne sans ressources. En d'autres termes, la solidarité conjugale constitue, selon les situations, un substitut ou un complément aux mécanismes de solidarité existants.

Enfin, d'une manière générale, la démarche qui consiste à créer un droit commun du couple illustre la volonté de responsabiliser les membres du couple sur leur engagement conjugal. Néanmoins, cette responsabilisation semble s'opposer à la nature même du Pacs et plus encore du concubinage. En effet, en ne se mariant pas, ces couples s'engagent à une solidarité légale pour les partenaires, et morale pour les concubins, pour le temps de leur relation. Au-delà, ils ne souhaitent plus être engagés. De sorte que cette responsabilisation est contraire à ce choix de conjugalité alternative au mariage.

La réflexion à propos de l'opportunité d'un droit commun mérite d'être menée, mais elle met aux prises des intérêts divergents *a priori* inconciliables. C'est pourquoi la création d'un droit commun du couple véhiculant l'idée d'une solidarité minimale, notamment après le décès, est souhaitable, mais elle doit faire l'objet d'une lente maturation et d'une concertation, car le droit ne doit pas servir de prétexte pour ériger ses convictions personnelles en règle de droit. Cette question

proche des idéaux de chacun agite la société. Il est cependant nécessaire de veiller à ne pas succomber trop facilement aux sirènes de la solidarité conjugale.

Bibliographie

Ouvrages généraux

BART (J.)

Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2009

BATTEUR (A.)

Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés, LGDJ, coll. Manuels, 9^e éd., 2017

Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille, LGDJ, coll. Les grandes décisions, 2^e éd., 2016

BÉNABENT (A.)

Droit civil. La famille, LGDJ, coll. Domat Droit privé, 3^e éd., 2014

Droit des obligations, LGDJ, coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2014

Droit des obligations, LGDJ, coll. Domat droit privé, 15^e éd., 2016

BERGEL (J.-L.)

Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012

BONNET (V.)

Droit de la famille, Larcier, coll. Paradigme, Manuels, 6^e éd., 2016

CABRILLAC (R.)

Droit des régimes matrimoniaux, LGDJ, coll. Précis Domat, 10^e éd., 2017

CAPITANT (H.), LEQUETTE (Y.), TERRÉ (Fr.)

Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, *Introduction. Personnes. Familles. Biens. Régimes matrimoniaux. Successions*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^e éd., 2015

CARBASSE (J.-M.)

Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2014

CARBONNIER (J.)

Droit civil, t. 1, *Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2^e éd., 2017

Droit civil. La famille, l'enfant, le couple, PUF, coll. Thémis, 20^e éd., 1999

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)

La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, Dalloz, 2016

COLLART DUTILLEUIL (Fr.), DELEBECQUE, (Ph.)

Contrats civils et commerciaux, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 10^e éd., 2015

CORNU (G.)

Droit civil. La famille, Montchrestien, coll. Domat Droit privé, 9^e éd., 2006

Les régimes matrimoniaux, PUF, coll. Thémis Droit privé, 7^e éd., 1995

Linguistique juridique, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2005

Vocabulaire juridique, PUF, Quadrige, 11^e éd., 2016

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.)

Droit de la famille, Dalloz, coll. Sirey Université, 7^e éd., 2017

DAURIAC (I.)

Droit des régimes matrimoniaux et du PACS, LGDJ, coll. Manuels, 2017

DOUET (Fr.)

Précis de droit fiscal de la famille, préf. J. HAUSER, Lexisnexis, 16^e éd., 2017

ÉGÉA (V.)

Droit de la famille, Lexisnexis, coll. Manuel, 2016

FABRE-MAGNAN (M.)

Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, PUF, coll. Thémis droit, 4^e éd., 2016

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.)

Droit civil. Les obligations, vol. 1, *L'acte juridique*, 16^e éd., 2014

FLOUR (J.), CHAMPENOIS (G.)

Les régimes matrimoniaux, Armand Colin, 2^e éd., 2001

GÉNY (Fr.)

Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, t. 3, Sirey, 1914-1924

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.)

Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 4^e éd., 1994

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.)

La formation du contrat, t. 1, *Le contrat - le consentement*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.)

La formation du contrat, t. 2, *L'objet et la cause - Les nullités*, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^e éd., 2013

GRIMALDI (M.)

Droit civil, Libéralités, partages d'ascendants, Litec, 2000

Droit civil. Les successions, Litec, 6^e éd., 2001, n° 242

HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)

Traité de droit civil. La famille. Dissolution de la famille, LGDJ, 1991,

Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, LGDJ, 2^e éd., 1993

JUBAULT (Chr.)

Droit civil. Les successions. Les libéralités, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2010

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.)

Traité de droit civil de Colin et Capitant, t. 1, Dalloz, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, 1957

LABRUSSE-RIOU (C.)

Droit de la famille, t. 1, *Les personnes*, Masson, 1984

LARROUMET (Chr.)

Droit civil. Introduction à l'étude du droit privé, Economica, t. 1, 6^e éd., 2013

LEMOULAND (J.-J.)

Droit de la famille, Ellipses, coll. Cours magistral, 2014

LÉVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.)

Histoire du droit civil, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010

MALAUURIE (Ph.)

Les personnes, les incapacités, Defrénois, coll. Droit civil, 3^e éd., 2007

Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs, 9^e éd., 2017

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.)

Droit des régimes matrimoniaux, LGDJ, coll. Droit civil, 6^e éd., 2017

MALAUURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Droit des obligations, LGDJ, coll. Droit civil, 9^e éd., 2017

MALAUURIE (Ph.), BRENNER (Cl.)

Les successions. Les libéralités, LGDJ, coll. Droit civil, 7^e éd., 2016

MALAUURIE (Ph.), FULCHIRON (H.)

Droit de la famille, LGDJ, coll. Droit civil, 5^e éd., 2016

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.)

Droit des obligations, Litec, coll. Manuel, 14^e éd., 2017

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.)

Leçons de droit civil, t. 1, vol. 3, *Les personnes*, Montchrestien, 6^e éd., par M. DE JUGLART, 1976

Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, *Les obligations*, 8^e éd., par F. CHABAS, 1991

MERLE (R.), VITU (A.)

Traité de droit criminel, t. 2, *Droit pénal spécial*, Cujas, par A. VITU, 1982

OURLIAC (P.), DE MALAFOSSE (J.)

Histoire du droit privé, t. III, *Le droit familial*, PUF, coll. Thémis, 1968

PETOT (P.)

Histoire du droit privé français. La famille, Loysel, par Cl. BONTEMS et J. GAUDEMET, 1992

PLANIOI (M.), RIPERT (G.)

Traité pratique de droit civil français, t. 2, LGDJ, 2^e éd., par A. ROUAST, 1952

PLANIOI (M.), RIPERT (G.), ROUAST (A.)

Traité pratique de droit civil français, t. 2, *La famille, mariage, divorce, filiation*, LGDJ, 1926

PORTALIS

Présentation du projet de loi sur le mariage au Corps législatif, le 16 ventôse an XI, t. 1, FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, 1827

POTHIER

Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français, t. 5, Bechet Ainé, par M. DUPIN, 1825

Traité des obligations, 1761

PRADEL (J.), DANTI-JUAN (M.)

Droit pénal spécial, droit commun - droit des affaires, Cujas, coll. Référence, 5^e éd., 2010

Droit pénal spécial. Droit commun - droit des affaires, Cujas, coll. Référence, 6^e éd., 2014

RIPERT (G.), BOULANGER (J.)

Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, t. 1, LGDJ, 1956

ROLAND (H.), BOYER (L.)

Adages du droit français, Litec, 4^e éd., 1999

TERRÉ (Fr.)

Introduction générale au droit, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015

TERRÉ (Fr.), FENOUILLET (D.)

Droit civil. La famille, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2011

TERRÉ (Fr.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.)

Droit civil. Les successions. Les libéralités, Dalloz, coll. Précis, 4^e éd., 2013

TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.)

Droit civil. Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013

Droit civil. Les obligations, Dalloz, coll. Précis, 12^e éd., 2017

TERRÉ (Fr.), SIMLER (Ph.),

Droit civil. Les régimes matrimoniaux, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2015

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.),

Les conditions de la responsabilité, LGDJ, 4^e éd., 2013

ZÉNATI-CASTAING (Fr.), REVET (Th.)

Cours de droit civil. Successions, PUF, coll. Droit fondamental, 2012

Monographies

AUBERT (J.-L.), BIHR (Ph.)

La location d'habitation. L. 6 juillet 1989 mod. L. 21 juillet 1994, Sirey, coll. Immobilier, droit et gestion, 2^e éd., 1994

AVRAMO (A.)

Les conditions de vie du couple. Essai sur les obligations conjugales, thèse Université du Sud Toulon-Var, 2004

BABY (W.)

Les effets patrimoniaux du Pacte civil de solidarité. L'invention d'une nouvelle conjugalité, préf. M. NICOD, post. B. BEIGNIER, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 51, 2013

BALAT (N.)

Essai sur le droit commun, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 571, 2016

BEIGNIER (B.)

L'honneur et le droit, préf. J. FOYER, LGDJ, Anthologie du Droit, 2014

BEN HADJ YAHIA (S.)

La fidélité et le droit, préf. B. BEIGNIER, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 551, 2013

BÉTHERY DE LA BROSSE (A.)

Entre amour et droit : le lien conjugal dans la pensée juridique moderne (XVI^e – XXI^e siècle), préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, LGDJ, coll. Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain, t. 25, 2011

BERDEAUX-GACOGNE (Fl.)

L'affectio copulae, thèse Paris Ouest Nanterre La Défense, 2007

BLARY-CLÉMENT (É.)

De la faute dans le nouveau droit du divorce issu de la loi du 11 juillet 1975 portant sur la réforme du divorce, thèse Lille II, 1989

BONNECASE (J.)

La Philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille. Ses destinées dans le droit civil contemporain, É. de Boccard, 2^e éd., 1928

BONNET (V.)

Le mariage à l'épreuve de la volonté des époux, thèse Lyon III, 1995

BORRICAND (J.)

Les effets du mariage après sa dissolution. Essai sur la pérennité du lien conjugal, préf. P. KAYSER, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, XVIII, 1960

BOURDELOIS (B.)

Mariage polygamique et droit positif français, préf. P. BOUREL, GLN Joly, 1993

BOURGEOIS (L.)

Solidarité, Presses universitaires du Septentrion, Sociologie éd., 1998

BRANLARD (J.-P.)

Le sexe et l'état des personnes. Aspects historique, sociologique et juridique, préf. F. TERRÉ, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 222, 1993

BRIAND (Ph.)

Éléments d'une théorie de la cotitularité des obligations, thèse Université de Nantes, 1999

BRUN (A.-S.)

Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple, thèse Université Pierre Mendès France, Grenoble II, 2003

CANTIN (H.)

Famille, mariage, concubinages : du sens de la distinction, thèse Nantes, 2007

CARBONNIER (J.)

Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd., 1995

Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^e éd., 2001

CARBONNIER (J.), CATALA (P.), DE SAINT-AFFRIQUE (J.), MORIN (G.)

Des libéralités : une offre de loi, Defrénois, 2003

CHAABAN (R.)

La caducité des actes juridiques. Étude de droit civil, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 445, 2006

CORNU (G.)

Cours de droit civil. L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil, Les cours de droit, 1970-1971

Regards sur le titre III du livre III du Code civil. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. Essai de lecture d'un titre du Code, Les Cours de droit, 1977

DE BENALCAZAR (S.)

Pacs, mariage et filiation. Étude de la politique familiale, préf. B. BEIGNIER, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, 2007

DE BOYSSON (B.)

Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 534, 2012

DEKEUWER-DEFOSSEZ (Fr.)

Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, La documentation française, coll. Les rapports officiels, 1999

DELFOSE-CICILE (M.-L.)

Le lien parental, préf. Fr. TERRÉ, Éditions Panthéon-Assas, 2003

DEVERS (A.)

Le concubinage en droit international privé, préf. H. FULCHIRON, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 416, 2004

DUDIT (C.)

La contractualisation du droit de la famille, thèse Nantes, 2009

DUPEYROUX (J.-J.)

Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, préf. J. MAURY, LGDJ, 1955

DUPICHOT (J.)

Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, LGDJ, 1969

ESMEIN (A.)

Le mariage en droit canonique, t. 2, Burt Franklin, 1968

FAIVRE (R.)

L'émergence du droit familial alimentaire du couple. Étude critique, thèse Université Jean Moulin Lyon 3, 2009

FOX (R.)

Kinship and marriage. An Anthropological Perspective, Cambridge University Press, 1967

GARAUD (M.)

Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804). La Révolution française et la famille, préf. J. CARBONNIER, mäj par R. SZRAMKIEWICZ, PUF, 1978

GARRIGUE (J.)

Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial, préf. L. LEVENEUR, Éditions Panthéon-Assas, 2012

GAUDEMET (J.)

Le mariage en Occident, Éditions du Cerf, 1987

GAUTIER (P.-Y.)

L'union libre en droit international privé, thèse Paris I, 1986

GENTILHOMME (R.), HERAIL (M.)

Fiscalité des mutations à titre gratuit et des partages, préf. M. GRIMALDI, Defrénois, coll. Expertise notariale, 2013, 2^e éd.,

GILI (E.)

Le ministère public et le couple conjugal, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2^e éd., 2012

GILLES (A.-M.)

Le couple en droit social, préf. J.-P. LABORDE, Économica, coll. Droit civil, Études et recherches, 1997

GIVERDON (Cl.)

Nouveaux rapports de location, Litec, 1984

GLANDIER-LESCURE (N.)

L'inceste en Droit français contemporain, préf. Cl. NEIRINCK, PUAM, 2006

GOBERT (M.)

Essai sur le rôle de l'obligation naturelle, préf. J. FLOUR, Sirey, Institut des hautes études de Tunis, coll. Bibliothèque juridique et économique, t. VI, 1957

GOLDIE-GENICON (Ch.)

Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009

GRIFFON (L.)

Droits de famille et communauté de vie, préf. R. LE GUIDEDEC, La Mouette, 2002

GUINCHARD (S.)

L'affectation des biens en droit privé français, préf. R. NERSON, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, 1976

L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Documentation française, 2008

GUTMANN (D.)

Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille. préf. Fr. TERRÉ, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, 2000

HALE (M.)

History of the Pleas of the Crown, Sollom Emlyn, 1736

HÉRITIER (Fr.)

Les Deux Sœurs et leur mère, Odile Jacob, 1994

HILT (P.)

Le couple et la convention européenne des droits de l'Homme, préf. F. GRANET-LAMBRECHTS, PUAM, 2004

HYDE (A.-A.)

Les atteintes aux libertés individuelles par contrat. Contribution à la théorie de l'obligation, préf. M. FABRE-MAGNAN, IRJS Editions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 60, 2015

IZORCHE (M.-L.)

L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain, préf. J. MESTRE, PUAM, 1995

JARROSSON (Ch.)

La notion d'arbitrage, préf. B. OPPETIT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CXCVIII, 1987

LABBÉE (X.)

Le droit commun du couple, Septentrion, 2012

Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?, préf. J. HAUSER, Presse universitaire de Lille, 1996

LAMARCHE (M.)

Les degrés du mariage, préf. J. HAUSER, PUAM, 1999

LASZLO-FENOUILLET (D.)

La conscience, préf. G. CORNU, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 235, 1993

LE TERTRE (Cl.)

La religion et le droit civil du mariage, préf. R. LE GUIDE, Defrénois, Doctorat & Notariat, coll. Thèses, t. 7, 2004

LEMOULAND (J.-J.)

L'intégrité du consentement au mariage, thèse Bordeaux I, 1984

LEVENEUR (L.)

Situations de fait et droit privé, préf. M. GOBERT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 212, 1990

LÉVI-STRAUSS (Cl.)

Les structures élémentaires de la parenté, Mouton de Gruyter, 2^e éd., 2002

LOMBOIS (J.-Cl.)

De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. XLVIII, 1963

MAISONNASSE (Fl.)

L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective. préf. P. MURAT, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, t. 67, 2016

MASSIP (J.)

Le nouveau droit du divorce, Defrénois, 2005

MÉCARY (C.)

Droit et homosexualité, Dalloz, coll. États de droits, 2000

Le Pacs, Dalloz, coll. Delmas Express, 3^e éd., 2009

MEULDERS-KLEIN (M.-Th.)

La personne, la famille et le Droit. Trois décennies de mutation en Occident, Bruylant, LGDJ, 1999

MOLIÈRES (A.)

Dissolution des couples et compensation patrimoniale, Thèse Lyon 3, 2012

MOULIGNER (N.)

Le bail des époux, Thèse Université de Limoges, 2003

NIBOYET (Fr.)

L'ordre public matrimonial, préf. J. REVEL, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 494, 2008

OUCHY (M.)

La notion de quasi-contrat en droit positif français, préf. A. SÉRIAUX, Économica, coll. Droit Civil, 1997

OUEDRAOGO (R.)

La notion de devoir en droit de la famille, préf. E. RUDE-ANTOINE, Bruylant, 2014

PELLETIER (C.)

La caducité des actes juridiques en droit privé français, préf. Ph. JESTAZ, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004

PIZARRO (L.)

Le traitement juridique de la rupture du couple. Réflexion sur l'émergence d'un droit commun de la rupture du couple, préf. I. BARRIÈRE-BROUSSE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 59, 2017

PHILIPPE (C.)

Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale, préf. G. WIEDERKEHR, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. CLXX, 1981

PONS (S.)

La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007

PORTALIS

Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Joubert, 1844

PROUDHON, P.-J.

Qu'est-ce que la propriété ? Recherches sur le principe du droit et du gouvernement, Garnier-Flammarion, par R. DAMIEN et É. CASTLETON, 1966

RAYMOND (G.)

Le consentement des époux au mariage. Étude de droit positif français, préf. G. CORNU, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. LXII, 1965

Ombres et lumières sur la famille, Bayard Éditions/Centurion, coll. Question en débat, 1999

RENAUT (M.-H.)

Histoire du droit de la famille, Ellipses, coll. Mise au point, 2^e éd., 2012

RIPERT (G.)

La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4^e éd., 1949

ROULAND (N.)

Anthropologie juridique, PUF, coll. Droit fondamental, 1988

RUFFIEUX (G.)

Les sanctions des obligations familiales, préf. P. MURAT, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 138, 2014

SAVATIER (R.)

Le droit, l'amour et la liberté, LGDJ, 2^e éd., 1963

SAULIER (M.)

Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif, préf. A.-M. LEROYER, IRJS Éditions, Bibliothèque de l'IRJS - André Tunc, t. 79, 2017

SEGALEN (M.), MARTIAL (A.)

Sociologie de la famille, Armand Colin, coll. U sociologie, 8^e éd., 2013

TIMBAL (P.-Cl.)

Droit romain et ancien droit français. Régimes matrimoniaux, successions, libéralités, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 1975,

THÉRY (I.)

Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Odile Jacob, 1998

THURILLET-BERSOLLE (A.)

Droits européens et droit de la famille. Contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement, thèse Université de Bourgogne, 2011

TIREL (M.)

L'effet de plein droit, thèse Université de Nantes, 2016

VACRATE (S.)

La société créée de fait. Essai d'une théorisation, préf. H. LÉCUYER, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 405, 2003

VASSAUX (J.)

Liberté individuelle et devoirs personnels des époux, thèse Université de Lille II, 1989

VERGARA (O.)

L'organisation patrimoniale en couple, préf. B. VAREILLE, Defrénois, Doctorat & notariat, coll. Thèses, t. 58, 2017

VIAL (G.)

La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, préf. P. MURAT, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2008

VICH-Y-LLADO (D.)

La désunion libre, préf. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 1, 2001

La désunion libre, préf. Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, t. 2, 2001

ZALEWSKI-SICARD (V.)

Baux d'habitation. Congés et droits de préemption, Ellipses, coll. Droit notarial, 2016

ZALEWSKI (V.)

Familles, devoirs et gratuité, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2004

Articles

ALFANDARI (É.)

« Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 1

ALT (Fr.)

« Choisir la vie maritale ou la vie conjugale », *JCP G* 1983, I, 3119

ALT-MAES (Fr.)

« Le pacs à l'épreuve du droit pénal », *JCP G* 2000, I, 275

AMBROISE-RENDU (A.-Cl.)

« L'inceste doit-il être interdit par le droit ? Deux siècles d'incertitude (1810-2010) », *Esprit* 2012, n° 5, p. 17

ANCEL (Br.)

« Les violences conjugales saisies par le droit européen : évolution ou révolution ? », *RTD eur.* 2013, p. 701

ANCEL (P.)

« Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *RCA* 2012, dossier n° 8

ATIAS (Chr.)

« La loi tendant à favoriser l'investissement locatif ; réforme, refonte ou reformulation », *Loyers et copr.* 1987, comm. n° 13

« Le mythe du pluralisme civil en législation », *RRJ* 1982, p. 244

ATKIN (B.),

« The challenge of unmarried cohabitation—the New Zealand response », *Family Law Quarterly* 2003, vol. 37, n° 2, p. 303

AUBRY (M.-Chr.)

« Retour sur la caducité en matière contractuelle », *RTD civ.* 2012, p. 625

AYNÈS (L.)

« La cession de contrat », *Dr. et patr.* 2016, n° 160, p. 63

AZAVANT (M.)

« Famille », *Rép. eur. Dalloz*

« Regard civiliste sur la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple », *Dr. fam.* 2006, étude n° 40

BABY (W.), BEIGNIER (B.)

« Le Pacs authentique, ou l'aventure à deux sans l'aventure en droit », *JCP N* 2012, p. 1207

BAFFOY (G.)

« L'acquisition en tontine », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Prieur*, Lexisnexis, 2014, p. 391

BAILLON-WIRTZ, N.

« Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2006, étude n° 44

BALESTRIERO (V.)

« Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA* 8 novembre 1995, p. 17

BARBEROT (Chr.)

« L'attribution préférentielle dans les indivisions de nature familiale », *D.* 2002, p. 1592

BARDOUT (J-Cl.)

« Les conséquences de la réforme de la prescription en matière familiale », *AJ fam.* 2008, p. 291

BARRÈRE (J.)

« Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 15

BARRIÈRE BROUSSE (I.)

« La vie de couple du majeur protégé », *RLDC* 2011, n° 83, p. 74

« Mariage. Conditions de fond », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 546-10

BATTEUR (A.)

« L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 14

« L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759

« La recherche désespérée d'une préservation de la famille au détriment des créanciers : réflexions civilistes et pénalistes sur les fraudes. 1^{re} partie : le risque civil des contrats et montages juridiques tendant à favoriser la famille au détriment de la vie professionnelle », *LPA* 3 juin 2014, p. 12

BATTEUR (A.), LE BARS (Th.)

« Le droit au maintien du logement », *JCP N* 1995, p. 391

BAZIN (É.)

« La fidélité dans les couples », *Gaz. Pal.* 23 février 2012, p. 9

BERNARD DE LA GATINAIS (L.)

« Mariage incestueux : avis de rejet de l'avocat général », *Dr. fam.* 2017, comm. n° 25

BEAUCHARD (J.)

« Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (commentaire de l'article 285-1 du Code civil) », *JCP N* 1982, doct., p. 63

BÉGUIN (J.)

« Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2010, Libres propos n° 2

BEIGNIER (B.)

« L'enfant adultérin et le conjoint trompé : le nœud gordien du droit patrimonial de la famille », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 27

« La loi du 3 décembre 2001 : Achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 5

« La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. fam.* 2002, chron. n° 8

« Le droit des personnes à l'épreuve du Pacs », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, p. 65

« Le notaire évincé... », *Dr. fam.* 2001, comm. n° 13

« Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale : une copie à revoir », *Dr. fam.* 1997, chron. n° 5

« Pacs : l'heure du droit. Proposition pour un statut unitaire du concubinage », *Dr. fam.* 1999, Hors-série décembre, p. 18

« Pacs et indivision : visite aux Enfers », *Defrénois* 2000, p. 617

BELLIVIER (Fl.)

« Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité (JO 27 nov. 2003, p. 20136) », *RTD civ.* 2004, p. 148

BELLIVIER (Fl.), ROCHFELD (J.)

« Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin. (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », *RTD civ.* 2002, p. 156

BEN HADJ YAHIA (S.)

« Concubinage », *Rép. civ. Dalloz*

BÉNABENT (A.)

« L'énigme de l'arrêt "Galopin" : parle-t-on fidélité ou vénalité », *RDC* 2005, p. 1281

« La liberté individuelle et le mariage », *RTD civ.* 1973, p. 440

« Nouvelle prestation compensatoire en nature : compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme ? », *D.* 2001, p. 1036

BERGEL (J.-L.)

« Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255

BICHERON (Fr.)

« La protection de la famille par le droit pénal », in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 539

« Vieillesse de la population : quelle protection pour le concubin et le partenaire d'un Pacs ? », in L. TIXIER (dir.), *Le vieillissement de la population : enjeux patrimoniaux*, *JCP N*, 2013, p. 1041

BIHR, (Ph.)

« Le logement de la famille en secteur locatif », *Dr. et patr.* 1998, n° 57, p. 62

BINET (J.-R.)

« De la fausse cause », *RTD civ.* 2004, p. 655

« Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage », *D.* 2006, p. 1923

BLANCHARD, (Chr.)

« Solidarités familiales imposées ou volontaires ? », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 18.

BLANCHY (S.), MOATTY (Y.)

« Le droit local à Mayotte : une imposture ? », *Droit et société* 2012, n° 1 (80)

BLOUGH (R.)

« Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude n° 19

BONFILS (Ph.), GALLARDO (E.)

« La bigamie », *Rép. pén. Dalloz*

BONNET (V.)

« Indisponibilité ou insaisissabilité du logement de la famille », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 175

« Réflexions sur la présomption de paternité au XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage », *D.* 2013, p. 107

BOSSE-PLATIÈRE (H.)

« Indivision et communauté dans le régime des biens du Pacs aujourd'hui », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 37

« Le Pacs a-t-il trouvé son officier public ? », *JCP G* 2011, doctr., p. 839

BOUCHÉ (X.), PLAZY (J.-M.)

« Le recours au contrat : protéger le coacquéreur survivant », *JCP N* 2015, n° 22, p. 1170

BOULANGER (Fr.)

« Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993, I, 3665

BOURGEONNIER, (Chr.)

« L'indemnisation des victimes des activités médicales publiques : de la responsabilité à la solidarité », *RDSS* 2015, p. 60

BOURRAT-GUEGUEN (A.)

« Les incidences du pacs en droit pénal », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 213

BOUTARD-LABARDE (M.-C.)

« Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Écrits en l'hommage de Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 25

BOUYSSOU (F.)

« Le logement et l'État. Rapport français », in *Le droit au logement (Journées Mexicaines), Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXIII, Economica, 1984, p. 101

BOYER (L.)

« Concubinages et concubinats du Code d'Hammurabi à la fin du XIX^e siècle », in *Les concubinages : approche socio-juridique*, Centre de droit de la famille Lyon, 1986, p. 127

BOZON (M.)

« La nouvelle place de la sexualité dans la constitution du couple », *Sciences sociales et santé* 1991, n° 4, p. 69

BRÉMOND (V.)

« La notion de collaboration conjugale au sens des articles 262-1 et 1442 du code civil », *D.* 2013, p. 2408

« Réflexions autour du transfert à cause de mort du contrat de bail d'habitation », *JCP N* 2002, p. 1234

BRENNER (Cl.)

« Authenticité, droit de la famille : libres propos sur la déréglementation », *JCP N* 2014, n° 41, p. 1297

« Brèves observations sur la révocation des donations entre époux après la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *Defrénois* 2005, p. 93

« Partage (4° modes d'attribution spécifiques) », *Rép. civ. Dalloz*

BRETON (A.)

« L'enfant incestueux », in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Pedone, 1975, p. 309

BRIDGE (Chr.)

« L'engagement des concubins sur les conséquences de leur rupture à l'épreuve du droit des obligations (à propos des arrêts du 23 mai et 20 juin 2006) » *RLDC* 2007, n° 41, p. 59

BRIGANT (J.-M.)

« Vers un bail conjugal d'habitation ? », *Dr. fam.* 2011, étude n° 3

BRUGUIÈRE (J.-M.)

« Le devoir conjugal », *D.* 2000, p. 10

BRUNET (A.)

« Les incidences de la réforme du divorce sur la séparation de fait entre époux », *D.* 1977, chron., p. 191

BRUNETTI-PONS (Cl.)

« Couple, concubinage et PACS. De l'émergence d'une hiérarchie des couples ? », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2002, p. 37

« L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27

« Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 1^{re} partie », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 15

« Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille : 2^{de} partie », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 17

« Un divorce " sans juge " pour un droit " déréglé " », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 28

BUCHET (D.)

« Concubinage, vie maritale et vie commune », *Dr. soc.* 1997, p. 288

BUFFELAN-LANORE (Y.)

« Le mariage du droit canonique au droit contemporain », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 113

BURGARD (M.)

« L'obligation essentielle en droit commun et l'obligation fondamentale en droit de la famille ; à la recherche d'un régime juridique unique », *LPA* 9 juin 2010, p. 6

BURGE (A.)

« Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1

CADIET (L.)

« Les métamorphoses de la juridiction familiale », in *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*, Economica, 1995, p. 33

« Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495

CALAIS-AULOY (M.-Th.)

« Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255

CALLU (M.-Fr.)

« Les rapports personnels entre époux », in R. NERSON (dir.), *Mariage et famille en question : l'évolution contemporaine du droit français*, t. 2, CNRS, 1979, p. 5

CAPITANT (H.)

« De la simplification des conditions et formalités exigées par le Code Napoléon pour le mariage », *Rev. crit. légis. et jurisp.* 1930, p. 31

CARBONNIER (J.)

« Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du code civil », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Presses Universitaires de Toulouse, 1978, p. 255

« Pas de droits si l'on refuse le droit », in P.-P. KALTENBACH (dir.), *La Famille contre les pouvoirs. De Louis XIV à Mitterrand*, Nouvelle Cité, 1985

« Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 325

CARBONNIER (M.)

« Jean Carbonnier. Biographie », in R. VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier. L'homme et l'œuvre*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 687

CASEY (J.)

« L'insaisissabilité du logement dans la loi du 1^{er} août 2003 : aspects de droit des régimes matrimoniaux », *RJPF* 2003, n° 12, p. 6

« Quel droit commun de la désunion ? », *Gaz. Pal.* 9 juin 2009, p. 13

CASEY (J.), MULON (É.)

« Loi du 9 juillet 2010 et décret du 29 septembre 2010 sur les violences conjugales : aspects de droit civil et de droit pénal », *Gaz. Pal.* 11 novembre 2010, p. 6

CASTAGNÉ (S.)

« Mariage, PACS, concubinage. Analyse comparative », *JCP N* 2008, p. 1325

CATALA (P.)

« 84^e Congrès des Notaires de France La Baule 30 mai -1er juin. Rapport de synthèse », *JCP N* 1988, p. 651

« Critique de la raison médiatique », *Dr. fam.* 1999, Hors-série décembre, p. 63

CERF-HOLLENDER (A.)

« Le couple face au droit et à la procédure pénale ; contribution à la mise en lumière d'un droit pénal du couple », *CRDF* 2013, n° 11, p.45

CERMOLACCE (A.)

« Les contrats du mineur », *Dr. fam.* 2006, étude n° 27

CHABAS (Fr.)

« Le cœur de la Cour de cassation », *D.* 1973, chron., p. 211

CHAMPENOIS (G.)

« La notion de logement familial : logement familial et communauté de vie », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Thèmes & Commentaires, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2005, p. 161

« Les présomptions d'indivision dans le Pacs », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, p. 83

CHAPELLE (A.)

« Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411

CHARLIN (J.)

« Le contrat de concubinage », *JCP N* 1991, p. 459

CHARTIER (Y.)

« Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.* 1971, p. 510

CHAUVEL (P.)

« Violence », *Rép. Civ. Dalloz*

CHAUVET (D.)

« La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ fam.* 2016, p. 148

CHAVANNE (A.)

« Les circonstances aggravantes en droit français », *RIDP* 1965, p. 531

CHAZAL (J.-P.)

« La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel », *RTD civ.* 2014, p. 763

« Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279

CHÉNEDÉ (Fr.)

« Brèves remarques sur la fondamentalisation du droit de la famille », *RDA* 2015, n° 11, p. 41

« Nullité du mariage entre alliés », *D.* 2017, p. 953

« Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage (à propos de trois arrêts de la première chambre civile du 20 janvier 2010) », *D.* 2010, p. 718

« Réponse à M. Jean-Pierre Marguénaud », *RTD civ.* 2014, p. 829

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.)

« "Homme et femme il les créa". Retours sur l'égalité dans le droit de la famille », *D.* 2008, p. 1216

« Infidélité : pomme de discorde », *RJPF* 2015, n° 4, p. 7

« L'expropriation pour cause d'utilité privée », *JCP G* 2005, doct., p. 144

COLOMBET (C.)

« Commentaire de la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale », *D.* 1971, chron., p. 1

COMMAILLE (J.)

« Nouvelle légalité et modes d'analyse des comportements familiaux », in Th. HIBERT et L. ROUSSEL (dir.), *La nuptialité, évolution récente en France et dans les pays INED*, PUF, 1991, p. 39

CORNELOUP (S.)

« Dossier "Mariage, Pacs, concubinage : le guide" : Nationalité », *AJ fam.* 2015, p. 38

CORNU (G.)

« Centenaire », *D.* 1959, chron., p. 215

« Du sentiment en droit civil », *Annales de la Faculté de droit de Liège* 1955, p. 189

« Introduction », in *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 99

« L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Dalloz, 1961, p. 9

« Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77

CORPART (I.)

« Intensification de la lutte contre les violences conjugales. Commentaire de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Dr fam.* 2010, étude n° 28

« L'amélioration de la protection *post mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952

« L'inceste en droit français », *Gaz. Pal.* 3 mai 1995, p. 888

« La filiation sur ordonnance ou la fin des inégalités », *Gaz. Pal.*, 24 et 25 août 2005, p. 2

« Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003. I. 1523

« Les retombées en droit de la famille de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *RJPF* 2008, n° 9, p. 8

« Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? », *JCP N* 2004, p. 1328

COURTOIS (G.)

« Portalis et la prohibition de l'inceste », *Esprit* 2004, n° 48

COURTRAY (Fr.)

« Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *RDSS* 2000, p. 1

COUTANT-LAPALUS (Chr.)

« La résiliation du bail du logement familial : de la cotitularité à la solidarité », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 135

« Pacs et logement : dix ans après », *Dr. fam.* 2010, étude n° 9

COUTURIER (G.)

« Les finalités et les sanctions du formalisme », in *Journée Jacques Flour, Le formalisme, Defrénois* 2000, p. 880

CRÉMONT (G.)

« Le logement de la famille en période de crise », *JCP N* 1999, p. 271

CROZE (H.)

« Les partenaires doivent-ils comparaître en personne lors de l'enregistrement du PACS ? », *Procédures* 2000, comm. n° 96

CULIOLI (M.)

« La maladie d'un époux. Idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », *RTD civ.* 1968, p. 253

DAURIAC (I.)

« La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p. 2574

« La rupture des couples : questions patrimoniales », *Dr. et patr.* 2013, n° 221, p. 59

« Le conjoint survivant dans la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1203

« Les avantages matrimoniaux : pertinence d'une technique ? », in I. DAURIAC, Cl. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010, p. 25

« Réversion de pension et prévoyance », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 239

DAURIAC (I.), GAUDEMET (S.)

« La rupture ou le vrai visage du pacs », in *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 141

DE BENALCAZAR (S.)

« Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers. Sur la réforme du régime légal du Pacs », *Dr. fam.*, étude n° 2

DE ROTON-CATALA (M.-Cl.),

« Droits du conjoint dans la succession », in M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2014

DECOCQ (A.)

« De la polygamie en France », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 269

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.)

« À propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA* 28 avril 1999, n° 84, p. 29

« Couple et cohabitation », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 61

« Illusions et dangers du statut des sociétés créées de fait », *D.* 1982, chron., p. 83

« Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *RLDC* 2005, n° 21, p. 34

« Les aspects civils de la loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes », *RLDC* 2010, n° 75, p. 43

« Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 281

« PACS et famille », *RTD civ.* 2001, p. 529

« Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249

« Un divorce sans juge ? », *RLDC* 2016, n° 139, p. 33

DEL ARCO (S.), LEMOULAND (J.-J.)

« Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 », *Dr. fam.* 2005, étude 5

DELBREL (Y.)

« La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIX^e siècle », *RRJ* 2002, p. 1513

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.)

« Il était une fois l'indivision familiale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 59

« Pacte civil de solidarité, aspects sociaux », *JCP N* 2000, p. 461

« Rapport de synthèse. Couples, patrimoine : les défis de la vie à deux », *Defrénois* 2010, p. 1319

DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.), HAUSER (J.)

« Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, p. 739

« Vive les libéralités entre époux ! », *Defrénois* 2003, p. 3

« Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ? », *Defrénois* 2005, p. 357

DELORY (Chr.), FRULEUX (Fr.)

« Aspects fiscaux de la loi du 3 décembre 2001 : les nouveaux droits du conjoint survivant », *JCP N* 2002, p. 1576

DEPADT-SEBAG (V.)

« L'obligation de respect de l'article 212 du Code civil », *RJPF* 2014, n° 1, p. 9

DETRAZ (S.)

« L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.* 4 mars 2010, p. 10

DEVERS (A.)

« Extension du droit à réversion au partenaire survivant », *AJ fam.* 2012, p. 131

« Le droit à pension de réversion du conjoint homosexuel », *Dr. fam.* 2013, dossier n° 23

DIEZ-PICAZO (L.)

« De quelques paradoxes dans la protection juridique des "couples de fait" en droit espagnol », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 415

DIJON (X.)

« Itinéraire philosophique vers la source du droit commun », *RIDC* 2001, n° 1, p. 7

DJIGO (A.)

« L'abandon de domicile par le preneur : un départ définitif imposé au co-occupant », *Loyers et copr.* 2009, étude n° 12

DOUCHY-OUDOT (M.)

« Le divorce ne serait-il que question d'argent ? », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 81

« Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 81

« Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », *Procédures* 2010, étude n° 9

DOUET (Fr.)

« Attribution à l'un des époux de la jouissance du logement au titre des mesures provisoires », *AJ fam.* 2011, p. 537

DOUMENG (V.)

« L'accès du majeur juridiquement protégé à une vie de couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 59

DOURNAUX (Fr.)

« La réforme du vice du consentement », *Dr. et patr.* 2016, n° 258, p. 57

DREIFUSS-NETTER (F.)

« Les seuils d'âge en droit à l'épreuve des sciences de la vie », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Lexisnexis, Dalloz, 2006, p. 95

DROSS (W.)

« À quoi sert la quotité disponible spéciale entre époux ? (Pour une abrogation de l'article 1094 al. 1^{er}, du Code civil », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, Lexisnexis, 2014, p. 359

DUMORTIER (B.-H.)

« Le tontinier face à la saisie ou comment se révèle l'indivision ? », *JCP N* 1998, p. 1498

DUPEYROUX (J.-J)

« Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. II, Dalloz et Sirey, 1960, p. 321

DURKHEIM (E.)

« La famille conjugale, cours de 1892 », *Revue philosophique* 1921, p. 9

« La prohibition de l'inceste et ses origines », *Année sociologique* 1896-1897, vol. 1, p. 1

DUVERT (C.)

« Bigamie », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 433-20, fasc. 20

ÉGÉA (V.)

« L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 2004, p. 651

« Les solidarités familiales à la suite du divorce », *Dr. fam.* 2016, dossier n° 22

EISENMANN (Ch.)

« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. XI, 1966, p. 25

ENDRÉO (G.)

« Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263

ESMEIN (P.)

« L'union libre », *DH* 1935, p. 49

EUDIER (Fr.)

« Le recouvrement forcé des créances d'aliments », *LPA* 24 juin 2010, p. 41

EUDIER (Fr.), GOUTTENOIRE (A.)

« La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme " impressionniste " », *JCP G* 2016, doct. 479

EVERAERT-DUMONT (D.)

« Le paradoxe des obligations alimentaires ou comment concilier principe de solidarité et obligation personnelle », *RDSS* 2008, p. 538

FABRE-MAGNAN (M.)

« Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 639

FADLALLAH (I.), TEXIDOR (Ch.)

« Polygamie », *Rép. internat. Dalloz*

FARGE (M.)

« La confusion des méthodes de règlements d'un conflit de lois », in *Mélanges en l'honneur de Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 349

FAVIER (Y.)

« Les concubins et leurs droits sociaux », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 241

FEHRENBACH (K.)

« Devoir de secours des époux et pension alimentaire après décès », *LPA* 29 déc. 2000, p. 4

« Vocation alimentaire des époux et prestation compensatoire », *LPA* 2 févr. 2001, p. 5

FENOUILLET (D.)

« Couple hors mariage et contrat », in D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 81

« L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 29

« La loi, le juge, les mœurs : la Cour de cassation aurait-elle emménagé rive gauche ? », *RDC* 2005, p. 1284

« Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 237

« Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487

FERNOUX (P.)

« SCI et démembrement de propriété : l'épilogue heureux d'un long combat », *JCP N* 2007, p. 1216

FERRÉ-ANDRÉ (S.)

« Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863

FLOUR (J.)

« Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, p. 93

FLOUR (Y.)

« Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 3 oct. 2002, p. 27

« Libéralités et libertés », *Defrénois* 1995, p. 993

FONGARO (É.)

« Le choix de la loi applicable au régime matrimonial », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 31

FOSSIER (Th.)

« Le pacte civil de solidarité et les majeurs protégés », *JCP G* 2001, I, 293

FRANÇOIS (J.)

« Les opérations sur la dette », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, RDC, Hors-série, avril 2016, p. 45

FULCHIRON (H.)

« De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in *Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 407

« Flexibilité de la règle, souplesse du droit. À propos du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1376

« L'autorité parentale renouvelée », *Defrénois* 2002, p. 959

« La fidélité en option ? », *Dr. fam.* 2016, repère n° 3

« Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656

« Le divorce sans juge, c'est pour bientôt ! », *Dr. fam.* 2016, repère 8

« Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621

« Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 125

« Les solidarités dans les couples séparés : renouvellement ou déclin ? », *D.* 2009, p. 1703

« Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. XIII

« Règles de conflits de lois et lutte contre les mariages forcés. Qui mal embrasse trop étreint », *JCP G* 2015, doct. 171

« Un modèle familial européen ? », in H. FULCHIRON et Chr. BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2014, p. 171

« Une nouvelle réforme de l'autorité parentale », *D.* 1993, p. 117

« Vers un divorce sans juge ? (à propos des projets de divorce " notarial ") », *D.* 2008, p. 365

FULCHIRON (H.), DAUBRICOURT (R.)

« La prestation compensatoire, mythes et réalités », *D.* 2010, p. 2170

FULCHIRON (H.), MALAURIE (Ph.)

« Évolution du droit français de la famille », *Defrénois* 2009, p. 1347

GALLOUX (J.-Chr.)

« Réflexion sur les choses hors du commerce : l'exemple des éléments et produits du corps humain en droit français », *Les cahiers du Droit* 1989, p. 1011

GARCIA (K.)

« Le droit du travail et la famille », *Dr. soc.* 2009, p. 12

GARCIA RUBIO (M.-P.), LLAMAS POMBO (E.)

« ESPAGNE. Droit civil. Statut personnel. Mariage. Divorce et séparation. Régimes matrimoniaux. Filiation. Obligations alimentaires. », *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 20

GARÇON (J.-P.)

« Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *JCP N* 2002, p. 1402

GASSIN (R.)

« Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron., p. 91

GAUDEMET (J.)

« Mariage et procréation : aspects historiques », *Rev. dr. canon* 1995, p. 245

« Union libre et mariage dans la Rome impériale », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 375

GAUDEMET-TALLON (H.)

« La désunion du couple en droit international privé », in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Brill, 1991

GAUDU (Fr.)

« À propos du " contrat d'union civile " : critique d'un profane », *D.* 1998, p. 19

GISSEROT (Fl.)

« Le nouveau domicile conjugal de la femme mariée (Loi du 11 juillet 1975) », *RTD civ.* 1979, p. 724

GLANDIER-LESCURE (N.)

« L'accès à la vie de couple et les symboles », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 85

GOBERT (M.)

« L'enfant et les adultes (à propos de la loi du 4 juin 1970) », *JCP G* 1971, I, 2421

« Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille », *JCP G* 1967, I, 2122

« Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 514

GODECHOT-PATRIS (S.)

« Abandon de la méthode conflictuelle pour apprécier la réalité de l'intention matrimoniale », *RJPF* 2014, n° 11, p. 30

« Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif aux régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité », *D.* 2016, p. 2292

GOGOS-GINTRAND (A.)

« Du raisonnement par analogie à la théorie de l'apparence : les résistances à la solidarité ménagère entre concubins », *Dr. fam.* 2012, étude n° 10

GOSSE (Ph.)

« La clause de tontine dans les statuts d'une société civile immobilière », *LPA* 18 juin 2001, p. 4

GOUBEAUX (G.)

« Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 427

GOUTTENOIRE (A.)

« L'obligation alimentaire, aspects civils », in L.-H. CHOQUET et I. SAYN (dir.), *Obligation alimentaire et solidarités familiales*, LGDJ, Série droit, 2000, p. 27

« La capacité usuelle des mineurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 163

« Responsabilité civile et rupture unilatérale du contrat », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 257

GRANDSIRE (O.)

« L'érosion de la volonté matrimoniale », in *Études à la mémoire du Professeur Albert Rieg*, Bruylant, 2000, p. 389

GRANET-LAMBRECHTS (Fr.)

« La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 3

GRANET-LAMBRECHTS (Fr.), J. HAUSER (J.)

« Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17

GRANET-LAMBRECHTS (Fr.), HILT (P.)

« Mariage, pacs, concubinage : que choisir entre ces trois modes de conjugalité ? », *AJ fam.* 2004, p. 658

GRIDEL (J.-P.)

« Regards sur le juge aux affaires familiales », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 207

GRILLET-PONTON (D.)

« La fiscalité du PACS », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 271

« Quasi conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP G* 2002, I, 108

GRIMALDI (C.)

« Mystérieuse tontine », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 418

GRIMALDI (M.)

« Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002, p. 48

« Le logement de la famille », *Defrénois* 1983, p. 1025

« Le logement et la famille », *Defrénois* 1983, p. 1105

« Le logement et la famille. Rapport français », in *Le droit au logement (Journées Mexicaines)*, t. XXXIII, Economica, 1984, p. 421

« Le partage : état des lieux », *Deffrénois* 2012, p. 1123

« Les biens du couple », *Gaz. Pal.* 30 mars 2013, numéro spécial à propos des 9^e États généraux de la famille

« Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, p. 2551

« Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, p. 813

GRUA (Fr.)

« Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59

GUÉDÉ (X.), LETELLIER (FR.)

« Conventions modificatives de pacs et « changement » de régime pacsimonial », *Deffrénois* 2015, n° hors-série, p. 22

GUENZOU (Y.)

« La crainte révériencielle », *D.* 2010, p. 984

GUÉRY (Chr.)

« L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, p. 47

GUÉVEL (D.)

« La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 16 oct. 2004, p. 2

GUYON (Y.)

« De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964, p. 473

HAUSER (J.)

« Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à fin du XX^e siècle », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller* LGDJ, 1994, p. 235

« Divorce pour altération définitive du lien conjugal », *J.-Cl. Civ.*, art. 237 et 238, fasc. Unique

« L'inutilité de l'article 515-8 du Code civil : les problèmes du concubinage sont ailleurs que dans la définition », *RTD civ.* 2003, p. 682

« Le divorce nouveau et la responsabilité », *Dr. et patr.* 2005, 136, p. 69

« Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Éditions du Juris-Classeur, 1999, p. 441

« Le majeur protégé, acteur familial », *Dr. fam.* 2011, dossier n° 6

« Le Pacs à l'épreuve du droit des contrats », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité*, LGDJ, 2000, p. 51

« Les principes constitutionnels et le couple en droit français », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 203

« Préliminaire : vers une théorie générale des couples ? Avancées et limites », *RTD civ.* 2010, p. 764

« Statut civil des partenaires », *JCP N* 2000, p. 411

« Une théorie générale de la protection du sujet vulnérable ? », *RLDC* 2011, n° 83, p. 69

« Vers une théorie générale du droit familial ? », *RTD civ.* 1991, p. 56

HAUSER (J.), RENCHON (J.-L.)

« Avant-propos », in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut juridique du couple. Du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, t. 1, Larcier, coll. Les Cahiers du CeFAP, 2012, p. 11

HÉBRAUD (P.)

« Nullité de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Centre historique juridique méridionale, 1979, p. 403

HÉNAFF (G.)

« La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551

« Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple », *LPA* 28 avr. 1999, n° 84, p. 41

HÉRAIL (J.)

« Les contrats à titre onéreux des concubins », *JCP N* 1988, p. 165

HÉRAUD (J.)

« Ces couples unis par les liens... de l'impôt », *JCP N* 2008, p. 1326

HÉRITIER (Fr.)

« Quel sens donner aux notions de couple et de mariage ? À la lumière de l'anthropologie », *Inf. soc.* 2005, n° 122, p. 6

HILT (P.)

« La preuve de l'existence du couple », *AJ fam.* 2007, p. 452

HUET-WEILLER (D.)

« La cessation du concubinage », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages, Approche socio-juridique*, CNES, t. 2, 1986, p. 107

« Mesures provisoires pendant l'instance en divorce : l'attribution en jouissance du logement conjugal donne-t-elle lieu à indemnité d'occupation ? », *RTD civ.* 1991, p. 712

JAMIN (Chr.)

« Motivation des arrêts : une alternative », *D.* 2015, p. 2001

« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 441

JAUME (L.)

« Libéralisme », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY, PUF, 2003, p. 937

JESTAZ (Ph.)

« L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 417

« Rapport de synthèse », in Fr. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et Ch. CHOAIN (dir.), *Indépendance financière et communauté de vie*, LGDJ, 1989, p. 191

JESTAZ (Ph.), MARGUÉNAUD (J.-P.), JAMIN (Chr.)

« Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061.

JOSSERAND (L.)

« L'avènement du concubinat », *DH* 1932, chron., p. 45

« Le problème de la rupture des fiançailles », *D.* 1927, chron., p. 24

JULIENNE (M.)

« Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709

KARM (A.)

« Permanence et évolutions du régime primaire depuis 1965 », *JCP N* 2015, p. 1120

« Les dommages et intérêts dans le divorce : panorama de jurisprudence », *Dr. fam.* 2015, dossier n° 34

KESSLER (G.)

« L'indemnisation consécutive à la rupture du couple non marié : les partenaires ou concubins délaissés doivent-ils bénéficier d'une prestation compensatoire », *RJPF* 2017, n° 5, p. 8

KOERING-JOULIN (R.)

« Viol entre époux et immunité conjugale en droit de *Common Law* », *RSC* 1996, p. 473

LABAYLE (H.)

« La liberté du mariage et la CEDH », in J.-J. LEMOULAND et O. LECUCQ (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 93

LABBÉE (X.)

« Épouser sa sœur », *AJ fam.* 2015, p. 427

« Et si le Pacs réinstaurait l'esclavage ? », *JCP G* 2008, act. 280

« L'aide matérielle a-t-elle un caractère alimentaire ? », *JCP G* 2008, doct. 197

« La contractualisation du droit familial : et après ? », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 261

« Le mariage homosexuel est-il ouvert aux mineurs ? », *Gaz. Pal.* 31 janvier 2013, p. 7

« Le ministre et les violences dans le couple », *D.* 2009, p. 2814

« Le pacte de civil de solidarité et la sexualité », in J. FLAUSS-DIEM et G. FAURÉ (dir.), *Du pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?*, PUF, 2005, p. 11

« Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, p. 5

« Pacs : encore un tout petit effort », *AJ fam.* 2007, p. 8

« Pacs : quelle finalité ? Quelle réforme ? », *D.* 2004, p. 256

LABRUSSE-RIOU (C.)

« Couple et lien affectif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 75

« Entre mal commis et mal subi : les oscillations du droit », in M. VACQUIN (dir.), *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Autrement, coll. Nos valeurs, 2009, p. 94

LAITHIER (Y.-M.)

« Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, 2015, p. 97

LAMARCHE (M.)

« Éviction du domicile familial du concubin ou du pacsé violent : l'analogie entre mariage et concubinage est-elle toujours possible ? », *Dr. fam.* 2010, alerte n° 12

« L'état matrimonial », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2014

« L'obligation d'assistance entre époux », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 67

« La conjugalité », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 23

« Les effets pendant le temps du statut », in J. HAUSER et J.-L. RENCHON (dir.), *Le statut du couple juridique marié et du couple non marié en droit belge et français*, t. 1, Larcier, coll. Les Cahiers du CeFAP, 2012, p. 487

« Nationalité, couples et communauté de vie », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, 2015, p. 747

« Ne confondons pas polygamie et bigamie ! Distinguons unions légales et unions de fait », *Dr. fam.* 2010, alerte n° 47

« Pacs, pour le meilleur et sans le pire ? La multiplication des avantages en faveur des partenaires », *Dr. fam.* 2009, alerte n° 61

« Pacte civil de solidarité (Pacs) », *Rép. civ. Dalloz*

LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.)

« Mariage (1° généralités) », *Rép. civ. Dalloz*

« Mariage (2° conditions de formation) », *Rép. civ. Dalloz*

« Mariage (3° sanctions de l'inobservation des conditions de formation) », *Rép. civ. Dalloz*

« Mariage (4° effets) », *Rép. civ. Dalloz*

LANGLÈS (O.)

« Vices du consentement et droit du mariage : une rencontre originale », *JCP N* 1998, p. 483

LARDEUX (G.)

« Qu'est-ce que la propriété ? », *RTD civ.* 2013, p. 741

LARGUIER (J.)

« La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

« Du nouveau sur la prescription des actions en nullité du mariage », *Dr. fam.* 2008, comm. n° 97

« L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude n° 1

« L'effectivité de la liberté du mariage fondamentale du mariage : la protection du consentement », in O. LECUCQ et J.-J. LEMOULAND (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 105

« La disparition du certificat pré-nuptial », *Dr. fam.* 2008, comm. n° 3

« La loi contre la tradition : la lutte contre les mariages forcés par le relèvement de l'âge légal du mariage des femmes », *Dr. fam.* 2005, repère n° 5

« La protection civile contre les violences étendue aux couples non mariés et séparés », *Dr. fam.* 2010, comm. n° 142

« La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 83

« Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2009, étude n° 29

« Organisation de la société familiale. Communauté de vie (art. 215, al. 1^{er}) », *J.-Cl. Civil Code*, art. 212 à 215, fasc. 20

« Principes structurant la communauté familiale : direction conjointe de la famille et contribution conjointe aux charges du mariage (C. civ., art. 213 et 214) », *J.-Cl. Civ.*, art. 212 à 215, fasc. 10,

LASCOUMES (P.)

« L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté », in D. BORILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, Les voies du droit 1998, p. 109

LE GUIDEC (R.)

« La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Vue panoramique », *JCP G* 2006, I, 160

« Le sort du logement en cas de désunion », in M. BARRÉ-PÉPIN et Chr. COUTANT-LAPALUS (dir.), *Logement et famille : des droits en question*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 211

« Observations sur l'anticipation successorale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 345

« Regards sur les fonctions économiques de la famille », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 299

LE TOURNEAU (Ph.)

« Responsabilité (en général) », *Rép. Civ. Dalloz*

LÉCUYER (H.)

« Commentaire d'un extrait relatif au mariage. De ce qui distingue l'homme parmi les êtres », in *Le Discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 121

« Effets du divorce : observations sur l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 11 sept. 2010, p. 11

« L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 405

« Le droit commun des obligations au secours des concubins et partenaires unis par un PACS », *RLDC* 2004, n° 5, supplément, p. 2003

« Le Pacs (désormais) sous toutes ses coutures », *Dr. fam.* 2000, chron. n° 1

« Mariage et contrat », in Dominique FENOUILLET et Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 57

« Rapport introductif », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, Études juridiques, 1998, p. 1

LEFEBVRE (Ch.)

« Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ? », *Revue historique de droit français et étranger* 1902, p. 309

LEFEUVRE (A.)

« Le couple et l'impôt sur le revenu », in *Mélanges en l'honneur de Raymond Le Guidec*, Lexisnexis, 2014, p. 167

LEFRANC-HAMONIAUX (C.)

« L'entraide entre les époux à l'épreuve du temps », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 13

LEGRAND (V.)

« L'insaisissabilité de la résidence principale : le cadeau empoisonné de la loi Macron ? », *LPA* 9 sept. 2015, p. 6

LEMOULAND (J.-J.)

« Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N* 2000, p. 406

« L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 2009, p. 33

« L'obligation alimentaire : mythe ou réalité ? », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz, t. 57, 2014, p. 159

« La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe l'œil », in *Mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 729

« La famille », *Rép. civ. Dalloz*

« Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 22

« Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133

« Rupture du concubinage et enrichissement sans cause : une jurisprudence imprévisible », *D.* 2009, p. 140

« Vers un droit commun de la formation des couples ? », in *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple*, *LPA* 20 décembre 2007, p. 13

LEMOULAND (J.-J.), MURAT (P.)

« Détournements, abus et C^{ie} en droit des personnes et de la famille : aspects de droit civil extrapatrimonial », *Dr. et patr.* 2011, n° 209, p. 52

LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.)

« Droit des couples. Avril 2008 à décembre 2009 », *D.* 2010, p. 728

LENTI (L.), ROMA (U.)

« ITALIE. Mariage et dissolution », *J.-Cl. Droit comparé*, fasc. 2

LEPAGE (A.)

« Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, doct. 335

LEQUETTE (Y.)

« Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit, 2015, p. 547

« Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 523

LEROY (M.)

« Société civile et optimisation de la transmission à titre gratuit du patrimoine privé », *JCP N* 2009, p. 1166

LEROYER (A.-M.)

« Égalité hommes et femmes - Luttés contre les violences. Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes (JO 5 août 2014, p. 12949) », *RTD civ.* 2014, p. 947

« Entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Commentaire de Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010. JO 16 juin 2010, p. 10984 », *RTD civ.* 2010, p. 632

« La notion d'état des personnes », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 247

« La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, p. 1697

« Le registre des Pacs : une formalité inutile et trompeuse », *RTD civ.* 2012, p. 780

« Loi de finances. Mesures d'ordre familial, Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances (JO 31 déc. 2004, p. 22567) », *RTD civ.* 2005, p. 474

« Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs (JO 5 avr. 2006, p. 5097) », *RTD civ.* 2006, p. 402

« Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.* 2010, p. 381

« Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes », *RTD civ.* 2014, p. 947

LESCURE (N.)

« Couple et protection des majeurs », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claire Neirinck*, Lexisnexis, 2015, p. 369

LEVENEUR (L.)

« Le sort du logement après la rupture », *Gaz. Pal.* 20 sept. 2007, p. 18

« Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *JCP G* 1998, II, 4069

LEVILLAIN (N.)

« La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, p. 1349

LEVINET (M.)

« La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 2004, p. 889

LÉVY (J.-Ph.)

« Coup d'œil historique d'ensemble sur la situation patrimoniale du conjoint survivant », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1982, p. 177

« Les transformations du droit familial français depuis le milieu du XX^e siècle », in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard*, Éditions Panthéon-Assas, p. 667

LIBCHABER (R.)

« Feu la théorie du patrimoine », *Bull. Joly* 1^{er} mars 2010, p. 316

« La notion de mariage civil », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 325

« Les forces créatrices du droit... à propos des projets de contrats d'union entre concubins », *RTD civ.* 1998, p. 224

LIENHARD (Cl.)

« La nouvelle part des acteurs de la justice de la famille », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, Dalloz, 2006, p. 201

« La nouvelle procédure de divorce », *AJ fam.* 2004, p. 208

LOCHAK (D.)

« La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005

LOISEAU (G.)

« Choses hors du commerce, typologie », *RTD civ.* 2000, p. 514

LOTTI (B.)

« Le bail conjugal d'habitation », *JCP N* 1993, I, 325

LUCAS (Fr.-X.)

« La société dite "créée de fait" », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 737

LUSSEAU (J.-F.)

« Vie maritale et droits de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1986, p. 203

MAILLOCHON (Fl.)

« "Entrer en couple" ou "sortir ensemble" », *Agora débats/jeunesses* 2001, n° 23, p. 35

MAINGUY (D.)

« Loyauté et droit des contrats de droit privé », in Fr. PETIT (dir.), *Droit et loyauté*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2015, p. 5

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

« Quelques considérations sur le droit pénal de la famille », *JCP G* 2011, libres propos n° 6

MALAUURIE (Ph.)

« Conclusions sur la réforme du divorce », *Defrénois* 2004, p. 1601

« Couple, procréation et parenté », *D.* 1998, p. 127

« La Cour de cassation au XX^e siècle », in *Rapport de la Cour de cassation*, 1999, p. 9

« La jurisprudence combattue par la loi, la loi combattue par la jurisprudence », *Defrénois* 2005, p. 1205

« Les voyous du sexe et la Cour de cassation : le vieux polisson pigeononné », *RDC* 2005, p. 1278

« Mariage et concubinage en droit français contemporain », in *Archives de philosophie du droit*, t. 20, Sirey, 1975, p. 17

« Mensonge sur la virginité et nullité de mariage », *JCP G* 2008, act. 440

MALECKI (C.)

« La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, p. 2220

MANIGNE (M.-Ch.)

« La communauté de vie », *JCP G* 1976, I, 2803

MARGAINE (Cl.)

« Retour de l'inceste dans le code pénal et extension de la protection du mineur victime. Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfance », *D.* 2016, p. 1089

MARGUÉNAUD (J.-P.),

« Conv. EDH, art. 8 : vie privée », *Rép. eur. Dalloz*

MARIE (C.)

« Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle », in Y. LÉCUYER (dir.), *La perpétuité réelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, coll. L'univers des normes, 2012, p. 15

MARQUET (J.)

« Couple parental – couple conjugal, multiparenté – mutiparentalité. Réflexions sur la nomination des transformations de la famille contemporaine », *Recherches sociologiques et anthropologiques* 2010, n° 41-2, p. 51

MARTEAU-PETIT (M.)

« Le Pacs et le fisc », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 8

MARTIN (D.)

« Art. 1478 à 1481 », *J.-Cl. Civil*, fasc. 70

MASSIAS (F.)

« Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 745

MATOCQ (O.), FAVIER (Y.)

« Divorces autres que par consentement mutuel », in P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2013, p. 268

MATUTANO (E.)

« Les normes du couple, un droit positif fragmenté pour un concept socialement uniforme », *RRJ* 2011, p. 1299

MAUGER-VIELPEAU (L.)

« L. n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : JORF n° 0179 du 5 août 2014, p. 12949 », *EDFP* 2014, n° 9, p. 1

« Le pacs après la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2006, p. 1201

MAURICE (R.)

« Les effets de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale », *RTD civ.* 1971, p. 250

MAURY (J.)

« La compétence territoriale en matière de divorce. Art. 1070 Nouv. C. pr. civ. », *D.* 1983, chron., p. 27

« Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 243

MAYAUD (Y.)

« L'adultère, cause de divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975 », *RTD civ.* 1980, p. 494

MAYAUX (L.)

« Concubinage et assurances : de l'union libre au Pacte civil de solidarité », in *Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 293

« Les contrats des concubins », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages. Approche sociojuridique*, t. 2, CNRS, 1986, p. 25

MAYER (D.)

« De quelques aspects de la dépenalisation actuelle en France : en matière de mœurs », *RSC* 1989, p. 442

« La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron., p. 213

MAZEAUD (D.)

« Famille et responsabilité », in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 567

« L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p. 2477

« Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et Editions Juris-Classeur, 1999, p. 603

« Regards positifs et prospectifs sur " le nouveau monde contractuel " », *LPA* 7 mai 2004, p. 47

Mazeaud-Leveneur (S.)

« Des droits du conjoint successible. Du droit à pension », *J.-Cl. Civil Code*, art. 756 à 767, fasc. 30

MEKKI (M.)

« Cohérence sociologique du droit de la responsabilité », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 739

« Le "dernier acte" de la tragédie du notariat français. L'acte authentique malmené par "Bercy" ! », *JCP N* 2014, n° 39, p. 1287

« Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (B.)

« La formation du pacte civil de solidarité (PACS) », in J. HAUSER et J.-L. RENÇON (dir.), *Le statut juridique du couple marié et du couple non marié en droit belge et français*, t. 1, Larcier, coll. Les Cahiers du CeFAP, 2012, p. 432

MESTRE (J.), FAGES (B.)

« L'examen de la constitutionnalité du PACS met en lumière la valeur juridique du... droit de résilier unilatéralement les contrats à durée indéterminée », *RTD civ.* 2000, p. 109

MEULDERS-KLEIN (M.-Th.)

« Égalité et non-discrimination en droit de la famille. Le rôle des juges », *Rev. trim. dr. h.* 2003, n° 56, p. 1185

« L'évolution du mariage et le sens l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà », in R. GANGHOFER (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, p. 215

« Mariage et concubinages ou les sens et contresens de l'histoire », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Des concubinages dans le monde*, CNRS, 1990, p. 263

« Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 317

MIGNON-COLOMBET (A.)

« Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA* 31 janv. 2005, p. 6

MIRABAIL (S.)

« Les obligations personnelles au sein du couple », in Cl. NEIRINCK (dir.), *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, PUAM, 2008, p. 117

MIRKOVIC (A.)

« Le mariage, un service public à redécouvrir », *RLDC* 2012, n° 94, p. 55

MOLAS (J-Fr.)

« La rupture du pacte civil de solidarité », *Dr. et patr.* 2000, n° 81, p. 89

MOLFESSIS (N.)

« L'obligation naturelle devant la Cour de cassation : remarques sur un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation, le 10 octobre 1995 », *D.* 1997, chron., p. 85

« La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel », *JCP G* 2000, I, 210

MOLIERE (A.)

« Union libre, partenariat, mariage : stratégies patrimoniales. Le choix du régime », *Dr. fam.* 2013, dossier n° 20

MONÉGER (Fr.)

« Consentement au mariage et intention matrimoniale et "mariages gris" », in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, Lexisnexis, 2017, p. 311

« La polygamie en questions... », *JCP G* 1990, I, 3460

MOORE (B.)

« Culture et droit de la famille : de l'institution à l'autonomie individuelle », *Revue de droit McGill* 2009, vol. 54, n° 2, p. 257

« L'affaire *Lola c. Éric* : l'heure du bilan », *Conférence des juristes de l'État 2013, XX^e Conférence, Redéfinir la gouvernance publique*, Éditions Y. Blais, 2013, p. 63.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)

« L'acte personnel de la personne vulnérable », *RTD civ.* 2012, p. 21

« La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.* 2016, p. 773

MOREL (R.)

« Le contrat imposé », in *Études offertes à Georges Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 116

MOUSSA (Th.)

« Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RIDC* 2015, p. 345

MULLER (M.)

« L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D.* 1986, chron., p. 328

MURAT (P.)

« Les régimes matrimoniaux et les régimes « pacsimoniaux » à l'épreuve de la rupture des couples », *JCP N* 2011, 1206

MULON (É.)

« Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 », *Gaz. Pal.* 21 janv. 2014, p. 6

« Le devoir de secours pendant l'instance en divorce », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2008, p. 14

MURAT (P.)

« Individualisme, libéralisme et légistique », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 237

« Proposition de loi sur les violences intrafamiliales : beaucoup de symboles pour quelle efficacité ? », *Dr. fam.* 2006, repère n° 4

NAST (M.)

« Vers l'union libre, ou le crépuscule du mariage légal », *DH* 1938, chron., p. 37

NEFUSSY (N.)

« Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale », *LPA* 24 déc. 2012, p. 3

NEIRINCK (Cl.)

« La liberté fondamentale du mariage », in J.-J. LEMOULAND et O. LECUCQ (dir.), *PUAM*, 2009, p. 129

« Le couple et l'assistance médicale à la procréation », *LPA* 13 août 1999, p. 3

« Le couple et la contractualisation de la rupture », *Les Cahiers de droit* 2008, p. 571

« Vers un droit commun de la rupture ? », *LPA* 20 déc. 2007, p. 28

NEIRINCK (Cl.), BRUGGEMANN (M.)

« Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », *RRJ* 2009, p. 93

NEUVILLE (S.)

« Le silence de l'article 180 du Code civil, un héritage équivoque », *Dr. fam.* 1999, chron. n° 3

NGUIHE KANTE (P.)

« La fongibilité des vices du consentement en droit privé des contrats », *LPA* 19 nov. 2015, p. 4

NOBLOT (C.)

« La sincérité dans la formation du couple », *Dr et patr.* 2001, n° 91, p. 94

NOURISSAT (C.), REVILLARD (M.)

« Règlements européens du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Deffrénois* 2016, p. 878

OPPÉTIT (Br.)

« L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron., p. 107

LOUDON (F.)

« Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », *RJPF* 2006, n° 2, p. 6

PANDO (A.)

« 111^e Congrès des notaires : sécurité juridique et conjugalité », *LPA* 10 juin 2015, p. 4

« Les sénateurs proposent aux pacsés un contrat d'union civile », *LPA* 15 mars 2012, p. 3

PANET (A.)

« La loi applicable aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés », *Dr. fam.* 2017, dossier n° 33

PELLETIER (L.)

« La réintroduction de l'inceste dans le Code pénal : de précisions en interrogations », *Gaz. pal.* 24 mai 2016, p. 19

« Précisions sur la portée de l'obligation positive pour les États de prendre des mesures préventives en matière de lutte contre les violences conjugales », *D.* 2016, p. 1124

PENA-SOLER (A.)

« Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle », in O. LECUCQ et J.-J. LEMOULAND (dir.), *La liberté fondamentale du mariage*, PUAM, 2009, p. 49

PEROZ (H.)

« Effets patrimoniaux des partenariats enregistrés : le règlement du 24 juin 2016 », *JCP N* 2016, act. 949

« La loi applicable aux régimes matrimoniaux à défaut de choix par les époux » *Dr. fam.* 2017, dossier n° 32

PERRIN (S.)

« La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude n° 16

PEYREFITTE (L.)

« Considérations sur la règle " aliments n'arrangent pas " », *RTD civ.* 1968, p. 286

PHILIPPE (C.)

« L'article 212 du Code civil : du XX^e au XXI^e siècle », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 628

« L'indemnité d'occupation et la jouissance exclusive d'un bien indivis par un époux pendant la procédure de divorce », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 14

« Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003, chron. n° 16

« Vers un droit commun des effets du contrat de couple », in X. LABBÉE (dir.), *Reconstruire la famille : un droit commun pour le couple*, *LPA* 20 déc. 2007, 18

PIEDELIEVRE (S.)

« L'aménagement des libéralités entre époux par la loi du 26 mai 2004 », *D.* 2004, p. 251

« Le droit au logement du conjoint survivant », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Roger Decottignies*, PUG, 2003, p. 269

« Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 6 mars 2002, p. 2

PIGNARRE (G.)

« Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p. 251

PLANIOL (M.)

« L'assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *Rev. crit. législ. et jurispr.* 1913, p. 152

POLLAUD-DULIAN (Fr.)

« Du droit commun au droit spécial — et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 925

POMART-NOMDEDEO (C.)

« Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Dr. fam.* 2010, étude n° 20

PONSARD (A.)

« L'interprétation par la Cour de cassation de la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux », in *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 283

POSEZ (A.)

« La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647

POUDEROUX (S.)

« Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993, I, 127

POULNAIS (M.)

« Réflexions sur l'état du droit positif en matière de concubinage », *JCP G* 1973, I, 2574

POUSSON-PETIT (J.)

« Le droit de vivre en commun en dehors du couple sexuel conjugal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, 2012, p. 563

PRADEL (J.)

« La peine perpétuelle en droit comparé », in Y. LÉCUYER (dir.), *La perpétuité réelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, 2012, p. 41

PRIEUR (J.), HOUIS (A.)

« Sociétés civiles : les limites à l'instrumentalisation », *JCP N* 2015, n° 49, p. 1230

PRIOUX (Fr.)

« Les couples non mariés en 2005 : quelles différences avec les couples mariés ? », *Politiques sociales et familiales* juin 2009, n° 96, p. 87

« Mariage, vie en couple et rupture d'union », *Informations sociales* 2005, n° 2, p. 38

PRIOUX (Fr.), MAZUY (M.), BARBIERI (M.)

« L'évolution démographique récente en France : les adultes vivent moins souvent en couple », *Population* 2010, n° 3, p. 421

PROTHAIS (A.)

« Les rapports pécuniaires des concubins entre eux ou le droit commun palliant l'imprévoyance », in LERADP (dir.), *Indépendance financière et communauté de vie*, LGDJ, 1989, p. 139

« Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux », *JCP G* 1990. I. 3440

RAOUL-CORMEIL (G.)

« Aliments et notions voisines », *LPA* 24 juin 2010, p. 4

« Aliments et successions », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Raymond Le Guidec*, p. 459

« L'autorisation requise pour le mariage du curatelaire, sage précaution dans l'exercice de la liberté nuptiale », *D* 2012, p. 1899

« L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335

« Le logement de la famille dans la tourmente du divorce », *Gaz. Pal.* 29 janv. 2011, p. 30.

RASSAT (M.-L.)

« Création d'une peine dite incompressible », *RSC* 1994, p. 778

RAYMOND (G.)

« Bicentenaire », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 359

« De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental. Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G* 1987, I, 3299

« Pacs et droit des contrats », *CCC* 2000, chron. n° 14

RAYNAUD DE LAGE (N.)

« La notoriété », *D.* 2000, p. 513

RAYNAUD (P.)

« La présomption de paternité légitime devant la jurisprudence depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 2, PUAM, 1979, p. 355

REBOUL (N.)

« Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425

RÉMY (Ph.)

« La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323

« Le mythe du pluralisme civil en législation. Observations complémentaires », *RRJ* 1983, p. 92

RENCHON (J.-L.)

« La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité ; parenté-parentalité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 209

RENUCCI (J.-Fr.)

« L'identité du cocontractant », *RTD com.* 1993, p. 441

REVEL (J.)

« La convention entre époux désunis », *JCP G* 1982, I, 3055

REVEL (S.)

« Poursuites pénales sous la qualification aggravée d'" ex " : quelle défense ? », *AJ pénal* 2010, p. 70

REJET (Th.)

« De l'ordre des célébrations civile et religieuse dans le mariage (articles 199 et 200 du Code pénal) », *JCP G* 1987, I, 3309

« Le couple à l'épreuve du passif », *Gaz. Pal.* 11 déc. 2008, p. 11

« Mariage(s), la loi 99-944 du 15 nov. 1999, relative au pacte civil de solidarité », *RTD civ.* 2000, p. 173

RICHEZ-PONS (A.)

« Notion de communauté de vie », *Rev. crit. DIP* 2014, p. 797

RIEUBERNET, (Chr.)

« Le nouveau régime des donations entre époux au lendemain de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce », *LPA* 21 juillet 2004, p. 10

RIVERO (J.)

« Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron., p. 99

RIVIER (M.-C.)

« La solidarité entre concubins », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 97

ROCHE-DAHAN (J.)

« Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ.* 2000, p. 735

ROCHFELD (J.)

« Initiative économique - Résidence principale - Insaisissabilité. Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique (JO 5 août 2003, p. 13449) », *RTD civ.* 2003, p. 743

« Réforme du PACS, Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (JO 24 juin 2006, p. 9513) », *RTD civ.* 2006, p. 529

ROUBIER (P.)

« Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », in *Archives de Philosophie du droit*, 1957, p. 1

ROUSSEL (L.)

« La cohabitation juvénile en France », *Population* 1978, n° 1, p. 15

ROUVIÈRE (Fr.)

« Le contrôle de proportionnalité dans la balance des juges », *RTD civ.* 2017, p. 524

ROY (A.)

« Affaire *Éric c. Lola*, une fin aux allures de commencement », in *Conférence des juristes de l'État 2013. XX^e Conférence. Redéfinir la gouvernance publique*, Éditions Y. Blais, 2013, p. 259 et s.

« L'union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois », in *Mélanges Adrian Popovici*, *Thémis*, 2010, p. 143

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

« L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ.* 1984, p. 409

« La famille et le droit au logement », *RTD civ.* 1991, p. 245

« Les concubinages : mise à jour », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, LGDJ, 1994, p. 389

« Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruylant, 1998, p. 66

RUBELLIN (P.)

« La tontine infernale », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* 2012, n° 5, p. 274

« Les nullités facultatives », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Litec, 2006, p. 679

RUDE-ANTOINE (E.)

« Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Droit et cultures* 2010, n° 59, p. 43

SALLÉ DE LA MARNIERRE (É.)

« Un choix ? Mariage ou concubinage », *JCP G* 1988, I, 3326

SALVAGE-GEREST (P.)

« Les actes dont la nature implique le consentement strictement personnel du majeur en tutelle (C. civ., art. 458. L. n° 2007-308, 5 mars 2007) : une catégorie à revoir d'urgence », *Dr. fam.* 2009, étude n° 17

SANNIER (A.)

« Focus sur les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales », *AJ fam.* 2017, p. 229

« L'ordonnance de protection : un dispositif d'urgence désormais renforcé », *Gaz. Pal.* 18 nov. 2014, p. 4

« Ouverture, à toutes les formes d'unions, des hypothèses de renouvellement des mesures fixées par l'ordonnance de protection », *Gaz. Pal.* 24 mars 2015, p. 5

C. SAUJOT, (C.)

« La séparation de biens accessoire à la séparation de corps », *D.* 1986, chron., p. 11

SAUVAGE (Fr.)

« L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel à l'épreuve de son régime matrimonial », *JCP N* 2004, n° 10, p. 434

« La mutation du pacte civil de solidarité (après la loi du 23 juin 2006) », *RLDC* 2007, n° 35, p. 54

« La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ fam.* 2006, p. 355

« Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n° 29, p. 34

SAVATIER (J.)

« La liberté dans le travail », *RTD civ.* 1990, p. 49

SAVATIER (R.)

« La protection civile du logement de la famille dans le concept juridique d'habitation familiale », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 799

« Les conventions de séparations amiables entre époux », *RTD civ.* 1931, p. 535

SEILLAN (Y.)

« La possession d'état d'époux », in *Mélanges offerts à Jean Brethe de La Gressaye*, Éditions Bière, 1967, p. 747

SÉRIAUX (A.)

« Concubinage formel et mariage informel. Réflexions sur le rôle des formes dans la constitution du couple », in Cl. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Economica, 1998, p. 43

« L'engagement unilatéral en droit positif français », in Chr. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, p. 7

« La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris », *RTD civ.* 1997, p. 53

« La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir. », *RTD civ.* 1994, p. 801

« Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », *D.* 2005, p. 1966

SEUVIC (J.-Fr.)

« Chronique législative », *RSC* 2000, p. 424

SIMLER (Ph.)

« L'indivision entre époux séparés de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 461

« Le régime matrimonial des concubins », in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, p. 75

« Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N* 1987, doct., p. 199

SIMLER (Ph.), HILT (P.)

« Le nouveau visage du Pacs : un quasi-mariage », *JCP G* 2006, I, 261

SLEDZIEWSKI (É.)

« Individualité et modernité : regards sur une civilisation de l'individu », in I. THÉRY et Chr. BIET (dir.), *La Famille, la loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 363

SMITH (P.), RABANT (Cl.)

Encyclopædia Universalis

SOCCO, (R.)

« À la recherche de l'origine de l'obligation », in *Archives de philosophie du droit. L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 33

SOSSON (J.)

« Du devoir moral à l'obligation civile de fournir des aliments ... Unité actuelle et limites de la théorie des obligations naturelles », *Rev. trim. dr. fam.* 1998, p. 513

« L'obligation alimentaire naturelle », in *L'argent pour vivre : vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Kleuwer, 2000, p. 125

« L'obligation alimentaire, miroir des conceptions de la famille », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruylant, 1999, p. 575

STARCK (B.)

« Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475

SUPIOT (A.)

« Les mésaventures de la solidarité civile », *Dr. soc.* 1999, p. 64

TERRÉ (Fr.)

« À propos de l'autorité parentale », *in Archives de philosophie du droit*, t. 40, Sirey, 1975, p. 45

THÉRY (I.), BIET (Chr.)

« Portalis ou l'esprit des siècles. La rhétorique du mariage dans le Discours préliminaire au projet de Code civil », *in I. THÉRY et Chr. BIET (dir.), La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 104

THOURET (S.)

« L'exigibilité de la prestation compensatoire », *AJ fam.* 2013, p. 20

« Mariage, Pacs, concubinage : relations de couple », *AJ fam.* 2015, p. 662

TISSERAND-MARTIN (A.)

« La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 803

« La protection du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », *in Mélanges en l'honneur Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 829

TOULLIER (A.)

« Les tergiversations du droit de la protection sociale face à la polygamie », *Dr. soc.* 2007, p. 324

VACHET (G.)

« Concubinage et vie maritale dans le droit de la sécurité sociale », *in Les concubinages, approche socio-juridique*, t. 2, CNRS, 1986, p. 185

VAREILLE (B.)

« L'indivision et les couples », *in Journée nationale de l'Association Henri Capitant. L'indivision*, t. VII, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2005, p. 1

VAUVILLÉ (Fr.)

« Article 1415 du Code civil : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patr.* 1999, n° 67, p. 64

« La transmission de la charge de la prestation compensatoire après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », *RJPF* 2005, n° 134, p. 42

« Les droits au logement du conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 1277

« PACS et SRU : un mauvais mariage », *RJPF* 2001, n° 5, p. 15

VERDOT (R.)

« La cohabitation », *D.* 1964, chron., p. 121

VIAL-PEDROLETTI (B.)

« Situation juridique du concubin du locataire », *Loyers et copr.* 2004, étude n° 5

VIATTE (J.)

« La preuve du mariage », *Gaz. Pal.* 1974, 1, doct. 33

VIDAL (J.)

« L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable », *JCP G* 1971, I, 2390

VIEVILLE-MIRAVETE (M.-Fr.)

« La circonstance aggravante d' " ex " en matière de violences au sein du couple », *Dr. pénal* 2009, étude n° 4

VIGNEAU (D.)

« Donations entre époux : quel droit ? », *D.* 2005, p. 980

« La rupture par décès : le conjoint survivant », in Cl. NEIRINCK (dir.), *La famille que je veux, quand je veux ?*, ERES, coll. Enfance & parentalité, 2003, p. 119

VILLA-NYS (M.)

« Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, n° 85, p. 88

VIRIOT-BARRIAL (V.)

« Commentaire de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs », *D.* 2006, p. 2350

VIVANT (M.)

« Le régime juridique de la non-présence », *RTD civ.* 1982, p. 1

WATINE-DROUIN (C.)

« Le statut du logement familial », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Lexisnexis, 2006, p. 253

WEISS-GOUT (B.)

« Le nouveau divorce : nouvelles stratégies, nouveau rôle de l'avocat », *AJ fam.* 2004, p. 235

WIEDERKHER (G.)

« La légitimité de l'intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 877

ZALEWSKI-SICARD (V.)

« L'efficacité de la protection du conjoint du locataire : mise à l'épreuve jurisprudentielle », *RLDC* 2014, n° 113, p. 50

ZÉNATI-CASTAING (Fr.)

« La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *D.* 2016, p. 511

Notes sous arrêt

ALMEIRAC (G.)

note sous CA Rioms, 9 nov. 1978, *JCP G* 1979, II, 19 107

ANCEL (B.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 395

ANDREU (L.)

obs. sous Cass. civ. 2^e, 23 janv. 2014, *D.* 2014, p. 968

ANGEVIN (H.)

note sous Cass. crim., 5 sept. 1990, *D.* 1991, p. 13

ATIAS (Chr.), SÉRIAUX (A.)

note sous CA Aix-en-Provence, 15 sept. 1982, *D.* 1982, p. 267

AUBERT (J.-L.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 17 déc. 1997, *D.* 1998, jurispr., p. 111

AUTEM (D.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, *Defrénois* 2013, p. 246

BACHELIER (G.)

concl. sous CE, 25 avr. 2003, *Dr. fisc.* 2003, p. 736

BAHUREL (Ch.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *Defrénois* 2014, p. 140

BARBIER

note sous Civ., 7 août 1883, *DP* 1884, 1, 5

BEIGNIER (B.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 17 déc. 1997, *D.* 1998, p. 215

note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. n° 77

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *Dr. fam.* 1999, comm. n° 54

note sous TGI Lille, 5 juin 2002, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 57

note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 83

BEN HADJ YAHIA (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, *JCP G* 2006, II, 10140

BÉNABENT (A.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 1989, *D.* 1990, jurispr., p. 117

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 1989, *D.* 1990, jurispr., p. 117

obs. sous Cass. civ. 2^e, 24 nov. 1999, *Defrénois* 2000, p. 1177

BERDEAUX-GACOGNE (Fl.)

obs. sous CA Versailles, 7 janv. 2016, *AJ fam.* 2016, p. 209

BERNARD-XÉMARD (Cl.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *RLDC* 2012, n° 94, p. 35

BICHERON (Fr.)

obs. sous Cass. com., 23 juin 2004, *AJ fam.* 2004, p. 324

note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *AJ fam.* 2004, p. 27

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *AJ fam.* 2004, p. 144

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, *AJ fam.* 2007, p. 316

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2008, *AJ fam.* 2008, p. 436

obs. sous Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, *AJ fam.* 2015, p. 682

BIHR (Ph.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 27 janv. 1993, *D.* 1994, p. 173

BILLIAU (M.), LOISEAU (G.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *JCP G* 1999, II, 10 083

BINET (J.-R.)

note sous CA Lyon, 2 juill. 2013, *Dr. fam.* 2013, comm. n° 132

note sous CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, *Dr. fam.* 2015, comm. n° 44

note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, *Dr. fam.* 2016, comm. n° 42

note sous CA Paris, 17 nov. 2016, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 2

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 1

note sous CA Chambéry, 4 févr. 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 47

note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 95

BOFFA (R.)

note sous Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, *RDC* 2016, p. 47

BONNET (V.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, *D.* 2011, p. 351

BOSQUET-DENIS (J.)

note sous CA Paris, 10 nov. 1976, *D.* 1978, jurispr., p. 458

BOSSE-PLATIÈRE, (H.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, *JCP G* 2006, I, 199

BOULANGER (Fr.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, *JCP G* 2013, note 337

BOURDELOIS (B.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271

BRÉMOND (V.)

note sous Cass. civ. 3^e, 19 juin 2002, *Deffrénois* 2003, p. 672

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2002, *D.* 2003, p. 1871

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, *D.* 2011, p. 2629

BRUGGEMANN (M.)

note sous Cons. const., 17 févr. 2012, *Dr. fam.* 2012, alerte n° 24

CABRILLAC (M.)

obs. sous Cass. com., 4 févr. 1997, *D.* 1997, somm, p. 261

CHAMPAUD (Cl.), DANET (D.)

obs. sous Cass. com., 23 juin 2004, *RTD com.* 2004, p. 740

obs. sous CA Paris, 31 oct. 2007, *RTD com.* 2008, p. 113

CHAMPENOIS (G.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 1978, *Deffrénois* 1979, p. 487

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, *Deffrénois* 1993, p. 380

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, *Deffrénois* 1992, p. 1156

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *Deffrénois* 1999, p. 814

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2000, *Deffrénois* 2001, p. 460

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, *Deffrénois* 2004, p. 1467

obs. sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, *Deffrénois* 2004, p. 1462

CHASSAGNARD (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 2001, *JCP G* 2001, II, 10458

CHÉNEDÉ (Fr.)

obs. sous CE, 6 déc. 2006, *AJ fam.* 2007, p. 34

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *AJ fam.* 2011, p. 613

obs. sous Cons. const., 22 juin 2012, *AJ fam.* 2012, p. 466

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *D.* 2014, p. 153

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *RJPF* 2014, n° 2, p. 23

COLLART DUTILLEUIL (Fr.), DERRUPÉ (J.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 6 déc. 1995, *RDI* 1996, p. 287

COLLART DUTILLEUL (Fr.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 16 févr. 2000, *RDI* 2000, p. 250

CORPART (I.)

note sous TGI Lille, 21 févr. 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 141

COUSSIRAT-COUSTIÈRE (V.)

obs. sous Cour EDH, 18 déc. 1989, *Johnston c. Irlande*, *AFDI* 1987, p. 239

DAMAS (N.)

obs. sous Cass. civ. 3^e, 19 juin 2002, *D.* 2003, p. 731

obs. sous Cass. civ. 3^e, 10 avr. 2013, *AJDI* 2014, p. 205

DAURIAC (I.)

obs. sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *RDC* 2007, p. 1166

DAVID (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 avr. 2006, *AJ fam.* 2006, p. 246

note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, *D.* 2012, p. 1386

DE BOYSSON (B.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, *AJ fam.* 2011, p. 553

obs. sous CA Nîmes, 8 févr. 2012, *AJ fam.* 2012, p. 151

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2015, *AJ fam.* 2016, p. 109

DEKEUWER-DÉFOSSEZ (Fr.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *RLDC* 2014, n° 112, p. 43

DELAGE (P.-J.)

obs. sous CA Nîmes, 8 févr. 2012, *JCP G* 2012, n° 13

DESBOIS (H.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, *RTD civ.* 1964, p. 286

DESGORGES (R.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *LPA* 10 mars 2004, p. 19

DEVERS (A.)

note sous Min. Aff. soc. et Santé, lettre, 23 févr. 2016, *Dr. fam.* 2016, comm. n° 99

note sous CE, 6 déc. 2006, *JCP G* 2007, II, 10 096

DHAVERNAS (O.)

obs. sous CA Montpellier, 8 juin 1982, *D.* 1983, jurispr., p. 607

DOUET (Fr.)

note sous CE, 12 mars 2010, *Dr. fam.* 2010, comm. n° 93

note sous CE, 15 avr. 2011, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 163

DU RUSQUEC (E.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, *JCP G* 1998, II, 10051

DUBOIS (Ch.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 2015, *RJPF* 2016, n° 1, p. 22

DUMAS-LAVENAC (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 91

DUMORTIER (B.-H.)

note sous Cass. civ. 3^e, 10 mai 1989, n° 88-10.363, *JCP N* 1991, p. 307

DUPARC (C.)

obs. sous Cass. crim., 7 avr. 2009, *AJ pénal* 2009, p. 313

DURRY (G.)

obs. sous Ch. mixte, 27 févr. 1970, *RTD civ.* 1970, p. 353

ÉGEA (V.)

note sous CA Douai, 17 nov. 2008, *D.* 2008, p. 2938

ELKOUBY SALOMON (C.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2012, *AJ fam.* 2012, p. 462

ENDRÉO (G.)

note sous Cass. crim., 8 janv. 1985, *JCP G* 1986, II, 20588

FARGE (M.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, *Dr. fam.* 2014, comm. n° 139

note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016, *Dr. fam.* 2016, comm. n° 191

FENOUILLET (D.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *RDC* 2012, p. 473

FERRIÉ (S.-M.)

obs. sous Cour EDH, 28 juin 2016, *Halim Kiliç c. Turquie*, *RJPF* 2016, n° 9, p. 23

FORTIER (Ch.)

obs. sous CE, 18 juin 2010, *AJFP* 2010, p. 258

FULCHIRON (H.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *D.* 2014, p. 153

obs. sous Cour EDH, 21 juil. 2015, *Oliari et alii c. Italie*, *D.* 2015, p. 2160

obs. sous Cour EDH, 30 juin 2016, *Taddeucci et McCall c. Italie*, *D.* 2016, p. 2100

note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 mars 1998, *Dr. fam.* 1998, comm. n° 111

GALLMEISTER (L.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, *D.* 2011, p. 1618

GANNAGÉ (L.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juil. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 207

GARÇON (J.-P.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 13 juil. 2007, *JCP N* 2007, p. 1215

obs. sous CA Paris, 10 sept. 1993, *JCP N* 1994, n° 25, p. 213

obs. sous CA, Chambéry, 18 nov. 2003, *JCP N* 2005, n° 48, p. 1478

GARÉ (Th.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2004, *RJPF* 2004, n° 5

note sous Cass. crim., 11 juin 1992, *JCP G* 1992, II, 22 043

GAUDEMET (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, *RDC* 2008, p. 1303

GAYET (M.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 74

GOLDIE-GENICON (Ch.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2011, *RDC* 2012, p. 157

note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, *RDC* 2012, p. 891

GOUTTENOIRE (A.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, *JCP G* 2016, doct. 992

GOUTTENOIRE (A.), LAMARCHE (M.)

note sous CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, *Dr. fam.* 2005, comm. n° 234

GRIDEL (J.-P.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *D.* 2004, p. 21

GRIMALDI (M.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, *D.* 1995, somm., p. 51

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *D.* 1995, somm., p. 44

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1994, *D.* 1995, p. 47

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *D.* 1995, somm., p. 239

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1996, *D.* 1996, p. 363

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 307

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, *RTD civ.* 2012, p. 357

GUENZOU (Y.)

comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 oct. 2012, *LPA* 21 mars 2013, p. 9

GUIHO (P.)

note sous TGI Avranches, 10 juil. 1973, *D.* 1974, jurispr., p. 174

note sous TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, p. 59

HAUSER (J.)

obs. sous Cass. crim., 5 sept. 1990, *RTD civ.* 1991,

obs. sous TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *RTD civ.* 1992, p. 53
obs. sous CA Toulouse, 18 nov. 1991, *RTD civ.* 1993, p. 103
obs. sous TI Agen, 29 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 837
note sous TI Paris, 7 mai 1996, *D.* 1996, p. 583
obs. sous Cass. civ. 2^e, 2 juill. 1997, *RTD civ.* 1997, p. 916
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *RTD civ.* 1999, p. 364 et p. 817
obs. sous TGI Lille, 26 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 296
obs. sous CA Paris, 16 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 336
obs. sous CA Bordeaux, 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2002, p. 78
obs. sous TGI Lille, 5 juin 2002, *RTD civ.* 2003, p. 270
obs. sous Cass. civ. 2^e, 25 mars 2004, *RTD civ.* 2004, p. 489
obs. sous Cons. const., 20 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 65
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 267
obs. sous Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, *RTD civ.* 2005, p. 758
obs. sous CA Douai, 17 nov. 2008, *RTD civ.* 2009, p. 98
note sous CE, 18 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 764
obs. sous Cons. const., 16 sept. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 752
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, *RTD civ.* 2012, p. 95
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *RTD civ.* 2012, p. 93
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2013, *RTD civ.* 2014, p. 92
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2014, *RTD civ.* 2014, p. 627
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *RTD civ.* 2014, p. 88
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, *RTD civ.* 2014, p. 340
obs. sous CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, *RTD civ.* 2015, p. 361
obs. sous CA Rennes, 5 mai 2015, *RTD civ.* 2015, p. 855
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2016, *RTD civ.* 2016, p. 591
note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, *JCP G* 2017, 166
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2017, *RTD civ.* 2017, p. 622

HERZOG-EVANS (M.)
obs. sous Cour EDH, 18 déc. 2016, *AJ pén.* 2017, p. 100

HILT (P.)
obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, *AJ fam.* 2011, p. 55
note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, *AJ fam.* 2014, p. 192

HOCQUET-BERG (S.)
comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, *LPA* 23 août 1996, n° 102, p. 9

JEAN-BAPTISTE (W.)

obs. sous Cons. const., 29 juill. 2011, *AJ fam.* 2011, p. 436

comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *RTDH* 2014, p. 759

JORION (B.)

note sous Cons. const., 19 janv. 1995, *AJDA* 1995, p. 455

KOERING-JOULIN (R.)

note sous Cour EDH, 22 nov. 1995, C.R et S.W c. Royaume-Uni, *RSC* 1996, p. 473

KOUMDADJI (A.), LABBÉE (X.)

obs. sous TGI Lille, 7 sept. 2009, *D.* 2010,

LABBÉ

note sous Req., 3 janv. 1893, *S.* 1893, 1, 225

LABBÉE (P.)

obs. sous TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *D.* 2008, p. 1389

LABBÉE (X.)

obs. sous TGI Lille, 26 nov. 1999, *D.* 2000, p. 254

note sous TGI Lille, 5 juin 2002, *D.* 2003, p. 515

obs. sous TGI Lille, 21 févr. 2006, *D.* 2006, p. 1350

obs. sous TGI Nantes, 6 mai 2010, *AJ fam.* 2010, p. 441

obs. sous TGI Lille, 11 févr. 2013, *AJ fam.* 2013, p. 234

note sous TA Lille, 3 juil. 2002, *D.* 2004, p. 587

LAKSSIMI (T.)

note sous Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, *D.* 2015, p. 2616

LAMARCHE (M.)

obs. sous *JCP G* 2014, doctr., p. 953

LANGLADE-O'SUGHRUE (J.-P.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 267

LARDEUX (G.)

note sous Cass. civ. 3^e, 26 nov. 2008, *RDC* 2009, p. 609

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *Dr. fam.* 2004, comm. n° 15

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. n° 47

note sous Cass. com., 23 juin 2004, *Dr. fam.* 2004, comm. n° 168

note sous CA Nancy, 11 avr. 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 24

note sous CA Aix-en-Provence, 27 sept. 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. n° 49

note sous CA Pau, 6 févr. 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 165

note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Dr. fam.* 2006, comm. n° 155
note sous CE, 6 déc. 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 27
note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 janv. 2007, *Dr. fam.* 2007, comm. n° 53
note sous CA Douai, 17 nov. 2008, *Dr. fam.* 2008, comm. n° 167
note sous Cass. civ. 2^e, 8 janv. 2009, *Dr. fam.* 2009, n° 10, comm. n° 137
note sous CEDH, 5 janv. 2010, *Dr. fam.* 2010, comm. n° 37
note sous CE, 18 juin 2010, *Dr. fam.* 2010, comm. n° 123
note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 2010, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 6
note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 18
note sous CA Montpellier, 4 janv. 2011 *Dr. fam.* 2011, comm. n° 89
note sous CA Versailles, 31 mars 2011, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 94
note sous Cons. const., 13 juill. 2011, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 22
note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, *Dr. fam.* 2011, comm. n° 176
note sous Cons. const., 22 juin 2012, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 132
note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, *Dr. fam.* 2013, comm. n° 24

LARROUMET (Chr.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 351

LE GUIDE (R.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 févr. 1978, *JCP* 1979, II, p. 19105
note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *JCP G* 1995, I, 3876
note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mars 2012, *JCP N* 2013, p. 1060

LEBORGNE (A.)

obs. sous Cons. const., 29 juin 2012, *RJPF* 2012, n^{os} 9 et 10, p. 36

LECUCQ (O.)

obs. sous Cons. const., 20 nov. 2003, *D.* 2004, p. 1405

LÉCUYER (H.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, *Dr. fam.* 1998, comm. n° 81
note sous CA Paris, 25 mars 1999, *Dr. fam.* 1999, comm. n° 110
note sous CA Toulouse, 6 mars 2000, *Dr. fam.* 2000, comm. n° 106
note sous TGI Paris, 13 févr. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. n° 1
note sous Cass. civ. 1^{re}, 26 juin 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. n° 28
note sous CA Paris, 20 déc. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. n° 40
note sous CA Douai, 12 déc. 2002, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 86
note sous CA Rouen, 29 janv. 2003, *Dr. fam.* 2003, comm. n° 69
note sous CA Bordeaux, 4 janv. 2000, *Dr. fam.* 2000, comm. n° 34

note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, *Dr. fam.* 1998, repères

note sous CA Rennes, 11 déc. 2000, *Dr. fam.* 2001, comm. n° 67 **LEMOULAND (J.-J.)**

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 377

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *D.* 1999, p. 19

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *D.* 2000, p. 413

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juil. 1999, *D.* 2000, somm., p. 414

obs. sous CA Paris, 26 janv. 2001, *D.* 2002, p. 536

obs. Cass. crim., 29 mai 2001, *D.* 2002, p. 613.

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *D.* 2004, p. 3171

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *D.* 2004, p. 2964

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, *D.* 2009, 140

note sous TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP G* 1986, II, 20 573

LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *D.* 2006, p. 1414

note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2011, *D.* 2012, p. 971

obs. sous Cons. const., 22 juin 2012, *D.* 2013, p. 1092

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2016, *D.* 2016, p. 1334

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016, *D.* 2017, p. 1082

LEVASSEUR (G.)

note sous Cass. crim., 17 juil. 1984, *RSC* 1985, p. 82

note sous Cass. crim., 11 juin 1992, *RSC* 1993, p. 330 et p. 780

LEVENEUR (L.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *JCP G* 1999, I, 152

LHERNOUD (J.-Ph.)

note sous CJCE, 1^{er} avr. 2008, *Dr. soc.* 2008, p. 712

LIBCHABER (R.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *Deffrénois* 2001, p. 431

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *D.* 2012, p. 59

LINDON (R.)

note sous TGI Paris, 18 oct. 1977, *JCP G* 1978, II, 18 820

note sous Cass. civ. 2^e, 30 janv. 1980, *JCP G* 1981, II, 19521

LOISEAU (G.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, *D.* 2005, p. 1393

comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *JCP E* 2001, n° 10, p. 419

LUCAS (Fr.-X.)

note sous Cass. com., 23 juin 2004, *Rev. sociétés* 2005, p. 131

LUCET (Fr.), VAREILLE (B.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, *RTD civ.* 1992, p. 636

M. (J.-G.)

note sous CA Paris, 13 févr. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, I, 216

MALAURIE (Ph.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 oct. 1959, *D.* 1960, p. 515

MARGUÉNAUD (J.-P.)

note sous Cour EDH, 22 nov. 1995, *C.R et S.W c. Royaume-Uni*, *RTD civ.* 1996, p. 512

obs. sous Cour EDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, *RTD civ.* 2005, p. 735

obs. sous Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz c. Turquie*, *RSC* 2010, p. 219

obs. sous Cour EDH, 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c. Autriche*, *RTD civ.* 2010, p. 738

obs. sous Cour EDH, 19 févr. 2013, *X et autres c. Autriche*, *RTD civ.* 2013, p. 329

obs. sous Cour EDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos c. Grèce*, n° 29381/09, *RTD civ.* 2014, p. 301

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *RTD civ.* 2014, p. 307

MARIA (I.)

note sous Cons. const., 29 juin 2012, *Dr. fam.* 2012, n° 10, comm. n° 148

note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, *Dr. fam.* 2017, comm. n° 140, note I. MARIA

MASSIP (J.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *LPA* 30 sept. 2004, p. 13

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juil. 1986, *Defrénois* 1986, p. 1429

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1998, *Defrénois* 1998, p. 1398

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 juil. 1999, *Defrénois* 2000, p. 103

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *Defrénois* 2004, p. 143

note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, *JCP N* 2013, p. 1152

MAUGER-VIELPEAU (L.)

comm. sous Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, *JCP N.* 2016, p. 1083

MAYAUD (Y.)

obs. sous Cass. crim., 7 avr. 2009, *RSC* 2009, p. 593

obs. sous Cons. const., 16 sept. 2011, *RSC* 2011, p. 830

MAYER (D.)

note sous Cass. crim., 17 juil. 1984, *D.* 1985, p. 7

MAZEAUD (D.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *Deffrénois* 1999, p. 738

MAZEAUD (J.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, *JCP G* 1964, II, 13 498

MEKKI (M.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, *JCP G* 2005, II, 10 159

MESTRE (J.)

obs. sous CA Dijon, 22 mars 1996, *RTD civ.* 1997, p. 115

MILLEVILLE (S.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *LPA* 2 janv. 2012, p. 8

NAST (M.)

obs. sous Cass. civ., 26 janv. 1938, *D.* 1942, p. 120

NAUDIN (E.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, *D.* 2013, p. 1117

NEIRINCK (Cl.)

note sous Cons. const., 16 sept. 2011, *Dr. fam.* 2011, repère n° 10

NERSON (R.), RUBELLIN-DEVICHI (J.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 1978, *RTD civ.* 1979, p. 585

PATARIN (J.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 oct. 1990, *D.* 1991, p. 380

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 févr. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 159

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *RTD civ.* 1995, p. 404

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *RTD civ.* 1999, p. 892

PÉCAUT-RIVOLIER (L.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2009, *AJ fam.* 2009, p. 263

PERES (C.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, *D.* 2011, p. 578

PERROT (R.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 avr. 2005, *Procédures* 2005, comm. n° 150

PEYRONNET (M.)

obs. sous CJUE, 12 déc. 2013, *Dalloz actualité* 7 janvier 2014

PIÉDELIÈVRE (S.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 2015, *Gaz. Pal.* 12 avril 2016, p. 33

PIGNARRE (G.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, *D.* 1997,

PREVAULT (J.)

note sous TGI Brest, 9 juil. 1974, *D.*, 1975, p. 418

QUÉZEL-AMBRUNAZ (Chr.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 2012, *Gaz. Pal.* 15 mars 2012, p. 10

RALSER (É.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 2016, *Rev. crit. DIP* 2016, p. 668

RAOUL-CORMEIL (G.)

obs. sous Cons. const., 29 juin 2012, *D.* 2012, p. 1899

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, *D.* 2016, p. 875

note sous TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, *JCP G* 2008, II, 10 122

RASSAT (M.-L.)

note sous Cass. crim., 5 sept. 1990, *JCP G* 1991, II, 21 629

note sous Cass. crim., 11 juin 1992, *D.* 1993, jurispr., p. 117

RAYMOND (G.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, *D.* 1964, jurispr., p. 465

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *CCC* 2012, comm. n° 76

REVEL (J.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, *D.* 2004, somm., p. 2335

REVET (Th.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *RTD civ.* 2001, p. 167

obs. sous Cons. const., 13 juill. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 565

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

obs. sous Cass. crim., 8 mars 1988, *RTD civ.* 1990, p. 253

SAULIER (M.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 2017, *D.* 2017, p. 1292

SAVATIER (X.)

concl. sous Cass. civ. 1^{re}, 3 févr. 1999, *D.* 1999, p. 267

SINDRES (D.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, *D.* 2016, p. 2549

SUDRE (Fr.)

note sous Cour EDH, 21 juil. 2015, *Oliari et alii c. Italie*, *JCP G* 2015, act. n° 927

note sous Cour EDH, 13 févr. 2003, *JCP G* 2003, I, 160

TARDIF (A.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, *RJO* 2017, p. 91, note TARDIF, A.

THAURAN (Th.)

obs. sous Cass. civ. 2^e, 23 janv. 2014, *RDSS* 2014, p. 392

THOURET (S.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, *AJ fam.* 2014, p. 124

TIXIER (G.), LAMULLE (Th.)

note sous CE, 19 janv. 1998, *D.* 1998, p. 521

TRAVADE-LANNOY (S.)

note sous CA Versailles, 7 janv. 2016, *Gaz. Pal.* 19 avril 2016, p. 63

TUNC (A.)

note sous Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975, jurispr., p. 679

VALLANSAN (J.)

comm. sous Cass. civ. 1^{re}, 20 janv. 2010, *Bull. Joly* 2010, n° 5, p. 448

VALORY (S.)

obs. sous TGI Lille, 5 juin 2002, *RJPF* 2003, n° 3, p. 38

VAREILLE (B.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *RTD civ.* 1996, p. 458

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2000, *RTD civ.* 2001, p. 416

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 335

obs. sous Cass. civ. 2^e, 10 mars 2004, *RTD civ.* 2004, p. 538

obs. sous Cass. civ. 3^e, 22 oct. 2015, *RTD civ.* 2016, p. 433

VASSAUX (J.)

obs. sous Cass. civ. 2^e, 17 déc. 1998, *RJPF* 1999, n° 1, p. 17

VAUVILLÉ (Fr.)

obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 2004, *RJPF* 2005, n° 2, p. 16

note sous CE, 12 juin 2002, *RJPF* 2002, n° 12, p. 21

VERHEYDE (Th.)

obs. sous Cons. const., 29 juin 2012, *AJ fam.* 2012, p. 463

VÉRON (M.)

note sous CA Toulouse, 8 sept. 2008, *Dr. pénal* 2009, n° 2, comm. n° 17

note sous Cass. crim., 7 avr. 2009, *Dr. pénal* 2009, n° 7-8, comm. n° 93

note sous Cass. crim., 11 juin 1992, *Dr. pénal* 1992, n° 227

VIAL-PEDROLETTI (B.)

note sous Cass. civ. 3^e, 1^{er} avr. 2009, *Loyers et copr.* 2009, comm. n° 140

VIALLA (Fr.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *JCP G* 2001, II, 10 452

VIATTE (J.)

note sous Cass. civ. 2^e, 30 janv. 1980, *Gaz. Pal.* 1980, I, 299

VIGNEAU (D.)

obs. sous AP, 29 oct. 2004, *D.* 2004, p. 3175

note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *Dr. fam.* 2012, comm. n° 21

WEBER (J.-Fr.)

concl. sous Cass. civ. 3^e, 17 déc. 1997, *D.* 1998, jurispr., p. 111

WEISSE-MARCHAL (Cl.)

note sous CJCE, 1^{er} avr. 2008, *D.* 2008, p. 1873

WIEDERKEHR (G.)

note sous Cass. civ. 1^{re}, 16 juin 1992, *JCP G* 1993, I, 106

Divers

106^E CONGRÈS DES NOTAIRES,

Couple, Patrimoine : les défis de la vie à deux, Bordeaux, 2010

BOLOGNE (J.-CL),

Histoire du couple, Perrin, 2016,

DE RICHEMONT (H.)

Rapport fait au nom de la commission des Lois sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités, XXII^e législature, 10 mai 2006, n° 343

DE SINGLY (Fr.)

Sociologie de la famille contemporaine, Armand Colin, coll. Domaines et approches, 5^e éd., 2014

DÉCHAUX (J.-H.)

Sociologie de la famille, La Découverte, coll. Repères, 2007

DOMEIZEL (Cl.), LECLERC (D.)

Transparence, équité, solidarité : les trois objectifs d'une réforme de la réversion, Sénat, 2006-2007, n° 314

GUINCHARD (S.)

L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Doc. fr., 2008

KANT (E.)

Fondements de la métaphysique des mœurs, Hachette, 3^e éd., par H. LACHELIER, 1915

Index alphabétique

A

Absence : n° 201

Âge :

- condition de formation du couple : n° 76
 - o concubinage : n°s 168 et s.
 - o couples déclarés : n°s 161 et s.
- dispense : n°s 164 et s.
- mineurs émancipés : v. ce mot

Adultère : v. fidélité

Affinités : v. inceste

Aliments : n°s 489 et s., 494, 536 et s.

- créance hypothétique : n° 536
- décès : v. pension alimentaire, prestation compensatoire
- séparation : n°s 536 et s.

Assistance : n° 480

Avantage matrimonial : n° 573

- extension hors mariage : n° 575417
- fiscalité : v. ce mot

B

Bail :

- attribution : n°s 4178 et s.
- cotitularité : n°s 388 et s.
 - o concubinage (non) : n°s 389 et s.
 - o couples déclarés : n°s 386 et s.
- continuation : n°s 48, 414 et s.
- forcé : n°s 424 et s.
- protection de l'occupant : n°s 408 et s.

- transfert : n°s 48, 412 et s.

C

Certificat pré-nuptial : n° 78

Capacité : v. majeurs protégés

Cohabitation : n°s 23 et s.

- concubinage : n°s 4141 et s.
- contractualisation : v. pacte de séparation amiable
- dématérialisation : n°s 53 et s., n° 198
- devoir entre époux : n°s 29 et s.
- devoir entre partenaires : n°s 33 et s.
- sanctions : n°s 37 et s.

Communauté de lit :

- couple : n° 70
- fondement (renouvellement) : n°s 82 et s.
- historique : n°s 71 et s.
- intention conjugale : v. ce mot
- mariage procréatif : v. mariage

Communauté de vie : n°s 21 et s.

- cohabitation : v. ce mot
- élément moral : v. intention conjugale
- hiérarchie (non) : 204
- relations sexuelles : v. ce mot

Concubinage :

- aspects historiques : n° 6
- consentement : v. ce mot
- définition : n° 231
- fiscalité : v. ce mot

- obligation naturelle : v. ce mot
- reconnaissance : n° 7
- stabilité : n°s 99, 230, 322322

Conjoint survivant :

- réservataire : n° 566
- vocation successorale : n°s 564 et s.

Consentement :

- crainte révérencielle : n°s 148
- dol : n° 141
- erreur : n°s 127 et s.
- intégrité : n°s 112 et s.
- violence : n°s 146 ets.

Couple parental : n° 5

Couple conjugal :

- définition:
 - o droit civil : n°s 4, 91, 276
 - o langage courant : n° 2
 - o loi bioéthique : n° 3
- effets : n°s 277 et s.
- identification : n°s 20 et s.

Courtage matrimonial : n°s 339339

Crainte révérencielle : v. consentement

Curatelle : v. majeurs protégés

D

Détenus : n° 200

Devoir d'assistance : v. assistance

Devoir de contribution aux charges du mariage : n°s 489 et s.

Devoir de respect : v. respect

Devoir de secours : n°s 482 et s.

- prestation compensatoire : n° 534

Domicile : n°s 51, 54

Dommages et intérêts :

- art. 266 : n° 537
- séparation : v. responsabilité du fait personnel

Donation :

- au sein du couple : n°s 579 et s.
- à terme de biens présents : n° 581
- avantage matrimonial (non) : n°s 573, 575
- concubine adultère : v. libéralités
- fiscalité :v. ce mot

Droit commun : n°s 15 et s.

Droit au logement : n°s 379 et s.

Droit temporaire de jouissance :

- concubinage : n°s 452et s.
- mariage : n°s 437et s.
- Pacs : n°s 446 et s.

E

Empêchements :

- mariage : v. inceste
- Pacs : v. inceste

Enrichissement injustifié : n° 507

Erreur : v. consentement

F

Fidélité :

- adultère :
 - o dépenalisation : n° 331
 - o libéralités : v. ce mot
- concubinage
- convention : n°s 350 et s., n°s 362 et s.
- délitement : n°s 334 et s.
- divorce : n°s 348, 353 et s.
- domaine :

- concubinage (non) : n^{os} 319 et s.
- mariage (oui) : n^o 317
- partenaires (non) : n^{os} 324 et s.
- intellectualisation : n^{os} 313 et s.
- libertinage : n^o 346
- mariage :
 - procréation : n^o 80

Fiscalité :

- avantage matrimonial : n^o 573
- donation : n^o 582
- impôt sur le revenu : n^o 55
- impôt de solidarité sur la fortune : n^o 46
- testament : n^{os} 586 et s.
- tontine : v. ce mot

I

Inceste : n^{os} 242 et s.

- affaiblissement : n^{os} 249 et s.
 - liens d'alliance (oui) : n^o 263
 - liens de sang (non) : n^o 263
- concubinage : n^{os} 269 et s.
- contrôle de proportionnalité : n^{os} 259 et s.
- domaine : n^o 247
- dispenses : n^{os} 250
 - extension : n^o 267
 - suppression : n^o 267
- famille adoptive : n^o 266
- bonnes mœurs : n^{os} 343 et s.
- fonction de l'interdit : n^{os} 246, 271
- pseudo-alliance : n^{os} 273 et s.
- sanction civile : n^o 265
- sanction pénale : n^o 244

Individualisme : n^{os} 7, 9

Intention conjugale :

- cause du couple : n^o 104
- consentement : v. ce mot
- collaboration : n^{os} 102 et s.
- communauté de lit (lien) : n^{os} 86 et s.
- divorce : n^{os} 192 et s.
- engagement ; n^{os} 96
- présomption : n^{os} 195 et s.
- rôle : n^{os} 198 et s.
- sanction : n^o 108

- situations atypiques : n^o 200 et s.

Institution contractuelle :

- domaine : n^o 572
 - extension hors mariage : n^o 575

L

Libéralités :

- concubine adultère : n^{os} 335 et s., 580
- donation : v. ce mot
- lien d'affection : n^{os} 574 et s., 586 et s.
- testament : v. ce mot

Logement conjugal :

- attribution préférentielle : n^{os} 434 et s., 461 et s.
- bail : v. ce mot
- bail forcé : v. bail
- cogestion : n^{os} 392 et s., 421
- droit temporaire de jouissance : v. ce mot
- indivision : n^{os} 397 et s., n^{os} 460 et s.
- insaisissabilité : n^{os} 399
- prestation compensatoire en nature : n^{os} 429
- société civile immobilière : v. ce mot
- tontine : v. ce mot

M

Mariage :

- consentement : v. ce mot
- dispenses
 - âge : v. ce mot
 - inceste : v. ce mot
- empêchements : v. inceste
- naturalisant : n^o 117
- procréation : n^{os} 74 et s.
- respect : v. ce mot

Majeurs protégés : n^{os} 174 172 et s.

Mineurs émancipés : n^o 172

- Monogamie** : n^{os} 209 et s.
- concubinage : n^{os} 224
 - mariage : n^{os} 215 et s.
 - Pacs : n^{os} 220 et s.
 - sanction pénale :
 - o disparition : n^{os} 238 et s.
 - o extension hors mariage : n^{os} 235 et s.
 - mariage : n^o 23

N

Nationalité : n^{os} 190 et s.

O

- Obligation naturelle** : n^{os} 509 et s.
- limitation : n^{os} 513 et s.
 - preuve de l'engagement : n^{os} 519 et s.
 - solidarité imposée : n^o 516

P

Pacs :

- consentement : v. ce mot
- durée : n^{os} 98 et s.
- empêchement : v. inceste

Pacte de séparation amiable : n^{os} 63 et s.

Pension de réversion : n^o 546 et s.

Pension alimentaire : n^o 560 et s.

- mesures provisoires : n^{os} 502 et s.

Pluralisme conjugal : n^{os} 7 et s.

Présomption de paternité : n^o 80

Prestation compensatoire : n^{os} 533 et s.

- en nature : v. logement conjugal
- imputation hors mariage : n^{os} 536 et s.

Q

Quotité disponible spéciale entre époux :

- domaine : n^{os} 571 et s.
- extension hors mariage : n^o 576

R

Relations sexuelles : v. communauté de lit

Résidence : v. domicile.

Respect : n^{os} 282 et s.

Responsabilité du fait personnel : n^{os} 523 et s.

- faute : n^{os} 526, 529
- lien de causalité : n^o 530
- préjudice : n^{os} 524 et s.

S

Société créée de fait : n^o 506

Solidarité :

- décès :
 - o donation : v. ce mot
 - o pension alimentaire : v. ce mot
 - o prestation compensatoire : v. ce mot
 - o testament : v. ce mot
- pendant l'union : n^{os} 476 et s.
 - o mariage : n^{os} 482 et s.
 - o Pacs : n^{os} 497 et s.
- séparation :
 - o créance alimentaire : v. aliments
 - o couples hors mariage : n^{os} 504, 536 et s.
 - o dommages et intérêts : v. responsabilité du fait personnel
 - o obligation naturelle : v. ce mot
 - o prestation compensatoire : v. ce mot

Secours : v. devoir de secours

Société civile immobilière : n^{os} 467 et s.

T

Testament : n^{os} 584

- fiscalité : v. ce mot

Tontine :

- concubinage : n^o 464
- fiscalité : n^o 465

Tutelle : v. majeurs protégés

V

Vices du consentement : v. consentement

Viol conjugal :

- viol entre concubins : n^o 295
- viol entre époux : n^{os} 289 et s.
- viol entre partenaires : n^o 294
- sanction légale : n^{os} 297 et s.

Violences conjugales :

- action civile : n^{os} 307 et s.
- circonstance aggravante : n^{os} 300 et s.
- droit commun : n^{os} 301, 307
- ordonnance de protection : n^{os} 307 et s.
- viol : v. viol conjugal

Table des matières

LISTE DES ABRÉVIATIONS	5
SOMMAIRE	8
INTRODUCTION	9
PARTIE 1. L'IDENTIFICATION DU COUPLE CONJUGAL.....	39
TITRE 1. LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS.....	41
Chapitre 1. La cohabitation	43
Section 1. L'exigence de cohabitation.....	43
§1. Le devoir de cohabitation des couples déclarés	44
A. La mutation d'une obligation unilatérale en un devoir réciproque entre époux	44
B. La mutation de la cohabitation en un devoir du Pacs.....	47
1. Un devoir affirmé	49
2. Un devoir non sanctionné	50
§2. L'élément de définition du concubinage	52
A. L'extériorisation du concubinage par la cohabitation	53
B. La cohabitation à l'épreuve du temps.....	56
Section 2. L'évolution de la cohabitation.....	57
§1. La dématérialisation de la cohabitation	59
A. La dématérialisation explicite de la cohabitation des époux.....	59
B. L'incertitude de la dématérialisation de la vie commune des couples hors mariage	62
§2. Le rôle croissant de la volonté dans le devoir de cohabitation	65
Chapitre 2. L'union sexuelle	71
Section 1. La mutation des fondements de l'union des chairs.....	73
§1. L'abandon progressif de la justification de l'union des chairs par la finalité procréative du mariage.....	73
§2. L'extension de la communauté de lit aux nouvelles formes de conjugalité grâce au renouvellement de ses fondements	79
Section 2. La découverte de l'intention conjugale par l'existence de la communauté de lit.....	81
TITRE 2. L'ÉLÉMENT MORAL.....	87
Chapitre préliminaire. La substance de l'élément moral.....	89
Section 1. La volonté de s'engager	89
Section 2. La collaboration.....	92
Section 3. L'intention conjugale.....	94
Chapitre 1. Le contrôle de l'intention conjugale au moment de la formation du couple	99

Section 1. Le contrôle de l'existence de l'intention conjugale	99
§1. L'exigence d'un consentement intègre	100
A. L'exigence d'un consentement intègre dans le mariage	100
1. La lutte contre la seule recherche d'intérêts patrimoniaux	101
2. La lutte contre le mariage naturalisant	103
B. L'exigence d'un consentement intègre dans le Pacs	106
C. L'exigence d'un consentement intègre dans le concubinage	109
§2. L'exigence d'un consentement lucide et libre	111
A. L'exigence harmonisée en matière d'erreur	112
1. L'appréciation objective et subjective de l'erreur dans la conjugalité	113
a. L'erreur dans le mariage	113
b. L'erreur dans le Pacs	120
2. Le rejet du dol en matière de conjugalité	123
B. L'harmonisation à achever en matière de violence	126
1. L'extension de la crainte révérencielle aux couples hors mariage	128
2. La modification du point de départ de la prescription	132
Section 2. Le contrôle de la qualité de l'intention conjugale	134
§1. L'exigence d'un âge minimum	135
A. Un âge minimum imposé aux couples déclarés	136
1. La condition commune de majorité	136
2. L'absence de dispense dans le Pacs	138
B. Un âge minimum souhaité entre les concubins	139
§2. L'accès à la conjugalité des majeurs protégés	142
A. L'accès du majeur protégé au mariage ou au Pacs	143
B. L'accès du majeur protégé au concubinage	146
Chapitre 2. La poursuite de l'intention conjugale pendant l'union	149
Section 1. Les manifestations de l'intention conjugale	149
§1. Les manifestations explicites de l'intention conjugale	150
§2. La présomption de l'intention conjugale	152
Section 2. Le rôle de l'intention conjugale	155
TITRE 3. LES ÉLÉMENTS D'ORDRE SOCIOLOGIQUE	163
Chapitre 1. La monogamie	165
Section 1. L'harmonisation civile en construction	167
§1. L'application du principe monogamique aux époux	167
§2. L'application du principe monogamique aux partenaires	170
§3. L'application du principe monogamique aux concubins	171
A. Des incertitudes nées de jurisprudences et de dispositions légales	172
B. Des incertitudes à la suite de la loi du 15 novembre 1999	175
Section 2. L'harmonisation pénale à construire	177

§1. L'extension de la sanction à tous les modes de conjugalité	177
§2. La disparition de la sanction	179
Chapitre 2. L'interdit de l'inceste	183
Section 1. Le droit positif de l'interdit de l'inceste	185
§ 1 : L'affaiblissement de l'interdit de l'inceste imputable au législateur	186
§2. L'affaiblissement de l'interdit de l'inceste imputable à la jurisprudence	189
A. L'affaiblissement imputable à la Cour européenne des droits de l'Homme.....	189
B. L'affaiblissement imputable à la jurisprudence interne.....	191
1. « Une décision incestueuse » de la Cour de cassation rendue le 4 décembre 2013	191
2. La prohibition de l'inceste confrontée au contrôle de proportionnalité	192
Section 2. Le droit prospectif de l'interdit de l'inceste	196
§1. L'harmonisation par la suppression des différences entre les empêchements à Pacs et à mariage	198
§2. L'harmonisation par l'extension de la prohibition de l'inceste au concubinage	201
§ 3 : L'harmonisation par la création d'un empêchement fondé sur la « pseudo-alliance ».....	205
CONCLUSION PARTIE 1	209
PARTIE 2. LE RÉGIME DU COUPLE CONJUGAL	211
TITRE 1. LE RESPECT AU SEIN DU COUPLE	215
Chapitre 1. Le respect par la protection contre les violences conjugales	219
Section 1. La réaction pénale	220
§1. La répression du viol au sein du couple.....	220
A. La reconnaissance du viol entre époux par le juge	221
B. La reconnaissance du viol entre époux par le législateur	225
§2. La répression aggravée des violences conjugales.....	227
A. La protection des membres du couple pendant l'union	228
B. La protection des membres du couple à l'issue de l'union	229
Section 2. L'action civile	231
Chapitre 2. Le respect par l'exclusivité conjugale	235
Section 1. L'étiollement d'un devoir imposé aux époux	237
§1. L'absence de devoir de fidélité hors mariage	237
A. L'absence de devoir de fidélité entre concubins	238
B. L'absence de devoir de fidélité entre partenaires	241
§2. L'altération du devoir de fidélité entre époux.....	245
A. L'affaiblissement du devoir de fidélité par le législateur	245
B. L'accélération de l'érosion du devoir de fidélité par la jurisprudence	247
1. La libéralité faite à la concubine adultère	248
2. Le contrat de courtoisie matrimonial.....	250
3. L'entrée définitive de l'infidélité dans les bonnes mœurs.....	252
Section 2. La montée au droit d'une fidélité choisie.....	253

§1. Le domaine d'application des accords relatifs à la fidélité	255
A. Les accords sur la fidélité entre époux	255
1. Les accords entre époux dans les divorces par consentement mutuel	257
2. La contractualisation dans le divorce contentieux	259
B/ Les accords sur la fidélité hors mariage	262
§2. Les obstacles rencontrés par les accords relatifs à la fidélité	263
A. Les obstacles relatifs au caractère impératif du devoir de fidélité entre époux en dehors de toute crise conjugale ...	264
B. Les obstacles relatifs au droit commun des contrats	267
C. Les obstacles relatifs à la sanction de la violation de la convention de fidélité	270
TITRE 2. LES MESURES RELATIVES AU LOGEMENT CONJUGAL	275
Chapitre 1. La protection du logement conjugal	277
Section 1. La protection du logement conjugal par la modification des règles de pouvoir	277
§1. La cotitularité du droit au bail limitée aux couples déclarés	278
A. La solidarité aux dettes ménagères source de la cotitularité du bail.....	280
B. L'inévitable exclusion des concubins de la cotitularité du bail	282
§2. La protection du logement conjugal par la restriction du pouvoir de disposer	285
A. L'absence de restriction des prérogatives du propriétaire hors mariage	287
B. La substitution des règles de cogestion par celles de l'indivision	290
Section 2. La protection du logement conjugal par l'insaisissabilité.....	290
§1. Le rejet du principe d'insaisissabilité du logement des époux	293
§2. Le rejet du principe d'insaisissabilité du logement des couples hors mariage	297
Chapitre 2. La protection de l'occupant à l'issue de l'union.....	301
Section 1. La protection de l'occupant par le bail.....	301
§1. La protection harmonisée en cas de vacance du logement.....	302
A. La protection par le transfert du bail	303
B. La protection par la continuation du bail.....	304
§2. L'absence de protection harmonisée en cas de concours d'intérêts sur le logement.....	306
Section 2. La protection de l'occupant par la propriété.....	308
§1. La protection de l'occupant en cas de séparation	308
A. La protection spécifique de l'occupant marié.....	310
1. La protection de l'occupant par le bail forcé.....	310
2. La protection de l'occupant par la prestation compensatoire en nature	314
B. La protection commune des couples déclarés pour le logement commun ou indivis	317
§2. La protection de l'occupant en cas de décès	318
A. La protection de l'occupant marié ou pacsé par le droit temporaire de jouissance.....	319
1. Le caractère impératif de la règle pour les époux	320
a. La vente avec réserve d'usufruit au profit du vendeur	321
b. L'exemple du bien détenu par une société civile immobilière	323
2. Le caractère supplétif de la règle pour les partenaires	325

B. L'absence de protection des concubins par le droit temporaire de jouissance	327
1. L'extension souhaitable du droit temporaire de jouissance aux concubins	327
2. L'insatisfaisant recours au droit commun pour le concubin survivant	330
a. L'achat en indivision	330
b. La tontine	333
c. La SCI	334
α. Le pacte tontinier sur les parts de SCI	334
β. Le démembrement croisé des parts de SCI	335
TITRE 3 : LA SOLIDARITÉ PÉCUNIAIRE.....	339
Chapitre 1. La solidarité au cours de l'union	341
Section 1. La solidarité imposée aux époux	343
§1. L'abandon du critère de besoin du devoir de secours.....	344
§2. La transformation de la contribution aux charges du mariage en une dette d'aliments	347
§3. La distinction souhaitable entre le devoir de secours et le devoir de contribution aux charges du mariage.....	348
Section 2. La solidarité imposée entre les partenaires	350
Chapitre 2. La solidarité à l'issue de l'union	353
Section 1. La solidarité en cas de séparation	353
§1. D'une solidarité volontaire en cas de séparation du couple hors mariage vers une solidarité imposée	354
A. La solidarité imposée par la systématisation de l'obligation naturelle.....	358
1. La montée en puissance de la conscience collective	360
2. L'impérative sévérité sur la preuve de l'engagement unilatéral	363
B. La solidarité imposée par la déformation de la responsabilité du fait personnel.....	366
§2. La solidarité imposée inspirée de la prestation compensatoire	373
A. L'entraide maximale entre les époux grâce à la prestation compensatoire	373
B. La création d'une créance alimentaire hypothétique commune à tous les modes de conjugalité.....	377
Section 2. La solidarité en cas de décès	384
§1. La solidarité légale	384
A. La solidarité soumise à l'état de besoin du conjoint survivant	385
1. La solidarité par la pension de réversion	385
a. L'exclusion des couples hors mariage du bénéfice de la pension de réversion	386
b. L'ouverture d'une brèche dans le principe d'exclusion des couples hors mariage	389
2. La solidarité par la pension alimentaire.....	392
B. La solidarité indépendante de la situation de besoin du conjoint survivant	396
§2. La solidarité volontaire entre les membres du couple	402
A. Les mécanismes propres au mariage	402
B. Les mécanismes offerts à tous les couples	409
1. La donation au sein du couple	409
2. Le testament entre les membres du couple	414
CONCLUSION PARTIE 2	423

CONCLUSION GÉNÉRALE	425
BIBLIOGRAPHIE	429
Ouvrages généraux	429
Monographies.....	433
Articles	440
Notes sous arrêt.....	475
Divers	490
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	491
TABLE DES MATIÈRES	497

Thèse de Doctorat

Jean-Baptiste SCHWART

Recherche sur l'existence d'un droit commun du couple

Research on the existence of a common law of couple

Résumé :

Au lendemain de la loi du 15 novembre 1999, les différences entre le mariage, le Pacs et le concubinage étaient significatives tant du point de vue des conditions de formation et de dissolution que des effets pendant l'union ou à l'issue de celle-ci. Néanmoins, depuis la loi du 23 juin 2006, les points de convergence entre les modes de conjugalité se sont multipliés, à tel point que certains ont pu voir émerger un droit commun de la formation, des effets et de la rupture du couple.

L'étude d'un éventuel droit commun du couple a tout d'abord nécessité d'identifier la notion de couple, comme notion unitaire habile à transcender les différents modes de conjugalité. La recherche a fait apparaître que le couple se comprend comme la relation de deux personnes qui partagent un toit, un lit et des sentiments, dans le respect de certaines valeurs morales et sociales considérées comme fondamentales, telle la prohibition de l'inceste.

Si la vie de couple des époux, des partenaires et des concubins présente, certes, des traits communs, ces différents modes de conjugalité révèlent surtout des effets hiérarchisés, du plus protecteur au moins protecteur. Bien que l'on puisse constater l'émergence de certaines règles communes organisées spécialement autour du respect et de la solidarité, des différences notables subsistent. Si certaines d'entre elles pourraient être gommées, comme en matière de protection de l'occupant du logement conjugal après le décès, la recherche a montré qu'un pluralisme conjugal doit être préservé afin de respecter la volonté du couple ayant exprimé, à travers le choix d'un mode de conjugalité, son désir de se soumettre à plus ou moins de droits et de devoirs. En définitive, et à ce jour, l'affirmation selon laquelle il existerait un droit commun du couple est donc apparue comme exagérée, pour ne concerner qu'un domaine résiduel.

Mots clés :

Mariage, Pacs, concubinage, communauté de vie, vie commune, droit commun, couple, solidarité, respect,

Abstract

Originally, the differences between marriage, French Civil Partnership (Pacs) and cohabitation were significant both from the point of view of the conditions of formation and of the effects during or after the union. Over reforms, similarities between the different types of unions have increased, to the point where, according to some, a common law for couples becomes a reality. However, despite the similarities, the law reforms gave rise to disparate rules but in no way to a common law for couples.

The convergence between the different types of couples is undeniable, but the rules on couples tend to accumulate in a disorganised manner. From the heterogeneity, two fundamental values appear : respect and solidarity. Therefore, if *de lege lata*, it is an exaggeration to assert that the common law of couple is a reality, however the emergence of common rules about the different types of couple is a reality. The common law is embryonic.

De lege ferenda, in general terms, a balance must be struck between a common law for couples. based on a humanistic approach and the preservation of conjugal pluralism.

Key Words :

Family Law, patrimonial family law, marriage, Pacs, cohabitation, couple, common law, live together, respect, solidarity, accomodation, unions.