Droit civil – première année – Pr. D. Mainguy
Introduction générale au droit, droit des personnes, droit de la famille

UNIVERSITE DE MONTPELLIER I
FACULTE DE DROIT

Droit Civil, 1ère année de droit (L1) 2009–2010

Les personnes, la famille

Volume I Les personnes physiques

D. Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier,
Directeur du Centre de droit de la consommation et du marché

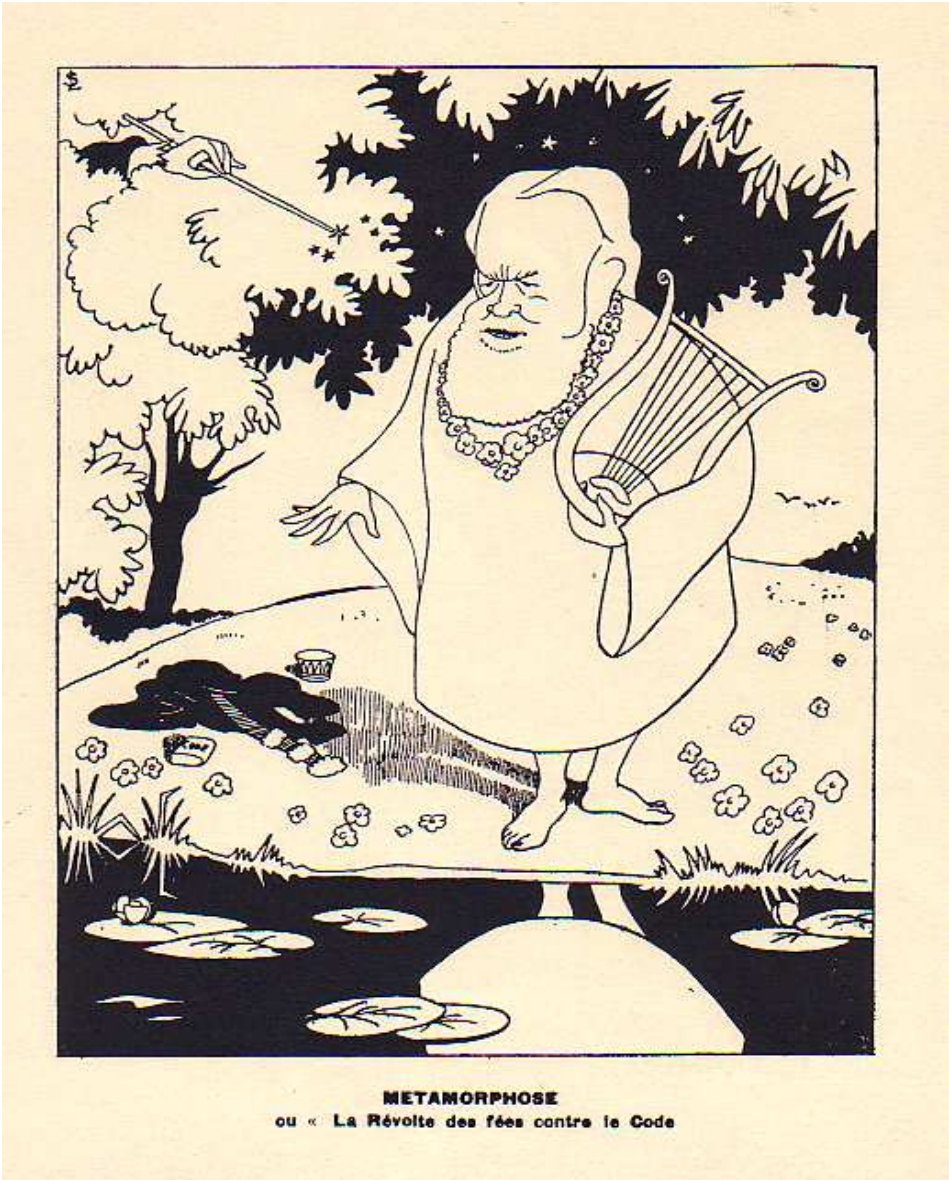


Illustration de Lucien Solanet, « Le Droit s'amuse », Les éditions des Arceaux, 1958. : **E. Morin, éminent professeur à la faculté de Droit de Montpellier ici croqué avait publié en 1938 un ouvrage resté célèbre :** ***La révolte des faits contre le Code.***

DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE

Présentation introductive

Après l'introduction générale à l'étude du droit vient le temps de l'étude, plus technique, des règles du droit privé, les premières.

Celle-ci débute en première année et s'achève, en 4ème année, ou en 5ème,… ou jamais, pour certains.

La première année de droit est, essentiellement, une année de découverte, découverte de la faculté, découverte des études supérieures, découverte de la matière...

C'est la raison pour laquelle, à la Faculté de droit de Montpellier, nous avons choisi d'étudier le *droit des personnes* et le *droit de la famille*¸ matières plus aisément accessibles que d'autres, comme le droit des obligations (2ème année), le droit des biens ou des contrats (3ème année), des sûretés, des régimes matrimoniaux ou des successions (4ème année).

Cette progression sera étayée par un **cours polycopié, diffusé en ligne**. Chacun de ces polycopiés (il y en aura vraisemblablement six) sera présenté au fur et à mesure de l'avancée du cours, sous un format pdf.

En termes de **méthode**, si les personnes reçoivent une certaine considération dans le Code civil, il n'en est pas de même de la famille, traitée dans le Livre I du Code civil, avec les personnes. Il est vrai que les liens entre les deux institutions sont très étroits : la famille est un groupement de personnes, le groupement de personnes par excellence (avec d'autres, comme l'association, la société) qui développe ses propres intérêts, *l'intérêt de la famille*, susceptible de transcender la somme des intérêts des personnes qui la composent.

L'importance de la famille se manifeste sur divers plans. Social en premier lieu, le corps de règles du Code civil étant assisté d'un Code de l'Action sociale et de la famille (CASF) en matière de protection de l'enfance, d'aides sociale, ou bien encore la question des allocations familiales. Sociétal également : si la famille dite « traditionnelle » faite de personnes mariées et avec enfant demeure une référence sinon un modèle, la famille du début du XXIème siècle est traditionnelle, éclatée, recomposée, monoparentale, homoparentale, internationale, mariés, pacsée ou en concubinage, etc. Politique : un ministère chargé des affaires familiales demeure et développe une politique de la famille, en matière sociale comme déjà vu mais encore fiscale. Juridique enfin, bien entendu, avec des conceptions de la famille qui dépendent des circonstances sociétales, de la domus dominée par le *pater familias* romain, au foyer, dans lequel se développent des échanges humains et financiers, soit en application de la loi (régime matrimoniaux, successions) soit sous forme de

conventions, entre membres de la famille (conventions matrimoniales, libéralités) soit d'un membre de la famille qui la représente avec des tiers (logement familial, dépenses nécessaires à l'entretien de la famille, etc.).

Dans ce contexte, la *personne* est la base de la *famille* mais pas uniquement, la personne étant considérée en tant que telle, d'une part parce que des personnes peuvent nouer des relations autres que familiales, des sociétés, des contrats, des relations fondées sur des faits juridiques, mais également parce que la personne est la base des règles du droit civil, *le sujet de droit*, sujet de droit dont la considération est l'héritière des théories philosophiques libérales du XVIIè et XVIIIè siècle, fondement de l'individualisme philosophique, puis juridique.

La personne, sujet de droit, est l'entité à la base du développement humain et social et sa considération individuelle, indépendamment donc du groupe auquel elle pourrait appartenir (corporation, société, nation), la rend apte à être titulaire de droit : être propriétaire, contracter, ester en justice.

Les règles du Code civil ont été, après avoir été adoptées sur cette base, en 1804, globalement stables jusqu'à la fin de la seconde guerre mondiale, sauf quelques ajustements ou réformes, notamment pour admettre une (relative jusqu'en 1985) égalité entre hommes et femmes.

Le renouveau du droit des personnes et de la famille a commencé en 1964, sous la houlette de jean Foyer, alors ministre de la Justice qui avait confié à Jean Carbonnier le soin de procéder aux réformes nécessaires en la matière.

Il en résulté un renouveau total, souvent objet de renouvellement depuis d'ailleurs assez ordonné jusqu'à la fin des années 1970 puis plus désorganisé et surtout double, à la considération de al personne physique comme sujet de droit, la personnalité juridique, s'étant ajouté la considération de la personne en tant que telle, le droit de la personne humaine : l'appropriation de son corps, des éléments de son corps, les conventions ayant pour objet le corps, les éléments du corps, les expérimentations scientifiques sur le corps, etc. à la suite des grands bouleversements scientifiques d'alors, les premières FIV, l'expérimentation sur embryons, les conventions de mère porteuse, etc. mais également la considération juridique de question jusqu'alors ignorées ou tabous, l'euthanasie, le transsexualisme, etc.

Ces réformes sont, sans exhaustivité, les suivantes :

- 14 déc. 1964, réforme des tutelles
- 13 juill. 1965, réforme du mariage et des régimes matrimoniaux,
- 11 juill.1966, réforme de l'adoption
- 3 janv. 1968, réforme des incapacités
- 4 juin 1970, réforme de l'autorité parentale
- 3 janv. 1972, réforme de la filiation
- 11 juill. 1975 réforme du divorce
- 1975, loi Veil sur l'avortement
- 28 déc. 1977, réforme de l'absence
- 22 juill. 1987, réforme de l'autorité parentale
- 8 janv. 1993, réforme de l'autorité parentale et « *toilettage* » général
- 29 juill. 1994 Lois bioéthique
- 5 juill. 1996 réforme de l'adoption
- 30 juin 2000, réforme des prestations compensatoires
- 3 déc. 2001 Réforme des successions ;
- 4 mars 2002, réforme du nom ;

- 18 juin 2003, Dévolution du nom de famille
- 26 mai 2004, réforme du divorce
- 6 août 2004 réforme des lois « bioéthique » ;
- 4 juill. 2005 réforme de la filiation
- 23 juin 2006, réforme du droit des successions et toilettage des règles en matière de mariage, du nom, du Pacs, etc.
- 2007, réforme des incapacités

Il convient d'ajouter les règles prévalant en matière de droit européen ayant pour source la Convention européenne des droits de l'homme à l'impact considérable sur le droit interne, la protection constitutionnelle assurée par le conseil constitutionnel et relayé demain par le juge judiciaire, les règles internationale comme le pacte international des droits civiques et politique de new York de 1966, la convention sur les droits de l'enfants de 1989, etc.

L'évolution est considérable : en droit de la famille bien entendu, le nom de famille rompt avec une tradition séculaire d'attribution du nom du père, la famille n'est plus divisée en famille légitime et naturelle, l'autorité parentale est détachée de la garde, le divorce est simplifié à l'extrême, trop diront certains.

Mais c'est surtout le cas du droit des personnes : la révolution juridique en la matière est globalement à la hauteur de la révolution scientifique, éthique, philosophie, biologique, génétique, etc. dont les **Etats généraux de la bioéthique**, en 2009, ont notamment rendu compte, lesquelles dépassant le seul cadre de la bioéthique, dont la sémantique renvoie à des préoccupations de droit de la santé (peut-on breveter un gène, un procédé établi à partir d'un gène, peut-on cloner une personne humaine, peut-on réaliser des expériences sur le corps humain, sur les embryons, peut-on on vendre son corps, des parties de son corps) dont les enjeux donnent le tournis, ce sont bien des préoccupations de droit de *la* personne dont il s'agit.

Le droit des personnes associe désormais deux réalités :

– une première réalité, classique, s'intéresse à la personne juridique, identifiée à la personnalité juridique, laquelle identifie une conception abstraite, détachée de la personne humaine, et qui peut s'attacher à des entités non humaines (société, association, collectivité ou établissement public, organisation, internationale, etc.) et aux questions de protection de la personne notamment à travers la question de la capacité juridique et des incapacités, des mineurs et des majeurs.

– une seconde approche, beaucoup plus profonde, s'attache à la personne prise comme substance, comme réalité cellulaire, et pose la question de la considération juridique de la personne humaine, du corps humain, des éléments et des produits du corps humain, notamment depuis la loi bioéthique de 1994 révisée en 2004. L'intérêt est d'une part de lever le voile sur ce tabou juridique :le corps humain entre dans le champ du droit civil, par la grande porte, d'ailleurs, un chapitre intitulé « Du respect du corps humain » étant intégré depuis 1994 dans le Code civil, et d'autre part, de poser les questions du rapport juridique d'une personne sur son corps et donc, celle de l'appréhension juridique du corps humain : relève-t-il du champ de la personne (donc des non-choses), des droits de la personnalité ou bien doit-on, assez logiquement et en suivant les travaux essentiels de chercheurs récents, synthétisés notamment (lorsqu'ils n'ont pas été dirigés par ceux-ci) par Frédéric Zénati et Thierry Revet (Droit des personnes, Puf, 2007) que la personne juridique

dispose de droits sur la personne humaine, alors considérer comme objet de droit et, allant plus loin comme une chose, mais une chose bizarre, extraordinaire, une *chose humaine* au régime particulier ? Telle sera l'une de appréhension de ce cours, non pas la seule, mais assurément la plus essentielle.

« Tout le monde il est beau » (Zazie, artiste interprète)
*« Tout le monde il beau, tout le monde il est gentil » (*Jean Yanne, Cinéaste*)*
« Ce billet que voici
Ne peut pas t'accorder une goutte de sang ;
« Une livre de chair », ce sont les propres termes,
Tiens-t-en à ton billet, prends ta livre de chair,
Mais si en la coupant, tu verses une seule
Goutte de sang chrétien, tes terres et tes biens
Devront être, en vertu des lois de la cité,
Confisqués au profit de l'Etat de Venise »
(W. Shakespeare, Le marchand de Venise, IV, 1, 12)

PARTIE I - LES PERSONNES ET LES INCAPACITES

Les personnes sont les sujets de droit, les sujets du droit et, à ce titre, les unités élémentaires du droit. On présente cela généralement comme une évidence alors qu'il s'agit de l'une des plus grandes avancées de ces trois cent dernières années : l'irruption de la souveraineté de l'homme sur sa propre personne pour les lumières écossaisses, Hobbes en particulier, avec plusieurs types de réponse, celle, individualiste et libérale, fondée sur les passions et les intérêts, de la guerre entre des hommes libres et égaux doués d'une égale capacité à avoir des désirs et d'une égale capacité à pouvoirs les satisfaire, en appelant pour résoudre ce conflit au Leviathan, le Monarque absolu, ou bien au contraire, celle de Locke fondée sur la coopération, rendue possible par l'apport de Hume et le dilemme du prisonnier, l'ensemble fondant très largement l'essentiel de la philosophie libérale, jusqu'à John Rawls, ou bien au contraire fondée sur les vertus, incarnées dans la République et le contrat social de Rousseau.

Le sujet de droit donc, en une conception dynamique de la personne : une entité douée d'intérêts capable de conclure des contrats et de s'insérer dans le *commerce juridique*, seules des personnes pouvant s'adonner au commerce juridique (être propriétaire, contracter, ester en justice) lequel a pour objet essentiellement (et en principe) des choses, c'est-à-dire des non-personnes. Les personnes sont en effet opposées aux choses, comme nous l'avons déjà étudié.

Etre une ***PERSONNE***, c'est en principe être apte à être titulaire de droits, c'est disposer de la personnalité juridique. C'est ce que nous étudierons dans un *Titre premier*.

1ère remarque : la personne ainsi considérée relève d'une conception abstraite, détachée de la réalité humaine de la personne. La personnalité juridique peut ainsi ne pas être reconnue à une personne humaine, comme ce fut le cas de l'esclavage, reconnu en France jusqu'en 1848 et comme c'est encore le cas dans certains pays du monde, par la mort civile (cf. infra), ou bien encore par la reconnaissance de la personnalité juridique à des fictions comme des sociétés, des associations, des « personnes » publiques, des collectivités locales, des établissements publics, des organisations internationales, etc.

Sur cette considération, se développent des règles qui ont longtemps été l'essentiel des règles du droit des personnes fondées sur l'identification des personnes, l'action des personnes (les droits et liberté, liberté d'information, protection de la vie privée, etc.) ou leur protection. La faculté d'une personne d'être un sujet de droit peut parfois en effet être amoindrie ou paralysée par une inaptitude à exercer les droits dont on est titulaire. Cet amoindrissement ou cette paralysie feront l'objet du *Titre second* consacré aux ***INCAPACITES***.

L'ensemble constitue ce que l'on appelle traditionnellement **le droit des personnes,** dont le Code civil fut, en 1804, le premier grand système de régulation. Auparavant, la personne humaine était peut-être l'objet d'attentions juridiques, mais pas avec autant d'assiduité et surtout, en 1804, le droit des personnes devient un *droit civil des personnes*, entendons un droit étatique, nationalisé, des personnes. Comparons un système de droit civil, le nôtre, et un système de droit non civil, religieux notamment comme il est pratiqué dans nombre de pays arabes, le cas du Liban étant symptomatique. Une personne est tout à la fois titulaire d'une citoyenneté, libanaise, et confessionnelle, maronite, grecque catholique, grecque orthodoxe, arménienne, catholique, protestant, druze, chiite, sunnite, etc. Chaque confession propose alors sont propre système juridique assurant les règles au mariage, aux incapacités, à la filiation, fondant ce que l'on appelle *le statut personnel*, ce qui emporte des difficultés particulières en cas de rapports interconfessionnels : quelle règle s'applique, quelle juridiction (ecclésiale) est compétente, etc. Un système de droit, tel que le droit français en assure le modèle est donc, tout à la fois une exigence laïque et d'ordre public en raison des principes qui sous-tendent le droit civil : le droit civil est en premier garanti par l'Etat, un Etat démocratique, il assure l'égalité civile et reconnaît la personnalité juridique à tous.

2ème remarque : le droit des personnes s'enrichit d'une considération, nouvelle sur l'être, la personne en tant que telle, en tant que personne humaine, le corps humain, son appropriation le statut du génome, les expériences génétiques, la biopharmacie, la bioéthique, les conventions sur les éléments du corps humain, mais aussi La question, aujourd'hui, les passions nouées autour d'une réforme quelconque en la matière, qu'il s'agisse de bioéthique, d'avortement, de nationalité (question que nous n'aborderons pas cette année), montrent que l'enjeu d'une telle « nationalisation » du droit civil n'est pas neutre.

TITRE I - LES PERSONNES

La fresque de Michel Ange qui orne le plafond de la Chapelle Sixtine – le les doigts tendus de Dieu et d'Adam – à Rome est censée exprimer l'origine divine de la personne humaine. De façon totalement inverse, Aldous Huxley, dans *Le meilleur des mondes*, montre l'horreur et la bêtise d'une civilisation totalement différente de la nôtre : Dieu y est remplacé par Henri Ford, le machinisme, la productivité, l'organisation étant roi, les hommes sont distingués en catégories : les alpha +, les alpha, les béta, etc, jusqu'à les epsilon sortes de gnomes esclaves, mi animaux mi humains, par sélection à la gestation, artificielle bien entendu, toute idée de reproduction humaine étant bannie.

Le droit des personnes est en effet totalement tributaire du choix de société réalisé : un système *subjectif*, fondé sur la personne comme sujet de droit, et les relations nouées autour de la personne.

Dans notre système juridique, tel qu'il découle de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les personnes sont les sujets de droits, les seuls sujets de droit. En même temps, toutes les personnes sont des sujets de droit. Jusqu'en 1848 pourtant, en France, et ailleurs dans bien des pays (aux Etats-Unis jusqu'à la fin de la guerre de sécession, dans d'autres bien après), l'homme pouvait être une non personne, c'est-à-dire une chose, par l'esclavage.

La déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 bannit aujourd'hui, par son article 6, l'esclavage, en proclamant que « chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique ».

Si l'animal peut faire l'objet d'une protection légale, il n'est pas sujet de droit et ne peut avoir de droits : l'animal est comme les choses inanimées, une chose, un *objet* (voir J.-P. Margueneau, *"L'animal en droit privé"*, PUF, septembre 1992).

De même, l'environnement bénéficie d'une protection, demain d'origine communautaire, le végétal, le minéral ne sont pas des sujets de droits, ils ne sont pas des personnes.

Est ainsi vérifiée la *summa divisio* fondamentale entre les personnes, sujets de droit, et les choses, objets de droit.

Quand il dénombre les sujets de droit, le Droit civil reconnaît chacun d'entre nous en tant que personne humaine et, mieux, en tant que ***PERSONNES PHYSIQUES*** (SOUS-TITRE I). Mais le Droit reconnaît également les sociétés, les associations, les syndicats : ce sont les ***PERSONNES MORALES*** (SOUS-TITRE II).

SOUS-TITRE I - LES PERSONNES PHYSIQUES

Nous avons le sentiment que du seul fait que nous vivons, nous disposons de *droits inhérents* à tout être humain; en ce sens, nous disposerions tous des mêmes droits, nous serions tous égaux en droit.

Mais, dans le même temps, nous éprouvons aussi le sentiment que chacun est *unique* et que chaque être est différent en considérant son âge, son sexe, sa famille, sa nationalité, sa profession.

Le statut juridique que le Droit civil donne aux personnes physiques reflète cette dualité.

- Sous certains rapports, tous les êtres sont semblables : les personnes ont, sous le couvert de l'égalité civile, la même personnalité juridique.
- Sous d'autres rapports, le droit consacre une distinction civile des personnes en réglementant leur identité : chaque individu est dans une situation propre qui constitue son état-civil.
- Surtout, sous un rapport totalement nouveau, les personnes sont unique en tant que personne humaine et développe un rapport, juridique, sur leur propre corps, original et en cours d'élaboration, à l'intersection entre la philosophie, la morale, la sciences, l'économie…et le droit qui fusionne tout ces intérêts pour fonder les règles du **droit de la personne humaine**.

Nous étudierons dans un premier temps la *PERSONNALITE JURIDIQUE* et l'égalité civile (Chapitre 1), dans un second temps *L'IDENTITE JURIDIQUE ET L'ETAT CIVIL* (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LA PERSONNALITE JURIDIQUE ET LA PERSONNE HUMAINE

Le principe fondamental premier en droit civil est celui de **l'égalité civile** proclamé par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « tous les hommes naissent libres et égaux en droit » mais également celui de la souveraineté d'une personne sur elle-même qui fonde le principe, ancien, de l'assise

des droits et libertés des personnes sujet de droit, mais également le principe, nouveau de la *considération de la personne humaine.*

Cette égalité juridique est virtuelle, ou plus exactement, simplement juridique : elle n'a pas pour fonction d'assurer concrètement à tous la jouissance des mêmes avantages économiques ou de la même position sociale. L'égalité civile n'est donc pas une égalité économique ou sociale.

Dire que tous les individus sont égaux en droit signifie que tous sont des personnes juridiques dont l'existence doit être mesurée (étant entendu qu'il aurait été possible de développer ici, une présentation générale de la personne, qu'elle soit physique ou morale, puisqu'il s'agit essentiellement de baliser le champ de la personnalité juridique, donnée abstraite commune aux deux institutions) (Section 1), que tous les être humaines bénéficient, en tant que tels, d'une certaine protection et surtout d'une considération (Section 2).

SECTION 1 - L'EXISTENCE DE LA PERSONNE

A première vue, la personnalité juridique apparaît avec le début de la personnalité juridique, dont la *naissance*, (§ 1) et disparaît avec la *mort* (§ 2).

A plusieurs égards, ce n'est qu'une approximation notamment parce qu'il y a un état d'incertitude entre la vie et la mort : *les doutes sur l'existence de la personne :* l'absence et la *disparition* (§ 3).

§ 1 – LE DEBUT DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

La personnalité commence avec la naissance et s'achève avec la mort. Ce principe est connu (I), il rencontre cependant des limites et surtout bien des difficultés d'application (II), la question étant dominée par les conséquences de la personnalité juridique, la possibilité de disposer d'un patrimoine, de succéder, ce qui suppose une certaine autonomie physique, en premier, de conscience ou de discernement en second, question qui relève du traitement de la capacité et des incapacités (cf. infra).

I – LE PRINCIPE : LA NAISSANCE

A – Enoncé du principe

En principe, tout homme acquiert la personnalité juridique par le seul fait de sa naissance. La naissance est donc juridiquement distinguée de la procréation, laquelle ne fait pas apparaître la personne, au sens juridique du terme, en serait-ce que parce que l'embryon, le fœtus, l'enfant à naître ne sont pas distingués du corps de la mère.

Aussi la naissance doit être *déclarée* à la mairie du lieu d'accouchement dans les *trois* jours de celui-ci (art.55 C.civ.). La charge en incombe au père ; en pratique

celui-ci, nanti d'un document attestant la naissance de l'enfant réalisé par la sage-femme qui a assisté la mère, se présente en mairie (art.56 C.civ.).

L'officier d'état civil dresse l'acte de naissance. Dans cet acte de naissance, il n'est pas obligatoire d'indiquer le nom du père ni celui de la mère. Ces indications, quand elles seront faites produiront des conséquences importantes au plan de la filiation (art.57 C.civ.).

B – Conditions d'application du principe

Pour être une personne, l'enfant doit naître ***vivant*** et ***viable***.

Les enfants morts-nés ou nés vivants mais non viables ne sont pas des personnes (ex. art. 725-2° C.civ.). L'article 725 dispose en effet, dans sa rédaction datant de la loi du 3 décembre 2001 que *« pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable »*.

L'article 318 du Code civil (ancien art. 311-4) du Code civil pose de façon plus générale que *« aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable »*.

Un enfant naît *vivant* lorsqu'à sa naissance il respire complètement. La *viabilité* est la capacité naturelle de vivre. Le pouvoir d'appréciation de ces qualités est laissée au médecin.

Toutefois, la considération, ne serait-ce que de la souffrance morale, de la mère qui met au monde un enfant mort-né, et surtout en 1804 où la mortalité infantile était considérable de l'ordre de 300/1000 (et de l'ordre de 4/1000 aujourd'hui, contre 50/1000 dans les années 1950) a conduit à admettre *l'acte de présentation d'une enfant sans vie*, dès 1806, solution reprise dans la loi du 8 janv. 1993 (C ; civ., art. 79-1, al.2). Quelles en sont les conditions ? On admettait un délai, 22 semaines et un poids, 500g, notamment dans une circulaire de 1993, jusqu'à un arrêt, très discuté, du 6 février 2008 (06-16498**,** 06-16499, 06-16500, JCP, 2008, II, 10045) qui a admis qu'un tel acte, dans l'article 79-1, al. 2 ne supposait pas une condition particulière de développement de l' « enfant » sans vie (les guillemets se justifie pour ne pas confondre la notion d'enfant, qui suppose l'existence d'une personne, et l' « enfant sans vie » qui n'a pas accédé à la considération de la personne juridique).

Exemple 1.– Les médecins estiment certaine la non viabilité pour un enfant hydrocéphale (présence d'une trop grande quantité de liquide céphalo-rachidien dans le cerveau). Le pouvoir ainsi conféré à la médecine est redoutable.

Exemple 2. – Une femme enceinte apprenant la mort de son mari accouche subitement. L'enfant, né vivant, décède peu après.

- Si l'enfant était viable : il a hérité, un court instant, de son père. A la mort de l'enfant, c'est la mère qui, à son tour, hérite.

- L'enfant n'est pas né viable. Il n'a jamais hérité, l'héritage du père va aux parents du mari. C'est à celui qui conteste la personnalité d'un enfant rapidement décédé de démontrer que celui-ci n'était pas né viable.

Exemple 3. – Une femme décède en mettant au monde un enfant :

- L'enfant n'est pas viable, il n'a pas hérité, les autres enfants ou les parents de la mère héritent de celle-ci.
- L'enfant est né viable, il a hérité de la mère, il décède peu après, son père hérite de l'enfant.

II – LES LIMITES ET DIFFICULTES D'APPLICATION

Infans conceptus… Selon un adage, dont les articles 725 et 906 du Code civil s'inspirent, l'enfant est réputé né du jour de sa conception s'il y trouve un intérêt, intérêt successoral notamment : « ***infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*** ».

L'article 725 et 906 posent cependant une condition à l'application des règles du droit civil à l'enfant simplement conçu, il faut en effet qu'il naisse vivant et viable.

Conséquences :

- L'enfant peut recueillir une succession qui s'est ouverte pendant sa gestation, avant sa naissance (art.725 C.civ.).

- Il en va de même pour les donations et les legs (art.906 C.civ.).

- Si l'enfant est un enfant naturel (c'est-à-dire que les parents de l'enfant ne sont pas mariés), il peut être reconnu par son père ou sa mère avant sa naissance.

Bien plus, la loi va parfois au-delà de l'adage. Ainsi la loi du 13 juillet 1930 permet de contracter une assurance sur la vie au bénéfice de l'enfant à naître et qui n'est pas encore conçu (art. L.132-8 al.3; v. Cass. civ. I, 10 déc. 1985, D.1987, p.449). Mais c'est une exception.

Autre est la question du statut de l'embryon ou du fœtus, qui relève de la considération de la personne (cf. infra, Section 2).

§ 2 – LA FIN DE LA PERSONNE PHYSIQUE : LA MORT

La personnalité juridique cesse avec la mort, puisque la personne prise en tant que sujet de droit douée d'intérêts, cesse avec le décès de cette personne.

Le droit français ne connaît plus la « mort civile » abolie par une loi du 31 mai 1854, qui frappait les condamnés à de lourdes peines. Les « morts civils », bien que vivants, étaient dépourvus de toute personnalité juridique. Ils n'étaient plus sujets de droit (religieux prononçant des vœux perpétuels, condamnés à des peines

afflictives et infamantes). Par conséquent, ils étaient déchus de toute capacité juridique, d'exercice et de jouissance, et une succession s'ouvrait, comme en cas de décès « physique ».

Désormais, tout homme conserve sa personnalité jusqu'à sa mort physique, médicale. L'article 718 du Code civil ne connaît plus que le décès comme cause d'ouverture d'une succession. La personnalité juridique dure autant que la vie et les conséquences juridiques d'un décès sont très importantes : dissolution d'un régime matrimonial, si la personne décédée, le *de cujus* (ce qui vient de la locution *de cujus successionis*, de la personne dont on succède, dans le vocabulaire du droit des successions), était mariée, dévolution de ses biens par l'effet d'une succession ou de l'effet des libéralités, rupture des contrats conclus *intuitu personae* (en considération de la personne, Cf ; M. Béhar-Touchais, *Le décès du contractant,* LGDJ, 1988), notamment.

S'agissant alors de la seule mort naturelle, celle-ci soulève des problèmes qui tiennent à sa preuve (I) et à ses effets (II).

I - LA PREUVE DE LA MORT

Le décès médicalement constaté, doit être déclaré à l'officier de l'état civil.

Puis, comme la naissance, la mort doit être constatée dans un acte de décès dressé par un officier d'état civil (de la commune où a eu lieu le décès, art.78 C.civ.).

Mais pour que soit dressé un acte de décès, encore faut-il :

1. – Qu'il y ait eu vie : si un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée :

– Si un certificat médical atteste que l'enfant était né vivant et viable (en précisant ses jours et heures de naissance et de décès), l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès (C.civ. art.79-1 al.1).

– A défaut, il dresse un acte d'enfant sans vie, inscrit à sa date sur les registres de décès et ne préjugeant pas de savoir si l'enfant a vécu ou non; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur cette question, dans les conditions déjà vues.

2. – Qu'il y ait un corps, un cadavre : si le corps du défunt, bien que le décès soit certain, n'a pu être retrouvé, un acte de décès ne saurait être rédigé. Un jugement déclaratif de décès, rendu par le tribunal de grande instance (si la mort s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France, le tribunal compétent est celui du lieu où la mort s'est produite; à défaut, compétence appartient, en principe, au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt, C.civ. art.89) à la demande du ministère public ou de tout intéressé - hériter notamment -, en tiendra lieu (C.civ. art.88 al.3).

3. – Qu'il y ait mort, qui est un tabou juridique, non défini par la loi et qui, pour la Cour de cassation est une question de fait laissé à l'appréciation des juges du fond (donc aux médecins). Le sens commun y voit un arrêt du cœur qu'un simple examen clinique permet de constater, sans donc qu'il soit nécessaire qu'il résulte d'un constat médical (non nécessaire d'ailleurs pour déclarer un décès). Cependant, l'arrêt cardiaque est un signal physique de la mort et non la mort elle-même, laquelle résulte de l'arrêt des fonctions cérébrales.

Aussi, la définition de la mort fait l'objet d'un décret du 2 décembre 1996 (C.s.p., art. L. 671-7 et R. 671-7-1), pris pour permettre le « prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques ».

Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, trois des quatre critères suivants doivent être observés pour qu'un constat de décès soit effectué :

– absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée
– abolition de tous les réflexes du tronc cérébral
– absence totale de ventilation spontanée
– examen précis pour vérifier le caractère irréversible de la destruction encéphalique.

II - LES EFFETS DE LA MORT

La mort entraîne en principe la disparition de la personnalité du défunt. Que deviennent alors les droits et actions attachés à la personne du ***de cujus*** dont celui-ci était le titulaire, le sujet :

– Certains disparaissent : ce sont les droits viagers (ex. : l'usufruit).

– Mais la plupart des droits du défunt survivent à ce décès : ils sont transmis ***par succession*** aux héritiers (droit de propriété, droit de créance et dettes). Les héritiers sont les continuateurs de la personnalité du défunt.

– D'autre part, bien que la personnalité disparaisse au décès, elle peut encore produire certains effets ultérieurs (c'est ce qui explique l'effet obligatoire du *testament* qui par hypothèse ne prend effet qu'au décès du testateur).

C'est notamment le cas de certains droits de la personnalité. Ainsi le droit d'auteur survit pendant 70 ans, au profit de ses héritiers, au décès de l'auteur, tandis que le droit moral de l'auteur est imprescriptible. De même certains droits demeurent (ou naissent) comme le droit au respect du corps de la personne humaine, comme le tribunal de grande Instance de Paris l'avait admis à la suite de la publication de la photographie de la dépouille de F. Mitterrand (TGI Paris, 13 juill. 1997, D. 1997, p. 255), par ailleurs pénalement sanctionné (C. pén., art. 225-17, al. 1er).

§ 3 – LES DOUTES SUR L'EXISTENCE DE LA PERSONNE : L'ABSENCE ET LA DISPARITION

Le décès emporte la disparition de la personne mais, demeure une incertitude lorsqu'une personne a physiquement disparu.

L'hypothèse est la suivante : une personne disparaît, un beau jour, sans qu'on sache avec certitude si elle est ou non décédée. Ce peut être une ***absence***, une personne qui, tout d'un coup n'est plus présente sans que l'on puisse savoir ce qu'elle est devenue, partie, enlevée, décédée accidentellement, nul ne le sait. Ce peut être une ***disparition*** la personne n'est plus présente mais il de forte présomption qu'elle soit décédée. On évoque bien entendu le cas des disparitions d'enfants mais bien des adultes disparaissent également ; c'est également le cas de disparitions accidentelles. A l'occasion d'une catastrophe climatique ou du crash d'un avion, voire de situation ordinaires de la vie courante, des personnes ont disparu.

Quelle est alors la situation de la personne qui est ainsi absente ou disparue ? Que deviendra son patrimoine ? Son conjoint peut-il se remarier ?

La solution est différente selon le degré de certitude du décès et le droit français connaît deux régimes : celui de *L'ABSENCE* (I) et celui de *LA DISPARITION* (II), dans un ordre croissant de vraisemblance de mort.

I - L'ABSENCE

L'absence est l'état dans lequel se trouve un individu dont on ne sait pas s'il est vivant ou mort. C'est celui qui annonce qu'il descend chercher un journal (on disait autrefois des cigarettes) et qui ne rentre pas chez lui. Est-il parti avec une autre femme (cf. *Le bonheur est dans le pré*, d'Etienne Chatiliez, 1995), s'est-il engagé dans la Légion étrangère pour échapper à on ne sait quel destin, a-t-il été enlevé par des terroristes martiens, a-t-il été victime d'un accident, hospitalisé et amnésique ?

Le mystère de cette absence, de cette non-présence, est précisément encadré par la loi. Seuls les non-présents sont visés : on peut être absent physiquement, parce que parti pour un long voyage, mais présent juridiquement car on sait où est cette personne (à moins qu'elle ne subisse un accident : elle sera alors disparue, c'est le cas des voyages en mer par exemple, ce qui complique l'analyse).

Le régime de l'absence avait été soigneusement prévu par le Code civil de 1804 en raison des troubles révolutionnaires, des séquestrations abusives, des tueries, des émigrations rapides de la noblesse, etc.

Le régime de l'absence a été modifié par la loi du 28 décembre 1977 : C. civ., art. 112 à 132, au sein d'un Titre du Code civil particulier, intitulé « Des absents », et non au sein des dispositions relatives au décès comme c'est le cas de l'institution de la disparition.

L'article 112 précise que l'absence est caractérisée « lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles » C. civ., art. 112). Les règles du Code civil proposent alors les techniques de prise en compte des affaires de l'absent, en un régime organisé en deux étapes successives et constatées par le juge : la présomption d'absence dure dix ans (A) puis la déclaration d'absence (B).

A - La présomption d'absence

La présomption d'absence est une présomption de vie. On suppose que l'absent est vivant, même si on ne sait où et donc qu'il peut, qu'il va revenir, car aucun élément ne permet de suspecter la mort de la personne.

Elle joue dans certaines *conditions*, elle produit certains *effets*.

1°) Les ***conditions*** de mise en oeuvre de la présomption d'absence sont prévues par l'article 112 du Code civil. Pour qu'une présomption d'absence puisse être constatée, il faut et il suffit qu'une personne ait cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles.

La loi n'impose aucun délai. La présomption d'absence doit être demandée auprès du dernier domicile de celui dont on cherche à faire déclarer l'absence. La demande peut être formée par toute personne intéressée ou par le Ministère public.

2°) Les ***effets*** de la présomption d'absence relèvent des articles 113 et suivants du Code civil.

- Le présumé absent est **présumé vivant** (articles 128 *a contrario* et 725 du Code civil). On organise la protection du *patrimoine* du présumé absent par voie de représentation : le juge désigne un parent de l'absent (ou un tiers) pour le représenter (sauf si l'absent a laissé une procuration ou si le régime matrimonial suffit : le conjoint de l'absent le représentera) ; il sera l'*administrateur légal* judiciairement contrôlé, de l'absent. Il s'agit en effet d'assurer la protection des biens, des affaires de l'absent, comme s'il devait revenir.

Le juge des tutelles assure le contrôle de l'administrateur légal à qui il doit des compte, il fixe le montant des sommes nécessaire à l'entretien de la famille, des enfants, la rémunération éventuelle de l'administrateur légal, etc.

D'un point de vue extrapatrimonial, le présumé absent existe, son mariage n'est pas dissous :

- Si le présumé absent reparaît (art.118 C.civ.), il reprend possession de ses biens.
- Si le présumé absent ne reparaît pas, s'ouvre la deuxième phase du mécanisme.

B. – La déclaration d'absence

Si l'absence se prolonge, la mort devient probable pour expliquer l'absence ; il faut en outre règles le problème des biens de l'absent, la situation de son épouse. Le tribunal peut alors prononcer un ***jugement de déclaration d'absence*** dont les effets sont importants (2) et les conditions rigoureuses (1).

1. – Les conditions de la déclaration d'absence

Elles sont prévues par les articles 122 et suivants du Code civil. La loi impose en l'occurrence un *délai* qui varie selon les cas :

- s'il y a eu constatation en justice de la présomption d'absence, le délai est de *10 ans* à compter du jugement de présomption d'absence;
- s'il n'y a pas eu de constatation judiciaire de présomption d'absence, la déclaration d'absence est possible au bout de *20 ans* à compter des dernières nouvelles (C. civ., art. 122).

Le juge compétent est, ici, le Tribunal de Grande Instance (et non plus le juge des tutelles). La requête adressée au tribunal peut être faite toute personne intéressée ou par le Ministère public. Mais la loi exige qu'une large publicité soit donnée à celle-ci : la requête doit être publiée dans la presse du lieu où l'absent a eu sa dernière résidence, dans deux journaux différents, voire procéder à toute mesure de publicité qu'il jugerait utile. Le jugement ne peut être rendu qu'un an, au moins, après cette publication. Le jugement déclaratif d'absence est soumis à la même publicité que la requête. Il est retranscrit sur les registres de l'état civil et devient opposable aux tiers.

2. – Les effets de la déclaration d'absence (C.civ., art.128 et s.)

La déclaration d'absence est prononcée par le TGI et elle produit, *sans rétroactivité*, tous les effets du décès : ouverture de la succession du déclaré absent et dissolution de son mariage.

La déclaration d'absence **présume la mort** : la succession de l'absent est ouverte, le régime matrimonial est dissous, etc.

Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée avant le jugement de déclaration d'absence (par exemple après la requête), il reprend tous ses droits.

Si l'absent reparaît ou que son existence est prouvée après le jugement, l'absent ou le ministère public peut demander son annulation (C. civ., art. 129) et le jugement d'annulation fera l'objet de mesures de publicité similaires à celles du jugement de déclaration d'absence.

Les effets de l'annulation sont cependant limités.

- du point de vue *patrimonial*, les héritiers doivent lui restituer tous ses biens, mais dans l'état où ils se trouvent ou le prix de ceux qui ont été aliénés (les héritiers conservent les revenus des biens sauf si la déclaration d'absence a été frauduleuse);

- du point de vue *extra-patrimonial* : en tout état de cause, le mariage de l'absent demeure dissous (art.132 C.civ.). Le conjoint de celui dont l'absence a été déclarée peut se remarier l'esprit tranquille (pas de risque de polygamie).

Mais il est certains cas dans lesquels ce régime paraît inadapté tant le décès de l'absent paraît certain. Le régime de la disparition pourvoit à ces hypothèses.

II - LA DISPARITION (C. civ., art. 88 à 92)

A l'origine, le Code civil n'autorisait la preuve du décès que par un acte de décès dressé après constatation de la mort en présence du corps. Mais, dans le même temps, la procédure de l'absence paraissait inadaptée aux personnes disparues lors de catastrophes minières, de naufrages et de guerre.

Depuis 1945, le juge peut constater judiciairement le décès lorsqu'une personne a disparu *« dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger »* (C. civ., art. 88), sans que son corps n'ait été retrouvé, ce qui est le cas des personnes victimes de catastrophes, de victimes de certains actes de guerre ou d'aventuriers victimes d'accidents : le marin perdu en haute mer, le soldat qui ne revient pas d'une mission, les passagers d'un vol écrasé en montagne, les alpinistes perdus en montagne, les millions de personnes déportées et massacrées en Allemagne pendant la Seconde guerre mondiale, etc. Dans ces situations, une forte présomption de décès pèse sur la personne disparue, malgré l'absence de corps pour en assurer la preuve, et l'incertitude doit être levée d'une façon ou d'une autre.

Le droit français permet l'organisation d'une procédure de ***déclaration judiciaire de décès*** d'un français disparu en France ou hors de France (, C. civ., art. 88, al. 1), d'un étranger ou d'un apatride disparu en France ou à bord d'un bâtiment ou d'un aéronef français, ou encore à l'étranger s'il avait sa résidence habituelle en France (C. civ. Art. 88, al. 2).

La juridiction compétente est le Tribunal de Grande Instance du lieu de la disparition ou du domicile du disparu.

- Le tribunal est saisi par le Ministère public ou par toute personne intéressée qui doit le faire par l'intermédiaire du Ministère public, selon des règles de compétence assez complexes déterminées par l'article 89 du Code civil.
- Le tribunal fixe, par le ***jugement déclaratif de décès,*** la date présumée du décès en tenant compte des circonstances de la cause, sinon au jour de la disparition. Le jugement vaut alors acte de décès et est publié sur le registre de l'Etat civil.
- Sauf cette possible rétroactivité, les effets du jugement sont ceux d'un jugement déclaratif d'absence : la personne est donc réputée décédée, la succession est ouverte, le mariage est dissous, etc.

Si cependant, par extraordinaire, le décédé revient (et si c'est le même, Comp. *Le retour de Martin Guerre* et *Voyage au bout de l'enfer* (*Deer Hunter*), de M.

Cimino), le présumé décédé peut demander l'annulation du jugement déclaratif dans les mêmes conditions qu'en matière d'absence.

SECTION 2 – LA CONSIDERATION DE LA PERSONNE HUMAINE

Ici tout est dans l'adjectif : personne *humaine.* Parce qu'elle est unique et sacrée, le juge et le législateur protègent la personne humaine sous son *aspect physique* et sous son *aspect moral* à travers plusieurs questions : Celle de l'*intégrité physique de la personne* (§ 1), Celle de la *liberté physique de la personne* (§ 2), Celle des attributs de la personnalité (§ 3).

C'est une considération très récente (Comp. P. Murat, réflexions sur la distinction être humain et personne juridique, Dr. Famille, 1997, Chr., n°9, X. Bioy, *Le concept de personne humaine en droit public*, Dalloz, 2003*).* Que celle de la personne humaine en tant que substance, en tant que telle, en tant que réalité cellulaire, chromosomique mais aussi pensant, cérébral : une personne considérée comme telle, comme susceptible de démembrements, divisable en éléments et produits du corps humain, comme personne disposant d'une intimité, d'une image, etc. toute question radicalement différentes, et ignorées des règles du droit civil classique, sauf pour la question de la protection de la vie privée. Ce sont surtout les progrès de la science contemporaine, de la science biologique, médicale, génétique mais également les évolutions de la société de l'information, qui ont modifié l'approche faite sur la personne humaine, d'une part par une conscience du regard de l'homme sur son propre corps, sur sa vie, mais également de la convoitise sur ces éléments, la marchandisation du corps et des informations sur les personnes (comp. M. Crichton, Next, 2006, A. Huxley, Le meilleur des mondes, 1931).

Les premières réflexions ont été portées sur le respect de la personne dans sa personnalité, à travers la théorie des droits de la personnalité, à la fin du XIXème et surtout au cours du XXème siècle, permettant à une personne de se protéger, par voie d'actions en justice, pour assurer le respect de sa vie privée (C. civ., art. 9.), de son domicile, etc. Le plus souvent sur le fondement des règles du droit de la responsabilité civile : constitue une faute le fait de ne pas respecter ces droits de la personne (physique ou morale, d'ailleurs).

Cependant, l'élément le plus novateur, le plus discuté et ce faisant le plus complexe et le plus intéressant, reste celui de la considération du respect de la personne prise comme *corps humain*, au-delà de la personne prise comme *pesonnalité.*

§ 1 – LE CORPS HUMAIN, L'INTEGRITE PHYSIQUE DE LA PERSONNE : LA PROTECTION DE LA VIE ET DU CORPS HUMAIN

De corpore jus. Le droit s'est toujours préoccupé, à des degrés divers, de la protection du corps humain. Le droit pénal en est l'aspect le plus remarquable, où de nombreuses incriminations répriment les atteintes à l'intégrité corporelle (l'homicide volontaire ou non, les coups et blessures, le viol).

Toutefois, cette prise en compte du corps humain est très indirecte et ce n'est pas le corps humain qui intéresse le pénaliste, mais la protection de la société ou des victimes en tant qu'élément de ce corps social, point le corps humain comme la base de droits, de règles juridiques particulières, de même que les règles civiles que la naissance ou la mort étaient, et sont toujours, envisagées comme des règles conséquentialistes :ce sont les effets de la naissance ou de la mort qui importent.

C'est la révolution médicale, biologique, génétique qui a emporté les plus grandes réflexions et bouleversement, à la fin du XXème siècle.

Deux grands principes cohabitent, le principe de l'*indisponibilité du corps humain*, c'est-à-dire qu'on ne peut disposer soi-même de son propre corps. Ainsi le Droit civil déclare nulles toutes les conventions concernant le corps humain : on dit de la personne humaine qu'elle est hors du commerce (ex. : TGI Paris, 3 juin 1969, Aff. de « la rose tatouée » et comp. *Le Tatoué*) et le principe de *l'inviolabilité du corps humain*.

Les progrès de la science, biologique, médicale, biomédicale, génétique ont singulièrement accéléré cet intérêt.

- Dès 1887 une loi assurait la possibilité pour une personne de « faire don de son corps à la science ».

- En matière de ***greffes*** : la loi n°49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de cornée grâce à l'aide de donneurs d'yeux volontaires et surtout la loi n°76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux ***prélèvements d'organes*** dite loi *Caillavet* qui, en l'absence de refus de la personne décédée, présume son consentement et n'admet aucune contrepartie pécuniaire. La loi adoptée le 23 décembre 1993 a en outre réorganisé le système de gestion des transplantations en créant un établissement public *ad hoc*.

- En matière de ***don de sang***, la loi de 1952 a imposé le bénévolat et la loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine est venue réorganiser le système transfusionnel français en confirmant les principes éthiques de bénévolat, de gratuité et d'anonymat.

- En 1967, en matière de ***contraception,*** la loi *Neuwirth* admettait la contraception féminine : la *« pilule »*

- En matière de ***procréation médicalement assistée***, l'article 13 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social a posé le principe de la gratuité du don de sperme, interdit l'insémination avec du sperme frais et réservé à des établissements autorisés le recueil et la conservation du sperme (CECOS). Quant aux activités du PMA, elles sont encadrées par les deux décrets *Barzac* n°88-327 et 88-328 du 8 avril 1988 qui ont organisé le contrôle des établissements autorisés à

recourir à ces techniques et institué une Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction.

- En matière de ***diagnostic prénatal***, un arrêté du 12 avril 1988 soumet à autorisation les laboratoires qui pratiquent ces examens.

- Enfin en ce qui concerne les ***expérimentations médicales sur l'homme***, la loi *Huriet* du 20 décembre 1988 modifiée relative à la protection des personnes se prêtant à des recherches biomédicales et ses conséquences sur les essais en matière d'innovation thérapeutique médicamenteuse autorise de telles recherches, même lorsqu'elles ne sont pas effectuées au bénéfice individuel direct des personnes qu'elles utilisent, mais les soumet à leur consentement libre, éclairé et exprès et les place sous la surveillance de comités consultatifs de protection des personnes (CCPPRB).

- La loi du 15 janvier 1975 sur ***l'interruption volontaire de grossesse*** a légalisé l'avortement. Elle a été révisée par une loi du 4 juillet 2001.

- Le tout aboutissant à la loi dite « bioéthique » du 29 juillet 1994, révisée par la loi du 6 août 2004, qui inscrit, dans le Code civil, un chapitre intitulé, « Du respect du corps humain », consacrant le droit du corps humain, *de corpore jus*, à travers des règles de principe, d'ordre public, assurant la primauté et la dignité de la personne humaine, la garantie du respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'extra-commercialité des éléments du corps humain, la prohibition de certaines pratiques comme l'eugénisme ou les conventions de gestation pour autrui, etc., non sans un certain paradoxe puisque, ce faisant la juridicisation du corps humain assure l'entrée du corps humain dans le commerce juridique.

- Enfin, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, comprend nombre de dispositions qui complètent ou fondent certaines de ces règles.

Toutes ces règles peuvent être regroupées en plusieurs catégories : la juridicisation du corps humain (I) ce qui conduit à la protection de la vie (II) et à la protection du corps humain (III).

I. – LA CONSIDERATION JURIDIQUE DU CORPS HUMAIN

C'est un grand mystère juridique, un véritable tabou, peu levé (*comp. cependant et notamment le très excellent F. Zénati et T Revet, Droit des personnes, Puf, 2007, n°269 s. où les auteurs, après avoir posé les éléments de la notion de corps humain et avoir défini le rapport d'une personne sur son corps comme une relation d'appropriation, établissent son régime en utilisant, à dessein, le vocabulaire du droit des biens*), dans lequel sont essentiellement établis des principes : celui de l'inviolabilité du corps humain, de son non patrimonialité, le principe de la dignité de la personne humaine qui permettent d'assurer la protection de la vie et du corps humain, l'interdiction des pratiques eugéniques, comme le

clonage, dans les conditions notamment posées par l'article 16-4, al. 3 et 4 du Code civil :

> *« Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.*
> *Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.*
> *Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.*
> *Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne ».*

Deux hypothèses peuvent être formulées.

– Classiquement, on admet que le corps humain n'étant pas dans la catégorie des biens, puisque la patrimonialité du corps est exclue, il en résulte, par logique, que le corps relève de la catégorie des personnes et, d'ailleurs, tout le régime révèle un régime de protection propre à celui des personnes. Le corps serait ainsi l'objet d'un droit de la personnalité ou bien, plus rapprochée de la conception suivante, il serait une « chose commune » non susceptible d'appropriation.

– Cette considération est cependant difficile dès lors que le corps humain est entré dans le paysage juridique comme c'est le cas depuis 1994 notamment. La personne ainsi envisagée, dans sa réalité physique, cellulaire, n'est pas la personne, sujet de droit, des règles classiques du Code civil, mais au contraire comme un *objet de droit*, aboutissant à cet apparent paradoxe que la personne juridique dispose ainsi de droit sur sa personne humaine : « *chacun à droit au respect de son corps* » proclame ainsi l'article 16-1, al.1 du Code civil. Chacun, c'est-à-dire toute personne juridique, dispose d'un droit, subjectif, par exemple le droit au respect, qui porte sur cet objet de droit qu'est le corps.

C'est ainsi que le corps, les éléments du corps, les produits du corps humain sont des objets de droit et, ce faisant des *choses*, des choses particulières, ne relevant pas de la catégorie des choses ordinaires, les *choses humaines* (E. Bayer, L*es choses humaines*, Th. Toulouse, 2003). Simplement, les règles posent que cet objet de droit qu'est le corps ne peut faire l'objet d'un droit patrimonial ou de convention ayant pour effet de lui donner une valeur patrimoniale. F. Zénati et T. Revet considèrent alors que le droit de la personne sur son corps est un droit de propriété.

Le statut de l'embryon pose alors de grandes difficultés. Tout dépend de la conception de l'on adopte de la personne et de la personne juridique, étant entendu que la personne n'existe, en tant que personne juridique et en tant que personne humaine, qu'avec la naissance, l'embryon étant une partie du corps de sa mère.

Mais le droit a modèle la nature, ou en tout cas est *une* interprétation de la nature. Reconnaître cette infirmité du droit permet alors d'envisager des solutions alternatives, par exemple lorsque l'article 16 du Code civil dispose, comme entame

du chapitre consacré au respect du corps humain que *« La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». «L'être humain dès le commencement de sa vie »*, il y a là une contradiction à observer le commencement de la vie, au moment de la procréation, et identifier alors, un « être humain ».

En effet, l'affirmation que tout homme acquiert la personnalité juridique du seul fait de la naissance ne règle pas la question de la définition de la personne : est-ce que la notion de personne est la même que celle de personne juridique : avant la naissance, l'embryon ou le fœtus ne sont donc pas une personne, ou peut-on distinguer la notion de personne et celle de personne juridique ? La distinction est essentielle : dans le premier cas, la protection de la personne est consubstantielle de la reconnaissance de la personnalité juridique, de la naissance donc. Dans le second, la protection de la personne peut être assurée malgré le fait qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique, dès la conception. Ces questions sont absolument fondamentales, nous les aborderons également (V. A. Mirkovic, La notion de personne humaine, Th. Paris II, 2001). Par exemple, le Comité consultatif National d'Ethique avait émis un avis, le 23 mai 1984, par lequel *« l'embryon ou le fœtus doit être considéré comme une personne humaine potentielle qui est ou a été vivante et dont le respect s'impose »* (JCP 1985, I, 3191). Par ailleurs, à l'occasion de l'examen de la loi Bioéthique de 1994, le Conseil constitutionnel avait, dans sa décision du 27 juillet 1994 (JO 29 juill. 1994, p. 11024) considéré que *« le principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie n'est pas applicables aux embryons in vitro qui ne bénéficient que de garanties spéciales »*, confirmant l'option de la non protection de l'enfant simplement conçu choisie par la loi bioéthique de 1994. Ainsi, l'embryon, peut être congelé, détruit, réimplanter, faire l'objet d'expérimentations, etc.

D'une façon générale, le droit civil français s'en tient à ces quelques principes qui alimentent le flou de la distinction alors même qu'ils reposent sur un socle apparemment sûr :

– L'embryon, c'est-à-dire l'enfant simplement conçu, l'enfant *in utero*, n'est en principe pas une personne.

– Il n'est pas une personne mais il n'est pas non plus traité comme une chose. Ainsi peut-il être accueilli (adopté ?) ans des conditions particulières, par exemple par un couple stérile, dans des conditions contrôlées par la loi : ce sont toutes les procédures de fécondation *in vitro*, les « procréations médicalement assistées » (PMA) que nous étudierons plus tard.

– Il n'est pas une personne ce dont il résulte que la mère peut librement disposer de l'enfant conçu *in utero* : elle dispose d'une droit de procéder à une interruption volontaire de grossesse, par curetage ou par aspiration. Pourtant, la loi du 15 janvier 1975 sur l'IVG pose des conditions assez strictes. Ainsi, la mère qui décide de procéder une IVG doit présenter un « Etat de détresse » dont elle est seule juge pendant les douze premières semaines. Au-delà, ce sont les médecins qui peuvent en décider.

– Il n'est pas une personne et peut donc, être tué. C'est toute la question du « décès » accidentel de l'embryon comme un arrêt du 29 juin 2001 de l'assemblée plénière de la cour de cassation l'avait posée. Le conducteur d'un véhicule avait été poursuivi pour atteinte volontaire à la vie d'un enfant à naître alors qu'il avait blessé une femme enceinte de six mois, victime d'une fausse couche à la suite de cet accident : « le principe de légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus (JCP 2001, II, 10560, note M.-L. Rassat).

Il en résulte dont que le fœtus ou l'embryon, n'étant pas une personne, il n'est pas « autrui » dans le cadre de l'article 221-6 du Code pénal. L'enjeu est considérable : reconnaître la protection de l'embryon est-il de nature à concurrencer la loi de 1975 sur l'IVG ?

La loi sur l'IVG reconnaît le droit à la vie, d'une part, et limite les possibilités de supprimer les embryons dans ces cas exceptionnels. Est-ce pour autant admettre que l'embryon est une chose, un petit amas de cellules sans vie ? Peut-on admettre qu'un embryon est une personne sans remettre en question le droit à l'IVG ? La distinction est peut-être trop subtile pour le commun des justiciables et les esprits faibles. D'ailleurs, la proposition de loi *Garaud* sur l'interruption volontaire de grossesse (IIG), se présente comme non contradictoire avec la loi sur l'IVG ; elle a soulevé un tel tollé qu'elle a dû être retirée

II. – LA PROTECTION DE LA VIE

A. – Droit à la vie

1. – La protection de la vie met en jeu la question de l'IVG, en premier. L'article 1er de la loi *Veil* du 15 janvier 1975 relative à l'IVG dispose que *« la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie »* de sorte qu'il *« ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité »*.

De même l'article 16 du Code civil, institué par la loi bioéthique de 1994, assure que *« la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci, et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie »*, de même encore que la plupart des grandes déclaration universelles modernes (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, art. 3, Pacte international de New York de 1966, art. 6 § 1,CEDH, art. 2, Charte de l'UE, art. 3 § 1)

Le droit à la protection de la vie est cependant un droit qui n'est pas absolu puisque la mère peut, pendant les 12 premières semaines de la grossesse, décider d'y mettre fin (C.s.p., art. 2212-1) en raison de son « état de détresse », voire au-delà en cas de péril grave pour sa santé ou en cas de risque que l'enfant soit atteint d'une affection particulièrement grave et incurable. On mesure cependant la distance qui existe entre la reconnaissance juridique d'un droit à la vie dès la conception et la non

reconnaissance de la personne dès ce moment, et les conceptions philosophiques ou religieuses qui prétendent le contraire : la mère et l'embryon forment-ils une unité cellulaire et organique ou au contraire une pluralité, liée à l'unicité originelle de l'enfant ? C'est la réponse à cette question, extraordinairement complexe, qui est en jeu dans la mesure où de cette réponse dépend la validité de l'IVG, voire de certaines techniques de contraception.

2. – Les techniques de ***procréation médicalement assistée (PMA)*** prennent une part active à ce débat, en opposant les techniques de reproduction naturelles et les techniques médicalement assistées. L'avantage pour les couples stériles est évident. Les inconvénients, à côté, sont dérisoires et pourtant essentiels : on passe d'un droit de l'enfant, dans lequel il est le centre, à un droit à l'enfant, un droit au profit de ses parents.

B. – Droit à la mort ?

Parallèlement, et surtout depuis quelques années, se pose la question du droit à la mort.

1. – La question concerne le fait de se donner la mort, par le ***suicide***. Autrefois, le suicide était prohibé : on faisait le procès d'un cadavre. L'absence de réglementation d'aujourd'hui ne signifie pas que le suicide est autorisé, cela n'a pas de sens, mais qu'il n'est pas sanctionné. La différence est fondamentale : si le suicide n'est pas interdit, il n'en résulte cependant pas que la personne dispose d'un droit sur son propre corps.

2. – Le question concerne, n second, l'***euthanasie,*** la mort douce en grec. Plusieurs propositions de loi ont été déposées (V. J. Pousson-Petit, Propos paradoxaux sur l'euthanasie à partir de textes récents, Dr. Famille, fev. 2001, p. 4) et l'on pourrait se demander si l'instauration d'un principe de respect de la dignité de la personne humaine (C. s. p. art. 1110-2) dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malade et à la qualité du système de santé ne légitime pas certaines formes d'euthanasie. De façon minimale, la législation s'oriente vers la notion de soins palliatifs, par exemple à travers l'article 1110-5 du C.s. p., toujours à la suite de la loi du 4 mars 2002, qui dispose que *« toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur, celle-ci doit en toute circonstance être prévenue, évaluée, prise en compte et traitée, les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort »*.

Il reste donc que l'euthanasie est interdite en France ce qui soumet ses auteurs aux foudres du droit pénal, comme l'affaire récente du jeune Vincent Imbert en a fait la démonstration. On distingue cependant les formes d'euthanasie active, des formes d'euthanasie passive et du refus de soins par le patient, autorisé depuis la loi du 9 juin 1999. Mais ces frontières sont très floues dans la mesure où la loi prévoit que le patient peut s'opposer à toute forme d'acharnement thérapeutique et alors que le médecin doit, aux termes du Code de déontologie médicale, s'efforcer de soulager les douleurs du patient. Il demeure cependant que la jurisprudence reste ferme pour maintenir le principe de l'interdiction de l'euthanasie (Cf. CE 20 déc. 2001, D. 2001,

IR, 595, suspension d'un médecin qui avait procédé à une injection de chlorure de potassium). Cependant, la pratique pénale montre une relative clémence envers les personnes pénalement poursuivie du chef d'homicide dans une situation d'euthanasie, les « meurtriers par pitié », comme on les appelle parfois.

La question rebondit depuis la loi du 22 avril 2005 *relative aux droits des malades et à la fin de vie* qui permet à un patient d'imposer au médecin son choix de fin de vie. L'article L. 1111-10 du CSP dispose ainsi que : « *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10 »* et permet ainsi de protéger le médecin confronté à un refus de soin d'un patient, la décision de ce dernier étant consignée dans son dossier médical.

Ces règles renversent donc la jurisprudence passée qui imposaient au médecin de ne pas suivre l'avis du patient et donc leur imposaient un certain acharnement thérapeutique, validant donc l'euthanasie passive.

Toutefois, l'article L. 1110-5 du CSP dispose également à propos du droit de chacun d'être informé de son état de santé et de recevoir des soins appropriés et notamment en cas d'affection grave et incurable (dernier alinéa), la possibilité d'appliquer un traitement susceptible d'abréger sa vie :

> *« Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.*
>
> *Ces actes ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable. Lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou n'ayant d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie, ils peuvent être suspendus ou ne pas être entrepris. Dans ce cas, le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10.*
>
> *Les dispositions du premier alinéa s'appliquent sans préjudice de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produit de santé, ni des dispositions du titre II du livre Ier de la première partie du présent code.*
>
> *Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée.*
>
> ***Les professionnels de santé mettent en œuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à la mort. Si le médecin constate qu'il ne peut soulager la souffrance d'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en***

soit la cause, qu'en lui appliquant un traitement qui peut avoir pour effet secondaire d'abréger sa vie, il doit en informer le malade, sans préjudice des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 1111-2, la personne de confiance visée à l'article L. 1111-6, la famille ou, à défaut, un des proches. La procédure suivie est inscrite dans le dossier médical ».

3. – La question concerne également le problème de l'indemnisation de la personne née handicapée, à la suite de l'affaire Perruche (*Ass. plén., 17 nov. 2000 : JCP 2000, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose, rapp. P. Sargos, note F. Chabas D. 2000, 336 note P. Jourdain ; RTD civ. 2001, p. 146, obs. P. Jourdain. V. A. Pélissier, L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale : Cah. dr. ent. 2001/1 et et réfs. ; Ass. Plén., 13 juill. 2001, D. 2001, 2325, note P. J. Jourdain ; Gaz. Pal. 7-8 sept. 2001, note J. Guigue ; JCP 2001, II, 10601, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas ; RGDA 2001, n° 3, p. 751, note L. Mayaux ; Resp. civ. et assur. sept. 2001, p. 3, obs. H. Groutel ; Ass. Plén. 28 nov. 2001 cit. in. A. Pélissier, Le point sur la « précision » de l'arrêt Perruche par l'Assemblée plénière, cah. dr. ent. 2002/1*) : le petit Nicolas Perruche avait subi tout une série de malformations congénitales dues à la rubéole contractée par sa mère durant sa grossesse. Or, sa mère avait procédé à un examen de façon à repérer une éventuelle rubéole et fait savoir qu'elle entendait procéder à une IVG en cas d'examen positif. Le laboratoire d'analyse médicale répondit que tel n'était point le cas…et se trompa. Il y avait préjudice, pour les parents, comme pour l'enfant, il y avait faute médicale, mais y avait-il un lien de causalité, la faute était-elle la cause du dommage ? Oui répondit la Cour de cassation, provoquant une déferlante médiatique, dans la mesure où la cause est, pour le moins, très indirecte : la faute est à l'origine de la naissance de l'enfant (l'IVG n'a pas eu lieu) mais la faute n'est pas à l'origine du handicap. La loi du 4 mars 2002 a prévu dans un Titre consacré à la *solidarité avec les personnes handicapées* une disposition spéciale pour « casser » la jurisprudence Perruche, que « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* », interdisant donc de demander réparation du fait d'être né handicapé et donc de ne pas avoir été supprimé au cours de la gestation. Or, ce texte a été,n en quelques sorte, écarté par une série d'importants arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 24 janvier 2006 (Bull. civ. I, n° 28, 29, 30, 31 p. 26, JCP , éd. G, 2006, II, II, 10062, obs. A.Gouttenoire et S. Porchy-Simon). L'essentiel de ces arrêts se trouve ainsi présenté :

Attendu que, comme l'avait retenu à bon droit la cour d'appel, dès lors que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme Y... avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique afin d'éviter la naissance d'une enfant atteinte d'un handicap et que les conditions médicales d'une telle interruption étaient réunies, l'enfant pouvait, avant l'entrée en vigueur de l'article 1er-I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé demander la réparation du préjudice résultant de son handicap et causé par la faute retenue ;

Attendu que l'article 1er-I de ladite loi, déclaré applicable aux instances en cours énonce que "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance, que lorsque la responsabilité d'un professionnel de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non

décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice, que ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap et que la compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale" ;

Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er-I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur fille serait indemnisée au titre du préjudice résultant de son handicap ; d'où il suit, ladite loi n'étant pas applicable au présent litige, que le premier moyen pris en sa première branche du pourvoi formé par la Fondation Bagatelle et Mme X... et le moyen unique du pourvoi formé par la société Axa assurances sont inopérants et que le premier moyen du pourvoi formé par la Fondation Bagatelle et Mme X... pris en sa seconde branche n'est pas fondé ».

III. – LA PROTECTION DU CORPS HUMAIN

A - Le respect du corps humain

Le corps humain est le support charnel de la personne mais également de son esprit : *mens sana in corpore sano*, le corps et l'âme ne font qu'un, etc, l'unité du corps est retenue depuis toujours. L'évolution des pratiques médicales, de recherche et thérapeutiques, a justifié la prise en compte juridique de ces conceptions, par la loi *Bioéthique* n°94-653 du 29 juillet 1994, introduisant les articles 16 et suivants dans le Code civil, aujourd'hui en voie de révision.

L'ensemble des difficultés repose sur la difficile question de l'appropriation du corps humain, des éléments du corps humains (organes) et des produits du corps humain (lait, cheveux, sang, gamètes, etc) ? Est-il une chose et en ce cas qui en est propriétaire ? N'est-il pas une chose, et en ce cas quel est le régime de sa protection ? Est-il une chose au régime spécial ?

On peut envisager deux grands principes qui en découlent, le principe de l'inviolabilité du corps humain (1), et celui de l'indisponibilité du corps humain (2).

1. – Le principe de l'inviolabilité du corps humain

a. – Contenu du principe de l'inviolabilité du corps humain

L'article 16 du Code civil dispose que *« la loi assure la primauté de la personne et interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit ce respect à l'être humain dès le commencement de sa vie »*. L'article 16-1, al.2 du Code civil poursuit de manière encore plus claire : *« Le corps humain est inviolable »*.

Le corps humain est inviolable **(C. civ., art. 16-1, al.2)**. C'est l'affirmation du caractère sacré du corps humain : *Noli me tangere*.

La formule est formidable, grande et sobre… mais déjà pleine de contradictions ou d'imprécisions. *« La loi… garantit ce respect à l'être humain… »* mais le peut-elle ? et comment ? et où ? … *« Le commencement de sa vie »* déterminant le début du principe de primauté de l'être humain est-il conforme à la loi Veil par exemple ? et cette protection s'étend jusqu'à quand, à l'heure où les débats sur l'euthanasie menacent le respect de la personne humaine la fin de la vie.

La loi va donc bien au delà du seul respect de l'intégrité physique pour protéger la dignité même de l'homme. On peut se demander si un texte de loi était bien utile à cette fin au regard de la jurisprudence antérieure qui assurait déjà cette police.

Dans le même esprit, la loi nouvelle affirme l'existence d'un véritable droit subjectif de chacun sur son propre corps (art.16-1 al.1er) : *« Chacun à droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable »*.

Bien entendu, ce texte justifie les sanctions pénales des atteintes au corps (coups et blessures, etc .) et des tolérances sont admises par l'usage, notamment l'exemple classique des corrections, pour autant qu'elles soient légères, dans le cadre de l'éducation des enfants. En revanche, ce texte, d'ailleurs renforcé par l'article 3 de la CEDH qui interdit la torture, les traitements inhumains ou dégradants et qui permet de sanctionner des atteintes physiques ou morales ou humiliantes, mais encore toute forme de détention d'une personne, autre qu'ordonnée en matière pénale.

La possibilité d'autoriser une atteinte au corps humain. L'article 16-3 enchaîne : *« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir»*.

L'atteinte au corps humain est donc possible mais de manière exceptionnelle, avec le consentement préalable ou en cas d'urgence de l'intéressé, et surtout pour satisfaire des nécessités médicales.

Observons que, depuis 1999, le terme *« médical »*, large, a remplacé le terme *« thérapeutique »* plus étroit de façon à tenir compte des aspects psychologiques de la question, en matière de chirurgie esthétique non réparatrice mais de confort, ou bien s'agissant du transsexualisme et que la loi de 2004 a ajouté l'hypothèse de l'intérêt thérapeutique d'autrui, qui vise les cas de transplantation d'organes, et du recueil du consentement.

En outre, cela n'interdit pas des pratiques d'auto-atteinte, comme les tatouages, le percing, voire des relations sadomasochistes (*Comp. CEDH, 17 févr. 2005, K.A et A.D c/Belgique), RTDCiv. Obs. J.-P. Marguénaud*) lesquelles sont justifiées par le consentement des personnes qui s'y adonnent et du droit au respect de la vie privée, avec cette réserve que les demandes d'arrêts de la personne doivent être entendues (dans l'arrêt de 1995, une personne était décédée…).

Bien entendu ces règles sont d'ordre public (C. civ., art. 16-9) de telle manière qu'il n'est pas possible, par convention, de renoncer à cette inviolabilité.

Ce principe interdit donc :

- l'expérimentation médicale non consentie ;
- le traitement thérapeutique non consenti, sauf urgence ou impossibilité de recueillir ce consentement ;
- le traitement non thérapeutique, même consenti (les rebouteux et l'exercice illégal de la médecine).

L'inviolabilité du corps humain est individuelle (voir article 16-3) mais elle est aussi collective : nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine (article 16-4) : « nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine » de sorte que « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite » (Comp. Aldous Huxley, *Le meilleur des mondes*, à nouveau et A. Niccol, *Bienvenue à Gattaca*, 1998). La loi fournit deux illustrations de telles atteintes qui tiennent aux pratiques eugéniques et aux transformations génétiques dans le but de modifier la descendance d'une personne (art.16-4 al.3).

b. – Limites du principe de l'inviolabilité du corps humain

Il peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne en cas de nécessité thérapeutique ou de recherche scientifique (art.16-3 et 16-4 al.3) : le médecin qui, nécessairement, porte atteinte à la personne effectue une atteinte légitime. Ces formules restrictives paraissent exclure toute autre exception à la règle de l'inviolabilité.

Le consentement de l'intéressé est nécessaire sauf si celui-ci n'est plus à même de consentir sauf dans quelques hypothèses, par exemple en matière de don d'organes. Cependant, le don d'organe ou de produit du corps humain (don de sang, de sperme, d'ovocytes, etc,) ne peut être effectué qu'à titre gratuit

De façon plus générale, les limites à ce principe sont légion, notamment, en matière d'IVG voire de techniques de stérilisation (cf . CSP, art. L. 2123-1).

De la même façon, le principe posé par l'article 16-4, interdisant l'eugénisme est d'une portée pratique assez faible, interdisant essentiellement le clonage humain, type brebis Dolly, ce qui justifie d'ailleurs la révision de la loi à propos du clonage à des fins thérapeutiques ou de recherche. Mais la sélection des personnes à naître est déjà possible, que ce soit grâce à la l'IVG ou grâce aux techniques de diagnostic prénatal.

Les principes posés par la loi sont donc insuffisants et contradictoires : notamment, l'article 16-1 dispose que le corps humain ses éléments et produits ne faire l'objet d'un droit patrimonial, alors pourtant que l'article 16-6 autorise le don d'organes ou de produits, même à titre gratuit, ce qui justifie la patrimonialisation des produits et éléments du corps humain. De même la directive n°98-44 du 7 juillet 1998 autorise la brevetabilité des inventions biotechnologiques et la prise de brevet sur un élément isolé du corps humain, voire sur une séquence génétique.

2. – Le principe de l'indisponibilité du corps humain

a. – Le contenu du principe

Le principe de **l'indisponibilité du corps humain** est un corollaire du principe de **le non patrimonialité du corps humain**, tel que posé par l'article 16-1, al. 3 du Code civil *« Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial »*, mais également l'article 16-5 : *« Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles »*, 16-6, 16-7, etc., le tout assorti de sanctions pénales (C. pén., art. 511-2, 511-4).

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne sont pas susceptibles d'appropriation, c'est ce qu'exprime le principe de non patrimonialité.

Le texte de l'article 16-3, al. 3 du Code civil révèle cependant une grande ambiguïté : les éléments ou produits du corps humain sont-ils des choses mais des choses sont hors commerce, indisponibles donc qui ne peuvent faire l'objet de contrats (on ne peut vendre *son* sang, *ses* gamètes, *ses* cheveux, *son* lait…) ou sont-ils indisponibles parce qu'ils ne sont pas des choses, malgré la formule maladroite du Code civil ? (*Sur ces points V. par exemple F ; Zénati et T. Revet, Droit des personnes, Puf, 2007, n°268 s., F. Terré et D. Fenouillet, Les personnes, la famille les incapacités, Dalloz, n° 65, Adde M. Gobert, Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, RTD civ. 1992, p . 489, M.-A. Lhermitte Le corps hors du commerce, hors du marché, Arch. Phil. Dr., t. 55, 1988, p. 333*).

Le principe est permanent, avant (*) comme après (**) les lois *« bioéthique »* de 1994, qu'il est projeté de réformer (*et v. documents annexes*).

***. – Avant la loi de 1994,** la protection de l'intégrité physique de la personne restait assurée par des dispositions ponctuelles, dont l'affaire dite de la **maternité de substitution** dite aussi maternité pour autrui (les conventions de portage d'un enfant pour le compte d'un tiers sont nulles) offre un exemple fulgurant.

La pratique est la suivante. Un couple stérile en raison de la femme et désireux d'avoir un enfant trouve une *« mère porteuse »* (il suffit de consulter l'Internet : on y trouve tout, surtout le pire). La *« mère porteuse »* conclut un contrat avec un couple stérile. L'objet de ce contrat est le suivant : le mari du couple va

réaliser un don de gamètes avec lesquelles sera procédée une insémination artificielle de la *« mère porteuse »*. Celle-ci porte l'enfant au cours de la gestation. A la naissance de l'enfantil est déclaré au seul nom du père, la *« mère porteuse »*, mère gestatrice, abandonne l'enfant et le couple stérile procède à l'adoption plénière de l'enfant, le tout bien entendu de façon rémunérée, disons entre 15 000 et 30 000 €.

Ces conventions ont été annulées par la jurisprudence comme contraires à l'ordre public. Le Conseil d'Etat a considéré que l'engagement d'abandon de l'enfant est contraire à un principe civil d'ordre public et à l'article 353-1-3° du Code pénal (C.E. Ass. 22 janvier 1988, *« Association Les Cigognes »*).

Ce fut surtout l'affaire ***Alma mater*** (du nom d'une association qui promouvait largement ce type de convention). Le TGI de Marseille, qui avait qualifié le contrat de contrat de « *prêt d'utérus »* et avait analysé la convention comme une *« promesse de cession et la renonciation à l'octroi en reconnaissance contre rémunération »*, constatait la nullité d'une telle convention au motif qu'elle est contraire à l'ordre public fixé notamment par l'article 311-9 du Code civil dans un jugement du 16 décembre 1987.

La Cour de cassation avait cependant préféré se fonder sur l'article 1128 du Code civil, c'est-à-dire sur la nullité de la convention portant sur les fonctions reproductives de la mère et sur l'enfant (V. par ex : Civ. 1ère, 13 déc. 1989, D. 1990, p. 273, rapp. J ; Massip, JCP 1990, II, 21526, note A. Sériaux, Defrénois 1990, I, 743, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1990, p. 254, obs. J. Rubellin-Devichi).

La cour d'appel de Paris avait cependant résisté et estimé, à l'inverse, que la maternité substituée ne heurtait pas l'ordre public français. Ces conventions seraient licites car chacun aurait un droit naturel à fonder une famille. Autrement dit, les droits naturels fonderaient des droits subjectifs sur la personne d'autrui.

Cette analyse qui se rapproche de la jurisprudence américaine (voir par exemple cour de district du New Jersey, *affaire Baby M...*, 1986), a toutefois été infirmée par la Cour de cassation dans le très important arrêt ***Alma mater*** de l'assemblée plénière du 31 mai 1991 (D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontemville ; note F. Terré, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller, GADC, n° 60) qui a estimé que ces pratiques étaient contraires aux principes d'indisponibilité du corps humain : *"... Attendu que* ***la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes****..."*. L'article 16-7 du Code civil confirme cette règle depuis 1994 « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*.

Afin d'éclairer les pouvoirs publics sur ces questions a été créé en 1983 le **Comité consultatif national d'éthique** qui rend des avis sur les problèmes soulevés par l'évolution récente de la médecine et de la biologie.

Parmi ces avis, on relèvera plus particulièrement sept avis relatifs à la recherche en matière génétique et à ses applications (diagnostic prénatal en 1985, tests génétiques en 1989, 1991 et 1992, non commercialisation du génome humain en 1991 et thérapie génique en 1990), une douzaine d'avis se rapportant à la procréation artificielle et aux utilisations de l'embryon, enfin une dizaine d'avis portant sur la recherche biomédicale pratiquée sur l'homme.

Toutefois et pour reprendre les propos tenus par le président d'honneur du Comité, le Professeur Jean Bernard, à l'occasion du Xème anniversaire du Comité, le 8 février 1993 : « l'éthique de la biologie n'appartient pas à un petit groupe de philosophes, de théologiens, de juristes, de médecins, de biologistes... De larges ouvertures sont nécessaires. Et d'abord vers le droit ».

Cet appel à l'intervention du législateur marque avec pertinence les limites du rôle et de la légitimité du Comité, si prestigieuse soit sa composition.

****. – Depuis 1994**, la loi a affirmé expressément ces principes, mais maladroitement (cf. supra).

Ajoutons alors que l'article 16-5 qui prolonge ce principe affirme que *« les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nuls »*. Ce texte participe de l'ambiguïté déjà relevée : est-ce que ces contrats sont interdits par principe et parce l'objet contractuel serait impossible ou est-ce que ces contrats sont possible mais nul s'ils ont pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain ? Il semble bien que l'on soit, déjà dans les atténuations du principe (cf. infra, b).

b. – Les atténuations au principe

Depuis longtemps, la coutume admet la commercialisation d'éléments du corps humain qui ne méritent pas protection (cheveux, lait de la nourrice...). Les atténuations à l'indisponibilité du corps humain se sont développées du fait de plusieurs textes récents déjà évoqués (loi du 7 juillet 1949 relative au prélèvement de cornée, loi du 21 juillet 1952 relative aux prélèvements sanguins, loi du 22 décembre 1976 relative au prélèvement d'organes, loi du 20 décembre 1988 relative aux recherches biomédicales).

Il en résulte que, si le don d'organe est autorisé, que si des conventions portant sur des expérimentations sont permises, c'est que le corps humain, les produits du corps humains, ses éléments sont objets de contrats, mais gratuit, vérifiant l'article 16-5 du Code civil, puisque aucune valeur patrimoniale n'est créée. C'est cependant une perspective à courte vue : la gratuité ne concerne que le donneur d'éléments ou produits du corps humain, point les maillons suivants de la chaîne, qui valorise évidemment ces produits ou éléments.

Aussi faut-il observer que ces atténuations sont en principe soumises à des conditions strictes :

– Le principe de dignité de la personne humaine, principe qui établit et fonde, ensuite, toutes les autres limites, posé par l'article 16 du Code civil, retenu comme principe général du droit communautaire par la CJCE (*CJCE, 9 oct. 2001, C 377/98, JCP, éd. E, 2001, p. 1793)* et comme principe de valeur constitutionnel (*Déc.Cons. constit. N°94-343/344, du 27 juill. 1994, D. 1995, p. 237, note B. Mathieu*) mais également au titre de la CEDH et des grands textes internationaux qui permet de poser des limites à un certain nombre de pratiques douteuses, comme celle, très célèbre, dite du « lancer de nain » (*CE 27 oct. 1995, RFDA, 1995, p. 878, conc. Frydman, D. 1996, p. 177, note Lebreton*) et qui légitime encore davantage la conception philosophique de la souveraineté de la personne sur son corps, y compris contre l'état, contre le médecin, etc. (*Cf. L. Perroin, La Dignité de la personne humaine, Th. Toulouse, 2000*).

– **un consentement renforcé**. Le consentement doit être préalable, obtenu selon des règles très stricte de façon à assurer l'existence d'un consentement *libre et éclairé*. Il en résulte l'existence d'obligations d'information au profit du donneur, de la possibilité de révoquer son accord. Par ailleurs certaines personnes sont particulièrement protége : les mineurs, les majeurs protégés, les personnes incarcérées, les femmes enceintes sont soumises à des règles particulières, soit que les dons soient interdits, soient qu'ils soient particulièrement surveillés afin d'éviter tout risque d'abus d'influence.

– l'anonymat. Le don est anonyme (plus exactement, le secret de l'identité du donneur est bien gardé). C'est le principe essentiel : ne pas pouvoir établir de lien entre donneur et receveur (C. civ., art. 16-8). Ce principe joue particulièrement en cas de Procréation médicalement assistée (PMA).

– la gratuité est la conséquence logique de la non patrimonialisation des éléments du corps humain. Le principe a cependant été tempéré en matière *« d'expérimentation sans bénéfice direct pour la personne »*, c'est-à-dire sur une personne saine : une *« indemnité* peut être allouée.

Fortes de ces principes, les limites posées permettent par exemple à une personne d'exercer un droit sur les éléments du corps ou les produits du corps humain qui s'assimilent à l'exercice d'un droit de propriété : location de son corps, par la prostitution, exemple douteux, mais surtout par le contrat de travail, où la « force de travail », concept éminemment marxiste, revient dans le champ du droit (*T. Revet, La force de travail, Litec, 1992*) ou pour la recherche médicale, qui peut faire l'objet de remboursement de frais, mais point d'une rémunération (CSP, art. 1121-4 et 8).

Est également posé le problème, essentiel, de la brevetabilité de l'exploitation des éléments et produits du corps humain, et donc de la maîtrise de la propriété des gènes, par exemple, ou bien de leurs modifications (*comp. M. Crichton, Next, 2006*). L'article L. 611-18 du CPI assure l'impossibilité d'une telle brevetabilité (en France…) du corps, de ses éléments, ses produits, un gène, une séquence génétique, etc. En revanche, une invention constituant l'application technique d'une fonction

d'un élément du corps humain peut faire l'objet d'un brevet. Ce n'est pas contradictoire : le procédé technique permettant d'isoler un gène, voire de le réparer, peuvent faire l'objet d'un brevet, point le gène lui-même.

B. – Les limites posées à l'utilisation de la génétique

La génétique est ce qui est relatif à l'hérédité et aux gènes. Elle offre de puissants moyens de connaissance et d'identification de la personne et présente des risques d'abus pour l'intimité de la vie privée. L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être réalisée qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique avec le consentement de l'intéressé (art.16-10 C.civ.). Ces pratiques sont donc prohibées dans le cadre de relations de travail à l'embauche ou dans le domaine de l'assurance.

L'identification de la personne par ses empreinte génétique est strictement réglementée (art.16-11 C.civ.). Elle reste possible dans le cadre de mesures d'enquêtes ou d'instructions lors d'une procédure judiciaire ou, au plan civil, dans le cadre d'une action tendant à l'établissement des liens de filiation ou d'une action à fins de subsides. Le consentement de l'intéressé est toujours exigé. A ces textes sont assorties des incriminations pénales nouvelles (voir cours Droit pénal).

§ 2 - LES LIBERTES DE LA PERSONNE HUMAINE

La faculté de faire ce qu'on veut n'est pas, à proprement parler, un droit mais une *liberté publique*. Cette liberté s'arrête là où commence celle d'autrui.

Elle peut prendre de très nombreux aspects. Trois seront plus spécialement abordés, la liberté d'aller où l'on veut, c'est-à-dire la liberté de mouvement (I), la liberté de faire ce que l'on veut, c'est-à-dire la liberté d'action (II), la liberté de penser (III), sans oublier la liberté d'entreprendre, la liberté d'association, la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté contractuelle, la liberté du mariage, la liberté du travail…et bien d'autres encore.

I - LA LIBERTE DE MOUVEMENT

Elle est garantie par la **loi pénale** qui érige la séquestration en infraction sauf lorsque celle-ci émane de la loi (art.341 et s. C.P.).

En **Droit civil**, cette liberté n'est pratiquement jamais menacée (ex. : ce serait le cas, imaginaire, d'un contrat par lequel une personne s'obligerait à ne pas quitter sa chambre).

Se pose cependant le problème de la validité des donations ou testaments dans lesquels une clause impose au gratifié d'habiter à tel endroit ou, au contraire, de ne jamais y venir (ex. : je donne cette maison à mon fils à condition qu'il vienne y habiter).

Par analogie avec l'article 900-1 du Code civil, la jurisprudence considère que ces clauses sont valables si elles sont limitées dans le temps et justifiées par un intérêt légitime (exemple d'intérêt légitime : le paysan qui lègue sa propriété mais qui demande au légataire d'habiter dans la maison de celle-ci afin de maintenir la vie familiale).

II - LA LIBERTE D'ACTION

Tout ce qui a pour objet le travail de l'homme intéresse plus ou moins sa personnalité. Ainsi protège-t-on les grandes libertés économiques : liberté d'entreprendre, liberté du commerce et de l'industrie, liberté de la concurrence, liberté du travail.

Ces grandes libertés, qui sont des libertés publiques, souvent constitutionnellement protégées et inscrites dans les grandes déclarations universelles se déclinent en droit privé. Tel est le cas notamment de la liberté du travail.

Celle-ci implique la liberté de travailler ou de ne pas travailler, encore que le « droit à la paresse » puisse être limité, par exemple dans le cas des chômeurs à qui l'ANPE propose un travail et la prohibition de l'obligation de travailler. Il en résulte que les contrats, de travail par exemple, ne peuvent avoir une durée perpétuelle : un contrat à durée indéterminée est par nature précaire, il peut être résilié par chacune des parties à tout moment moyennant le respect d'un préavis. Bien évidemment, le travail forcé est également prohibé.

Dans certaines circonstances, une personne *s'interdit de travailler* à travers des **conventions** (ou clauses) **de non concurrence**. On trouve ces clauses dans des contrats de cession d'une activité : cession de fonds de commerce, cession du contrôle d'une société, à charge du cédant et au profit du cessionnaire (l'acquéreur) ou bien dans des contrats de travail. Par ces clauses, le débiteur de non concurrence s'interdit de pratiquer une activité, contractuellement définie pendant un certain temps, de façon à éviter que certains secrets d'entreprise ne soient transmis ou que le clientèle n'accompagne le débiteur de non concurrence. Un salarié, un ingénieur par exemple, conclut un contrat de travail avec un employeur **;** une *« clause de non concurrence »* postcontractuelle, interdisant à l'ingénieur à l'issue du contrat de travailler dans une entreprise concurrente, pendant deux ans, sur un territoire déterminé, sous peine du paiement de dommages et intérêts. Ou bien un commerçant, exploitant une franchise connue, cède son fonds de commerce : il s'interdit de se réinstaller à proximité, pour réaliser la même activité, pendant une certaine durée (trois ans généralement) et sur un territoire donné là encore.

Ces clauses de non concurrence, valable en principe sur le fondement du principe de liberté contractuelle, heurte cependant tant le principe de liberté du travail que de la libre concurrence. Pour cette raison, elles sont étroitement contrôlées : elles doivent être limitées quant à l'activité interdite, dans le temps et dans l'espace, d'une part, respecter un principe de proportionnalité ensuite et, en droit du travail, être rémunérées.

III. – LA LIBERTE DE PENSER

La liberté de penser, si chère à Florent Pagny, de même que la liberté de conscience sont reconnues, soit en matière de religion, soit en matière de presse, en application des principes issus de la DDHC de 1789, mais aussi de ceux de la loi de 1881 sur la presse et le délit de diffamation. L'article 29 de la loi de 1881 définit le délit de diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

La jurisprudence consacre également un droit à la liberté de conscience. Ainsi sont nulles les clauses qui subordonnent le legs fait à une personne à la condition que les légataires changent de religion. Est abusif le licenciement d'une enseignante d'un institut privé catholique au seul motif qu'elle est divorcée (Soc. 7 février 1968, D.1968, 429).

Il l'est également en matière politique et syndicale, avec quelques limites cependant, à la différence de pays comme les USA, interdisant certains mouvements, racistes ou nazis par exemple.

La liberté d'expression, conséquence logique, est également reconnue, avec les limites que nous observerons en matière de respect de la vie privée.

§ 4 – LES DROITS DE LA PERSONNALITE

Les droits de l(homme, droits de la personnalité ? – Reconnus et affirmés par la déclaration de 1789, la constitution de 1958, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le pacte international des droits civiques et politiques de 1966, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, la charte européenne des droits de l'homme de 2000, les droits de l'homme sont les grands conquérants de la seconde moitié du XXè siècle. Tous les grands textes consacrent les libertés déjà envisagées, c'est-à-dire les libertés individuelles, ou ce qu'on pourrait classer dans les droits de la personnalité, comme le droit à une vie familiale, le droit au respect de ses biens…, bref au delà du droit à la vie, le *droit à une vie décente*, le droit à la dignité (Cf. Pacte 1966, art. 10.1).

Ils fondent des droits fondamentaux : égalité des sexes, non discrimination qui transcendent les catégories juridiques traditionnelles car ils sont fondés sur des valeur supérieures, la liberté de religion, les droits sociaux, les droits de l'environnement, le droit à la santé, le droit au droit… de sorte que ces textes servent, de plus de plus de référence dans des litiges, dans des procès pour critiquer la loi. C'est souvent la loi pénale (droit à un procès équitable, respect de la présomption d'innocence…) ou fiscale qui sont concernées, mais aussi parfois, la loi civile comme il en fut dans les affaires de transsexualisme ou plus récemment l'affaire *Mazurex* en matière d'égalité successorale des enfants légitimes et adultérins.

Les droits de la personnalité. – Toute personne a également droit au respect de son intégrité morale. Cette protection est essentiellement prétorienne : elle s'effectue par la reconnaissance, préalable à la protection, des droits de la personnalité.

1. – Le droit au respect de sa vie privée

L'article 9 du Code civil, issu d'une loi du 17 juillet 1970 dispose que *« chacun à droit au respect de sa vie privée »* reprenant à son compte une jurisprudence abondante, surtout à l'égard des personnalités, des célébrités du milieu artistique ou politique.

Ce texte est complété par l'article 8 de la CEDH qui dispose que *« toute personne a le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (…) »* mais également par la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1999 (RTD civ. 1999, p. 725) qui a intégré au bloc de constitutionnalité le droit au respect de la vie privé, par rattachement à l'article 2 DDHC (« le but de toute association politique est la consécration des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »).

Il en résulte la protection, par la voie de la réparation, de la vie privée de toute personne en cas de divulgation d'informations, photographies, récits… concernant celle-ci, vie familiale, sentimentale, état de santé, mœurs, le mode de vie…, ce que Carbonnier appelle la *« sphère d'intimité »* et le droit à la tranquillité. Si tout le monde dispose d'une telle « sphère d'intimité », c'est donc que tout le monde a aussi une vie publique.

Evidemment, ce la ne résout pas la difficulté : quelle est cette sphère d'intimité et comment la déterminer. C'est là tout l'enjeu de la protection de la vie privée, dans son opposition avec le ***droit à l'information*.**

C'est que, en effet, si tout le monde dispose d'une vie privée, ce sont en réalité les personnes plus ou moins célèbre qui profitent de cette protection, précisément parce qu'elles ont une vie publique ostensible (hommes politiques, artistes, sportifs, etc). En même temps, la protection de la vie privée de tout un chacun est, au-delà de la Une des tabloïds du week-end, un enjeu majeur dans une société dominée par l'information et son traitement : l'employeur, le banquier, l'assureur, etc, ont tendance a vouloir en savoir toujours plus sur le salarié, l'emprunteur, l'assuré, l'internaute, etc. le respect de la vie privée concerne avant tout, cette situation. La loi *Informatique et libertés* du 6 janvier 1978 tente ainsi de protéger l'accès aux données nominatives.

– ***Qu'est ce que la vie privée ?*** La notion est particulièrement complexe et sans réponse tranchée. Elle évolue au gré des situations de fait et donc de la jurisprudence. Observons que la protection de la vie privée ne vaut que dans les hypothèses dans lesquelles les informations protégées ne sont pas données spontanément par une personne.

Font partie de la vie privée, les informations relatives à la vie personnelle : l'identité d'une personne, l'origine raciale ou ethnique, la santé, les mœurs d'une personne. Ainsi, les tiers (l'employeur, le banquier) n'ont pas accès à ces informations.

En font également partie les informations à caractère familial : la vie sentimentale, conjugale ou extraconjugale, filiale, familiale.

En font partie les informations d'ordre intellectuelles : les aspirations religieuses ou philosophiques, les préférences politiques ou syndicales. Mais la frontière entre vie privée et vie publique est, pour les personnes connues, très difficile à tracer.

En revanche, relèvent de la vie publique d'une personnes les informations que cette personne rend publiques : la participation à une manifestation publique, la participation à une manifestation religieuse.

Plus complexe est la question de savoir si la vie professionnelle ou si le patrimoine fait partie de la vie privée. La jurisprudence estime que la divulgation par voie de presse d'informations concernant le patrimoine individuel n'est pas en elle-même de nature à porter atteinte au respect de la vie privée s'agissant de personnalités du monde des affaires (Civ.1ère, 28 mai 1991, D.1992, 213, note Kayser; JCP 1992, éd.G, II, 21845, note E. Ringel). Il en est de même de la profession d'une personne.

De même, l'image d'une personne fait partie de sa vie privée de sorte que sa photographie, sa reproduction d'une façon plus générale, ne peut être diffusée sans son consentement. C'est alors la question classique du reportage réalisé sur un sujet donné et qui montre une personne tierce dans une situation indésirable. Peut-elle engager d'une action en responsabilité pour violation de sa vie privée ? La réponse est en principe négative : la diffusion de son image est en effet une coïncidence (Cf. Cass. civ. 1ère 25 janvier 2000, JCP 2000, II, 10257, concl. J. Sainte-Rose). Il en serait différemment si cette personne était filmée de façon isolée (Cf. Civ. 1ère, 12 déc. 2000, D. 2001, IR, 182).

– La **sanction** du droit au respect de la vie privée est assurée par la voie de la responsabilité, la réparation, des dommages- intérêts. Le principe posé par l'article 1382 du Code civil impose en principe à la victime de démontrer une faute, un préjudicie et un lien de causalité. L'intérêt de l'article 9 du Code civil se manifeste alors, comme la cour de cassation l'avait reconnu dans un arrêt du 5 novembre 1996 : point n'est besoin pour la victime des indélicatesses de prouver une faute car le seul fait de troubler sa vie privée est présumée être une faute et cuser un préjudice (Cass. civ. 1ère, 5 nov. 1996, D. 1997, 403, note S. Laulom), ce qui offre une facilité procédurale très importante à la victime.

Par ailleurs, la sanction est complétée par la possibilité de procéder à des saisies, des séquestres, des retraits, accentuant l'efficacité de la protection. D'ailleurs, la jurisprudence considère que le seul fait que l'atteinte à la vie privée soit réalisée par voie de presse caractérise l'urgence (Civ. 1ère, 20 déc. 2000, JCP 2001, II, 10488).

Il faut également citer la loi du 6 janvier 1978 dite loi *« informatique et libertés »* qui entend réglementer « *la collecte, l'enregistrement et la conservation*

d'informations nominatives ». Cette loi prévoit que l'informatique « *ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni au droit de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques »*.

2. – Le droit à l'honneur permet de voir protéger sa réputation, sa considération, soit par l'obtention de dommages-intérêts, soit par le prononcé d'une sanction pénale (diffamation, injures publiques, dénonciation calomnieuse). L'honneur est ainsi un droit de la personnalité protégé dans la mesure où l'honneur, comme la confiance, sont des valeurs sociales essentielles.

« Calomniez, calomniez, il en restera toujours quelque chose » pensent toutes les mauvaises langues du monde. Cependant, seule la calomnie est sanctionnée : le fait de rappeler les fautes, vraies, passées d'une personne n'est pas constitutif d'une faute, alors que cela peut procéder de la même volonté destructrice.

Inversement, si la dénonciation calomnieuse est sanctionnée, la protection de la présomption d'innocence, qui vérifie un ***droit à l'innocence*** (Cf. DDHC, art. 9), fait l'objet d'une attention accrue depuis quelques années. La loi du 15 juin 2000 notamment a considérablement renforcé la protection de cette présomption, limitant d'autant la liberté d'expression et le droit à l'information. Les traits les plus importants de la loi de 2000 ont été de modifier l'article 9-1 du civil qui dispose désormais que *« chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudicie de la réparation du préjudice subi, prescrire toute mesure, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte »*. Par ailleurs, la présentation, sans son consentement, d'une personne mise en cause dans le cadre d'une procédure pénale, avec des menottes ou sur le point d'entrer en détention provisoire est condamnable de même que le fait de réaliser ou de commenter un sondage d'opinion sur la culpabilité d'une personne (L. 29 juill. 1881, mod. L. 15 juin 2000, art. 35 ter II et III).

La calomnie, la diffamation sont pénalement sanctionnées ; D'une façon plus générale, la sanction des atteintes à la réputation d'autrui est réalisée par des actions en réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Il convient cependant de ne pas confondre calomnie et dérision, dénigrement et satire ou pastiche, comme l'affaire dite des « guignols de l'info » l'avait montré (dans cette affaire : Ass. Plén. 12 juill. 2000, RJDA 2001, n°387 ; Reims, 9 févr. 1999, D. 1999. 449, note B. Edelman ; Civ. 2ème, 2 avr. 1997, Bull. civ. II, n° 113 ; Paris, 14 mars 1995, D. 1996. Somm. p. 252, obs. M.-L. Izorche ; Comp. Paris, 30 avr. 2003, D. 2003, p. 1760, aff. *jeboycottedanone.com*) ; Paris 26 févr. 2003, D. 2003, p. 1831, note B. Edelman aff; *Greenpace c/ Areva et c/ Esso*)..

3. –Le droit à sa propre image, à la voix, au secret de sa correspondance en vertu duquel une personne peut s'opposer à ce que des tiers reproduisent sans son autorisation son portrait.

La jurisprudence reconnaît au titulaire du droit de la personnalité la faculté d'obtenir des dommages-intérêts, la publication du jugement et l'interdiction de toute nouvelle publicité.

Cependant, la jurisprudence limite l'exercice de ce droit en considérant qu'il n'y a pas de faute à diffuser la photographie d'une personne de notoriété publique lorsque cette photo est prise au cours de sa vie professionnelle. De la même façon, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas de faute à diffuser une photo prise dans un lieu public ou lors d'une manifestation publique.

4. – La jurisprudence a aussi affirmé l'existence d'un **droit au nom** qui est la faculté pour toute personne d'interdire l'usage de son nom dès lors qu'il y a un risque de confusion possible (ex. : TGI Versailles 2 avril 1974, aff. Béru c. Frédéric Dard; en l'espèce, le Comte de Béru se plaignait de ce que son nom soit utilisé dans les romans de F. Dard. Le TGI a rejeté la demande en raison de l'absence de toute confusion possible).

CHAPITRE 2 - L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE : IDENTITE JURIDIQUE ET ETAT CIVIL

Ce que l'on appelle ***l'état des personnes*** recense les règles les mesures de police prises pour identifier les personnes, pour assurer leur unicité.

Sa signification renvoie dans un premier temps aux questions relatives au statut personnel, tel qu'on l'identifie en droit international privé, par exemple, mais encore dans certains pays dans lesquels, l'égalité civile n'est pas garantie par l'Etat.

Elle renvoie, dans un second temps à l'ensemble des données permettant d'individualiser une personne, de l'identifier, la filiation, le nom, le domicile, des données sociales, des données biologiques, demain.

La notion d'*état civil des personnes* procède alors de la laïcisation de cet état des personnes, fondée sur l'égalité civile, mais est également un instrument de *police civile*.

Pour cette raison, l'état civil est constitué de règle d'ordre public : toute personne dispose d'un état et ne saurait s'en dispenser et on a longtemps considéré cet état comme immuable et indisponible.

Il nous faut tout d'abord appréhender les différents éléments que le droit civil considère pour distinguer les personnes. C'est ce que nous ferons en étudiant le contenu de l'état civil (Section 1).

Mais l'autorité publique a intérêt à ce que ces différents éléments ne disparaissent pas pour que l'individualisation d'une personne puisse être faite à chaque instant. Le droit civil a organisé un système de constatation de l'état civil (Section 2).

SECTION 1. – LE CONTENU DE L'ETAT CIVIL DES PERSONNES

Divers éléments concourent à identifier et, mieux, à individualiser chaque personne dans la société.

*. – Il s'agit, alors, de déterminer les critères d'identification et d'individualisation pertinent de différenciation.

– Certains de ces éléments sont incompatibles avec le principe de l'égalité civile.

C'est le cas de la ***race*** ou de la ***religion*** : le droit civil ne prend pas en considération la race d'un individu pour lui attacher des conséquences juridiques : il n'y a pas de discrimination civile raciale. Au contraire, d'ailleurs, le droit, pénal, sanctionne toute prise en compte de l'un de ces critères, au nom du principe de l'égalité civile. Inversement, le concept américain d' *« affirmative action »* que nous traduisons par « discrimination positive » n'est pas reconnu en droit français.

De même, le droit civil ne prend pas en principe en considération le ***milieu social*** ou le ***niveau de fortune*** de l'intéressé (mais les tribunaux adapteront le montant des réparations à la situation de la victime et du fautif; voir également art.1244 C.civ.).

– D'autres éléments de distinction des personnes sont pris en compte : ces éléments composent l'état civil de chacun.

L'état civil d'une personne est l'ensemble des éléments que prend en compte le droit pour individualiser la personne.

Ainsi, le ***sexe*** de la personne est un élément de l'état, encore que le droit y attache des conséquences moindres en raison du principe de l'égalité des sexes, s'agissant notamment de la question de l'indisponibilité de l'état de la personne à travers la question du transsexualisme.

L'***âge*** est un élément important de l'état d'une personne. Ainsi la loi distingue entre majeurs et mineurs de 18 ans. Mais, dans le même temps, le droit successoral ne reconnaît plus le droit d'aînesse (c'est-à-dire le privilège qu'avait l'aîné de la famille d'hériter). L'égalité successorale est une application de l'égalité civile.

La ***santé*** apparaît également comme un élément – très secondaire et indirect – de l'état des personnes. Ainsi le fait d'être atteint d'une maladie mentale ou physique pourra entraîner une incapacité de passer certains actes. Mais encore, dans le même temps, le principe de l'égalité civile des citoyens interdit de prendre en compte certaines maladies pour refuser à une personne l'accès à un emploi (ex. : la jurisprudence considère que le licenciement d'une personne simplement parce que celle-ci est atteinte du sida est fautif).

Le ***mariage***, enfin, ou le *divorce* sont mentionnés dans l'état civil d'une personne parce qu'il emporte certaines conséquences juridiques que l'union libre, normalement, ne produit pas (le mariage va emporter l'organisation patrimoniale des biens du ménage, produire des conséquences précises au plan de la filiation).

. – L'un des questions majeures est aujourd'hui celle de **l'indisponibilité de l'état des personnes. Ce principe a longtemps été considéré comme intangible sans poser de difficultés : il s'agissait d'empêcher qu'une personne puisse réaliser des transactions sur son état civil ou y renoncer (Cf. C. civ., art. 311-9).

L'indisponibilité de l'identité sexuelle discutée depuis une bonne trentaine d'années, a été l'occasion de réfléchir sur l'actualité du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes.

La situation est la suivante : toute personne dispose d'un sexe donnée, homme ou femme. Dans la plupart des situations, le sexe juridique correspond au sexe psychologique, sauf pour certaines personnes présentant le syndrome du transsexualisme : celles-ci disposent, pour résumer, d'un sexe psychologique distinct de leur sexe juridique. Franchissant ou non une nouvelle étape consistant à changer de sexe physique (cette dernière situation compliquant encore la présentation : un sexe juridique différent du sexe physique, ce dernier étant équivalent au sexe psychologique).

La Cour de cassation avait, dans un premier temps, refusé de faire échec au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (Civ. 1re 21 mai 1990, JCP 1990, éd.G, II, 21588). Elle avait notamment rappelé sa position dans l'arrêt *Alma mater* du 31 mai 1991 (D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin, JCP 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontemville ; note F. Terré, Defrénois, 1991, I, 1267, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller, GADC, n° 60).

Elle maintint cette position jusqu'à un très important arrêt du 11 décembre 1992. il est vrai que quelques mois auparavant, par un arrêt du 25 mars 1992 (D.1993.101, note J.P. Margueneau), la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la France parce que son attitude en matière de transsexualisme constituait, à ses yeux, une violation du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est sur le fondement de ce même texte que l'assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que : *"... lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification..."* (Ass. Plen. 11 décembre 1992, JCP 1993, éd.G, II, 21991, concl. M . Jeol, note G. Mémeteau, RTD civ. 1993, 325, obs. J. Hauser, GAJC, n°25).

Cette évolution illustre, sans doute, une évolution des mœurs et, au delà, l'influence accrue du rôle de la volonté individuelle sur l'état de la personne.

On ne confondra cependant pas ***indisponibilité de l'état des personnes*** et ***immutabilité de l'état des personnes***. Le premier, apparu à travers quelques décisions de la Cour de cassation n'a pas été repris par les lois « Bioéthique » de 1994, signifie que l'on ne peut disposer de son état. Le second est bien plus radical : il emporte l'impossible changement d'état, en toute circonstance, même non volontaire.

Ce mécanisme se présente alors de façon très relative : bien des mutations d'état peuvent être constatées : changement de nationalité, changement de nom administrativement ou judiciairement contrôlés, de domicile, pleinement volontaire, même si certains sont effectivement immuables comme la date ou le lieu de naissance

Il reste qu'il n'y a que deux éléments principaux d'individualisation de la personne physique : le nom qui la désigne (Sous-Section 1) et le domicile qui la situe (Sous-Section 2).

SOUS-SECTION 1. – LE NOM

Le nom est un vocable qui sert à désigner une personne, un animal ou une chose (il y a des noms de navires). Nous ne considèrerons ici que le nom propre des personnes.

La complexité de la réglementation du nom tient, d'abord, à la diversité des sources, ensuite, à la multiplicité des intérêts en jeu.

– Diversité des sources

Le droit relatif au nom est en partie coutumier (nom de la femme mariée). Mais l'identification d'une personne est incompatible avec les incertitudes de la coutume. Les interventions législatives ou réglementaires sont de plus en plus fréquentes en la matière. La dernière en date est la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 sur le *nom de famille*

– Multiplicité des intérêts en jeu

. Le nom est d'abord enraciné dans le tréfonds de la personne puisqu'il en est le signe individuel.

. Le nom est aussi l'expression de l'appartenance de cette personne au groupe familial.

. Le nom est enfin une institution de police civile assurant l'identification des citoyens.

Le nom intéresse donc tout à la fois la personne, la famille et l'Etat. D'ailleurs, une loi révolutionnaire, la loi du 6 fructidor An II dispose que « aucun

citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans on acte de naissance »

La désignation de la personne par son nom appelle la distinction de l'élément essentiel : le nom patronymique (§ 1) de ses accessoires (le prénom et autres pseudonymes...) (§ 2).

§ 1. - L'ELEMENT ESSENTIEL : LE NOM PATRONYMIQUE ET LE NOM DE FAMILLE

C'est ce qu'on appelle communément le « *nom de famille* », terme qui s'impose depuis la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille qui a substitué l'appellation « nom de famille » à la formule « nom patronymique » en vigueur jusque là.

L'origine est en diverse. Dans l'ancien droit, le nom emportait d'abord le nom de baptême, c'est-à-dire le prénom, qui était primitivement le vrai nom de l'individu. A ce nom, on associait un surnom, un qualificatif qui évoquait une particularité physique de l'intéressé (Leroux, Lebègue...), sa profession (Boulanger, pastre, Lefevre etc) ou le lieu de sa résidence (L'auvergnat, du Berry...).

Entre le XIIème et le XVème siècle selon les régions, ce sobriquet est devenu patronyme qui se transmettait de père en fils. A partir de l'ordonnance de Villers-Cotteret (1539), les curés des paroisses ont dû tenir les registres de baptême qui mentionnaient le nom de baptême et le patronyme.

C'est ainsi que s'est façonné pendant près de dix siècles l'*acquisition du nom* au sein du groupe social. Il nous faut maintenant observer comment aujourd'hui se réalise l'acquisition du nom (I). Nous dirons ensuite quelques mots de la *nature et de la protection du nom* (II).

I. – L'ACQUISITION DU NOM

Aujourd'hui, les règles relatives à l'attribution du nom sont principalement liées à l'insertion dans une famille (A) mais aussi la question de la modification du nom (B).

A. – Acquisition du nom patronymique par insertion familiale

Cette situation concerne le nom des enfants (1°) et de la femme (2°).

1°) Le nom des enfants

Le nom des enfants dépend du lien de filiation établi avec ses parents et, en même temps, il installe un enfant dans une famille, dans une lignée. D'origines coutumières, les règles d'attribution du nom ont été consacrées par la loi dans le Code civil modifié depuis. Cette filiation peut être légitime, naturelle, adoptive, étant entendu que, depuis le Code civil la loi a modifié l'esprit et la lettre de ces règles,

que ce soit la loi du 23 décembre 1985, la loi du 8 janvier 1993 ou la loi du 4 mars 2002 sur le nom de famille.

Observons cependant que la loi du 4 mars 2002 qui devait entrer en vigueur le 1er septembre 2003 mais une loi du 18 juin 2003 a retardé cette entrée en vigueur au 1er janvier 2005.

Longtemps, il était de tradition que l'enfant porte le nom de son père, sur le modèle de la filiation légitime : l'enfant de parents mariés porte le nom de son père, et l'ensemble des autres règles, en matière de filiation naturelle ou adoptive, était calquée sur ce modèle. L'irruption de la famille naturelle, concurrence de la famille légitime depuis plus de trente ans d'une part, et des revendications d'égalité entre homme et femme ont conduit à assouplir ces règles, soit pour ne plus considérer la famille légitime comme modèle soit pour permettre à la femme de transmettre son nom.

Nous observerons cependant les règles actuelles, antécédentes à la loi de 2002 (a) et les règles nouvelles (b).

a. – Les règles antérieures à la loi du 4 mars 2002

Le nom des enfants dépend du lien de filiation qui s'établit avec ses parents. Cette filiation peut être légitime (*), naturelle (**), adoptive (***).

***. – La filiation légitime** est un effet du mariage. L'enfant légitime est l'enfant dont le père et la mère sont mariés.

– Le principe. L'enfant légitime porte le nom du mari de la mère (qui est présumé être son père).

– Les limites. Cette règle exclusivement coutumière dérive d'une conception patriarcale de la famille. La loi de 1985, sous la pression féministe et d'une considération plus générale sur l'égalité des sexes, avait ouvert la possibilité à l'enfant, devenu majeur, « d'ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien ». Il s'agit donc d'accorder à l'enfant d'ajouter le nom de sa mère s'il est un enfant légitime. a femme mariée d'ajouter son nom à celui de son mari. La loi de 2002 l'a généralisé et amplifié, comme nous le verrons.

La règle est d'ailleurs plus complexe :

– Le majeur peut ajouter le nom de sa mère.
– Les titulaires de l'autorité parentale : les deux parents ou l'un d'entre eux seulement s'il est seul titulaire de l'autorité parentale (la mère seul par exemple), peuvent également choisir d'accoler leur deux noms au lieu du seul nom du père à l'égard de l'enfant mineur.

Cependant, le nom ainsi utilisé n'est qu'un **nom d'usage**, de sorte qu'il est en premier lieu précaire, l'enfant majeur peut y renoncer à tout moment et surtout qu'il est intransmissible à ses propres enfants. L'enfant, et pour autant qu'il soit de sexe masculin, ne transmet donc que le nom de son père.

****. –La filiation naturelle** est une filiation hors mariage. Son émergence comme catégorie familiale à part entière n'est plus à démontrer. L'objectif de la loi, à l'égard des enfants naturels, est de rapprocher leur statut de celui des enfants légitimes, comme par exemple en matière d'attribution du nom.

Il reste que la filiation naturelle ne crée pas un lien automatique entre l'enfant et ses deux parents : ce lien repose sur l'existence d'une reconnaissance d'enfant naturel.

Ainsi, la règle principale est que l'enfant naturel porte le nom de celui à l'égard de qui sa filiation est établie la première (art.334-1 C.civ.).

– Si *la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents*, qui l'ont donc reconnus tout deux ce qui est situation ordinaire, l'enfant porte le nom du père, exactement comme en matière de filiation légitime.

– Si *la filiation n'est pas établie simultanément par les deux parents*, deux possibilités se présentent :

> – *La filiation est établie par un seul des parents* : L'enfant porte le nom de celui qui l'a reconnu, le nom du père ou le nom de la mère. SI cependant celle-ci ce marie avec un tiers (qui n'est pas le père de l'enfant), le mari peut demander de substituer son propre nom à l'enfant par déclaration établie conjointement par la mère et son mari devant le greffier en chef du TGI du lieu de domicile de l'enfant ; L'intérêt est alors de procéder « comme si » cet enfant était un enfant légitime.

– *La filiation est établie successivement par les deux parents*, il porte le nom de celui qui l'a reconnu en premier.

> – L'enfant est d'abord reconnu par le père : il porte le nom du père.
> – L'enfant est d'abord reconnu par la mère : il porte le nom de la mère. Mais, dans cette dernière hypothèse, deux atténuations sont proposées :
>
> – D'une part l'enfant pourra prendre le nom du père ou bien les deux noms accolés, si, pendant sa minorité, les deux parents en font la déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI du lieu de domicile de l'enfant. Si l'enfant a plus de treize ans, son consentement est nécessaire (C. civ., art. 334-2).
>
> – D'autre part, tout intéressé, et notamment l'enfant, peut pendant sa minorité ou les deux années qui suivent sa majorité, demander au juge aux affaires familiales (le JAF, juge institué par la

loi du 8 janvier 1993)la substitution de son nom au profit du nom du père voire celui de ses deux parents.

La prééminence du nom du père doit, ici aussi, être relevée.

*****. – La filiation adoptive**

Il existe plusieurs variétés d'adoption.

1ère hypothèse : *en cas d'adoption plénière*, situation ordinaire, l'enfant adoptif est assimilé à l'enfant légitime. L'adoption emporte substitution intégrale du nom, l'enfant prend le nom de l'adoptant, c'est-à-dire, en cas d'adoption par les deux conjoints, du mari du couple qui l'a adopté (art.357 C.civ.).

Si cependant l'enfant est adopté par une seule personne, il prend le nom de celle-ci.

2ème hypothèse : *en cas d'adoption simple*, le nom de l'adoptant est ajouté à celui de l'adopté, mais le juge peut décider qu'il y aura une complète substitution : l'adopté prend le nom de l'adoptant (art.363 C.civ.). Si l'adopté a plus de treize ans, son consentement devra alors être recueilli.

3ème hypothèse : la loi de 1972 a prévu une sorte *d'adoption limitée au nom*.
L'hypothèse est la suivante :
- Une femme a un enfant que le père ne reconnaît pas.
- Cette femme se marie avec quelqu'un qui n'est pas le père de l'enfant.
- Le mari peut conférer son nom à l'enfant par une déclaration conjointe faite avec la mère.
- Mais l'enfant pourra dans les deux ans de sa majorité reprendre le nom qu'il portait antérieurement.

******. – La filiation inconnue**

L'enfant né de père et père inconnus se voit attribuer par l'officier d'état civil trois prénoms dont le dernier sert de patronyme ; (C. civ., art. 57). Ce régime n'a pas été modifié par la loi de 2002.

b. – Les règles issues de la loi du 4 mars 2002

Les techniques mises en œuvre proposent un système d'attribution du nom qui ne tienne plus compte du caractère légitime ou naturel de la filiation de l'enfant. Or, la loi de 2002 propose un socle commun à la filiation légitime et naturelle (C. civ., art. 311-21 et 311-22) et adoptive (C. civ., art. 357 et 363) (i). Il restera cependant des dispositions particulières (ii).

i) Dispositions communes aux divers modes de filiation

La loi de 2002, qui entrera en vigueur le 1er janvier 2005, dispose que tout enfant légitime, naturel ou adopté sous forme d'adoption plénière par deux époux (la grande majorité) peut porter, aux choix des parents :

– le nom du père,
– le nom de la mère
– le nom des deux dans l'ordre qu'ils choisissent.

Si les parents ne font aucune déclaration, ce qui sera sans doute la règle ordinaire, l'enfant portera le nom du père (C. civ., art. 311-21, a. 1er).

Le choix réalisé pour le premier enfant sera décisif pour les autres : le nom de famille retenu sera le même pour tous les enfants.

Par ailleurs, si l'enfant porte le nom d'un seul de parents, il peut, à compter de sa majorité et en tout cas avant d'avant d'avoir lui-même son premier enfant, choisir d'accoler le nom de son autre parent. Il doit le faire par déclaration écrite.

Le choix, effectué en toute liberté, doit être réalisé au moment de la déclaration de naissance, par voie de déclaration conjointe auprès de l'officier d'état civil.

Plusieurs difficultés demeurent :

– L'exigence d'une déclaration conjointe fait que, en cas de désaccord, ou en cas de décès du père avant la naissance, l'enfant porte nécessairement le nom du père.

– Lorsque les deux parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille et souhaitent attribuer le nom de chacun d'eux, ils ne peuvent transmettre qu'un seul des éléments de ce double nom. Ils pourraient. Même choisir d'abandonner. Par exemple M. A-B et Mme P ont un enfant, il pourra s'appeler A-B, P, A-P, P-A, B-P, P-B, A, B mais pas A-B-P. S'ils s'appellent M. A-B et Mme X-Y, l'enfant peut s'appeler A-B, X-Y, ou en composant, A, B, X, Y, A-X, A-Y, B-X, B-Y, X-A, Y-A, X-B, Y-B ; de quoi mettre du piquant dans les réunions des grandes familles.

ii) Dispositions particulières à certains modes de filiation

***) Le nom de l'enfant naturel**

L'enfant naturel dont la filiation est établie simultanément à l'égard des deux parents porte le nom de famille dans les conditions posées par la loi de 2002.

Cependant, la loi de 2002 prévoit que le « système ancien », c'est-à-dire le système assurant une divisibilité du nom, produit ses effets, si la filiation n'est pas établie simultanément par les deux auteurs, l'enfant qui ne dispose que d'un lien de filiation porte le nom de celui qui l'a reconnu.

Deux possibilités se présentent cependant :

– Hypothèse de la famille monoparentale : l'enfant est reconnu par un seul de ses parents.

– Si l'enfant est d'abord reconnu par le père (la mère est partie ou s'en désintéresse) : il porte le nom du père.

– Si l'enfant est d'abord reconnu par la mère (le père est parti) : il porte le nom de la mère. Mais, dans cette dernière hypothèse, l'enfant pourra prendre le nom du père ou bien les deux noms accolés, si, pendant sa minorité, les deux parents en font la déclaration conjointe devant le greffier en chef du TGI compétent,.

– Hypothèse d'une famille monoparentale puis recomposée :

Si le parent qui l'a reconnu (le père ou la mère est parti) se marie avec un tiers, les époux (l'un n'est pas le parent de l'enfant) peuvent déclarer conjointement au greffe du TGI vouloir substituer au nom de l'enfant, le nom du nouveau conjoint ou accoler les deux noms des époux dans un ordre choisis par eux (C. civ., art. 334-5).

Il s'agit évidemment ici de favoriser l'intégration enfants dans les familles recomposées.

*****) La filiation adoptive**

Une exception demeure depuis la loi de 2002 en matière d'adoption simple : l'enfant adopté dans ces conditions conserve son nom d'origine auquel est accolé le nom du mari ou le nom de la femme (le nom du mari en cas de désaccord, à moins que le nom des deux adoptants ne soit substitué au nom d'origine, par décision du juge (Cf. C. civ., art. 363, et 311-21).

La règle participe d'une nouvelle exigence de découverte de ses origines ; on retrouve cette question à propos de la contestation de l'accouchement sous X.

2°) Le nom de la femme

L'usage social, certaines convenances, veulent que la femme mariée remplace son nom par celui de mari. En réalité, l'épouse ne perd pas son nom originaire, elle dispose simplement, par le mariage, de l'usage du nom du mari. L'unité du nom traduit l'unité du foyer et une certaine forme de maintien des droits du *pater familias*. Pourtant, le femme mariée conserve son nom originaire mais ne le transmet actuellement pas, sauf l'entrée en vigueur de la loi de 2002.

Il en résulte que, comme le magnifique *Père Noël est une ordure* de P. Leconte, l'évoque, la femme mariée est désignée sous son nom originaire accompagné de la mention « épouse X ».

Le fait de porter le nom de son mari est à la fois pour elle un *droit* personnel qu'elle ne peut céder.

– elle ne perd pas automatiquement le nom du mari en cas de rupture du lien matrimonial :.

– En cas de décès du mari, un usage veut que la veuve puisse continuer à utiliser le nom de son mari.

– En cas de *séparation de corps*, la femme séparée conserve le nom du mari sauf si le jugement de séparation le lui interdit (art.300 C.civ.).

– En cas de *divorce*, le principe est que la femme divorcée perd l'usage du nom du mari (art.264 C.civ.).

Il existe cependant deux atténuations à ce principe :

– La femme a le *droit* de conserver le nom du mari lorsque le divorce est demandé par celui-ci pour rupture de la vie commune.

– La femme peut avoir *l'autorisation* du mari ou du juge de conserver le nom du mari si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour ses enfants (l'intérêt est généralement professionnel : une femme artiste ou écrivain a acquis une notoriété sous le nom de son mari, elle subirait un préjudice si elle changeait de patronyme).

B. – La modification du nom

En principe, la modification du nom est impossible, en vertu du principe d'immutabilité de l'état des personnes, qui se décline en principe d'immutabilité du nom.

1. – Le *principe de l'immutabilité du nom*. On ne peut pas modifier son nom. Ce principe est admis depuis une loi révolutionaire, la loi du 6 fructidor an II.

Il s'est imposé pour des nécessités de police. Cette règle produit deux conséquences précises.

*. – La première est l'***imprescriptibilité*** du nom. La longue durée ne peut en principe faire ni acquérir ni perdre un nom. Le fait de porter le nom d'autrui pendant longtemps ne le fait pas acquérir (mais nous verrons une exception) ; le fait de ne pas porter son nom pendant longtemps ne le fait pas perdre.

. – La deuxième est l'*incessibilité*** du nom en tant que patronyme. Cependant, l'utilisation commerciale du nom d'autrui est licite en cas d'autorisation.

Deux hypothèses distinctes sont visées.

– On considère premier que l'utilisation d'un nom à des fins commerciales est évidemment possible mais que, en ce cas, le patronyme s'est détaché de la personne

qui le porte pour s'appliquer au commerce qu'il désigne. Le nom devient un *nom commercial*, sinon une *marque*.

L'affaire *Bordas* est tout à fait illustrative de cette situation. M. P. Bordas avait fondé une société d'édition qui portait son nom. Il avait ensuite vendu les actions de cette société et donne sa démission du poste de PDG. Il voulut ensuite interdire à la société de porter son nom. La cour d'appel lui donna gain de cause mais la Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel : le nom s'était détaché de son titulaire personne physique pour identifier la personne morale : *« Le nom s'est détaché de la personne physique qui le porte pour s'appliquer à la personne morale qu'il distingue et devenir ainsi objet de propriété incorporelle »* (Com.12 mars 1985, JCP 1985, II, 20400, note G. Bonet).

– La seconde illustre les hypothèses de renonciation à défendre une usurpation de nom, souvent moyennant une contrepartie financière, éventuellement assortis d'une clause d'exclusivité, permettant ainsi à un tiers d'exploiter un nom commercial : c'est l'exemple des contrats de transfert de renommée.

2. – Exceptions

Nous avons déjà rencontré des hypothèses de changement de nom : celui de la femme mariée, celui des enfants naturels, celui d'un enfant adopté.

L'immutabilité du nom peut être écartée soit pour des intérêts privés (*), soit pour des intérêts nationaux (**).

a.– Les personnes pour des **intérêts** strictement **privés** peuvent désirer changer de nom. Nous avons déjà vu les questions posées par le nom de la femme mariées et les multiples possibilités offertes à l'enfant.

Les hypothèses de changement de nom en dehors ces cas sont rendus possible par le code civil, par exemple lorsqu'il s'agit de changer un nom reidicule ou déshonoré.

. – Conditions de fond. –

Depuis la loi du 8 janvier 1993, modifiant l'article 61 du Code civil : *« toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom »*.

En pratique, le changement de nom n'est admis dans trois séries d'hypothèses :

– Lorsque le nom est ridicule :

Les exemples de jurisprudence sont nombreux : en liaison avec une profession (M. Vieilledent qui est dentiste, M. Danger qui est médecin, M. Lajoie qui est entrepreneur de pompes funèbres...) ou indépendamment de toute profession (M. Saucisse, M. Cocu, etc...).

– Lorsqu'une personne veut acquérir le pseudonyme sous lequel elle s'est illustrée (ex. : la maréchale de Hautecloque qui a repris le pseudonyme de son mari, le général Leclerc pour devenir la maréchale Leclerc).

– Lorsqu'un nom illustre, porté par un ancêtre, est menacé de s'éteindre. C'est le cas aussi des soldats morts pour la France qui seraient les derniers mâles d'une famille. L'action est une action en relevation du nom.

*****. – Conditions de forme. –***

Les conditions sont simples : il faut une autorisation du gouvernement (l'avis du Conseil d'Etat a été supprimé en 1993). Le décret de changement de nom est publié au J.O. Les tiers disposent un délai de deux mois pour faire opposition s'ils justifient d'un intérêt sérieux et légitime, par exemple en cas de risque de confusion ou d'atteinte à l'image d'une famille portant déjà ce nom..

b. – L'immutabilité du nom peut être écartée pour des **intérêts nationaux**. Ainsi une procédure plus simple, accessoire à la naturalisation est prévue pour les étrangers qui désirent franciser leur nom ou leur prénom (afin de les assimiler plus complètement à la communauté française).

La loi du 25 octobre 1972 modifiée par la loi du 8 janvier 1993, qui règle la question, prévoit que la francisation d'un nom consiste dans sa traduction française ou dans la modification de celui-ci. La francisation du nom est obtenue plus simplement dans le cadre de la procédure de naturalisation par décret ministériel.

II. – LA NATURE ET LA PROTECTION DU NOM

A. – La nature juridique du nom

La **nature juridique** du nom est depuis une centaine d'années l'objet d'une controverse. Plusieurs thèses se sont succédées.

– **1ère thèse. –** On a d'abord vu dans le droit qu'a une personne sur son nom un simple ***droit de propriété***. ¨Par conséquent, le titulaire du nom pourrait l'utiliser comme il l'entend, pourrait le protéger contre toute usurpation, exactement comme s'il s'agissait d'une chose.

Cette analyse n'est pas satisfaisante au regard de l'indisponibilité du nom (il est immuable, il est imprescriptible, il est incessible).

– 2ème thèse. – D'autres ont vu dans le nom une ***institution de police civile*** assurant l'immatriculation des personnes.

L'analyse se ne concilie pas avec le rôle reconnu à la volonté individuelle dans l'acquisition du nom (loi 23 décembre 1985 sur le nom d'usage; faculté du choix du prénom; effets du mariage sur le nom).

– 3ème thèse. – La doctrine, aujourd'hui, tend à voir dans le droit au nom un ***droit de la personnalité***.

On rapporte, par exemple, que le Professeur Léon Mazeaud, résistant et déporté à Buchenwald, (v. H. J. et L. Mazeaud, *Visages dans la tourmente, 1939-1945, Albin Michel, 1946*) définit après 1945 cette thèse en constatant, à la vue du tatouage portant son numéro de déporté sur son bras gauche, que, non, vraiment, le nom ne pouvait pas être une simple institution de police mais que, face à l'entreprise de déshumanisation dont il venait de faire la terrible expérience, son nom était une partie de lui-même, une partie de sa personnalité.

Mais là encore l'analyse suscite quelques réserves : elle ne tient pas du tout compte de l'intérêt que l'Etat prête au nom. En fait, on peut se demander si la vérité ne réside pas dans la synthèse de ces opinions : le nom serait un concept juridique protéiforme , c'est-à-dire qui prendrait les aspects les plus divers selon l'éclairage qui lui est projeté.

B. – La protection du nom

Les situations dans lesquelles la protection du nom est demandée en justice restituent cette diversité. Deux hypothèses peuvent être distinguées :

- La première hypothèse est celle de ***l'usurpation du nom***.

C'est le fait pour quelqu'un de porter le nom d'autrui. L'action en usurpation du nom revient aux personnes qui portent légitimement et exactement le même nom que celui qui est usurpé. Tous les membres de la famille dont le nom a été usurpé peuvent alors agir. Le nom est alors considéré comme un partie du statut familial; il *"appartient collectivement"* à la famille. C'est une sorte de protection de la "propriété du nom" (il n'est nécessaire de prouver ni le préjudice ni la faute). En réalité, cette action en usurpation du nom ne concerne que les noms rares ou illustres, aristocratiques.

Mais la protection cède parfois devant l'hypothèse de l'utilisation prolongée d'un nom d'emprunt, comme dans l'affaire Mortemat de Boisse. La famille Mortemart de Boisse utilisait ce nom depuis près de deux siècle depuis qu'un ancêtre avait signé Mortemart un acte célébrant son mariage en 1721 puis s'était nommé Mortemart de Boisse lorqu'il fut nommé consul de France à Malaga. Cependant, un véritable aristocrate, M. François de Rochechouart de Mortemart de Tonnay-Charente avait assigné les membres de la famille Mortemart de Boisse en vue de la modification de leur nom en Mortomart. La première chambre civile de la cour de cassation avait alors décidé que *« le principe de l'immutabilité du nom patronymique, inscrit dans l'édit d'Amboise et réaffirmé dans la loi du 6 fructidor an II ? ne fait pas obstacle à ce que la possession prolongée d'un nom puisse en*

permettre l'acquisition, dès lors que cette possession n'a pas été déloyale » (Civ. 1ère, 31 janv. 1978, D. 1979, 182 ? note R. Savatier, JCP 1979, II, 19035, note Ph. Nérac, RTD civ. 1979 . 121, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi).

- La deuxième hypothèse, que nous connaissons mieux, concerne ***l'utilisation abusive du nom***.

Dans ce cadre, quelqu'un va user du nom d'autrui sans vouloir se l'attribuer. Par exemple, on va utiliser le nom d'autrui dans un contexte commercial, pour désigner des marchandises, ou dans la création littéraire, pour désigner un personnage imaginaire.

La prospérité de cette action suppose cependant la démonstration d'un risque de *confusion préjudiciable*... et illustre l'exercice d'une classique action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil (comme c'est la plupart du temps le cas s'agissant de "pseudo" droits de la personnalité).

Cependant, *l'utilisation commerciale* du nom d'autrui est licite en cas d'autorisation. On considère alors que le patronyme s'est détaché de la personne qui le porte pour s'appliquer au commerce qu'il désigne (ex. : Cass. com. 12 mars 1985, aff. Bordas). En réalité, l'autorisation donnée par le titulaire du nom à son utilisation commerciale ne constitue pas le consentement de celui-ci à une « vente » du nom – ce qui supposerait l'existence d'un droit de propriété sur ce nom –, mais le fait justificatif qui fait disparaître le caractère fautif de l'utilisation commerciale réalisée par le tiers et, partant, prive le titulaire du nom de son action en responsabilité civile à l'égard de celui-ci – ce qui, indirectement, « autorise » le tiers à utiliser le nom en question – (sur cette analyse, cf. P. Ancel, *"L'indisponibilité des droits de la personnalité"*, thèse Dijon, 1978).

§ 2. – LES ACCESSOIRES DU NOM PATRONYMIQUE

On distingue les accessoires habituels que chacun possède : les prénoms (I) des accessoires exceptionnels : le pseudonyme, la particule, le titre (II).

I. – L'ACCESSOIRE HABITUEL : LE PRENOM

Au sein de la famille, le prénom est l'élément de différenciation individuel. Comme pour ce qui est du nom, nous observerons tour à tour les questions touchant à l'*acquisition* (A) puis à la *modification* (B) du prénom.

A. – L'acquisition du prénom

A la différence du patronyme qui intervient de droit à la naissance, le prénom est conféré par la volonté individuelle postérieurement à la naissance.

Le prénom est choisi par le titulaire de l'autorité parentale, c'est-à-dire dans la situation ordinaire, par les parents, d'un commun accord, ou un parent si un seul est vivant.

Le choix du prénom est en principe libre. Longtemps cependant, ce choix n'était pas totalement libre. Une loi du 11 germinal an XI limitait celui-ci aux noms en usage dans les différents calendriers et à ceux des personnages connus de l'histoire ancienne et interdisait aux officiers d'état civil d'en recevoir dans les actes d'état civil.

Cette limitation a posé problème dans son principe et dans sa mise en œuvre.

– **Dans son principe** : on s'est tout d'abord demandé si cette restriction n'était pas contraire à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme qui est un texte international (du 4 novembre 1950) auquel la France est signataire. Dans notre droit positif, il a valeur supérieure à la loi interne (art.55).

Or, cette convention pose des principes généraux relatifs au respect de la vie privé et familiale, à la liberté de conscience et à l'interdiction des discriminations. L'interdiction de pouvoir librement choisir un prénom ne contrevient-elle pas à ces principes ?

– Dans sa mise en œuvre : dans un arrêt du 1er octobre 1986, la Cour de cassation ne l'a pas jugé. Cette limitation a posé problème dans sa mise en oeuvre. On s'est en outre demandé ce qu'il fallait entendre par calendrier. Le problème s'est posé à propos de prénoms bretons.

Une famille avait prénommé des enfants Adroraban, Maïwen, Gwendel et Dirvezha. L'officier d'état civil avait refusé d'inscrire les prénoms de ces enfants sur les actes d'état civil. Par suite les organes d'allocations familiales ont refusé de verser des prestations familiales aux parents des enfants dans la mesure où ceux-ci ne produisaient pas d'état civil. La Cour de cassation, le 12 novembre 1964, a décidé que *« cette absence d'état civil excluait la possibilité pour la dame Manrot de démontrer qu'elle avait la charge de 9 enfants »* et, par conséquent, a refusé le versement des allocations familiales.

Depuis ces excès, la jurisprudence se montre plus libérale : la Cour de cassation a admis dans un arrêt du 10 novembre 1981 que les calendriers anciens de même que les hommes célèbres de l'Antiquité pouvaient servir de référence.

Ont ainsi été acceptés Mikelaïg, Björn, Sven, Ludivine ou Marjorie. Mais ont été refusés des noms de lieu du type Manhattan, Toulouse... mais en revanche, Alabama, entendu dans la rue, sans oublier la désormais célèbre Mégane ou le petit Zidane, né le soir du 12 juillet 1998...

– **La loi du 8 janvier 1993** a consacré cette évolution. L'article 57 nouveau du Code civil prévoit désormais que les parents choisissent librement le prénom.

L'officier d'état civil est ainsi tenu d'inscrire les prénoms choisis. Cependant, s'il estime ce choix préjudiciable à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers sur leur propre patronyme, l'officier de l'état civil en informe le procureur de la république

qui peut saisir le juge aux affaires familiales. Ce dernier peut ordonner la suppression du prénom des registres d'état civil. A défaut par les parents d'un nouveau choix..., le juge décide lui-même du prénom de l'enfant.

Evidemment ce choix est très grave : l'officier d'état civil doit admettre des prénoms étrangers, des prénoms issus de la mythologie, de plantes, etc. Seuls les prénoms

B. – La modification du prénom

Naguère la jurisprudence affirmait comme pour le nom le principe de ***l'immutabilité des prénoms***. Le principe est tout relatif : n'oublions pas, par exemple, qu'une personne peut choisir son prénom parmi tous les prénoms figurant sur son acte d'état civil.

Néanmoins, à l'occasion d'une adoption, il est prévu que sur la demande des adoptants, le tribunal puisse modifier le prénom (C. civ., art.357 al.2).

Plus généralement, une loi du 12 novembre 1955 a permis la substitution ou l'adjonction de prénoms « *en cas d'intérêt légitime* » (C. civ., art. 60).

L'aspect de police civile est moindre pour le prénom que pour le nom de sorte que l'on peut demander à ce qu'un prénom soit modifié, qu'un prénom soit ajouté ou que certains soient supprimés.

Les intérêts en jeu sont variables : intégration religieuse, intérêt familial justifiant qu'un prénom soit ajouté par fidélité avec une personne de la famille, et bien souvent, effacer un caractère ridicule (Lydie Hotte, …), prendre en compte une souffrance particulière (transsexuel).

II. – LES ACCESSOIRES EXCEPTIONNELS

Ils n'existent pas toujours et sont donc facultatifs.

Ce sont le surnom et le pseudonyme d'une part (A), la particule et les titres nobiliaires d'autre part (B).

A. – Le surnom et le pseudonyme

* Le **surnom** est une appellation que l'entourage donne à une personne de manière constante et publique. Il n'est pas choisi mais imposé par son milieu.

Il est parfois retenu comme élément d'identification de la personne dans les pièces administratives, et notamment dans les documents de police (ex. : Pierrot le fou, Jack l'éventreur ; Jo le Trembleur et Lulu la Nantaise illustrés dans les *Tontons flingueurs*).

** Le **pseudonyme** est un nom volontairement choisi par une personne pour exercer, sous un masque, une activité professionnelle, généralement littéraire ou artistique.

Normalement, le choix du pseudonyme est libre. L'intérêt public interdit cependant l'exercice de certaines professions sous un pseudonyme (c'est le cas de la médecine).

Par ailleurs, le pseudonyme ne doit pas présenter un caractère général . Il ne doit pas servir à détourner une prohibition légale (non de sa mère ou nom d'un ex-conjoint) et ne peut être utilisée à l'occasion d'un acte administratif quelconque.

Mise à part cette hypothèse, le pseudonyme est protégeable contre les tiers (par les voies de l'article 1382) de la même façon que les tiers peuvent s'opposer au port d'un pseudonyme qui serait leur nom patronymique.

Notons enfin qu'à la différence du nom le pseudonyme ne se transmet pas aux héritiers de l'auteur ou de l'artiste sauf accord de ce dernier, mais est protégeable contre les usurpations des tiers : l'usage « loyal, continu, paisible et public » emporte création d'un droit patrimonial. On est donc propriétaire de son pseudonyme.

B. – La particule et les titres de noblesse

– La **particule**, c'est le « d' » (l'Amiral *d'*Estaing) « de » (*de* Gaulle), « de la » (*de la* Rochefoucault) ou le « du » (*du* Teil) qui précède le patronyme. En réalité, elle est souvent d'origine rurale et indique l'origine territoriale de la personne (ex. : Arnaud du Tihl : du village du Tihl) ou, au XVIIème et XVIIIème était le signe d'une noblesse d'épée signalée par un titre ou la remise d'une terre noble ou d'une noblesse de robe, d'origine bourgeoise ayant acquis une terre noble. La particule est parfois associée à un titre de noblesse. Mais les descendants de possesseurs de terres nobles ont le droit d'adjoindre le nom de ces terres à leur nom patronymique, en vertu d'un usage ancien.

Dans tous les cas, la particule est un élément du patronyme et est transmise comme ce dernier.

– Les **titres de noblesse** sont simplement, en république française, des accessoires honorifiques du nom (prince, duc, marquis, comte, vicomte, baron, chevalier, écuyer…). La noblesse en tant que classe été supprimée le 4 août 1989 ; de même que les titres l'ont été en 1790, puis en 1848. Ils ont cependant été rétablis par la Charte de 1814 : « l'ancienne noblesse reprendra ses titres, la nouvelle noblesse gardera les siens », puis par décret du 27 janvier 1852.

On ne peut plus en acquérir aujourd'hui, on ne peut que conserver ce qui avait été acquis sous l'ancien régime.

Ces titres nobiliaires sont tout de même protégés. Les tribunaux judiciaires sanctionnent l'usurpation de ces titres qui ne peuvent s'acquérir même par un usage prolongé. De fait, ces titres peuvent être mentionnés dans les actes d'état civil. Leur transmission se fait comme au temps où ils ont été créés : de mâle en mâle, par ordre de primogéniture, ce qui en fait une exception en droit civil. De même, les armoiries,

les devises familiales sont des emblèmes privés, accessoires du nom susceptibles de protection.

SOUS-SECTION 2. – LE DOMICILE

Aux termes de l'article 102 du Code civil : *"Le domicile de tout français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement"*.

Ce texte ne définit pas le domicile, il le situe en un lieu déterminé. De fait, il convient de s'attacher à mieux percevoir la notion de domicile (§ 1) avant d'en étudier le régime (§ 2).

§ 1. – LA NOTION DE DOMICILE

Le domicile est le lieu auquel une personne est rattachée.

Les raisons qui peuvent être prises en compte pour justifier ce rattachement sont nombreuses (lieu de travail, lieu de vie...).

Afin de préciser cette définition, il nous faut tour à tour préciser l'autonomie de la notion de domicile (I) puis mettre en lumière la diversité des fonctions qui s'attachent à celle-ci (II).

I. – LA DEFINITION DU DOMICILE

Le domicile doit d'abord être distingué de notions voisines : la simple demeure ou la résidence.

– La ***simple demeure*** ou ***l'habitation*** est le séjour de fait pour une durée extrêmement brève (ex. : séjour dans un hôtel).

– La ***résidence*** suppose une certaine durée et, en cela, elle est plus proche du domicile.

C'est le lieu où une personne physique demeure effectivement d'une façon habituelle, avec une certaine stabilité. La résidence coïncidera souvent avec le domicile, mais pas toujours.

Il en résulte donc que

– La résidence secondaire d'une personne n'est pas son domicile.
– La résidence conjugale n'est pas le domicile de fonction que la femme peut avoir dans une ville voisine.
– L'étudiant qui loge à Montpellier pour faire ses études aura son domicile à Béziers chez ses parents, sa résidence à Montpellier.
– On distinguera également le *domicile fiscal* et la *résidence fiscale*.

Le domicile apparaît ainsi comme une notion plus abstraite que la résidence. Le domicile serait ainsi une notion juridique, la résidence une notion de fait. Dès lors, la résidence a une fonction différente de celle du domicile :

Bien souvent, la résidence est écartée au profit du domicile, s'agissant par exemple du domicile légal.

Parfois la résidence est préférée, par exemple lorsqu'il s'agit de définir les critères de compétence judiciaire : c'est le lieu de résidence qui est défini.

Dès lors, afin de mieux percevoir la notion de domicile, il faut s'intéresser aux intérêts qui s'y attachent, c'est-à-dire à sa fonction.

II. – LA FONCTION DU DOMICILE

Le domicile, tout d'abord, facilite l'individualisation de la personne en la localisant. Mais le domicile présente bien d'autres intérêts, aussi bien en Droit public (A) que privé (B).

A. – En droit public

Le domicile est le lieu où l'individu exerce ses droits et obligations à l'égard de l'Etat (c'est le lieu où l'on vote mais également le lieu où l'on doit payer ses impôts).

B. – En droit privé

Le domicile est d'abord le lieu où certains actes doivent être accomplis si l'on désire que ceux-ci soient valables (ex. : le mariage - civil - doit être célébré au domicile de l'un des époux; l'adoption se fait au domicile de l'adoptant).

– Le domicile présente un intérêt publicitaire pour les tiers. Ainsi, certains actes doivent être publiés au domicile de l'intéressé. C'est le cas par exemple du jugement qui prononce l'absence.

– Le domicile présente aussi un intérêt procédural. Il est de règle en procédure civile que le procès soit engagé devant le tribunal du domicile du défendeur.

– Le domicile présente enfin un intérêt certain en droit international privé. Ainsi la loi applicable à une succession mobilière est celle du dernier domicile du défunt.

Ainsi la diversité des rôles que remplit le domicile explique la relativité de sa définition. L'étude du domicile intéresse davantage par le régime de celui-ci.

§ 2. – LE REGIME DU DOMICILE

Il s'agit d'abord d'observer comment se détermine le domicile (I), ensuite de savoir quels sont ses caractères (II).

I. – LA DETERMINATION DU DOMICILE

Le domicile peut être déterminé soit de façon volontaire (A), légale (B), il peut enfin être décidé pour une opération particulière : il s'agit alors d'un domicile élu (C).

A. – Le domicile volontaire

L'article 102 du Code civil désigne le domicile comme le lieu où l'on a son ***« principal établissement »***. En ce sens, le domicile est bien volontaire puisque l'individu choisit celui-ci.

La notion de principal établissement mérite cependant quelques éclaircissements. Le principal établissement se caractérise par la conjonction d'un élément matériel et d'un élément psychologique.

– L'*élément matériel* : le principal établissement sera soit le lieu où une personne a sa résidence familiale (c'est-à-dire où elle habite durablement), soit le lieu où se trouvent ses intérêts économiques et où s'exerce sa profession.

– L'*élément psychologique* : le domicile est le lieu où une personne a l'intention de fixer son existence. La recherche de cette intention est importante en cas de changement ou de simultanéité de domiciles. La jurisprudence prenait autrefois en compte un critère négatif et tourné vers le passé : il faut avoir perdu l'esprit de retour dans son ancien domicile. Aujourd'hui, les juges considèrent davantage l'avenir et les actes positifs de l'intéressé : le domicile est le lieu où l'on a l'intention de rester, de demeurer.

En réalité, que l'on considère le passé ou l'avenir, la démarche suscite de nombreuses incertitudes : quel est le domicile des réfugiés politiques vietnamiens ou autres qui vivent aujourd'hui en France ? Aussi la jurisprudence et le législateur tendent aujourd'hui de plus en plus à faire jouer un rôle important à la résidence, qui est une notion de fait, au détriment du domicile (ex. : de nombreuses lois en droit fiscal ou social prennent en compte la résidence de préférence au domicile).

Dans les articles 149 et 150 du Code civil relatifs au consentement des pères et mères à propos du mariage de leurs enfants mineurs, la résidence supplante le domicile.

B. – Le domicile légal

Dans un certain nombre de cas, le législateur a lui-même fixé le domicile de certaines personnes. En réalité, le législateur a établi une série de présomptions

irréfragables selon lesquelles certaines personnes ont leur principal établissement en un lieu déterminé. Il détermine le domicile d'une personne tantôt en raison de sa profession (1), tantôt en raison du lien de dépendance dans lequel elle se trouve à l'égard d'autrui (2).

1. – Les domiciles professionnels

Sont concernés d'une part les fonctionnaires nommés à vie (a), d'autre part les bateliers auxquels on assimile les forains et les nomades (b).

a. – Les fonctionnaires nommés à vie

Ils sont obligatoirement domiciliés au siège de leur fonction (art.107 C.civ.). C'est le cas des magistrats du siège en raison de leur inamovibilité, ou bien encore des officiers publics ou ministériels titulaires de charges.

b. – Les bateliers, les forains et les nomades

Ils se voient attribuer d'autorité un domicile par la loi. Aux termes de l'article 102 alinéa 2, il leur est fait obligation de choisir un domicile dans l'une des communes avec lesquelles ils ont une attache dont le nom figure sur une liste établie par arrêté interministériel. On parlera à leur égard de *"domicile d'attache"* (ex. : pour les bateliers, il s'agira d'un port de navigation fluviale). S'agissant de forains et nomades, il est prévu que les personnes circulant en France sans résidence, ni domicile fixe sont tenues de choisir une commune de rattachement.

2. – Les domiciles de dépendance

a. – En ce qui concerne la ***femme mariée***, pendant longtemps celle-ci était impérativement domiciliée chez son mari. Depuis la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce, l'article 108 du Code civil prévoit que le mari et la femme *« peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie »*. Au delà de la séparation de résidence au cours de la procédure de divorce ou de la séparation de corps (art.108-1), la loi admet une nouvelle compréhension des rapports conjugaux où la communauté de vie ne serait pas incompatible avec la vie séparée.

b. – En ce qui concerne le ***mineur non émancipé***, celui-ci a pour domicile celui de ses parents. Si les parents ont un domicile distinct, il est domicilié chez celui avec lequel il réside (art.108-2 C.civ.).

c. – Le ***majeur sous tutelle*** (c'est-à-dire le majeur incapable en raison notamment d'une altération de ses facultés mentales) a pour domicile celui de son tuteur (art.108-3).

d. – Enfin, les ***domestiques*** ou ***employés*** qui servent habituellement chez autrui auront le domicile de leur employeur pourvu qu'ils résident chez celui-ci (art.109).

La loi désigne ainsi le domicile d'un certain nombre de personnes, mais à côté du domicile volontaire et du domicile légal, il existe un troisième type de domicile.

C. – Le domicile élu

La **situation** est la suivante :

Deux personnes passent un contrat.

- Celles-ci décident que, pour tout ce qui touche l'exécution de l'acte, elles seront réputées domiciliées dans tel lieu où elles n'ont par hypothèse aucune attache.
- On dit alors que les parties élisent domicile en ce lieu.
- Si, ultérieurement, l'un des contractants veut intenter une action en justice concernant l'exécution de ce contrat, il pourra la porter devant le tribunal du domicile réel de son adversaire ou du domicile élu s'il est commerçant.

- PLUS GENERALEMENT, TOUTES LES SIGNIFICATIONS, TOUS LES COURRIERS CONCERNANT CE CONTRAT PEUVENT ETRE ADRESSES AU DOMICILE ELU.

L'élection de domicile se réalise en principe dans un cabinet d'avocat ou dans l'étude d'un notaire.

La théorie de l'élection de domicile est un procédé imaginé par les praticiens en vue de faciliter les rapports d'affaires.

– Parfois, elle *obligatoire* : celui qui fait opposition au mariage doit élire domicile au lieu où le mariage est célébré (art.176 C.civ.).

– Souvent, elle est *volontaire* : expresse ou tacite. Ce dernier aspect nous conduit à envisager les caractères du domicile.

II. – LES CARACTERES DU DOMICILE

Le domicile est nécessaire (A) et unique (B).

A. – Le domicile est nécessaire

Comme tout individu doit avoir un nom, une personnalité et un patrimoine, il doit avoir un domicile. Mais, à la différence du nom, conçu essentiellement comme un droit de la personnalité, le domicile est surtout une institution de police qui permet de localiser un individu dans l'espace.

B. – Le domicile est unique

De même que chaque personne n'a qu'une seule personnalité et n'a qu'un seul patrimoine, chaque personne n'a qu'un seul domicile.

Ce principe de l'unicité du domicile subit une atténuation intéressante avec la **jurisprudence dite des gares principales**.

Exemple

Le domicile d'une entreprise est situé à son siège social.

En cas de litige, cette entreprise doit être assignée devant le tribunal du ressort dans lequel se trouve le siège social (Paris).

Or, si l'entreprise a de multiples succursales en province, tous les litiges nés de l'exploitation de ces succursales et pour lesquels l'entreprise sera assignée, devront se plaider à Paris.

Il s'ensuit un encombrement supplémentaire pour les tribunaux parisiens et des frais supplémentaires pour les plaignants de Province.

La jurisprudence admet que ces commerçants de province puissent assigner cette société là où celle-ci a des succursales importantes.

Comme cette jurisprudence s'est d'abord appliquée en matière de chemins de fer, on l'appelle la jurisprudence des gares principales (un usager de la SNCF peut assigner celle-ci devant la juridiction dans laquelle se trouve une gare principale).

L'étude des caractères du domicile achève l'étude des éléments que le droit civil

SECTION 2 - LA CONSTATATION DE L'ETAT DES PERSONNES

Il est extrêmement important pour l'autorité publique de pouvoir à tout instant identifier ses citoyens, les localiser, c'est-à-dire les individualiser. A cette fin, ont été institués les actes d'état civil (§ 1). Mais si ces actes n'existent pas ou n'existent plus ou sont prétendus inexacts, il faudra recourir à une action en justice que l'on appelle l'action d'état (§ 2).

§ 1. – Les actes d'état civil

L'histoire des actes d'état civil est liée à celle de la laïcité.

– Pendant longtemps, c'était par la seule possession d'état (renommée) que l'on prouvait l'état civil d'une personne.

– Au Moyen Age, les curés établissaient des registres comportant les actes de naissance, de baptême, de mariage et de décès.

– Au XVIème siècle, la monarchie rend obligatoire ces registres.

– Après la révocation de l'Edit de Nantes (1685), la naissance et le mariage des protestants n'étaient pas constatés dans ces registres.

– Après la révolution française, l'état civil sera confié aux municipalités, la laïcisation est consommée.

Définition. – Les actes d'état civil sont des actes solennels dressés en la forme authentique et destinés à conserver l'état d'une personne. La plupart du temps, c'est l'officier d'état civil qui le dresse (un notaire peut en dresser ou un magistrat lors d'un procès peut enregistrer une reconnaissance d'enfant naturel).

L'officier d'état civil est le maire de la commune mais il peut déléguer ses fonctions à un adjoint ou à un conseiller municipal.

Ces actes étant d'une extrême importance, ils sont établis en minute sur deux registres simultanément reliés. Chaque année, on envoie un de ces registres au greffe du tribunal pour répartir les risques de perte ou d'incendie.

Nous ferons tout d'abord l'inventaire (I) de ces actes, pour observer ensuite leur force probante (II), enfin la sanction des irrégularités qui peuvent les affecter (III).

I. – Inventaire des actes d'état civil

A. – L'acte de naissance

L'acte de naissance contient l'état civil complet du déclarant, la date, l'heure de la naissance, le nom, prénoms et sexe de l'enfant.

Pour les enfants naturels, le nom des parents peut être indiqué par le déclarant, mais cette indication est sans valeur puisque la filiation naturelle ne peut résulter que d'une reconnaissance ou d'un jugement.

Cette déclaration doit être faite dans les trois jours de la naissance, sous peine de sanction pénale et, passé ce délai, l'officier d'état civil ne peut plus dresser l'acte. En fait, les mensonges sur la date sont fréquents.

B. – L'acte de mariage

Cet acte, pour être valable, doit contenir la signature de l'officier d'état civil, celle des époux et celle des témoins (2 à 4) majeurs. L'acte mentionne l'état civil des époux, et l'indication qu'ils ont fait ou non un contrat de mariage.

Il est dressé par l'officier de l'état civil, maire ou adjoints, qui a procédé à la cérémonie du mariage. Sur cet acte sont mentionnés un certain nombre de renseignements concernant : les époux, leurs parents, l'existence ou l'absence d'un contrat de mariage, les témoins...

Des mentions pourront par la suite être transcrites sur l'acte de mariage telles que changement de régime matrimonial, jugement de divorce ou de séparation de corps...

Le mariage lui-même est transcrit en marge de l'acte de naissance : ces mentions se nomment les *mentions marginales*

C. – L'acte de décès

La déclaration du décès doit être faite à l'état civil dans les vingt-quatre heures. Le permis d'inhumer est délivré par l'officier d'état civil sur production d'un certificat médical.

L'acte de décès est dressé par l'officier d'état civil de la commune où le décès a eu lieu. Cet acte contient un certain nombre d'indications : jour, heure et lieu du

décès, identité de la personne décédée, identité du conjoint éventuel. L'acte de décès sera mentionné sur l'acte de naissance.

II. – Force probante des actes d'état civil

L'acte rédigé par l'officier d'état civil constitue un acte authentique. Il fait foi jusqu'à inscription de faux pour tout ce qui a été constaté personnellement par l'officier d'état civil. Par contre, tout ce qui a été reproduit sous la dictée des déclarants ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire.

L'acte rédigé par l'officier d'état civil a, par ailleurs, une autorité absolue, ce qui veut dire qu'il est opposable à tous (un tiers ne peut venir contester l'acte sauf par la procédure d'inscription de faux ou par la preuve contraire).

A la différence des actes notariés qui ne peuvent être communiqués qu'aux seules parties, les actes de l'état civil sont faits pour être mis à la disposition du public sous forme de copies ou d'extraits.

La force probante et l'autorité absolue prêtée aux actes d'état civil se retrouvent pour ces documents. Il existe cependant certaines différences.

– La ***copie d'un acte d'état civil*** est la reproduction intégrale de l'acte en cause. A l'exception de la copie d'un acte de décès qui peut être délivrée à qui que ce soit, la copie d'un acte de naissance ou de mariage ne peut être fournie qu'aux intéressés ou à leurs proches.

– A côté des copies intégrales, les ***extraits d'actes*** ne reproduisent qu'un certain nombre de renseignements (ex. : un extrait sommaire d'acte de naissance n'indique pas la filiation de l'enfant). Lorsque tel est le cas, ces extraits peuvent être délivrés à toute personne.

– Le ***livret de famille*** est un document remis aux époux le jour de leur mariage par l'officier de l'état civil.

Dans ce document, se trouvent les extraits de l'acte de mariage des époux, des actes de naissance des enfants, des actes de décès des parents et enfants.
Chacune des mentions portées sur le livret de famille a la force probante qui s'attache aux extraits des actes de l'état civil.

– Les ***fiches d'état civil*** sont des documents établis par un agent de l'Etat sur présentation du livret de famille, d'un extrait d'acte de naissance ou de la carte nationale d'identité. Elles étaient exigées dans de nombreuses procédures intéressant l'administration publique et les organes contrôlés par l'Etat. Elles sont désormais inutiles : le livret de famille suffit.

Dans les rapports de droit privé ces fiches ne valent qu'à titre de simples renseignements. La gratuité des actes d'état civil est aujourd'hui la règle.

III. – Sanction des irrégularités

La sanction peut atteindre l'auteur de l'acte ou l'acte lui-même.

***. –** La sanction peut atteindre l'auteur de l'acte. L'officier d'état civil peut engager sa responsabilité civile et pénale, c'est-à-dire qu'il supportera les frais de rectification et pourra être condamné à diverses amendes.

****. –** Mais la sanction atteindra l'acte lui-même dans deux situations.

– Le vice frappant l'acte peut être grave. Par exemple, si l'officier d'état civil n'a pas signé l'acte, s'il l'a dressé sur une feuille volante et non sur un registre ou si l'un des époux n'a pas signé l'acte de mariage, l'acte sera nul.

– Mais le vice peut aussi résulter d'un simple oubli ou d'une simple erreur (faute d'orthographe dans les noms). L'acte régulier n'est pas nul, il doit être rectifié. L'action en rectification d'un acte d'état civil est d'un ordre purement formel : elle tend à *rectifier* (une erreur matérielle), à *compléter* (un acte incomplet : oubli d'un prénom), à *effacer* (une indiction inexacte), mais jamais à *modifier* l'état d'une personne.

La rectification ne peut intervenir que sur injonction du procureur de la république ou sur ordonnance du président du TGI. La seule difficulté soulevée par cette procédure est parfois de masquer, sous le couvert d'une rectification, un véritable changement d'état. Or, ce changement d'état suppose une action d'état.

§ 2. – L'action d'état

L'action d'état est l'action en justice qui vise à préciser ou à modifier l'état d'une personne. Elle est différente de l'action qui vise à préciser ou à modifier l'acte d'état civil qui est une action en rectification.

Ces actions d'état sont de la compétence du TGI. Elles visent à faire reconnaître, proclamer un état controversé : on parle d'actions déclaratives d'état.

L'action déclarative d'état peut être l'action en contestation de paternité légitime par laquelle vous essayez de démontrer que tel individu (généralement le mari de la mère) n'est pas le père de l'enfant. Elle peut être l'action en recherche de maternité par laquelle vous essayez de prouver que telle femme est bien la mère de l'enfant. Ces actions ont pour effet de faire reconnaître rétroactivement à un enfant une qualité qu'il possédait mais qui était litigieuse.

A l'inverse, les actions constitutives d'état visent à faire modifier un état de droit préexistant. C'est le cas après un divorce : le statut, l'état de l'intéressé est modifié.

Conclusion de l'étude des personnes physiques. – Une théorie générale des personnes physiques devrait être une théorie juridique de l'homme. Le droit civil classique n'en a bâti que des fragments. En réalité, le droit des personnes physiques apparaît au carrefour de plusieurs préoccupations diamétralement différentes.

Sans doute un souci de générosité, de morale, d'éthique conduit à protéger la personne en tant que telle dans son intégrité physique ou morale. Mais ces préoccupations sont limitées : notre droit ne reconnaît pas un droit général à la vie : il connaît aujourd'hui l'avortement, il connaissait hier la peine de mort... *"Dieu créa l'homme à son image"* mais l'*homo juridicus* a perdu son caractère sacré.

A côté de ce premier type de préoccupations, on trouve très rapidement des considérations patrimoniales (régime des biens de l'absent, autorisation donnée à l'exploitation du nom), de police civile, familiales.

Cette diversité d'intérêt nuit, sans aucun doute, à l'élaboration d'une théorie juridique de l'homme en tant que tel. Ces difficultés ne se retrouvent pas s'agissant d'un autre type de personnes : les personnes morales.

SOUS-TITRE 2 LES PERSONNES MORALES

L'homme aspire essentiellement à satisfaire ses intérêts individuels.

Mais il existe aussi des buts et des intérêts collectifs. Pour les satisfaire, les hommes se regroupent pour constituer de nouveaux sujets de droit : les personnes morales.

Les personnes morales sont, par exemple, l'Etat, les sociétés commerciales, les associations à but non lucratif, les syndicats.

Le Code civil ne consacre expressément que la personnalité de l'être humain. Il ne fait cependant pas de doute que les personnes morales évoquées à l'instant ont une existence juridique.

Le silence du Code a conduit à s'interroger sur la nature juridique de la personnalité morale (Chapitre I).

Celle-ci reconnue, on s'est davantage attaché à préciser le régime de ces personnes morales (Chapitre II).

CHAPITRE 1. – LA NATURE DES PERSONNES MORALES

Le silence du législateur en 1804 sur la personne morale est sans doute volontaire. On se méfiait encore des groupements et notamment des corporations (qui avaient bridé la liberté du commerce et de l'industrie). Dans le même temps, on ne pouvait méconnaître l'existence d'intérêts collectifs. La principale question était de reconnaître la personnalité morale à certains groupements : les sociétés commerciale.

Afin de justifier cette reconnaissance, deux thèses étaient envisageables.

Selon une **première thèse**, la reconnaissance de cette personnalité était le résultat d'une ***fiction***.

Selon une **deuxième thèse**, cette reconnaissance était la traduction d'une ***réalité***.

Ces deux thèses se sont chronologiquement succédées et à la solution possible qui était la théorie de la fiction (Section 1) a fait place la solution retenue, c'est-à-dire la théorie de la réalité (Section 2).

SECTION 1. – LA THESE DE LA FICTION DE LA PERSONNALITE MORALE

Elle repose sur la conjonction de deux idées :
- seule la personne humaine est sujet de droit,
- mais, dans le même temps, il n'est pas possible de nier l'existence de groupements et des intérêts collectifs.

On reconnaîtra la personnalité juridique aux groupements en les personnifiant fictivement.

Si la personnalité morale est une fiction, elle n'est pas dans la nature des choses. Le législateur est seul apte à pouvoir la conférer. Dès lors, le législateur accordera ou refusera la personnalité morale et s'il l'accorde, il pourra limiter les droits qu'il veut bien conférer.

Par conséquent, contrairement à ce qui se produit pour les personnes physiques, l'incapacité des groupements serait la règle, la capacité l'exception.

C'est la validité de cette théorie qui a été soumise à la Cour de cassation dans l'arrêt Saint-Chamond du 28 janvier 1954.

SECTION 2 - LA THESE DE LA REALITE DE LA PERSONNALITE MORALE

La Cour de cassation a nettement affirmé que la personnalité morale n'était pas une fiction en décidant, à propos de la personnalité morale d'un comité d'entreprise auquel la loi ne l'a pas reconnu en les instituant, que *« la personnalité civile n'est pas une création de la loi; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »* (Civ.2ème, 28 janvier 1954, D.1954, 217, note G.Levasseur; JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine; dans le même sens à propos du Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail, voir Soc. 17 avril 1991, JCP 1991, éd.E, II, 229, note H.Blaise).

Cette position se justifie car à côté des intérêts individuels, il existe des intérêts généraux bien distincts et parfois contradictoires.

Dans le silence de la loi, il faut reconnaître la personnalité juridique à une personne morale, c'est-à-dire à tout groupement pourvu d'une « *possibilité d'expression collective* ».

Cependant il faut limiter cette proposition car il est faux de prétendre que tous les groupements d'individus « *pourvus d'une volonté collective* » ont la personnalité juridique.

Exemple :

- La famille est un groupement où la volonté collective est exprimée par les parents et les enfants, c'est-à-dire dans une logique qui dépasse la seule addition de leurs intérêts individuels, mais qui n'a pas la personnalité juridique.
- Un amphithéâtre d'étudiants est un groupement qui a une durée (1 an), une volonté collective (recevoir des enseignements de qualité dispensés dans la sérénité), mais qui n'a pas n'a pas la personnalité juridique.

C'est pourquoi on admet généralement que la reconnaissance de la personnalité juridique à une personne morale suppose la réunion de cinq conditions :

- des *intérêts collectifs* distincts de ceux de ses membres;
- une *volonté collective* qui permet la définition de ces intérêts;
- une *organisation* qui assure l'expression de cette volonté;
- une *spécialisation* (qui caractérise l'intérêt collectif, c'est-à-dire *"l'objet social de la société"*);
- une *durée* nécessaire à la réalisation de cet intérêt.

Enfin, l'Etat peut toujours limiter les pouvoirs de cette personne morale dans des buts de police, d'économie ou autre.

CHAPITRE 2. – LE REGIME DES PERSONNES MORALES

Le régime varie selon les diverses personnes morales qui existent mais un certain nombre de traits communs peuvent cependant être dégagés. Ainsi, à travers la *diversité des personnes morales* (Section 1), on peut percevoir une existence similaire à travers *l'homogénéité du régime des personnes morales* (Section 2).

SECTION 1. – LA DIVERSITE DES PERSONNES MORALES

On retrouve la distinction fondamentale entre droit privé et droit public.

§ 1. – Les personnes morales de droit public

Elles sont principalement de quatre types :

– Les ***ordres professionnels*** (médecins, avocats, notaires).

– Les ***établissements publics*** : vous les étudierez l'année prochaine; ce sont des services publics érigés en institutions autonomes et dotés d'un patrimoine et d'un budget : certains sont des établissements publics administratifs (EPA :universités, chambres de commerce, hôpitaux, …), d'autres sont des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC : EDF...).

– Les ***circonscriptions territoriales*** et les ***collectivités locales*** (départements, communes, région).

– L'***Etat***, à moins, comme le note le Doyen Carbonnier, que l'Etat n'est pas dans le système du droit, il est le système lui-même.

Ajoutons des personnes publiques dont le caractère public ou privé est discutable : les sociétés d'économie mixtes, les sociétés dites publiques (SA de droit privé à capital entièrement public), etc.

§ 2. – Les personnes morales de droit prive

Ce sont celles qui ont pour objet des intérêts privés. Elles sont soit des groupements de personnes (I), soit des masses de biens (II).

I. – Les groupements de personnes

Traditionnellement, le Droit français ne connaissait que deux types de groupements de personnes comportant la personnalité morale : les sociétés qui recherchent le profit (A), les associations qui ont des fins désintéressées (B) et l'époque contemporaine a fait apparaître d'autres groupements de personnes (C).

A. – Les sociétés

L'article 1832 du Code civil définit la société par référence au contrat : la société est d'abord un contrat. La société est le groupement de plusieurs personnes, appelées associés ou actionnaires (pour les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées), et qui exige pour son existence trois conditions :

– que les associés mettent tous des biens ou des activités en commun (ces biens, ces activités sont appelés des apports en *nature* ou en *industrie*);
– que tous les associés *profitent des gains* et *contribuent aux pertes* de la société;
– que les associés aient l'*affectio societatis*, c'est-à-dire la volonté de se traiter comme tels, l'intention d'être associé.

Les sociétés sont très diverses. On distingue les sociétés commerciales (1°) des sociétés civiles (2°).

1. – Les sociétés commerciales

Ce sont des sociétés qui ont pour but des activités commerciales (l'achat de marchandises pour les revendre). Plus précisément, les sociétés commerciales sont commerciales par la forme : une société commerciale peut avoir un objet civil (l'exploitation d'une mine, d'une carrière, d'une exploitation agricole par exemple).

Ces sociétés commerciales sont de deux espèces selon qu'elles sont des ***sociétés de personnes*** ou des ***sociétés de capitaux***.

. – Les sociétés de personnes

La forme la plus pure des sociétés de personnes est la ***société en nom collectif***. Dans cette société, les associés sont personnellement et solidairement tenus des dettes sociales.

Exemple. – Monsieur X et Monsieur Y créent une société en nom collectif pour l'exploitation d'un magasin. Cette société achète des marchandises qu'elle ne parvient pas ensuite à revendre. Les fournisseurs de la société, qui sont alors les créanciers de celle-ci, pourront demander le paiement de la totalité de leur dette à l'un des associés.

. – Les sociétés de capitaux

L'exemple le plus caractéristique des sociétés de capitaux est constitué par la ***société anonyme***, mais aussi par la ***société à responsabilité limitée*** (SARL) et par les ***sociétés par actions simplifiées*** (SAS).

Dans ces sociétés, les dettes sociales ne peuvent être poursuivies que sur le capital de la société (capital social) et non sur le patrimoine personnel de chaque associé.

Exemple. – X et Y apportent chacun 25.000 euros pour constituer la société. Ces 50.000 euros constituent le capital social de la société. Le fournisseur de la SARL qui sera impayé sera créancier de la SARL et ne pourra se payer que sur le capital de la société.

Cette masse, enfin, peut être constituée dans l'intérêt d'un seul. Pendant longtemps, la notion de société comportant un seul associé paraissait inconcevable. Dans le même temps, la jurisprudence admettait la validité des sociétés où les apports étaient disproportionnés (par exemple, 99 % pour l'un, 1 % pour l'autre). La loi du 11 juillet 1985 a finalement créé *l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL) et *l'exploitation agricole à responsabilité limitée* (EARL).

La personne qui veut exercer seule une activité commerciale peut limiter sa responsabilité grâce à l'écran que constitue la personnalité morale de la société. Les créanciers de l'entreprise (la banque qui aura financé l'acquisition de matériels) ne pourront se payer que sur les seuls biens de l'entreprise (en réalité, les créanciers de l'entreprise exigeront en pratique que l'entrepreneur s'engage sur ses biens personnels).

Exemple. – X veut développer un commerce. Il crée une EURL et il affecte 10.000 euros au capital de l' EURL Il demande un prêt de 50.000 euros auprès de son banquier. La banque ne constituera le prêt que si X s'engage sur ses biens personnels au paiement du prêt, c'est-à-dire s'il se porte caution.

2. – Les sociétés civiles

Aux termes de l'article 1843, les sociétés civiles sont définies négativement comme les sociétés qui n'ont pas d'objet commercial. En réalité les sociétés civiles sont civiles par leur forme : une société civile qui aurait un objet commercial demeurerait formellement une société civile mais serait soumise au droit commercial.

On les rencontre dans le *domaine immobilier* (les sociétés civiles immobilières – SCI – ont pour objet social la seule construction d'immeubles) mais aussi, et surtout, il s'agit de la forme sociétaire utilisée par de nombreux professionnels pour l'exercice de leur activité libérale (ce sont les sociétés civiles professionnelles – SCP – de médecins, de notaires, d'avocats).

Comme pour les sociétés de personnes, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales (mais leurs dettes ne sont pas solidaires).

B. – Les associations

Ce sont les groupements qui n'ont pas de but lucratif, ce qui ne signifie pas qu'elles ne recherchent pas de bénéfice mais qu'elle ne peuvent partager ces éventuels bénéfices entre leurs membres. Les associations bénéficient au regard des sociétés d'un régime fiscal privilégié. La loi du 1er juillet 1901 a fixé le droit commun des associations (1). Des dispositions légales peuvent modifier celui-ci : c'est le cas pour les syndicats professionnels (2) et les associations religieuses (3).

1. – Le droit commun des associations

Le principe de base est celui de la *liberté d'association*, principe admis au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946.

Cette liberté d'association se double d'une certaine inégalité de statut. Tant qu'une association n'a pas été déclarée à l'administration (c'est-à-dire à l'autorité préfectorale), elle n'a pas la personnalité juridique.

- ***L'association non déclarée*** existe : elle lie valablement les sociétaires mais elle ne peut agir avec les tiers, elle ne peut pas contracter, elle ne peut pas agir en justice. L'association non déclarée n'a pas la personnalité morale.

- ***L'association simplement déclarée*** sera pourvue de la personnalité morale. L'administration préfectorale n'a pas de pouvoir de contrôle, la personnalité juridique est acquise par cette seule mesure de publicité. Mais cette personnalité est restreinte. L'association ne peut recevoir aucun bien en donation, elle ne peut pas acquérir des immeubles qui ne seraient pas nécessaires à ses buts.

- L'association peut avoir une personnalité plus étendue si elle est ***reconnue d'utilité publique***. La déclaration résulte d'un avis pris en Conseil d'Etat. L'association peut alors recevoir des donations, des libéralités (mais sa capacité immobilière demeure restreinte puisqu'elle ne peut acquérir des immeubles que dans la mesure où ceux-ci sont nécessaires à ses buts).

Une catégorie particulière d'associations bénéficie d'avantages particuliers : ce sont les syndicats.

2. – Les syndicats professionnels

Ce sont des associations qui ont pour objet la défense d'intérêts professionnels. L'octroi de leur personnalité s'obtient par une simple déclaration à la mairie. Les syndicats sont certainement les associations qui ont la personnalité juridique la plus étendue :

- ils peuvent agir en justice pour la défense de l'intérêt collectif de la profession;

- ils peuvent acquérir librement des immeubles;

- leur patrimoine est insaisissable (les créanciers d'un syndicat ne peuvent faire

VENDRE LES BIENS DE CELUI-CI, CE QUI REND DIFFICILE L'EXECUTION DES CONDAMNATIONS PRONONCEES CONTRE CE DERNIER).

3.– Les associations religieuses

Aux termes de la loi de 1905 sur la séparation de l'église et de l'Etat, les associations religieuses doivent prendre la forme d'***associations cultuelles***.

Le problème aujourd'hui posé est celui de la licéité de nombreuses sectes : en vertu du principe de la liberté d'association, les congrégations religieuses non autorisées sont aujourd'hui licites. Les sectes ne peuvent être appréhendées directement. Elles le sont indirectement en raison des agissements répréhensibles qu'elles peuvent par ailleurs commettre (séquestration de personnes, fraude fiscale, usage de stupéfiants...).

C. – Autres groupements de personnes

***** Il s'agit là de formes modernes de groupements. On retiendra les ***Groupements d'Intérêt Economique*** (G.I.E.) qui poursuivent un but économique ponctuel mais ne cherchent pas à faire de bénéfices.

****** On retiendra également le développement croissant ces dernières années de groupements agricoles. La baisse de la rentabilité des exploitations agricoles justifie ces regroupements. Ce sont les Groupements Fonciers Agricoles (G.F.A.), les Sociétés d'Intérêt Collectif Agricole (S.I.C.A.), les Groupements Agricoles d'Exploitation en Commun (G.A.E.C.).

Les sociétés, les associations, les G.I.E. ou les groupements agricoles constituent autant de groupements de personnes. Il nous faut dire quelques mots des masses de biens qui peuvent constituer des personnes morales de droit privé.

II. – Les masses de biens

En principe, seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. A côté de ce principe fondamental qui procède de la théorie du patrimoine, on relève un certain nombre de situations dans lesquelles une masse de biens peut se voir conférer une certaine personnalité.

***** Cette masse peut d'abord être constituée dans l'intérêt de tiers : c'est le cas des ***fondations***. La fondation est une masse de biens affectés à perpétuité à une oeuvre d'intérêt général et désintéressé. Ces biens proviennent de libéralités, c'est-à-dire de donations ou de legs. La fondation n'a pas de sociétaires, d'assemblée générale ou de cotisations comme c'est le cas pour les sociétés ou les associations. Ses fondateurs se bornent à l'administrer.

****** Cette masse peut encore être constituée dans l'intérêt de différents copropriétaires : ce sont les ***syndicats de copropriété***. En apparence, ce sont des groupements de personnes (les copropriétaires); en fait, ceux-ci ne participent au syndicat qu'en raison de leur qualité de propriétaire. Il s'agit donc, plutôt, d'une masse de biens personnalisée. La personnalité de ces groupements est faible. Leur principal avantage est d'assurer l'organisation qui facilite la gestion de la copropriété.

******* D'autres masses de biens, la majorité et les plus importantes, ne disposent pas de la personnalité morale : c'est le cas notamment des indivisions, de la communauté de biens (régime légal des époux).

Voici un rapide aperçu des différentes personnes morales telles qu'elles peuvent être présentées dans leur diversité. Or, en dépit de leurs différences, une certaine similarité de régime peut être observée à leur égard.

SECTION 2. – L'HOMOGENEITE DES PERSONNES MORALES

Le régime juridique des personnes morales est la transposition de celui des personnes physiques : les personnes morales naissent (§ 1), fonctionnent (§ 2) et disparaissent (§ 3).

§ 1. – La création des personnes morales

Trois éléments sont susceptibles d'intervenir dans la création des personnes morales : la volonté (I), des mesures de publicité (II), des autorisations administratives (III).

I. – Le rôle de la volonté dans la création des personnes morales

En principe, la création d'une personne morale comporte à l'origine un acte de volonté. La volonté des membres de la personne morale se manifeste par un contrat constitutif des « statuts » de la personne morale, auxquels il faut ajouter les résolutions d'associés et les pactes d'actionnaires.

Cependant, la loi porte parfois atteinte au rôle de la volonté. Ainsi la loi peut étendre l'action du groupement à d'autres que ses membres (exemple : les conventions collectives signées par les syndicats s'étendent à tous les ouvriers de la profession considérée, qu'ils soient ou non syndiqués).

Mais la loi peut aussi obliger directement un individu à faire partie d'un groupement (ex. : les porteurs d'obligations - titres émis par une société commerciale - sont obligatoirement réunis dans un groupement appelé "masse des obligataires").

II. – Le rôle des mesures de publicité dans la création des personnes morales

Quelles sont les mesures de publicité : le dépôt des statuts au R.C.S. pour les sociétés commerciales, l'insertion d'un extrait des statuts dans la presse, l'immatriculation au R.C.S. Fréquemment, ces mesures sont nécessaires, non seulement pour rendre le groupement opposable aux tiers, mais également pour lui conférer la personnalité juridique. C'est le cas aussi bien pour les sociétés commerciales que pour les sociétés civiles.

III. – Le rôle des autorisations administratives dans la création des personnes morales

A l'origine du Code civil, presque tous les groupements devaient être autorisés. Le relâchement s'est opéré peu à peu :

– En 1867 : les sociétés anonymes ont été dispensées d'autorisation administrative préalable.
– En 1884 : la loi pose le principe de la liberté syndicale.
– En 1901 : est affirmée la liberté d'association.

Continuons cette litanie des grandes réformes, qui, désormais, sont des réformes techniques :

– En 1967 : grande réforme du droit des sociétés commerciales
– En 1978 : grande réforme des sociétés civiles qui constitue un socle commun des sociétés et, plus largement, des structures sociales.
– En 2001, la loi « NRE » (nouvelles régulations économiques) forge un nouveau droit des sociétés, plus universel, plus américain sans doute.

§ 2. – Le fonctionnement des personnes morales

Nous étudierons d'abord les attributs des personnes morales (I), puis l'activité juridique des personnes morales (II).

I. – Les attributs des personnes morales

Il faut envisager les attributs patrimoniaux (A) et extrapatrimoniaux (B) des personnes morales. Nous nous intéresserons essentiellement au deuxième aspect, le premier participant d'un rappel.

A - D'un point de vue patrimonial

Un trait fondamental caractérise les personnes morales : c'est l'existence d'un patrimoine appartenant au groupement et indépendant du patrimoine de chacun des associés. C'est l'application traditionnelle de la règle selon laquelle *"toute personne (même morale) a un patrimoine"*. La conséquence de cette situation est que les dettes de la personne morale ne sont pas les dettes de ses membres et que les créanciers de la société, qui sont les créancier sociaux, ne peuvent pas poursuivre le paiement de leurs créances sur le patrimoine personnel des associés.

Cependant, nous le savons, les membres des sociétés civiles professionnelles ou des sociétés en nom collectif sont tenus des dettes de la société.

B - D'un point de vue extrapatrimonial

Les attributs de la personne morale sont pratiquement analogues à ceux des personnes physiques.

1. – Toute personne morale a un ***nom***. Ce nom, qu'on appelle « dénomination sociale » est fixé par les statuts. Il peut être choisi librement. Il peut être tiré du but poursuivi par le groupement, du nom patronymique de certains dirigeants; il peut même être une qualification de fantaisie.

A la différence du nom patronymique, ce n'est pas une institution de police civile. Dès lors, il peut être librement modifié car il n'y a pas ici d'immutabilité du nom. Mais, comme pour les personnes physiques, il est protégé notamment contre les usurpations s'il y a risque de confusion.

2. – Toute personne morale a un ***domicile*** que l'on appelle le « siège social ». Nous avons vu qu'il n'avait pas en la matière la même règle d'unité du domicile que celui des personnes physiques (v. supra la théorie dite "des gares principales").

3. – Toute personne morale a une ***nationalité***. Celle-ci est déterminée :

- en principe par le siège social (ex. : l'article 1832 C.civ. et l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales édicte que les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française);

- plus exceptionnellement par la nationalité de ceux qui la contrôlent.

4. – Toute personne morale a enfin un ***honneur*** qu'elle ne peut faire respecter en agissant en diffamation. La jurisprudence nous offre des exemples de sociétés qui agissent en diffamation contre des journaux satiriques.

Mais les tribunaux sont bien moins sévères s'agissant de protéger l'honneur d'une personne morale. Les tribunaux ne sanctionnent pas l'atteinte au respect d'un groupement litigieux. Ainsi, la Cour de cassation, s'agissant du film *"Je vous salue Marie"* (21 juillet 1987) et la cour d'appel de Paris pour le film *"La dernière tentation du Christ"* (27 septembre 1988) n'ont pas admis les actions intentées par des associations religieuses pour faire interdire ces films.

Ces arrêts se fondent, d'une part, sur le droit à la liberté d'expression et, d'autre part, sur le fait que *"le caractère blessant d'un film pour la sensibilité des chrétiens"* ne caractérise pas une diffamation ou une provocation à la haine ou à la discrimination.

Les tribunaux ridiculisent même les groupements religieux minoritaires.

Exemple. – La congrégation de la secte Krishna se plaignait de ce que dans un film X les protagonistes du film étaient présentés comme des membres "actifs" de la secte.

Le TGI. de Paris, dans son jugement du 2 février 1997, énonçait que :

> *"Il y a lieu d'admettre que Krishna au cas où il jouirait de l'immortalité, s'il a pu s'offusquer d'entendre chanter son nom au cours d'un film scabreux, a, sans aucun doute, dans sa haute sagesse, pardonné cette offense...; il suffit de rappeler d'autre part que l'on attribue à Krishna 16.000 épouses et 180.000 fils pour admettre que sa mémoire ne souffrira guère d'avoir été mêlée à quelques manifestations complémentaires; ... si les zélateurs de Krishna peuvent être légitimement blessés dans leur conscience juridique, encore faut-il pour cela qu'ils voient le film; cette hypothèse est hautement improbable pour ces adeptes dont "l'optique est centrée sur Dieu" et qui selon ses statuts pratiquent une vie simple "en particulier au milieu des communautés rurales"; sans doute, chaque religion a son contingent de brebis égarées, mais le nombre d'adorateurs de Krishna exposés à se fourvoyer dans les salles spécialisées du cinéma Amsterdam Saint-Lazare est d'autant plus réduit que les membres de l'Association ne dépassent pas une ou deux centaines..."* (TGI Paris, 2 février 1977, Aff. de la Secte de Krishna, JCP 1977, II, 18636).

Au delà de ces anecdotes, il peut paraître choquant que l'on protège le droit à l'image de Brigitte Bardot ou Isabelle Adjani et non la conscience profonde de millions de chrétiens (ou de musulmans).

Les raisons qui militent en faveur de cette jurisprudence sont de trois ordres :

– *La crainte de la censure de la part du pouvoir exécutif* : les tribunaux, le pouvoir judiciaire veulent limiter ce pouvoir discrétionnaire dont on sait les excès : les *"versets sataniques"* de S. Rushdie sont, heureusement, en vente libre dans les librairies françaises.

– *La tradition historique française* (c'est-à-dire la coutume), qui admet largement que l'on se moque ou que l'on conteste les autorités et la pratique religieuses ou politiques.

– Il y a enfin une *raison technique* : un groupement religieux (c'est-à-dire les chrétiens, les musulmans) n'a pas en tant que tel la personnalité juridique. Ce seront des associations chrétiennes qui agiront en justice pour défendre un intérêt qui n'est pas véritablement le leu mais celui de toute une communauté.

Ayant observé les attributs patrimoniaux et extra-patrimoniaux des personnes morales, il faut maintenant s'attacher à observer comment ces attributs seront défendus en justice.

II. – L'activité juridique des personnes morales

Cette activité ne saurait être strictement identique à celle des personnes physiques. Cette différence se manifeste au plan de l'expression de la volonté (A) et de la capacité (B) de la personne morale.

A - Règles spécifiques à l'expression de la volonté

A l'inverse d'une personne physique, une personne morale ne peut faire elle-même des actes juridiques. Elle doit donc être représentée. Les organes représentatifs de la personne morale qui agiront en son nom sont de deux types.

***** Les premiers sont des ***organes délibérants*** qui revêtent généralement la forme d'assemblées générales. Leur rôle est de prendre les décisions les plus importantes concernant la vie de la personne morale (ex. : transformation, dissolution, vote du budget annuel...).

****** Les seconds sont des ***organes exécutifs*** dont le rôle est d'assurer l'exécution des décisions prises par les organes délibérants. Ces organes revêtent des formes variées selon le type de personne morale. Dans les sociétés de personnes, on parle du gérant; dans les S.A., on parle du conseil d'administration qui, à son tour, délèguera une partie de ses pouvoirs à un bureau, avec à sa tête un président (P.D.G.). Ces personnes ont la qualité de représentant légal de la personne morale.

B - Règles spécifiques à la capacité des personnes morales

En principe, toute personne physique a pleine capacité de jouissance. Au contraire, la capacité des personnes morales est limitée par le principe dit de "spécialité". Selon ce principe, chaque groupement doit cantonner ses activités juridiques à la réalisation exclusive du but qu'il s'est assigné dans ses statuts. Ce but

représente l'objet social de la personne morale. Mais si mince soit cette capacité, toute personne morale a le droit d'agir en justice pour la défense de ses intérêts.

§ 3. – La disparition des personnes morales

A l'inverse des personnes physiques qui sont mortelles, une personne morale a vocation à la perpétuité. Mais la personne morale est cependant appelée à disparaître : causes (I) et effets (II)

I. – Les causes de disparition des personnes morales

Il est des causes de disparition qui sont en quelque sorte *naturelles*. Il en est ainsi lorsque le terme fixé dans les statuts pour la durée du groupement est arrivé, ou bien lorsque l'objet pour lequel le groupement s'était constitué est atteint ou achevé, ou bien encore lorsque l'ensemble des membres du groupement décide d'un commun accord de le dissoudre.

Il est d'autres causes de disparition que l'on peut qualifier d'*accidentelles*. Il en est ainsi chaque fois que la personne morale disparaît du fait de l'autorité publique. Il peut s'agir d'une décision administrative retirant la reconnaissance d'utilité publique à une association, ou bien d'une décision judiciaire qui annule ou dissout une société.

II. – Les effets de la disparition des personnes morales

Quand une personne morale disparaît, le problème essentiel qui se pose est de savoir ce que l'on va faire de son patrimoine, c'est-à-dire de ses biens.

– Pour les *sociétés*, il n'y a pas de difficultés. On commence par payer les dettes de la société; s'il reste un actif, il est partagé entre les associés.

– Pour les *associations*, le problème est plus difficile. Ce sont, en principe, les statuts qui prévoient la destination du patrimoine en cas de dissolution. En fait, il est le plus souvent transféré à une association voisine poursuivant un but analogue.

– Pour les *fondations*, il n'y a qu'une solution : les biens font retour au fondateur et, à défaut, passent à ses héritiers.

TITRE 2

LA CONDITION JURIDIQUE ET LES INCAPACITES DES PERSONNES PHYSIQUES

Toute personne physique ou morale dispose de la personnalité juridique, c'est-à-dire que toute personne physique ou morale apte à être titulaire de droits et à pouvoir les mettre en œuvre : acheter, vendre, louer, emprunter, prêter, se marier, divorcer, reconnaître un enfant, donner, recevoir un don, tester, recevoir un leg, etc.

Tout cela a une influence sur le patrimoine d'une personne et certains actes sont particulièrement dangereux pour ce patrimoine. Ils imposent donc une certaine conscience de leur importance. S. la capacité est de principe, l'incapacité d'une personne permettra alors d'assurer la protection de certaines personnes plus faibles.

Définition. – La ***capacité*** apparaît alors comme l'aptitude d'une personne, sujet de droits subjectifs, d'être titulaire de droit (capacité de jouissance) et de les exercer (capacité d'exercice).

*. – Dans le même temps, l'***incapacité*** apparaît comme une certaine diminution de la personnalité : c'est la situation d'une personne qui perd tout ou partie de ces aptitudes.

L'étude de la capacité renvoie à celle de la personnalité juridique, c'est-à-dire de la personne; par voie de conséquence, seule l'étude des incapacités nous préoccupera.

. – Il résulte des observations précédentes que ***la capacité est la règle de principe* : *en principe*, toute personne est libre de faire tous les actes qui lui conviennent; ***l'incapacité d'une personne est donc exceptionnelle***.

Derrière le mot d'incapacité se profile la faiblesse, dans ce qu'elle a de plus humain, l'incapable, c'est l'enfant jusqu'à sa majorité, le vieillard, le malade, physique ou mental, c'est aussi parfois la misère humaine.

Le droit des incapacités a pour objet de *protéger* cette faiblesse humaine (ainsi considèrera-t-on que tel contrat est nul parce que l'un des contractants était incapable).

Mais, dans le même temps, pareille attitude heurte la ***sécurité*** des transactions et du commerce (le contractant de l'incapable supporte les conséquences de cette incapacité).

Le droit des incapacités se trouve ainsi au point d'équilibre entre deux impératifs : la protection des faibles et la sécurité juridique. Les grandes évolutions de ce droit sont récentes : la loi du 4 janvier 1970 sur l'autorité parentale, la loi du 14 novembre 1964 sur l'incapacité des mineurs, la loi du 3 janvier 1968 sur l'incapacité des majeurs. Depuis, l'histoire légistique s'est accélérée : il ne se passe pratiquement plus un an sans qu'un loi ne modifie tel ou tel aspect de ces régimes : citons la grande loi, déjà citée du 8 janvier 1993 et la loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale.

Essayons, dans un premier temps de mieux cerner **la notion d'incapacité**, avant d'envisager, tour à tour, les deux hypothèses d'incapacité que connaît notre Droit : ***LA CONDITION JURIDIQUE ET L'INCAPACITE DES MINEURS*** (Chapitre 1) et ***LA CONDITION JURIDIQUE ET L'INCAPACITE DES MAJEURS*** (Chapitre 2).

De façon liminaire, l'examen de **la notion d'incapacité** impose d'observer les causes d'incapacité et l'étendue de l'incapacité.

***. – Les causes d'incapacité**, permettent de distinguer les incapacités de protection des incapacités de défiance et les incapacités familiales.

– Les ***incapacités de protection*** ont pour effet de protéger certaines personnes incompétentes en raison de leur âge (les mineurs), ou en raison de leur état mental ou corporel (les aliénés par exemple).

– Les ***incapacités de défiance***, au contraire, ont pour but non plus de protéger l'incapable mais de sanctionner des interdits par exemple de l'empêcher d'agir, soit à titre de sanction (ex. : l'interdit légal à la suite d'une condamnation à une peine afflictive et infamante), soit pour protéger les tiers qui pourraient contracter avec lui (ex. : un médecin ne peut pas hériter de son malade, dans l'intérêt de ce dernier).

– Il était enfin, autrefois, un troisième type d'incapacité qui ne se ramenait pas aux deux précédentes : c'était l'***incapacité de la femme mariée***. La femme majeure célibataire, veuve ou divorcée était capable, mais dès lors qu'elle se mariait, la femme devenait incapable, son mari la représentait. Dans ce système, l'incapacité n'était ni de protection ni de défiance, mais bien de *discipline*. On plaçait ainsi des personnes sous la dépendance d'autrui.

Dans le Code civil de 1804, la femme était obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il le désirait. Même dans un régime de séparation de biens, la femme ne pouvait donner, acheter ou vendre un bien sans le consentement du mari.

Finalement, l'amélioration du statut de la femme dans le couple est chose récente : l'incapacité de la femme mariée a été abolie par une loi du 11 février 1938 confirmée par la loi du du 22 septembre 1942.

Mais la loi du 23 décembre 1985 a été intitulée « *loi relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs* », ce qui tend bien à démontrer qu'avant cette loi, cette égalité n'existait pas encore.

****. – L'étendue de l'incapacité**

Il est plusieurs degrés d'incapacité selon l'état ou la situation de l'incapable considéré.

– Les ***incapacités de jouissance*** sont les plus complètes, elles privent l'incapable de certains droits ou de certaines activités juridiques. Elles sont cependant assez rares.

Exemples. – L'interdiction pour un mineur de faire une donation; interdiction pour un mineur de moins de 16 ans de tester; interdiction pour un officier du culte ou un médecin de recevoir des legs de leur malade.

Dans notre droit, l'incapacité de jouissance ne peut jamais être *générale* : cela reviendrait à priver une personne de la personnalité juridique (c'était le système de la mort civile); les incapacités de jouissance ne peuvent être que *spéciales*.

– Les ***incapacités d'exercice*** n'empêchent pas l'incapable de disposer de certains droits mais l'empêchent simplement de les mettre en œuvre.

L'incapable pourra faire certains actes juridiques mais selon des techniques particulières.

- **1ère remarque : Le degré d'incapacité dépend de la gravité des actes à accomplir.**

Il s'agit, tout d'abord, d'actes juridiques et non de faits juridiques. Il est, en effet, aujourd'hui, de principe, dans notre droit, qu'un individu s'engage par ses délits et ses quasi-délits. Ainsi en est-il notamment pour les incapables majeurs depuis la loi du 3 janvier 1968 (art.489-2 C.civ. et v. infra).

Parmi les actes juridiques patrimoniaux, on distingue selon leur gravité :

Les ***actes conservatoires*** sont ceux qui ne portent pas atteinte à la consistance du patrimoine (ex. : réparations d'entretien, souscription d'une assurance). Par ceux-ci, une personne essaie de conserver son patrimoine ou des éléments de preuve.

Les ***actes d'administration*** sont les actes qui sont indispensables pour la gestion d'un patrimoine (ex. : location d'un bien, vente des fruits provenant d'un bien de l'incapable).

Les ***actes de disposition***, enfin, sont les plus graves : ils portent atteinte à la consistance du patrimoine et, fréquemment, font sortir un bien de celui-ci (ex. : vente d'un bien de l'incapable).

Selon le degré d'incapacité, ce seront simplement les actes de disposition ou les actes de disposition et les actes d'administration qui seront interdits à l'incapable.

- **2ème remarque : Les techniques de protection dépendent de la gravité des actes à accomplir ou des facultés de l'incapable.**

Il y a trois procédés essentiels de protection susceptibles d'être utilisés en matière d'incapacité d'exercice.

La ***représentation*** dessaisit totalement l'incapable au profit d'une personne qui agit en ses lieux et place. C'est le procédé le plus radical. Il est utilisé pour les incapables dont les facultés sont les plus faibles et pour les actes les plus graves (ex. : mineurs ou aliénés représentés par un tuteur).

L'***assistance*** permet à l'incapable d'agir lui-même, mais à la condition d'être assisté par une personne présente à ses côtés (exemple du majeur en curatelle assisté d'un curateur). C'est un procédé plus souple.

L'***autorisation*** est un procédé qui implique un accord préalable, même si l'incapable est seul quand il agit (ex. : mineur qui passe un contrat de mariage avec l'autorisation de ses parents).

Les personnes frappées d'incapacité d'exercice sont essentiellement les mineurs et quelques majeurs.

CHAPITRE 1 LA CONDITION JURIDIQUE ET L'INCAPACITE DES MINEURS

Définition. – On appelle « mineur » toute personne qui n'a pas encore atteint l'âge de la majorité civile (18 ans depuis la loi du 5 juillet 1974).

Au delà de la considération – froide – du mineur en termes d'âge, rendons-nous compte que la protection des mineurs, à travers le régime de sa condition juridique, est synonyme de la question de la protection de l'enfant et, plus largement, de la protection de l'enfance.

En France ce sont les règles des incapacités qui assurent cette protection, associées à quelques règles pénales qui, soit, alourdissent les peines des délits et crimes commis sur des enfants, soit allègent celles qu'encourent ces mêmes enfants auteurs de crimes ou de délits.

Mais la protection de l'enfance trouve un relais international à travers, par exemple, la Convention de New-York sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990.

Sans doute n'est-elle pas directement applicable en droit interne : elle demeure le texte assurant la garantie de ces droits.

Observons, alors la condition juridique et l'incapacité des mineurs à travers les techniques qui en assurent le régime : ***L'AUTORITE PARENTALE*** (Section 1) et ***L'INCAPACITE*** (Section 2)

SECTION 1. – L'AUTORITE PARENTALE SUR LES MINEURS

Définition. – L'autorité parentale est l'ensemble des droits et des devoirs des parents sur leurs enfants ; avant le loi de &970n on parlait de la *puissance paternelle*. On ne confondra cependant pas la question de la *titularité* de l'autorité parentale, reconnue, en principe aux deux parents et de *l'exercice* de l'autorité parentale, qui dépend des circonstances de fait ni de la garde : la garde est l'un des attributs de l'autorité parentale, et non un synonyme.

Nous observerons, alors, les titulaires de l'autorité parentale (§ 1) et les prérogatives conférées par l'autorité parentale, c'est-à-dire quel est le contenu de cette autorité parentale (§ 2)

§ 1. – LES TITULAIRES DE L'AUTORITE PARENTALE

Il faut, à cet égard, noter l'évolution extrêmement intéressante des textes, du Code civil de 1804 à la grande réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, suivie ensuite de la loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale et, enfin, de la loi du 8 juillet 1993 qui a encore modifié ce régime, à travers une loi qui, pour la première fois en France place l'enfant au centre d'un certain nombre de règles touchant à se condition juridique (audition en cas de divorce de ses parents, par exemple).

Confirmant l'essai, la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 a uniformisé les règles de dévolution de l'autorité parentale selon les modes d'établissement de la filiation, légitime, naturelle ou adoptive.

* A l'origine, le Code civil attribuait au père la ***« puissance paternelle »*** sur l'enfant mineur, et en même temps au mari "la puissance maritale" sur la femme incapable.

* Les lois des 11 février 1938 et 22 septembre 1942 supprimèrent l'incapacité de la femme mariée. Dans le même temps, une loi du 23 juillet 1942 reconnaissait que la puissance paternelle appartenait désormais « au père *et* à la mère ». Mais, ajoutait cette loi, « *durant le mariage elle est exercée par le père en qualité de chef de famille* ».

* La loi du 4 juin 1970 renforce l'égalité parentale en décidant que *"l'autorité appartient aux père et mère..."* (art.371-2 C.civ.) et que *"pendant le mariage les père et mère exercent en commun leur autorité"* (art.372 C.civ.).

* La loi du 22 juillet 1987, dite encore « Loi Malhuret » s'inscrit dans ce courant législatif tendant vers une plus grande égalité entre père et mère (il s'agit d'un texte visant tout particulièrement les enfants de parents divorcés et les enfants naturels).

* La loi du 8 janvier 1993, enfin, a encore amélioré ces mécanismes et la loi du 4 mars 2002 précitée a également largement modifié ces règles, parachevant l'égalité entre les hommes et les femmes, du point de vue de la dévolution de l'autorité parentale : on peut désormais parler de « coparentalité » autonome du mode d'établissement de la filiation qui résulte notamment de l'article 372 al. 1er du Code civil.

D'ailleurs, l'article 310-1 du Code civil nouveau le proclame de façon générale : *« 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 ».*

Sous l'empire des règles du Code civil, spécialement modifiées par ces lois du 4 juin 1970, du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993, nous envisagerons successivement les règles actuelles d'attribution de l'autorité parentale (I), les règles de transfert de l'autorité parentale (II) et les cas de déchéance de l'autorité parentale (III).

I. – LES REGLES D'ATTRIBUTION DE L'AUTORITE PARENTALE

Alors que, traditionnellement, on distinguait plusieurs situations selon le régime de filiation auquel est soumis le mineur, la loi du 4 mars 2002 a, au contraire, rassemblé les règles d'attribution de l'autorité parentale indépendamment des modes d'établissement de la filiation. Aux principes communs (A) s'ajoutent encore quelques règles spéciales résiduelles (B)

A. – Principes communs

La loi de 2002 a harmonisé les règles d'attribution de l'autorité parentale : dès lors que la filiation a été établie à l'égard de chacun d'eux, ils exercent ensemble l'autorité parentale. C'est le cas bien sûr des parents légitimes, c'est le cas des parentes naturels ou des parents adoptifs.

Observons que, s'agissant des parents naturels, il s'agit d'une grande nouveauté. Avant 2002, il convenait que la filiation naturelle fût établie concomitamment ou en tout cas avant que l'enfant ait atteint l'âge de un an, par les deux parents pour autant qu'il vient ensemble au moment de la reconnaissance. A défaut, l'autorité parentale était exercée par la mère.

S'il s'agit d'un enfant adoptif, il est dans ce cas assimilé à un enfant légitime (art.358 C.civ.).

L'article 372, al. 1er en dispose désormais : *les pères et mères exercent en commun l'autorité parentale »* alors que le même texte spécifiait avant 2002 qu'il

s'agissait des parents mariés. C'est donc une logique totalement inverse, dans son principe, qui préside à l'application des règles d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale : peu importe que l'enfant ait des parents mariés, pacsés, en concubinage, ayant eu une relation qui n'a pas aboutie, l'autorité parentale est exercée par ses deux parents.

Mieux encore, les difficultés que le couple peut rencontrer, séparation, séparation de corps, divorce est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale.

B. – Règles spéciales

Ce principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale connaît des exceptions générales, liées au retrait de l'autorité parentale (v. Infra) mais aussi au cas particulier.

– C'est le cas de l'enfant dont l'un des parents est décédé : le parent survivant exerce seul l'autorité parentale.

– C'est le cas dans le quel l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté, en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre cause (prison, voyage, maladie, etc), il est alors privé de son autorité (C. civ., art. 373).

– C'est le cas d'une désunion, rupture d'un concubinage ou divorce dans lequel l'intérêt de l'enfant justifie que le juge aux affaires familiales retire l'autorité parentale à l'un des parents. Ce sont généralement des hypothèses qui manifestent une grande détresse sociale : alcoolisme, violence, drogue, ou sentimentale (homosexualité de l'un des parents, etc.). Il en résulte souvent des situations inextricables. En témoigne cette affaire qui avait donné lieu à une décision de la CEDH le 21 décembre 1999 (*aff. Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal, Dr. famille, 2000, n°45*). Une cour d'appel du Portugal avait refusé d'attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un père à la suite du divorce de celui-ci au motif de son homosexualité et du fait qu'il vivait avec un homme, situation que la Cour d'appel décrivait comme particulièrement inopportune et inaccueillante pour un enfant. La CEDH avait alors condamné le Portugal sur le fondement des articles 8 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme au motif que le seul motif de l'homosexualité du père et plus généralement de ses orientations sexuelles pour refuse de lui attribuer l'autorité parentale constituait une discrimination.

– C'est le cas d'un **enfant naturel**, si l'enfant a été reconnu par un seul de ses parents. L'autorité parentale est alors exercée par celui des père et mère qui l'a reconnu (aux termes de l'article 372 al.2 C.civ.).

II. – LE TRANSFERT DE L'AUTORITE PARENTALE

Le principe en la matière est posé par l'article 376 du Code civil : l'autorité parentale ne peut faire l'objet de transaction. Il reste cependant des techniques de transfert soit par délégation (A) soit parce que l'enfant a été confié à un tiers (B).

A. – La délégation de l'autorité parentale

* Il peut s'agir, d'abord, d'une **délégation volontaire** prévue par l'article 377 du Code civil.

La délégation, portant sur un enfant de plus 16 ans, peut être faite à un proche digne de confiance, à un établissement spécialisé ou aux services de l'aide sociale à l'enfance.

** Il peut s'agir d'une **délégation involontaire** prévue par l'article 377-1 du Code civil dans le cas de parents qui se sont désintéressés de leur enfant, de plus de 16 ans, recueilli par une personne à qui il appartient d'effectuer une saisine en justice pour obtenir cette délégation.

*** Dans les deux cas, les effets de la délégation consiste en une perte – une renonciation – de l'autorité parentale et corrélativement, un transfert de l'autorité parentale au délégataire.

– Il ne s'agit cependant que d'un transfert de *l'exercice* de l'autorité parentale et point de sa *jouissance*.

– Il peut s'agir d'un transfert *partiel* (droit de garde et de surveillance par exemple) ou *total.* Dans ce cas, le délégant (les parents) peuvent bénéficier d'un droit de visite ou d'un droit d'hébergement, accordé par le juge.

B. – Enfant confié à un tiers

Dans cette hypothèse, les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale bien que leur enfant soit confié à un tiers qui peut être un parent ou un établisement spécialisé.

L'article 287-1 en matière de divorce précise que le personne à qui cet enfant est confié accomplit tous les actes usuels relatifs à leur surveillance et à leur éducation de sorte que les parents exercent uniquement les choix importants, mais sont privés de l'éducation au quotidien.

III - LA DECHEANCE DE L'AUTORITE PARENTALE

L'autorité parentale est ce qu'on appelle un « *droit fonction* » qui est exercé dans l'intérêt de l'enfant.

A. – Les mesures de déchéance

* En ce qui concerne le **tribunal compétent**, la déchéance de l'autorité parentale peut être prononcée :

- Soit par les *juridictions répressives* à titre de mesure accessoire d'une condamnation pénale (ex. : crime ou délit commis sur la personne de l'enfant par leur père ou mère).

- Soit par les *juridictions civiles* en cas de mise en péril de l'enfant ou de désintrêt manifeste, dispose l'article 378-1 du Code civil (L. 5 juill. 1996).

Il peut s'agir de mesures dans le cas notamment de mauvais traitements mettant en danger la santé ou la moralité de l'enfant (ex. : ivrognerie, inconduite notoire).

Est également cause de déchéance la condamnation pour abandon de famille lorsque le condamné n'a pas recommencé à assurer ses obligations pendant au moins six mois (art.373-3 C.civ.).

* En ce qui concerne l'**étendue de cette déchéance**, elle peut être totale ou seulement partielle. Si un seul des parents est déchu, l'exercice de l'autorité parentale sera dévolu à l'autre (art.373-1 C.civ.). Si les deux sont déchus de l'autorité parentale, il conviendra alors d'ouvrir une tutelle (art.373-5 C.civ.).

La déchéance de l'autorité parentale peut être définitive ou seulement provisoire (lorsque les père et mère déchus recouvrent leurs prérogatives, on dit qu'il y a restitution).

B. – L'assistance éducative

Autrefois, les parents (le père) pouvait placer un enfant en *« maison de correction »*, hypothèse malheureuse et terrible pour les enfants.

Depuis 1958, ce système a été supprimé au profit de l'institution de l'assistance éducative.

Des mesures d'assistance éducative peuvent ainsi être prises par un juge, dans le cas (C. civ., art. 375) de la mise en danger de la santé, de la sécurité ou de la moralité d'un enfant.

Il s'agit de mesures d'assistance de sorte que le juge cherche à obtenir l'adhésion des parents, sans que leur accord soit nécessaire. Il peut s'agir de mesures d'assistance dans le choix de tel ou tel acte, du placement d'un enfant qui seront toujours limitée dans le temps.

§ 2 – LE CONTENU DE L'AUTORITE PARENTALE

La loi attribue aux parents à la fois des droits (I) et des obligations (II).

I - LES DROITS CONFERES PAR L'AUTORITE PARENTALE

Certains de ces droits ont un caractère extrapatrimonial (A), d'autres un caractère patrimonial (B).

A. – Les droits extrapatrimoniaux conférés par l'autorité parentale

Ils se manifestent sous la forme d'un rapport d'autorité : les père et mère ont un devoir de commandement, l'enfant a un devoir d'obéissance.

Occasionnellement, les parents auront à donner des autorisations pour les actes les plus importants concernant la personne du mineur (ex. : mariage, adoption, émancipation).

De façon permanente, les droits conférés aux parents par l'autorité parentale sont aujourd'hui le droit de garde, de surveillance et d'éducation, le droit de correction ayant disparu pour faire place à des mesures d'assistance éducative.

***** Le ***droit de garde*** : il résulte de l'article 371-3 du Code civil : « *l'enfant ne peut sans permission des père et mère quitter la maison familiale* ».

Ce droit de garde permet aux parents d'exiger que leurs enfants habitent auprès d'eux.

De ce droit de garde, la loi tire deux conséquences principales :

– Parce qu'il est obligé d'habiter chez ses parents, la loi attribue comme domicile au mineur celui des père et mère ou celui des parents avec lequel il réside (art.108-2 C.civ.).

– Parce qu'ils exercent le droit de garde, le père et la mère « *sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* » (art.1384 al.4 C.civ.).

***** Le ***droit de surveillance*** permet aux parents de veiller à tout ce qui touche au comportement de l'enfant, à ses relations, à ses lectures, à sa correspondance. A cet égard, il est significatif de noter que le principe de l'inviolabilité de la correspondance ne s'applique pas aux parents. La seule restriction apportée par la loi à ce droit résulte de l'article 371-4 du Code civil aux termes duquel *"ses père et mère ne peuvent, sauf motifs graves, faire obstacle aux relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents"*. Le juge aux affaires familiales peut accorder un droit de visite ou de correspondance à d'autres personnes, parents ou non.

***** Le ***droit d'éducation*** intéresse l'éducation de l'enfant dans son sens le plus large : éducation intellectuelle, morale, professionnelle (le contrat d'apprentissage, le contrat de travail du mineur doivent être autorisés par le père), même religieuse. En cas de désaccord, la pratique précédemment suivie tiendra lieu de règle. A défaut de

pratique, l'un des époux pourra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera après avoir tenté de concilier les parties.

De façon corollaire, le *droit de correction* était d'abord un droit de placer l'enfant difficile dans une maison qui était dite "de correction". Ce droit a été remplacé par le droit de provoquer des mesures dites d'*"assistance éducative"*. Ces mesures vont consister en des stages professionnels ou dans le fait de retirer l'enfant à ses père et mère pour le confier à d'autres membres de la famille, à un établissement sanitaire et social, ou à l'aide sociale à l'enfance.

Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative conservent sur lui leur autorité et en exercent toutes les prérogatives.

Le droit de correction, c'est aussi, traditionnellement, le droit d'infliger à l'enfant des sanctions physiques approuvées par la coutume. On peut s'interroger sur la licéité de ces pratiques au regard de la "Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme". Cette convention pose de grands principes et notamment celui de la prohibition de la torture et des châtiments corporels. Une décision de la Cour européenne des droits de l'homme a expressément condamné les châtiments corporels réalisés sur des enfants (aff. Campbell et Cosans, 25 février 1982). Cette cour est une institution internationale, mais ses décisions n'ont pas force exécutoire : les décisions invitent les Etats à modifier leur législation.

B. – Les droits patrimoniaux conférés par l'autorité parentale

En contrepartie des charges que l'autorité parentale fait peser sur les parents, ceux-ci se sont vu reconnaître un droit de jouissance légale sur les biens de leur enfant. Echappent à ce droit les biens que l'enfant peut acquérir par son travail ou ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas (art.387 C.civ.). Ce droit de jouissance va s'exercer jusqu'à ce que l'enfant ait 16 ans accomplis, ou même plus tôt pour la fille, quand elle contracte mariage (art.384 C.civ.).

II - LES DEVOIRS NES DE L'AUTORITE PARENTALE

Elles sont le corollaire des droits que nous venons d'examiner.

* De même que les parents ont un droit de garde, de surveillance et d'éducation, ils ont aussi le **devoir de garde, de surveillance et d'éducation**, sous peine de sanctions civiles (déchéance de l'autorité parentale) ou pénales (délit d'abandon de famille), de leurs enfants. C’est donc, plus largement, un devoir de protection de l’enfant qui incombe aux parents, aux titulaires de l’autorité parentale.

* Les parents sont tenus également de **l'obligation d'entretien**, c'est-à-dire de l'obligation de nourrir, entretenir et élever leur enfant (C. civ., art. 203 et 204).

Cette obligation pèse sur chacun des parents et elle persiste en cas de divorce ou de séparation de corps : celui des parents qui n'exerce pas l'autorité parentale ou

chez lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle doit verser à l'autre une pension alimentaire destinée à l'entretien de l'enfant (voir infra l'étude du divorce et de ses effets).

Par ailleurs cette obligation dure tout le long de la minorité de l'enfant et la jurisprudence admet qu'elle se poursuit au-delà, notamment lorsque l'enfant poursuit des études supérieures.

SECTION 2 – L'INCAPACITE DES MINEURS

L'incapacité des mineurs permet d'envisager les conséquences de l'incapacité des mineures (§ 1) avant d'envisager le régime de l'incapacité des mineurs : la tutelle et l'administration légale (§ 2).

§ 1 – LES CONSEQUENCES DE L'INCAPACITE DES MINEURS

*** – Le principe de l'incapacité des mineurs** est, d'abord un constat : les mineurs sont, en principe, tous frappés d'une incapacité d'exercice générale qui les prive à la fois de la direction de leur personne et de la gestion de leurs biens, sauf s'ils ont été émancipés et malgré quelques limites.

****. – Des limites à ce principe** ont été apportées à cette incapacité de principe. Elles intéressent la personne du mineur ou son patrimoine, et établissent les ***droits de l'enfant***.

– Comme exemples d'atténuation intéressant directement la ***personne du mineur***, on peut citer

- des tempéraments apportés par la Convention de New-York comme la liberté de penser (justifiant l'appartenance à des syndicats ou des partis politiques (c. art. 371-1) ou comme la liberté de relations, même non accordées par leurs parents ; C'est par exemple, le problème des grands parents : l'article 371-4, al.1 prévoit que *l'enfant a le droit d'entretenir des relations avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit »*.

La ratification de la Convention de New York a justifié la modification de la loi, encore récemment par la loi du 5 mars 2007.

- C'est ensuite la reconnaissance d'un *droit à la parole* devant les institutions judiciaires lui permettant d'être entendu, par l'intermédiaire de son avocat dans toute procédure le concernant (C. civ., art. 388-1), quel que soit son âge pour autant qu'il dispose de facultés de discernement (avant 1993, l'âge de 13 ans était impérativement fixé), ce qui ne liera pas le juge dans sa décision :

  - C'est le cas de l'*adoption* : le mineur de 13 ans doit consentir personnellement à son adoption plénière (art.345 al.3 C.civ.), pour laquelle le consentement des parents est aussi requis.

- C'est le cas du *mariage* : les filles mineures de 15 ans peuvent valablement consentir à leur mariage avec autorisation de leurs parents.

- C'est le cas de la *reconnaissance d'enfant naturel* ou de *l'action en recherche de paternité* : ces actions peuvent être exercées par la mère, même mineure (art.340-2 al.2 C.civ.).

- Cest le cas plus généralement de toute procédure le concernant (C. civ., art. 388-1) et justifiant le droit d'être entendu seul ou avec un avocat le représentant, choisi par lui ou par le bâtonnier.

– Comme exemples d'atténuations intéressant plus spécialement le ***patrimoine du mineur***, on peut citer :

- Le cas du *contrat de mariage* : les mineurs qui se marient peuvent valablement signer un contrat de mariage. Ils pourront même dans cette convention procéder à des donations entre vifs qui leur sont, en principe, interdites jusqu'à leur majorité (art.1398 C.civ.)

- A partir de 16 ans, le mineur peut également disposer seul par *testament* de la moitié de ses biens.

- Il peut à tout moment faire des *actes conservatoires*.

- Le mineur peut, surtout, aux termes de l'article 389-3 du Code civil accomplir les *actes civils* pour lesquels il est d'usage qu'un être de son âge traite seul. Il pourra notamment conclure les contrats intéressants la vie courante tels que menus achats. On admet également qu'un mineur perçoive valablement son salaire directement des mains de son employeur (sauf opposition de son représentant légal). Selon l'usage actuel, les banques acceptent même d'ouvrir un compte à un mineur. L'enfant peut alors pour faire valoir ses droits en justice, désigner un *administrateur ad hoc* notamment lorsque ses intérêts sont en contradiction avec ceux de l'administrateur légal.

*****. – L'exception** résulte du mécanisme de **l'émancipation.** L'émancipation consiste à reconnaître à un mineur les droits d'un majeur avant l'âge légal.

– ***Les conditions de l'émancipation du mineur.*** **–** Le mineur peut être émancipé de plein droit par le mariage ou sur décision du juge des tutelles lorsqu'il atteint l'âge de 16 ans révolus, sur la demande des père et mère ou de l'un d'eux ou du conseil de famille (art.477 et 478 C.civ. modifiés par la loi du 5 juillet 1974).

– *Les effets de l'émancipation du mineur.* – Le mineur émancipé est pleinement capable au plan civil. La seule restriction que lui apporte la loi de 1974

concerne la qualité de commerçant. Aux termes de l'article 487 nouveau du Code civil, « *le mineur émancipé ne peut être commerçant* ».

§ 2 – Le régime de l'incapacité des mineurs : la tutelle et l'administration légale des mineurs

Comme les techniques de détermination des titulaires de l'autorité parentale déterminent les personnes susceptibles d'administrer la personne du mineur, les règles en matière d'incapacité cherchent à déterminer les techniques d'administrations des biens du mineur. Il faut en relativiser l'importance : rares sont les mineurs qui disposent de biens nécessitant de telles mesures : il convient que les parents aient procédé à un partage de leur propre patrimoine (donations, donation partage) que le mineur ait reçu un leg (d'un autre que ses parents par hypothèse), ou que le mineur soit parvenu à rassembler une fortune suffisante (gain au loto, quelques stars précoces, etc).

L'administration légale des biens, régime général et de droit commun, assure aux parents la maîtrise du patrimoine de leur enfant (I) a été envisagé sur le modèle de la tutelle, régime spécial qui s'applique lorsque l'administration n'est pas possible (II).

I - L'ADMINISTRATION LEGALE DES BIENS DU MINEUR

Frappé d'une incapacité générale d'exercice, le mineur non émancipé n'est pas plus susceptible d'assurer la gestion de son patrimoine qu'il n'est capable d'assurer la direction de sa personne. On a ainsi prévu différents régimes de gestion de ses biens. Il faut citer trois lois : la loi du 14 décembre 1964, la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce et surtout la loi 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.

A. – Les régimes d'administration légale des biens des mineurs

Les régimes de gestion des biens du mineur, tous à base de représentation, sont au nombre de trois. Nous avons déjà envisagé la tutelle, il reste l'administration légale pure et simple (1) et l'administration légale sous contrôle judiciaire (2),

1.– L'administration légale pure et simple

Au regard de la loi de 1964, l'administration légale pure et simple est le régime normal de gestion des biens des enfants légitimes ou adoptifs (adoptés par un couple) qui ont leurs deux parents vivants, non divorcés ni séparés de corps et qu'aucun n'a perdu l'autorité parentale.

La loi du 23 décembre 1985 a étendu ce régime aux enfants des parents divorcés (art. 383, 389-1 C.civ.), séparés ou séparés de corps et aux enfants naturels reconnus dans le cas où les parents exercent en commun l'autorité parentale (art.372 et cf. supra).

2. – L'administration légale sous contrôle judiciaire

L'administration légale sous contrôle judiciaire (du juge) est le régime de gestion des biens des mineurs légitimes ou adoptifs :

– s'ils ont perdu un de leurs parents;

– si l'un des parents est déchu de l'autorité parentale ou hors d'état de manifester sa volonté (incapacité, absence, éloignement).

C'est également le régime applicable aux enfants adoptifs qui n'ont été adoptés que par une seule personne et aux enfants naturels reconnus dont les parents n'exercent pas en commun l'autorité parentale.

B. – Le fonctionnement des régimes d'administration légale des biens du mineur

Trois questions se posent : Qui est administrateur légal ou plus exactement désormais comment est organisée l'administration légale (1) ? Quels sont ses pouvoirs (2) ? Comment prend fin l'administration légale (2) ?

1. – L'administration légale

Le principe est que l'administration légale sur les biens du mineur est conférée aux parents qui exercent l'autorité parentale.

Il y a ainsi cohérence dans la direction du mineur : les mêmes personnes, les deux parents en principe depuis la loi de 2002, éduquent le mineur et gèrent ses biens.

. –** Dans le domaine d'application de ***l'administration légale pure et simple, l'autorité parentale appartient au père et à la mère qui l'exercent conjointement.

Avant la loi de 1985, seul le père, même dans le régime de filiation légitime, était titulaire de l'administration légale, dans un souci de simplification de la gestion des biens du mineur. La loi de 1985 a heureusement bilatéralisé l'administration légale : les deux parents l'exercent ensemble.

Ainsi, en théorie, l'autorisation conjointe du père et de la mère serait toujours nécessaire s'agissant d'un acte concernant le patrimoine du mineur. Cette cogestion serait trop lourde.

– Pour les *actes d'administration* : la loi organise une représentation mutuelle : chaque parent peut passer seul ces actes, il est présumé avoir reçu pouvoir de son conjoint (art.389-4).

– Mais pour les *actes de disposition* : la co-autorité se traduit par la cogestion, c'est-à-dire, en pratique, par la double signature.

****. –** S'agissant de ***l'administration légale sous contrôle judiciaire***, l'administrateur légal est celui des parents qui exerce l'autorité parentale.

Exemples.

- En cas de décès de l'un des parents, l'autre devient administrateur légal.
- En cas d'enfant naturel qui n'a été reconnu que par sa mère, la mère est en principe administratrice légale.

*****. –** Par **exception**, l'administration des biens ne sera pas liée à l'exercice de l'autorité parentale dans trois séries de cas.

– La première exception est celle du *divorce*. Le juge du divorce peut dissocier l'administration des biens de l'enfant et l'autorité parentale *"si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exige"* (ex. : la mère qui a la garde des enfants ne connaît rien aux affaires. Le père pourra être nommé administrateur légal sous contrôle judiciaire).

Dans cette première exception, l'époux qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale peut être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie des biens de l'enfant.

– Une deuxième exception au principe d'une corrélation entre l'autorité parentale et l'administration légale concerne une éventuelle *opposition d'intérêts* entre l'enfant et son administrateur légal. Dans ce cas, le juge des tutelles nomme un administrateur *"ad hoc"* (c'est-à-dire pour celà, à cet effet).

– Une dernière exception concerne les biens *donnés ou légués* au mineur à condition qu'ils soient administrés par un tiers. Celui-ci les gèrera comme administrateur sous contrôle judiciaire.

2.– Les pouvoirs de l'administrateur légal

L'administrateur légal, comme le tuteur, doit gérer le patrimoine du mineur en « *bon père de famille* » (art.450 al.2). la sanction est la responsabilité des administrateurs légaux

La distinction entre l'administration légale pure et simple et l'administration légale sous contrôle judiciaire apparaît si l'on considère la nature des actes en cause, actes d'administration, actes de disposition, actes conservatoires. Le régime est cependant plus compliqué qu'une simple dissociation entre les actes.

***. – Actes que chaque administrateur légal peut effectuer seul**

Il s'agit des actes d'administration et des actes conservatoires. Le principe est celui de la liberté d'administration dans les deux régimes (administration pure et simple; administration légale sous contrôle judiciaire).

Les parents peuvent faire seuls ces actes (c'est-à-dire sans l'autorisation du conseil de famille ou du juge des tutelles).

L'administrateur légal peut ainsi seul : exercer une action en justice de nature patrimoniale, relative donc aux biens du mineur ; aliéner les biens du mineur ayant le caractère de fruits ; recevoir les paiements pour le compte du mineur, conclusion d'un bail de faible durée.

La distinction actes d'administration / actes de disposition soulève des difficultés à propos du contrat de bail. Autrefois, le bail était le type même d'acte d'administration car il n'affectait pas la substance de la chose tout en permettant de lui en retirer des revenus. Mais, depuis la fin de la première guerre, le droit du preneur a été consolidé parfois au moyen d'un droit au renouvellement (ex. : un bail commercial est conclu pour 9 ans. A l'expiration, le locataire-commerçant a droit au renouvellement du bail, sauf pour le propriétaire à lui verser une indemnité d'éviction). La loi de 1964 prévoit que les baux consentis par le représentant d'un incapable ne confèrent au preneur aucun droit au renouvellement à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé (art.456 al.3 C.civ.). Une décision du juge des tutelles peut cependant écarter cet effet.

****. – Actes que les administrateurs légaux ne peuvent effectuer seuls.**

Il s'agit ici des actes de ***disposition ordinaire*** dont la passation suppose l'accord des deux parents (art.389-5 qui renvoie à la tutelle), c'est-à-dire que l'autorisation d'un seul parent est insuffisante mais que l'autorisation du juge des tutelles n'est pas nécessaire, pour autant que les parents soient d'accord, en cas de désaccord, on bascule dans la troisième catégorie, nécessitant l'accord du juge des tutelles.

- Il s'agira par exemple des actions en justice concernant des droits extrapatrimoniaux du mineur, d'actes de disposition sur des valeurs mobilières, de conclure un bail de plus de neuf ans, etc.

*****. – Actes que les administrateurs légaux ne peuvent effectuer dans l'accord du juge des tutelles**

Il s'agit des actes de *disposition grave* qui requierent l'autorisation du juge des tutelles à peine de nullité. L'article 389-5 al.3 en donne une liste qui n'est pas exhaustive. Il en est ainsi de la vente d'immeubles, de la cession du fonds de commerce, d'un emprunt, de la constitution d'une société ou d'une renonciation. La jurisprudence a largement compris à cet égard la renonciation. En l'espèce, un acte intitulé arrangement amiable constatait la renonciation par les parents d'une jeune fille violée à toute indemnité complémentaire en contrepartie d'une somme de 8.000 francs proposée par les agresseurs. Il a été jugé que cet acte était nul, faute d'avoir été autorisé par le juge des tutelles (en l'espèce, l'action civile n'était pas éteinte; Ch. Mixte 29 janvier 1971).

******. – Actes que les administrateurs légaux ne peuvent effectuer dans l'accord du juge des tutelles et l'homologation du TGI**

Il s'agit là d'actes encore plus grave : les actes de partage.

******. – Actes interdits**

Enfin, l'administrateur légal ne peut jamais donner un bien appartenant au mineur (art.903 C.civ.).

Précisons enfin que, dans le cadre de l'administration légale sous contrôle judiciaire un régime unique est organisé pour les actes de disposition ; ils sont tous soumis à l'autorisation du juge des tutelles (art.389-6). Il n'y a plus de contrôle mutuel des parents sur leurs agissements, le juge s'y substitue.

3. – La fin de l'administration légale

Elle disparaît par l'accès de l'enfant à la majorité ou son émancipation.

Elle peut aussi se transformer en tutelle par le décès des deux parents ou par la décision du juge des tutelles (dilapidation fautive des biens du mineur ou incapacité du gérant).

A côté de l'administration légale (pure et simple ou sous contrôle judiciaire), le deuxième mode de gestion des biens du mineur relève de la tutelle.

II – LA TUTELLE

Lorsque l'enfant aura ses deux parents décédés ou hors d'état d'exercer l'autorité parentale, il conviendra d'ouvrir une tutelle, institution qui comporte un certain nombre d'organes (A) disposant de prérogatives (B) selon un régime précisant son organisation (C).

A - Les organes de la tutelle

Ils sont plus nombreux et plus complexes. Il y a un un organe d'exécution : le tuteur (1), un organe de contrôle : le subrogé-tuteur (2) un organe de décision : le conseil de famille (3), un organe judiciaire : le juge des tutelles (4).

1. – Le tuteur

Il existe plusieurs modes de désignation du tuteur et, par là même, plusieurs sortes de tutelle.

* Le ***tuteur testamentaire*** est la personne qui a été désignée dans un testament ou par acte notarié, par le survivant des père et mère ou l'unique mourant

(en cas d'enfant naturel ou adoptif) s'il avait conservé au jour de sa mort l'exercice de l'administration légale ou de la tutelle. Le testateur est absolument libre de son choix.

* Le ***tuteur légal*** désigné par la loi est l'ascendant le plus proche en degré : la tutelle lui est dévolue s'il n'y a pas de tuteur testamentaire. En cas de concours entre plusieurs ascendants du même degré, c'est le conseil de famille qui choisit le tuteur parmi eux.

Aux termes de l'article 402 du Code civil, la tutelle légale n'est en principe prévue que pour l'enfant légitime. Le problème se pose pour l'enfant naturel depuis la loi du 3 janvier 1972 et pour l'enfant adoptif : peuvent-ils faire l'objet d'une tutelle légale ? Il semble que la réponse soit affirmative, l'un et l'autre enfant étant aujourd'hui assimilés à l'enfant légitime (v. en faveur du droit à la tutelle légale des grands-parents naturels : T.G.I. Paris 4 janvier 1974, D.1975, 479, note J. Massip).

* Le ***tuteur datif*** : à défaut de tuteur testamentaire ou de tuteur légal, c'est le conseil de famille qui désigne le tuteur. Il peut s'agir d'une personne de la famille ou d'une personne étrangère. La tutelle sera une "tutelle dative".

* La tutelle peut, enfin, ***être déférée à l'Etat*** quand personne n'a voulu accepter les fonctions de tuteur ou n'a pu y être contraint. Les fonctions de tuteur n'ont, en effet, un caractère obligatoire que pour les membres de la famille; les étrangers peuvent refuser cette charge.

2.– Le subrogé-tuteur

Il est à la fois un surveillant et un remplaçant du tuteur chaque fois qu'il y a conflit d'intérêt entre le tuteur et son pupille.

Le subrogé-tuteur est toujours datif. Il est nommé par le conseil de famille, dont il est obligatoirement un des membres. Il doit autant que possible être désigné dans une autre ligne que celle qui est représentée par le tuteur. Sa nomination doit intervenir dès l'ouverture de la tutelle.

Cette fonction a été contestée car comme surveillant il est inefficace et comme remplaçant il est inutile. On aurait pu nommer un tuteur *"ad hoc"*. Le subrogé-tuteur conserve une fonction comme informateur du juge des tutelles, c'est un délateur.

Après avoir examiné les organes spécifiques de la tutelle (conseil de famille, tuteur, subrogé-tuteur), il nous faut maintenant voir comment s'organisent les rapports entre ces organes.

2.– Le conseil de famille

C'est une assemblée de parents ou alliés, voire d'amis, présidée par le juge des tutelles. Elle est composée de 4 à 6 membres, y compris le subrogé-tuteur, mais non compris le tuteur ni le juge des tutelles.

Ces membres sont désignés par le juge des tutelles. Il doit en principe choisir des parents ou alliés du mineur à égalité dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle. Il peut désigner des amis, des voisins ou toute autre personne.

Les fonctions de membre du conseil de famille sont obligatoires mais des excuses sérieuses peuvent être présentées. C'est le juge des tutelles qui a seul qualité pour examiner ces excuses. Les membres du conseil de famille sont, en principe, désignés pour la durée totale de la tutelle.

Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles soit d'office, soit à la demande de deux de ses membres ou du tuteur ou du subrogé-tuteur, ou du mineur lui-même à la condition qu'il ait 16 ans révolus (art.410 C.civ. modifié par la loi du 5 juillet 1974).

Le conseil de famille ne peut délibérer que si la moitié de ses membres sont présents ou représentés. Les décisions sont prises à la majorité absolue. En cas de partage, la voix du juge des tutelles est prépondérante. Le tuteur assiste aux séances mais ne vote pas. Le mineur, à partir de 16 ans, peut assister aux séances.

La loi du 14 décembre 1964 donne au juge des tutelles le droit d'éviter la convocation du conseil s'il estime que la décision peut être prise sans cela. Il consulte seulement les membres du conseil, par lettre, et recueille par ce moyen leurs votes sur une délibération qu'il leur a proposée. Cette innovation de la loi de 1964 permet de ne pas déranger inutilement les membres du conseil.

4. – le juge des tutelles

Juge spécialisé, le juge des tutelles dispose d'une mission générale de surveillance. Il peut convoquer les organes de la tutelle, il préside le conseil de famille peut réclamer des observations…

B. – Les prérogatives des organes de la tutelle

1.– Les prérogatives du tuteur

L'article 450 alinéa 1 du Code civil prévoit que *"le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes"*.

Au regard de cette disposition, le tuteur a le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation du mineur. Le tuteur, contrairement aux parents, n'est pas totalement libre dans le choix des orientations données à l'enfant. Il doit en principe respecter les orientations choisies par les parents avant l'ouverture de la tutelle ou, à défaut, suivre les directives générales édictées par le conseil de famille.

Le tuteur n'a pas le droit de jouissance légale sur les biens du mineur, ce droit expire avec l'autorité parentale. Il n'a pas non plus le devoir d'entretien et ceci est

normal. Il n'est tenu de faire face aux besoins de l'enfant qu'au moyen des biens personnels du mineur. Chaque année, il lui sera alloué une certaine somme fixée par le conseil de famille pour faire face aux dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant. Faute de pareilles ressources, le tuteur pourra se décharger de l'entretien de l'enfant en le confiant à des organismes de bienfaisance ou aux services de l'aide sociale. Dans ce cas, la tutelle familiale sera souvent transformée en tutelle administrative.

2. – Les prérogatives du conseil de famille

Ces prérogatives diminuent d'autant celles du tuteur. Il appartient au conseil de famille :

- de déterminer chaque année le budget de la tutelle ;
- de fixer les grandes orientations concernant le mineur, sur le plan tant professionnel que moral ou religieux.

Il appartient en outre au conseil de famille :

- de surveiller le tuteur et au besoin de le destituer, s'il ne respecte pas les directives qui lui sont données;
- de prendre les décisions les plus graves concernant la personne de l'enfant : adoption, émancipation, mariage, nationalité...

C. – L'organisation de la tutelle

Deux conceptions de la tutelle étaient possibles.

On pouvait, d'abord, accorder un très large pouvoir au tuteur et n'organiser un contrôle des actes de celui-ci qu'*a posteriori*. Mais, la tutelle peut être longue, la justification d'opérations très anciennes est pratiquement impossible et le tuteur risque d'être insolvable à la fin de la tutelle.

A l'inverse, on peut soumettre à un contrôle *a priori*, c'est-à-dire à une autorisation préalable, tous les agissements du tuteur. La gestion devient alors très lourde et onéreuse. Le Droit français a retenu une solution intermédiaire. L'organisation de la tutelle aux biens du mineur se caractérise par trois traits :

1.– La souplesse de l'administration

Dans les dix jours qui suivent sa nomination, le tuteur fait procéder à *l'inventaire* des biens du mineur en présence du subrogé-tuteur.

* Le tuteur peut librement faire seul les ***actes d'administration*** (art.456 C.civ.; ex. : aliénation des meubles d'usage courant, perception des fruits et des revenus, aliénation des fruits...).

Le tuteur ne peut faire d'actes de disposition sans y avoir été autorisé. Selon la gravité de l'acte, la loi a exigé trois sortes d'autorisations d'une lourdeur croissante :

* ***Les actes de disposition peu importants ou urgents*** sont soumis à *l'autorisation du juge des tutelles* (par exemple la vente des biens d'une valeur inférieure à 100.000 francs; art.468 C.civ.).

* ***Les actes de disposition ordinaires*** (le bail de moins de neuf ans; art.457 C.civ.) sont soumis à *l'autorisation du conseil de famille*.

* ***Les actes de disposition les plus graves*** (la vente d'immeuble, le partage) sont soumis à *l'autorisation du conseil de famille et à un formalisme judiciaire* (la vente doit être faite en justice à la barre du tribunal, le partage doit être judiciaire).

2.– La reddition des comptes

Le tuteur est un administrateur des biens du pupille, il doit lui rendre des comptes (art.469 C.civ.).

En théorie, le tuteur doit faire un compte annuel qu'il remet au subrogé-tuteur. En pratique, cette reddition annuelle est rarement faite.

A la fin de la tutelle, le tuteur doit rendre compte de l'ensemble de sa gestion et le solde du compte peut l'obliger à des restitutions (art.471 C.civ.).

3.– La responsabilité du représentant

Les fautes du tuteur, du subrogé-tuteur ou du juge des tutelles engagent la responsabilité délictuelle de leur auteur.

Le tuteur a une responsabilité particulièrement lourde, il est responsable de toutes les fautes, même légères, bien qu'il administre à titre gratuit (art.450 al.2 C.civ.).

L'action en responsabilité est exercée par le pupille. Elle n'est pas éteinte par l'approbation du compte. Le pupille est garanti par une hypothèque légale qui frappe les biens du tuteur.

CHAPITRE 2

LA CONDITION JURIDIQUE ET L'INCAPACITE DES MAJEURS

A la différence des mineurs, le **principe** est ici la pleine capacité et, l'exception réside dans l'incapacité. Toute personne âgée de 18 ans est en principe capable : *« la majorité est fixée à 18 ans accomplis, à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile »* (C. civ., art. 414).

Les majeurs sont atteints d'incapacité, exceptionnelle, soit parce qu'ils ont subi une condamnation pénale : ce sont les interdits légaux, soit parce que leurs facultés mentales ou corporelles sont atteintes : ce sont les incapables majeurs au sens strict. Seuls ces derniers feront l'objet de nos développements.

La dernière grande réforme en la matière est la loi du 3 janvier 1968 qui a modifié le Code civil et ces règles ont fait l'objet d'une réforme par la loi du 5 mars 2007 (entrée en vigueur le 1er janvier 2009), qui réforme globalement la question de la protection des majeurs, et pas uniquement les règles du Code civil, l'aspect juridique, donc, avec les institutions de protection du majeur (la sauvegarde de justice, la curatelle et la tutelle et le mandat de protection future), mais également l'aspect social de cette question.

Avant la loi de 2007 l'article 488 du Code civil, prévoyait les cas d'ouverture des différents régimes qui réglaient le sort des incapables majeurs : l'article 488 posait ainsi l'exception au principe de la pleine capacité : *« Est néanmoins protégé par la loi, soit à l'occasion d'un acte particulier, soit d'une manière continue, le majeur qu'une altération de ses facultés personnelles met dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts. »* ; Altération des facultés personnelles, il s'agit donc du handicap. L'article 490 poursuivait *« lorsque les facultés mentales sont altérées par une maladie, une infirmité ou un affaiblissement dû à l'âge (…) »* et la suite de l'article 488 indiquait que *« peut pareillement être protégé le majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales »*.

Ces cas d'ouverture étaient, d'une part, l'altération des facultés mentales et corporelles, d'autre part, la prodigalité, l'intempérance et l'oisiveté.

**. – L'altération des facultés mentales*

L'article 490 du Code civil envisageait trois cas : la maladie, l'infirmité et l'affaiblissement dû à l'âge.

Pour les deux premiers cas, on a voulu donner au texte un champ d'application très large. On s'est abstenu volontairement d'identifier les maladies à l'aide d'étiquettes médicales mais il est clair que la question est ici celle du handicap mental. L'article 490, al. 3 exige en effet que *« l'altération des facultés mentale ou*

corporelle doit être médicalement établie » précision fondamentale dans le cadre du régime plus vaste de l'hospitalisation pour trouble mental (cf. CSP, art. 326-1). Le dernier cas visait les vieillards qui sont dans l'impossibilité de s'occuper de leurs affaires. D'une façon générale, le peuple des incapables majeurs n'est pas gai : les incapables majeurs, ce sont les fous furieux, les fous paisibles, les idiots du village, les dépressifs et les faibles d'esprit, les drogués, les alcooliques, les handicapés, les victimes d'accidents graves, les vieillards.

*****. – L'altération des facultés corporelles***

L'article 490 al.2 du Code civil indiquait qu'il s'agit d'une personne lucide et saine d'esprit mais qui se trouve dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, de communiquer avec l'extérieur (personne paralysée ne pouvant ni parler ni écrire) : *« les mêmes régimes de protection sont applicables à l 'altération des facultés corporelles, si elle empêche l'expression de la volonté »*. Il convenait donc que le handicap physique plaçât la personne qui en souffrait dans l'incapacité d'exprimer sa volonté, de communiquer avec l'extérieur, comme ce serait le cas d'une personne paralysée ne pouvant ni parler ni écrire, et globalement des personnes atteintes d'un handicap sensoriel. Il est donc nécessaire que le handicap s'installe dans la durée. Le handicap physique provisoire n'est donc pas concerné, à la différence du handicap mental. Pourtant, la question de savoir si une protection particulière doit être prévue de façon générale pour le handicap physique : les personnes victime d'un accident corporel lourd, les alcooliques, les toxicomanes, etc.

******. – Le prodigue*** (c'est-à-dire celui qui fait des dépenses excessives) ou ***l'oisif*** pouvait également faire l'objet d'un régime de protection.

A cette fin, la loi considérait les effets de leur comportement : selon l'article 488 l'intéressé devait s'exposer à tomber dans le besoin ou compromettre l'exécution de ses obligations familiales.

La loi de 2007 a profondément modifié cette question.

Elle conserve comme auparavant quelques règles assurant une **protection occasionnelle du majeur**. Ainsi, l'article 414-1 du Code civil dispose que *« pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit »*, insanité qui doit être prouvée par celui qui agit en nullité d'un acte pour insanité d'esprit. Du vivant de l'intéressé, l'action en nullité ne peut être intentée que par celui-ci, et elle se prescrit par 5 ans. Après son décès en revanche, les actes à titre gratuit peuvent être annulés (donations entre vifs ou testament) mais les actes à titre onéreux ne peuvent être attaqués que dans trois situations précises, par ses héritiers, si l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental (preuve intrinsèque), si l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice ou si une action aux fins de placer la personne sous curatelle ou sous tutelle avait été engagée.

En outre et sans changement, l'article 414-3 (ancien article 489-2) du Code civil dispose que *« celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'est pas mois obligé à réparation »*.

En revanche, les hypothèses d'ouverture d'un régime de protection ont été modifiées. Ainsi la formule de l'article 488 a été supprimée, celle qui envisageait le cas du *« majeur qui, par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté, s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales »*. Dans ces situations, où le majeur est simplement en situation de ne pas gérer ses biens de manière satisfaisante, il pourra bénéficier d'une Mesure d'Accompagnement Social Personnalisé (MASP) ou d'une Mesure d'Accompagnement Judiciaire (MAJ), lesquelles relèvent des mesures sociales (CASF, art. L. 271-1 et s.).

En revanche, l'article 425 nouveau dispose que *« toute personne dans l'incapacité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique (…) »*. L'article 490 ancien assurait une distinction entre le traitement juridique, le régime de protection éventuel, et le traitement médical, hospitalisation ou pas, qui n'est pas repris dans la loi nouvelle, sans conséquence sans doute, du moins l'espère-t-on.

La protection que cette situation déclenche s'étend alors à la personne et à ses biens (C. civ., art. 415), selon l'état ou la situation de la personne, et dans le respects des droits fondamentaux de la personne et de sa dignité.

Deuxième principe, la protection est une **protection finalisée : elle est placée sous les principes de la nécessité, de la subsidiarité et de la proportionnalité.**

Le principe de nécessité s'exprime en ce sens que la protection est érigée en mesure d'exception, encore davantage que dans le système précédent. Ainsi, la suppression de la curatelle pour prodigalité ou oisiveté, le fait que les procédures de protection supposent la production d'un certificat médical. En outre, les mesures de protection ont une durée limitée, elles sont prévues pour 5 ans et la mesure prend fin en l'absence de renouvellement (C. civ., art. 441 et 442)

Le principe de subsidiarité suppose que la protection judiciaire corresponde à une situation qui ne peut être réglée par d'autres moyens : règles de la représentation, techniques des régimes matrimoniaux, mandat de protection future (C. civ., art. 428). Ainsi, lorsqu'une personne est mariée, le devoir d'assistance (C. civ., art. 212).

Le principe de proportionnalité suppose que la mesure prise doit être adaptée à la situation, ce qui justifie par exemple l'adaptabilité de la mesure à la situation, son caractère non définitif.

La protection des majeurs incapables s'organise autour de deux pôles : *LA PROTECTION DE LA PERSONNE DE L'INCAPABLE* (Section 1), *LA PROTECTION DES BIENS DE L'INCAPABLE* (Section 2).

SECTION 1 – LA PROTECTION DE LA PERSONNE DE L'INCAPABLE

Les régimes de protection se regroupent autour de deux idées :

– L'incapable est faible. Il faut donc *le protéger* du groupe social. Mais, d'autre part, l'incapable est malade : il faut le soigner et essayer de *l'insérer* dans le groupe social.

– Par ailleurs, l'incapable peut être dangereux : il faut *protéger la société* contre les déments. Mais, dans le même temps, il faut aussi *garantir la liberté* de la personne soupçonnée d'aliénation contre les hospitalisations arbitraires.

Ces considérations sont contradictoires : contrairement au mineur, on ne peut régler de façon générale et abstraite le sort de l'incapable majeur.

Le sort de la personne de l'incapable majeur s'associe aux grandes évolutions de la médecine psychiatrique. Le XVIIème siècle était hospitalier à la folie : les fous faisaient rire plus qu'ils ne faisaient peur. La famille devait s'en occuper. Le fou (qui n'était pas dangereux) était assimilé aux nains, aux sourds-muets, aux êtres difformes (cf. « *l'homme qui rit* » de W. Shakespeare). Récemment encore, chaque village connaissait son *« idiot du village »*, « *Lou ravi* » de la crèche, merveilleusement joué par Fernandel ou de manière plus moderne par Eric et Ramzi.

Le XVIIIème siècle s'est inspiré d'une autre logique : celle de l'internement. Le fou est un malade qui doit être soigné et peut être guéri. Des établissements spécialisés pour recevoir les malades mentaux sont créés, la cure est fondée sur l'éloignement de la société, l'isolement et l'attente.

Notre droit positif s'inspire de cette logique. Une loi du 30 juin 1838 prévoyait la possibilité du « placement » de l'incapable dans un établissement d'aliénés. Ce placement peut être *volontaire* à la demande d'un parent ou d'un ami, voire s'effectuer *d'office* sur ordre du préfet en cas de trouble à l'ordre public ou d'atteinte à la sûreté des personnes. La procédure était purement administrative, c'est l'autorité administrative qui décide de l'internement. Cette loi a suscité des reproches car elle prévenait mal les risques d'internement arbitraires. En effet, la seule garantie préalable à l'internement prévue par la loi est un *certificat médical* (il peut être donné par complaisance, incompétence, sinon par complicité). Par contre, des visites régulières sont faites dans les établissements psychiatriques par l'administration après l'internement. Surtout, l'évolution des mentalités est défavorable à l'internement psychiatrique. La médecine contemporaine est fondée sur le souci de réinsertion du malade. La pratique de l'internement psychiatrique est largement dénoncée (ex. : « *Vol au dessus d'un nid de coucou* », M. Forman; « *Histoire de la folie à l'âge classique* », M. Foucault, Gallimard, 1972).

Depuis 1990, le régime de l'internement a été largement modifié : le handicapé peut être interné avec son consentement, ou sans son consentement, à la demande d'un tiers (il convient que le consentement de l'intéressé soit impossible, que le trouble mental soit médicalement constaté, que l'internement soit nécessaire,

etc.) ou d'office dans les cas les plus graves, lorsque la personne crée un danger pour les tiers.

SECTION 2 – LA PROTECTION DU PATRIMOINE DE L'INCAPABLE

La technique de protection est connue : l'aliéné est frappé d'une incapacité de façon à pourvoir à la gestion de son patrimoine.

On retrouve des difficultés déjà rencontrées pour le mineur : difficulté de concilier la protection de l'incapable avec la sécurité juridique et la protection des tiers. Ici, ce danger est plus aigu car, d'une part, à la différence de l'incapacité du mineur, l'incapacité du majeur n'est pas toujours apparente (on perçoit mieux la jeunesse que la folie) et, d'autre part, la famille n'a pas avec un aliéné le même genre de relations qu'avec un mineur. Les parents aiment leurs enfants, ils ont de l'ambition pour eux, on peut leur faire confiance pour gérer son patrimoine. Pour les majeurs, on peut craindre l'avidité de la famille.

La loi de 1968 a donc prévu des régimes de protection particuliers aux majeurs. Ces régimes sont de plusieurs ordres : *Le placement sous sauvegarde de justice* où l'incapable est rétrospectivement protégé (§ 2), *la curatelle* où il est conseillé et *la tutelle* où il est représenté (§ 3). A ces trois régimes particuliers, il faut ajouter celui des aliénés qui ne font l'objet d'aucune protection particulière (§ 1), ce qui, en réalité, nous conduit à envisager quatre situations.

§ I. – LES INCAPABLES SANS PROTECTION ORGANISEE

Une personne qui n'est pas placée sous un régime de protection général, mais qui est l'objet de moment de démence ne peut être entièrement traitée comme une personne capable. Trois situations méritent d'être envisagées : le régime des actes juridiques auxquels cette personne est partie (I), le régime des dommages causés par cette personne (II), le régime du logement de cette personne (III).

I. – LE REGIME DES ACTES JURIDIQUES AUXQUELS L'INCAPABLE EST PARTIE

***. – L'incapable est vivant.** Aux termes de l'article 414-1 (ex-489 alinéa 1) du Code civil, « *pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit* ». Il en résulte à l'inverse que l'acte juridique réalisé par une personne dont l'insanité d'esprit peut être démontrée peut être annulé.

La charge de prouver le trouble mental incombe à celui qui veut faire tomber l'acte (application du principe général du droit de la preuve *actori incumbit probatio* : la preuve incombe au demandeur). Le demandeur sera généralement l'aliéné lui-même qui, redevenu conscient, se rend compte qu'il n'aurait jamais dû faire cet acte : il cherchera à démontrer que, lors de son acte, il était sous l'empire de la drogue, de l'alcool ou de la folie. Peu importe alors la durée de l'insanité d'esprit, quelques secondes ou des années, mais il importe que le trouble mental soit suffisamment

grave, ce qui est souverainement apprécié par les tribunaux, et qu'il altère les facultés de la personne au moment de la passation de l'acte.

Il peut s'agir d'un acte à caractère patrimonial, à titre gratuit, donation, ou à titre onéreux, d'un achat ou d'un emprunt inconsidéré, ou à caractère extra patrimonial, mariage, reconnaissance d'enfant naturel, etc.

****. – L'incapable est décédé.** Lorsque l'incapable est décédé, le législateur ne veut pas que les héritiers puissent trop facilement contester les actes de leur auteur. En effet, les héritiers, la plupart du temps, ont tout intérêt à faire annuler un acte qui leur nuit ou qui réduit leur part d'héritage. Dans ce cas, la preuve de l'état d'insanité mentale de l'auteur de l'acte est plus difficile. En principe, la preuve doit être déduite de l'incohérence de l'acte lui-même (art.414-1 C.civ.). On ne peut pas prouver que l'auteur de l'acte était fou au moment où il a fait cet acte en se servant d'éléments extérieurs, ni même en s'attachant aux conséquences désastreuses de l'acte.

(Exemple d'actes incohérents en eux-mêmes : une femme qui loue ses immeubles à un prix inférieur à ses impôts fonciers et avec une clause dans le contrat de bail en vertu de laquelle « *les locataires peuvent faire tous les travaux qu'ils désirent sans le consentement de la propriétaire et aux frais de cette dernière* ». Un tel acte juridique faisait la preuve de l'état de démence de la propriétaire).

A cette situation de principe, il est apporté deux tempéraments. D'une part, si avant son décès, l'auteur de l'acte était placé sous sauvegarde de justice ou si une action avait été introduite pour demander la mise en tutelle ou sous curatelle, la preuve du trouble mental peut se faire librement (art.489-1-2° et 3°). D'autre part, s'agissant de donations ou de libéralités, la preuve de la démence de leur auteur est toujours libre. Notre Droit montre une défiance systématique à l'égard des donations : il n'est pas normal de donner sans contrepartie (ex. : donation faite à la Croix-Rouge alors que le testateur n'avait jamais attaché d'intérêt à cet organisme. La donation a été annulée, les héritiers ayant fait la preuve de l'état alcoolique du testateur dans la période avant la donation).

II. – LE REGIME DES DOMMAGES CAUSES PAR L'INCAPABLE

***. – En droit pénal. –** Autrefois, la jurisprudence considérait que l'insensé n'ayant pas de volonté, il ne pouvait être responsable civilement des dommages par lui causés. Cette jurisprudence faisait écho à l'article 64 du Code pénal en vertu duquel *"il n'y a ni crime ni délit lorsque l'auteur de l'infraction était en état de démence au moment des faits"*.

****. – En droit civil. –** La loi du 3 janvier 1968 a modifié cette situation. Aux termes de l'article 414-3 (ex-489-2) du Code civil, *"celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation"*.

La doctrine et la jurisprudence étendent le domaine de ce texte à tous les déments, même non protégés, même mineurs, même aux enfants en bas âge privés de discernement.

La situation du dément au regard du droit civil et du droit pénal est donc différente. Ainsi, si une personne commet un délit pénal en état de démence, il n'y a pas d'infraction pénale, ni de poursuite pénale, ni davantage de peine d'emprisonnement ou d'amende; mais l'incapable peut causer un dommage matériel ou moral : les victimes pourront lui demander réparation.

III. – LE REGIME DU LOGEMENT DE L' INCAPABLE

L'article 426 du Code civil prévoit que le logement et les meubles meublants dont il est garni doivent être conservés aussi longtemps que possible. L'idée est que le malade hospitalisé doit pouvoir revenir chez lui après sa cure.

§ 2. – LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE DE JUSTICE

Le sauvegardé (c'est-à-dire la personne placée sous sauvegarde de justice) n'est pas vraiment un incapable mais davantage un *« capable diminué »*.

Avec ce régime, nous progressons dans l'organisation de l'incapacité du majeur avec un système de protection provisoire et relativement peu élaboré.

I. – LE DECLENCHEMENT DE LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

A. – Condition de fond

La condition de fond de la mise sous sauvegarde de justice est la même que pour les autres procédures (tutelle ou curatelle) : ce sont les conditions des articles 425 et 433 : *l'altération des facultés mentales ou corporelles,* c'est-à-dire l'altération des facultés mentales due à une maladie, l'âge ou une infirmité ou l'altération des facultés corporelles due à un handicap.

Ce qui caractérise la sauvegarde de justice (C. civ., art. 433 s.), c'est le besoin de l'aliéné : dans la mise sous sauvegarde de justice, le besoin de protection n'est en principe que ***temporaire*** (ex. : une personne dont on sait que son état de santé va s'améliorer), même si elle peut connaître une application permanente. Cette dernière situation justifie plutôt que la personne soit protégée ou représentée de manière durable, via la tutelle ou la curatelle.

B. – Procédure

– La mise sous sauvegarde de justice résulte en premier de la déclaration faite par un médecin au procureur de la République.

Afin de limiter l'arbitraire, la loi exige l'avis conforme d'un autre médecin spécialiste, un psychiatre. En outre, la loi impose au médecin de notifier cette

déclaration au procureur de la République. Le placement sous sauvegarde de justice est cependant réalisé par la déclaration.

– La mise sous sauvegarde de justice peut encore résulter de façon exceptionnelle d'une décision du juge des tutelles lorsqu'une procédure d'ouverture de tutelle ou de curatelle est en cours.

– La mise sous sauvegarde de justice fait enfin l'objet d'une mesure de publicité sur un registre spécial tenu au parquet.

II. – LE DEROULEMENT DE LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

A. – Le régime des actes juridiques auxquels la personne sauvegardée est partie

La personne sauvegardée conserve l'exercice de ses droits (art.435 al.1), il fait donc seul tous les actes de la vie civile.

La protection de ces actes est cependant organisée *a posteriori* : tous les actes réalisés par l'incapable peuvent être rescindés pour cause de lésion ou réduits pour cause d'excès (art.435 al.2). La rescision est le nom spécifique donné à l'annulation d'un acte pour cause de lésion, laquelle caractérise un déséquilibre entre les obligations des deux parties lors de la conclusion du contrat.

La protection est plus poussée que celle de l'aliéné qui n'est placé sous aucun régime d'incapacité parce qu'il n'y a pas à faire la preuve de l'altération des facultés mentales au moment de l'acte, cette preuve est *présumée*.

Cependant, l'acte de l'incapable sous sauvegarde de justice n'est jamais nul de droit, la nullité suppose la preuve de la lésion.

B. – La gestion du patrimoine de la personne sauvegardée

– La personne sous sauvegarde de justice peut, soit avant, soit après l'ouverture du régime désigner un **mandataire** chargé de l'administration de ses biens.

L'exercice de ce mandat est placé sous la surveillance du juge des tutelles. Les opérations réalisées par le mandataire échappent à la fragilité des actes accomplis par les incapables (rescision...).

– Si l'incapable ne désigne pas de mandataire, les proches de l'incapable ont le devoir de faire des actes juridiques pour préserver le patrimoine de l'incapable. Dans cas, les actes réalisés sans mandat répondent du régime de la gestion d’affaire. A défaut le juge des tutelles pourra nommer un mandataire spécial.

III. – LE DENOUEMENT DE LA SAUVEGARDE DE JUSTICE

La sauvegarde de justice est une mesure temporaire, provisoire. Elle prend fin de deux façons.

– Par la restauration de la pleine capacité du majeur : une nouvelle déclaration médicale peut permettre de constater que la situation antérieure a cessé. Le procureur de la République peut aussi décider la radiation de la sauvegarde de justice (s'il estime qu'elle n'est plus justifiée). Enfin, la déclaration médicale qui a donné lieu à l'ouverture de la sauvegarde de justice se périme dans un délai de six mois (elle tombe de plein droit si elle n'est pas renouvelée).

– La sauvegarde de justice peut également prendre fin par sa transformation en une incapacité organisée par l'ouverture d'une curatelle ou d'une tutelle.

§ 3 - LA CURATELLE ET LA TUTELLE

Lorsque l'altération des facultés mentales ou corporelles est plus profonde, on ne peut se contenter de protections qui n'interviennent qu'*a posteriori* (comme c'est le cas pour la sauvegarde de justice).

Il faut organiser *de façon durable* la gestion du patrimoine de l'incapable. Deux régimes sont prévus à cet effet : la curatelle et la tutelle.

La gestion du patrimoine de l'incapable est très organisée dans le régime de la tutelle, elle l'est moins dans celui de la curatelle.

Cependant, ces deux modes de protection sont très proches – mis à part le fait que la curatelle est un simple régime d'assistance de l'aliéné qui passe lui-même les actes et que la tutelle est un régime de représentation où l'aliéné ne les passe pas lui-même – et le juge peut aisément passer de l'un à l'autre.

Cela étant, il n'y a pas de *tutelle générale de la personne* en droit français : l'incapable effectue seul les actes de la vie courante, il pense, vit, se déplace, travaille, pratique une religion, une activité associative, politique, culturelle, etc. librement : l'assistance du majeur protégé est donc contingente, limitée aux besoins de protection.

Ainsi l'article 458 du Code civil pose ce principe selon lequel certains actes impliquent un consentement qui ne peut être que personnel : *« sous réserve des dispositions particulières (…), l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation. Sont réputés strictement personnels, la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentales relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant »*

Cependant les articles 459 et 459-1 règlent de façon assez confuse la manière dont le curateur ou le tuteur, ou les autres instances, peuvent intervenir sur le principe que le majeur protégé intervient seul : *« hors les cas prévus à l'article 458, la personne protégée prend seuls les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet »* (C. civ., art. 459, al. 1) et la considération de cet état permet aux organes de protection d'intervenir. En cas d'urgence cependant (C. civ., art. 459, al.3) ces représentants peut prendre tout acte « *strictement nécessaire* » pour mettre fin au danger. On songe essentiellement aux hypothèses de destruction, de danger vital.

C'est pourquoi nous les étudierons ensemble. Nous envisagerons successivement le déclenchement (I), le déroulement (II) et le dénouement (III) de ces régimes de protection.

I - LE DECLENCHEMENT DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE

***. –** La loi énumère limitativement **les personnes qui peuvent requérir l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle** :

- l'incapable peut le demander : il le fera très rarement;
- subsidiairement c'est la famille de l'incapable qui demande l'ouverture de ce régime : la famille, ce sont le conjoint, les ascendants, les descendants, les frères et sœurs;
- le curateur (pour passer de la curatelle à la tutelle);
- le ministère public (et non plus le juge des tutelles d'office, sur signalement d'un tiers, comme c'était le cas avant 2007);

En toute hypothèse, c'est le juge des tutelles qui prononce l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle. Cependant, il ne sera pas nécessaire d'ouvrir une tutelle lorsque le régime matrimonial le permet. Les articles 217 et 219 permettent au TGI d'augmenter les pouvoirs de l'un des époux afin que celui-ci représente son conjoint incapable.

****. –** Les **conditions d'ouverture de la curatelle ou de la tutelle.**

– S'agissant de la tutelle et de la curatelle, les conditions de fond de l'article 425 sont requises : l'altération des facultés mentales ou corporelle du majeur et la nécessité pour celui-ci d'être représenté (tutelle) ou protégé et conseillé (curatelle).

Entre ces deux régimes il existe une différence de degré, la tutelle instaurant une incapacité plus grande que la curatelle.

En toute hypothèse, le juge doit faire constater l'altération des facultés mentales sauf pour le prodigue.

Le jugement d'ouverture de la tutelle ou de la curatelle est inscrit en marge de l'acte de naissance de l'incapable.

II. – LE DEROULEMENT DE LA TUTELLE OU DE LA CURATELLE

A. – La vie familiale du majeur protégé

La loi de 2007 renforce considérablement les droits du majeur protégé en ce domaine :

- Il choisit son lieu de vie, sa résidence (C. civ., art. 459-2), ce qui signifie très clairement qu'on ne peut le placer dans une maison de retraite contre son gré ;
- Son logement, les meubles meublants, souvenirs, etc. son conservés aussi longtemps que possible (C. civ., art. 426),
- Les comptes bancaires ouverts avant la mesure de protection sont protégés (art. 427
- Il entretient les relations qu'il souhaite
- Il peut se marier, se pacser, mais avec l'autorisation de la personne chargée de sa protection et/ou du juge (C. civ., art. 460 et 461).

  D'une manière générale, le principe de la protection est placé sous les auspices du principe de dignité de la personne (C. civ.art. 415), et a pour finalité la protection de la personne et, en tant que possible, de son autonomie.

B. – La désignation du représentant de l'incapable

En ce qui concerne la désignation du représentant de l'incapable, c'est-à-dire du tuteur ou du curateur, l'*époux du majeur aliéné* est *de droit* tuteur ou curateur de son conjoint. D'une manière générale, d'ailleurs, la participation des familles est renforcée depuis 2007

Lorsqu'il n'y a pas de conjoint auquel on puisse faire confiance, la tutelle et la curatelle sont *datives*, c'est-à-dire que le conseil de famille pour la tutelle et le juge des tutelles pour la curatelle désignent librement le tuteur ou le curateur.

La tutelle du majeur est calquée sur celle du mineur. On va donc retrouver dans la tutelle du majeur les mêmes organes que dans la tutelle du mineur, c'est-à-dire tuteur, conseil de famille, subrogé tuteur (cf. supra, cours sur la tutelle aux biens du mineur). Il arrivera cependant que le juge des tutelles simplifie la procédure. Ainsi, lorsque l'incapable a une famille en laquelle le juge a confiance, la tutelle prendra la forme de l'administration légale. Au contraire, en l'absence de famille, la tutelle prendra la forme d'une tutelle d'Etat.

Si l'incapable a un patrimoine de faible importance, la tutelle prendra la forme d'une gérance... tutelle des pauvres (ex. : l'incapable n'a qu'une pension de retraite).

C. – Les pouvoirs de l'incapable et de ses représentants

On retrouve la distinction entre actes d'administration et conservatoires (1) et actes de disposition (2).

1.– Les actes d'administration et les actes conservatoires

Pour ce qui est des actes d'administration (auxquels on assimile les actes conservatoires), ils relèvent :

- du tuteur sous le régime de tutelle,
- du gérant de tutelle dans la tutelle en gérance,
- du majeur lui-même sous le régime de curatelle.

2. – Les actes de disposition

. –** Sous le régime de la ***curatelle, le majeur peut faire avec l'assistance de son curateur ***tous les actes de disposition même les plus graves comme le partage amiable ou les donations***.

****. –** Sous le régime de la ***tutelle***, l'article 495 du Code civil renvoie, par principe, aux règles déjà rencontrées relatives aux incapables mineurs qui distinguent les actes de disposition simples (tuteur et autorisation du juge des tutelles), les actes de disposition ordinaires (autorisation du conseil de famille), les actes de disposition particulièrement graves (soumis à un formalisme strict).

Quelques exceptions tendant à assouplir les règles d'incapacité ont, toutefois, été prévues.

– La première est énoncée par l'article 501 du Code civil. En vertu de ce texte, le juge des tutelles peut en ouvrant la tutelle ou ultérieurement et sur l'avis du médecin traitant *"énumérer certains actes que la personne en tutelle aura la capacité de faire elle-même, soit seule, soit avec l'assistance du tuteur"*.

– Les autres exceptions concernent les aliénations à titre gratuit. En principe, elles sont interdites au tuteur. Il faut cependant faire ici une réserve pour les donations. Elles peuvent être faites par le tuteur au nom du majeur en tutelle mais à une double condition : être faite au profit des descendants ou du conjoint de l'incapable et avoir obtenu l'autorisation du conseil de famille (ou du juge des tutelles si l'on est dans le cadre d'une administration légale ou d'une tutelle en gérance).

En ce qui concerne la mariage le régime est un peu différent, le majeur en tutelle peut se parier mais son mariage doit être autorisé par ses deux parents, sinon par le conseil de famille (art.506 C.civ.). Pour le majeur en curatelle, le consentement du curateur est requis, à défaut celui du juge des tutelles (art.514 C.civ.).

Ce qu'il faut retenir, c'est la souplesse de ces dispositifs : le juge diminue ou augmente le régime d'incapacité selon la situation de la personne intéressée. La loi de 1968 permet ainsi au juge de mettre sur pied une tutelle ou une curatelle sur mesure.

D. – Les sanctions d'un acte fait par un incapable

Quelles sont les sanctions d'un acte fait par un incapable en contravention avec ces règles ?

L'acte fait par un majeur en tutelle est nul de droit dès lors qu'il a été fait deux mois après la publicité du jugement d'ouverture de tutelle (art.502 C.civ.). Les actes antérieurs au jugement d'ouverture peuvent également être annulés, mais il faut alors faire la preuve de l'altération des facultés mentales.

Pour ce qui est de la curatelle, la nullité est facultative et soumise à l'appréciation du juge (art.510-2 C.civ.).

A travers cette différence de sanction, c'est bien la différence du degré de l'incapacité qui est prise en considération.

Notons encore, toujours pour ce qui est de la curatelle, que les actes valablement faits par le majeur seul peuvent être rescindés pour cause de lésion ou réduits pour cause d'excès (art.510-3 C.civ.).

III - LE DENOUEMENT DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE

La tutelle et la curatelle cessent avec les causes qui ont justifié leur ouverture, c'est-à-dire la guérison constatée par un jugement de mainlevée ou la mort de l'aliéné (art.507 C.civ.).

§ 4 Le mandat de protection future

Le mandat de protection future est une institution, introduite en 2007, qui permet à une personne d'organiser pour l'avenir en raison de l'altération prochaine de ses facultés mentales : la question intéresse les aliénés en général, les victimes de la maladie d'Alzheimer de manière plus particulière, les parents d'enfants handicapés, notamment.

Ce mandat peut être rédigé sous forme notariée, auquel cas il permet de réaliser des actes de disposition, ou bien sous seing privé, contresigné par un avocat, auquel cas seuls des actes conservatoires ou des actes d'administration peuvent être réalisés.

Dans tous les cas, les pouvoirs du mandant sont complexes : on ne peut en effet créer un régime d'incapacité de manière conventionnelle, de sorte que le mandant conserve, en principe, les pouvoirs qu'il a pourtant délégué.

PARTIE 2

LA FAMILLE

« Et Dieu créa la femme », compagne de l'homme : avec la femme, le couple, donc la famille, était né.

La structure familiale, la cellule familiale, trouve sa source dans des temps immémoriaux.

Historiquement, la famille est une constante de l'histoire des hommes, l'Histoire est, pour beaucoup une histoire de familles : la famille royale, les fameuses « cent familles » qui faisaient frémir les couches populaires françaises il y peu encore, par exemple.

Sociologiquement, la famille est un groupe élémentaire d'individus que relie entre eux un fait biologique (union des sexes, procréation, descendance).

Economiquement, la famille est une unité de production, ou plutôt était une unité de production car cette logique tend à s'estomper avec le resserrement contemporain de la famille. C'était le temps des entreprises familiales, de la notion d'entraide familiale, fort sentiment populaire, ouvrier et surtout paysan. Elle est également un lieu d'épargne et surtout de consommation, ce que les spécialistes de marketing ont depuis longtemps compris.

Juridiquement, la famille est constituée par l'ensemble de personnes unies en droit par le mariage, par la filiation, la parenté ou l'alliance. Le groupe familial est un groupe d'individus mais il n'est cependant pas doté de la personnalité juridique : la famille n'est pas une personne morale.

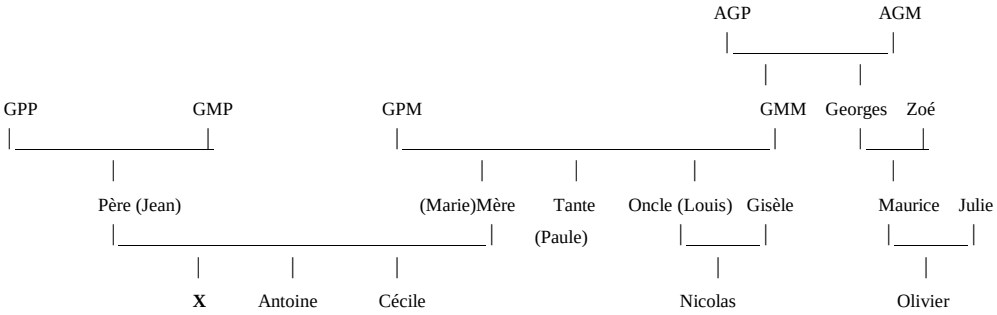
La notion de famille et son évolution contemporaine justifient quelques observations préliminaires.

***. – La notion de famille. –** Il est usuel de distinguer, derrière la signification intuitive de la famille, deux types de familles.

– *La famille au sens large* englobe toutes les personnes descendants d'une autorité commune et unies par un lien de parenté. Entrent dans la famille les collatéraux, les cousins éloignés, c'est la « *grande famille* »; les « gens » de l'ancien droit romain, le « lignage » ou la « mesnie » du droit coutumier, la tribu (gitan), la smala (arabe), la « maison ». Elle est orientée vers le passé et son arbre généalogique ou vers l'avenir.

– *La famille au sens étroit* exclut les collatéraux, voire les ascendants, se limite aux époux et à leurs descendants, parfois même aux seuls enfants mineurs. C'est la « *petite famille* », le foyer, la « domus » romaine, le « ménage » par opposition au lignage. Cette famille est orientée vers l'avenir, vers la procréation.

****. – Le lien familial. –** le lien familial s'établit à la suite d'un mariage, le liens d'alliance, ou d'une filiation, les liens de parenté. Il s'établissent en ligne directe, c'est-à-dire entre ascendants et descendants, ou en ligne collatérale, entre frère et sœur, oncle et tante, oncle et neveu, c'est-à-dire par rapport à un auteur, un ascendant commun.



X est en ligne directe,

– le descendant au premier degré de son père et sa mère

– le descendant au second degré de ses grands parents

– Le descendant au troisième degré de ses arrières grands-parents

X est aussi, en ligne collatérale,

– LE COLLATERAL (FRERE GERMAIN, QU'ON NE CONFONDRA PAS AVEC UN FRERE CONSANGUIN, MEME PERE MAIS MERE DIFFERENTE, OU UTERIN, MEME MERE MAIS PERE DIFFERENT) D'ANTOINE ET DE CECILE, AU SECOND DEGRE.

– le collatéral de Nicolas, son cousin germain au 4ème degré

– Le collatéral de Paule (sa tante) ou de Louis (son oncle) au troisième degré,

– Le collatéral de Georges, son grand oncle, au 4ème degré, de Maurice, au 5ème, d'Olivier (son cousin issu de germains) au 6ème degré.

*****. – L'évolution contemporaine de la famille. –** Deux traits contradictoires paraissent caractériser la famille moderne : un **resserrement du**

cercle familial : il en résulte un dépérissement des liens du lignage et un renforcement des liens du foyer. Un exemple, la loi du 3 décembre 2001 en matière de succession a reconnu les droits du conjoints survivants, alors que celui-ci était globalement ignoré par les règles du droit des successions ; autrefois on était susceptible d'hériter jusqu'au 12ème degré (l'hypothétique oncle d'Amérique), alors qu'aujourd'hui, ce n'est plus qu'au 6ème degré, etc..

De la même façon on assiste à un certain **dépérissement des liens familiaux**. De nos jours, la famille a tendance à se restreindre et à se limiter aux seuls parents et enfants, voire même à l'unique parent avec la promotion du célibat, spécialement dans les très grandes villes (chères et actives). Ainsi les familles monoparentales réunissent la mère et l'enfant, la femme seule étant mère célibataire ou divorcée, les grands-parents, souvent seuls : la mesure de cette détresse a pu être réalisée lors de la fameuse, mais funeste, canicule, en 2002 et elle peut l'être encore au regard de la détresse de la prise en charge du grand âge.

Parallèlement à cette évolution, la famille légitime, celle qui repose sur le mariage, tend à s'affaiblir et ceci pour deux raisons :

- La première tient au fait qu'aujourd'hui, non seulement on se marie moins (le taux de nuptialité a enregistré en 30 ans une baisse de 30 % : 416 000 en 1972, 250 000 en 1998, mais 303 000 en 2001, 274 000 en 2006), mais de surcroît les mariages conclus sont de plus en plus souvent rompus (alors qu'entre 1950 et 1970, un ménage sur dix divorçait, actuellement la proportion est d'un ménage sur trois).

- La deuxième raison à l'origine de l'affaiblissement de la famille légitime tient à l'augmentation croissante du nombre de couples non mariés (selon les statistiques de l'INSEE, le nombre de couples non mariés dépasserait aujourd'hui le chiffre d'un million). Corrélativement, cela entraîne une augmentation du nombre de naissances issues d'un non mariage (de 1975 à 1985, leur chiffre a été multiplié par 2,5. Environ un enfant sur sept naît actuellement naturel). Le droit a tenu compte de cette situation en décidant de certaines mesures, d'ordre patrimonial, en faveur des concubins ou du pacs : près de 250 000 pacs avaient été signés en 2006 depuis 1999, 50 000 par an environ.

.

Les solutions juridiques à cette situation peuvent être de deux ordres. Il peut s'agir d'une ignorance de la réalité, pour promouvoir un modèle, le mariage par exemple, comme ce fut le cas pendant longtemps. Il peut s'agir au contraire de faire en sorte que les règles juridiques soient adaptées à la réalité sociologique, tendance que l'on observe depuis une trentaine d'années en France qui conduit à des réformes, des mesures de nature variée :

– En matière de **responsabilité civile** : la jurisprudence admet le droit à réparation pour la concubine du dommage causé par la mort du concubin. La jurisprudence, après beaucoup d'hésitations, a reconnu au concubin le droit d'obtenir réparation à la suite du décès accidentel de son partenaire. L'arrêt de principe en la matière, qui mit fin à un long désaccord entre la chambre civile et la chambre criminelle de la Cour de cassation, est un arrêt de la chambre mixte en date du 27

février 1970 (D.1970, 201, note Combaldieu; JCP 1970, II, 16305, concl. de M. l'avocat général Lindon, note Parlange; Grands arrêts du Droit civil, n°117). Les tribunaux ont également admis qu'en cas de faute caractérisée dans la rupture de l'union libre, le concubin pouvait être condamné à verser des dommages et intérêts à la concubine. La faute, le plus souvent, découlera davantage des circonstances de la liaison que de la rupture de celle-ci (v. notamment en cas de séduction dolosive de la femme et d'abandon ultérieur par son concubin : Civ. 17 juin 1953, D.1953, 596; JCP 1954, II, 7976; Civ.2°, 24 novembre 1976, D.1977, I.R. 99; plus généralement sur la question, Cf. Amzalec, *"Les procès entre concubins à la suite de la rupture de leurs relations"*, JCP 1969, I, 2216);

– S'agissant des **baux d'habitation** : la loi accorde au concubin notoire la continuation du bail. En Droit civil, la législation en matière de baux accorde au concubin notoire la continuation du bail, en cas d'abandon du domicile ou de décès du locataire. Tel est le cas de la loi Quilliot du 22 juin 1982 (art.16) ou de la loi Méhaignerie du 23 décembre 1986 (art.13);

– En matière de **sécurité sociale** : la loi accorde au concubin le statut d'ayant-droit de l'assuré, quel que soit son sexe d'ailleurs.

******. – Le droit de la famille. –** Le droit de la famille est, alors, l'une des disciplines majeures du droit civil parce qu'elle se fonde sur la famille, pilier du droit civil, pilier sociologique en tant que structure cellulaire élémentaire et fondamentale de la nation.

C'est un droit fondé sur des préoccupations morales et des valeurs religieuses. Le droit civil n'est d'ailleurs un droit *civil*, c'est-à-dire laïque que depuis peu, 1804. C'est un droit très sensible aux évolutions sociologiques (PACS, Concubinage) et aux innovations technologiques avec les progrès des biotechnologies (PMA, bioéthique, transexualisme, etc.).

C'est enfin un droit peu appliqué, un droit fantôme, en ce sens qu'on le découvre en général en cas de difficulté, mais rarement quant tout va bien (et heureusement). Les règles du droit de la famille proposent des règles que la plupart des justiciables ignorent ou appliquent inconsciemment : ainsi les règles d'entretien, de secours entre mari et femme, entre parents et enfants, ne sont pas, au départ, juridiques. Il n'en reste pas moins que ces règles sont posées, à la fois comme lignes directrices, et comme remparts contre les excès.

Il en résulte que le droit de la famille est le paradis du non-droit et en même temps un secteur ou l'ineffectivité du droit est sans doute le plus important.

Le droit de la famille a relativement peu évolué de 1804 à 1960, date à laquelle, sous la houlette de Jean Carbonnier, et grâce à des professeurs comme Gérard Cornu ou Pierre Catala, le droit de la famille, comme le droit des personnes a été profondément bouleversé par des réformes majeures : la filiation (1972 et 1996, réforme de l'adoption), les régimes matrimoniaux (1965), le divorce (1975) et la vague des réformes semble ne plus pouvoir cesser, soit pour retoucher ce qui avait

été réformé, comme la loi du 23 décembre 1985 qui a promu l'égalité des homes et des femmes, soit pour « reréformer », comme c'est le cas depuis 1999 à la suite du rapport *Dekeuwer-Defossez* de 1999 (La documentation française, 1999) qui a conduit à l'adoption du PACS (1999), la réforme des successions (2001), celle de l'autorité parentale et du nom de famille (2002) et enfin du divorce (2004), des incapacités (2007).

La famille telle que le droit la réglemente a pour éléments fondamentaux les époux et les enfants. Nous étudierons successivement ***LE COUPLE*** dont le modèle est assuré par l'institution du mariage qui est à l'origine des liens d'alliance (Titre 1) et ***LA FILIATION*** qui est à l'origine des liens de parenté (Titre 2).

« Les chaînes du mariage sont si lourdes qu'il faut être deux, souvent trois, pour les porter »
Sacha Guitry
*« Le **mariage** est comme une place assiégée ; ceux qui sont dehors veulent y entrer, et ceux qui sont dedans veulent en sortir »(Proverbe chinois, Jean Dujardin, Mariages, 2004)*

TITRE 1

LE COUPLE

Nous observerons, d'abord, les règles envisageant ***L'UNION*** (Sous-Titre 1) puis celles de l'éventuelle et fâcheuse ***DESUNION*** (Sous-titre 2).

Sous-Titre 1 – L'union

Le modèle juridique – pour ne pas parler du modèle social – du couple est assuré, historiquement et sociologiquement, par l'institution du mariage. C'est l'institution fondamentale à laquelle le Code civil accorde le plus d'attention.

Cette institution est cependant concurrencée par d'autres systèmes correspondant à des évolutions sociologiques du couple.

Ce fut le cas des ***couples hétérosexuels non mariés*** et donc du concubinage, totalement ignoré par le droit civil jusqu'à il y a peu, les années 1970. On dit très souvent, à a tort, que le concubinage est le règne de l'absence de règles, de la liberté individuel, ce que le terme « union libre » employé pour celui de « concubinage » illustrerait, ce qui est inexact. Certes beaucoup moins réglementé que le mariage et axé sur la liberté individuelle, le concubinage est aussi une institution réglementée, d'ailleurs introduite dans le code civil, art. 515-8, depuis 1999.

C'est le cas des ***couples homosexuels*** désormais promus par le médiatique Pacs, bien entendu, qui est un mécanisme – peu et mal – régulé d'organisation du couple mais pas seulement.

Une présentation un peu démagogique de ces règles consisterait à envisager ces couples, par ordre de réglementation croissante : d'abord l'absence de règle, le concubinage, qui pourrait être présenté comme de principe, puis les régimes fondés

sur des règles fortes, nécessairement d'exception, entourant le couple dans lequel apparaîtrait le mariage.

Tel n'est pas le plan que nous avons choisi, préférant nous en tenir à une analyse plus traditionnelle et plus typique : ***LE MODELE DU MARIAGE*** (Chapitre 1) et ***LES CONCURRENTS DU MARIAGE*** (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE MARIAGE

***. – Définition du mariage. –** Le mariage peut se définir, définition que le Code civil ne donne pas, comme un acte juridique qui consacre l'union d'un homme et d'une femme.

Là est la définition simple, statique, celle du *jour* du mariage, une photographie en quelque sorte.

Mais le mariage est bien plus que cela, comme toutes ls unions d'ailleurs, mais le mariage le consacre par les règles proposées par la loi, par le signifiant même du terme mariage, imprégné de la tradition de nos parents, de la culture du mariage.

Dans ces conditions, le mariage est un acte de volonté, un acte juridique qui consacre l'union d'un homme et d'une femme, sans qu'il ait nécessairement pour finalité la procréation, en vue d'adhérer à un modèle légal (ou religieux), de fonder une famille, dans une communauté d'intérêts, un partage complexe d'égoïsmes et de renoncements, et dont la rupture est possible dans des conditions déterminées.

****. – Caractères du mariage. –** On peut reconnaître au mariage quatre ***caractères fondamentaux*** caractéristiques de l'institution du mariage.

– Le premier caractère est le caractère **monogamique** du mariage. Un homme ne peut avoir qu'une épouse et réciproquement. La bigamie est un délit.

– Outre ce premier caractère, le mariage se révèle être un acte **personnel** aux époux. L'élément essentiel du mariage est le consentement individuel des époux : *« je me marie avec … »*.

Notre droit positif s'est éloigné de la conception familiale du mariage dans laquelle celui-ci était un pacte entre les familles : *« j'ai marié mon fils avec … »*. Le consentement familial ne subsiste plus à l'heure actuelle que pour les mineurs ou les majeurs en tutelle. Il en résulte donc que le mariage est d'abord un **acte de volonté dont l'objectif est d'adhérer à un modèle imposé par la loi**, ce qui le différencie du contrat.

– Le troisième caractère du mariage est d'être un acte **laïc**. Seul le mariage civil, célébré devant l'officier d'Etat civil est susceptible de produire des effets juridiques. Sous l'Ancien Régime, le mariage était un acte religieux entièrement fondé sur l'acte de volonté initial, ce dont il résulte que le mariage pouvait être clandestin mais valable. La laïcité du mariage emporte au contraire sa publicité. Ce caractère de laïcité est relativement récent : il ne date que de la Révolution. Les individus sont libres de recourir à la cérémonie religieuse mais la loi ne lui reconnaît aucun effet. Le législateur interdit aux ministres du culte de célébrer la cérémonie religieuse avant le mariage civil.

– Le mariage, enfin, est un acte **solennel**. Il ne résulte pas du simple consentement des époux, mais exige un certain nombre de formalités (que nous examinerons plus avant).

*****. –** Du point de vue de sa ***nature juridique***, on a pu s'interroger sur le fait de savoir si le mariage était un contrat ou une institution.

– La thèse du *mariage-contrat* se fonde sur l'idée que le consentement des époux fait l'essence du mariage. Le mariage est avant tout un accord de volontés destiné à donner naissance entre les époux à des droits et obligations. Très en vogue sous la Révolution, cette conception devait par la suite être critiquée. Elle semble revenir sous couvert de l'idée, qui germe depuis quelques années, du divorce par consentement mutuel, sans passer par le juge : l'hypothèse permet, par induction de considérer que si l'on rompt le mariage comme on rompt un contrat, c'est sans doute que le mariage est un contrat.

– Certains auteurs modernes préfèrent analyser le mariage comme une *institution*. D'après cette thèse, les époux ne créent pas le mariage comme ils créent un contrat, mais adhérent simplement à une institution réglementée étroitement par le législateur. La liberté n'existe que pour adhérer ou refuser d'adhérer à cette institution.

– Aujourd'hui, nombre d'auteurs pensent qu'il faut adopter une solution intermédiaire en considérant le mariage comme un *acte mixte*. En effet, il y a bien, à l'origine du mariage, un acte de volonté : les deux époux décident d'associer leur existence. Mais ensuite, ils adhèrent à l'institution du mariage et à ses conditions objectives.

******. –** Enfin, d'un point de vue **sociologique**, le mariage a considérablement changé. Considéré pendant longtemps comme un préalable nécessaire à toute vie sociale et familiale, sans parler évidemment de toute vie sexuelle, le mariage était une institution essentielle qui, en tant que telle, a disparu ou du moins, s'effrite.

Le concubinage est une institution véritablement concurrente du mariage, surtout du point de vue des règles de la filiation, 30% des concubins n'envisagent absolument pas de se marier, le divorce n'est plus vécu comme une humiliation et est même parfois une composante de la vie des couples : le mariage a cessé d'être une union définitive, un lien indissoluble ; bien des mariages débutent par un

concubinage, une sorte de mariage à l'essai qui fait des fiançailles une institution désuète, etc.

Surtout le mariage est souvent vécu comme une union à durée déterminée : on divorce aujourd'hui en trois mois.

Il convient d'examiner plus en détail comment se forme le lien matrimonial (Section 1), quels en sont ses effets (Section 2).

SECTION 1 - LA FORMATION DU MARIAGE

Bien que les fiançailles ne soient que de simples préliminaires au mariage, en pleine désuétude d'ailleurs eu égard à la force historique des fiançailles, le Droit leur a cependant reconnu certains effets juridiques que nous devrons examiner (Sous-Section 1), avant d'étudier les conditions de formation du mariage lui-même (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 - LES FIANCAILLES, PRELIMINAIRES AU MARIAGE

Définition. – Par fiançailles, on entend la promesse qu'échangent un homme et une femme de se prendre ultérieurement pour époux. De ces fiançailles, le Code civil ne parle pas. Dans le silence de la loi, le problème s'est posé de savoir quelle valeur juridique il fallait leur attribuer. La jurisprudence ne pose aucune condition de validité particulière, elle a d'ailleurs admis que la promesse de mariage faite par un homme mariée était parfaitement valable.

La jurisprudence reconnaît cependant aux fiançailles quelques effets juridiques qui seront différents selon que l'on envisage les rapports des fiancés entre eux (§ 1) ou des fiancés avec les tiers (§ 2).

§ 1. – LES EFFETS DES FIANCAILLES DANS LES RAPPORTS DES FIANCES ENTRE EUX

Le débat a d'abord concerné la **nature juridique** des fiançailles (I). Mais ce débat paraît finalement assez vain.

En effet, c'est à propos de la **rupture des fiançailles** que les effets de celles-ci ont été dégagés par la jurisprudence, indépendamment de l'analyse de leur nature juridique (II).

I. – LA NATURE JURIDIQUE DES FIANCAILLES

Le problème était de savoir quelle était la nature juridique de ces fiançailles. S'agissait-il ou non d'un contrat donnant naissance, notamment, à l'obligation juridique, et point seulement morale, de contracter mariage ?

Si l'on admettait, en effet, l'existence d'un contrat entre les fiancés, il n'y aurait pas de faculté de rupture unilatérale. Selon cette analyse, le responsable de

cette rupture unilatérale devrait à l'autre des dommages-intérêts; il ne pourrait y échapper qu'en donnant une justification de la rupture en question.

Cette conception contractuelle a été condamnée par un arrêt de principe de la Cour de cassation, le 30 mai 1838 (Grands arrêts, n°30).

Cet arrêt se fonde essentiellement sur le *principe de la liberté du mariage*. Lorsque les époux se marient, ceux-ci doivent être entièrement libres. La période des fiançailles est un temps d'épreuve, sa nature même postule qu'après une certaine expérience, l'un des deux « candidats » au mariage puisse se désister. Depuis 1838, les fiançailles ne valent plus comme contrat, elles constituent seulement un engagement de conscience.

Pour expliquer cette contradiction, certaines analyses « audacieuses » ont été avancées.

– Josserand faisait une analogie entre les fiançailles et le contrat de travail à durée indéterminée. Comme les fiançailles, ce contrat peut être unilatéralement rompu et l'auteur de la rupture n'engage sa responsabilité que si la rupture est abusive.

– Un autre auteur, non sans malice, a comparé les fiançailles à la vente à la dégustation (art.1587 C.civ.). Dans ce contrat, l'acheteur est libre de se dégager tant qu'il n'a pas goûté la chose qu'il a promis d'acheter... et qu'il ne l'a pas trouvé à son goût.

En réalité, ces analyses sont assez vaines : le fiancé n'est ni un travailleur ni un dégustateur. Et c'est indépendamment de ces analyses que la jurisprudence a défini les effets de la rupture des fiançailles, pour proposer des effets juridiques aux fiançailles.

II. – LA RUPTURE DES FIANCAILLES

Deux problèmes principaux se posent : la conservation des cadeaux (A) et le paiement d'éventuels dommages-intérêts contre l'auteur de la rupture (B).

A. – La conservation des cadeaux

L'article 1088 C.civ. pose une règle : *« toute donation faite en vue du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas »*.

Les présents d'usage sont évidemment conservés par le fiancé déçu.

En revanche, les cadeaux plus importants sont soumis à la règle de l'article 1088 du Code civil.

Un cadeau présente cependant une certaine originalité, la bague de fiançailles. En raison de sa forte valeur symbolique, la bague de fiançailles dispose d' un régime complexe.

– *En principe*, la bague de fiançailles doit être restituée en cas de rupture des fiançailles ou de caducité de celle-ci due au décès du fiancé.

– *Par exception*, cependant lorsque le fiancé a commis une faute en rompant (par exemple en rompant les fiançailles à peu de distance du mariage, bien des commandes étant déjà effectuées ou parce que la rupture s'effectue dans des conditions particulièrement blessantes ou humiliantes), la jurisprudence décide que *« la fiancée abandonnée qui n'a rien à se reprocher peut garder cette bague »*.

– Cependant, par exception à l'exception, le fiancé même s'il a commis une faute dans la rupture des fiançailles, pourra conserver la bague lorsque celle-ci constitue un *« bijou de famille »*.

La jurisprudence définit le bijou de famille comme le *« bien précieux qui a une origine familiale »* (sur cette notion, voir Cass. civ.I, 19 décembre 1979, Bull. 270).

B. – Les dommages-intérêts à la charge de l'auteur de la rupture

Les tribunaux accordent assez souvent des réparations pécuniaires au (à la, bien plus souvent) fiancé(e) délaissé(e).

Le fondement des dommages-intérêts repose sur le régime général de la responsabilité civile délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

La mise en œuvre de ce texte suppose cependant la réunion de trois conditions : une faute de l'auteur de la rupture (1), un dommage pour la victime de la rupture (2) et un lien de causalité entre cette faute et ce dommage (3).

1. – La faute de l'auteur de la rupture

La jurisprudence a considéré comme fautive la rupture brutale sans motifs précis (en ce sens, Civ.2°, 18 janvier 1973, JCP 1974, II, 17794) ou bien encore la rupture tardive dans les jours précédents le mariage (sur une rupture cinq jours avant la date fixée pour la célébration, le motif allégué étant l'appartenance à des milieux différents, alors que la jeune fille avait été présentée à la famille du jeune homme et acceptée par elle, v. Civ.2°, 2 juillet 1970, D.1970, 743), voire la veille (en ce sens, v. Trib.civ. Seine 10 mai 1932, D.H. 1932, 390; Riom 12 juin 1934, D.H. 1934, 549) ou mieux encore le jour même (en ce sens, v. Paris 3 décembre 1976, D.S. 1978, 339, note Foulon-Piganiol).

2. – Le dommage pour la victime de la rupture

En ce qui concerne le préjudice, la jurisprudence a commencé par admettre le remboursement des dépenses engagées à l'occasion des fiançailles en vue du mariage et qui devenaient inutiles (ex. : frais vestimentaires, envois de faire-part, achat de mobilier). C'est le préjudice matériel causé par la rupture.

Mais la fiancée ne peut obtenir réparation du préjudice qu'elle prétend subir du fait qu'elle n'a pas la situation matérielle que le mariage lui permettait d'espérer (ex. : je serai devenue femme d'un médecin ou d'un avocat, ou mieux d'un jeune professeur de Droit privé...).

Enfin, la jurisprudence admet la réparation d'un simple préjudice moral (atteinte à la réputation, atteinte aux sentiments d'affection; voir notamment Riom 12 juin 1934, préc.).

3. – La preuve des fiançailles

Outre la preuve de la faute et du préjudice, le ou la fiancée éconduite doit également établir l'existence de la promesse de mariage. Bien que les fiançailles ne soient pas un contrat, la Cour de cassation a longtemps décidé que la preuve d'une telle promesse ne pouvait être établie que par écrit, conformément à l'article 1345 du Code civil.

Cette règle comportait une importante exception, celle de l'impossibilité morale de se procurer un écrit, exception largement admise entre fiancés.

L'exigence d'un écrit pour prouver les fiançailles était illogique (les fiançailles ne sont pas un contrat). Cette règle se justifiait pourtant par une considération de fait : il n'existe jamais de fiançailles sans quelques lettres (la fiancée éconduite produira les lettres de son fiancé).

Aussi cette règle a été critiquée et finalement abandonnée, d'abord par la loi dans la recherche de la paternité naturelle (la loi admet que la femme puisse prouver que X est bien le père de l'enfant sans écrit), mais surtout par la jurisprudence qui admet désormais la liberté de preuve des fiançailles. Cette jurisprudence est relativement récente (Civ. 3 janvier 1980). Il sera intéressant de voir comment elle évolue car elle risque de conduire à prendre en compte de vagues projets sentimentaux.

§ 2 - LES EFFETS DES FIANCAILLES DANS LES RAPPORTS DES FIANCES AVEC LES TIERS

C'est à propos des accidents mortels survenus à l'un des fiancés que la jurisprudence eut à se prononcer sur les effets des fiançailles à l'égard des tiers.

Le problème était de savoir si l'autre fiancé pouvait obtenir des dommages-intérêts en agissant contre l'auteur responsable de l'accident.

Au départ, la Cour de cassation s'est montrée hostile à l'action en réparation au prétexte que le préjudice matériel était incertain, le mariage restant hypothétique.

D'autres décisions, émanant des juges du fond, avaient admis le droit à réparation en invoquant la notion de *« perte d'une chance »*, c'est-à-dire la perte d'une situation que l'on pouvait espérer en raison du mariage projeté. Cette chance de mariage était certaine et conférait un caractère certain au dommage.

La Cour de cassation a renversé sa jurisprudence dans un arrêt de la chambre criminelle en date du 5 janvier 1956 (D.1956, 216; JCP 1956, II, 9146) : *"l'arrêt attaqué,* déclare-t-elle, *a pu décider que la demoiselle S avait éprouvé du fait du décès de son fiancé un préjudice direct, actuel et certain résultant d'une situation exactement appréciée par lui et qui justifiait l'allocation de dommages-intérêts"*. Bien que la fiancée n'ait pas de lien de droit avec la victime, son préjudice est réparable.

Cette solution ne semble plus aujourd'hui faire de doute, depuis que la chambre mixte de la Cour de cassation (le 27 février 1970, *Dangereux,* préc.) a reconnu ce droit à la concubine. On ne voit pas, en effet, pourquoi cette dernière serait mieux protégée que la fiancée.

SOUS-SECTION 2. – LA FORMATION DU LIEN MATRIMONIAL

Pour que le mariage soit valablement formé et puisse produire des effets juridiques, il doit obéir à un certain nombre de conditions qui seront examinées en un premier temps (§ 1). Nous verrons ensuite quelles sont les sanctions susceptibles d'être appliquées en cas de non respect de ces conditions (§ 2).

§ 1. – LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Le mariage obéit à une double série de conditions : de fond, d'abord (I), de forme, ensuite (II).

I. – LES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Elles sont de trois ordres des conditions d'ordre physiologique (A), psychologique (B) et sociologique (C).

A. – Les conditions d'ordre physiologique

Trois conditions ont été écartées (1), trois conditions ont été retenues (2).

1. – Les conditions écartées

***. –** La première concerne la *bonne santé* des époux (v. ci-après la question à propos du certificat médical prénuptial).

****. –** La seconde concerne *l'aptitude à procréer* : l'impuissance (naturelle ou accidentelle) n'est pas une cause de nullité du mariage. Mais si elle a été cachée à l'autre conjoint, elle pourra, selon les cas, être soit une cause de nullité pour erreur sur une qualité essentielle de la personne, soit une cause de divorce ou de séparation de corps.

*******. – La troisième concerne la *consommation du mariage* (à noter à cet égard la différence entre le droit civil et le droit canonique), la *copula carnis*.

2. – Les conditions retenues

Trois autres conditions ont, en revanche, été retenues par le Droit positif.

. –** La première condition est la ***différence de sexe.

Le Code civil ne l'impose pas expressément mais le suggère (art.144 C.civ. : âge minimum de l'homme et de la femme pour se marier).

Par conséquent, il ne peut y avoir de ***mariage entre homosexuels***. La Cour EDH a conforté cette analyse dans un arrêt de 1986 (CEDH 17 oct. 1986) affirmant que l'article 12 de la Convention EDH qui vise le droit au mariage ne vise *« que le mariage traditionnel entre deux époux de sexe biologique différent »*. Les Pays-Bas, on par une loi du 21 décembre 2000, validé le mariage homosexuel, rejoints par la Belgique, l'Espagne, le Canada, le Portugal, la Grande-Bretagne.

En pratique, la question se présente de façon voisine que lorsqu'il y a un doute sur le sexe en raison d'un vice de conformation. La jurisprudence se montre extrêmement sévère et refuse d'annuler le mariage (vieux arrêts de 1870, 1900 qui refusent d'annuler le mariage en cas d'imperfection des organes génitaux de l'un des époux).

La question a rebondi depuis quelques années et a connu son apogée avec l'*affaire du mariage de Bègles*, annulé par les juges, solution confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 mars 2007 (*Cass. civ.1ère, 13 mars 2007 ; Grands arrêts, n°32, D. 2007, p. 1697, note E. Agostini*) : *« selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; ...ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire »*.

Selon la loi française… Qu'en est-il, alors, de deux personnes du même sexe, valablement, en Hillande par exemple, et qui s'établiraient en France ? Ce mariage serait-il reconnu ou point ? Ce sont là des questions qui intéressent le droit international privé et la place de l'ordre public en droit international privé. Si les règles du mariage sont d'ordre public en droit interne, en droit international privé, précisément, on connaît la règle dite de l'effet atténué de l'ordre public, qui permet de reconnaitre, sans aucun peine ni gène, le mariage valablement célébré à l'étranger entre deux homosexuels étrangers de manière à ce qu'il puisse valablement produire

certains effets en France, comme cela avait été admis dans un arrêt *Rivière* : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* » (Civ.1ère 17 avril 1953). De même que cette solution permet d'admettre que le mariage polygamique produise des effets en France, pour peu qu'il soit célébré à l'étranger entre personnes dont le statut personnel admet la polygamie (Cass. 1ère civ. 19 févr. 1963), il en résulte que le mariage homosexuel régulièrement célébré à l'étranger produise des effets en France, par exemple fiscaux ou relatifs aux droit de la sécurité sociale (Comp. H. Fulchiron (Le mariage *homosexuel* et le droit français. (A propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000), *D.*, 2001, Chron., p. 162).

En fait, le problème qui pourrait demain se poser concerne le droit au ***mariage du transsexuel*** (changement volontaire de sexe). Plusieurs hypothèses sont envisageables :

- Dans un couple, l'homme (le mari) se fait opérer et devient femme. Le mariage reste-t-il valable ? A priori, la mariage n'est plus valable. Un divorce est évidemment possible si le transsexuel a caché la situation à son conjoint mais devient impossible si le conjoint était d'accord. Le mariage deviendrait alors caduc, puisque l'une des conditions de validité du mariage a disparu au cours du mariage.

- Une personne change de sexe. Peut-elle ensuite se marier ?

Autrefois, le changement d'état civil consécutif au transsexualisme n'était pas admis.

Le revirement dû à l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation le 11 décembre 1992 (Cass. Ass. Plén, 11 décembre 1992, J.C.P. 1993, II, 21991, concl. Jéol, note G. Mémeteau; RTD civ. 1993, 99, obs. J. Hauser; sur la jurisprudence antérieure, v. obs. J. Hauser, RTD civ. 1991, 289 et 1992, 93) sous l'influence de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 25 mars 1992 (CEDH 25 mars 1992, JCP, 1992, II, 21955, note Th. Garé, D.1992, Som.235, obs. J.-F. Renucci) conduisent à reposer le problème.

Certains, sans doute effrayés par les conséquences matrimoniales de cette nouvelle permissivité, seraient prêts à reprendre la distinction suggérée : les transsexuels pourraient donc obtenir un changement d'état civil mais, le changement réel de leur sexe n'étant pas possible, ne pourraient donc se marier. Rien dans l'arrêt de 1992 ne permet d'affirmer une telle conséquence et on peut même en déduire au contraire une prudence certaine sur ce point de la juridiction suprême. De plus , eu égard au droit au mariage, on aboutit à une curieuse impasse puisque le transsexuel n'ayant plus à l'état civil son ancien sexe et n'ayant pas en réalité son nouveau ne pourra plus du tout se marier, ce qui est une conclusion surprenante dans une telle hypothèse et qui pourrait conduire à une nouvelle condamnation de la France pour atteinte au droit au mariage même s'il est vrai que la Cour européenne n'a pas admis

le droit au mariage des transsexuels mais dans la situation antérieure à son arrêt du 25 mars 1992 (CEDH arrêt Cossey, Série A, n°184; J.D.I. 1991, p.806, obs. Tavernier, et Cour EDH30 juill ; 1998, JCP 1999, I, 165, n°24). Il serait bien préférable de constater que, la question de principe étant vidée par l'admission d'un changement d'état civil, le droit au mariage en découle directement puisque ce dernier ne peut s'exercer qu'à partir du sexe constaté à l'état civil.

****. –** La deuxième condition physiologique du mariage intéresse ***la puberté et l'âge minimum***. En revanche il n'y a pas d'âge maximum pour se marier.

Les deux époux doivent être aptes biologiquement à la procréation. Pour se marier, ils doivent avoir atteint un certain âge qui fait présumer la puberté. **Avant** 2006, cet âge minimum requis pour se marier a été fixé dans l'article 144 du Code civil à 15 ans pour les femmes et à 18 ans pour les hommes. Ce n'est pas un âge impératif et l'article 145 prévoit que le Procureur de la République sera autorisé à accorder des dispenses pour des motifs graves (par exemple l'état de grossesse de la future épouse). Cela représentait tout même près de 400 demandes par an.

Depuis 2006 (Loi 4 avril 2006) l'article 144 du Code civil dispose que *« l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus »,* sauf dispense pour motif grave décidée par le Procureur de la République sur le fondement de l'article 145.

*****. –** La troisième condition d'ordre physiologique concerne la ***production d'un certificat médical prénuptial***.

Rappelons que, en France et contrairement à certains autres pays, la santé d'une personne n'est pas en principe une condition de validité du mariage. Nous verrons même que le mariage des mourants est possible et même que l'on peut se marier avec un mort. Des lois étrangères (USA) contrôlent, avant le mariage, la santé des futurs époux (SIDA). Le système français est plus libéral. Le législateur a institué un examen médical prénuptial (L. 16 décembre 1942, C. civ., art. 63).

– L'examen médical prénuptial est *obligatoire* :

- il doit être fait moins de deux mois avant le mariage;
- ce certificat doit être produit avant la publication des bans (art.63 al.2 C.civ.).

– Mais l'examen médical est *secret* :

- le certificat rendu public se borne à attester que l'intéressé a subi l'examen.
- ce certificat est secret tant envers l'officier de l'état-civil qu'à l'égard de l'autre fiancé qui ne peut se voir communiquer ce certificat.

Le but du certificat prénuptial est de signaler à chacun des époux les risques qu'ils font encourir à leur futur conjoint et de les placer en face de leurs responsabilités. Cette fonction, fondée sur une logique de responsabilité individuelle,

demeure malgré les risques nouveaux, Sida, hépatites, maladies génétiques éventuellement rares, etc.

Mais il n'est pas possible sous les peines applicables à la violation du secret professionnel, de communiquer les résultats à l'autre futur époux. Il n'y a donc pas de sanction sauf pour le médecin qui engagerait sa responsabilité si cet examen avait été mal effectué en laissant le futur époux dans l'ignorance d'une maladie grave (Pau 8 mars 1990, D.1991, Som.397, note J. Penneau et sur pourvoi Cass. civ. 1ère, 16 juillet 1991, Bull. civ. I, n°248, RTD civ. 1992-51, obs. J. Hauser), comme l'affaire Perruche l'avait tristement démontré.

Les textes ont tenté d'améliorer ce qui n'est finalement qu'une mise en condition psychologique. L'article L.153 du Code de la santé publique tel qu'il résulte d'un décret du 18 décembre 1989 prévoit des examens dont la liste est fixée par décret et la remise d'une brochure d'éducation sanitaire. La liste des examens a été plusieurs fois modifiée et elle comprend un examen sérologique, un sérodiagnostic de la rubéole et de la toxoplasmose. La loi du 27 janvier 1993 (art.48-II) a prévu qu'il serait seulement proposé, après information sur les risques de contamination, un test de dépistage du SIDA (L. Bick, *"Le SIDA, mesures de santé publique et protection des droits individuels"*, JCP 1991, I, 3541).

B. – Les conditions d'ordre psychologique

Elles visent le consentement des intéressés. Il s'agit, dans tous les cas, du consentement des époux (1), il peut s'agir aussi, dans certains cas, du consentement des parents (2).

1. – Le consentement des époux

Le consentement des époux est l'élément fondamental du mariage. Ce caractère fondamental résulte du principe de la liberté matrimoniale, la liberté nuptiale, la liberté de se marier.

Il en résulte plusieurs conséquences.

***. – Droit de se marier.** Le mariage est d'abord un droit et personne ne peut priver une personne de l'exerce de ce droit : aucune peine pénale ne prive une personne de ce droit, aucune fonction, aucun métier n'impose le célibat (ce qui repose la question, en droit civil, du mariage des prêtres) et surtout aucune clause contractuelle ne peut l'affecter.

Le mariage est aussi une liberté, liberté de se marier, liberté de ne pas se marier, posée d'ailleurs, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, comme principe de valeur constitutionnelle, composante de la liberté individuelle.

Sont visées également ce qu'on appelle les **clauses de célibat** que l'on peut (pouvait) trouver dans certaines libéralités, l'absence de mariage étant posée comme

condition d'une libéralité. Ces clauses ne sont pas nulles en elles-mêmes si elles sont justifiées par un intérêt sérieux et sont temporaires. En revanche elles sont nulles lorsqu'elles sont le résultat d'une jalousie posthume à l'égard d'un conjoint, ou bien d'une mesquinerie à l'égard de ses enfants ou bien encore, en droit social, lorsque l'employeur impose par une telle clause le célibat de ses employés (hôtesses de l'air) ou bien licencie une personne parce qu'elle a obtenu un divorce.

****. – Droit de choisir librement son conjoint.** Cela paraît évident, mais l'histoire du droit de la famille montre que les pressions familiales sur le choix d'un conjoint sont loin d'être une illusion. Ainsi, toute clause qui restreindrait le droit de se marier (pour des motifs racistes ou religieux par exemple ou encore pour des exigences économiques – interdiction de se marier avec un concurrent sauf licenciement –) sont nulles.

Ceci étant précisé, le consentement doit présenter deux caractères : il faut que le consentement existe (a) et le consentement ne soit pas vicié (b).

a. – L'existence du consentement

Le principe est posé par l'article 146 du Code civil : *« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement »*.

L'application de ce principe suppose deux exigences : la volonté doit être consciente (i), la volonté doit être sérieuse, ce qui pose le problème du mariage simulé (ii).

i. – La volonté doit être consciente

L'exigence soulève des difficultés dans deux cas : le cas des mariages *"in extremis"*, celui du mariage posthume ou le cas du mariage de l'aliéné mental (cf. « Les incapables majeurs »).

. –** Le **mariage *« in extremis » concerne le cas d'un mourant, d'un moribond qui se marie alors qu'il n'a plus qu'un souffle de vie. L'ancien Droit n'admettait pas ce mariage : le mariage avait pour objet la procréation des enfants, or le moribond n'en est pas capable. Le Code civil n'a pas interdit ce mariage : en Droit civil, ce qui constitue le mariage, c'est le consentement conjugal même si l'union n'a pas de perspectives d'avenir.

****. –** Le **mariage posthume** est également possible, depuis une loi du 31 décembre 1959 adoptée à la suite du désastre de la rupture du barrage du Malpasset, près de Fréjus. Il suppose que l'un des époux soit décédé après l'accomplissement des formalités qui manifestaient sans équivoque son consentement (art.171 C.civ.). Le Président de la République est seul habilité à autoriser ce mariage. Les effets du mariage posthume sont les suivants :

- il permettra de légitimer des enfants nés ou attendus à l'égard des deux parents;

- il permet à la « fiancée-veuve » de porter le nom de son fiancé;
- mais ce mariage n'emporte aucun droit successoral ni matrimonial, pour éviter tout risque de « chasse aux successions » (art.171 al.3 C.civ.).

*****. – Le mariage du dément** révèle l'absence de consentement dès lors qu'une personne ne donne pas son consentement de façon consciente. Cependant le mariage d'un dément est possible lorsqu'il est réalisé lors d'un *éclair de lucidité* ou bien lorsque sont respectées certaines règles du droit des incapacités des majeurs (autorisation).

ii. – La volonté doit être sérieuse

Cette exigence explique l'annulation dans certains cas des mariages « simulés » ou « fictifs », dits encore « mariages blancs ». Il s'agit des unions conclues par deux personnes qui cherchent à atteindre un but particulier, sans qu'il y ait de leur part volonté de contracter véritablement mariage. Certains auteurs préconisaient cependant la validité du mariage comme sanction des faux mariés : l'analyse est utopique et n'a pas été retenue.

On a ainsi annulé le mariage contracté uniquement dans le but de faire échapper le mari au service militaire (en ce sens, Lyon 10 avril 1856, D.P.1857, 2, 54) ou permettre à l'un des époux d'acquérir la nationalité de l'autre (exemple du mariage d'une jeune réfugiée allemande avec un français dans le but exclusif d'acquérir la nationalité française et de pouvoir ainsi séjourner régulièrement en zone occidentale dans la période de l'après-guerre 1939-1945 : Trib.civ. Seine 7 janvier 1948, JCP 1948, II, 4430, note J. Mazeaud; voir également T.D.).

D'autres hypothèses de simulation sont moins nettes, ce qui explique les hésitations de la jurisprudence. Ainsi en est-il dans l'hypothèse où deux époux se marient uniquement pour conférer la légitimité à un enfant, mais sans intention de fonder entre eux un foyer durable. Saisie de la question, la Cour de cassation a estimé que le mariage était valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter les effets légaux (Civ.1°, 20 novembre 1963, JCP 1964, II, 13498, note J. Mazeaud; D.1964, 465, note G. Raymond). Mais ce mariage emportera tous les effets du mariage : *"mais attendu que si le mariage est nul faute de consentement lorsque les époux se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime"*.

Compte tenu de cette jurisprudence, il faut donc faire la distinction entre le mariage simulé, nul faute de consentement, les parties ayant recherché un résultat étranger à l'union matrimoniale, et celui dont on a seulement voulu limiter les effets et qui est valable sans limitation (pour plus de détails, v. également chr. de C.-I. Foulon-Piganiol, *"Mariage simulé ou mariages à effets limités"*, D.S. 1965, chr.9).

b. – L'absence de vice du consentement

En matière contractuelle, il y a quatre vices du consentement : l'erreur, le dol, la violence, la lésion.

En matière de mariage, l'article 180 du Code civil n'en retient que deux : l'erreur (i) et la violence (ii), le dol n'a pas notamment été retenu en vertu de l'adage de Loysel : *"en mariage, trompe qui peut"*. Le dol, c'est-à-dire l'utilisation de manœuvres utilisées comme technique pour emporter le consentement au mariage, n'emporte nullité que si elle crée une erreur.

i. – L'erreur, vice de consentement du mariage

L'article 180 alinéa 2 du Code civil, dans sa rédaction primitive, prévoyait que le mariage ne pouvait être attaqué que lorsqu'il y a eu erreur dans la personne. La compréhension des mots *« erreur sur la personne »* a suscité une évolution intéressante de la jurisprudence et de la législation, même si la question est aujourd'hui un peu désuète à l'heure de la libéralisation du divorce.

La jurisprudence a adopté au départ une position extrêmement restrictive. Aux termes du célèbre *arrêt Berton* rendu par les chambres réunies de la Cour de cassation le 24 avril 1862 (D.1862, 1, 153; Grands arrêts n°20, p.72), l'erreur sur la personne ne doit s'entendre que de l'erreur sur l'identité physique ou de l'erreur sur l'identité civile (ex. : l'un des deux époux se présente comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne). L'arrêt conclut que l'erreur sur la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne (en l'espèce, la femme avait ignoré qu'elle avait épousé un ancien bagnard).

Postérieurement à cet arrêt, la Cour de cassation ne se départit jamais de sa jurisprudence, refusant d'admettre l'erreur sur les qualités essentielles de la personne. Elle a ainsi refusé d'annuler le mariage d'une femme qui s'était mariée en ignorant que son futur époux était un moine défroqué (Civ. 25 juillet 1888, D.1888, 1, 97) ou bien qu'il était impuissant (Civ. 16 octobre 1903, S.1903, 1, 273, note Wahl).

Les juridictions du fond furent, quant à elles, très partagées. Certaines refusèrent, par exemple, de prendre en considération l'erreur sur le passé orageux de l'épouse (Trib.civ. Seine 28 décembre 1907, Gaz.trib. 1908, 2, 167), l'ignorance d'une condamnation de la femme pour inceste (Trib. Strasbourg 21 décembre 1920, D.1923, 2, 181, note Nast), ou bien l'erreur sur l'état de fille-mère de l'épouse (Trib.civ. Seine 18 janvier 1938, D.1938, 2, 119). D'autres, au contraire, admirent la nullité du mariage pour erreur sur la nationalité quand celle-ci a été déterminante, ce qui peut être le cas en temps de guerre (annulation de mariages contractés par des français avec des allemandes, alors qu'ils croyaient avoir épousé des alsaciennes, au cours de la guerre de 1914-1918). Une jeune personne a pu obtenir la nullité de son mariage alors qu'elle avait épousé un individu qui venait de commettre une tentative de meurtre et qui fut arrêté à l'issue de la cérémonie religieuse (Trib.civ. Bressuire 26 juillet 1944, D.1945, 94; dans le même sens, v. TGI Paris 8 février 1971, JCP 1971,

II, 17244, note Raymond. En l'espèce, la veuve d'un gendarme découvrait quelques temps après son remariage que son second mari était un repris de justice). Ont enfin été prises en compte dans plusieurs décisions l'erreur sur les aptitudes sexuelles du conjoint (v. notamment Grenoble 19 juin 1963, JCP 1963, II, 13334, concl. Brouillonnet).

Le législateur, à l'occasion de la réforme du divorce en 1975, est venu modifier l'article 180 alinéa 2 du Code civil et a consacré implicitement la jurisprudence extensive des juridictions du fond. Aux termes de l'alinéa 2 nouveau, il est dit : *« s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre peut demander la nullité du mariage »*. La réforme ainsi opérée a reçu un accueil favorable en doctrine (sur des applications jurisprudentielles du nouveau texte, v. à propos de l'impuissance du conjoint : Paris 26 mars 1982, Répertoire Notariat Défrénois 1982, art.32930, n°54, obs. Massip; d'une maladie mentale : TGI Rennes 9 novembre 1976, D.1977, 539, note Cosnard; TGI Tarascon 8 juillet 1981, Répertoire Notariat Défrénois 1982, art.32930, n°54, obs. Massip; d'une liaison que le conjoint n'avait nullement l'intention de rompre : TGI Le Mans 7 décembre 1981, JCP 1986, II, 20573, note Lemouland).

ii. – La violence, vice du consentement du mariage

La violence n'est pas prévue expressément par la loi comme vice du consentement en matière de mariage. Mais la jurisprudence estime qu'il est implicitement visé par l'article 180 du Code civil lorsque cet article exige que le consentement soit "libre".

Il peut s'agir de violence physique ou de violence morale.

– La ***violence ou contrainte physique*** est assez difficilement concevable à notre époque (sur des exemples au siècle dernier, v. notamment Paris 20 mars 1872, D.P.72, 2, 109; Agen 14 juin 1890, D.P.91, 2, 153. Dans cette dernière espèce, la jeune fille avait reçu des coups de bâton).

– La ***violence morale*** peut revêtir la forme de menaces ou de chantages. Mais la preuve en est difficile. Il est à noter, par ailleurs, que la simple "crainte révérencielle" des père et mère n'est pas considérée comme une violence morale, si elle n'est pas accompagnée de menaces.

2. – Le consentement des parents

A l'origine du Code civil, le consentement des parents était requis dans le but de protéger la famille contre tout risque d'intrusion d'un étranger. Le Code civil exigeait notamment le consentement familial jusqu'à 21 ans pour les filles et 25 ans pour les garçons. Progressivement, le droit évolua et se soucia beaucoup plus de protéger les enfants à l'égard du groupe familial.

Aujourd'hui, l'autorisation des parents ou du conseil de famille n'est requise que dans deux cas : pour les mineurs de moins de 18 ans des deux sexes et pour les majeurs protégés placés sous un des régimes de protection.

Nous devons nous interroger sur deux problèmes : quelles sont les personnes qualifiées pour consentir au mariage (a) et quels sont les caractères et les formes du consentement des parents (b) ?

a. – Les personnes qualifiées pour consentir au mariage

i. – Si l'on raisonne sur le cas du ***mineur***, il faut distinguer suivant la nature de la filiation.

– Si l'enfant a ses père et mère vivants, le consentement des deux parents doit être sollicité. S'ils ne sont pas d'accord, le partage emporte autorisation, ce qui veut dire que l'avis de celui qui est favorable l'emporte (art.148 C.civ.).

– Si l'enfant a son père ou sa mère vivant et capable de manifester sa volonté, l'autorisation requise est celle du survivant (art.149 C.civ.).

– Si l'enfant n'a plus de parents vivants ou capables de manifester leur volonté, l'autorisation requise est celle de l'ascendant le plus proche dans chaque ligne paternelle et maternelle (art.150 C.civ.). S'il y a dissentiment entre ascendants, c'est l'avis de celui qui est favorable qui, là encore, l'emportera.

– Si l'enfant n'a plus ni père, ni mère, ni ascendants, c'est le conseil de famille qui devra donner son autorisation.

En cas de filiation adoptive, l'adoptant ou les adoptants doivent donner leur autorisation. La famille d'origine n'a pas à intervenir sauf lorsqu'il s'agit d'un enfant qui a été adopté par le conjoint de son père ou de sa mère.

ii. – Si l'on raisonne sur le cas du ***majeur***, tout va dépendre du régime de protection utilisé.

– Dans le cadre de la curatelle, le consentement du curateur est requis.

– Dans le cadre de la tutelle, le mariage n'est permis qu'avec le consentement du juge des tutelles, les parents ne formulant qu'un avis.

Dans tous les cas, les époux doivent être présents.

b. – Les caractères et formes du consentement des parents

* Quant aux ***caractères*** du consentement, ils sont au nombre de trois :

– Le consentement est *spécial* : il est donné pour une union déterminée. L'autorisation doit donc indiquer la personne que l'enfant est autorisé à épouser.

– Le consentement est *révocable* jusqu'au moment de la célébration du mariage.

– Le consentement est *discrétionnaire*, ce qui veut dire que celui qui le donne ou qui le refuse n'a pas à se justifier. Contre sa décision, il n'y a, en principe, aucun recours possible. Certains tribunaux ont, toutefois, admis un droit à dommages-intérêts dans le cas où les parents auraient causé un préjudice moral ou matériel à l'enfant en retirant tardivement et sans motif un consentement déjà donné (v. notamment en ce sens Lyon 23 janvier 1907, D.1908, 2, 73, note Josserand).

* Quant aux ***formes*** du consentement, elles sont simples : il peut être donné *verbalement* au moment même du mariage. Il peut aussi être donné par *écrit*. Cet écrit peut être le procès-verbal de la délibération du conseil de famille (si l'autorisation à mariage relève de cet organe). Dans les autres cas, la déclaration des parents pourra être faite à un notaire ou à l'officier d'état-civil qui procédera à la cérémonie du mariage.

C - Les conditions d'ordre sociologique

Il s'agit de circonstances qui, lorsqu'elles se rencontrent, vont constituer des *"empêchements au mariage"*. Il y en a trois.

Les deux premières sont dites *"absolues"* car elles empêchent le mariage ou le remariage d'un individu avec qui que ce soit. Ce sont la bigamie (1) et le délai de viduité (2). Le troisième empêchement est dit *"relatif"* car il interdit seulement le mariage entre certaines personnes : il s'agit de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé (3). Pour certains de ces empêchements, la loi a prévu des possibilités de dispense.

1. – Premier empêchement au mariage : la bigamie

C'est l'empêchement qui résulte de l'existence d'un mariage antérieur qui n'est pas encore dissous. Cette disposition a pour but de faire respecter le caractère monogamique du mariage. La bigamie non seulement est une cause d'annulation du mariage, mais c'est en plus un délit correctionnel. Mais, en France, ce délit est très rare. En effet, toute personne qui se marie doit produire un extrait d'acte de naissance récent (moins de trois mois). Comme le mariage y est mentionné en marge, l'officier d'état-civil sera avisé du mariage précédent et non encore dissous.

2. – Deuxième empêchement au mariage : le non écoulement du délai de viduité

a. – ***En principe***, quand un mariage est dissous ou annulé, la femme qui désire contracter un nouveau mariage ne peut le faire que si un délai de 300 jours s'est écoulé depuis la dissolution du mariage (C.civ. art.228, al.1 et 261). C'est le ***délai de viduité***.

Ce délai de 300 jours correspond à la durée maximum d'une grossesse. Il a été institué pour éviter des confusions de paternité. Si la femme, en effet, avait pu se remarier rapidement, étant enceinte au moment de la dissolution du premier mariage, des doutes auraient pu naître sur le point de savoir quel était le père de l'enfant.

b. – ***Quelques atténuations légales*** ont été apportées à ce principe.

* *Le délai a été abrégé ou supprimé* dans les hypothèses suivantes :

– Il prend fin en cas d'accouchement après le décès du mari ou si la femme produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse (art.228 al.2 C.civ.; L.11 juillet 1975). Il prend également fin si la femme a accouché après la décision autorisant la résidence séparée ou, à défaut, après la date à laquelle le jugement de divorce a pris force de chose jugée (art.26-1 et 2 al.2 C.civ.).

– Il est supprimé lorsque, en fonction des circonstances, il résulte que depuis 300 jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme (art.228 al.3; L. 4 février 1928; ex. : depuis plus de 300 jours, le précédent mari était dans une maison de santé mentale, interné. Il meurt, la femme pourra se remarier immédiatement avec l'autorisation du Président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel le mariage doit être célébré). La femme peut se remarier sans délai quand le divorce a été prononcé pour rupture de la vie commune en raison d'une séparation de fait de six ans ou d'une altération grave des facultés mentales depuis six ans (art.261-1 al.2 C.civ.).

* ***Le point de départ du délai de viduité a été modifié*** en matière de divorce. Pour faciliter le remariage de la femme, le législateur a fixé le point de départ du délai de viduité le jour de la décision autorisant la résidence séparée des époux et non le jour où le divorce est prononcé (ou homologuant, en cas de demande conjointe, la convention temporaire passée à ce sujet; art.261-1 al.1 C.civ.). C'est, en effet, à ce jour que la cohabitation des époux prend fin. Lorsque le mariage est dissous par décès, c'est en principe à partir du jour du décès que le délai de viduité commence à courir. Si une procédure de divorce a été engagée et que le mari meurt avant que le jugement de divorce ne soit devenu définitif, le délai court à compter de la décision autorisant la résidence séparée (art.261-2 al.2 C.civ.).

3. – Troisième empêchement au mariage : l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé

Deux individus ne peuvent pas se marier entre eux lorsqu'ils sont parents ou alliés à un degré rapproché. Leur union constituerait un *inceste (cf. A. Batteur, L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille, RTDciv. 2000, p. 759).*

a. – Les raisons de cet empêchement

– Raison d'ordre *physiologique*, d'abord : l'expérience montre que les mariages entre proches parents risquent d'altérer la santé des descendants.

– Raison d'ordre *moral*, ensuite : des perspectives de mariage entre parents très proches risquent d'attenter à la tranquillité de la vie familiale, d'où l'interdiction des mariages non seulement entre parents mais aussi entre alliés.

b. – Le domaine de cet empêchement

i. – Entre parents (inceste de premier degré)

* *En ligne directe* : le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants, légitimes, naturels (art.161 C.civ.) ou adoptifs (art. 364 et 366, 1° C.civ.), sans limitation de degré, c'est-à-dire entre fille et père, entre mère et fils, grand-père et petite fille, etc.

* *En ligne collatérale* : le mariage est prohibé entre frères et sœurs, légitimes, naturels (art.162 C.civ.) ou adoptifs (art.364 et 366, 3° et 4°), entre oncle et nièce ou tante et neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle (art.163 C.civ.).

ii. – Entre alliés (inceste de deuxième degré)

Le lien d'alliance s'établit entre chaque époux et les parents de l'autre (ex. : le gendre et sa belle-mère), dans le but d'éviter des hypothèses de consanguinité.

* *En ligne directe* : le lien d'alliance constitue un empêchement à tous les degrés (belle-mère et gendre, beau-père et bru). La prohibition ne s'étend pas au concubinage : un homme peut épouser la fille de sa concubine.

* *En ligne collatérale* : depuis la loi du 11 juillet 1975, l'alliance ne crée plus d'empêchement, le remariage entre beau-frère et belle-sœur est libre.

c. – Les dispenses accordées par le Président de la République à certains de ces empêchements

Le mariage pourra être exceptionnellement autorisé par une dispense du Président de la République dans certains cas graves. Ces dispenses ne peuvent être accordées que dans trois hypothèses :

* 1ère hypothèse : entre parents en ligne collatérale au 3ème degré, c'est-à-dire entre oncle et nièce, tante et neveu (art.164-3° C.civ.)

* 2ème hypothèse : entre alliés, c'est-à-dire entre beau-père et belle-fille, gendre et belle-mère, si l'union qui créait l'alliance a été dissoute par la mort (art.164-1° et 366 dernier alinéa C.civ.).

* 3ème hypothèse : entre les enfants adoptifs d'une même personne ou entre l'adopté et les enfants légitimes ou naturels de l'adoptant, sous réserve que l'adoption soit simple et non pas plénière (art.366-3° et 4° C.civ.).

II - LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Le mariage étant un acte solennel, le législateur l'a entouré d'un certain formalisme qui se manifestera préalablement à la célébration et au moment de la célébration. D'où deux types de formalités : les formalités antérieures au mariage (A) et concomitantes au mariage (B).

A. – Les formalités antérieures au mariage

Elles consistent, d'une part, dans la production d'un certain nombre de pièces (1) et, d'autre part, dans la publication du mariage (2).

1. – La production de certaines pièces

* Certaines pièces doivent être remises à l'officier d'état-civil par chacun des futurs époux : une expédition de l'acte de naissance datant de moins de trois mois et le certificat médical.

* Des pièces supplémentaires peuvent être exigées :

- Un certificat attestant que les époux ont fait un contrat de mariage.

- En cas de remariage, des pièces attestant de la dissolution du mariage antérieur (extrait du jugement de divorce).

- S'il s'agit d'un mineur, il doit justifier du consentement familial.

- En cas de dispense d'âge ou de parenté, il faut produire un document qui l'accorde.

2. – La publication du mariage

C'est une formalité qui tend à prévenir les tiers (lesquels pourront intervenir par voie d'opposition).

La publication se fait par l'apposition d'une affiche à la porte de la mairie pendant dix jours. Le défaut de publicité n'exerce cependant aucune incidence sur la validité du mariage célébré, simplement l'officier d'état-civil encourt une peine d'amende.

B. – Les formalités concomitantes au mariage

La célébration du mariage se déroule selon un rite organisé par la loi.

1. – Le lieu et la date

Le mariage est célébré dans la commune où l'un des époux à son domicile établi par au moins un mois d'habitation continue. Le mariage a lieu au jour désigné

par les parties avec l'accord de l'officier d'état-civil (sous réserve du délai de publication).

2. – Les personnes présentes

* Les *époux* : la présence des conjoints est exceptionnellement écartée en temps de guerre pour un militaire sous les drapeaux ou en cas de mariage posthume.

* Les *témoins* des époux doivent assister à la cérémonie. Ils sont au nombre de deux minimum et quatre au plus.

* Le mariage est célébré par un *officier de l'état-civil* de l'endroit où il a lieu (le maire ou un adjoint).

3. – La publicité

La cérémonie doit être publique. Les portes du local où elle a lieu doivent être ouvertes (art.165 C.civ.).

4. – Le rite

Le déroulement chronologique de la cérémonie est fixé par l'article 75 du Code civil.

- L'officier de l'état-civil fait lecture aux époux des articles 212 à 215 du Code civil relatifs aux effets du mariage.

- Puis il interpelle les époux pour savoir si un contrat de mariage a été fait. Dans l'affirmative, il demande la date du contrat et le nom du notaire.

- Il demande aux futurs époux s'ils veulent se prendre pour mari et femme. Si les futurs époux disent *"oui"* (les sourds-muets peuvent répondre par signe), l'officier d'état-civil prononce ensuite la formule d'union : *"au nom de la loi, je vous déclare unis par les liens du mariage"*.

- Le rite civil n'est pas tout à fait terminé : l'officier d'état-civil dresse immédiatement l'acte de mariage qui comporte les mentions prévues par l'article 76 du Code civil et la signature de l'officier d'état-civil, des époux et des témoins.

L'acte de mariage est le mode de preuve normal du mariage (acte d'état-civil).

Après le rite civil, il existe d'autres rites non prévus par le Code civil : le rite religieux, le rite gastronomique, le rite vestimentaire…

§ 2 - LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Ces sanctions peuvent être de nature diverses :

- il y a des sanctions *disciplinaires et pénales* frappant l'officier d'état-civil qui célèbre un mariage irrégulier en connaissance de cause;
- il y a des sanctions *pénales* frappant les époux eux-mêmes en cas de bigamie ou d'inceste;
- il y a surtout des sanctions *civiles* dont nous nous préoccuperons uniquement. Elles sont de deux sortes : l'une est une sanction préventive : c'est l'opposition (I), l'autre est une sanction répressive : c'est la nullité (II).

I. – LES OPPOSITIONS AU MARIAGE

Cette mesure a pour but d'empêcher la célébration des mariages qui ne rempliraient pas les conditions de fond et de forme requises par la loi. L'opposition est en quelque sorte une interdiction faite à l'officier d'état-civil de procéder à la célébration du mariage.

Nous devons nous interroger sur trois problèmes : Qui peut faire opposition (A), comment est faite l'opposition (B) et quels sont les effets de l'opposition (C) ?

A. – Qui peut faire opposition ?

Certaines personnes peuvent faire opposition pour tout motif (1), d'autres pour un motif déterminé (2).

1. – Les personnes pouvant faire opposition pour tout empêchement légal

Ce sont les **ascendants**. Peu importe le motif allégué qui peut être relatif à n'importe laquelle des conditions du mariage. Mais il faut naturellement invoquer l'absence d'une des conditions légales précédentes : des motifs d'opportunité, des raisons d'intérêt sont insuffisantes.

Le droit de faire opposition n'appartient pas aux ascendants cumulativement. Il appartient successivement d'abord au père et à la mère, ensuite, à défaut, aux aïeuls et aïeules.

Le **ministère public** (c'est-à-dire le procureur de la république, représentant de l'état) peut également faire opposition au mariage pour la défense de l'ordre public. Il ne le fait jamais.

2. – Les personnes pouvant faire opposition pour des motifs déterminés

Ainsi le **conjoint non divorcé** peut faire opposition pour bigamie (art.172 C.civ.).

Certains collatéraux : frères et soeurs, oncles et tantes, cousins germains ne peuvent faire opposition qu'à défaut d'ascendants (père et mère). Ils ne peuvent faire opposition que dans deux cas :

- s'il s'agit d'un mineur et si le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu;

- si le futur époux est dément, l'opposition devra provoquer la mise en tutelle.

Le **tuteur** ou le **curateur** d'un des futurs conjoints, avec le consentement du conseil de famille, peuvent faire opposition dans les mêmes conditions que les collatéraux.

B. – Comment faire opposition ?

L'opposition se fait par acte d'huissier signifié aux futurs époux et à l'officier d'état-civil qui doit procéder au mariage.

C. – Quels sont les effets de l'opposition ?

L'opposition empêche l'officier d'état-civil de procéder à la célébration du mariage.

Les futurs époux peuvent obtenir ce que l'on appelle la *"main levée de l'opposition"*, et cela de trois manières :

- Elle peut être *volontaire* : la personne qui a fait opposition peut se désister.

- Elle est, la plupart du temps, *judiciaire* : le futur époux saisit le tribunal; celui-ci doit se prononcer dans les dix jours (art.177 C.civ.).

- Elle peut résulter de la *prescription* : l'opposition cesse de produire effet après un an (art.176 C.civ.).

II - LA NULLITE DU MARIAGE

Il faut d'abord évoquer le particularisme du régime des nullités en matière de mariage (A) avant d'envisager les divers cas de nullité du mariage (B) et les effets des nullités (C).

A. – Particularisme du régime des nullités en matière de mariage

* En Droit commun, les actes juridiques qui n'ont pas été conclus conformément aux conditions exigées par la loi sont frappées de nullité. Cette nullité partagée entre des nullités *« textuelles »* expressément prévues par la loi et des nullités « *virtuelles* », ce qui veut dire qu'elle sera automatiquement prononcée même si la loi n'a pas prévu expressément cette sanction.

* En matière de mariage, la doctrine et la jurisprudence ont adopté un principe inverse : ***« pas de nullité sans texte »***. Cela veut dire que pour le mariage, la

nullité ne peut être prononcée que si on invoque un empêchement que la loi elle-même a sanctionné par la nullité d'une façon formelle.

Par conséquent toutes les conditions de fond ou de forme du mariage ne seront pas sanctionnées par la nullité. En fonction de ce dernier critère, on distingue deux sortes d'empêchements au mariage :

- les empêchements *"dirimants"* qui seront sanctionnés à la fois par une opposition et par une nullité parce que la loi aura prévu expressément cette dernière sanction;

- les empêchements seulement *"prohibitifs"* qui ne seront assortis que de la sanction préventive de l'opposition parce que la loi n'a pas prévu leur nullité (ex. : le défaut de production du certificat médical prénuptial, la non observation du délai de viduité, la célébration du mariage malgré une opposition, la non observation par l'officier d'état-civil de certaines formalités...).

B. – Les divers cas de nullité du mariage

Parmi les empêchements dirimants (c'est-à-dire ceux dont la loi a prévu la nullité), on distingue ceux qui entraînent une nullité *absolue* du mariage (1) ou une nullité simplement *relative* (2).

1. – Les cas de nullité absolue du mariage

1ère remarque : Inventaire des cas. – Il y a six cas de nullité absolue :

- Quatre se réfèrent aux conditions de fond (art.184 C.civ.) : l'impuberté, l'inceste, la bigamie, le défaut absolu de consentement.

- Deux se réfèrent aux conditions de forme (art.191 C.civ.) : la *clandestinité* du mariage, l'*incompétence* de l'officier d'état-civil.

Dans ce dernier cas, le tribunal est obligé de prononcer la nullité absolue lorsque la preuve du vice est rapportée. Il conserve un pouvoir d'appréciation dans les deux cas de nullité pour vice de forme que vise l'article 191 du Code civil.

- S'agissant de la *clandestinité*, les juges ne prononcent la nullité du mariage qu'en cas d'irrégularités graves dans les formalités de publicité. Ils recherchent surtout si l'omission n'a pas été inspirée par la volonté de faire fraude à la loi, en vue par exemple d'éluder une opposition au mariage.

S'agissant de l'*incompétence* de l'officier de l'état-civil, rares sont les décisions prononçant la nullité du mariage. Les juges exigent, ici encore, que l'irrégularité soit grave.

2ème remarque : Qui peut agir en nullité ? – Elle concerne les personnes susceptibles d'agir en nullité. Alors qu'en droit commun, n'importe qui peut

provoquer une nullité absolue pourvu qu'il y ait intérêt, en matière de mariage seules deux catégories de personnes peuvent agir en nullité absolue du mariage :

1ère catégorie : certaines personnes peuvent agir en nullité en justifiant d'un intérêt quelconque. Ce sont les époux eux-mêmes, le premier conjoint du bigame, les ascendants, le conseil de famille. Ces personnes n'ont pas à justifier d'un intérêt pécuniaire pour agir en nullité, ils peuvent fonder leur demande sur un simple intérêt moral.

2ème catégorie : d'autres personnes peuvent agir en nullité en justifiant d'un intérêt uniquement matériel et présent, c'est-à-dire pécuniaire. Ce sont les collatéraux, les enfants d'un premier mariage et même les créanciers d'un époux (art.187 C.civ.).

3ème remarque : La confirmation du mariage. – Alors qu'en droit commun, une nullité absolue ne peut en principe jamais être confirmée, en matière de mariage, deux exceptions sont prévues par l'article 185 du Code civil :

– La première exception vise le cas de l'impubère. Son mariage pourra être confirmé dans deux cas :

- lorsque la femme qui légalement est impubère (moins de 15 ans) se trouve enceinte;
- lorsque six mois se sont écoulés (sans que l'action soit intentée) depuis que l'époux impubère a atteint l'âge requis par la loi.

– La deuxième exception à l'impossibilité de confirmer la nullité absolue du mariage vise le cas des vices de forme. La nullité ne peut plus être invoquée par les époux s'ils vivent notoirement comme mari et femme.

Mis à part ces points particuliers, le régime juridique des nullités absolues en matière de mariage obéit, pour le surplus, aux règles de droit commun. Ainsi en est-il, notamment, à propos de la prescription de l'action qui est de trente ans.

2.– Les cas de nullité relative

Ce sont des nullités destinées à protéger une personne déterminée, seule cette personne est susceptible de l'invoquer. Il en est de même en matière de mariage. Elles jouent dans deux cas :

- En cas de vices du consentement seul l'époux dont le consentement a été vicié peut agir en justice. Il y a ici, également, possibilité de confirmation : l'action en nullité est éteinte si la cohabitation des époux a persisté plus de six mois après la découverte de la violence ou de l'erreur (art.181 C.civ.).

- En cas de défaut de consentement des parents pour le mineur l'action en nullité peut, dans ce cas, être exercée par l'époux qui était mineur au moment du mariage; ensuite par les personnes dont le consentement est requis. L'action en

nullité est éteinte un an après leur majorité pour les époux, un an après le moment où ils ont eu connaissance du mariage pour les parents.

C. – Les effets des nullités du mariage

Après avoir examiné la solution de principe (1), nous verrons les atténuations que le législateur est venu apporter aux effets des nullités en matière de mariage (2).

1. – Le principe

Le caractère fondamental de la nullité est sa ***rétroactivité***. Le mariage est censé n'avoir jamais existé, il est nul depuis le début. C'est ce qui différencie notamment la nullité du mariage du divorce, le divorce n'anéantit le mariage que pour l'avenir.

Les conséquences de la rétroactivité de la nullité sont graves (notamment lorsque le mariage a duré de nombreuses années et que des enfants ont pu naître de cette union).

A l'égard des époux, tous les rapports patrimoniaux qu'ils avaient pu avoir pendant le mariage vont être rétroactivement effacés. Les donations qu'ils avaient pu se faire vont disparaître.

A l'égard des enfants, il y a beaucoup plus graves : ils seront illégitimes.

Face à ces inconvénients, les rédacteurs du Code civil cherchèrent à atténuer les effets des nullités du mariage. Ils ont introduit dans notre droit (art.201 et 202 du Code civil) la théorie du mariage putatif que connaissait l'ancien droit.

2. – L'atténuation au principe : le mariage putatif

Nous envisagerons ses *conditions* (a) et ses *effets* (b).

a.– Les conditions du mariage putatif

Le mariage putatif est un mariage nul mais que les époux ou l'un des époux a cru régulier (*putare*, en latin, veut dire penser). D'où une condition nécessaire : la **bonne foi** de l'un ou de l'autre des époux.

Il faut que l'un au moins des époux n'ait pas aperçu le vice qui atteignait l'union. Il faut que cette bonne foi ait existé au moment de la célébration du mariage (sur la condition nécessaire et suffisante que constitue la bonne foi, v. Civ.1°, 14 juin 1957, D.1957, 557).

Comme en droit, il existe une présomption de bonne foi, le mariage nul vaudra comme putatif tant qu'il n'est pas prouvé que les époux connaissaient l'empêchement (sur l'existence de la présomption de bonne foi, v. Civ. 5 novembre 1913, D.P.1914, 1, 281, note Binet; sur la preuve de la mauvaise foi, v. Civ. 2 novembre 1949, JCP 1949, IV, 178).

Peu importe, par ailleurs, la nature de l'erreur. Il peut s'agir d'une erreur de fait comme d'une erreur de droit (ex. : l'époux ignorant de bonne foi un mariage antérieur non dissous de son conjoint, commet une erreur de fait; l'époux ignorant certaines conditions de fond ou de forme du mariage commet une erreur de droit).

Cependant, parfois, il faut qu'il y ait un minimum de célébration pour donner plus de vraisemblance à la présomption de bonne foi.

Ainsi a été déclaré putatif, un mariage célébré in extremis dans un sanatorium par un prêtre (Bordeaux, 16 juin 1937, D.H. 1937, 539). Par contre, un arrêt de la Cour de cassation a refusé de faire jouer le mariage putatif dans l'hypothèse d'un administrateur de la France d'Outre-mer qui, se trouvant en Guinée, avait épousé selon des rites locaux deux soeurs autochtones. La Cour de cassation a déclaré qu'il n'y avait pas le minimum de célébration nécessaire pour que le mariage putatif puisse jouer (Req. 14 mars 1933, préc.).

b. – Les effets du mariage putatif

**** A l'égard des époux***

– Si les deux époux sont de bonne foi, le mariage putatif joue à leur profit : le mariage est annulé mais seulement pour l'avenir (ce n'est qu'à compter de l'annulation que les deux époux deviennent étrangers l'un par rapport à l'autre; v. Req. 9 juillet 1935, D.H.1935, 43).

– Si c'est un seul des époux qui est de bonne foi, et c'est l'hypothèse la plus fréquente, seul l'époux de bonne foi pourra invoquer le mariage putatif; l'autre, celui qui connaissait le vice, subit la rétroactivité (sur le droit pour l'épouse de bonne foi de conserver le bénéfice du devoir d'aide et d'assistance né du mariage annulé, v. Paris 8 mai 1964, JCP 1964, éd.A, IV, 4466, note J.A.; sur son droit de continuer à porter le nom de son ex-mari, v. Bordeaux, 16 juin 1937, D.H. 1937, 539).

**** A l'égard des enfants* :**

Le mariage putatif joue toujours, même si aucun des deux parents n'a été de bonne foi. Cette solution qui leur est très favorable est récente. Elle date de la loi du 3 janvier 1972. Auparavant, l'article 202 du Code civil exigeait la bonne foi d'au moins un époux. A défaut, l'enfant perdait le bénéfice de la légitimité. Il redevenait un enfant naturel. Dans l'affaire précitée Cousin de Lavallière, on a ainsi pu voir les enfants nés des épouses indigènes être privés d'une partie de l'héritage à laquelle ils auraient pu prétendre si, au lieu d'être considérés comme enfants naturels, le droit leur avait accordé le bénéfice de la légitimité en application de la théorie du mariage putatif.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1972, le sort des enfants dont le mariage des parents a été annulé devra donc être réglé comme celui des enfants de parents divorcés (v. en ce sens, pour la garde : art.202 al.2 C.civ.; sur une application

jurisprudentielle de ce nouvel article, v. TGI Paris 24 février 1975, D.S. 1975, 379, concl. Paire, note Massip).

**** A l'égard des tiers***

L'absence de rétroactivité leur est opposable en toute hypothèse. Ce n'est là qu'une application de la théorie de l'apparence.

SECTION 2 - LES EFFETS DU MARIAGE

Le lien primaire qu'est le lien conjugal assure des effets entre les époux (Sous-Section 1) est vigoureux, les liens secondaires ou dérivés que sont les autres liens d'alliance (Sous-Section 2) sont plus ténus.

SOUS-SECTION 1 - LES EFFETS ENTRE LES EPOUX : LE LIEN CONJUGAL

Les effets les plus importants et les plus généraux du mariage, sont établis entre les époux quant à leur personne, ce sont les *effets extrapatrimoniaux du mariage* (§ 1) et quant à leur patrimoine, les *effets patrimoniaux du mariage* (§ 2)

§ 1. – LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX DU LIEN CONJUGAL

Le mariage ne fait plus naître des prérogatives maritales, des rapports de hiérarchie mais a laissé place au contraire à l'égalité des époux (I). Le mariage a toujours fait naître entre époux des droits et des devoirs réciproques, des rapports de réciprocité (II).

I. – L'égalité des rapports entre époux

Sous le régime initial du Code civil, ces rapports de hiérarchie étaient très forts. On connaît sur ce point l'opinion de Napoléon, principal inspirateur du Code en 1804 :

> *"La nature a fait de nos femmes des esclaves, le mari a le droit de dire à sa femme Madame vous ne sortirez pas, Madame vous n'irez pas à la comédie, Madame vous m'appartenez corps et âme".*

Une telle conception de la suprématie maritale, sinon masculine, imprégnait si fortement les mœurs qu'elle résista aux tendances égalitaires de la Révolution.

Le Code proclama l'autorité maritale du mari, prolongée par la qualité qui lui était reconnue de "chef de la communauté" et de titulaire de la puissance paternelle sur les enfants.

En découlaient :

- l'incapacité juridique de la femme mariée,

- la nécessaire autorisation du mari pour l'exercice par la femme d'une profession séparée,

- le choix par le mari de la résidence du ménage.

Les mœurs ont profondément changé au XIXème et XXème siècles, pour aboutir à la loi du 18 février 1938 modifiée par la loi du 22 septembre 1942 qui a eu pour effet de :

- reconnaître à la femme mariée une pleine capacité juridique;
- substituer la qualité de "chef de famille" à l'autorité maritale, l'article 213 établi par la loi du 18 novembre 1938 disposant : *"Le mari est le chef de famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants"*.

Cette mutation se prolongeait par la substitution à sa nécessaire autorisation, de sa possible opposition à l'exercice d'une profession séparée par sa femme et du possible recours de celle-ci contre un mauvais choix du lieu de résidence du ménage.

Les lois du 13 juillet 1965 (régimes matrimoniaux) et, surtout, des 4 juin 1970, 11 juillet 1975 (divorce) et 23 décembre 1985 (égalité des époux et des parents) ont, encore, modifié les relations conjugales dans le sens d'une complète égalité des deux conjoints et d'une direction collégiale de la famille. Désormais, l'article 213 est, ainsi, rédigé :

> *"Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir"*.

En découlent des nouveaux principes :

- L'article 223 :

> *"Chaque époux peut librement exercer une profession..."*.

- L'article 215 al.2 :

> *"La résidence de la famille est au lieu qu'ils choisissent d'un commun accord"*.

On peut rapprocher la mutation ici intervenue, de la profonde réforme des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 et de la substitution à la puissance paternelle de l'autorité parentale.

II. – LES RAPPORTS DE RECIPROCITE DANS LE MARIAGE

Le mariage crée à la charge de chaque époux un certain nombre de devoirs.

L'article 212 C.civ. prévoit ainsi :

> *"Les époux se doivent mutuellement fidélité* (1°)*, secours* (2°) *et assistance* (3°)*".*

L'article 215 du Code civil prévoit un quatrième devoir, le devoir de communauté de vie (4°) :

> *"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".*

1. – Le devoir de fidélité

La fidélité n'est pas seulement un devoir moral; elle est aussi un devoir juridique. L'irrespect de cette règle peut être cause de divorce, encore que l'évolution des règles en la matière permette d'en douter.

En effet, l'adultère ne peut plus constituer une faute cause péremptoire de divorce. La loi de 1975 a, en outre, supprimé le traitement pénal de cette ancienne infraction. L'adultère n'est donc qu'une cause éventuelle de divorce.

2. – Le devoir de secours

Le devoir de secours couvre l'obligation pour chaque époux de fournir à l'autre les ressources nécessaires à la vie, d'une façon compatible avec la condition du ménage et à proportion de ses propres possibilités. Cette obligation est réciproque et ne pèse même plus à titre principal sur le mari, depuis la réforme du 11 juillet 1975. Ce devoir est en effet régi par l'article 214 C.civ. :

> *"Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils contribuent à proportion de leurs facultés respectives".*

L'inexécution de ce devoir de secours est sanctionnée de plusieurs façons.

- Elle peut provoquer une exécution forcée par voie de saisies, des saisies-arrêts pratiquées sur les traitements et rémunérations, en particulier :

> *"Si l'un des époux ne remplit pas ses obligations, il peut y être contraint par l'autre dans les formes prévues au Code de procédure civile".*

- Elle peut, également, entraîner des sanctions sur le plan pénal (au titre de l'abandon de famille, cause de déchéance de l'autorité parentale) comme sur le plan civil (cause de divorce) : "faute" au titre de l'article 242 rénové.

3. – Le devoir d'assistance

Le devoir d'assistance couvre un devoir d'aide matérielle et morale très large. On lui rattache, tout particulièrement, le devoir de soins en cas de maladie. Il a pour conséquence l'impossibilité de demander le divorce pour cause de maladie (mais non pour cause d'aliénation mentale) du conjoint.

4. – Le devoir de communauté de vie

Le principe de ce devoir est prévu par l'article 215 du Code civil. Dans sa rédaction du 4 juin 1970, il prévoit :

"Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie".

Ce devoir prend la suite du devoir de cohabitation expressément prévu par le texte de 1804 et maintenu jusqu'à ces dernières années.

Le contenu de ce devoir dépasse celui de l'ancien devoir de cohabitation. Il recouvre l'obligation de vivre sous le même toit, mais également celle de remplir les "devoirs conjugaux". Toutefois les époux peuvent avoir un domicile distinct (art. 108), mais doivent avoir une résidence commune.

Ce devoir peut, cependant, être atténué sans que le mariage soit dissous.

Mais si le jugement de séparation de corps maintient le lien conjugal tout en allégeant ses effets, en particulier il suspend le devoir de cohabitation. Cette modification du lien conjugal, parfois dénommée "divorce catholique", peut être obtenue pour l'une quelconque des causes du divorce (art.296), selon la procédure de celui-ci (art.298). L'article 299 précise bien que : *"La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais met fin au devoir de cohabitation"*; en même temps elle provoque une *"séparation de biens"* (art.302).

L'article 303 prévoit, notamment, le maintien du devoir de secours qui prendra la forme du versement d'une pension alimentaire. La séparation prend fin soit par "la reprise volontaire de la vie commune" (art.305), soit par la conversion de plein droit en divorce quand la séparation de corps a duré trois ans (art.306).

L'inexécution sera surtout sanctionnée sur le plan répressif soit à titre civil, soit à titre pénal :

- A titre civil, l'inexécution par l'un des conjoints de son devoir de cohabitation peut dispenser l'autre conjoint de l'exécution de son devoir de secours; le refus d'exécution du devoir de cohabitation constitue aussi une faute grave susceptible d'être retenue comme cause de divorce ou de séparation de corps.

- A titre pénal, le manquement au devoir de cohabitation peut s'insérer dans le délit plus complexe d'abandon de famille.

5. – Les autres devoirs

Le Professeur Flour a attiré l'attention sur ces devoirs :

> *"Une réalité psychologique et morale comme l'état d'époux ne saurait être enfermée dans des formules limitatives. La morale conjugale impose des devoirs plus nombreux mais aussi moins précis. Leur existence est signalée par la sanction attachée à leur transgression".*

La jurisprudence met ainsi à la charge de chacun des époux une série de devoirs dont la transgression est une faute cause de divorce, dans les conditions de l'article 242 du Code civil. L'observation de l'application de ce texte, permet, en contraste d'observer nombre de devoirs plus discrets, plus implicites.

Il en est ainsi du devoir de patience et de bonne volonté mutuelle, du devoir de veiller à son propre honneur, du devoir même de converser dans la mesure où un mutisme obstiné peut être retenu comme injure et cause de divorce... On évoque même l'existence d'un devoir général de sincérité sur tous les événements antérieurs au mariage (cf. A. Rouast, note sous Civ. 25 octobre 1961, D.1961, 769).

§ 2. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU MARIAGE

Dans notre conception française, le mariage double ses effets personnels d'un certain nombre d'effets patrimoniaux en donnant, nécessairement, naissance à un régime matrimonial de libre construction.

Le régime matrimonial se définit comme un système de règles contractuelles ou, à défaut, légales gouvernant la condition des biens et le régime des pouvoirs matrimoniaux des époux, de la célébration à la dissolution du mariage.

- Par *"Condition des biens et régime des pouvoirs"*, on veut dire que tout régime matrimonial a deux objets, schématiquement : répartir les biens appartenant aux époux en un certain nombre de catégories, de "masses", et les soumettre à des règles d'administration et de disposition.

- Par *"De la célébration à la dissolution du mariage"*, on entend que les biens des époux sont nécessairement assujettis à un régime matrimonial pendant toute la durée de leur union. Avant la réforme du 13 juillet 1965, le régime choisi à la célébration ne pouvait pas être ultérieurement modifié. Mais l'article 1397 C.civ., nouveau, abandonne le principe de l'immutabilité du régime matrimonial et dispose :

> *"Après deux années d'application du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir, dans l'intérêt de la famille, de le modifier ou même d'en changer entièrement par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile".*

L'instauration du régime matrimonial obéit à deux principes :

- Le principe de la *nécessité* du régime matrimonial (tout mariage provoque l'organisation d'un régime matrimonial sans qu'il soit possible aux époux d'écarter cet automatisme). Il n'existe à cette règle qu'une sorte d'exception tenant aux conséquences du mariage posthume (art.171 C.civ. al.3); le caractère marginal de l'exception montre l'autorité du principe.

- Le principe de la *liberté* du régime matrimonial : les époux sont libres d'organiser leur régime matrimonial comme ils l'entendent, grâce au contrat de mariage (réforme des régimes matrimoniaux du 13 juillet 1965 modifiée par la loi du 23 décembre 1985 codifiée aux articles 1387 à 1581 du Code civil; cf. Programme de Droit civil de 4ème année) a distingué le régime primaire (I), applicable quel que soit le régime matrimonial proprement dit (II)

I. – LE REGIME PRIMAIRE

Quel que soit le régime matrimonial choisi par eux, les époux sont soumis à un certain nombre de règles impératives, qu'on appelle, *« régime primaire », « statut impératif de base »* selon les auteurs.

Ces règles sont représentatives de l'effort du législateur à mettre sur un pied d'égalité la femme et son mari, à travers des règles promouvant l'indépendance des époux, notamment :

- Ainsi l'article 220 C.civ. reconnaît à chaque époux, sous tout régime matrimonial, le pouvoir de passer, seul, les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. In versement l'article 222 rassure les tiers en présumant que chaque époux est réputé disposer de tous les pouvoirs de passer seel les actes d'administration, de jouissance ou de disposition sur les biens meubles qu'il détient.

- L'article 215 al.3 C.civ. précise que les époux ne peuvent disposer des droits qui assurent le logement de la famille (et des meubles meublants dont il est garni), que d'un commun accord.

- Enfin l'article 214 C.civ. prévoit la contribution des deux époux aux dettes du ménages, à proportion de leurs facultés respectives.

- *"Jeu de la représentation entre époux"* : les règles de la représentation conventionnelle (art.218 C.civ.) ou judiciaire (art.219 C.civ.) peuvent jouer sous tout régime pour modifier les pouvoirs initialement attribués à chacun des conjoints.

II. – LES REGIMES MATRIMONIAUX proprement dits

Le principe de la nécessité du régime matrimonial veut, qu'à défaut de contrat de mariage, il y ait application subsidiaire d'un régime défini et organisé par le législateur : le régime matrimonial légal (A). Le principe de la liberté du régime matrimonial veut que chaque couple puisse librement organiser un régime matrimonial par la conclusion d'un contrat de mariage. Les époux qui profitent de la

liberté qui leur est ainsi reconnue par le législateur (moins d'une fois sur dix), disposeront d'un régime matrimonial conventionnel (B).

La publicité assurée par l'état civil permet aux tiers de connaître le type de régime matrimonial retenu par les conjoints.

A. – Le régime matrimonial légal

Le régime matrimonial légal est le régime matrimonial établi par la loi et appliqué en cas d'absence ou de nullité du contrat de mariage. Il présente, de ce fait, un caractère supplétif bien noté par l'article 1387 du Code civil :

> *"La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire, comme ils le jugent à propos..."*.

Pendant 161 ans, le régime matrimonial légal a été le régime de communauté de meubles et acquêts, il continue à s'appliquer aux époux mariés sans contrat avant le 1er février 1966, date d'entrée en application de la réforme des régimes matrimoniaux. La loi du 13 juillet 1965 modifiée par la loi du 23 décembre 1985 lui a substitué le régime de la communauté réduite aux acquêts, applicable aux époux mariés sans contrat depuis le 1er février 1966.

1. – La composition des masses

– La masse commune, la **communauté** est alimentée :

- Du point de vue "Actif" par les biens acquis à titre onéreux par les époux agissant, ensemble, ou séparément, pendant le mariage à partir de leurs revenus professionnels et des revenus non dépensés donc "économisés" de leurs biens propres.

- Du point de vue "Passif" essentiellement par les dettes contractées par les époux pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

– Les masses propres du mari et de la femme reçoivent les autres biens appartenant au mari et à la femme (biens antérieurs au mariage, biens reçus par donation ou succession pendant le mariage) ainsi que les dettes non communes (dettes antérieures au mariage, dettes liées à une libéralité, dettes contractées pour l'entretien d'un bien propre...).

L'article 1402 al.1 règle toute difficulté d'attribution des biens en disposant :

> *"Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi"*.

2. – La gestion des masses

*** S'agissant des biens communs.**

– le principe est celui de la gestion concurrente (l'un *ou* l'autre des époux peuvent agir)**.** La masse commune est administrée par chacun des époux en application de l'article 1421 C.civ., : chacun peut, seul, effectuer tous les actes sur les biens communs.

– Deux **exceptions** sont apportées

- La première instaure une **gestion exclusive** (l'un *et point* l'autre des époux peut agir). Certains biens affectés à une profession séparée exercée par un époux ne peuvent être gérés que par cet époux (C ; civ., art. 1421, al. 2).
- La seconde instaure une **cogestion** ((l'un *et* l'autre des époux peuvent agir). Les articles 1424 et 1425 associent les deux époux aux décisions importantes concernant les biens communs les plus importants : *"Les époux ne peuvent l'un sans l'autre aliéner ou grever de droits réels, les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté, non plus que les droits sociaux non négociables et les meubles corporels dont l'aliénation est soumise à publicité. Ils ne peuvent sans leur conjoint percevoir les capitaux provenant de telles opérations"* (art.1424 C.civ.). *"Les époux ne peuvent l'un sans l'autre donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal..."* (art.1425 C.civ.).

S'agissant des biens propres. Les masses propres du mari et de la femme sont soumises à la pleine maîtrise de leur titulaire. L'article 1428 C.civ. dispose :

> *"Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres biens et peut en disposer librement".*

La loi du 13 juillet 1965 a notamment supprimé l'usufruit de la communauté sur les biens propres de la femme qui obtient ainsi tous pouvoirs d'administration et disposition de ses biens propres.

B. – Les régimes matrimoniaux conventionnels

Grâce à la conclusion d'un contrat de mariage par devant notaire et antérieurement à la célébration, les époux peuvent se doter d'un régime matrimonial conventionnel.

Dans l'élaboration de ce système, les époux disposent d'une grande liberté : ils peuvent recourir à l'un des régimes types proposés par le législateur mais aussi bien élaborer un régime totalement original. L'article 1387 C.civ. leur permet, en effet, d'établir leurs conventions "comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient

pas contraires aux bonnes mœurs, ni aux dispositions qui suivent", celles-ci étant énoncées de la sorte par l'article 1388 :

> *"Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle".*

Les principaux régimes conventionnels susceptibles de multiples variantes peuvent être regroupées en deux familles : les régimes communautaires où les effets du mariage sur les biens du époux vont être accusés (1) et les régimes séparatistes où les effets du mariage sur les biens des époux vont être limités (2).

1. – Les régimes communautaires

a. – Régime de communauté universelle

L'article 1526 C.civ. prévoit :

> *"Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir... La communauté universelle supporte, définitivement, toutes les dettes des époux, présentes et futures".*

b. – Régime de communauté de meubles et acquêts

Dans ce régime, la masse commune est constituée de tous les biens meubles, à raison de leur nature, et de tous les acquêts, c'est-à-dire les biens acquis à titre onéreux, après la célébration du mariage. Ce régime a une très grande importance, car il est, sous réserve de quelques modifications, le régime matrimonial légal des Français mariés avant le 1er février 1966, date d'entrée en application de la loi nouvelle sur les régimes matrimoniaux.

2. – Les régimes séparatistes

Le législateur a organisé en 1965 deux régimes séparatistes type.

a. – Le régime de séparation de biens

Le régime se résume dans la formule suivante : chacun des époux conserve la propriété, la jouissance et la libre administration de ses biens. L'union des personnes ne se double pas d'une union des biens.

Sous ce régime, par conséquent, la capacité de la femme est réelle; elle peut, sans aucune autorisation, administrer ses biens et en disposer. En France, un tel régime n'est pas très répandu, il est cependant utile lorsque l'un des époux est commerçant (quand il est retenu, ses effets sont souvent tempérés par l'adjonction d'une société d'acquêts : le régime de séparation de biens est le régime principal mais

les biens acquis par les époux durant le mariage à titre onéreux constituent une masse particulière dont le mari assure la gestion et qui est partagée à la dissolution).

b. – Le régime de participation aux acquêts

Ce régime nouveau (en 1965) dans notre Droit aurait pu être le régime matrimonial légal ; c'était le souhait du Doyen Carbonnier, inspirateur de la réforme de 1965 comme de toutes les réformes du droit civil de 1960 à 1980. Il s'inspirait du modèle allemand. Mais les députés l'ont refusé en raison d'un fort attachement à notre système traditionnellement communautariste

Si les conditions d'application en sont délicates, son économie est de principe simple :

- Pendant la durée du mariage : les règles de la séparation de biens s'appliquent.

- A la dissolution du mariage : l'article 1569 C.civ. prévoit que chaque époux pourra prétendre à la moitié des acquêts réalisés par l'autre durant l'union conjugale.

SOUS-SECTION 2 - CONTENU DES LIENS D'ALLIANCE DERIVES : AUTRES LIENS D'ALLIANCE

Le mariage établit des liens entre chaque conjoint et les proches parents de l'autre. Certains bénéficient d'une dénomination particulière : beau-frère, belle-mère..., dans les autres cas, on ajoutera le terme "par alliance" à l'expression désignant la relation avec le conjoint initiateur du lien d'alliance : oncle par alliance, par exemple.

Les effets attachés à ces relations sont assez minimes et limités aux alliés les plus proches :

- Empêchement au mariage en ligne directe à l'égard de tous les alliés (art.161 C.civ.).

- Obligation alimentaire entre gendre ou belle-fille et beaux-parents (art.206 C.civ.).

CHAPITRE 2

LES REGIMES CONCURRENTS DU MARIAGE

Le mariage est une institution conçue comme un modèle légal. Longtemps, ce modèle se conjuguait avec une certaine primauté : hors du mariage, point de salut et on ne concevait guère d'autres formules sauf pour des marginaux.

La Révolution des mœurs la seconde moitié du XXème siècle a cependant montré que le « non mariage » n'était pas dénué d'existence et pouvait même devenir un concurrent, plus ou moins sérieux du modèle légal. Le premier régime concurrent est celui qui prévaut en l'absence de règles, le concubinage, ou union libre (Section 1) ; le second est plus récent, il remonte à l'adoption du Pacs par la loi du 15 novembre 1999 (Section 2).

SECTION 1 – LE CONCUBINAGE

Le concubinage (du latin *cum cubare :* coucher avec) peut être défini comme une union hors mariage présentant une certaine stabilité. Le terme d'*union libre* » est plus récent, plus rebelle à l'institution du mariage : on choisit l'union libre comme si « l'autre », le mariage, ne l'était pas.

On dit souvent à cet égard que le concubinage est une situation de non droit, par référence, sans doute au mépris que Napoléon leur avait témoigné : *« si les concubins se passent de la loi, le droit se désintéresse d'eux »*.

Ce n'est pas tout à fait exact ; ainsi, l'article 340 du Code civil, avant la loi du 8 janvier 1993, assurait que la paternité hors mariage pouvait être judiciairement constatée, entre autres cas, *« dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues »*.

On en déduisait que le concubinage se traduit, en principe, par une communauté de vie, exactement comme le mariage, et, à défaut, par l'existence de relations stables et continues, impliquant une certaine durée mais pas nécessairement une cohabitation. Cette définition était alors très importante par exemple pour appliquer la jurisprudence de l'arrêt *Dangereux*, déjà rencontré, sur la possibilité pour le concubin d'exercer une action en responsabilité par ricochet en cas de décès de l'autre concubin.

De façon générale, cependant, l'élément essentiel reste la **communauté de vie** de sorte que le concubinage est un ersatz du mariage.

Longtemps, alors, on a considéré le concubinage sur le modèle du mariage, essentiellement à propos de la diversité des sexes. Le concubinage est une union

stable, *« entre un homme et une femme »*, affirmait par exemple un arrêt de la première chambre civile du 17 décembre 1997 (D. 1998.11, note J.-L. Aubert) pour refuser à un concubin homosexuel le droit au maintien dans le logement loué par son *« concubin »* décédé.

Ce modèle sociologique est celui qui représente la grande majorité des situations ; c'est d'ailleurs le grand problème du concubinage, sur un plan juridique cette fois comme le décrit Philippe Malaurie (*La famille*, Cujas, n°253) : la situation de la concubine, avec trois enfants, sans travail, prisonnière du concubinage, à la différence de son homologue mariée qui bénéficie d'un régime protecteur. Le mérite du mariage réside dans les effets de sa rupture.

Au-delà de cette situation, on observe que le concubinage progresse dans les couches les plus jeunes, soit comme mariage à l'essai, en une modernisation de fiançailles, soit comme un choix *« anti mariage »*.

La grande question de ces dernières années a été de dépasser le modèle du mariage et de franchir un tabou très fort dans nos sociétés occidentales, les couples d'homosexuels. Tout le débat sur le PACS traduit ce franchissement et les difficultés qu'il a rencontré.

A l'occasion du vote de la loi de 1999, s'est glissé un texte non prévu par le législateur, instituant l'article 515-8 :

> *« Le concubinage est une union de fait caractérisée par une vis commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »*.

Au-delà d'une certaine forme de provocation, non dénuée de souvenirs « soixantuitard » pour certains des promoteurs de ce texte, l'article 515-8 présente l'intérêt de briser la jurisprudence née de l'arrêt du 17 décembre 1997 et sa définition stricte du concubinage, pour proposer au contraire une définition élargie, sans remettre en cause ou ajouter quoi que ce soit aux caractères déjà envisagés par la doctrine et la jurisprudence.

Preuve du concubinage. – L'autre grand inconvénient du concubinage est la difficulté de le prouver. Fait juridique il se prouve par tout moyens, témoignage ou présomptions par exemple. La fréquence des difficultés a permis cependant d'identifier la pratique des *« certificats de concubinage »* ou *« « certificats de concubinage notoire »* ou encore *« attestation d'union libre »* délivrés par certaines municipalité, sans aucune valeur juridique officielle.

Observons, alors, les rapports entre concubins (§ 1) puis les rapports des concubins avec les tiers (§ 2).

§ 1 – Les rapports entre les concubins

* Ces rapports ne sont déterminés par **aucun lien de droit**, en ce sens qu'aucune règle supplétive ou impérative particulière n'envisage le régime du concubinage comme c'est le cas du mariage.

– C'est ainsi, que ni le concubin ni la concubine ne bénéficie d'un droit au nom ;

– les devoirs du mariage (fidélité, secours et assistance) sont inconnus du concubinage (du moins en droit : de même qu'il existe des époux infâmes, il existe des concubins à sanctifier) ;

* Les relations entre concubins sont, dès lors régies par les **règles du droit commun**, droit des obligations et de la responsabilité.

– les relations patrimoniales sont ainsi réduites à l'essentiel. il n'existe pas de communauté. Les biens appartiennent à l'un ou à l'autre des concubins ou aux deux, par une indivision. Pour remédier à cette précarité – ou pour singer encore davantage le mariage – certains concubins concluent même des ***« contrats de concubinage »*.**

– L'absence de relation de droit emporte l'absence de vocation successorale. Pour compenser cette situation et l'absence de régime matrimonial, les concubins se consentent des legs ou des donations, taxées au prix fort (60%, le taux maximal).

Par ailleurs, ces legs et donations ont longtemps subi un contrôle tatillon des juridictions vérifiant ses mobiles : licite lorsque la donation ou le leg vise à assurer une certaine sécurité matérielle à son bénéficiaire, ils étaient traditionnellement annulés dès lors qu'ils avaient pour objet d'acheter le consentement du concubin, notamment en cas d'adultère, jusqu'à une série d'arrêts de 1999 à 2004 (comp. Cass. Ass. Plèn. 29 oct. 2004, Bull. ass. plén., n°12, Grands arrêts, n°29).

– La rupture du concubinage n'est pas davantage réglementée. Révocable *ad nutum*, par simple décision unilatérale, le concubinage est une situation précaire. C'est, d'ailleurs, ce qui fait son succès. La rupture d'un concubinage n'est dons pas, en soi, une faute, même en présence d'enfants.

La jurisprudence a cependant tenté d'atténuer cette sévérité dans certains cas, comme celui d'une concubine âgée, lorsque les circonstances de la rupture paraissent condamnables, un abandon soudain et matériel par exemple ou une promesse de mariage non tenue, en attribuant des dommages-intérêts à la concubine.

Le sort des biens acquis par les concubins est celui de rupture d'une indivision. Parfois, la jurisprudence retient l'existence d'une société de fait entre concubins, par exemple lorsque l'un d'eux a accompagné l'autre dans son activité professionnelle.

§ 2 – LES RAPPORTS DES CONCUBINS AVEC LES TIERS

* Si le concubinage est ignoré par le droit fiscal (ignorance qui crée un certain nombre d'avantages fiscaux, trop d'ailleurs disent certains), il est en revanche bien connu du droit social, en matière d'assurance maladie et de maternité par exemple.

* De même les règles en matière de baux d'habitation connaissent une situation très protectrice des époux (C. civ., art. 1751, L. 6 juill. 1989, art. 14) dont certaines disposition bénéficient également au concubin notoire.

SECTION 2 – LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITE (PACS)

Introduit par la loi du 15 novembre 1999 (réformée par la loi du 23 juin 2006), suivies de trois décrets du 21 décembre 1999 et d'une décision du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 qui complète la loi, ce nouveau régime réglementant une nouvelle (?) forme de couple survient à la suite de nombreux débats juridiques et sociaux, impliquant des enjeux importants, civils, religieux, sexuels, patrimoniaux, politiques…, le Pacte civil de solidarité a été intégré dans le Code civil aux articles 515-1 et s, c'est-à-dire dans la partie du Code civil consacrée aux personnes (comme le mariage), et non dans celui consacré aux contrats (comme les régimes matrimoniaux).

Il repose sur l'émergence sur la scène sociale et médiatique des couples homosexuels alors qu'il n'était pas question, à la différence de certains droits étrangers d'assurer un mariage des homosexuels. S'est associée à cette émergence le drapeau du concubinage, réclamant un statut différent du mariage, refusé par des couples hétérosexuels pour des raisons idéologiques ou par fantasme lié à l'aura d'indissolubilité dont le mariage s'entoure, faussement pourtant.

Sans revenir sur le titre un peu pompeux et ridicule, Pacte civil de *« solidarité »* – solidarité comme citoyenneté étant des termes très (trop) largement galvaudés – ni sur les débats, parfois orageux et engagés qui ont entouré la préparation de la loi (cf. les articles de B. Beignier, Ph. Malaurie et F. Terré, Dr. famille hors série, Le PACS, déc. 1999), on peut insister sur quelques points.

La **nature juridique** du Pacs pose d'abord difficultés. L'article 515-1 le définit comme *« le contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »*.

L'accent est donc mis sur la nature contractuelle du Pacs. Il peut alors s'appliquer à de multiples situations : organisation patrimoniale d'un couple, quel qu'il soit, ou bien à d'autres situations de vie en commun, on citait au cours des débats parlementaires le cas de personnes âgées.

Qu'on ne s'y trompe pas, pourtant, le Pacs a été institué sur le modèle du mariage, pour les couples homosexuels, c'est là sont fondement, de sorte qu'il en résulte tout une série de mécanisme voisins du mariage : formalisme dans la constitution ou dans la dissolution, exigence de devoirs et d'obligations, prohibition

de la bigamie et de l'inceste, droits fiscaux et sociaux. La seule différence étant l'absence de vocation successorale.

On peut alors s'arrêter sur la formation du Pacs (§ 1), sur ses effets (§ 2) puis sur sa dissolution (§ 3).

§ 1 – LA FORMATION DU PACS

I. – LES CONDITIONS DE FOND DE LA FORMATION DU PACS

*. – Capacité

La conclusion d'un Pacs n'est ouverte qu'aux majeurs (C. civ., art. 515-1), de façon plus exigeante que le mariage. Il est alors impossible pour un mineur ou un incapable majeur (C. civ., art. 506-1 pour la tutelle, il est sans doute possible pour la curatelle).

De même, l'article 515-2-1° a créé des empêchements au Pacs – qui constituent en même temps des cas de nullité –, comme il en existe pour le mariage : entre ascendants et descendants, collatéraux jusqu'au troisième degré, alliés en ligne directe, sans possibilité de dispense.

****. –** Le **consentement** donné correspond au consentement du droit des contrats, s'agissant des articles 1109 et suivants et, notamment de ses vices du consentement, erreur, dol, violence, lésion.

On songe également, comme en matière de mariage au **Pacs de complaisance**, paraît-il utilisé dans certaines professions afin d'assurer des mutations plus aisées, sanctionné par la nullité absolue ou au **Pacs *in extremis*** sans aucun intérêt, sinon pour bénéficier d'un régime fiscal ou social de faveur, ou un *« pacs fugitif »*(A. Bénabent, *La famille,* n°713) qui ne dure que le temps d'une donation (mais la brièveté ou la longévité d'un Pacs n'est pas envisagée par le Code civil).

*****. – L'objet et la cause** du contrat est prédéterminé : *« organiser leur vie commune »* (C. civ., art. 515-1) mais aussi les questions de *« résidence commune »* (C. civ., art. 515-3, al.1), *« d'entraide matérielle »* (C. civ., art. 515-4, al.1), de gestion d'un patrimoine commun (C. civ., art. 515-5).

Le Conseil constitutionnel a considéré que ces règles étaient d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent y retrancher (par exemple se dispenser du devoir de cohabitation) ou y ajouter, au regard des règles du droit des contrats (par exemple créer une obligation contractuelle de fidélité). Les clauses méconnaissant ce principe seraient non écrites.

II. – LES CONDITIONS DE FORME DE LA FORMATION DU PACS

***. –** Il convient, d'abord, de **rédiger le contrat**¸ le Pacte qui devra être produit, en un double original, ensuite auprès du greffier.

Il pourra être établi sous la forme d'un acte sous seing privé ou bien d'un acte authentique.

****. –** Il convient, ensuite, de **déclarer et d'inscrire** le pacte.

– la déclaration prend la forme d'une **déclaration conjointe**, avec le contrat, en double, et de pièces supplémentaires (actes d'Etat civil divers afin de prouver que les conditions de fond sont remplies) **au greffe du tribunal d'instance** (C. civ., art. 515-3).

– l'inscription sur un registre tenu par le greffe « *confère date certaine au pacte et le rend opposable au tiers* » (C. civ., art. 515-3, al. 3 et 6).

*****. –** Dès lors, le Pacte est transcrit au lieu de naissance pour y être reporté sur un registre spécial (et non sur l'acte de naissance). Par ailleurs, la communication de l'existence du Pacs est réservée à certaines personnes (notaires, avocats, greffes, …) de façon à assurer la confidentialité de la vie privé qu'il recouvre.

§ 2. – LES EFFETS DU PACS

I. – LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX DU PACS

***. –** Le lien qui résulte du Pacs n'est pas un lien d'alliance ou de quelque nature familiale que ce soit, même si ses dispositions sont situées dans la partie du Code civil consacrée aux personnes.

Par conséquent, les règles concernant les alliés ne sont pas applicables aux « pacsés ». Ainsi, ils n'assument pas d'obligation alimentaires (C ; civ., art. 206, 207) entre époux de que même les immunités pénales (vol entre époux par exemple) ne leur sont pas applicables.

Par ailleurs, les règles applicables aux concubins leur profitent (droit à l'assistance médicale : C. s. p. art. L. 152-2 ; excuse de non dénonciation de malfaiteur ou de recel de malfaiteur, C. pén., art. 434-1, 434-6 et 434-11).

****. –** Le Pacs n'a pas d'influence sur l'Etat-civil des partenaires de sorte que l'acte de naissance n'en porte pas trace. Par conséquent, les partenaires n'acquièrent pas le nom de leur partenaire pas plus qu'ils n'acquièrent sa nationalité.

*****. –** Le Code civil n'évoque, s'agissant des obligations extrapatrimoniales des partenaires, que le fait qu'ils *« s'apportent aide mutuelle et matérielle »* (C. civ.,

art. 515-4) ce qui est maigre si on le compare aux obligations des époux. Les partenaires n'ont donc pas d'obligation de fidélité ou d'assistance morale.

En revanche, les époux assument une obligation de cohabitation, dans la mesure où la définition donnée par l'article 515-1 du Code civil intègre cette exigence.

******. –** Le Pacs ne crée pas non plus une famille particulière. Les enfants nés de couples ayant choisi un Pacs sont des enfants naturels et aucune présomption de paternité comme celle de l'article 312 du Code civil ne facilite l'établissement de la paternité. En réalité, l'existence d'un Pacs peut aider à la preuve de la possession d'état ou à l'attribution de l'autorité parentale aux deux parents naturels vivant ensemble (C. civ., art. 372, al.2).

En revanche, deux questions posent difficultés :

– L'accès à la procréation médicale assistée n'est pas modifiée par l'existence d'un Pacs : la PMA est réservée aux couples constitués d'un homme et d'une femme.

– L'adoption n'est pas davantage facilitée : un célibataire peut adopter un enfant de sorte qu'une personne vivant avec une autre sous un Pacs peut adopter comme célibataire mais sans que l'adoption soit celle des deux partenaires ou que le conjoint de l'adoptant puisse profiter des dispositions facilitant l'adoption, comme c'est le cas des règles du mariage.

II. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU PACS

A. – Les actes de la vie courante

***. –** Les actes de la vie courante sont dominés par la **solidarité** (pas celle du titre du contrat, celle du droit civil traditionnel) des partenaires (C. civ., art. 515-4, al. 2) : « les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun ». La formule ressemble à celle de l'article de l'article 220 du Code civil dans le but de faciliter la vie quotidienne des partenaires dans leurs relations avec les tiers, rassurés – en principe – par cette solidarité.

En pratique, le tiers se heurtera à la discrétion qui entoure le Pacs de sorte que le tiers ne pourra pas obtenir l'identité du partenaire. La solidarité est donc limitées aux hypothèses dans lesquelles le tiers connaît déjà l'identité du partenaire.

****. –** Le Code civil a également instauré une **obligation d'entraide** qui ressemble à la formule de l'article 214 du Code civil relatif à la contribution des époux aux charges du ménage.

*****. –** En matière de bail, le Pacs est assimilé au mariage de sorte que le partenaire peut rester dans les lieux loués par l'autre en cas de décès ou de départ de celui qui a conclu le contrat de bail (L. 6 juill. 1989, art. 14).

******. –** Les effets **fiscaux** et **sociaux** du Pacs sont enfin très importants :

– L'assujettissement commun à l'ISF, à l'IRPP, le bénéfice d'un abattement spécial en cas de legs et d'un taux réduit ou en cas de donation (à partir de la deuxième année) sont autant d'effets fiscaux.

– Les effets sociaux sont également importants : application des dispositions du Code du travail, s'agissant des congés en commun ou du rapprochement familial pour les fonctionnaires et surtout du bénéficie de la sécurité sociale.

B. – De l'indivision au régime légal de séparation des biens

A défaut de véritable régime *« pacsal »* l'article 515-5 du Code civil applique au régime des biens acquis par les partenaires les règles de la séparation des biens, substituées en 2006 à celles de l'indivision (C. civ., art. 815 s), choisies en 1999 et largement critiquées, ce qui est bien peu comparé aux règles prévalant en matière de régime matrimoniaux.

Toutefois, l'article 515-5 du Code civil autorise les pacsés à choisir dans leur convention le régime de l'indivision.

Il en résulte qu'échappent au régime *« pacsal »* et demeurent des biens personnels (on n'ose dire des biens propres) :

- les biens dont les partenaires étaient propriétaires avant la conclusion du Pacs ;
- Les biens reçus à titre gratuit après la conclusion du Pacs ;
- Les biens créés (et non acquis) par un partenaire après la conclusion du pacte (Brevet, droit d'auteur, fond de commerce…)

On s'interrogera, en revanche sur le sort de biens comme les revenus des partenaires ou les revenus des biens personnels.

En cas de décès d'un partenaire, le survivant est protégé par la reconnaissance de droits sur le logement pacsal, par un droit d'usage et d'habitation pendant un an.

§ 3. – LA DISSOLUTION DU PACS

Si le Pacs peut être modifié en respectant un certain parallélisme des forme dans la mesure où aucun principe d'immutabilité ne s'affirme ici, la dissolution du Pacs obéit à quelques règles particulières, qu'il s'agisse de ses modes (I) ou de ses effets (II).

I – Les modes de dissolution du pacs

***. –** Le premier mode de dissolution est la **dissolution par consentement mutuel** dans la mesure où le Pacs est d'abord un contrat. La dissolution obéit alors aux règles de droit commun de le rupture des conventions.

S'ajoute cependant un formalisme particulier qui exige une déclaration écrite conjointe remise au greffe du tribunal d'instance du lieu de résidence actuelle de l'un ou l'autre des partenaires. La dissolution prend alors fin dès la date mentionnée en marge de l'acte initial.

****. –** Le second mode de dissolution est la **dissolution par rupture unilatérale**. On a beaucoup parlé de ce mode de rupture qui ressemble à une faculté de répudiation. Elle résulte cependant logiquement de la considération du Pacs comme un contrat et de la prohibition des engagements perpétuels qui le fonde.

Il reste que les règles de la responsabilité civile tempère la rudesse de la règle : les fautes commises à l'occasion de la rupture peuvent engager la responsabilité du partenaire qui les commettrait.

La décision de dissolution doit alors être signifiée à l'autre partenaire par acte d'huissier. La fin du pacte survient alors trois mois après la date de la signification.

*****. –** La **dissolution par mariage** est fort logique :

– qu'il s'agisse du mariage des deux partenaires entre eux ;
– qu'il s'agisse du mariage d'un partenaire avec un tiers, qui vaut dissolution unilatérale (et sous la même réserve de la brutalité de la rupture).

******. –** La **dissolution pour faute** pose difficultés : dans la mesure où le Pacs est un contrat, l'article 1184 du Code civil qui prévoit la résolution judiciaire du contrat pour manquement à une obligation contractuelle devrait pouvoir jouer.

*******. –** La **non dissolution** pose enfin difficultés lorsque les partenaires sont séparés de fait et ne procèdent pas à la dissolution du pacte. Le problème est alors la poursuite de la solidarité et surtout de l'indivision entre les partenaires.

II. – Les effets de la dissolution du pacs

***. –** Le pacte prend fin pour l'avenir tant dans ses effets patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux de sorte que chaque partenaire peut conclure un nouveau pacte, sans avoir à respecter un quelconque délai de viduité.

****. – La liquidation du pacte**, c'est-à-dire de l'indivision *« pacsale »* s'impose (mais ce n'est pas une obligation : la poursuite de l'indivision est possible en théorie, très improbable en pratique). Les règle de la fin de l'indivision s'appliquent et, notamment, celles prévoyant l'attribution préférentielle de certains biens (C. civ., art. 832).

*****. – Aucune prestation compensatoire ou pension alimentaire** n'est cependant à attendre : le Pacs, répétons-le n'est pas le mariage. Le mariage est certes une situation complexe et qui crée de nombreuses obligations ; c'est surtout une formidable sécurité en cas de rupture du mariage.

SOUS-TITRE 2

LA DESUNION

Les liens du mariage peuvent être dissous complètement à la suite du décès d'un des conjoints, cause involontaire de rupture du mariage, ou à la suite d'un divorce. Sans être complètement dissous, les liens du mariage peuvent être seulement relâchés à la suite d'une séparation de corps. Les deux dernières hypothèses rassemblent les causes volontaires de désunion du mariage *LE DIVORCE* (Chapitre I) et *LA SEPARATION DE CORPS* (Chapitre 2), auxquels il faudrait ajouter l'annulation du mariage, déjà étudiée.

CHAPITRE 1

LE DIVORCE

Le divorce peut se définir comme la rupture du mariage du vivant des époux, par l'effet d'un jugement rendu à la demande de l'un d'eux, voire des deux. C'est un *« démariage »*, comme l'écrit J. Carbonnier (*La famille*, Puf, 20 éme éd., 1999, p. 501).

***** La question du divorce peut revêtir un aspect politique, social, religieux, juridique.

- ***D'un point de vue politique***, le divorce a subi bien des vicissitudes.

Le droit romain connaissait l'institution du divorce mais le christianisme triomphant l'avait policé, jusqu'à l'excès, celui de l'affirmation de l'*indissolubilité du mariage*, posé lors du Concile de Trente, de telle manière que l'occident chrétien a vécu sous ce principe, la mariage ne pouvant être dissous que pal l'nnulation du mariage, donc certains, celui de certains Rois de France, tel celui d'Henri IV et de la reine Margot, marquaient en réalité des divorces ou bien la séparation de corps.

Les protestants en revanche, s'en tenant peut-être à une lecture plus fidèle – ou plus traditionnelle – de l'Ancien testament, n'avaient pas oublié la rupture du mariage pour adultère. Le droit canonique connaissait cependant quelques exceptions, de la séparation *« de lit et de table »* (*divortium quoad torum et mensam*) que l'on pourrait comparer à notre séparation de corps, au divorce proprement dit, le *« divorce de lien »* (*divortium quad vinculum*) en passant par la théorie des nullités du mariage.

Les Lumières, célébrant la liberté individuelle que la Révolution avait fait sienne, au contraire, célébraient l'institution du divorce : comme elle laïcisait le mariage, en le civilisant, elle allait intégrer son contraire, le divorce.

Une loi du 20 septembre 1792 admettait le divorce par consentement mutuel voire pour incompatibilité d'humeur, autre façon de parler de droit de répudiation ou, de façon plus neutre, de divorce unilatéral.

Le Code Napoléon s'en tenait à une voie médiane, retenant le divorce pour faute et faisant du divorce par consentement mutuel une méthode très complexe de rupture du mariage, tellement qu'il en devenait inutile et désuet.

La Restauration portait, au cas particulier, mal son nom puisque la loi de Bonald abrogeait le divorce dès 1816.

Il ne fut rétabli qu'en 1884 par la célèbre loi Naquet qui réintégra le divorce, mais uniquement dans sa conception de divorce sanction. La dernière réforme du divorce est l'œuvre de la loi du 11 juillet 1975, réformée par une loi du 30 juin 2000 en matière de prestations compensatoires, inspirée par Carbonnier entrée en vigueur le 1er janvier 1976, à la suite de la désormais fameuse *« Révolution des mœurs »* issue du Baby boom de l'après guerre.

La loi de 2004 va encore plus loin en assurant un principe de **liberté de divorcer** concurrent de la liberté de se marier dans la mesure où les conditions du divorce pour rupture de la vie commune sont très allégées, consacrant la fin du principe de l'indissolubilité du mariage.

Quelques chiffres :

– en 1960 on constatait 30 000 divorces, 60 000 en 1976, 100 000 en 1980, 120 000 en 1995, et 113 000 en 2001, pour un nombre de mariage a peu près constant autour de 300 000 (285 000 en 2001), soit un taux de divorcialité de 1/10 en 1960 contre 1/3 en 2001 (1/2 à Paris). Le divorce devient donc un phénomène social de premier ordre.

- ***D'un point de vue social***, les deux arguments en faveur du divorce sont individualistes :

- le droit au bonheur de chacun des époux,
- la liberté humaine (le mariage est fondé sur les sentiments; les conjoints malheureux en ménage doivent pouvoir sortir d'une union infernale).

Trois arguments sociaux s'opposent au divorce.

- le premier argument concerne l'intérêt des enfants lorsqu'il y en a (l'enfant partagé est la principale victime du divorce). Toutefois, la condition de l'enfant dans une famille désunie n'est guère meilleure.

- Le deuxième argument est un argument d'ordre démographique : le divorce n'est pas nataliste. La multiplication des divorces entraîne une diminution du nombre des naissances.

- Enfin, si le divorce ne fait pas naître les conflits conjugaux, souvent il les attise. Des mésententes mineures qui auraient pu s'apaiser s'amplifient par la possibilité du divorce.

- ***D'un point de vue religieux***, l'église catholique a affirmé l'indissolubilité du mariage, de la fin du Moyen Age – concile de Trente début XVIIè – au milieu du XXème, tempérée par la nullité ou par certaines causes de dissolution (non consommation du mariage notamment). Dans les autres églises chrétiennes (orientales et protestantes), le divorce a toujours été admis.

***** Ces controverses influent sur le débat *juridique* qui entoure la question du divorce.

Celle-ci s'est d'abord posée en termes de principe : le mariage doit-il être indissoluble ou peut-il être rompu par le divorce ?

Aujourd'hui, la question de principe est dépassée, on n'envisage plus de supprimer le divorce. La discussion porte sur les modalités de son application. En ce dernier domaine, on peut se faire deux idées du divorce.

- On peut le rattacher purement et simplement à la volonté des époux. On aboutit alors soit au divorce par consentement mutuel, soit au divorce par résiliation unilatérale (c'est-à-dire au divorce par répudiation).

- On peut faire du divorce une œuvre judiciaire et c'est ce qui correspond le mieux à l'idée du mariage institution. C'est, en partie, le système de notre Droit positif qui pose des freins à la liberté des époux de divorcer.

Nous conduirons l'étude du divorce en examinant successivement les cas – on parlait autrefois de *cause*, lorsqu'il fallait en chercher une, de divorce, dans lesquels le divorce pourra être prononcé (Section 1), la procédure du divorce (Section 2) et les effets du divorce (Section 3).

SECTION 1 - LES DIFFERENTS CAS DE DIVORCE

Le juge ne pourra prononcer le divorce qu'à deux conditions : l'un des époux doit se trouver dans l'un des cas prévus par la loi comme étant un cas de divorce (§ 1) et l'action ne doit pas être rendue impossible par l'existence d'une fin de non recevoir (§ 2).

§ 1. – LES CAS DE DIVORCE

Le législateur ne laisse pas au juge un pouvoir discrétionnaire : il énumère les cas dans lesquels le juge peut dissoudre le mariage.

Pour fixer ces causes elles-mêmes, on peut se rattacher à plusieurs idées.

On peut envisager les cas de divorce comme des cas de *divorces subis* (pour faute ou pour rupture de la vie commune) ou de *divorces choisis.*

On peut également considérer le divorce comme une pénalité infligée à l'époux coupable : c'est le ***divorce sanction***. Mais on peut l'envisager différemment et le considérer comme un remède à une situation conjugale inextricable. On parle dans ce cas de ***divorce-remède***. On peut même parler d'un ***divorce de confort*** pour les hypothèses les plus souples.

Dans le droit antérieur à la loi de 1975, seule la conception du divorce-sanction qui prédominait, le divorce pour faute, de sorte que certains candidats au divorce inventaient des fautes pour pouvoir divorcer. La loi du 11 juillet 1975 cumule les deux systèmes en élargissant les hypothèses de divorce.

Dans l'état actuel du droit positif, il existe trois causes de divorce. Ce sont les divorces consentis (I), le divorce pour rupture de la vie commune (II), le divorce pour faute (III).

I. – LES DIVORCES CONSENTIS

Les divorces consentis correspondent à ce que l'article 229 (d'avant 2004) présentent comme le divorce par consentement mutuel dit encore « divorce d'accord », qui peut revêtir deux formes : le divorce sur demande conjointe des époux (A) et le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre (B). Après 2004, la première variante s'appelle divorce par consentement mutuel.

A. – Le divorce par consentement mutuel

Cette forme de divorce (divorce sur demande conjointe des époux avant 2004) correspond à la formule de divorce du Code civil de 1804, disparue en 1816 et que le législateur de 1884 n'avait pas osé faire revivre, à la différence du législateur de 1975. Son rétablissement fut guidé par l'idée selon laquelle il convenait de mettre fin à la comédie jusqu'ici pratiquée et qui consistait, quand les époux étaient d'accord pour divorcer, à imaginer des griefs réciproques et à produire des documents injurieux (ex. : les époux se faisaient surprendre à tour de rôle en flagrant délit d'adultère ou bien s'envoyaient réciproquement des lettres d'injure qu'ils rédigeaient ensemble avec leurs avocats).

Le divorce par consentement mutuel repose sur l'accord des époux s'agissant tant du principe du divorce que de ses conséquences, patrimoniales et extrapatrimoniales (les enfants notamment).

Désormais, les époux qui **veulent divorcer d'un commun accord** doivent présenter au juge une *requête conjointe* lui demandant de constater judiciairement l'échec de leur union tout en proposant à son homologation une convention réglant les conséquences du divorce, sans avoir à révélés les motifs du divorce.

– La procédure était assez longue avant 2004 en raison de la nécessité de procéder à deux comparutions (trois en fait) et de l'exigence d'un délai de réflexion.

Désormais, la demande de divorce n'exige plus qu'une comparution et supprime le délai de réflexion. Les époux sont tenus de soumettre à l'approbation du juge un ***projet de convention*** qui règle toutes les conséquences du divorce et ce dès la requête.

Il n'y a donc plus de premier projet, dit *convention temporaire* règlant la situation des époux pendant l'instance – la séparation de fait, notamment – puis un second projet dit *projet de convention définitive* qui envisageait l'ensemble des questions de l'après divorce.

Le juge peut refuser d'homologuer la convention s'il constate qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. Refusant l'homologation de la convention, il ne peut pas prononcer le divorce. Il ajourne sa décision jusqu'à présentation d'une convention modifiée.

Cependant, en règle générale, la convention est acceptée et sa rédaction doit être d'autant plus minutieuse qu'elle prendra effet immédiatement après la comparution des parties qui précède le jugement.

L'absence de mesure provisoire, qui s'impose parfois, impose alors des stratégies particulières et notamment de formuler une demande de divorce contentieux, en soumettant une convention provisoire ou bien une demande de divorce sans préciser sa nature, de sorte que le juge est alors contraint de rendre une ordonnance de non-conciliation et ce faisant de fixer des mesures provisoires.

Contenu de la convention : la convention fixe en premier le lieu de résidence de chacun, le divorce mettant fin à l'obligation de communauté de vie, fixe, éventuellement la date d'effet des conséquences du divorce, dans les conditions de leur choix (avec d'éventuelles conséquences fiscales ou sur les biens des époux), assure la liquidation du régime matrimonial (celle-ci devant être réalisée avant, et les parties doivent apporter un état liquidatif ou une déclaration selon laquelle il n'y a pas lieu à liquidation, en l'absence d'immeubles communs notamment), elle fixe le montant éventuel de la prestation compensatoire, décidée par les parties et contrôlée par le juge, et comporter des clauses de révision, la question de la réparation des frais d'instance et celle du nom des époux (cf. infra).

– En termes de délais, il en résulte qu'un divorce peut être jugé entre 3 et 9 mois.

****. –** Par ailleurs, le consentement des époux doit être exempt de vice (C. civ., art. 232) c'est-à-dire exempt de violence ou de pression, de dol (c'est-à-dire de manœuvres), ou d'erreur. Cela étant, le divorce, en raison de double nature, conventionnelle et institutionnelle, ne peut faire l'objet d'une action en annulation, mais d'un appel.

B.– Le divorce par acceptation de la rupture du mariage

Ce type de divorce remplace l'ancien forme de divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, et autrefois appelé aussi « divorce par double aveu » ; il est une variante du précédent : les époux sont d'accord sur le principe du divorce mais pas sur ses conséquences. La demande en divorce est introduite par un seul des époux, ce qui peut présenter un avantage pour l'autre lorsque, pour des raisons morales ou religieuses, ce dernier hésite à introduire lui-même la demande.

L'époux qui prend l'initiative de la demande doit faire état d'une demande, sans préciser de raison, faisant de ce divorce, comme le précédent, un divorce objectif, alors qu'avant 2004, le demandeur devait établir dans sa demande un ensemble de faits (procédant de l'un et de l'autre) et qui rendent *intolérable le maintien de la vie commune*, bref un état constatant la faillite du mariage. Si l'autre époux reconnaît les faits devant le juge, le tribunal prononcera le divorce aux *torts partagés* (sur le caractère définitif du double aveu des époux, v. Civ.2°, 26 janvier 1984, JCP 1984, II, 20310, note Blaisse). En revanche, si ce même époux ne reconnaissait pas les faits, le tribunal ne pouvait pas prononcer le divorce.

Désormais l'accord de l'autre époux ne porte plus que sur le principe du divorce, acceptation qui est ensuite irrévocable.

L'avantage de cette seconde forme, par rapport à la première, est qu'elle ne comporte pas de délai. D'autre part, les conséquences du divorce ne seront pas réglées au préalable, mais au moment du prononcé du divorce par le tribunal lui-même et non par les époux. Elle risque donc d'être à la fois plus rapide et plus simple. Cette rapidité et cette simplicité expliquent sans doute le succès qu'a rencontré cette formule dans certains tribunaux.

La formule présente, en revanche, l'inconvénient d'être plus onéreuse. La procédure, en effet, est ici une procédure contentieuse, alors que dans la première formule, elle était gracieuse. Une conséquence va en découler : le recours à un avocat pour chaque partie va être obligatoire (alors que précédemment nous avons vu que la requête conjointe pouvait être présentée par un seul avocat, choisi d'un commun accord par les époux). Notons que cet inconvénient n'en est pas vraiment un, dans la mesure où les personnes de revenus modestes peuvent, aujourd'hui, bénéficier de l'aide judiciaire soit totale, soit partielle.

II. –LE DIVORCE POUR ALTERATION DEFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

Ce type de divorce remplace le divorce pour rupture de la vie commune introduit en 1975 et qui fut le plus discuté, le plus contesté. L'idée dominante tient au fait que lorsque le mariage a *en fait* cessé depuis longtemps, la faillite du ménage est consommée ; il ne reste plus alors qu'à prononcer le divorce, sans avoir à constater le faute, sans avoir à rechercher l'accord de l'autre époux. C'est, alors, une forme de divorce-répudiation, avancent ses détracteurs, c'est l'anti-indissolubilité du mariage, avec des réserves cependant, d'où la réforme de 2004 :

Il n'y a plus depuis 2004 qu'un cas de divorce, le *constat de l'altération définitive du lien conjugal*, résultant de la cessation de la communauté de vie, tant

affective que matérielle. Le délai de séparation, qui n'est pas une condition préalable est de deux ans contre 6, remplaçant les deux cas existant avant 2004, lorsqu'il résultait d'une séparation de fait depuis plus de six ans, ou en cas d'altération des facultés mentales de l'autre époux (C. civ., ancien art. 238).

Désormais, le délai est simplement de deux ans à compter de l'absence de communauté de vie, de la séparation.

III. – LE DIVORCE POUR FAUTE

Seule forme du divorce dans le droit antérieur à 1975, seule véritable *cause*, au sens propre du terme, de divorce, ce cas de divorce – le divorce sanction – a naturellement été maintenu par la loi nouvelle, malgré le désir de certains groupes politiques de la voir rayée du Code civil, en raison de la charge morale et religieuse qu'il supporte. Maintenu, le divorce pour faute a, toutefois, subi des changements ; il doit également être réformé par la loi de 2004.

A. – Disparition de la notion de causes péremptoires de divorce pour faute

* Dans la rédaction antérieure à 1975, le Code connaissait des **causes péremptoires de divorce** : cinq fautes qui devaient emporter, presque *ipso facto*, le divorce. Il s'agissait de l'**adultère**, de la **condamnation à un peine afflictive et infamante**, des **excès**, des **sévices** et des **injures graves** (C. civ., ancien art. 229 à 232). L'adultère tenait, évidemment, la plus grande part dans cette énumération. Les trois dernières hypothèses devaient d'ailleurs, depuis 1945 constituer **une violation grave ou renouvellée des devoirs et obligations résultant du mariage *et* rendre intolérable le maintien du lien conjugal**.

* L'article 242 du Code civil issu de la réforme de 1975 n'a conservé que cette dernière exigence.

Il n'y a plus **aujourd'hui** d'énumération, plus de cause péremptoire de divorce (sauf la condamnation, C. civ., art. 243) mais une **cause indéterminée qualifiée** : **une *violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations* résultant du mariage *qui* rend intolérable le maintien du lien conjugal**.

Il ne subsiste donc plus que des causes facultatives, laissant place au pouvoir d'appréciation du juge.

B. – Substitution de la seule faute aux anciennes causes

Aujourd'hui, aux termes de l'article 242, le divorce pour faute peut être demandé par l'un des époux dans le cas d'une faute correspondant à une violation des obligations du mariage, sans exemples ou énumérations, contrairement à la loi de 1075 qui envisageait deux hypothèses, celle d'une faute pénale ou d'une faute civile.

Pour que la faute civile puisse être retenue, il est nécessaire mais il suffit qu'elle consiste en une violation des devoirs du mariage imputable au conjoint à qui elle est reprochée et rendant intolérable le maintien de la vie commune (art.242 C.civ.).

a. – La *« violation des devoirs du mariage »*

. – Une *« violation… des devoirs et obligations du mariage ».

L'interprétation de l'expression « *violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage »* qui figure à l'article 242 du Code civil, peut être effectuée par **référence aux anciennes fautes péremptoires**.

- *L'adultère* : il n'est plus suffisant en soi pour constituer une cause péremptoire du divorce. L'adultère toléré ou encouragé par l'autre, l'adultère occasionnel, l'adultère commis après plusieurs années d'abandon... pourraient ne plus constituer la faute requise.

Observons cependant que l'adultère n'est pas, en tant que tel, sanctionné par l'article 242 du Code civil, mais en tant que **violation du devoir de fidélité** de l'article 212 du Code civil.

- *L'excès* : il désigne les actes de nature à mettre en danger la vie du conjoint.

- *Les sévices* : ils visent les voies de fait commises sur la personne du conjoint sans que sa vie soit, pour autant, en péril. Aujourd'hui, comme hier, les violences, les sévices constituent des fautes.

- *Les injures* : le terme d'injure ne signifie pas simplement pour les tribunaux le fait d'invectiver outrageusement mais couvre de façon très générale toute faute commise par un conjoint à l'égard de l'autre. Il s'agit de la violation de tout devoir conjugal, c'est à dire de la méconnaissance des obligations réciproques imposées aux conjoints par le mariage. Il peut s'agir des devoirs légalement prévus : fidélité, secours, assistance et communauté de vie. De ce point de vue, l'adultère disparaît derrière la notion plus générale d'injures. Il peut s'agir aussi des devoirs non exprimés par la loi : les juges ont ainsi retenu comme injure le refus de tenir la promesse de faire baptiser les enfants ou le fait d'avoir une conduite scandaleuse, de ne pas assurer au conjoint un mode de vie qu'il pouvait légitimement attendre, d'avoir des attitudes politiques ou religieuses offensantes pour le conjoint...

- ***Les autres violations :*** Constituent également des violations causes de divorce, le manquement à diverses obligations comme le manquement au devoir de loyauté que se doivent les époux, comme le manquement :
  - aux charges du mariage,
  - au devoir de secours,
  - au devoir d'assistance (absence de soins à son conjoint ou à ses enfants),

- au devoir de cohabitation, ce qui correspond à l'hypothèse de l'abandon de domicile, mais aussi, le fait *« de se refuser à l'autre »*…
- et d'autres comportements, comme de défaut de respect, l'indifférence, la malhonnêteté, le fait d'avoir caché certains aspects de sa personnalité, sociaux, physiques (impuissance) ou psychologiques, etc.

****. – Une *« violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage ».***

L'adultère, les excès, sévices ou injures doivent constituer une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations de l'un des époux : l'appréciation de la gravité se fait en fonction du milieu social et du niveau culturel des intéressés. La loi sanctionne aussi bien le fait unique mais grave que le fait sans gravité mais qui le devient par répétition.

Les faits invoqués doivent être imputables au défendeur, c'est à dire avoir été commis volontairement ou, du moins, avec discernement. Ainsi, le fait que l'un des époux ait involontairement blessé son conjoint ne saurait être considéré comme une faute de nature à justifier le divorce. De même, les faits commis par l'aliéné mental ne sauraient être pris en compte. De même, le mari ne saurait se prévaloir du viol dont son épouse a été victime pour demander le divorce pour cause d'adultère.

b. – ***« ... rendant intolérable le maintien de la vie commune »***

Le divorce-remède l'emporte ici sur le divorce-sanction. On voit aujourd'hui cette condition nécessaire devenir, peu à peu, une condition suffisante : les tribunaux accordent désormais le divorce dès qu'ils sont convaincus qu'un refus ne ferait que retarder le moment de la rupture définitive sans accroître les chances de stabilité du mariage. L'appréciation de la situation de fait créée par le comportement fautif est considérée comme plus importante que celle du comportement fautif lui-même.

C'est ainsi par exemple que le devoir de fidélité s'estompe : le flirt, la galanterie excessive, ne sont pas nécessairement des causes de divorce.

Ces différentes causes de divorce se sont répartis de la manière suivante:

- demande conjointe	:	entre 40 et 45 %
- demande acceptée	:	environ 15 %
- rupture de la vie commune	:	environ 1 %
- faute	:	entre 40 et 45 %

Les chiffres ont, depuis cette analyse, progressé dans le même sens... mais plus vite... et l'on peut se demander si le plafonnement des divorces ne naîtra pas de la diminution des mariages, on se retrouverait dans la situation de 1792...

§ 2. – LES FINS DE NON RECEVOIR A L'ACTION EN DIVORCE

Lorsqu'un époux demande le divorce, il peut arriver que son action soit déclarée irrecevable si certains événements, dits fins de non recevoir, se sont produits. Ces événements sont autant d'obstacles à l'action en divorce ; cette question autrefois très importante est désomais plus limitée.

Une première fin de non recevoir est applicable à tous les cas de divorce : il s'agit du **décès de l'un des époux avant que la décision de divorce ne soit devenue définitive**. Le décès rompant le mariage, le divorce n'a plus de raison d'être.

Les **autres fins de non recevoir** vont être variables selon la cause de divorce invoquée.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, ce peut être l'absence de consentement.

Dans le cadre du divorce pour altération de la vie conjugale, il existe plusieurs fins de non recevoir limitées, comme la computation de la durée de deux ans. Cela étant la modification de 2004 a emporté la fin de l'utilité de ces fins de non recevoir.

Avant 2004, en effet, pouvait être discuté la question de l'**altération grave des facultés mentales**, si ce divorce risquait d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint mais, surtout, de manière plus générale, l'ex-article 240, prévoyait ce qu'on appelait la **« clause » d'exceptionnelle dureté** : « *si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui (compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage), soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté, le juge peut rejeter la demande* ». La notion d'exceptionnelle dureté était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond pour lui permettre d'apprécier l'opportunité de la demande, pour la refuser éventuellement.

Pour apprécier l'exceptionnelle dureté, les tribunaux prenaient en considération les conséquences du divorce et non pas celles de la rupture : la longue durée du mariage, l'âge avancé du conjoint défendeur, ses faibles ressources, son état de santé déficient, son milieu social (v. notamment à propos de la femme d'un rabbin, Paris 16 mars 1978, JCP 1978, II, 18964, 2ème espèce, note R. Lindon), mais pas les convictions personnelles ou religieuses (v. notamment en ce sens Paris 1er juin 1979, JCP 1981, II, 19565, note R. Lindon; sur la question, v. également C.Atias, *"Les convictions religieuses dans la jurisprudence en matière de divorce"*, JCP 1984, I, 3151; Barbier, *"Le divorce, la religion et l'exceptionnelle dureté au sens de l'article 240 du Code civil"*, Gaz. Pal. 1987, 1, doct. 273).

Enfin, troisième moyen de défense (qui n'est pas véritablement une fin de non recevoir), l'époux « répudié » peut effectuer une demande reconventionnelle, fondée sur la faute du demandeur de façon à permettre au juge de se prononcer sur les conditions de la demande de divorce (alors que celles-ci sont ignorées dans le divorce pour rupture de la vie commune). Si la faute est démontrée, le divorce sera prononcée aux torts exclusifs du demandeur ;

Dans le cadre du divorce pour faute, on retrouve dans le droit d'après 1975, les fins de non recevoir du droit antérieur. Ce sont :

1. – La réconciliation des époux : il se peut qu'après une faute de l'un des époux, l'autre pardonne à son conjoint. L'époux qui a pardonné ne peut pas introduire une action en divorce en invoquant la faute antérieure à la réconciliation. Il peut, en revanche, fonder son action sur de nouveaux griefs, survenus ou découverts depuis la réconciliation.

La loi nouvelle définit les éléments constitutifs de la réconciliation (ce que ne faisait pas le droit antérieur). Elle doit comporter :

- un *élément matériel* : la reprise de la vie commune;
- un *élément intentionnel* : le pardon de l'époux offensé et l'acceptation du pardon par l'époux offenseur. On veut par là éviter que la reprise de la vie commune ne soit motivée par des raisons étrangères à l'esprit de réconciliation comme les difficultés de logement ou l'intérêt des enfants.

2. – Les excuses : L'article 265 envisage le comportement de l'autre époux : les grossièretés, les injures, les coups qui seraient eux-même à l'origine de fautes commises par un époux. Si celui-ci subit une procédure de divorce pour faite il pourra alors faire valoir cette fin de non recevoir, ou bien formuler une demande reconventionnelle.

3. – La provocation : un époux veut divorcer mais ne souhaite pas agir et envisage de provoquer l'action de son conjoint, par une provocation, un encouragement à commettre une faute, ou pire une mise en scène, grâce à un complice complaisant qui est chargé de séduire le conjoint qui commet ainsi une faute, provoquée qui peut justifier une nouvelle fin de non recevoir.

4. – L'irresponsabilité : c'est le comportement morbide, maladif, dépressif, ou la déficience mentale d'un époux qui est visé.

5. – La prescription : si un époux reste plus de trente ans sans invoquer les griefs qu'il a contre son époux, on lui opposera la fin de non recevoir tirée de la prescription.

6.– La réciprocité des torts : en principe, ce n'est pas une fin de non recevoir. Toutefois, les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce peuvent enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce. Par ailleurs, l'article 245 alinéa 3 du Code civil prévoit que le magistrat pourra prononcer le divorce aux torts partagés même si l'époux défendeur ne demande rien, lorsque les débats feront apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre.

SECTION 2 – (QUELQUES ELEMENTS DE) LA PROCEDURE DE DIVORCE

Elle est différente selon la cause invoquée. Certaines règles sont cependant générales (§ 1), d'autres sont particulières (§ 2).

§ 1. – LES REGLES GENERALES

* En ce qui concerne le juge compétent, l'action en divorce relève du TGI statuant en matière civile. Un juge de ce tribunal est particulièrement compétent, c'est le **JAF** « juge aux affaires familiales » (L.8 janvier 1993, art.247 al.2). Le juge aux affaires familiales est désormais le seul juge du divorce et de ses conséquences. Il est spécialement compétent dans deux cas :

– le divorce sur demande conjointe des époux : c'est lui qui le prononce.

– il statue également sur tout ce qui concerne l'après divorce : les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la modification de la pension alimentaire, la révision de la prestation compensatoire (art.279 al.3 C.civ.).

Le juge aux affaires familiales peut renvoyer l'affaire à une audience collégiale; le renvoi est de droit dès que l'une des parties le demande.

* En principe, le tribunal territorial compétent est le tribunal du lieu où se trouve la résidence de la famille.

§ 2 - LES REGLES PARTICULIERES DE PROCEDURE

Il faut distinguer le divorce sur demande conjointe des autres divorces étant entendu que la demande initiale de divorce n'est pas définitive en ce sens que les époux peuvent, à tout moment changer de type de divorce, ce qui n'était pas possible avant 2004 (il convenait de se désister, puis de changer de procédure).

1. – Dans le cadre du **divorce par consentement mutuel**, la procédure est entièrement ***gracieuse*** et se déroule toujours devant le juge aux affaires familiales.

2.– Dans le cadre des **autres formules**, la procédure est mixte : elle est **gracieuse** dans un premier temps, **et contentieuse** ensuite.

a. – La phase gracieuse de la procédure est une phase de **réconciliation** les époux. La procédure commence par une requête que l'époux demandeur adresse au juge. Le juge procède ensuite à la tentative de conciliation. Cette tentative n'est obligatoire qu'en cas de demande de divorce pour rupture de la vie commune ou pour faute. Au jour fixé pour la tentative de conciliation, les époux doivent comparaître devant le juge. Le juge tente de dissuader les époux de divorcer; s'il échoue, il rend une ordonnance de non conciliation (dans cette ordonnance, le juge peut statuer sur

des mesures provisoires telles que la fixation de la résidence séparée des époux, les modalités de l'autorité parentale).

b. – S'ouvre alors la **phase contentieuse**. L'un des époux adresse à l'autre une assignation en divorce. L'autre peut contester les griefs, il peut aussi introduire une « demande reconventionnelle » : il devient lui-même demandeur et invoque les torts et griefs de l'autre époux. Les débats se déroulent à huis clos afin d'éviter toute publicité. Les moyens de preuve les plus larges sont désormais admis : aveu, serment, lettres échangées, mais ne sont pas admis les témoignages de tous les descendants de chacun des époux. Le tribunal peut rejeter la demande en divorce (les mesures provisoires prennent fin mais selon l'article 258 du Code civil, la loi confie au juge le soin d'organiser pour l'avenir la séparation de fait entre les époux).

– En de divorce pour faute, le tribunal peut prononcer le divorce soit aux torts exclusifs de l'un ou l'autre des époux, soit aux torts partagés.

– En cas de divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, le divorce prononcé produira tous les effets d'un divorce à torts partagés.

– Le divorce pour rupture de la vie commune est prononcé automatiquement contre celui qui a pris l'initiative de la demande.

c. – S'agissant des voies de recours, elles sont toujours suspensives (aussi bien l'appel que le pourvoi en cassation alors que normalement seul l'appel est suspensif).

Quand le divorce est devenu définitif, la mention en est portée en marge de l'acte de mariage ainsi que des actes de naissance des époux.

La nouveauté de la loi de 2004 consiste à proposer de façon systématique des passerelles entre les procédures de divorce : un divorce entamé selon une certaine procédure, pour faute par exemple, peut toujours déboucher sur une procédure de divorce par consentement mutuel, plus rapide et moins traumatisant (C. civ., art ; 247).

SECTION 3 – LES EFFETS DU DIVORCE

L'effet principal du divorce est de dissoudre le mariage, c'est-à-dire de mettre fin, sans rétroactivité, aux effets de ce mariage. La rupture du lien matrimonial ainsi réalisée va nécessairement affecter les rapports des époux entre eux (§ 1) et les rapports entre parents et enfants (§ 2).

§ 1. – LES EFFETS DU DIVORCE DANS LES RAPPORTS ENTRE EPOUX

Entre les époux, le divorce produit des effets au double plan de leur personne (I) et de leur patrimoine (II).

I. – LES EFFETS EXTRA PATRIMONIAUX DU DIVORCE

Au plan personnel, l'effet essentiel du divorce est la **dissolution du mariage** qui supprime la qualité d'époux, et ce à compter de la date à laquelle la décision qui prononce le divorce est devenue définitive (art.260 C.civ.).

La suppression de la qualité d'époux et donc le retour au célibat, les deux ex-époux sont désormais des étrangers l'un pour l'autre, va entraîner diverses conséquences dont les principales sont les suivantes :

– Suppression des devoirs réciproques, et notamment des devoirs de cohabitation et de fidélité. C'est là une grande différence avec la séparation de corps.

Il y a également, en principe, suppression du devoir de secours. Toutefois, en cas de divorce pour rupture de la vie commune, celui des époux qui a pris l'initiative de demander le divorce demeure tenu de ce devoir à l'égard de l'autre.

– Droit de se remarier.

– Perte du droit pour la femme de porter le nom de son mari.

En **principe**, en effet, chacun reprend son nom après le prononcé du divorce (C. civ., art. 264).

Une **première exception** permet à la femme divorcée de conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou ses enfants.

Une **seconde exception** concerne le cas du divorce pour rupture de la vie commune, la loi est allée encore plus loin en octroyant à la femme le droit de conserver l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par lui.

II. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DU DIVORCE

S'agissant des effets patrimoniaux du divorce, la loi de 1975 a introduit des règles radicalement différentes de celles que l'on connaissait auparavant. Il s'agissait alors de produire les effets d'un divorce pour faute et, donc, de proposer des effets en termes de sanction d'une faute.

Au-delà des règles intéressant la dissolution du régime matrimonial, le législateur de 1975 a cherché d'une part à dédramatiser l'***après-divorce***, d'autre part à déculpabiliser au maximum les effets du divorce (cette dernière idée explique que certains de ces effets ne vont pas être liés à l'idée de faute et de sanction; d'autres au contraire le seront).

A. – Dissolution du régime matrimonial

La dissolution du mariage, union de personnes, se prolonge par celle du régime matrimonial, union de biens. Le régime sera liquidé d'après les règles conventionnelles prévues par le contrat de mariage ou, à défaut, selon les règles légales. C'est l'objet du cours de 4ème année.

B. – Perte des avantages matrimoniaux

C'est le problème des donations que les époux avaient pu se consentir durant le mariage ou par contrat de mariage, à l'exception des « présents d'usage ».

1. – En cas de divorce par consentement mutuel

– Sur demande conjointe : « *... les époux décident eux-mêmes du sort des donations et avantages qu'ils s'étaient consentis. S'ils n'ont rien décidé à cet égard, ils sont censés les avoir maintenus"* (art.208).

– Sur demande acceptée : *"... Chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre"* (art.268-1).

2. – En cas de divorce pour altération du lien conjugal

La perte des avantages matrimoniaux prend donc ici la forme d'une sanction, d'une déchéance que subit l'époux fautif, à la différence de l'autre.

> *"Celui qui a pris l'initiative du divorce perd de plein droit les donations et avantages que son conjoint lui avait consentis. L'autre époux conserve les siens"* (art.269).

3. – En cas de divorce pour faute

- Si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, *"... celui-ci perd de plein droit toutes les donations et tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis. L'autre conjoint conserve les donations et avantages qui lui avaient été consentis, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu"* (art.267). On retrouve aune formule proche de celle du divorce pour rupture de la vie commune.

- Si le divorce est prononcé aux torts partagés, *"... chacun des époux peut révoquer tout ou partie des donations et avantages qu'il avait consentis à l'autre"* (art.267-1).

C.– Perte de tout droit successoral

Les époux perdent, par le divorce, les droits légaux qu'ils avaient à la succession de l'autre; chacun demeure libre, cependant, de léguer tout ou partie de ses biens à son ex-conjoint (qui n'interviendrait plus, alors, en tant que conjoint héritier légal mais en tant qu'étranger légataire, héritier testamentaire).

D. – Attribution du logement familial

– L'appartement appartient à un des époux (c'est un bien propre). La liquidation du régime matrimonial entraînera restitution à l'époux propriétaire de la libre maîtrise de l'appartement familial.

La jouissance de cet appartement pourra cependant être décidée par le juge et l'article 285-1 prévoit la possibilité d'un bail forcé:

> *« Si le local servant de logement à la famille appartient en propre ou personnellement à l'un des époux, le juge peut le concéder à bail à l'autre conjoint :*
> *. lorsque l'autorité parentale est exercée par celui-ci sur un ou plusieurs enfants, ou en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale lorsqu'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement;*
> *. lorsque le divorce a été prononcé à la demande de l'époux propriétaire, pour rupture de la vie commune (...) ».*

– L'appartement appartient aux deux époux. En ce cas, le sort de l'appartement est réglé par les règles de la dissolution du régime matrimonial : il peut être vendu ou plus sûrement attribué à l'un des époux

– L'appartement est loué. Les règles de l'article 1751 du Code civil, relayées par celles de l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989 assurent le maintien dans les lieux de l'époux même s'il n'est pas le signataire du contrat et le juge eut attribuer le droit locatif à l'un des époux en fonction des intérêts sociaux ou familiaux en cause, c'est-à-dire en pratique à la mère et à ses enfants.

E. – Prestations après divorce

1. – Avant 1975, le conjoint innocent avait droit à une ***pension alimentaire***, presque toujours versée au profit de la femme (femme au foyer) que le mari devait entretenir.

La pension alimentaire a une double nature : indemnitaire dans son fondement (responsabilité pour faute) et alimentaire dans son objet (elle dépend des ressources du débiteur et des besoins du créancier).

En découlent deux **conséquences** :

- la pension alimentaire ne peut être accordée qu'à l'époux innocent;
- elle est par nature révisable, d'où les chicanes, les disputes pendant le divorce (qui est plus innocent que l'autre ?) et après le divorce (*"tes ressources ont changé, mes besoins aussi..."*).

2. – Depuis 1975, le législateur de 1975 a voulu éviter ces conséquences fâcheuses en substituant dans de nombreuses hypothèses la prestation compensatoire à la pension alimentaire.

*****. – La ***prestation compensatoire***¸ l'une des principales innovations de la loi de 1975, réformée par une loi du 30 juin 2000, vise à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Elle a pour but d'essayer de maintenir les anciens époux dans les conditions matérielles qu'ils avaient avant le mariage.

– Elle est accordée sans distinction entre l'époux coupable et l'époux innocent.

– Elle est en principe forfaitaire, c'est-à-dire qu'elle doit normalement être versée une fois pour toute au moment du divorce sous la forme d'un capital (art.275 C.civ.). Mais elle peut être révisée si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Le problème est que le principe a été renversé : les prestations compensatoires étaient toujours versées sous forme de rente, solution facilitée par le régime fiscal favorable à la rente (déductibilité des revenus).

La loi du 30 juin 2000 a réformé considérablement la question. Elle prévoit que la prestation est versée sous forme de capital (art. 274) sauf exceptions déterminées, soit sous la forme du versement d'une somme d'argent soit de l'abandon de biens en nature, soit par dépôt de sommes productives de revenus (instruments financiers, actions…). Mais des modalités de paiement (huit ans) peuvent être accordées (n'est-ce pas retrouver la rente ? Avant 2000 les rentes étaient versées entre cinq et dix ans). La loi de 2004 en revanche prévoit que la fixation de la prestation sous forme d'un capital sera systématique.

– Elle est fixée en fonction des besoins et des ressources des parties, en fonction de l'âge, de l'état de santé, …des parties. L'objectif est en effet de maintenir le train de vie de son créancier et de compenser la disparité que le divorce crée dans les conditions de vie des deux ex-époux. Pour cette raison, elle est calculée selon les besoins de l'époux et ses ressources et en tenant compte de la situation au moment du divorce (C. civ., art. 271). Pour cela, les deux époux établissent une déclaration sur l'honneur de l'exactitude des informations fournies sur leurs ressources (C. civ., art. 272).

– Elle présence in caractère forfaitaire.

– Elle est évaluée à la date de la dissolution du mariage.

– Elle est transmissible aux héritiers du débiteur même si sa valeur est supérieure à l'actif de la succession reçu par les héritiers, c'est de dernier point que la loi de 2004 entend modifier.

– Elle est révisable, même si la pratique judiciaire d'avant la loi du 30 juin 2000 rendait cette révision très difficile. Désormais cette révision est inutile,

puisqu'il s'agit d'un capital. Simplement le montant est indexé en présence de facilités de paiement. L'article 276-3 prévoit cependant que en cas de changement important dans la situation du débiteur ou les ressources du créancier, la prestation est révisable.

Cas du divorce par consentement mutuel. La convention des époux homologuée en justice fixe les conséquences patrimoniales du divorce, les remises en capital ou, plus fréquemment, les pensions diverses. Celle-ci prévoira, notamment, l'attribution d'une prestation compensatoire « *destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respective* » (art.270 C.civ.).

La vie commune et l'union des biens des époux procuraient à chacun d'eux un niveau d'aisance, commun au deux. La dissolution du lien conjugal va rompre vie commune et union des biens et créer l'apparition de trains de vie généralement distincts : la prestation compensatoire vise à réduire ou effacer ce décalage. L'article 279 al.3 prévoit la possibilité de réviser la prestation compensatoire si les époux l'ont envisagé dans leur projet de convention.

– **L'exécution des versements**, dans le cas notamment où la prestation prend la forme d'une rente, a fait l'objet de plusieurs interventions législatives, récentes, pour protéger le créancier. On a relevé que :

> *"Selon des sondages du ministère de la justice, environ un quart des pensions ne sont jamais payées et entre un quart et un tiers le sont de manière irrégulière"* (A. Benabent, *Rapport sur l'application jurisprudentielle de la loi du 11 juillet 1975*, Ministère de la justice, S.C.R. 1980, p.13).

Des techniques strictes de recouvrement ont été mises en place :

- procédure de paiement direct : la femme exerce son droit à la rente sur le salaire de son ex-mari ou sur les produits de son travail, ce recouvrement étant effectué par huissier (Loi 2 janvier 1973);

- procédure de recouvrement public quand les premières tentatives ont échoué : le créancier s'adresse au Procureur de la République qui délègue son pouvoir au juge aux affaires matrimoniales, et les pensions alimentaires sont alors recouvrées comme l'impôt (Loi 11 juillet 1975);

- intervention des organismes de prestations familiales qui peuvent consentir des avances au créancier de la pension alimentaire puis se retourner contre le débiteur (Loi 22 décembre 1984).

****. – La pension alimentaire** a disparu avec la loi de 2004.

F. – Dommages-intérêts

Lors d'un divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, donc dans un divorce pour faute, ce dernier peut être condamné au paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel (ex. : sacrifice d'une carrière au profit de celle du conjoint) ou moral (ex. : époux catholique divorcé contre son gré) supporté par son conjoint. Anciennement admise par la jurisprudence, cette solution a été consacrée par la loi du 11 juillet 1975 (art.266 C.civ.).

§ 2. – LES EFFETS DU DIVORCE A L'EGARD DES ENFANTS

S'il supprime le lien entre les parents, le divorce ne supprime pas celui établi entre les parents et les enfants. L'extinction de la communauté de vie va toutefois provoquer des effets d'ordre extrapatrimonial et patrimonial.

Le problème essentiel est, ici, celui de la **« garde » des enfants**. C'est le problème humain, social et sociologique majeur du divorce, illustré ces dernières années par les revendications des pères divorcés. On compte environ un millions d'enfants de parents divorcés.

La question était autrefois l'enjeu du divorce : la « gagnant » du procès en divorce emportait la garde du divorce, automatiquement, sous réserve de l'intérêt des enfants (on peut être une mauvaise épouse et une bonne mère) de sorte que le garde était à 80% pour la mère.

La question a fait l'objet d'une réforme avec la loi du 22 juillet 1987 et surtout avec la loi du 4 mars 2002, « *sur l'exercice de l'autorité parentale* », question déjà étudiée, qui a développé la possibilité d'un « *exercice en commun* » de l'autorité parentale, même en cas de séparation.

Retenons également le terme « garde » est désormais obsolète. La loi de 1987 l'a supprimé par celui de « exercice de l'autorité parentale ». On parle encore, cependant, de garde par habitude, par commodité.

***. –** La garde était, en principe, attribuée à l'un des époux « *selon l'intérêt des enfants mineurs* » (C. civ., art.287). La loi du 11 juillet 1975 ne tient pas compte des conditions du divorce et ne prévoit pas que la garde des enfants sera confiée à l'époux au profit de qui le divorce a été prononcé, à la différence de la situation qui prévalait avant 1975, de sorte que la garde devenait l'un des enjeux du procès en divorce.

L'intérêt de l'enfant est le seul critère qui préside à ce choix, le juge peut d'ailleurs lui demander son sentiment (C. ci., art.290). Il se pourrait que l'intérêt de l'enfant impose d'en confier la garde non point à l'un de ses parents mais à des grands-parents, voire même des personnes unies à lui par des liens de parenté plus ténus ou même aucun lien de parenté avec lui. L'article 287-1 dispose, à cet effet :

> *« A titre exceptionnel et si l'intérêt des enfants l'exige, le juge peut décider de fixer leur résidence soit chez une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit, si cela s'avérait impossible, dans un établissement d'éducation. La personne à qui les enfants sont confiés accomplit tous les actes usuels relatifs à leur surveillance et à leur éducation ».*

Par ailleurs tout une série de règles se cumulent :

– les accords entre époux peuvent être respectés, notamment dans le divorce sur requête conjointe ;

– une enquête sociale est parfois diligentée ;

– le juge veille à ne pas séparer les fratries ;

La décision prise peut être ultérieurement modifiée si l'intérêt de l'enfant le commande, à la demande de l'un des ex-conjoints, d'un membre de la famille ou du ministère public (art.291 C.civ.).

****. –** La **garde alternative** est une formule qui vise à se substituer à l'attribution de al garde à la mère (85 % des cas), de façon à attribuer à chacun des parents la garde, alternativement, une année sur deux par exemple. Déclaré contraire à la loi depuis 1984 par la Cour de cassation (*Cass. civ. 2ème, 2 mai 1984, Bull. civ. II, n°78*), c'était surtout un système très critiqué pour les enfants, convenant surtout aux parents.

*****. –** La **garde conjointe** consiste à accorder la garde, conjointement, aux deux parents, notamment en cas de divorce sur requête conjointe. Admis par la Cour de cassation en 1983 (*Cass. civ., 2ème, 21 mars 1983, JCP 1984, II, 20163, note F. Dekeuwer, D. 1983. IR. 449, obs. A. Bénabent*), la formule a été consacrée par la loi du 22 juillet 1987 et représente aujourd'hui près de 40 % des attributions dans les divorces par consentement mutuel. Depuis 1993, ce système est même devenu le principe de l'attribution.

******. –** L'attribution peut faire l'objet d'une **modification** dans la mesure où la décision relative à l'attribution est toujours provisoire.

*******. –** Tout cela est devenu obsolète avec la loi du 4 mars 2002 : la « garde » est, depuis 1987, une question d'autorité parentale, qu'on ne confondra pas avec celle de l'hébergement des enfants :

Le principe est donc celui de l'exercice conjoint de l'autorité parentale mais le juge fixe le lieu de la résidence habituelle des enfants (C. civ., art. 373-2-9), avec possibilité d'un hébergement alterné, déterminé par la convention homologuée par le juge dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, par le juge à défaut. Par exception cependant, l'hébergement, voire l'autorité parentale, peuvent être attribués exclusivement à l'un des parents, si l'intérêts de l'enfant le commande.

B. – Effets

***. – Education des enfants. –** L'attribution conjointe de la garde règle la plupart des difficultés : les deux exercent l'autorité parentale et, donc, pourvoient à l'éducation des enfants.

Le parent gardien exerce les éléments de l'autorité parentale ordinairement rattaché à la garde de l'enfant : il dirige son éducation, peut solliciter une mesure d'assistance éducative... L'enfant est domicilié chez lui (art.108-2 C.civ.) et si le conjoint refuse de lui rendre l'enfant, il encourt des sanctions pénales (art.357 C.pénal).

De manière plus directe, le parent non gardien est investi d'un **droit de visite et d'hébergement** dont les modalités sont fixées par la convention des époux dans le divorce sur requête conjointe et par le juge dans les autres cas. Le non gardien ne perd pas l'autorité parentale en général. Il conserve donc le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant et doit être informé (C. civ., art.288 al.1). Il peut, à ce titre, susciter la mise en œuvre des mesures qui lui paraîtraient nécessaires. Il conserve également ses attributions en ce qui concerne le droit de consentir au mariage de l'enfant ou à son adoption.

****. – Entretien matériel. –** Celui qui n'exerce pas l'autorité parentale ou si celui chez qui l'enfant ne réside pas assume une obligation alimentaire, *« en fonction de ses ressources et de celles de l'autre parent »* (C. civ., art. 288, al. 1er). Fixée par le juge, le montant de la pension alimentaire est variable, indexé de façon à suivre l'évolution du coût de la vie et révisable en fonction des variations de ressources respectives et d'évolution des besoins de l'enfant. L'obligation dure jusqu'à la majorité, au moins et bien souvent, bien après, notamment lorsque les enfants décident de suivre des études supérieures.

Le défaut de versement est un délit, sanctionné comme le ***délit d'abandon de famille*** (C. pén., art. 227-3).

CHAPITRE 2

LA SEPARATION DE CORPS

La séparation de corps, sans rompre le mariage et sans permettre aux époux de se remarier, relâche le lien conjugal en supprimant la vie commune.

La séparation de corps peut être automatiquement convertie en divorce au bout de trois ans. Le législateur n'a, en effet, accepté la séparation de corps que comme une situation provisoire. Faute de réconciliation, elle doit aboutir au divorce afin de ne pas contraindre l'époux qui veut se remarier à un célibat forcé. On a dit

que cette institution n'était que l'antichambre du divorce. C'est pourquoi un certain nombre de règles sont analogues à celles du divorce.

Nous allons examiner successivement les *CONDITIONS DE LA SEPARATION DE CORPS* (Section 1), ses *EFFETS* (Section 2) et sa *FIN* (Section 3).

SECTION 1 – LES CONDITIONS DE LA SEPARATION DE CORPS

Celle-ci ne peut être prononcée que pour les mêmes causes que le divorce et à la suite d'une procédure en principe analogue. La loi nouvelle apporte deux précisions importantes :

- L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. De la même façon, mais ceci est nouveau par rapport au droit antérieur, l'époux contre lequel une demande en séparation de corps est demandée peut former une demande reconventionnelle en divorce.

- Par ailleurs, si une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont simultanément accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés. Cette disposition met fin à une situation absurde à laquelle les tribunaux arrivaient parfois dans le droit antérieur lorsque, accueillant simultanément les deux demandes, ils prononçaient le divorce au profit de l'un des époux et la séparation de corps au profit de l'autre.

SECTION 2 – LES EFFETS DE LA SEPARATION DE CORPS

La séparation de corps entraîne un simple relâchement des liens du mariage. Nous étudierons les effets de la séparation de corps au double plan de la personne (§ 1) et du patrimoine (§ 2) des époux.

§ 1 - LES EFFETS EXTRA PATRIMONIAUX DE LA SEPARATION DE CORPS

S’agissant des rapports personnels entre les époux, la séparation de corps a pour principal effet de mettre fin au devoir de cohabitation. En revanche, elle laisse subsister le devoir de fidélité ainsi que le devoir de secours.

Quant au nom, la femme séparée conserve l'usage du nom du mari. Il n'en ira autrement que si le jugement de séparation de corps ou un jugement ultérieur le lui interdit.

§ 2. – LES EFFETS PATRIMONIAUX DE LA SEPARATION DE CORPS

Ils intéressent la pension alimentaire (I) et le régime matrimonial (II).

I - AU SUJET DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Il faut savoir qu'elle est due au titre de la contribution aux charges du ménage. Le devoir de secours subsiste entre les époux sans que l'on ait à se préoccuper de savoir qui est coupable ou innocent. Elle doit être versée par celui qui a des ressources à celui qui est dans le besoin. Elle peut être convertie en capital.

II - AU SUJET DU REGIME MATRIMONIAL

Le régime matrimonial adopté au moment du mariage disparaît pour laisser place obligatoirement au régime de la séparation de biens. Il y a donc lieu de liquider la situation patrimoniale.

SECTION 3 – LA FIN DE LA SEPARATION DE CORPS

Elle peut avoir pour cause le décès de l'un des époux. Mais, en dehors de cette cause, la séparation de corps peut prendre fin par la reprise de la vie commune (§ 1) ou par la conversion en divorce (§ 2).

§ 1 - LA REPRISE DE LA VIE COMMUNE

La reprise volontaire de la vie commune restitue au mariage la plénitude de ses effets. Il existe toutefois deux limitations à cette restauration du mariage.

- *Dans le cadre des rapports pécuniaires entre les deux époux*, la séparation de bien subsiste (sauf si les époux décident d'adopter tel autre régime matrimonial) par application de l'article 1397 du Code civil qui soumet le changement de régime (homologation du tribunal de grande instance).

- *Dans le cadre des rapports des époux avec les tiers*, la reprise de la vie commune doit être mentionnée en marge de l'acte de mariage, après avoir été constatée par acte notarié, ou fait l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil. A compter de l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1985, la mention de la reprise de la vie commune devra aussi être faite en marge des actes de naissance des deux époux (v. nouvel article 305 C.civ.).

§ 2 - LA CONVERSION EN DIVORCE

I - CONDITIONS DE LA CONVERSION

Comme dans le droit antérieur, elle peut être demandée par l'un ou par l'autre époux, sans considération des torts. Elle n'est subordonnée qu'à une seule condition : l'écoulement d'un délai de trois ans depuis que la séparation de corps est devenue définitive. La conversion est obligatoire pour le juge qui rend un jugement de conversion. Ce jugement est soumis aux formalités de publicité à l'état civil.

La loi de 1975 instaure deux dispositions nouvelles :

- elle autorise la conversion en divorce par demande conjointe quelle que soit la cause de la séparation de corps. Dans ce cas, aucune condition de délai n'est exigée;

- par ailleurs, dans le cas où la séparation a été prononcée sur demande conjointe, elle ne pourra être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe. Cette disposition, toutefois, n'interdit en rien à l'un des époux de demander le divorce sur la base d'une autre cause.

II - EFFETS DE LA CONVERSION

Le jugement de conversion est une simple transformation du jugement de séparation de corps en jugement de divorce : la cause de la séparation devient la cause du divorce, l'attribution des torts reste inchangée. Le juge va seulement fixer les conséquences du divorce. Les prestations et pensions entre époux seront notamment déterminées selon les règles propres au divorce.

Et Dieu dit à la femme : "J'aggraverai le travail de ta grossesse; tu enfanteras des fils dans la douleur, ton désir se portera vers ton mari mais c'est lui qui dominera sur toi" (Genèse 3, 16).

TITRE 2

LA FILIATION

Le droit de l'enfant, de l'enfance ou de la filiation ne recouvre pas les mêmes situations ni les mêmes règles : on trouve par exemple dans les règles intéressant le droit de l'enfant, toutes les questions relative à la protection de l'enfance, par exemple proclamées par la convention de New York de 1990, les questions relatives à la protection pénale de l'enfant ou inversement relative à la poursuite pénale des enfants délinquants, les questions intéressant la participation des enfants à diverses procédures familiales (divorce de ses parents par exemple), les questions relative à l'éducation des enfants, les questions sociales (l'enfant au travail, l'enfant et la sécurité sociale), etc.

Si le droit de l'enfant envisage l'enfant comme un pré citoyen, voire comme un citoyen à part entière, comme un individu au sein de la société qui l'entoure, et prend donc en compte de multiples branches du droit, le droit de la filiation envisage en revanche l'enfant dans sa situation civile. Toute personne trouve dans sa filiation son *origine* (nous sommes tous le fils ou la fille de quelqu'un) et son *avenir* (nous sommes appelés à devenir, ou nous sommes déjà, le père ou la mère de quelqu'un). Il est cependant évident que le droit de la filiation et le droit de l'enfant se recouvrent pour une bonne partie.

La filiation figure donc l'histoire d'une personne. La filiation est le lien de droit qui existe entre une personne et chacun de ses parents (mère et père) : il y a une filiation *maternelle* et une filiation *paternelle*. Elle est un fait *naturel* que la loi transforme en un fait *juridique*.

La filiation est d'abord un *fait naturel*. C'est le fait biologique de la procréation qui établit une filiation maternelle et une filiation paternelle. Entre ces deux types de filiation, il y a une différence très importante qui tient à la preuve : la filiation maternelle repose sur un fait flagrant (l'accouchement), la filiation paternelle n'est au contraire susceptible d'aucune preuve directe.

La filiation est aussi un *fait juridique*. Fondamentalement, le droit distingue trois types de filiation indépendamment de tout problème biologique :

– La **filiation légitime**, celle établie par la naissance de parents mariés, elle prévalait en droit français jusqu'en 2005.

– La **filiation naturelle**, établie hors mariage (jusqu'en 2005), avec diverses situations : la *filiation naturelle simple*, l'enfant né de parents vivants ou non ensemble, la *filiation naturelle adultérine*, l'enfant est né d'un parent au moins qui est marié avec un autre que son autre parent (*a matre* ou *a patre* selon le cas), la *filiation naturelle incestueuse*, l'enfant est né de parents alliés ou de proche parenté.

– La **filiation artificielle** qui est apparue avec les progrès de la médecine et qui permet à des parents dans l'incapacité de procréer naturellement sans assistance médicale d'y parvenir : ce type de filiation s'insère cependant dans un régime de filiation légitime ou naturelle. Il n'y pas de type de filiation en ce cas.

– La filiation adoptive, qui permet de créer un lien de filiation où il n'y en a pas, une filiation fictive plus ou resserrée selon qu'il s'agit d'une *filiation adoptive plénière* ou d'une *adoption simple*.

Evolution historique. – Pendant longtemps, seule la filiation légitime prévalait, les autres types de filiation étant considérés comme moins importants, avec un bémol pour la filiation adoptive qui, à Rome par exemple a connu un statut très favorable. L'importance de la filiation légitime était telle que, sociologiquement, tout était fait pour la favoriser, la présomption *pater is est* en étant l'exemple type. La *vérité sociologique* : la paix dans les familles, était ainsi préférée à la vérité biologique.

Le Code civil portait la marque de la primauté de la filiation légitime, portée par la doctrine chrétienne. Tout une série de réformes avait, au cours du XXè siècle tenté de reconnaître la filiation naturelle mais ce n'est qu'avec la **loi du 3 janvier 1972**, réformant totalement le droit de la filiation que les règles en la matière ont véritablement changé, avec d'une part la reconnaissance de l'égalité entre les modes de filiation et donc entre la filiation légitime et la filiation naturelle mais aussi, et en conséquence, avec la recherche d'une plus grande vérité biologique dans l'établissement de la filiation.

L'article 334 du Code civil est à cet égard le socle de ce nouveau droit de la filiation : « *l'enfant naturel a, en général, les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un enfant légitime né de ses pères et mères* ». Restent cependant les enfants adultérins ('expression fut supprimée du Code par la loi de 1972) et incestueux dont on verra le sort plus tard.

Depuis 1972, beaucoup de choses ont évoluée et notamment dans le secteur médical, traduites notamment dans le champ de la bioéthique, dont la question des empreintes génétiques qui peut révolutionner la vérité biologique de la filiation, avec ou en opposition avec la vérité sociologique et juridique de la filiation.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 a, pour partie, modifié les règles en la matière et notamment supprimé la distinction fondamentale préexistante entre *filiation légitime* et *filiation naturelle*.

Plan. Nous étudierons successivement les *REGLES GENERALES* (Sous-titre 1) avant d'envisager les trois grands modes de filiation : la *FILIATION LEGITIME* (Sous-Titre 2), la *FILIATION NATURELLE* (Sous-Titre 3) et la *FILIATION ADOPTIVE* (Sous-Titre 4).

SOUS-TITRE 1

REGLES GENERALES SUR LA FILIATION

Le Code civil comporte désormais un ensemble de règles, les articles 310-1 et suivants à 311-20 du Code civil, rassemblé sous un chapitre intitulé *« dispositions communes à la filiation légitime et à la filiation naturelle »* prémisses d'une fusion des régimes à venir, qui concernent les présomptions établies en matière de filiation, ainsi que la notion complexe de *possession d'état*. On peut y ajouter les règles intéressent la procréation médicale assistée, permettant d'envisager les données biologiques d'une part (Chapitre 1) et les données sociologiques (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. – LES DONNEES BIOLOGIQUES

La filiation résulte d'une parenté maternelle et d'une parenté paternelle. La parenté maternelle résulte en principe du seul fait de la naissance, hormis la question de « l'accouchement sous X ».

La parenté paternelle est en revanche plus difficile à établir qui suppose d'observer non pas le moment de la naissance mais celui de la conception, et encore, par le biais de présomptions, s'agissant des modes de reproduction charnelle (Section 1), que les techniques de procréation médicalement assistée rendent également complexe (Section 2).

Section 1. – La procréation charnelle

La preuve de la paternité s'effectue alors par un jeu de présomptions (§ 1) voire par des procédés techniques (§ 2).

§ 1. – La preuve par présomption

La détermination de la paternité s'effectue à partir des conditions de la conception de l'enfant, fait intime et secret, ce qui suppose le mécanisme des présomptions.

Il n'y a donc pas de preuve directe de la paternité, de sorte que la paternité est toujours incertaine. Les mécanismes de présomption envisagés permettent alors de partir d'un fait connu, la naissance, pour remonter vers le fait inconnu, la conception.

La présomption *pater is est,* en matière de filiation légitime est ainsi la présomption la plus efficace.

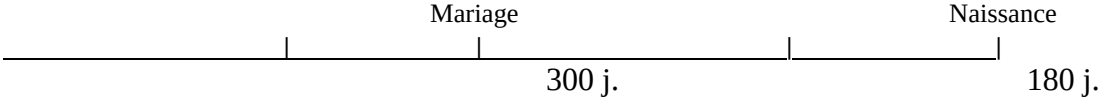
Lé détermination de la conception par présomption permet ainsi de savoir à quel moment elle – la conception – a eu lieu, et par là même de déterminer si la filiation est légitime, naturelle, simple ou adultérine, etc, voire de savoir qui est le père en cas de mariage successif (mais le délai de viduité permet, en principe, d'éviter cette question) ou de liaisons successives ou multiples de la mère, ou de l'existence de l'enfant par le biais de l'adage *infans conceptus pro nato habetur*.

L'article 311 du Code civil détermine ainsi ces présomptions.

1. – La période légale de présomption

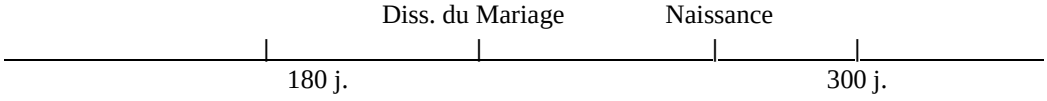
Existence de la présomption. – Pour pouvoir déterminer la date de la conception, on remonte dans le passé, à partir du jour, connu, de la naissance, pendant un temps égal à la durée de la grossesse. Encore faut-il déterminer la durée de la grossesse. Faute de pouvoir recourir à une preuve directe, le Code civil fixe la date extrême des grossesses à 180 jours pour les plus courtes et 300 jours pour les plus longues, laissant une période de 121 jours pour placer la date de la conception de l'enfant. Cette période est appelée **« *période légale de la conception* »**.

PERIODE LEGALE DE LA CONCEPTION



Il résulte de ces délais que l'enfant né plus de 179 jours après la célébration du mariage est légitime car, en vertu de la présomption, on peut le considérer comme ayant été conçu pendant le mariage. De même l'enfant qui naît dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage est également légitime en vertu de la même présomption.

PERIODE LEGALE DE LA CONCEPTION



Il s'agit, par cette présomption d'éviter que le juge ne fixe lui-même la durée exacte de la grossesse qui, pour des raisons évidentes de faveur à la légitimité, risquent d'aboutir à des solutions absurdes (sous l'Ancien Régime, des juges avaient fixé la durée de la naissance à plus d'un an, en droit musulman, la théorie de l' « enfant endormi » pour légitimer l'enfant né bien après le décès du mari de sa mère, en raison de la douleur qui l'a frappé en ressentant le décès de son « père », etc). Pourtant la durée ainsi envisagée n'est pas si avantageuse que cela : certaines grossesses peuvent durer plus de 300 jours et le droit allemand fixe la période de

conception jusqu'au 302 jours et le droit hollandais jusqu'à 306, de même qu'un enfant dont la gestion aurait duré moins de 180 jours peut être viable.

Force probante de la présomption. – Le seul problème, dans le droit antérieur à 1972, était de savoir quelle était la force probante de la présomption. Etait-ce une présomption irréfragable ou seulement une présomption simple susceptible de preuve contraire ? La Cour de cassation, dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Ogez* rendu le 9 juin 1959 (D.1959, 557), se prononça en faveur du caractère irréfragable de la présomption. En l'espèce, l'enfant était né 306 jours après le suicide du mari de la mère, mais il était établi que les médecins, pour empêcher une interruption prématurée de la grossesse, avaient eu recours à des traitements susceptibles de retarder la naissance. La Cour de cassation n'en déclara pas moins que l'enfant était illégitime.

Pour éviter l'outrance et l'irréalisme de telles solutions, la loi de 1972 a préféré faire de la présomption relative à la durée de la grossesse une **présomption simple**, susceptible de tomber devant la preuve contraire (art.311 al.3 C.civ.), de façon à allonger la période légale de conception si des faits peuvent le justifier.

2. – L'indifférence de la date de la conception

La durée légale de la grossesse est déterminée dans les limites de 180 et 300 jours précédant la naissance. Mais quand exactement a eu lieu la conception ? Cette hypothèse vise par exemple le cas de l'enfant conçu avant le mariage et né après la dissolution du mariage (ce qui suppose quand même un mariage très bref, trois ou quatre mois).

Depuis l'arrêt *Dewalle*, du 2 juillet 1936 (D.1936, 1, 118), qui admit que l'enfant conçu avant le mariage de ses parents, et né après sa dissolution, bénéficie de la légitimité en raison de la survenance du mariage durant la période de gestation, l'enfant est également considéré comme légitime du fait même que pendant un moment quelconque de la gestation de l'enfant, les parents se sont trouvés mariés. Cet arrêt, mais surtout l'arrêt *Héranval*, rendu par les Chambres réunies de la Cour de cassation le 8 mars 1939 (D.1941, 2, 25), sont venus précisés un point également très important : l'enfant est considéré comme légitime dès sa conception.

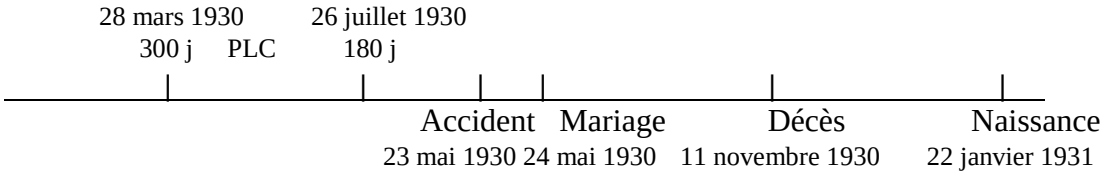
L'arrêt *Héranval* a introduit une disposition originale reprise encore par la loi de 1972 dans l'article 311 nouveau alinéa 2, aux termes duquel *"la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant"* (la période visée est la période légale de conception). C'est la **présomption *omni meliore momento.***

Pour mieux comprendre la portée d'une telle disposition qui permet à l'enfant de choisir lui-même la date de sa conception au mieux de ses intérêts, nous allons examiner les faits de l'affaire Héranval.

En l'espèce, le sieur Héranval vivait en concubinage et la femme avec laquelle il vivait était enceinte. Héranval a un accident de travail le 23 mai 1930, il se

marie le 24 mai 1930 et décède des suites de cet accident le 11 novembre 1930. La dame Héranval accouche d'une fille le 22 janvier 1931, soit plus de 180 jours mais moins de 300 jours après la célébration du mariage. L'enfant pouvait être considérée comme légitime du fait de sa conception pendant le mariage puisqu'elle était née plus de 180 jours après la célébration. Mais, si elle choisit cette première source de légitimité, elle ne peut avoir droit à la rente accident de travail, n'étant pas considérée comme conçue au jour de l'accident. En revanche, si l'on fait remonter sa conception au-delà du mariage, 300 jours avant sa naissance, et si l'on estime que l'enfant est légitime dès l'époque de sa conception, alors elle aura droit à la rente due aux enfants en cas d'accident de travail du père. A l'intérieur de la période légale de conception, l'enfant a choisi le moment qui lui était le plus favorable.

SCHÉMA DE L'ARRÊT HÉRANVAL



§ 2. – La preuve par procédés techniques

Au moment de l'adoption de la loi de 1972, la preuve de la paternité par des moyens techniques se résumait à l'**examen comparé des sangs**. C'était une preuve essentiellement négative : si les sangs n'étaient pas compatibles, on pouvait en déduire que telle personne *n'est pas le père*, mais pas que telle autre personne, parce que les sangs concordaient, *est le père*.

Ce sont les progrès des biotechnologies et des empreintes génétiques qui, désormais, permettent d'apporter la preuve positive de la paternité. Les articles 16-11 et 16-12 du Code civil, introduits par la loi *Bioéthique* de 1994 n'autorisent cependant l'usage de cette preuve que dans le cadre d'une action en justice relative à la filiation (action en recherche de paternité par exemple) et par des experts agréés à cet effet ; cependant l'usage de cette preuve s'effectue sans contrainte, dans ce cadre, le principe de la liberté de la preuve ayant été posé en 2005.

SECTION 2. – LA PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

Il s'agit ici de tenir compte de l'évolution des techniques médicales qui permettent d'assurer des reproductions humaines sans relation charnelle, voire sans reproduction au sens technique du terme via les techniques de clonage humain. Cette question a été au cœur de bien des débats, pas seulement juridiques, avant d'être consacrée par les lois « bioéthique » du 29 juillet 1994, intégrées dans le Code civil, art. 311-19 s, et dans le Code de la Santé publique, art., L. 152-1 s. (Assistance médicale à la procréation), L. 673-1 s (à propos des dons de gamètes), modifiée par la loi du 6 août 2004 (et non modifiée par l'ordonnance de 2005).

Elle concerne une question mineure en nombre : mille enfants naissent ainsi chaque année, contre 700 à 800 000 de façon « naturelle ».

Les règles de la PMA (Procréation Médicalement Assistée) obéissent alors à plusieurs principes directeurs.

– Elles sont en premier *subsidiaires* à la procréation charnelle : le recours à une technique de PMA n'est possible que pour « *remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué* » (CSP, art. L. 152-2) ou bien pour *« éviter la transmission d'une maladie d'une particulière gravité »*.

Elles sont ensuite étroitement encadrées par plusieurs conditions (CSP, art. L. 2141-2), organisée sous la formule générale selon laquelle la PMA « est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple ».

***. –** Une première série de conditions repose sur la situation des parents :
- Les deux parents (« une homme et une femme ») doivent être vivants ;
- Les parents doivent être mariés (sans condition d'ancienneté) ou, non mariés, doivent vivre maritalement depuis deux ans (condition qui n'est pas sanctionnée) (et donc il ne doivent pas être séparés, en situation de demande de divorce, etc.)
- Les parents doivent être en âge de procréer (c'est surtout le problème des grossesses tardives) ;
- Les parents doivent se soumettre à un formalisme précis, exigeant l'expression d'un consentement éclairé (informations particulières, délai de réflexion d'un mois) et même tatillon dès lors que l'on procède à un don de gamète (C. civ., art. 311-20 : acte authentique ; jugement en cas de transfert d'embryon, C. civ., art. 2141-5).

****. –** La PMA n'est ensuite possible que si des tentatives ordinaires ont échoué : on considère que la procréation endogène est préférée à la procréation exogène. L'assistance médicale doit donc en premier faciliter une procréation endogène. Ce n'est donc qu'en cas d'échec qu'une technique d'assistance médicale peut être effectuée de façon exogène, c'est-à-dire par recours à un tiers donneur.

*****. –** La PMA est enfin réservée à certains praticiens spécialement agréés.

Trois techniques peuvent être utilisées : l'insémination artificielle (1), les fécondations in vitro (2) et le transfert d'embryon (3).

1. – L'insémination artificielle

Développée depuis 1973, celle-ci a été réglementée à partir de 1994 seulement et pose de nombreuses questions éthiques et juridiques : pourquoi le réserver aux couples et ne pas l'ouvrir aux femmes célibataires (d'où le problème des femmes homosexuelles), pourquoi le subordonner au consentement du mari (à la

différence de la procréation charnelle), pourquoi et comment nier les « droits » du tiers donneur, pourquoi et comment préserver le secret de l'identité du donneur, etc.

***. – Les IAC** (insémination artificielle provenant du conjoint ou du concubin) sont les formules les plus souples : le médecin se contente de pallier quelque difficulté physiologique des candidats parents. On ne trouve ici que les conditions propres à la situation des parents déjà évoquée par l'article L. 2141-2 du CSP.

****. – Les IAD** (insémination artificielle provenant d'un tiers donneur) sont des formules beaucoup plus lourdes dans la mesure où l'intervention d'un tiers est susceptible de modifier la situation juridique de l'enfant à naître.

C'est ainsi que :

– Le principe de subsidiarité jour pleinement par rapport à l'IAC ;
– seuls les Cecos (Centre d'étude et de conservation du sperme) agréés peuvent procéder à ces techniques, ce qui prohibe l'IAD par insémination de sperme frais ;
– que ces opérations sont nécessairement gratuites (C. civ., art. 16-5, 16-8), ce qui concerne tant le don de sperme, qui ne peut donc être rémunéré, que l'activité d'entremise, le tout étant pénalement sanctionné ;
– que le consentement écrit du donneur et de son conjoint sont requis ;
– que le consentement par acte authentique du couple receveur est exigé (C ; civ., art. 311-20),
– que le donneur doit avoir déjà procréé et s'être soumis à un teste de dépistage des maladies transmissibles ;
– le nombre de don est limité : le nombre d'enfant issu d'un même donneur ne peut dépasser le nombre de cinq ;
– que l'anonymat est préservé de sorte que les noms du donneur et celui du receveur ne peuvent apparaître en même temps et que le receveur ne peut choisir le receveur et que toute action en recherche de paternité est proscrite contre le donneur.

2. – La fécondation in vitro

La technique des fécondations in vitro, FIV, ou « bébé éprouvette » apparue en 1982 résulte de la fécondation en laboratoire d'ovules implantés ensuite chez la mère qui assumera une gestation normale.

On retrouve les **FIV endogènes**, traitées juridiquement comme les IAC et les **FIV exogènes**, juridiquement traitées comme les IAD. Une différence cependant, le tiers donneur peut être un homme, comme en matière d'IAD, ou une femme, par le biais de don d'ovocyte. La FIV exogène ne peut être alors qu'à demi exogène : elle doit s'effectuer avec les gamètes d'au moins l'un des parents receveurs.

Une nouvelle difficulté se pose cependant dans la mesure où la FIV peut porter sur plusieurs embryons de façon à multiplier les chances de réussites de l'opération et éventuellement renouveler l'implantation en cas d'échec. La

conservation des embryons surnuméraires suppose alors le consentement écrit du couple receveur et renouvelé chaque année.

3. – Les transferts d'embryon

La technique a quelque chose à voir avec celle des mères porteuses. L'hypothèse couvre par exemple celle où une FIV de l'ovocyte d'une femme produit un embryon qui est placé pour gestation chez une autre femme qui va « porter » cet embryon jusqu'à son terme. Le problème alors repose sur la confrontation entre une mère sociologique et une mère gestatrice (voire d'une mère génétique si l'ovocyte résulte d'un don d'ovocyte). La réglementation suppose alors réglée des difficultés philosophiques et morales que notre société n'est pas prête à recevoir et qui relève de la science fiction.

Un tel **don d'embryon** est particulièrement réglementé. Il nécessite outre les autres conditions et mécanismes juridiques généraux assurant anonymat et gratuité, le consentement écrit du donneur et des receveurs assorti d'une autorisation judiciaire. Il ne peut s'agir que de l'hypothèse dans laquelle un ovule est fécondé in vitro puis placé pour gestation chez une autre femme, qui ne sera pas la mère.

L'autre hypothèse, celle dans laquelle une femme est fécondée, porte l'enfant et le remet ensuite à un couple de parents « demandeurs » est la situation qui a été condamnée dans l'arrêt *Alma mater* du 30 mai 1991, déjà rencontré.

CHAPITRE 2. – LES DONNEES SOCIOLOGIQUES

Est visée ici la notion de **possession d'état**, une notion que la loi du 3 janvier 1972 portant réforme de la filiation a totalement rénové. Il s'agit, en quelque sorte, si l'on peut faire un parallèle avec le droit des biens, de la différence existant entre la *propriété* d'un bien et sa *possession*. Si, généralement, je suis propriétaire et possesseur d'un bien, il se peut que je sois propriétaire d'un bien sans en avoir la possession et inversement, que je possède un bien sans en être propriétaire : le droit et le fait, le réel et l'apparent, se conjuguent alors. La réalité sociologique vient alors concurrencer la réalité biologique en matière de filiation.

Il en est presque de façon voisine en matière de filiation avec la notion de possession d'état dont les éléments constitutifs (nomen, tractatus, fama) ont été dégagés sous l'Ancien régime à la faveur de l'évolution du droit canonique. Le Code civil de 1804 lui avait confié une place réduite et le législateur de 1972 l'a rénovée.

Réglementée par les articles 311-1 à 311-3, la possession d'état peut se définir de la façon suivante : c'est le fait pour une personne de jouir apparemment de l'état civil dont elle se prévaut, par exemple l'état d'enfant légitime. C'est une apparence et on considère que cette apparence fait preuve. Elle fait notamment preuve de la filiation lorsque la vérité biologique est douteuse de sorte que d'autres liens que les liens du sang, les liens affectifs peuvent jouer un rôle.

Observons alors la notion de possession d'état (1) et son régime (2).

1. – Notions de possession d'état

Nous étudierons les éléments (a) et les caractères (b) de la possession d'état.

a. – Les éléments de la possession d'état

Les éléments constitutifs de la possession d'état sont déterminés, à l'imitation de l'institution romaine :

– le nom (*"nomen"*) : il faut que l'enfant ait toujours porté le nom de celui ou de celle qui prétend être son père ou sa mère, ce qui contribue en premier à l'intégration d'un enfant.

– le traitement (*"tractatus"*) : il faut que le père et la mère prétendus aient toujours traité l'enfant comme le leur, ce qui suppose qu'ils aient pourvu à son entretien, à son éducation et à son établissement dans la vie.

– la renommée (*"fama"*) : il faut que l'enfant aux yeux de l'opinion et surtout de la famille à laquelle il prétend appartenir ait toujours été considéré comme l'enfant de tel couple, de tel homme ou de telle femme.

L'appréciation des trois éléments légaux ci-dessus énumérés relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, qui peuvent très bien n'en retenir que certains ou même s'en adjoindre d'autres. Ils peuvent aussi en rejeter s'ils estiment qu'ils ne sont pas suffisamment révélateurs de l'état de l'enfant (Civ. 5 juillet 1988, D.1989, 398).

En revanche il est nécessaire que plusieurs éléments soient réunis et qu'ils soient significatifs en ce sens qu'ils indiquent clairement le rapport de filiation entre un enfant et son ou ses parents.

b. Les caractères de la possession d'état

Les caractères de la possession d'état sont les suivants :

– pour être efficace, la possession d'état doit être **continue** (C. civ., art. 311-1), ce qui supposera une certaine permanence et durée, mais la loi ne fixe pas de minimum ou de maximum. Cela ne signifie pas qu'elle ne peut être intermittente : une cohabitation permanente, des rapports constants, ne sont pas exigés, mais simplement un comportement habituel caractérisant un rapport de parent à enfant.

Elle doit avoir commencé dès la naissance de l'enfant : l'article 311-2 du Code civil impose ainsi que « l'enfant ait toujours porté le nom de ceux dont on le dit issu ». Le problème se pose en cas de conflit de possession d'état successive : les juridictions semblent plutôt retenir la possession d'état actuelle.

– elle doit être non équivoque et paisible, c'est-à-dire non entachée de violence (sur un cas où l'enfant a été par violence enlevé à son père légal, v. Paris 15 mars 1977, D.1978, 266, note J. Massip).

2.– Régime de la possession d'état

Nous étudierons successivement la preuve et la force probante de la possession d'état.

a .– La preuve de la possession d'état

Elle est réglée par l'article 311-3 du Code civil. Ce texte prévoit deux modes de preuve :

- ***preuve extrajudiciaire*** par **l'acte de notoriété**, délivré par le juge des tutelles à la demande des parents ou de l'enfant. Le lien de filiation légal établi par la possession d'état constaté dans l'acte de notoriété est mentionné en marge de l'acte de naissance de l'enfant (Loi 8 janvier 1993);

- ***preuve judiciaire*** à l'occasion d'un procès. Il s'agira d'une action en **contestation** (lorsque des tiers conteste la possession d'état d'un enfant) ou en **constatation** (lorsqu'un juge a refusé un acte de notoriété) **de la possession d'état**. On rappellera à ce propos que la possession d'état est une situation de fait qui pourra donc être prouvée par tous moyens.

b. – La force probante de la possession d'état

Elle est double selon qu'elle est seule ou qu'elle se combine avec l'acte de naissance.

- Lorsque la possession d'état joue seule, elle n'est qu'une présomption simple que l'on pourra faire tomber en démontrant que l'apparence ne correspond pas à la réalité.

- Lorsqu'elle se combine avec l'acte de naissance, elle fait désormais preuve incontestable de la maternité. L'enfant ne peut plus réclamer un autre état et nul ne peut lui contester le sien.

Nous verrons cependant que la possession d'état peut renforcer un titre de filiation : lorsque la possession d'état est conforme au titre, elle est inattaquable, de sorte que lorsque la possession d'état n'est pas conforme au titre, la jurisprudence a ouvert la possibilité de contester le titre.

SOUS-TITRE 2

LA FILIATION CHARNELLE

C'est le régime de principe de tous les enfants, où l'on distinguait autrefois entre les enfants légitimes, nés *régulièrement* du mariage de leurs parents, et des autres, les enfants naturels, même s'il demeure quelques différences.

CHAPITRE 1

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR LA LOI

Lorsque l'on parle d'enfant légitime, il faut envisager deux séries de problèmes : quelles sont les conditions de la légitimité, c'est le problème de l'établissement de la légitimité ? (Section 1), existe-t-il des actions en justice permettant de réclamer ou de contester la légitimité de l'enfant, c'est le problème du contentieux de la légitimité ? (Section 2).

SECTION 1 – L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION

L'établissement de la filiation, par la loi, d'un enfant suppose établies la maternité (§ 1) et la paternité (§ 2).

§ 1. – LA MATERNITE

Aux termes de l'article 311-25 du Code civil, *« la filiation est établie à l'égard de la mère par désignation de celle-ci dans l'acte de naissance»*. C'est la preuve normale, étant entendu que la preuve de la maternité s'établit par la grossesse et l'accouchement : *mater semper certa est*. L'acte de naissance prouve en principe l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant (avec celui dont la mère est accouchée).

Le nouvel article 311-25 suppose cependant une telle désignation, ce qui permet de valider l'hypothèse de l'accouchement sous X, l'accouchement anonyme.

Il n'a toutefois qu'une force probante limitée, jusqu'à preuve du contraire, étant entendu qu'une fausse déclaration constitue un faux en écriture publique et vraisemblablement que la mère déclarée n'est pas la véritable mère : il y a en outre « vol » d'enfant, une *supposition* d'enfant.

L'officier d'état civil n'a pas constaté la naissance de ses propres yeux; il n'a constaté que la déclaration de celui qui lui a rapporté la naissance. Malgré sa force probante limitée, l'acte de naissance sera cependant utile : il permet à celui dont l'identité est contestée de faire la preuve de cette identité par tous les moyens.

§ 2. – LA PATERNITE

Il ne suffit pas à l'enfant d'être issu d'une femme mariée et d'avoir été rattaché selon un mode ou un autre au mariage. Encore faut-il qu'il soit issu des œuvres du mari de la mère. Cette exigence normale soulèvait de grandes difficultés de preuve mais également quelques soucis familiaux si le législateur n'avait pris soin d'édicter une présomption. C'est la présomption *pater is est* (*pater is est quem nuptiae demonstrant*) de l'article 312 du Code civil selon laquelle *« l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari »*, légèrement modifiée en 2005 : *« l'enfant conçu et né pendant mariage a pour père le mari »*. Cette présomption est dite *« présomption de paternité»* (ex-légitime). Nous verrons qu'elle ne peut être écartée que dans des cas très rares.

La présomption de l'article 312 était, sous l'empire du Code civil avant 1972 presque irréfragable de sorte que les contestations de paternité légitime étaient presque impossibles, par l'action en désaveu de paternité.

La loi de 1972 a bousculé le socle de la paternité légitime en assurant une plus grande place à la vérité biologique, contre la vérité sociologique.

Sous l'empire du Code civil de 1804, l'ancien article 312 du Code civil indiquait que seul était légitime *"l'enfant conçu pendant le mariage"*. Tel système excluait notamment de la légitimité l'enfant né pendant le mariage mais qui aurait été conçu avant.

– La jurisprudence postérieure à 1804 tenta d'atténuer la rigueur du principe en admettant notamment dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Degas*, rendu par la Cour de cassation le 8 janvier 1930 (D.P. 1930, I, 51; S. 1930, I, 257), que l'enfant né au

cours du mariage a la qualité d'enfant légitime quelle que soit la date de sa conception.

– Quelques années plus tard, le 2 juillet 1936 (D.1936, 1, 118), un autre arrêt, connu sous le nom de *Dewalle*, alla même jusqu'à admettre que l'enfant conçu avant le mariage de ses parents, et né après sa dissolution, bénéficie de la légitimité en raison de la survenance du mariage durant la période de gestation.

Cette jurisprudence sous son double aspect a été consacrée par la loi de 1972. On peut donc rattacher l'enfant au mariage de ses parents de trois façons différentes : rattachement par la conception pendant le mariage (1); rattachement par la naissance pendant le mariage (2); rattachement par la gestation pendant le mariage (3) auxquels il convient d'ajouter les restrictions à la présomption de paternité (4).

1. –Le rattachement par la conception pendant le mariage

C'est la source essentielle et la plus normale de la filiation (art.311-1 et s. et 312 C.civ.) où l'on retrouve tous les éléments déjà envisagés en matière de présomption assurant la détermination de la date de la conception est légitime l'enfant né à partir du 180è jours suivant le mariage jusqu'au 300ème jour après sa dissolution.

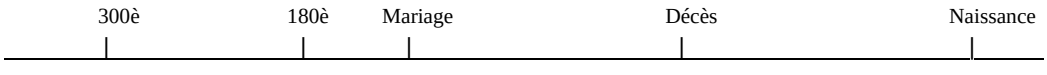
2. – Le rattachement par la naissance pendant le mariage

Cette hypothèse vise le cas de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage, donc nécessairement conçu avant le mariage de ses parents. Il s'agit des « enfants de fiancés ». Il devrait en principe être considéré comme un enfant naturel puisque issu des relations entre un homme et une femme qui à l'époque de la conception n'étaient pas mariés. Ce n'était pas l'avis de la jurisprudence depuis l'arrêt *Degas*. La loi de 1972, dans l'article 314 al.1, dispose que « *l'enfant né avant le 180ème jour du mariage est légitime* ».

On peut dire que l'enfant conçu avant le mariage mais né pendant le mariage est légitime, et non légitimé.

3. – Le rattachement par la gestation pendant le mariage

Cette hypothèse vise le cas de l'enfant conçu avant le mariage et né après la dissolution du mariage, dans les conditions déjà étudiées.



4. – Les restrictions à la présomption de paternité.

La présomption, en revanche, ne s'applique pas dans les trois hypothèses suivantes :

a. – Enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage

Avant la loi de 1972, l'ancien article 315 du Code civil disposait que la légitimité d'un tel enfant pouvait être contestée. C'était donc que l'enfant bénéficiait de la présomption de paternité légitime tant que personne ne lui déniait cet état.

La loi de 1972 a mis fin à cette légitimité factice. Aux termes de l'article 315 nouveau, il est dit que *« la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage »* (pas plus qu'elle n'est applicable, ajoute l'article, *« en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de 300 jours après sa disparition »*).

Dans ces conditions, il est clair que la conception après la dissolution du mariage fait échec à la présomption de paternité. Cela ne pose guère de difficulté en cas de veuvage, mais davantage en cas de divorce dans la mesure où la dissolution du mariage naît en principe du prononcé du divorce. En réalité, elle commence au moment du jour où les époux ont eu une résidence séparée judiciairement constatée.

b. – Enfant conçu pendant la séparation légale des époux

La loi de 1972 écarte la présomption de paternité dans le cas où l'enfant est né plus de 300 jours après l'ordonnance du juge autorisant la résidence séparée, lors de l'instance en divorce ou en séparation de corps. La présomption est aussi écartée si l'enfant naît moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation (art.313 C.civ.).

Cependant, chacun des époux peut demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis s'il justifie que dans la période légale de la conception, une **réunion de fait** a eu lieu entre les époux, ce qui rend vraisemblable la paternité du mari. De la même façon, la présomption de paternité retrouve de plein droit toute sa force si l'enfant, à l'égard des deux époux, a la possession d'état d'enfant légitime. Cela suppose une réconciliation des époux (art.313 al.2 C.civ.).

c. – Enfant conçu pendant une période de séparation de fait des époux

C'est l'hypothèse que vise l'article 313-1 nouveau du Code civil : *« la présomption de paternité est écartée quand l'enfant inscrit sans l'indication du nom du mari n'a de possession d'état qu'à l'égard de sa mère »*. En fait, il s'agit du cas où deux époux sont séparés de fait et où l'enfant est l'œuvre d'un autre que le mari. La mère le déclare sous son nom de jeune fille et l'élève comme s'il était naturel. Avant 1972, un tel enfant était considéré comme légitime sauf désaveu du mari. La loi de 1972 en a fait un enfant naturel, ce qui facilite la reconnaissance du véritable père de l'enfant.

Comme dans le cas précédent, les époux peuvent demander que les effets de la présomption de paternité soient rétablis en justifiant que dans la période légale de la conception, une réunion de fait a eu lieu entre eux, ce qui rend vraisemblable la paternité du mari.

Enfin, la présomption de paternité légitime est rétablie de plein droit, sans action en justice donc, en cas de possession d'état d'enfant.

CHAPITRE 2

L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION PAR RECONNAISSANCE

Avant 2005, les enfants légitimes étaient distingués des enfants naturels, des enfants nés de deux personnes qui n'étaient pas mariées, ou du moins pas ensemble.

Avant la réforme de 1972, le droit distinguait trois grandes catégories d'enfants naturels : les enfants naturels simples dont aucun des deux auteurs n'étaient dans les liens du mariage, les enfants adultérins dont au moins un auteur était marié, les enfants incestueux dont les auteurs ne pouvaient être mariés parce qu'il existait entre eux un lien de parenté ou d'alliance qui constituait un empêchement au mariage.

La loi de 1972 supprimait ces différentes catégories : il n'y avait plus désormais que des enfants naturels. Au delà d'une question de terminologie, le législateur a surtout eu en vue une unification du statut des enfants naturels (de la même façon qu'il a voulu établir une égalité de principe entre enfants naturels et enfants légitimes).

Depusi 2005, cette distinction n'a plus cours et l'article 316 du Code civil dispose que chaque fois que la filiation n'est pas établie par la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité, par la volonté donc.

SECTION 1 - LES ENFANTS DONT LA RECONNAISSANCE PEUT ÊTRE ETABLIE

§ 1 – PRINCIPE

Le principe est la liberté d'établissement de la filiation à tous les enfants et notamment aux enfants adultérins.

Dans le droit antérieur, la filiation d'un enfant adultérin ne pouvait être établie qu'à l'égard de celui de ses auteurs qui n'était pas marié. Elle ne pouvait jamais être établie à l'égard du parent marié.

Depuis la loi de 1972, l'enfant né de relations adultérines peut dorénavant intenter une action en recherche de maternité ou de paternité contre l'un de ses auteurs même s'il est marié. Il pourra également être reconnu non seulement par celui de ses auteurs qui est célibataire mais également par celui qui est engagé dans les liens du mariage.

Ce principe joue d'une manière absolue pour les enfants adultérins *"a patre"*, c'est-à-dire dont le père est marié. Il joue également pour les enfants adultérins *"a matre"*, c'est-à-dire dont la mère est mariée. Mais dans cette dernière hypothèse, il faut que la présomption de paternité de l'article 312 soit écartée. Elle l'est, nous l'avons vu, pour les enfants inscrits à l'état civil sous le seul nom de sa mère, pour l'enfant conçu pendant une période de séparation légale et pour l'enfant ayant fait l'objet d'un désaveu de paternité. Un tel enfant pourra être reconnu par son père dans la mesure où le mari de la mère ne bénéficiera pas de la présomption de l'article 312. La filiation maternelle se trouvera directement établie par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance.

§ 2 – EXCEPTIONS

Les exceptions au principe de la liberté d'établissement de la filiation naturelle sont au nombre de deux. La première concerne l'enfant incestueux (I), la seconde l'enfant ayant une filiation déjà établie par ailleurs (II).

I - Enfant incestueux

L'inceste suppose l'existence de liens de parenté entre les auteurs de l'enfant. Lorsque l'inceste se réalise en ligne directe (père et fille, mère et fils) ou en ligne collatérale (frère et soeur), l'inceste est "absolu" (parce qu'il y a empêchement absolu au mariage). Dans ces hypothèses, l'enfant issu de telles relations ne pourra être reconnu que par un seul de ses auteurs. La seconde reconnaissance sera nulle.

II - Enfant ayant déjà une filiation établie

Quand l'enfant a une filiation déjà établie par une reconnaissance antérieure, l'existence de cette reconnaissance rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation naturelle qui la contredirait (art.338; sur la contestation de la reconnaissance, v. art.339). Il faut donc la contester en justice.

Quand l'enfant a une filiation par la loi déjà établie, il pourra néanmoins être reconnu dans deux hypothèses.

- La première hypothèse (connue du droit antérieur) vise le cas de l'enfant né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la dissolution du mariage. L'enfant peut dans un tel cas choisir, en vue de sa légitimation, sa date de conception et demander à être considéré comme né postérieurement au mariage (cette solution est édictée par l'article 311 nouveau dans son alinéa 2).

- La seconde hypothèse (toute nouvelle) est déduite de l'article 334-9 nouveau. *A contrario*, lorsque l'enfant a une filiation légale établie seulement par un titre et non par la possession d'état, la reconnaissance ou la recherche redevient possible. Lorsqu'une reconnaissance aura été reçue en application de cet article, il en résultera un conflit de filiation que les tribunaux devront trancher.

SECTION 2 - LES MODES D'ETABLISSEMENT DE LA RECONNAISSANCE

Ils sont énoncés par l'article 334-8 du Code civil. Selon ce texte, la filiation ex-naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire (§ 1). Elle peut également l'être par l'effet d'un jugement (§ 2) ou par la possession d'état (§ 3). Les deux premiers modes étaient connus du droit antérieur à la loi de 1972 qui n'a fait que les reprendre en les assouplissant. Le troisième est de création récente puisqu'il date de la loi du 25 juin 1982.

§ 1. – L'ETABLISSEMENT VOLONTAIRE DE LA RECONNAISSANCE

Le mode normal d'établissement de la filiation non légale est la reconnaissance de l'enfant par auteur ou ses auteurs, selon la formule (issue de la loi de 1972) de l'article 316, al.2 du Code civil.

La reconnaissance est un acte volontaire par lequel une personne déclare être l'auteur d'un enfant et déclare établir un lien de filiation, elle est à la fois un aveu (une confession) et un acte juridique : elle va répondre à des conditions de forme précises.

Elle obéit à des conditions de fond (A) et à des conditions de forme (B).

A.– Conditions de fond

La reconnaissance est un acte *volontaire* émanant du père ou de la mère. C'est pourquoi elle requiert un consentement non vicié mais aucune condition de capacité n'est exigée : un mineur, un aliéné dans une période lucide, peut valablement reconnaître un enfant naturel.

La reconnaissance est un acte *personnel*, ce qui explique que la représentation légale ou conventionnelle ne soit pas possible. Seuls les auteurs de l'enfant peuvent le reconnaître à l'exclusion de toute autre personne.

La reconnaissance est un acte *unilatéral* : elle n'appelle pas le concours de l'enfant. Elle peut être faite contre son gré et l'enfant pourra contester la reconnaissance.

La reconnaissance peut être *prénatale*. Un enfant simplement conçu peut être reconnu. Lorsque la reconnaissance émane du père, elle doit indiquer la mère (seule manière d'identifier l'enfant).

La reconnaissance peut être *posthume*, c'est-à-dire qu'elle intervient après le décès de l'enfant. Ce type de reconnaissance est suspect de fraudes : lorsqu'un père et une mère se sont désintéressés d'un enfant pendant toute sa vie pour ne le reconnaître qu'après sa mort, leur seul but est de recueillir la succession de l'enfant.

B. – Conditions de forme

La reconnaissance peut être expresse (1) ou tacite (2) ou inexistante (3).

1. – Reconnaissance expresse

La reconnaissance est un acte grave. La loi la soumet à une solennité : la reconnaissance doit avoir lieu par acte authentique :

- soit devant un officier d'état civil par exemple au moment de la déclaration de la naissance;
- soit devant le notaire;
- soit par déclaration faite en justice (déclaration faite devant le juge des tutelles).

2. – La reconnaissance tacite

Dans deux hypothèses, la loi considère la filiation maternelle tacitement établie à l'égard de l'enfant naturel.

- Première hypothèse : reconnaissance par le père avec indication et aveu de la mère

L'indication du nom de la mère dans l'acte de reconnaissance souscrit par le père établit également la filiation maternelle s'il y a un aveu de la mère. Cet aveu peut être exprès (lettre par exemple) ou tacite (comportement de la mère) (art.336 C.civ. a contrario).

- Deuxième hypothèse : indication du nom de la mère dans l'acte de naissance + possession d'état

Lorsque le nom de la mère est indiqué dans l'acte de naissance, l'enfant porte son nom et bien souvent la mère est persuadée que la filiation est ainsi établie, ce qui est faux. La mère doit normalement souscrire une reconnaissance. Dans le droit antérieur, lorsque la mère mourait, l'enfant non reconnu devait faire établir judiciairement sa filiation (s'il voulait venir à la succession). En vertu du nouvel article 337 du Code civil, l'enfant n'a plus besoin d'agir en justice s'il a la possession d'état d'enfant naturel (il peut prouver cette possession d'état par un acte de notoriété).

3. – La « non reconnaissance »

Le principe est en effet celui de la liberté de reconnaître ou de ne pas reconnaître un enfant (ce qui n'entravera pas les contentieux de la filiation), même si cette liberté est parfois contrainte, par exemple en cas de PMA (C. civ., art. 311-20, al. 4).

En outre la loi du 8 janvier 1993 avait introduit en droit français la possibilité de l'accouchement sous X de la mère (C. civ., art. 326), qui rend impossible

l'établissement de la maternité de l'enfant. Mais alors, si la date et le lieu de naissance n'apparaissent pas dans l'acte d'Etat-civil, cela entrave-t-il la reconnaissance par le père. L'article 62-1 du Code civil permet au Procureur de rechercher ces dates et lieux pour permettre la reconnaissance par le père, mesure faible, mais qui permet, en principe au moins, la reconnaissance par le père (Cf. Cass. civ. 1ère, 7 avr. 2006, Dr. Famille, 2006, p. 124, obs. P. Murat).

II. – La contestation ou l'annulation de la reconnaissance

La reconnaissance est un aveu et un acte juridique.

Parce qu'elle est un aveu et donc la preuve d'une filiation, elle peut être contestée si elle est inexacte.

Parce qu'elle est un acte juridique, elle peut aussi être annulée si les conditions de validité ne sont pas remplies.

A.– La contestation

Elle est rare lorsqu'il s'agit de maternité. Elle est plus importante à l'égard des reconnaissances de paternité.

1. – Qui peut agir ?

A la différence de la filiation légitime (au moins dans le texte de la loi de 1972, voir supra la jurisprudence développée sur ce thème), la contestation de la reconnaissance est largement attribuée :

- l'enfant a un intérêt évident à rejeter une reconnaissance inexacte;
- l'autre parent peut également y avoir intérêt (moral);
- le tiers qui se prétend père ou mère peut également contester;
- depuis la loi du 3 janvier 1972, le ministère public peut également agir *"si des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable la filiation déclarée"* (art.339 al.2).

Cette faculté de contestation reconnue au ministère public par la loi de 1972 s'explique à la lumière d'une jurisprudence antérieure qui refusait, précisément, cette possibilité d'action au ministère public.

En l'espèce, en 1910, en Cochinchinne, un individu (le sieur Bodin) reconnaissait des enfants naturels contre de l'argent. Avec cette reconnaissance, ces enfants pouvaient acquérir la nationalité française. Or, le ministère public avait été déclaré irrecevable à agir en contestation de ces reconnaissances frauduleuses (Civ. 17 décembre 1913).

- Cette faculté de contestation est même reconnue à l'auteur de la reconnaissance qui avait effectué une reconnaissance de complaisance et qui pris de remords veut la contester.

2. – En ce qui concerne la preuve

La reconnaissance est présumée sincère. La preuve incombe à celui qui la conteste.

- S'il s'agit d'une reconnaissance de maternité, il faut, pour la contester, démontrer l'absence d'accouchement ou le défaut d'identité de l'enfant.

- S'il s'agit d'une reconnaissance de paternité, la preuve est libre. Elle peut être faite par tous moyens.

3. – Les conséquences de la contestation qui aboutit

Le lien de filiation est rétroactivement anéanti. Un droit de visite peut cependant être accordé à l'auteur de la reconnaissance compte tenu des intérêts de l'enfant et de ses sentiments. Mais, à la différence de la contestation de paternité légitime, le père complaisant ne peut se faire rembourser les sommes qu'il a pu versées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant.

B. – L'annulation

La reconnaissance est un acte juridique. Ce qu'il faut retenir, ici, c'est la possibilité de détruire un acte juridique par des techniques différentes. Il en résulte des conséquences différentes et on peut distinguer quatre mécanismes de destruction qui sont la nullité, la caducité, la résolution, la résiliation (voir cours de 2ème année).

- La reconnaissance peut donc être volontaire mais il arrivera fréquemment qu'elle ne le soit pas et l'enfant devra rechercher ses parents pour faire reconnaître ses droits (notamment successoraux).

CHAPITRE 3 – L'ETABLISSEMENT CONTENTIEUX DE LA FILIATION

SECTION 1 – LES PRINCIPES DU CONTENTIEUX DE LA FILIATION

Le régime des actions contentieuses était naturellement, avant 2005, fondé sur la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, avec une grave question qui reposait sur la force de la présomption de paternité, qu'il n'est pas inutile de rappeler, avant d'envisager les principes actualisés.

I. – Force de la présomption de paternité

La présomption de paternité légitime n'était plus, depuis 1972, quasi irréfragable. Elle n'était cependant pas une présomption simple dans la mesure où la loi déterminait les conditions dans lesquelles la présomption peut être combattue. Il

s'agissait d'hypothèses dans lesquelles la présomption joue en principe, mais est contestée par une tierce personne.

Deux hypothèses différentes étaient envisagées selon que l'enfant a (1) ou n'a pas (2) la possession d'état d'enfant.

II. – L'enfant avait la possession d'état d'enfant

Lorsque l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime, la présomption de paternité ne pouvait être contestée que par le jeu de deux actions prévues par la loi : le désaveu de paternité formé par le mari (a), la contestation de paternité formée par d'autres que le mari (b). La loi de 1972 a ainsi bousculé la « paix des familles » en contestant avec force la réalité sociologique. Ces deux actions ainsi envisagées étaient les seules possibles.

A – Le désaveu de paternité

En principe, cette action pouvait être intentée par le père présumé de l'enfant, c'est-à-dire le mari de la mère.

L'***objet*** de cette action était d'écarter la présomption de paternité légitime jouant à l'égard du mari de la mère, tout en laissant subsister la preuve de la maternité légitime.

Son ***régime*** variait (quelque peu) selon que l'on envisage le désaveu de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage et celui de l'enfant né après le 180ème jour de mariage, c'est-à-dire conçu pendant le mariage.

*** Le désaveu de l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage** (art.314 al.2 et 3)

Ce désaveu peut se faire par simple dénégation, sans que le mari n'ait à faire la preuve de sa non paternité. Il n'a qu'à faire la preuve du rapprochement de la date de naissance de l'enfant et de celle du mariage.

Cependant, dans deux cas, la simple dénégation ne suffira pas et la preuve de la non paternité, selon le droit commun de l'action en désaveu, sera toutefois requise dans deux cas :

– si le mari a eu connaissance de la grossesse avant le mariage ;

– si après la naissance, le mari s'est comporté comme le père de l'enfant.

Pour toutes les autres conditions de délais et de procédure, l'action en désaveu par simple dénégation est soumise aux règles de droit commun que nous allons envisager dans l'hypothèse suivante.

**** Le désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage**

Le mari de la mère qui veut combattre la présomption doit rapporter la preuve de la non paternité. Depuis la réforme de 1972, tous les moyens de preuve sont admis alors que, dans le droit antérieur, le désaveu n'était possible que pour des causes bien déterminées (exemples : recel de la grossesse ou de la naissance par la mère ; impossibilité de cohabitation). Aux termes de l'article 312 al.2 nouveau, il est dit, en effet, que le père *« pourra désavouer l'enfant en justice, s'il justifie de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père »*. Ainsi le mari pourra invoquer son absence, l'inconduite de sa femme, l'analyse comparative des sangs, son impuissance et même la ressemblance de l'enfant avec un autre homme.

– L'action en désaveu peut être exercée par le mari. Il dispose d'un délai de six mois :

- après la naissance s'il se trouve sur les lieux de naissance de l'enfant ;
- après son retour s'il est absent au moment de la naissance ;
- après la découverte de la fraude si la naissance a été cachée.

– ***L'action peut aussi être exercée par les héritiers du mari***, à condition que celui-ci soit mort avant d'avoir formé l'action, mais étant encore dans le délai utile pour le faire et à condition que ces héritiers aient seulement en vue la défense de leurs intérêts pécuniaires. Ils disposent pour intenter l'action d'un délai de six mois à compter de l'époque où l'enfant s'est mis en possession des biens prétendus paternels ou les revendique.

L'action en désaveu est intentée contre l'enfant, mais comme celui-ci est souvent encore mineur, il sera représenté par un tuteur *ad hoc*, désigné par le juge des tutelles et la mère sera appelée à la procédure.

b. – La contestation de paternité aux fins de légitimation par la mère de l'enfant

Les articles 318 et suivants du Code civil permettent à la mère de contester sous certaines conditions la paternité du mari. Cette innovation est considérable car elle met fin au monopole du mari sur l'action en désaveu. On l'a justifiée en invoquant le fait qu'il n'est pas rare que le mari s'abstienne d'exercer le désaveu non point par charité pour l'enfant mais plutôt par malveillance, afin de mettre obstacle à sa légitimation par le remariage de la mère après le divorce.

Les articles 318 et suivants, s'ils admettent l'action en contestation de paternité exercée par la mère, la soumettent à des conditions très strictes :

* ***Quant au fond*** : cette action traduit la substitution d'une légitimité à une autre :

– le premier mariage doit être dissous (divorce, décès) ;
– la mère doit épouser le véritable père avec lequel elle agit conjointement.

**** Quant à la preuve*** : la mère devait :

– faire tomber la présomption de paternité du premier mari (notamment par expertise sanguine) ;

– établir la paternité du second mari (à nouveau par analyse comparé des sangs) ;

– la contestation est faite en vue de permettre la légitimation de l'enfant : la contestation de paternité à la demande de la mère ne peut pas déboucher sur une filiation naturelle mais seulement sur une autre filiation légitime. La légitimation sera ici nécessairement une légitimation dite « post nuptias » puisque le remariage de la mère est exigé avant que l'on puisse intenter l'action en contestation.

* ***Quant au délai*** : l'action doit être intentée par la mère et son nouveau mari dans les six mois de leur mariage et avant que l'enfant ait atteint l'âge de sept ans. Ce double délai se justifie par l'idée qu'il n'est pas bon d'imposer un changement d'état à un enfant qui serait déjà grand et par le souci d'éviter que le recours en contestation de paternité ne soit en fait qu'une sorte d'adoption déguisée par le second mari.

Ces conditions ne soulèvent pas de difficultés lorsque le premier mari favorise son successeur (divorce par consentement mutuel).

Mais la situation est beaucoup plus cruelle lorsque le mari de la mère s'est attaché à l'enfant qui n'est pas le sien. La Cour de cassation préfère le vrai père au mari de la mère.

Dans deux arrêts du 16 février 1977 (D.1977, 328), elle a admis la contestation de paternité légitime alors que l'enfant avait la possession d'état d'enfant légitime du premier mari de la mère et, dans une autre espèce, alors que l'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant commun de son vrai père.

Cette jurisprudence est cruelle et injuste pour le mari aimant et trompé mais attaché à l'enfant. La paternité est-elle dans l'amour ou dans les gènes ? Le vrai père est-il celui qui aime ou celui qui donne la vie ?

> *« Ce qui distingue l'homme du singe, c'est que le vrai père est celui qui aime et qui élève, non celui qui a eu une relation sexuelle épisodique et n'est qu'un géniteur »* (Ph. Malaurie).

Le dialogue de César et Marius, à propos de la paternité de celui-ci sur l'enfant de Fanny mariée à Panisse est… attendrissant :

> *« CESAR :*
> *Ecoute Marius, cette discussion, ça ne peut mener à rien pour le moment.*
> *MARIUS :*
> *Mais enfin, tu sais bien que l'enfant est mon fils.*
> *CESAR :*

> *Bien sûr que je le sais. Il te ressemble comme deux gouttes d'eau. Mais quand même, lui c'est un peu son père* (en parlant de Panisse)*… Cet enfant, quand il est né il pesait 4 kilos… Ceux-là, c'est sa mère qui les a faits. Maintenant il arrive à 7… Ces trois kilos de plus, c'est trois kilos d'amour… Et l'amour, Marius, ça ne pèse pas lourd. Moi, j'en ai donné ma petite part… Sa mère en a donné beaucoup, naturellement ; mais celui qui a donné le plus, c'est Honoré. Et toi, qu'est-ce que tu lui a donné ?*
> *MARIUS :*
> *La vie.*
> *CESAR :*
> *Les chiens aussi donnent la vie : pourtant, ce ne sont pas des pères »* (Fanny, Acte III scène VI).

2.– L'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant

Lorsque l'enfant n'avait pas la possession d'état d'enfant légitime, deux actions en contestation de paternité légitime était possibles. Ces actions, de pure création jurisprudentielle, reposaient, pour ce qui est de la première, sur une interprétation a contrario de l'article 334-9 du Code civil (1) ; pour ce qui est de la seconde, sur une interprétation a contrario de l'article 322 (2).

B. – La contestation fondée sur l'article 334-9 interprété a contrario

Selon ce texte, (abrogé) « *toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ».

Ce texte visant la filiation naturelle signifiait que l'enfant adultérin par sa mère qui jouissait de la possession d'état d'enfant légitime à l'égard du mari et de sa mère ne pouvait voir sa filiation naturelle établie à l'égard de son véritable père.

Selon l'article 334-9 *a contrario*, toute reconnaissance était possible, toute demande en recherche est recevable quand la filiation légitime de l'enfant n' était pas déjà établie par la possession d'état.

Hypothèse. – Un enfant est conçu ou né pendant le mariage. L'acte de naissance indique le nom de la mère et le nom du mari. La présomption *« pater is est »* joue (au profit du mari). Mais l'enfant n'a pas la possession d'état à l'égard du mari : pour la renommée, c'est l'enfant de quelqu'un d'autre, sa filiation paternelle est suspecte.

Un tiers peut-il reconnaître l'enfant et contester la paternité du mari ? La Cour de cassation l'a admis dans un arrêt du 9 juin 1976 :

– enfant conçu lors d'une séparation légale des époux alors que la mère concubine avec un amant n°1 ;

– naissance de l'enfant : il est inscrit à l'état civil avec l'indication du nom du mari mais il n'a pas la possession d'état d'enfant légitime puisque la mère ne vit plus avec le mari.

– La mère rompt avec l'amant n°1 puis concubine avec l'amant n°2 qu'elle épouse (après divorce).

– Contre la volonté de la mère, l'amant n°1 assigne les parents (le premier mari) en vue de faire reconnaître sa paternité (naturelle).

La Cour de cassation a admis cette contestation en se fondant sur l'article 334-9 a contrario.

Le conflit de paternité était résolu en permettant aux intéressés de faire la preuve de la paternité la plus vraisemblable (sur 311-12 al.1). Dans ce cas, la présomption de paternité pouvait donc être combattue par un autre que le mari de la mère ou que la mère. Cette contestation n' était pas soumise aux exigences de brefs délais ; la seule condition posée au succès de l'action réside en l'absence de possession d'état. Si l'action aboutit, elle conduit d'une filiation légitime à une filiation naturelle. En sa faveur, on peut avancer les avantages de la vérité sur le jeu de la présomption *« pater is est »*. Encouragée par ce précédent et quelques auteurs, la Cour de cassation est encore allée plus loin.

b. – La contestation fondée sur l'article 322 al.2 a contrario

L'article 322 al.2 disposait (il est également abrogé) : « *nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance »*.

A contrario, tout intéressé pouvait contester l'état de celui qui n'avait pas un titre de naissance conforme à sa possession. Toute personne intéressée (le mari, l'amant, la mère, l'enfant, les héritiers de chacun d'eux) pouvait anéantir une paternité légitime douteuse sans même lui substituer une paternité naturelle. L'idée était que mieux vaut une absence de filiation qu'une filiation erronée qui n'est pas concrètement vécue. Cette solution a été admise par deux arrêts de la Cour de cassation du 27 février 1985 (D.1985, 265). A nouveau en cette hypothèse on ne rencontrait aucune condition de délai autre que la prescription trentenaire, ni, davantage de condition de preuves particulières.

Selon les propres termes des arrêts, il s'ensuivait, dans le contexte de la loi du 3 janvier 1972, dont l'un des objectifs essentiels a été d'attribuer à chacun son vrai rapport de filiation et qui, à cet affet, a attaché à la possession d'état, comme à son défaut, des conséquences juridiques plus nombreuses que par le passé, qu'en l'absence de possession d'état conforme au titre, la contestation de la paternité comme de la maternité légitime était recevable. Et les arrêts d'ajouter que l'action en contestation directe de la paternité légitime ne saurait priver de toute utilité les actions plus spécifiques que la loi a prévues à cette fin, par dérogation au principe posé par l'article 322, puisqu'il est possible d'y recourir lorsque les conditions en sont réunies, même dans le cas où il y a conjonction du titre et de la possession d'état.

II. – Les principes actualisés depuis 2005

Depuis 2005, plusieurs principes ont renouvelé la méthode contentieuse d'établissement de la filiation.

– S'agissant de la compétence, seul le TGI est compétent (C. civ., art. 318-1).

– S'agissant de la prescription, celle-ci, décennale depuis 2005 (alors que la réforme de la prescription par la loi du 17 mai 2008 n'a pas touché la question du droit de la famille et que la loi de 1972 fondait une prescription trentenaire alors que précédemment les actions étaient imprescriptibles), étant entendu

- D'une part que la prescription joue à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame ;
- d'autre part que la prescription est suspendue pendant la minorité de l'enfant.

En pratique donc, la prescription est de 28 ans.

– S'agissant du droit d'agir, le principe de l'indisponibilité de l'action est posé (C. civ., art. 323) de sorte que tout engagement quelconque, une renonciation par exemple, portant sur le droit de contester ou rechercher une paternité est nul.

En revanche les actions sont *transmissibles*, aux héritiers, lorsque le titulaire de l'action décède avant de pouvoir agir, dans le délai de prescription.

– S'agissant des preuves, la loi du 4 juillet 2005 a retenu le *principe de la liberté de la preuve* : on peut prouver par tout moyen en matière de filiation. Sous l'empire de la loi de 1972, le principe était voisin quoique fondé sur les examens sanguins ou, prudemment, sur « toute autre méthode médicale certaine », ce qui conduit à l'admission, expresse, de l'examen comparé des sangs, assez approximatives (de l'ordre de 50 à 60% de chance) mais aussi l'examen comparé des ADN (de l'odre de 99,99%), réglé par les lois bioéthiques (C. civ., art. 16-11 et 16-12) précédé par la tristement célèbre affaire *Montand* qui permis l'exhumation du corps du défunt pour un prélèvement d'ADN alors même que celui-ci avait de son vivant refusé tout prélèvement post-mortem. A loi de 2004 a cependant posé comme règle, sans doute comme réaction à cette affaire, que le consentement donné du vivant s'imposait pour un prélèvement post mortem.
En outre, la Cour de cassation a admis que l'expertise médicale était de droit lorsqu'elle était demandée à titre de moyen de défense (Cass. civ. 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n°103).

La question principale est celle du sort du refus de précéder à un examen génétique : nul n'est tenu d'y procéder, même en justice, en raison des principes posés en matière de bioéthique. Cela étant et comme auparavant, un tel refus peut être apprécié par le juge comme un *aveu* ou une *présomption* résultant de ce refus.

SECTION 2 – LES REGLES DU CONTENTIEUX DE LA FILIATION

Ces règles intéressent l'action en recherche maternité (§1), de paternité (§2), en contestation (de filiation (§3) ou les actions à fins de subsides (§ 4) étant entendu que certaines ont déjà été étudiées, notamment les actions relatives à la possession d'Etat.

§ 1 - L'action en recherche de maternité

Cette action soulève peu de problèmes et est très rare : elle suppose qu'un enfant agisse pour faire reconnaître qu'une femme qui a accouché le jour de sa naissance est sa mère. C'est donc un litige qui intéresse les enfants abandonnés à leur naissance (il suffit que le nom de la mère soit inscrit dans l'acte pour que la filiation soit établie à son égard). Elle peut être exercée par l'enfant ou ses représentants. Elle se prescrit par trente ans.

La loi nouvelle consacre désormais la faculté, prévue jusque là seulement par l'article 47 du Code de la famille et de l'aide sociale, pour la femme qui accouche de demander le secret sur son identité, l' « accouchement sous X » (art.326 C.civ.). La loi en fait désormais une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité.

§ 2 - L'action en recherche de paternité

Cette action était autrefois beaucoup plus complexe car elle était limitativement admise mais ne valait que pour l'action en recherche de paternité naturelle. En effet, on n'avait pas voulu l'ouvrir très largement pour éviter qu'un enfant soit rattaché à tout prix à une famille qui n'en veut pas.

Par contre, aucun argument sérieux ne venait s'opposer à ce que l'enfant demande à son auteur des aliments jusqu'à sa majorité.

Cette observation explique le système dualiste qui existait en France jusqu'à la loi du 8 janvier 1993 :

- l'action en recherche de paternité était relativement étroite (A);
- l'action alimentaire dite "action à fins de subsides" était très largement ouverte (B).

La loi du 8 janvier 1993 a « révolutionné » le régime de l'action en recherche de paternité naturelle et « toiletté » le régime de l'action à fins de subsides ; l'ensemble a &été réformé en 2005.

A. – L'action en recherche de paternité proprement dite

Autrefois, les limitations apportées à l'action en recherche de paternité naturelle se manifestaient à trois points de vue :

- les cas d'ouverture étaient limitativement énumérés par l'article 340 du Code civil (1);
- il existait des fins de non recevoir à l'action en recherche de paternité (2);
- les conditions d'exercice de l'action étaient strictes (3).

Ces aspects ont été considérablement modifiés par la loi du 8 janvier 1993.

1. –Les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle

Un peu d'histoire... Dans l'ancien droit, la paternité naturelle ne conférait ni droits ni obligations familiaux et notamment aucun droit de succession. Par conséquent, la preuve était largement admise par tous moyens comme celle d'un pur fait. La règle *virgini praegnanti semper esse creditur* (on doit croire la fille enceinte quand elle désigne celui qu'elle prétend être le père de son enfant) permettait de pourvoir, au moins à titre provisoire, aux premiers frais de la naissance et à fournir des aliments à l'enfant. Cette règle avait suscité de nombreux scandales : des jeunes filles attribuaient mensongèrement la paternité de leur enfant aux personnes les plus riches et les plus considérées (ex. : l'affaire jugée par le parlement de Grenoble en 1774. Une jeune fille de 15 ans choisit pour maître à danser un nommé F., prend trois leçons de danse et, six mois après, accouche d'une fille; elle désigne pour père F., sexagénaire privé d'un oeil et estropié d'une jambe, aussi peu propre à l'amour qu'à la danse. Selon les termes mêmes de l'avocat général Servan qui, dans cette espèce, avait combattu la règle *Virgini praegnanti* : *"Sa seule présence réfute une grossesse; il suffit de le voir pour le croire innocent; Anne entre vierge chez F. et de son aveu, le troisième jour, elle sort enceinte ! Ce qu'on peut dire de plus honorable pour cette fille, c'est qu'elle ment... Quel est ce témoin à qui sont accordés des privilèges qui eussent honoré le vertueux Caton ? C'est une fille convaincue de faiblesse; on nous donne pour garant de sa conduite une pudeur qu'elle n'a plus"* (Servan, *Discours dans un procès sur une déclaration de grossesse*, Lyon, 1774, p.24; cf. J.F. Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, qui qualifie de "triviale" (p.100), la maxime *virgini paregnanti*, qu'il impute au Président Fabre).

En réaction contre ces abus et parce que la Révolution avait accordé des droits successoraux à l'enfant naturel, il parut logique de n'admettre la filiation paternelle que par la seule volonté du père; la Convention interdit donc toute action en justice, qu'elle ait pour objet une réclamation d'aliments ou l'établissement d'un état. La paternité naturelle s'établissait uniquement par une reconnaissance volontaire exprimée dans un acte authentique (L.12 Brumaire an II).

En réaction, le Code Napoléon a adopté une attitude trop restrictive. Il affirmait l'impossibilité d'apporter la preuve du fait de la paternité. Se sont ajoutées des considérations de politique sociale (cf. le mot du Premier Consul : *"l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation de l'enfant naturel soit établie"*). La loi avait entendu couper court, dans l'intérêt de la famille, aux actions téméraires. Cette réaction était beaucoup trop rigoureuse car elle faisait de l'enfant naturel et de sa mère des victimes. Ceci explique que la loi de 1972 n'admette la recherche de la paternité naturelle que dans des cas limités.

L'article 340 du Code civil prévoyait cinq cas d'ouverture. Il s'agissait des faits suivants :

– Enlèvement ou viol de la mère lorsque la date des faits se rapporte à celle de la conception.

– Séduction de la mère dans certaines conditions. Elle doit avoir être accomplie :

- soit au moyen de manœuvres dolosives ou de violence morale (ex. : abus de l'inexpérience de la jeune fille ou de sa simplicité d'esprit; abus d'autorité d'un patron envers sa domestique ou son employée; abus d'autorité de l'homme beaucoup plus âgé que la femme);

- soit à la suite d'une promesse de mariage ou de fiançailles.

– Preuve non équivoque de paternité résultant de lettres ou d'autres écrits émanant du père prétendu (ex. : marques d'intérêt portées à l'enfant, assurance donnée à la mère que l'enfant ne sera pas abandonné; inquiétude du père à l'annonce de la grossesse; conseils d'avortement...).

– Concubinage avec la mère pendant la période légale de conception. Par « concubinage » la loi entend « à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ».

– Entretien, éducation, établissement de l'enfant en qualité de père. L'homme doit s'être comporté comme le père de l'enfant. C'est la possession d'état d'enfant naturel que l'on retrouve ici.

Poursuivant cette évolution, la loi du 8 janvier 1993, dans un évident souci de vérité, libère l'action en recherche de paternité naturelle; désormais *"la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves "* (art.340 nouveau Code civil).

La formule est reprise des anciens articles concernant la recherche de maternité et figure à l'identique dans les articles 323 et 341 C.civ.

Il n'y a donc désormais plus de freins a priori à l'action en recherche de paternité naturelle.

2. – Les fins de non recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle (abrogées par la loi du 8 janvier 1993)

Elles étaient prévues par l'article 340-1 nouveau du Code civil et étaient au nombre de trois :

- Il s'agissait, d'abord, de l'inconduite notoire de la mère (ou le commerce que celle-ci avait pu entretenir avec un autre individu) pendant la période légale de la

conception. Cependant, si la mère démontre que cet individu n'est pas le père, à l'aide d'un examen des sangs ou de toute autre méthode médicale certaine, la fin de non recevoir est écartée.

- Il s'agissait, ensuite, l'impossibilité physique pour le père prétendu d'être le père de l'enfant. L'homme prouvera son éloignement ou une impuissance accidentelle.

- Enfin, la non paternité pouvait être établie par l'analyse des sangs ou toute autre méthode médicale certaine. L'action en recherche de paternité est irrecevable.

Ces fins de non recevoir rendaient impossible toute action en recherche de paternité naturelle : la loi du 8 janvier 1993 a supprimé ces trois fins de non recevoir (l'article 60 de la loi abroge l'article 340-1 du Code civil). Un souci de vérité conduit à ne plus "bloquer" l'action intentée par l'enfant pour faire établir son lien de filiation.

3. – Les conditions actuelles d'exercice de l'action en recherche de paternité

Ces conditions sont posées par l'article 327 du Code civil qui dispose que « la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée », peu important qu'il s'agisse d'une paternité légitime ou naturelles.

Elles sont strictes à trois points de vue :

- ***Le demandeur*** : l'action est réservée à l'enfant. Pendant sa minorité, il est représenté par sa mère ou par un tuteur (si la mère est inconnue, ou n'a pas reconnu l'enfant, ou est décédée). Le tuteur ne peut agir que sur autorisation du conseil de famille (art.340-2 C.civ.).

- ***Le défendeur*** : l'action est intentée contre le père prétendu ou, s'il est décédé, contre ses héritiers.

- ***Les délais de l'action*** : l'action devait être exercée dans les deux ans de la naissance (art.340-4 C.civ.). Cependant, s'il y a eu concubinage et participation du père prétendu à l'entretien de l'enfant, le délai de deux ans court à partir de la cessation du concubinage ou des actes d'entretien.

Désormais, la mère peut exercer l'action pendant toute la minorité de l'enfant et l'enfant lui-même pendant 10 ans à compter de sa majorité.

§ 3. – Les actions en contestation de la filiation

Ce type d'actions doit être distingué des actions en contestation de légitimité qui ont pour objet de contester non pas la filiation elle-même, mais l'existence du mariage des parents.

Les actions en contestation de la filiation légitime concernent la preuve de la filiation légitime, telle que nous l'avons exposée précédemment.

Ces actions sont de deux sortes selon qu'elles ont pour objet de contester les preuves de la maternité légitime ou de la paternité légitime. On parle, dans le premier cas, d'actions en contestation de maternité légitime, dans le second, d'actions en contestation de paternité légitime, déjà étudiées.

A. – L'objet de ces actions est de faire tomber la preuve de la maternité et, conséquemment, la présomption de paternité du mari de la mère.

B. – L'ouverture de ces actions n'est pas la même suivant qu'il y a ou non conformité du titre, c'est-à-dire l'acte de naissance, et de la possession d'état.

1. – Lorsqu'il y a ***conformité du titre et de la possession d'état*** *(l'enfant dispose d'un titre et est élevé par les titulaires de ce titre)*, la contestation de la maternité légitime est impossible, sauf s'il y a eu supposition ou substitution d'enfant (art.322 et 322-1).

* La ***supposition d'enfant*** est le fait pour une femme (qui n'est pas accouchée) de se procurer le nouveau-né d'une autre femme et de le déclarer à l'état civil comme son propre enfant. Cette *"adoption sauvage"* (en ce sens, Carbonnier, *Droit civil 2*, n°114) sur laquelle se rabattent certains couples stériles devant les difficultés d'une adoption régulière, est un crime que sanctionne pénalement l'article 345 du Code pénal.

* La ***substitution d'enfant***, fortuite ou volontaire, résulte d'une confusion entre les nouveaux-nés de deux mères, accouchées le même jour ou à peu près (*"La vie est un long fleuve tranquille"*).

2. – ***Lorsqu'il n'y a pas conformité du titre et de la possession d'état***, la contestation de la maternité légitime est possible par une interprétation *a contrario* de l'article 322 al.2 C.civ. L'action est ouverte à tout intéressé, qu'il s'agisse pour lui de défendre un intérêt pécuniaire (droits de succession, par exemple), ou un intérêt moral (défense du nom, par exemple; sur cette action, voir infra).

L'action se prescrit par trente ans (plus généralement, sur la prescription des actions relatives à la filiation, v. art.311-7 C.civ.).

§4. – L'action à fins de subsides

Cette action est subsidiaire à l'action en recherche de paternité. Les juges peuvent allouer des subsides à l'enfant, même s'ils rejettent l'action en recherche de paternité, si les relations entre la mère et le défendeur ont été démontrées.

La loi du 3 janvier 1972 a ouvert à tout enfant naturel dont la filiation paternelle n'a pas été établie le droit de réclamer des "subsides" à celui qui a eu des

relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception (art.340-7 C.civ.).

Nous devons étudier les conditions (1), les fins de non recevoir (2) et les effets (3) de cette action.

1. – Les conditions de l'action à fins de subsides

Il existe des conditions de fond et des conditions de formes.

a. – Conditions de fond

- La première condition est que la filiation paternelle de l'enfant ne soit pas établie. Dans le cas où la filiation serait établie, il incomberait au père de subvenir aux besoins de l'enfant.

- La seconde condition posée par l'article 342 est l'existence de relations entre le père et la mère pendant la période légale de conception.

La seule preuve à établir est donc l'existence de relations intimes pendant cette époque. Il n'est pas, notamment, nécessaire de prouver qu'il existe un lien de causalité entre l'existence de ces relations et la naissance de l'enfant. La preuve des relations sexuelles se fait librement, par tous moyens. Pour libre qu'elle soit, la preuve, dans l'état actuel des choses, est difficile car il s'agit d'un événement très intime, qui n'est pas public. Elle peut être faite par tous moyens : le témoignage d'un tiers (à la condition qu'il ne se borne pas à répéter ce que lui a dit la mère), l'aveu du défendeur, résultant notamment de lettres à la mère (ex. TGI Dieppe 13 juin 1974, D.1975, 71, 1ère espèce, note D. Huet-Weiller; JCP 1974, IV, 6470, p.421, note J.A. : en l'espèce le garçon écrit à la fille, avant qu'elle ne soit enceinte, quatre-vingt-douze lettres *"au ton particulièrement amoureux"* qui *"s'accorde mal avec l'hypothèse d'une affection purement sentimentale"*; ces lettres s'achevaient par les majuscules suivantes : F.P.M.B.S.T.L.A. [fermé par mille baisers sur tes lèvres adorées]) ou d'interrogatoires par le juge ou une analyse sanguine si elle est complétée par d'autres éléments, dans l'état actuel du droit; peut-être, plus tard, l'analyse sanguine sera une preuve directe.

b. – Conditions de forme

- ***En principe***, l'action à fins de subsides est soumise aux mêmes règles de procédure que l'action en recherche de paternité naturelle.

La loi du 29 décembre 1977, modifiant les articles 342 et 342-6 du Code civil a, toutefois, ouvert des délais plus longs pour l'action à fins de subsides, puisque celle-ci est désormais possible pendant toute la minorité de l'enfant, voire pendant les deux années suivant l'âge de la majorité de l'enfant.

- Une ***particularité*** existe lorsque la mère a eu des relations avec plusieurs hommes pendant la période légale de la conception.

– AU DEPART, LE LEGISLATEUR AVAIT PENSE CONDAMNER A PAYER DES SUBSIDES TOUS CEUX QUI AVAIENT EU DES RELATIONS SEXUELLES AVEC LA MERE. MAIS CETTE SOLUTION RISQUAIT D'ENTRAINER DE NOMBREUSES FRAUDES.

– La loi de 1972 admet que des subsides peuvent être demandés à plusieurs hommes (art.342-3). Mais il faudra faire la preuve que les co-amants soit ont commis une faute, soit ont pris un engagement volontaire. La jurisprudence se contente d'éléments inconsistants pour l'admettre (ex. : constitue une faute le fait pour l'homme de ne pas avoir fait usage de préservatifs alors que sa partenaire pensait que tel était le cas).

2.– Les fins de non recevoir opposées à l'action à fins de subsides (abrogées par la loi du 8 janvier 1993)

Les mêmes fins de non recevoir qui pouvaient être invoquées dans une recherche de paternité naturelle pouvaient également l'être pour l'action à fins de subsides.

Cependant la fin de non recevoir tirée de l'inconduite disparaissait dans la mesure où la pluralité d'amants ne justifiait pas l'irrecevabilité de l'action à fins de subsides.

Par contre, le défendeur pouvait opposer à la mère sa débauche (plus que l'inconduite, moins que la prostitution). Dans ce cas, la jurisprudence restait sévère mais il en fallait beaucoup pour qu'une femme soit débauchée... aux yeux du juge s'entend ! (avoir une attitude "libérée" et une réputation de fille facile; par contre, le fait d'avoir en deux jours six amants différents que l'on ne connaissait pas antérieurement caractérisait la débauche).

La loi du 8 janvier 1993 a supprimé ces fins de non recevoir : désormais le défendeur peut écarter la demande en faisant la preuve par tous moyens qu'il ne peut être le père de l'enfant (art.342-4 C.civ.).

Par conséquent :

- l'enfant pour obtenir des subsides doit simplement faire la preuve de l'existence de relations sexuelles pendant la période légale de conception;

- le défendeur à l'action à fins de subsides pour se dégager doit faire la preuve qu'il ne peut être le père de l'enfant.

L'objet de la preuve est donc très différent dans les deux cas.

3. – Les effets de l'action à fins de subsides

En cas de succès de l'action, le défendeur est condamné à verser des "subsides" à l'enfant. Selon l'article 342-2 alinéa 1, les subsides sont les ressources nécessaires à la vie. Ils se règlent sous forme de pension compte tenu des ressources

du débiteur et des besoins du créancier - enfant -. Ils cessent normalement à la majorité de l'enfant.

SOUS-TITRE 4

LA FILIATION ADOPTIVE

Il s'agit d'une filiation artificielle créée en dehors de tout lien de sang, la filiation adoptive résultant de l'adoption a fait l'objet de nombreuses réformes au cours des dernières dizaines d'années. Le statut actuel de l'adoption résulte de la loi du 11 juillet 1966, modifiée par la loi du 22 décembre 1976. La loi du 8 janvier 1993 a apporté quelques retouches à un régime dont on attend, prochainement, la refonte générale.

Il existe deux variétés d'adoption : l'adoption plénière (Chapitre 1) et l'adoption simple (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 - L'ADOPTION PLENIERE

L'adoption plénière a pour but de donner à l'adopté la condition d'enfant légitime de l'adoptant. Elle rompt les liens qui attachaient l'adopté à sa famille d'origine. Il convient d'examiner successivement les conditions (Section 1) et les effets (Section 2) de cette adoption.

SECTION 1 - LES CONDITIONS DE L'ADOPTION PLENIERE

Il existe des conditions de fond (§ 1) et des conditions de forme (§ 2I).

§ 1 - CONDITIONS DE FOND

Certaines conditions intéressent l'adoptant (I), d'autres l'adopté (II). Une dernière condition intéresse en même temps l'adoptant et l'adopté (III).

I. – Les conditions requises de l'adoptant

L'adoption plénière sera le plus souvent demandée par deux époux privés de descendance. Mais il en sera parfois autrement.

A.– ***Lorsque l'adoption est demandée par deux époux***, la loi exige :

- qu'ils ne soient pas séparés de corps;

- qu'ils soient mariés depuis cinq ans ou que les deux aient plus de trente ans (art.343 et 343-1 C.civ.).

B. – ***L'adoption plénière peut également être demandée par une seule personne, célibataire ou mariée*** (art.343-1 C.civ.).

Cette possibilité constitue une innovation de la loi de 1966. Dans une telle hypothèse :

- L'âge minimum de l'adoptant a été rabaissé à trente ans par la loi de 1976. La condition d'âge ainsi prévue a même été purement et simplement supprimée, par cette dernière loi, en cas d'adoption de l'enfant du conjoint (art.343-2).

- Si l'adoptant est marié et non séparé de corps, il doit obtenir le consentement de son conjoint.

II. – Les conditions requises de l'adopté

Elles sont au nombre de deux :

A. – La première est relative à ***l'âge*** de l'enfant. Pour bénéficier d'une adoption plénière, l'enfant doit, en principe, être âgé de moins de quinze ans. Cet âge limite peut toutefois être reculé jusqu'à la majorité au profit d'enfants qui, avant l'âge de quinze ans, ont été recueillis en vue d'une adoption ou ont fait l'objet d'une adoption simple. S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption (art.345).

B. – L'enfant doit être abandonné, il faut que l'enfant ***n'ait plus de foyer***, *de famille*.

Pour éviter les conflits entre parents par le sang et parents adoptifs, la loi a réservé l'adoption à trois catégories d'enfants qu'énumère l'article 347 du Code civil. Ce sont :

1. – Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption.

Ce consentement doit, en principe, être donné sous la forme authentique. Il peut aussi être donné au service de l'Aide sociale à l'enfance. Il peut être rétracté pendant trois mois. Passé ce délai, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant, sauf si celui-ci a déjà été placé en vue de l'adoption. En effet, en ce dernier cas, si les personnes qui ont recueilli l'enfant refusent de le "rendre", il appartiendra au tribunal de statuer sur le sort des malheureux enfants (art.348-3).

Le consentement à l'adoption *d'un enfant de moins de deux ans* est soumis à une condition spéciale que prévoit l'article 348-5. Le consentement n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'Aide sociale à l'enfance ou à une oeuvre d'adoption autorisée.

2. – Les pupilles de l'Etat qui sont sous la tutelle de l'Aide sociale à l'enfance. Tel est notamment le cas :

- des enfants nés de père et mère inconnus;

- des orphelins de père et de mère;

- des enfants dont les parents ont été déchus de l'autorité parentale.

3. – Les enfants qui ont fait l'objet d'une décision judiciaire d'abandon conformément à l'article 350 du Code civil. Il s'agit d'enfants recueillis par un particulier ou l'Aide sociale à l'enfance, dont les parents se sont manifestement désintéressés depuis plus d'un an.

Par ailleurs depuis la loi du 8 janvier 1993, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est permise que lorsque cet enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint (art.345-1 C.civ.).

III - La condition requise a la fois de l'adoptant et de l'adopté

Il s'agit d'une condition de différence d'âge. En principe, il faut entre adoptant et adopté une différence d'âge de quinze ans réduite à dix ans lorsque l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant. Le tribunal pourra, s'il y a de justes motifs, prononcer l'adoption même si la différence d'âge est inférieure à celle prévue par la loi (art.344).

§ 2 - CONDITIONS DE FORME

L'adoption plénière est prononcée par jugement du TGI. Un tel jugement ne peut intervenir que si l'enfant a été recueilli au foyer de l'adoptant depuis au moins six mois. D'où deux étapes : le placement en vue de l'adoption plénière et le jugement d'adoption plénière, lequel jugement est transcrit dans les quinze jours sur les registres d'état civil.

SECTION 2 - LES EFFETS DE L'ADOPTION PLENIERE

- A l'égard de sa famille adoptive, l'enfant adopté plénièrement a les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime (sur les effets de l'adoption plénière quant au nom, voir C.civ. art.357).

- A l'égard de sa famille d'origine, il n'a plus aucun lien avec elle.

CHAPITRE 2

L'ADOPTION SIMPLE

Elle s'oppose à l'adoption plénière par ses conditions plus larges (Section 1) et par ses effets plus restreints (Section 2).

SECTION 1 - LES CONDITIONS DE L'ADOPTION SIMPLE

Les conditions de fond et de forme sont celles de l'adoption plénière.

La loi du 8 janvier 1993 a ramené de 15 à 13 ans l'âge minimum à partir duquel le consentement de l'adopté est requis (art.360 C.civ.).

SECTION 2 - LES EFFETS DE L'ADOPTION SIMPLE

C'est essentiellement à ce niveau que résident les différences entre les deux types d'adoption. Ces différences se manifestent à divers plans.

§ 1 - A L'EGARD DE SA FAMILLE D'ORIGINE

L'enfant adopté d'une manière simple conserve ses droits de succession, ses droits et obligations alimentaires.

§ 2 - A L'EGARD DE SA FAMILLE ADOPTIVE

L'enfant adopté voit naître des liens nouveaux qui intéressent à la fois sa personne et son patrimoine.

I.– Sur le plan de la personne de l'enfant

L'adoption simple va conférer à l'adoptant l'autorité parentale.

Elle entraîne des prohibitions au mariage entre l'adoptant et l'adopté ou ses descendants.

L'adopté prend en principe le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son nom patronymique d'origine. Il y a toutefois une exception à ce principe : le tribunal peut décider qu'il portera purement et simplement le nom de l'adoptant (art.363 C.civ. modifié par la loi du 8 janvier 1993).

II. – Sur le plan patrimonial

L'adoption simple fait naître des obligations alimentaires entre l'adoptant et l'adopté.

L'adoption simple fait également naître des droits successoraux entre l'adopté et sa famille adoptive.

Notons enfin, pour terminer, qu'à la différence de l'adoption plénière qui est irrévocable, l'adoption simple peut, si cela est justifié par des motifs graves, être l'objet d'une révocation.

C'est par l'étude de cette faculté de révocation de l'adoption simple que s'achève l'étude de la filiation et plus généralement de la famille, et plus généralement encore, le cours de Droit civil de 1ère Année.

CONCLUSION DU COURS DE PREMIERE ANNEE

A l'issue de cet enseignement, quelle conclusion peut-on essayer de tirer de celui-ci ?

***. –** L'*introduction générale à l'étude du Droit* (Première partie du cours) nous a essentiellement permis de présenter et de définir des notions essentiels du Droit (privé).

Ces notions sont mouvantes, quoique leur objet (biens, meubles, immeubles, contrat, famille) soit millénaire ; leur origine remonte au génie du droit romain, associé à celui du droit canonique et de la longue érosion des institutions due à l'écoulement bénéfique du temps, et finalement au Code civil. Cela étant l'évolution des méthodes du droit, l'irruption de la jurisprudence, mettent en jeu de nouvelles façon de présenter le droit, ses sources, son interprétation, ses conflits. Il n'est plus possible aujourd'hui d'affirmer de manière péremptoire que le droit est stable : c'est l'inverse, le droit est instable, il évolue sans cesse, soit techniquement, au gré des nouvelles lois, souvent techniques, et des nouvelles interprétations jurisprudentielles, qui font du droit non plus comme on a pu le croire ou l'écrire, un ensemble de prédicats mais un art de l'argumentation, une rencontre des arguments discutables.

L'étude de ces concepts révèle en outre que le droit remodèle la nature : « *le droit est la plus grande école de l'imagination* », écrivait Jean Giraudoux en imaginant que la guerre de Troie n'aurait pas lieu

Le droit remodèle les choses : les pigeons des colombiers, les lapins de garenne, les poissons des étangs sont des immeubles au sens de l'article 524 du Code civil et les inventions, les signes distinctifs sont des meubles, au même titre (ou presque) qu'une télévision ou qu'un vase antique. Le droit remodèle les personnes et la jurisprudence décide que le fœtus, le bébé conçu, est déjà une personne du moins lorsqu'il s'agit pour lui d'hériter.

Le juriste allemand Savigny pouvait ainsi écrire : « *le Droit courbe les faits sous son joug* » et Giraudoux – encore lui – de surenchérir : « *jamais poète n'a interprété plus librement la nature que le juriste la réalité* »,mais l'inverse n'est pas faux : *« les faits courbent le droit »* tant la sociologie imprègne la manière de faire du droit ou de le comprendre.

Mais le droit ne peut impunément altérer la nature; c'est là la grande révélation apportée par l'écologie contemporaine : la nature a ses lois qui échappent aux lois de l'homme. Le droit doit apprendre à respecter la nature. Dès lors, le droit imagine des nouvelles formes d'organisation : il invente le patrimoine de l'humanité,

le droit à respirer un air pur, les droits de polluer, éventuellement cessibles (dans le cadre du fameux Protocole de Rio), la guerre humanitaire…

****. –** *La personne*, objet de la deuxième partie de ce cours, est une réalité naturelle. Le droit respecte la personne parce que celle-ci est sacrée et conçue par Dieu, à moins, plus ordinairement, que l'homme ne soit qu'un animal pensant, à la différence des pigeons, des lapins, des arbres ou de la terre. Une distance infinie séparera toujours les bébés d'hommes des bébés phoques.

Conçue par Dieu, la personne humaine est respectée par le droit :

– Elle est toujours reconnue, c'est la personnalité juridique associée à toute personne physique.

– Elle est protégée ainsi que le démontre le Droit des incapacités.

– Elle est immuable : c'est là le sens du principe de l'immutabilité de l'état de la personne. Mais, de ce point de vue, la désacralisation de la personne est évidente, et la possibilité pour "Marcel" de devenir "Monique" révèle que la conception divine de l'homme ne guide plus la plume du juge (voir jurisprudence sur le transsexualisme).

Bien des systèmes de Droit n'ont pas pour l'homme la même considération : le Droit romain ne reconnaissait pas toujours la personnalité juridique; le Droit Nazi ne protégeait pas certaines personnes dont il faisait impunément des esclaves. Le Droit civil apparaît ainsi comme le Droit de la civilisation, comme un Droit qui génère des droits pour l'homme : ce sont les droits de l'homme.

*****. –** Si la personne est sacrée, la *famille* l'est tout autant (Troisième et dernière partie de ce cours). Et pourtant, là encore l'évolution est considérable.

La désacralisation de la famille est évidente : l'union libre (qui est l'antinomie parfaite du sacré dans le mariage) progresse en même temps que le nombre de divorces (on ne se marie plus pour ne plus avoir à divorcer : quel gain de temps et d'argent).

La désacralisation de la famille, c'est aussi sa démocratisation. L'autocratie du mari père qui là encore restituait un enseignement biblique s'est effacée devant l'autonomie de la femme et des enfants.

D'institution hiérarchisée le mariage est devenu une association égalitaire... le droit sait parfois évoluer dans le bon sens. Cette désacralisation atteint aussi *l'enfant* de la famille. Notre Droit de la filiation repose sur deux principes : la vérité biologique (voir Loi du 8 janvier 1993), l'égalité juridique (voir le statut de l'enfant naturel désormais calqué sur celui de l'enfant légitime). Le Droit respecte ainsi la vérité et l'égalité naturelle : les enfants sont tous des enfants de Dieu égaux devant la loi. Mais cette cohérence pourrait être remise en cause par les discriminations qu'introduit le projet de loi sur la bioéthique et sur l'insémination artificielle entre l'enfant né naturellement et celui qui naît artificiellement. Là encore, à la suite de la médecine le Droit remodèle dangereusement la nature. Face à la nature des choses et

des personnes le juriste doit apprendre la modestie et c'est peut-être là la seule conclusion à tirer de cet enseignement de Droit civil.