

Droit civil tome 1

les personnes, la famille, les biens

Préparation au concours
Attaché territorial

Amélie Dionisi-Peyrusse

Droit civil tome1

Amélie Dionisi-Peyrusse

Le travail de l'auteur, Amélie Dionisi-Peyrusse, s'est enrichi des commentaires d'un comité de lecture composé de :

- Frédéric Archer est docteur en droit et maître de conférences à l'université de Lille II ;
- Philippe Defrance, service Ingénierie pédagogique et développement des formations, CNFPT ;
- Pham Van Dat, responsable du service Éditions, CNFPT.

© éditions du CNFPT, 2007

Aucune partie de la présente publication ne peut être reproduite, mise en mémoire ou transmise sous aucune forme ni aucun moyen électronique ou mécanique, par photocopie, enregistrement, ou toute autre façon sans autorisation expresse du centre national de la fonction publique territoriale.

SOMMAIRE

LES SOURCES DU DROIT

SECTION 1 : LE DROIT ÉCRIT :

NOTIONS SUR LES NORMES SUPRALÉGISLATIVES	p. 10
1 - La constitution	p. 10
2 - Le droit international.	p. 10
2.1- Les conventions internationales	p. 10
2.2- Le droit communautaire	p. 11
2.3- Le droit européen	p. 11

SECTION 2 : L'INTERPRÉTATION DE LA LOI PAR LES JURIDICTIONS INTERNES : NOTIONS SUR LA JURISPRUDENCE	p. 12
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------

PREMIÈRE PARTIE : Les personnes

CHAPITRE 1 : LES PERSONNES PHYSIQUES

SECTION 1 : LES LIMITES DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE	p. 19
1- Le début de la personnalité juridique	p. 19
2- La fin de la personnalité juridique.	p. 20
3- L'absence et la disparition	p. 20
SECTION 2 : L'INDIVIDUALISATION DE LA PERSONNE	p. 22
1- Le nom	p. 22
1.1- Le nom de famille	p. 22
1.2- Le nom d'usage	p. 24
2- Le prénom	p. 24
2.1- Le choix du prénom	p. 24
2.2- Le changement de prénom	p. 25
3- Le domicile	p. 25
3.1- La détermination du domicile	p. 25
3.2- La fonction du domicile	p. 26
3.3- Le complément du domicile : la résidence	p. 26

4- Les actes de l'état civil	p. 26
4.1- L'organisation générale des actes de l'état civil	p. 26
4.2- La publicité des actes de l'état civil	p. 27
4.3- La force probante des actes de l'état civil	p. 27
4.4- Les actes de naissance, de mariage et de décès	p. 28

SECTION 3 : LES PERSONNES PROTÉGÉES	p. 29
3.1- La protection juridique des majeurs	p. 29
3.2- L'incapacité des mineurs	p. 32

CHAPITRE 2 : LES PERSONNES MORALES

SECTION 1 : LES DIFFÉRENTES PERSONNES MORALES	p. 39
1- Les personnes morales de droit public	p. 39
2- Les personnes morales de droit privé	p. 39
2.1- Les sociétés	p. 39
2.2- Les associations	p. 40
2.3- Les syndicats	p. 41
2.4- Les fondations	p. 41
2.5- Les groupements d'intérêt économique	p. 41

SECTION 2 : PRINCIPES COMMUNS AU FONCTIONNEMENT DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ	p. 42
1- L'existence de la personne morale	p. 42
2- L'identification de la personne morale	p. 42
3- La capacité de la personne morale	p. 43
4- Le patrimoine de la personne morale	p. 43

DEUXIÈME PARTIE : Droit de la famille

CHAPITRE 1 : LE COUPLE

SECTION 1 : LE COUPLE MARIÉ	p. 51
1- Le mariage	p. 51
1.1- La validité du mariage	p. 53

1.2- Les effets du mariage	p. 66
2- Le divorce et la séparation de corps	P. 73
2.1- le divorce	p. 76
2.2- La séparation de corps	p. 94
SECTION 2 : LE COUPLE NON MARIÉ	p. 98
1- Le PACS	p. 98
1.1- La formation du PACS	p. 99
1.2- Les effets du PACS	p. 100
1.3- La dissolution du PACS	p. 102
2- Le concubinage	p. 104
2.1- Les éléments constitutifs du concubinage	p. 104
2.2- Les effets du concubinage	p. 105
2.3- La dissolution du concubinage	p. 106
 CHAPITRE 2 : L'ENFANT	
SECTION 1 : LA FILIATION	p. 113
1- La filiation par procréation naturelle.	p. 113
1.1-Généralités.	p. 113
1.2- Les modes d'établissement de la filiation	p. 118
1.3- La contestation de la filiation.	p. 125
2- La filiation par procréation médicalement assistée	p. 127
2.1- Les possibilités d'accès à la PMA.	p. 128
2.2- L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né par PMA.	p. 131
3- L'adoption	p. 132
3.1- L'adoption plénière	p. 132
3.2- L'adoption simple	p. 136
 SECTION 2 : L'AUTORITÉ PARENTALE ET L'OBLIGATION D'ENTRETIEN	 p. 138
1- L'autorité parentale.	p. 138
1.1- Les titulaires de l'autorité parentale	p. 138

1.2- La fonction de l'autorité parentale : l'intérêt de l'enfant	p. 140
2- L'obligation d'entretien	p. 144

TROISIÈME PARTIE : : Droit des biens

1- Recherche d'une définition	p. 147
2- Les distinctions du droit des biens.	p. 148
2.1- La distinction meuble-immeuble	p. 149
2.2- La distinction biens corporels - biens incorporels	p. 152
2.3- Les autres critères de distinction	p. 153
3- Le patrimoine.	p. 155
3.1- Droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux	p. 156
3.2- Les caractères du patrimoine	p. 159

CHAPITRE 1 : LA PROPRIÉTÉ ET LA POSSESSION

SECTION 1 : LA PROPRIÉTÉ	p. 163
1- Les attributs du droit de propriété	p. 163
1.1- L'usus	p. 163
1.2- Le fructus	p. 163
1.3- L'abusus	p. 164
2- Les caractères de la propriété	p. 165
2.1- Un droit absolu	p. 165
2.2- Un droit exclusif.	p. 165
2.3- Un droit perpétuel.	p. 166
3- L'étendue du droit de propriété	p. 166
3.1- L'étendue horizontale de la propriété.	p. 166
3.2- L'étendue verticale du droit de propriété	p. 169
3.3- L'accession	p. 173
4- Acquisition, preuve et protection de la propriété	p. 175
4.1- Les modes d'acquisition de la propriété	p. 175
4.2- La preuve de la propriété	p. 181
4.3- La protection du droit de propriété.	p. 183
SECTION 2 : LA POSSESSION	p. 186

1- Les conditions de la possession	p. 186
1.1- L'élément matériel, le corpus	p. 186
1.2- L'élément psychologique, ou animus	p. 186
1.3- Les qualités nécessaires à la possession utile	p. 187
2- Les effets de la possession	p. 188
2.1- En matière mobilière	p. 188
2.2- En matière immobilière	p. 190

CHAPITRE 2 : LES PRINCIPAUX DÉMEMBREMENTS DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

1- L'usufruit	p. 195
1.1- Définition et caractères de l'usufruit	p. 195
1.2- La constitution de l'usufruit	p. 196
1.3- Le fonctionnement de l'usufruit	p. 197
1.4- L'extinction de l'usufruit	p. 200
2- Les servitudes	p. 201
2.1- Caractères et classifications des servitudes	p. 201
2.2- La constitution des servitudes	p. 202
2.3- Le fonctionnement et l'extinction des servitudes	p. 204

CHAPITRE 3 : LA PROPRIÉTÉ COLLECTIVE

SECTION UNIQUE : LA COPROPRIÉTÉ DES IMMEUBLES BÂTIS	p. 209
1- Le lot de copropriété	p. 210
2- La gestion collective de la copropriété	p. 212
2.1- Le règlement de copropriété	p. 212
2.2- Le syndicat de copropriété	p. 213
3- Les droits et obligations des copropriétaires	p. 219
3.1- Les droits individuels des copropriétaires	p. 219
3.2- Les obligations individuelles des copropriétaires	p. 221

Les sources du droit

Les sources du droit sont importantes pour comprendre le droit civil. L'étude des sources du droit doit tendre à déterminer d'où proviennent les normes qui contribuent à la construction du système juridique. La connaissance des sources permet de comprendre la hiérarchie des normes, quelle norme est supérieure à quelle autre, laquelle faut-il faire prévaloir en cas de contradiction ? Quelle norme doit être respectée par la norme inférieure ? L'étude des sources du droit est aussi l'occasion d'évoquer l'interprétation des textes, ce qui est indispensable pour comprendre ce qu'est la jurisprudence.

La source du droit la plus utilisée, pour le moment, en droit civil est la loi. Le Code civil a valeur de loi.

Il est donc intéressant de se demander quelles sont les normes que la loi doit respecter, les normes supralégislatives (I). En ce qui concerne les normes qui doivent respecter la loi, les normes infralégislatives, c'est une question qui relève essentiellement du droit administratif et qui ne sera donc pas abordée ici.

Il est également important d'avoir quelques notions relatives à la principale source d'interprétation de la loi qu'est la jurisprudence française (II).

Section 1 - Le droit écrit : notions sur les normes supralégislatives

1 - La Constitution

C'est la Constitution qui est en principe au sommet de la hiérarchie des normes. La Constitution actuelle date du 4 octobre 1958. En France, c'est le Conseil constitutionnel qui est le gardien de la Constitution. Son contrôle s'étend à ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité qui comprend certains principes supposés avoir implicitement valeur constitutionnelle. La plupart concernent les droits de l'homme.

Contrairement à ce qui se passe dans beaucoup d'Etats étrangers, en France, le contrôle de constitutionnalité n'a lieu qu'a priori. Avant qu'une loi ne soit promulguée, les parlementaires peuvent saisir le Conseil constitutionnel s'ils estiment la loi contraire à la Constitution. Après la promulgation de la loi, aucun contrôle de constitutionnalité n'est plus possible.

Il n'est donc pas possible pour un particulier d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi devant le juge pour écarter son application.

En revanche, pour les autres normes supralégislatives, que sont les normes de droit international, le contrôle est effectué par toutes les juridictions, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas violer ces textes, même si c'est pour respecter une loi. Elles doivent donc écarter une loi dont l'application serait contraire à un texte international applicable. Les plaideurs peuvent ainsi invoquer un texte international, à condition qu'il soit directement applicable, pour écarter une loi.

2 - Le droit international

2.1- Les conventions internationales

Certaines sont d'application directe, d'autres ne le sont pas et créent des obligations pour les Etats sans être directement invocables devant les tribunaux.

La convention peut régler cette question elle-même. Dans le silence de la convention, ce sont les juges qui vont devoir se prononcer sur l'effet direct de la convention. Ils doivent en principe chercher quelle a été l'intention des parties. Ils doivent également regarder si le texte est suffisamment précis et complet pour pouvoir être appliqué directement ou si son application nécessite une intervention du législateur.

Ainsi, par exemple, la Convention de New York de 1990 relative aux droits de l'enfant était considérée depuis l'arrêt Lejeune rendu par la Cour de cassation en 1990 comme n'étant pas d'application directe, c'est-à-dire comme ne pouvant pas être di

rectement invoquée par les particuliers devant un tribunal. Selon la Cour de cassation, cette Convention ne créait d'obligation qu'à la charge des Etats. La Cour de cassation a opéré un revirement sur ce point dans un arrêt du 18 mai 2005.

2.2 - Le droit communautaire

Les juridictions, tant civiles qu'administratives, vérifient la conformité de la loi aux textes communautaires. En cas de difficultés d'interprétation, ils peuvent saisir la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). De plus, si l'Etat ne respecte pas le droit communautaire, notamment en appliquant une loi contraire à un texte communautaire, les particuliers peuvent saisir la CJCE.

2.3 - Le droit européen

Il faut le distinguer du droit communautaire. Le droit européen est essentiellement celui de la Convention européenne des droits de l'homme, élaborée sous l'égide du Conseil de l'Europe en 1950. Cette Convention a été ratifiée par une cinquantaine d'Etats membres du Conseil de l'Europe. Le Conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale qu'il ne faut pas confondre avec l'Union européenne et ses organes.

Le contrôle de l'application de cette Convention est confié à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Cette Convention peut être invoquée devant les tribunaux internes, et une loi contraire à cette Convention doit en principe être écartée par le juge. Si tel n'est pas le cas, les particuliers peuvent saisir la CEDH qui peut condamner l'Etat français.

La plupart des normes qui intéressent les droits de la personne sont édictées par cette Convention et non par le droit communautaire, contrairement à une croyance répandue. L'interprétation faite de la Convention par la CEDH est très évolutive et extensive, et elle a conduit à de nombreuses modifications du droit des personnes, en particulier en droit de la famille et en droit des étrangers.

Section 2 - L'interprétation de la loi par les juridictions internes : notions sur la jurisprudence

Sous l'Ancien Régime, les parlements régionaux rendaient la justice. Ils rendaient des arrêts de règlement, cela signifie que la règle qu'ils énonçaient pour résoudre le litige qui leur était soumis devait par la suite être considérée comme une règle de droit. En résumé, les tribunaux créaient la loi à l'occasion des litiges.

Ce mode de création de la loi a été interdit par le Code civil. On le comprend aisément puisque la loi doit être créée par les élus, par le Parlement, et non par les juges.

En même temps, le Code civil impose au juge de trancher tous les litiges, y compris quand la loi est silencieuse sur un point ou qu'elle est difficile à interpréter. C'est l'interdiction des dénis de justice.

Par conséquent, le juge doit trancher tous les litiges qui lui sont soumis, au besoin en interprétant la loi, voire en dégagant des règles de droit lorsque les textes sont silencieux sur un point. C'est ce qui explique l'existence de la jurisprudence.

Il existe des méthodes d'interprétation :

On peut d'abord distinguer l'interprétation par analogie et l'interprétation a contrario.

L'interprétation par analogie : même si un texte n'envisage pas une situation, si celle-ci se rapproche d'une autre situation, il faut la régler de la même manière. Par exemple, si les chiens sont interdits dans un square, par analogie, on peut estimer que les renards le sont aussi.

L'interprétation a contrario : lorsqu'une situation n'est pas réglée par la loi mais qu'une situation opposée l'est, on en déduit la règle opposée. Exemple : les mineurs ne peuvent contracter mariage sans l'autorisation de leurs parents, a contrario, les majeurs le peuvent.

Il existe aussi des maximes d'interprétation, qui sont des règles générales :

On peut en citer quelques-unes :

- **Le spécial déroge au général**. Si une situation est réglée à la fois par un texte général et par un texte qui la concerne spécifiquement, c'est le second qu'il convient d'appliquer. Par exemple, il existe des règles générales à tous les contrats et des règles spécifiques à certains qui peuvent être contradictoires. Face à un contrat qui est spécifiquement réglementé, il faut appliquer les règles spécifiques, même si cela va à l'encontre des règles générales.

- Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Ainsi, les règles applicables aux immeubles doivent s'appliquer quelle que soit la valeur de l'immeuble, la loi ne distingue pas.

On peut encore interpréter la loi selon la lettre ou selon l'esprit.

Exemple : il n'y a pas de nullité sans texte, et aucun texte ne prévoit expressément la nullité du mariage homosexuel. L'interprétation selon la lettre devrait conduire à la validité du mariage homosexuel, mais le contexte de l'élaboration du Code civil et les autres textes du droit de la famille montrent que dans l'esprit du législateur, le mariage était forcément hétérosexuel. L'interprétation selon l'esprit doit donc conduire à la nullité du mariage homosexuel.

Il faut encore préciser qu'en matière de contrat, le législateur énonce des directives d'interprétation aux articles 1156 s. du Code civil.

Toutes les juridictions interprètent la loi, mais la jurisprudence se définit comme « la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit » (Lexique des termes juridiques, sous la direction de Raymond Julien et Jean Vincent, Dalloz, 15e éd., 2005).

Il faut préciser ici le rôle de la Cour de cassation. C'est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Elle ne juge qu'en droit et non en fait. C'est-à-dire qu'elle ne rejuge pas l'affaire, elle se prononce sur la conformité de l'arrêt de la Cour d'appel au droit. Ce faisant, elle donne son interprétation du droit, elle dit comment il faut l'interpréter. Toutes les juridictions qui interprètent différemment une règle de droit risquent de voir leur décision cassée par la Cour de cassation. C'est donc en réalité essentiellement la Cour de cassation qui détermine la jurisprudence.

Bien sûr, pour que l'interprétation de la loi soit uniforme sur l'ensemble du territoire, il n'y a qu'une Cour de cassation.

Première partie : Les personnes

La personne, en droit, est le sujet de droit. La personne a la personnalité juridique et est donc le sujet de droits et d'obligations. Les personnes physiques ont la personnalité juridique (chapitre 1). Il existe en droit une deuxième catégorie de personnes, les personnes morales, telles que les sociétés ou les associations (chapitre 2).

Les personnes physiques

Chapitre 1

Les personnes physiques ont la personnalité juridique. Le commencement et la fin de la personnalité juridique ne sont cependant pas sans soulever des difficultés chez les personnes physiques. En effet, la personnalité juridique débute avec la naissance et prend fin avec la mort, ce qui peut engendrer de nombreuses questions (section 1). De cette personnalité juridique découlent un certain nombre de conséquences. En particulier, les personnes physiques doivent être individualisées (section 2). Certaines personnes physiques sont soumises à un régime de protection qui retentit sur leur capacité juridique (section 3).

Section 1 - Les limites de la personnalité juridique

Toute personne a la personnalité juridique. Le droit la reconnaît, il ne l'attribue pas. Elle permet d'être sujet de droit, c'est-à-dire d'être sujet de droits et d'obligations.

De ce fait, la personnalité juridique donne certains droits primordiaux. Elle permet de se voir reconnaître les droits reconnus à toute personne, tels que le droit à la vie et la plupart des « droits de l'homme ».

Il faut définir quand commence et quand finit la personnalité juridique, c'est-à-dire finalement à partir de quel moment le droit reconnaît l'existence d'une personne en tant que telle. Pour cela, il faut déterminer où se situe le début de la personnalité juridique (1), à quel moment elle cesse (2) et qu'advient-il de la personnalité juridique en cas d'incertitude liée à la disparition ou à l'absence d'une personne (3) ?

1 - Le début de la personnalité juridique

Le principe est que tout homme naît sujet de droit et acquiert en naissant la personnalité juridique. Il n'y a en France aucune exception. Plus précisément, c'est la naissance qui donne la personnalité juridique. Dès lors, une question se pose : à quel moment commence la vie ?

Il existe en droit une maxime qui répond à cette question : *infans conceptus*, l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Ainsi, par exemple, l'enfant conçu au moment de l'ouverture d'une succession pourra succéder.

Pour pouvoir bénéficier de cela, il faut que l'enfant soit né vivant, c'est-à-dire qu'il ait respiré et viable, c'est-à-dire en capacité de vivre. S'il n'est pas viable, il n'entrera pas dans la succession et aucune action quant à sa filiation ne sera recevable. Les critères sont en principe des critères de terme (si l'enfant est né trop prématuré, il n'est pas viable), mais aussi des questions de malformation.

A cela il faut ajouter que l'article 16 du Code civil énonce que la loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie. C'est ce qui permet d'affirmer que l'embryon est du genre humain, il n'est ni chose, ni animal.

Au regard de cela, on pourrait penser que la personnalité juridique s'acquiert avant la naissance.

Cependant, en matière pénale, la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 juin 2001, a considéré que le fait d'entraîner la mort d'un fœtus n'est pas un homicide involontaire. Mais la loi pénale est d'interprétation stricte, et c'est ce qui a permis de justifier la solution. De plus, admettre une autre solution aurait donné des arguments aux opposants de l'IVG. Cette solution semble donc spécifique à la matière pénale.

2 - La fin de la personnalité juridique

La personnalité juridique est conservée jusqu'à la mort, il n'existe plus de mort civile depuis 1854, c'est-à-dire qu'il est aujourd'hui impossible de perdre la personnalité juridique par sanction. Quant aux incapables, ils conservent la personnalité juridique (les incapacités d'exercice empêchent seulement l'exercice, et les incapacités de jouissance sont toujours spéciales, cf. infra la partie consacrée aux incapables).

Seule la mort met donc un terme à la personnalité juridique. Selon l'article 78 du Code civil : « L'acte de décès sera dressé par l'officier de l'état civil de la commune où le décès a eu lieu, sur la déclaration d'un parent du défunt ou sur celle d'une personne possédant sur son état civil les renseignements les plus exacts et les plus complets qu'il sera possible. »

Avec les progrès de la médecine, il est désormais possible de maintenir les fonctions vitales d'une personne. La loi relative au prélèvement d'organes a donc précisé les critères qu'il fallait vérifier pour déterminer la mort. Ces critères reviennent en fait à chercher si la personne est en état de mort cérébrale, qui est véritablement considérée comme la fin de la vie.

3 - L'absence et la disparition

Lorsqu'une personne disparaît, selon le temps de la disparition et les circonstances de celle-ci, il va falloir faire un pari sur la vie ou un pari sur la mort, ce qui n'entraînera pas les mêmes conséquences juridiques.

Ces différentes perspectives se matérialisent dans la distinction entre la présomption d'absence, la déclaration d'absence et la disparition.

Selon l'article 112 du Code civil, « 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, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence. »

Une personne va alors être désignée par le juge pour représenter l'absent. Les règles de l'administration légale sous contrôle judiciaire vont s'appliquer. Bien sûr, dès le retour de l'absent, celui-ci, sur sa simple demande, récupère ses biens et il est mis fin à la mission de la personne qui le représentait. La présomption d'absence est en fait la gestion de l'absence en supposant que l'absent est toujours en vie.

La présomption est tout autre s'agissant de la déclaration d'absence : selon l'article 122, dix ans après que la personne ait été présumée absente ou vingt ans après qu'elle ait cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis, elle peut être déclarée absente par le tribunal de grande instance. Avant de se prononcer, le juge doit ordonner des formalités de publicité et peut même diligenter une enquête.

Le jugement déclaratif d'absence emporte tous les effets du décès.

Si la personne réapparaît, le jugement est annulé et la personne récupère ses biens. En revanche, son mariage reste dissous.

Dans certaines circonstances particulières, l'absence s'analysera en une disparition. L'article 88 énonce :

« Peut être judiciairement déclaré, à la requête du procureur de la République ou des parties intéressées, le décès de tout Français disparu en France ou hors de France, dans des circonstances de nature à mettre sa vie en danger, lorsque son corps n'a pu être retrouvé. »

« La procédure de déclaration judiciaire de décès est également applicable lorsque le décès est certain, mais que le corps n'a pu être retrouvé. »

La requête doit être présentée au Tribunal de grande instance (TGI) du lieu de la mort. Des informations complémentaires peuvent être demandées, puis le TGI peut déclarer la mort. Bien sûr, si la personne réapparaît, le jugement est annulé.

Après avoir déterminé les limites de la personnalité juridique, il est nécessaire de préciser comment la personne titulaire de la personnalité juridique va être individualisée.

Section 2 : L'individualisation de la personne

L'individualisation de la personne est une partie importante de l'état des personnes. L'état des personnes est une matière qui présente plusieurs particularités.

Il est **imprescriptible**. On ne peut pas perdre un élément de son état par non-utilisation.

Il est **indisponible**, c'est-à-dire que la seule volonté ne peut pas permettre de le modifier et qu'il ne peut pas faire l'objet d'un contrat.

L'état des personnes comprend le nom, la situation familiale, le sexe, la capacité, la nationalité. La situation familiale sera étudiée en droit de la famille. La question du sexe sera abordée avec la question du mariage des transsexuels. La capacité fera l'objet d'un chapitre particulier. Quant à la nationalité, on peut considérer qu'elle entre dans l'état des personnes mais les programmes l'en excluent souvent.

Seront donc traités ici uniquement le nom (1), le prénom (2) et le domicile (3). Enfin, les derniers développements de ce chapitre seront consacrés aux actes de l'état civil qui portent sur des éléments de l'état des personnes (4).

1 - Le nom

Après avoir traité du nom de famille (1.1), quelques précisions sur la notion de nom d'usage seront apportées (1.2).

1.1- Le nom de famille

Des règles impératives déterminent l'attribution du nom de famille (1.1.1). Toutefois, il existe des possibilités de modifier le nom ainsi attribué (1.1.2).

1.1.1- L'attribution du nom de famille

Le nom de famille a été réformé par la loi du 4 mars 2002.

Depuis cette loi, les parents peuvent transmettre soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit les deux reliés par un double trait d'union.

En cas de désaccord, une règle qui va à l'encontre de l'égalité des sexes a été maintenue puisque c'est le nom du père qui l'emporte.

Le nom choisi pour un enfant vaut pour tous les enfants communs.

Ces règles jouent de la même manière en cas d'adoption plénière.

Lorsque la filiation n'est pas établie en même temps à l'égard des deux parents, l'enfant prend le nom de celui à l'égard duquel elle est établie. Si par la suite, la filiation est établie à l'égard des deux parents, ils peuvent faire une déclaration pour modifier le nom pendant la minorité de l'enfant. Si l'enfant a plus de 13 ans, son consentement est requis.

En toutes hypothèses, un enfant ne peut pas se voir attribuer plus de deux noms. Si ses parents ont déjà des doubles noms, ils devront n'en retenir que deux. Cette règle vaut aussi en cas d'adoption simple (cf. infra la partie relative aux effets de l'adoption simple).

Enfin, si un enfant n'a pas de filiation établie, l'officier de l'état civil lui attribue trois prénoms, dont le dernier sera son nom. Cependant, la femme accouchant sous X peut faire savoir quel prénom elle souhaite que son enfant porte.

1.1.2 - Les modifications du nom de famille

Elles ne sont possibles que dans quatre cas :

a- Le nom d'un citoyen mort pour la patrie

Quand le nom de ce citoyen risque d'être perdu faute de descendants, un membre de la famille peut faire une requête auprès du TGI pour demander à perpétuer le nom.

b- La francisation des noms étrangers

Elle consiste à modifier le nom au moment de l'acquisition de la nationalité française pour des raisons d'intégration. Le prénom peut aussi être modifié. Elle est autorisée par décret.

c- La procédure administrative ordinaire de changement de nom

C'est une décision prise par décret. Pour l'obtenir, il faut justifier d'un intérêt légitime. Ce peut être un nom ridicule ou ridiculisé. Ce peut être aussi pour éviter la disparition d'un nom.

Elle entraîne un changement du nom des enfants mineurs (avec leur consentement s'ils ont plus de 13 ans).

Le nouveau nom peut être l'ancien modifié ou un nouveau nom au hasard.

d- La prescription acquisitive

Les juges ont admis que la possession continue, séculaire, et sans fraude d'un nom puisse permettre de l'acquérir.

Il faut souligner que le mariage n'emporte aucune modification du nom de famille. Le nom de famille d'une femme mariée est celui de sa naissance et reste toujours celui de sa naissance. En effet, le nom de famille ne doit pas être confondu avec le nom d'usage.

1.2 - Le nom d'usage

Il est possible dans la vie quotidienne d'utiliser un nom d'usage. Celui-ci peut même figurer sur les papiers d'identité, après le nom de famille. Le nom de famille devra cependant toujours figurer, seul ou avec le nom d'usage, sur les papiers officiels. De plus, le nom d'usage ne peut pas se transmettre. L'usage de différents noms est permis :

- L'usage du nom de son conjoint

Le mariage donne un droit d'usage sur le nom de son conjoint. La femme peut utiliser, si elle le souhaite et quand elle le souhaite, le nom de son mari, soit seul, soit en l'ajoutant au sien. Le mari peut aussi utiliser le nom de sa femme.

- L'usage du nom de celui de ses parents qui ne l'aurait pas transmis

Il est possible, à titre d'usage, d'ajouter à son nom le nom de celui de ses parents qui ne l'aurait pas transmis.

- L'usage d'un pseudonyme

Sauf dans certains documents officiels, l'usage d'un pseudonyme, notamment dans le cadre d'une activité artistique, est parfaitement légal.

2 - Le prénom

2.1- Le choix du prénom

Le prénom de l'enfant doit être choisi par ses parents. Ils peuvent le choisir librement, aucune liste préétablie n'est imposée. Le prénom peut même être inventé par les parents. L'enfant peut avoir de un à quatre prénoms. Il pourra utiliser celui qu'il souhaite dans la vie quotidienne.

Cependant, si le ou les prénoms, ou l'un d'eux, seul ou en association avec le nom ou

avec les autres prénoms paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers de voir protéger leur nom, l'officier de l'état civil peut en aviser le procureur de la République qui peut lui-même saisir le juge aux affaires familiales (JAF).

Le juge peut ordonner la suppression du prénom sur les registres de l'état civil et demander aux parents d'en choisir un autre, sinon, il en choisit un autre lui-même.

2.2 - Le changement de prénom

La procédure de changement de prénom est judiciaire, à la différence de la procédure de changement de nom qui est administrative. C'est le JAF qui statue. Il accorde le changement si la personne démontre un intérêt légitime.

3 - Le domicile

Le domicile est un élément d'individualisation de la personne. Il permet de situer la personne sur un point du territoire (3.1). C'est la localisation juridique de la personne, utile pour l'exercice de ses droits civils (3.2). En principe, toute personne doit avoir un domicile et un seul domicile.

Une notion voisine est en train de prendre de l'importance face à certaines difficultés de détermination du domicile. Il s'agit de la résidence, qui est une notion beaucoup plus simple et concrète (3.3).

3.1 - La détermination du domicile

Jusqu'à sa majorité, toute personne est domiciliée chez ses parents. Si les parents n'ont pas le même domicile, le mineur a son domicile chez celui avec lequel il réside habituellement.

A la majorité (ou l'émancipation), toute personne est libre de quitter le domicile parental et de choisir un domicile.

Le domicile est, selon l'article 102 du Code civil, le lieu où la personne a son principal établissement. L'article 103 précise ensuite : « Le changement de domicile s'opérera par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement. »

Il ressort de cela que le domicile se détermine par un élément intentionnel joint à un élément matériel.

Lorsqu'il est possible d'hésiter entre plusieurs lieux, la détermination du domicile dépend de l'appréciation souveraine des juges du fond des éléments de fait.

Il faut encore préciser que certaines personnes ont un domicile légal, c'est-à-dire attribué par la loi (ex. : la personne sous tutelle est domiciliée chez son tuteur, certains fonctionnaires tels que les magistrats ont leur domicile au lieu d'exercice de leurs fonctions).

Enfin, il est possible d'élire un autre domicile dans un contrat, par une clause d'élection de domicile. Dans ce cas, il s'agit juste de choisir une localisation particulière pour tout ce qui concerne le contrat (lieu d'exécution, détermination de la juridiction compétente).

3.2 - La fonction du domicile

C'est un des principaux critères de compétence territoriale des juridictions.

C'est également le lieu qui détermine le lieu d'accomplissement de certains actes juridiques tels que le mariage. Il sert également pour déterminer le lieu d'application de mesure de publicité légale.

C'est encore le lieu où doivent être signifiés les actes de procédure.

C'est enfin le lieu où doit se rendre le créancier d'une dette.

3.3 - Le complément du domicile : la résidence

C'est le lieu où une personne demeure de façon durable. A la différence du domicile, il n'y a ici aucun élément intentionnel. L'autre différence avec le domicile est que l'on peut avoir plusieurs résidences.

Lorsque le domicile d'une personne ne peut être déterminé, la résidence lui supplée, notamment en matière de compétence juridictionnelle.

Il est aussi possible que la résidence ait des effets équivalents au domicile. Ainsi, par exemple, il est possible de se marier au lieu de son domicile ou au lieu de sa résidence.

D'une manière générale, par souci de réalisme, par volonté de prendre en compte la réalité des faits, la résidence tend, en droit, à remplacer le domicile.

4 - Les actes de l'état civil

Les actes de l'état civil sont des actes authentiques dressés par l'officier de l'état civil ou sous sa responsabilité et destinés à prouver l'état des personnes.

Différents aspects des actes de l'état civil seront envisagés successivement : leur organisation générale (4.1), leur publicité (4.2) et leur force probante (4.3). Enfin, les actes de naissance, de mariage et de décès seront exposés (4.4).

4.1 - L'organisation générale des actes de l'état civil

C'est en principe le maire qui est l'officier de l'état civil, mais la plupart du temps, il délègue ses pouvoirs aux adjoints et, pour certains actes, aux agents de la commune.

Le procureur de la République a une mission de surveillance des actes de l'état civil.

Pour les Français domiciliés à l'étranger, les actes sont dressés par les agents diplomatiques et consulaires.

Les actes doivent être rédigés sur des registres. Ils sont généralement répartis en registres des naissances, des mariages et des décès. Les registres doivent être établis en double exemplaire. A la fin de chaque année, ils sont clos. Un des deux exemplaires reste à la mairie, l'autre est déposé aux greffes du TGI afin de s'assurer d'en conserver un en cas de destruction de l'autre. Pour les actes dressés à l'étranger par les agents diplomatiques et consulaires, les doubles sont déposés à Nantes.

Certains actes doivent être transcrits. C'est le cas lorsqu'un acte est lié à un autre ou en modifie un autre, il doit alors être transcrit sur les registres de l'état civil là où se trouve l'acte initial. Ainsi, les actes de décès sont transcrits sur les registres de la commune du lieu du dernier domicile du défunt, et les actes d'adoption sont transcrits sur les registres du lieu de naissance.

D'autres événements doivent être mentionnés en marge de certains actes. Le divorce doit être mentionné en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance. Les actes de mariage, de décès, les reconnaissances d'enfants, les déclarations de PACS, les changements de nom et les mises sous tutelle ou sous curatelle doivent être mentionnés en marge des actes de naissance. Il en est de même des acquisitions de nationalité française et des délivrances de certificat de nationalité. Naturellement, toutes les décisions portant rectification doivent être mentionnées en marge des actes rectifiés.

4.2 - La publicité des actes de l'état civil

Les registres datant de plus de cent ans peuvent être consultés.

Pour les autres, on ne peut obtenir que des extraits, ou des copies intégrales d'un acte particulier (seuls les intéressés ou une personne autorisée par le procureur de la République peuvent demander la copie intégrale d'un acte de naissance ou de mariage).

4.3 - La force probante des actes de l'état civil

Les énonciations que l'officier de l'état civil a pu constater par lui-même valent acte authentique. Par conséquent, ils font foi jusqu'à inscription de faux.

Pour les autres énonciations, la preuve contraire est admise.

La nullité de l'acte peut être demandée lorsque la personne qui l'a rédigé n'était pas un officier de l'état civil.

La rectification d'un acte de l'état civil peut être demandée. Elle peut être administrative ou judiciaire.

Quand l'erreur est matérielle, le procureur la constate et demande à l'officier de l'état civil de rectifier l'acte, c'est la rectification administrative.

La requête en rectification d'une erreur autre que matérielle doit être présentée devant le président du tribunal de grande instance. L'action peut être intentée par le ministère public ou toute personne qui a un intérêt matériel ou moral à agir.

4.4 - Les actes de naissance, de mariage et de décès

L'acte de naissance doit être dressé dans les trois jours de la naissance. Sinon, il faudra passer par une phase judiciaire. La déclaration doit être faite par le père ou le personnel ayant assisté à l'accouchement.

L'acte doit indiquer (article 57) : les nom et prénom choisis, la date, l'heure et le lieu de naissance, le sexe et, si possible, des informations concernant les parents : nom, prénom, âge, profession, domicile.

L'acte de mariage est rédigé par l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage, il doit comporter (article 76) des indications sur les mariés : nom, prénom, âge, profession, domicile, le consentement des pères et mères si nécessaire, les nom et prénom du précédent conjoint s'il y a lieu, la déclaration de la volonté de se prendre pour époux, le prononcé du mariage par l'officier de l'état civil, les nom, prénom, profession, domicile des témoins, ainsi que le fait qu'ils soient majeurs, et enfin, la déclaration à propos du contrat de mariage.

L'acte de décès (article 78) doit être dressé dans la commune du lieu du décès sur déclaration d'un parent ou d'une personne possédant le plus de renseignements possible. Il comporte également certaines indications : celles de l'acte de naissance auxquelles il faut ajouter la profession du défunt, son dernier domicile, la date, l'heure et le lieu du décès, et enfin les nom et prénom de l'époux et des indications sur le déclarant.

Section 3 : Les personnes protégées

En principe, la personnalité juridique confère la capacité juridique : toute personne a la capacité juridique. Toutefois, dans un souci de protection, la capacité de certaines personnes va être aménagée, on parle alors d'incapables, ou de personnes protégées. Les incapables peuvent être des mineurs (3.2), mais aussi des majeurs protégés (3.1).

L'incapacité peut porter sur la jouissance ou sur l'exercice.

- **L'incapacité de jouissance** est l'incapacité d'être titulaire d'un droit. Une incapacité totale de jouissance reviendrait donc à une absence de personnalité juridique, à une mort civile. Le droit français exclut une incapacité totale de jouissance. Les incapacités de jouissance ne peuvent être que spéciales, c'est-à-dire concerner un droit particulier et non l'ensemble des droits (par exemple, cela peut concerner uniquement la capacité de donner).
- **L'incapacité d'exercice** n'empêche pas d'être titulaire d'un droit, elle empêche simplement de l'exercer. Pour l'exercer il faudra alors, selon les cas, soit être représenté par un tiers, soit être assisté par un tiers. Les incapacités de jouissance peuvent être générales, c'est-à-dire concerner tous les droits ou être spéciales, c'est-à-dire ne concerner qu'un droit particulier.

3.1 - La protection juridique des majeurs

La protection des majeurs incapables a été réformée par une loi du 5 mars 2007 qui doit entrer en vigueur le 1er janvier 2009. Cette loi va dans le sens d'un renforcement de l'idée selon laquelle la mise en place d'une mesure de protection doit être nécessaire et proportionnée aux besoins de la personne et que l'objectif de cette mise en place ne doit pas être seulement la protection des biens de la personne, mais aussi la protection de la personne elle-même. La notion de respect de la personne, protégée est aussi présente. Cela se manifeste notamment par une meilleure prise en compte de la volonté de la personne, à travers la création du mandat de protection future par exemple, ou encore par l'affirmation dans la loi de la protection due au logement de la personne protégée.

En revanche, cette loi ne remet pas en cause l'existence de trois régimes de protection des majeurs incapables. Ils sont plus ou moins lourds en fonction du besoin de protection de la personne. Le régime le plus lourd est la tutelle (3.1.1). La curatelle est un régime plus léger (3.1.2), et la mise sous sauvegarde de justice est un régime encore plus léger et dont la particularité est d'être de nature provisoire (3.1.3).

3.1.1 - La tutelle

La tutelle permet de protéger une personne atteinte d'une altération importante de ses facultés mentales au moyen de la représentation. La personne sous tutelle ne peut

plus accomplir seul des actes juridiques, elle doit être représentée par son tuteur. Pour les actes les plus graves, elle doit être représentée par son tuteur après intervention du conseil de famille ou du juge des tutelles.

La tutelle s'ouvre par une décision du juge des tutelles, sur requête de la personne qu'il y a lieu de protéger, de son conjoint s'ils vivent toujours ensemble, de ses ascendants, de ses descendants, de ses frères et soeurs, du curateur ou du ministère public. Elle peut être aussi ouverte d'office par le juge. L'article 493 précise également que « Les autres parents, les alliés, les amis peuvent seulement donner au juge avis de la cause qui justifierait l'ouverture de la tutelle. Il en est de même du médecin traitant et du directeur de l'établissement. »

La loi de 2007 prévoit également que le concubin, le partenaire pacsé, ou toute personne entretenant des liens étroits avec la personne peuvent demander au juge la mise en place d'une mesure de protection. La nouvelle loi précise aussi que la demande, pour être recevable, doit être accompagnée « d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République ».

Pour que le juge prononce l'ouverture de la tutelle, l'attestation d'un médecin quant à l'altération des facultés mentales de la personne est indispensable.

Il faudra déterminer qui est le tuteur. Ce peut être une personne morale. En principe, si la personne est mariée non séparée, c'est son conjoint.

Sinon, c'est l'ascendant le plus proche. Sinon, c'est le conseil de famille qui le désigne.

Le conseil de famille est composé de quatre à six membres, dont le subrogé tuteur. Ces personnes sont désignées par le juge. Le subrogé tuteur est désigné par le conseil de famille, il surveille le tuteur et il prend sa place pour représenter la personne si ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur.

La loi de 2007 permet à la personne protégée de désigner son représentant avant que ses facultés ne soit altérées. Selon le nouvel article 448, « La désignation par une personne d'une ou plusieurs personnes chargées d'exercer les fonctions de curateur ou de tuteur pour le cas où elle serait placée en curatelle ou en tutelle s'impose au juge, sauf si la personne désignée refuse la mission ou est dans l'impossibilité de l'exercer ou si l'intérêt de la personne protégée commande de l'écarter. En cas de difficulté, le juge statue ». A défaut, le tuteur sera le conjoint ou le partenaire pacsé ou le concubin. A défaut, il est prévu que « le juge désigne un parent, un allié ou une personne résidant avec le majeur protégé et entretenant avec lui des liens étroits et stables ». A défaut, le juge désignera un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

La loi de 2007 rend la désignation du conseil de famille facultative. Elle énonce : « Le juge peut organiser la tutelle avec un conseil de famille si les nécessités de la protection de la personne ou la consistance de son patrimoine le justifient et si la composition de sa famille et de son entourage le permet. » De la même manière, la réforme rend la désignation du subrogé tuteur facultative. Dans le cas où les intérêts du tuteur et celui de la personne protégée seraient opposés, la désignation d'un tuteur ad hoc est alors prévue. Il en serait ainsi par exemple dans le cas d'une modification de PACS alors que le tuteur est le partenaire.

La mesure est prise pour une durée maximale de cinq ans, elle est renouvelable (il est toutefois possible d'ouvrir une mesure pour une durée indéterminée mais à certaines conditions parmi lesquelles l'absence d'espoir d'amélioration).

La tutelle est gratuite mais ne peut être imposée à une personne plus de cinq ans, sauf à l'époux, aux personnes morales et aux descendants.

La personne devra être représentée par le tuteur pour les **actes conservatoires**, c'est-à-dire ceux qui permettent d'éviter de perdre un bien ou une valeur, qui permettent de conserver le patrimoine (exemple : réparer une toiture). Elle devra aussi être représentée pour les **actes d'administration**, qui sont des actes de gestion normale des biens, tels que la conclusion des baux.

Pour les **actes de disposition**, c'est-à-dire les actes qui consistent à disposer d'un bien, par exemple en le vendant, il faudra que la personne soit représentée par le tuteur, mais aussi que l'autorisation soit donnée par le conseil de famille, ou à défaut par le juge des tutelles. Il en est de même pour agir en matière extrapatrimoniale.

Les donations des biens de l'incapable restent en tout état de cause interdites, sauf en avancement d'hoirie (c'est-à-dire à titre d'avance sur succession) en faveur des descendants ou au profit du conjoint, et avec l'autorisation du conseil de famille.

Si, eu égard à la consistance des biens, une tutelle complète est inutile, il est possible de désigner uniquement un gérant de la tutelle, par exemple dans le personnel administratif de l'établissement de traitement. La loi de 2007 prévoit la possibilité, à l'inverse, de désigner plusieurs tuteurs lorsque cela semble utile.

La tutelle cesse quand les causes de la tutelle cessent, mais la mainlevée de la tutelle doit être prononcée par jugement.

3.1.2 - La curatelle

C'est une mesure moins radicale que la tutelle. Elle s'applique lorsque la personne subit une altération de ses facultés mentales qui nécessite qu'elle soit conseillée et surveillée.

L'ouverture et la clôture de la curatelle se passent exactement de la même manière que pour la tutelle.

Le seul organe de la curatelle est le curateur. C'est en principe le conjoint non séparé. Sinon, il est désigné par le juge.

Dans la loi de 2007, la désignation du curateur, et éventuellement d'un subrogé curateur, obéit aux mêmes règles que pour la tutelle. La durée de la mesure est également la même.

En principe, la personne sous curatelle doit être assistée du curateur pour les actes de disposition, cela signifie que l'acte devra comporter la signature du curateur, attestant de sa présence. Mais le juge peut, dans son jugement, ou dans un jugement postérieur, ajouter ou retirer des actes qui nécessitent l'assistance du curateur.

Lorsque l'assistance du curateur n'est pas nécessaire, les actes conclus par un majeur sous curatelle peuvent cependant être attaqués en rescision pour lésion ou en réduction pour excès si les actes vont à l'encontre de son intérêt.

3.1.3 - La sauvegarde de justice

C'est généralement une mesure temporaire, soit en attendant une amélioration des facultés mentales, soit en attendant la mise en place d'un système de protection plus important.

La sauvegarde de justice peut résulter d'une déclaration faite au procureur par le médecin. Elle est alors valable deux mois, mais peut être renouvelée. Elle peut aussi résulter d'une décision du juge des tutelles, saisi d'une procédure de mise sous tutelle ou sous curatelle, en attendant la fin de cette procédure.

La loi du 5 mars 2007 prévoit que la mesure de sauvegarde de justice ne puisse excéder un an, renouvelable une fois.

La personne ainsi protégée peut toujours conclure seule les actes juridiques. Cependant, si les actes ne sont pas dans son intérêt, ils pourront faire l'objet d'une action en rescision pour lésion ou d'une réduction pour cause d'excès.

La loi de 2007 prévoit que la sauvegarde de justice puisse aussi permettre à la personne « d'être représentée pour l'accomplissement de certains actes déterminés », y compris pour des actes de disposition. Dans ce cas, le juge désignera un mandataire spécial.

3.2 - L'incapacité des mineurs

Le mineur est la personne âgée de moins de 18 ans. Il est frappé d'une incapacité d'exercice.

Toutefois, le mineur peut être émancipé. L'émancipation va lui permettre d'acquérir la capacité d'un majeur. L'émancipation est de plein droit lorsqu'un mineur se marie. En dehors de cette hypothèse, elle peut être prononcée par le juge des tutelles lorsque le mineur a plus de 16 ans. L'émancipation peut être prononcée s'il existe de justes motifs et qu'elle est demandée par au moins l'un des parents ou le conseil de famille. L'émancipation met fin à l'autorité parentale ainsi qu'à l'administration légale ou la tutelle. Le mineur acquiert la capacité d'un majeur à quelques exceptions près (ainsi, l'autorisation des parents est toujours nécessaire pour le mariage, l'exercice du commerce reste interdit...).

En dehors de l'hypothèse de l'émancipation, le mineur est frappé d'une incapacité d'exercice de principe. Il doit donc être représenté pour accomplir un acte juridique.

Par exception à ce principe, le mineur, même non émancipé, peut parfois agir sans être représenté. Ainsi, pour certains actes considérés comme personnels, il peut agir seul : reconnaissance d'enfant, action en recherche de paternité (exercée par la mère mineure) et exercice de l'autorité parentale (de la part du parent mineur). De plus, à

partir de 13 ans, le mineur doit consentir à son adoption et à tout changement de nom. A partir de 16 ans, le mineur peut réclamer la nationalité française dans certaines circonstances, et il peut aussi rédiger un testament. Enfin, lorsqu'il est doué de discernement, le mineur peut demander à être entendu par la justice dans toute procédure le concernant.

D'une manière plus générale, tous les actes non préjudiciables peuvent être effectués par le mineur seul. Ainsi, le mineur peut faire seul un acte conservatoire, c'est-à-dire un acte permettant d'éviter une perte de patrimoine. Le mineur peut également effectuer seul les actes autorisés par l'usage. Ainsi, il peut aller seul acheter un objet de faible valeur, tel qu'une baguette de pain ou un CD.

Pour tous les autres actes, le mineur doit en principe être représenté en raison de son incapacité d'exercice. Les représentants légaux du mineur sont en principe les titulaires de l'autorité parentale. Lorsque les deux parents exercent l'autorité parentale, on est alors dans une situation d'administration légale pure et simple. Lorsqu'un seul des parents exerce l'autorité parentale, c'est une administration légale sous contrôle judiciaire (3.2.1). Enfin, le mineur peut également être soumis au régime de la tutelle (3.2.2).

3.2.1 - L'administration légale

En présence d'une administration légale, certains actes peuvent être faits par un administrateur légal agissant seul : c'est le cas des actes conservatoires et d'administration.

Certains actes jugés plus importants sont soumis à des règles plus protectrices : en cas d'administration légale pure et simple, il faudra l'accord des deux parents, et en cas d'administration sous contrôle judiciaire, il faudra l'autorisation du juge des tutelles. Les actes soumis à ces règles sont les actes de disposition.

D'autres actes sont d'une importance telle qu'il faudra en toutes hypothèses l'autorisation du juge des tutelles. Ce sera le cas par exemple pour faire un emprunt au nom du mineur.

Enfin, certains actes restent interdits car ils sont jugés susceptibles de porter une atteinte trop importante aux intérêts du mineur. C'est le cas par exemple d'une donation ou d'un cautionnement.

3.2.2 - La tutelle des mineurs

Lorsque aucun parent n'est en mesure de représenter l'enfant (soit en raison du décès, soit en raison de l'absence d'exercice de l'autorité parentale), alors une tutelle va nécessairement s'ouvrir. En dehors de ce cas, une tutelle peut encore être décidée par le juge des tutelles s'il le juge nécessaire (cela suppose une cause grave dans le cas de l'administration légale pure et simple).

Dans le cadre de la tutelle, l'enfant sera représenté par le tuteur (a). D'autres organes

seront également mis en place dans un objectif de contrôle. Le juge assure quant à lui une mission de surveillance de l'ensemble (b).

a - Le tuteur

Le tuteur peut être désigné par testament. En l'absence de testament, la tutelle sera confiée à l'ascendant le plus proche (parmi les ascendants les plus proches, c'est le conseil de famille qui désignera le tuteur). Enfin, en l'absence de tuteur désigné par testament et de tuteur ascendant, c'est le conseil de famille qui désignera le tuteur. Pour les pupilles de l'Etat (cf. infra la partie consacrée aux pupilles de l'Etat), c'est le préfet qui est tuteur, il peut déléguer cela au service de l'Aide sociale à l'enfance (ASE).

Dans la loi de 2007, il est prévu qu'à défaut de tuteur testamentaire, le conseil de famille désigne un tuteur.

Selon l'article 417, une pluralité de tuteurs est possible. En effet, en fonction de la consistance du patrimoine et des aptitudes de chacun, le conseil de famille peut diviser la tutelle entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens

La tutelle est obligatoire pour les parents et alliés des frères et sœurs, mais il existe des causes de dispense.

Le tuteur représente et protège le mineur. En principe, il peut effectuer seul les actes conservatoires et les actes d'administration.

Pour effectuer un acte de disposition, il lui faut en principe l'autorisation du conseil de famille. Il en est de même pour la défense des droits extrapatrimoniaux.

Enfin, certains actes restent interdits au tuteur, il en est ainsi par exemple des donations ou du cautionnement.

b - Les autres organes de la tutelle

En plus du tuteur, il existe d'autres organes qui vont intervenir dans la tutelle : le juge des tutelles, le conseil de famille et le subrogé tuteur.

Le juge des tutelles compétent est un juge du tribunal d'instance du lieu du domicile du mineur. Il a une mission générale de surveillance et d'organisation de la tutelle. C'est lui qui nomme le conseil de famille.

Selon l'article 407 du Code civil : « Le conseil de famille est composé de quatre à six membres, y compris le subrogé tuteur, mais non le tuteur ni le juge des tutelles. Le juge les désigne pour la durée de la tutelle. » Le juge choisira des personnes qui s'intéressent à l'enfant, en particulier des membres de la famille. Dans la mesure du possible, les deux branches, maternelle et paternelle, doivent être représentées.

Selon l'article 449 : « Le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation de l'enfant, en ayant égard à la volonté que les père et mère avaient pu exprimer à ce sujet. » De plus, le conseil de famille pourra donner son au-

torisation pour les actes les plus importants, que le tuteur ne peut pas faire seul.

La loi du 5 mars 2007 prévoit que le conseil de famille soit composé de quatre membres au moins, y compris le tuteur (qui toutefois n'aura pas le droit de voter).

Parmi les membres du conseil de famille, un **subrogé tuteur** doit être désigné. Il a une mission de surveillance du tuteur. S'il constate des fautes ou des défaillances, il en informe le juge des tutelles. De plus, il doit représenter le mineur dès lors que ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur.

Cas pratique :

Mme X va se marier dans une semaine avec M. Y.

Elle est enceinte d'une fille. Elle se pose plusieurs questions :

elle se demande si elle sera obligée de changer de nom,

elle voudrait aussi savoir si elle peut garder son nom dans son milieu professionnel et prendre le nom de son mari dans sa vie personnelle,

enfin, elle voudrait que sa fille porte son nom. Leur deuxième enfant portera le nom de son mari, se dit-elle.

Solution :

- Son nom de famille ne sera pas modifié du fait de son mariage, pas plus que celui de son mari. Le mariage va simplement lui faire acquérir un droit d'usage du nom de son mari. Cet usage est un droit et non une obligation.

- Elle peut parfaitement porter, à titre d'usage uniquement, le nom de son mari dans sa vie personnelle. Ce n'est pas une obligation, et cela ne l'oblige pas à le faire également dans sa vie professionnelle.

- Sa fille peut porter son nom, mais il faut que son mari soit d'accord. En cas de désaccord, l'enfant porte le nom de son père. En toutes hypothèses, leur deuxième enfant devra porter le même nom que le premier.

Les personnes morales

Chapitre 2

Selon le lexique des termes juridiques (R. Guillien et J. Vincent, Dalloz, 15^e éd., 2005), une personne morale est un « groupement de personnes ou de biens ayant la personnalité juridique, et étant par conséquent titulaire de droits et d'obligations ».

Selon la théorie de la fiction des personnes morales, les personnes morales sont une fiction, une construction, quelque chose d'artificiel, et par conséquent, seule la loi peut créer une personne morale par une disposition le prévoyant expressément.

Au contraire, selon la théorie de la réalité des personnes morales, certains groupements sont assez réels, suffisamment effectifs, pour être considérés comme une personne, et donc pour avoir la personnalité juridique.

La jurisprudence semble avoir consacré la théorie de la réalité de la personne morale. Néanmoins, la plupart des entités considérées comme des personnes morales sont des entités qui entrent dans un des cadres établis par la loi (chapitre I). Lorsqu'une entité se voit reconnaître la personnalité juridique, cela va avoir un certain nombre de conséquences juridiques. Celles-ci vont varier en fonction de la personne morale. Ainsi, les règles de fonctionnement ne seront pas les mêmes pour une société anonyme (SA) que pour une association. Néanmoins, certaines règles et certains principes de fonctionnement sont communs à toutes les personnes morales de droit privé (chapitre II).

Section 1 : les différentes personnes morales

La reconnaissance des personnes morales de droit public (1) n'a pratiquement jamais été remise en cause alors que la reconnaissance des personnes morales de droit privé (2) a connu davantage de fluctuations. Ainsi, à la Révolution, il semblait qu'il ne fallait aucun groupement intermédiaire entre la personne et l'Etat. L'Etat avait donc la personnalité juridique, mais les personnes morales de droit privé étaient exclues.

1 - Les personnes morales de droit public

Les personnes morales de droit public sont :

L'Etat.

Les collectivités locales : la Région, le département, la commune.

Les établissements publics, qu'ils soient à caractère administratif ou à caractère industriel et commercial.

2 - Les personnes morales de droit privé

Il existe plusieurs catégories de personnes morales de droit privé : les sociétés (2.1), les associations (2.2), les syndicats (2.3), les fondations (2.4) et les groupements d'intérêt économique (2.5).

2.1 - Les sociétés

Selon l'article 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

Il existe deux sortes de sociétés, les sociétés commerciales (2.1.1) et les sociétés civiles (2.1.2).

2.1.1 - Les sociétés commerciales

En principe, les sociétés commerciales ont pour objet le commerce, elles réalisent des actes de commerce. Toutefois, il est aussi possible qu'une société soit commerciale par sa forme, c'est-à-dire qu'elle soit commerciale parce qu'elle a la forme d'une des sociétés commerciales possibles.

On peut classer les différentes sociétés commerciales en deux grandes catégories : les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. La différence entre ces deux catégories est que dans la société de personnes, les membres de la société ont choisi de s'associer en considération de la personnalité des autres. Dès lors, les parts sociales ne sont pas librement cessibles. Inversement, dans les sociétés de capitaux, peu importe la personnalité de celui qui apporte les capitaux. Les actions, qui sont des divisions du capital de ces sociétés, sont donc librement cessibles.

Il existe différentes catégories de sociétés de personne :

Les sociétés en nom collectif (dans cette société, les associés sont tenus solidairement et indéfiniment du passif sur leurs biens personnels).

Les sociétés en commandite simple (dans cette société, les commandités sont tenus solidairement et indéfiniment du passif, les commanditaires ne sont tenus que dans la limite de leurs apports).

Les sociétés à responsabilité limitée (SARL) (dans cette société, les associés ne sont tenus des dettes que dans la limite de leurs apports). Cette société peut être créée par une personne seule, on l'appelle alors entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL).

Il existe également différentes catégories de sociétés de capitaux (que l'on appelle aussi sociétés par actions) :

Les sociétés anonymes (SA) (dans cette société, les associés ne sont tenus que dans la limite de leurs apports).

Les sociétés en commandite par actions (dans cette société, les commanditaires ne sont tenus que dans la limite de leurs apports, mais les commandités sont responsables des dettes au-delà de leurs apports).

2.1.2 - Les sociétés civiles

Les sociétés civiles ont pour objet des actes de nature civile et non commerciale. Ainsi, sont des sociétés civiles les sociétés civiles professionnelles (SCP) qui peuvent regrouper des médecins, des avocats, des architectes, etc., ou les sociétés civiles immobilières (SCI).

2.2 - Les associations

Les associations sont régies par une loi du 1er juillet 1901. Aux termes de cette loi, les membres d'une association sont liés par un contrat d'association. Un contrat d'association est une convention selon laquelle les contractants mettent en commun leurs connaissances ou leurs activités dans un but non lucratif.

La liberté d'association est une liberté fondamentale reconnue par différents textes, dont la Convention européenne des droits de l'homme. Les associations déclarées à la préfecture sont des personnes morales. Il en est de même des associations recon-

nues d'utilité publique par décret en Conseil d'Etat (celles-ci ont une capacité juridique moins limitée en raison de leur utilité publique). En revanche, une association non déclarée, si elle est parfaitement légale (liberté d'association), est dépourvue de personnalité morale.

2.3 - Les syndicats

Selon l'article L2131-1 : « Les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits, ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts. »

Il existe un principe de liberté syndicale. Pour avoir la personnalité morale, le syndicat doit être déclaré à la mairie.

2.4 - Les fondations

Une fondation peut ne pas avoir la personnalité morale. Dans ce cas, la fondation sera uniquement « l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une oeuvre d'intérêt général et à but non lucratif » (art. 18 loi du 23 juillet 1987 n° 87-571 sur le développement du mécénat).

Les fondations sont des personnes morales lorsqu'elles sont reconnues d'utilité publique.

2.5 - Les groupements d'intérêt économique

Ce sont des personnes morales constituées par des personnes physiques et/ou morales dont l'objet est de faciliter l'activité économique de leurs membres grâce à une collaboration entre eux. Ainsi, plusieurs entreprises peuvent collaborer pour créer un laboratoire de recherche par exemple.

Section 2 : Principes communs au fonctionnement des personnes morales de droit privé

Quelques points relatifs à la naissance et à l'extinction de la personnalité juridique sont communs à toutes les personnes morales de droit privé (1). Elles doivent aussi toutes être identifiées (2). Enfin, il existe des principes communs concernant la capacité (3) et le patrimoine (4) des personnes morales de droit privé.

1 - L'existence de la personne morale

La création d'une personne morale suppose souvent l'accomplissement d'une formalité. Ainsi, les associations doivent être déclarées à la préfecture, les syndicats doivent être déclarés à la mairie et les sociétés commerciales doivent être déclarées au registre du commerce et des sociétés.

Il existe différentes causes d'extinction de la personnalité morale, c'est-à-dire de « mort » de la personne morale :

la dissolution du groupement peut être imposée par la loi ou par une autorité administrative ou judiciaire,

la dissolution peut être le fruit d'une décision des représentants de la personne morale,

la dissolution peut être due à l'arrivée à expiration lorsque la personne morale avait été constituée pour une durée déterminée.

2 - L'identification de la personne morale

Ce sont les représentants de la personne morale qui choisissent son nom (ou raison sociale). Ils choisissent ce nom avec une grande liberté, mais ils ne doivent pas porter atteinte aux droits d'autres personnes. Ensuite, la personne morale peut faire protéger son nom.

Le domicile, ou siège social, est fixé au lieu du principal établissement effectif. Il est toutefois possible d'assigner au lieu d'un établissement secondaire si l'action est en rapport avec cet établissement secondaire et que celui-ci a une certaine autonomie.

3 - La capacité de la personne morale

Un principe gouverne cette question de la capacité des personnes morales : le principe de spécialité. En vertu de ce principe, la capacité d'une personne morale sera fonction de son objet, de son but. La personnalité juridique lui est reconnue en fonction d'un objet prédéterminé, et la capacité est donc conférée en fonction de cet objet.

La capacité n'est donc pas la même pour toutes les personnes morales. La capacité de la personne morale va dépendre de son objet et va être limitée à ce qui est nécessaire pour la réalisation de son but.

4 - Le patrimoine de la personne morale

La personnalité juridique permet d'avoir un patrimoine. Par conséquent, les personnes morales ont un patrimoine.

Celui-ci est différent de celui des membres de la personne morale. Les créanciers de la personne morale ne peuvent agir que sur le patrimoine de la personne morale, et non sur celui de ses membres (sauf lorsque les associés sont tenus personnellement des dettes).

Deuxième partie : Droit de la famille

La famille est la cellule de base de la société. Le droit de la famille apparaît alors logiquement comme le reflet des mœurs d'une société, de ses modèles. Les évolutions de ce droit ont donc toujours été parallèles aux évolutions sociales.

A l'époque de l'élaboration du Code civil, le modèle de la famille était beaucoup plus rigide et inégalitaire qu'aujourd'hui. Les choses ont ensuite progressivement évolué en même temps que l'ensemble de la société vers davantage d'égalité et de liberté. Ainsi, par exemple, le divorce a été réintroduit dans le Code civil en 1884 et l'incapacité de la femme mariée a disparu en 1938.

L'évolution s'est accélérée dans les années soixante-dix. Les années soixante-dix sont le point fort de la libéralisation des mœurs et des revendications en matière de droit des femmes. A cela correspond une vague de réformes en profondeur du droit de la famille vers plus de liberté et d'égalité.

Les effets du mariage ont ainsi été réformés dans un sens plus égalitaire en 1965. Par exemple, ce n'est que depuis cette date que le mari ne peut plus s'opposer à l'exercice d'une profession par sa femme. Ensuite, la filiation et le divorce ont été réformés respectivement en 1972 et 1975. La réforme de la filiation a notamment reconnu l'égalité entre les enfants légitimes et les enfants naturels. La loi relative au divorce a quant à elle opéré une libéralisation importante, en multipliant les cas de divorce.

Les réformes se sont par la suite poursuivies de manière plus parcellaire, toujours vers plus d'égalité et de liberté.

Le droit de la famille a aussi été contraint de s'adapter à de nouvelles données en raison des progrès scientifiques. Il a ainsi fallu réglementer l'accès à la procréation médicalement assistée. Ce sont les lois bioéthiques de 1994 qui ont initié cette réglementation.

Ces dernières années, des réformes en profondeur ont été adoptées. Une nouvelle étape de l'évolution du droit de la famille a sans doute été franchie.

La première grande réforme de ces dernières années est la loi du 15 novembre 1999 qui a créé le Pacte civil de solidarité. Le PACS est une forme de couple totalement nouvelle, il offre une alternance au mariage aux couples hétérosexuels et donne aux couples homosexuels la possibilité de voir leur couple reconnu juridiquement. La loi sur le PACS a également introduit dans le Code civil un article relatif au concubinage. Il ne s'agit pas de réglementer le concubinage, mais de reconnaître explicitement le concubinage homosexuel, ce qui faisait auparavant l'objet de divergences. Cette loi a ainsi bouleversé la notion de couple.

Plus récemment encore, la plupart des branches du droit de la famille ont connu d'importantes réformes :

- L'autorité parentale et la transmission du nom ont été réformées par une loi du 4 mars 2002. Cette loi est très nettement en faveur de l'idée de coparentalité. Il s'agit de rétablir l'égalité entre les sexes à travers l'égalité entre le père et la mère. Pour ce faire, la loi fait une large place à la garde alternée et accroît les possibilités pour la mère de transmettre son nom de famille à ses enfants.
- Le divorce a été entièrement réformé avec la loi du 26 mai 2004. Les objectifs de cette loi étaient la simplification des procédures de divorce, mais aussi la pacification de ces procédures. Finalement, la loi conduit à libéraliser encore le divorce et à réduire l'attrait du divorce pour faute.
- Le droit de la filiation a également été amplement réformé par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Les objectifs de la réforme étaient de simplifier et de sécuriser le droit de la filiation, mais aussi de supprimer la distinction entre filiation naturelle et filiation légitime. On retrouve ici l'objectif d'égalité, mais on peut aussi y voir un recul supplémentaire de la suprématie du mariage.
- Le mariage a connu des modifications avec la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. C'est cette loi qui a fait passer l'âge légal du mariage pour les femmes de 15 à 18 ans. Cette loi résulte d'une volonté de protéger les victimes de violences au sein de la famille. On retrouve ici une préoccupation sociale actuelle : la lutte contre la violence, en particulier au sein de la famille.
- Le PACS a été modifié par loi du 26 juin 2006 portant réforme des successions. Les changements concernant le PACS sont essentiellement des ajustements et des améliorations qui étaient rapidement apparus nécessaires suite à la loi de 1999. On peut cependant noter un rapprochement du PACS et du mariage.

Il faut encore ajouter, pour compléter l'actualité en droit de la famille, que certaines questions font aujourd'hui l'objet de débats sans pour autant que le législateur n'intervienne. C'est alors parfois aux juges de prendre position. On peut citer la question du mariage homosexuel, la question du mariage des transsexuels, la question des mères porteuses, la question de l'accouchement sous X, la question de l'autorité parentale dans les couples homosexuels, etc.

Le droit de la famille a ainsi récemment beaucoup évolué. La plupart des réformes poursuivent les mêmes objectifs que dans les années soixante-dix, il s'agit de faire

prévaloir la liberté et l'égalité sur un certain nombre d'autres valeurs qui seraient imposées par le corps social. Mais cela va plus loin.

L'idée de prééminence de la liberté sur les autres valeurs a progressivement gagné le droit de la famille. Initialement, le droit de la famille était considéré comme un moyen d'imposer des modèles. Le couple devait être monogame, durable, fidèle, hétérosexuel... Progressivement, la liberté a mis à mal un certain nombre de principes. Aujourd'hui, il n'est pas certain que le droit de la famille fixe toujours des modèles. Il semble désormais se contenter fréquemment d'apporter une réponse adaptée à toutes les situations. L'idée qui paraît progresser est que le droit doit s'adapter aux faits. La logique est totalement différente.

Il faut ajouter qu'un certain nombre de modifications récentes ont été rendues nécessaires par des normes internationales. Sur un certain nombre de points, la transmission du nom de famille par exemple, le droit français n'était pas en conformité avec des textes de droit international. Fréquemment, c'est avec la Convention européenne des droits de l'homme, telle qu'elle est interprétée par la Cour, qu'il a fallu mettre le droit français en harmonie. Cela renforce l'idée que la personne et ses droits sont devenus la principale préoccupation en matière de droit de la famille, alors qu'auparavant l'intérêt de la société primait. L'individualisme a quelque part gagné le droit de la famille.

Les deux liens fondamentaux de la famille seront envisagés successivement : le lien de couple et le lien entre parents et enfant. Le premier chapitre sera donc consacré au couple, et le second portera sur l'enfant.

Le couple

chapitre 1

Avant les évolutions de ces dernières décennies, le seul couple qui avait une existence en droit était le couple marié. Le couple en tant que tel n'existait pas en droit. Le droit ne connaissait que le mariage.

Face au nombre croissant de couples de concubins, des réponses juridiques à certains problèmes concrets ont dû être apportées. L'augmentation du nombre de concubins a entraîné une augmentation du contentieux et les juges ont dû trancher certaines questions. C'est ainsi par l'intermédiaire de la jurisprudence que la plupart des règles concernant le concubinage ont vu le jour.

Le législateur est également intervenu pour faire entrer dans la sphère juridique le couple non marié, mais son intervention a été plus tardive. Le droit s'est ici adapté au fait, et non l'inverse. Il a renoncé à imposer un modèle unique en la matière.

Par la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, le législateur a donné des précisions quant à la définition du concubinage et a créé un autre type de couple, le couple de pacsés.

Il est donc bien certain aujourd'hui que, même en droit, le couple ne se résume plus au mariage. Dans certains domaines, le simple fait d'être concrètement, effectivement en couple entraîne des conséquences juridiques. Cependant, sur beaucoup de points, les conditions et les effets juridiques du couple varient selon le cadre dans lequel il entre, mariage, PACS ou concubinage.

Les différents types de couples seront envisagés successivement. La première section portera sur le couple marié. La seconde sera ensuite consacrée au couple non marié, c'est-à-dire le couple de concubins ou le couple de pacsés.

Section 1 : Le couple marié

Le terme mariage est assez difficile à définir. Il n'est pas défini par le Code civil. Le mot mariage peut viser une situation juridique, la situation de personnes mariées, que l'on appelle aussi l'état des gens mariés. Il peut aussi viser l'acte juridique par lequel les personnes ont contracté mariage.

Le mariage est à la fois un contrat et une institution.

C'est un contrat dans la mesure où il est créé par la volonté. La volonté est fondamentale dans la formation du mariage. Elle est aussi fondamentale dans la dissolution du mariage puisque, aujourd'hui, la volonté commune est la principale cause permettant le divorce. Le développement du divorce par consentement mutuel a renforcé l'aspect contractuel du mariage.

Le mariage est aussi une institution. C'est une institution dans la mesure où l'ordre public est omniprésent en la matière. Ainsi, rares sont les effets du mariage auxquels on peut déroger par contrat. De plus, le mariage fait entrer dans un statut, le statut de gens mariés, qui est un ensemble de règles impératives. C'est aussi une institution en raison de l'intervention indispensable de l'autorité publique tant au stade de la formation qu'au stade de la dissolution. Le mariage est un acte solennel, qui ne peut être célébré que par un officier public après l'accomplissement de certaines formalités. Il ne peut être dissous que par un divorce qui est en France judiciaire. Autrement dit, il ne peut être dissous sans l'intervention d'un juge.

Il existe donc des arguments permettant de considérer que le mariage est un contrat et des arguments permettant de considérer qu'il s'agit d'une institution. Sans doute faut-il donc admettre que c'est à la fois un contrat et une institution.

En toutes hypothèses, le mariage doit remplir certaines conditions pour être valable. Il produit ensuite un certain nombre d'effets (1). Il peut être distendu par la séparation de corps ou dissous par le divorce (2).

1 - Le mariage

Le mariage, traditionnellement, constituait le modèle unique de couple. Les règles sur le mariage réglaient donc les relations de couple quasiment systématiquement. Actuellement, ce n'est plus le seul modèle de couple. C'est cependant toujours le seul à être reconnu comme une liberté fondamentale en tant que telle.

En effet, l'article 12 de la CEDH énonce : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille. » Cette liberté est également reconnue à l'article 16 de la DUDH de 1948 selon lequel : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. » Dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a affirmé que la liberté du mariage est

l'une des composantes de la liberté individuelle. Quant à la Cour de cassation, elle a considéré, notamment dans une décision du 19 mai 1978, que c'était une liberté publique fondamentale. Plus récemment, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 20 novembre 2003, a dû vérifier que les dispositions de la loi sur l'immigration ne violaient pas la liberté du mariage.

Etant une liberté fondamentale, les atteintes à la liberté du mariage doivent être strictement nécessaires et contrôlées, mais elles peuvent tout de même exister si elles sont justifiées par un intérêt essentiel, suffisamment important pour justifier une atteinte à une liberté fondamentale.

Il existe plusieurs exemples d'atteintes à la liberté de se marier : l'âge, la protection des majeurs incapables, l'interdiction de la polygamie... il existe aussi des exemples d'atteintes à la liberté de choisir son conjoint : les empêchements en raison des liens de parenté ou d'alliance, la nécessité de la différence de sexe qui interdit le mariage homosexuel...

En revanche, il n'existe aucune restriction à la liberté de se marier tenant à la nationalité ou même au séjour irrégulier. Un étranger en situation irrégulière a parfaitement le droit de se marier, et l'en empêcher constitue une atteinte à une liberté fondamentale.

La liberté du mariage suppose aussi la liberté de ne pas se marier. C'est pourquoi, en principe, une clause de célibat dans un contrat est nulle car contraire à l'ordre public. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent la justifier (ex. : Affaire du cours Sainte-Marthe, Cour de cassation, Assemblée plénière du 19 mai 1978 : les juges ont estimé que les convictions religieuses ont été un élément important lors du recrutement. De ce fait, le licenciement de l'enseignante divorcée qui s'était remariée n'était pas abusif).

La liberté de ne pas se marier justifie aussi la qualification des fiançailles de fait juridique. La jurisprudence refuse de voir dans les fiançailles un contrat, car cela supposerait une obligation de se marier qui irait à l'encontre de la liberté de ne pas se marier. Dans le même ordre d'idée, les juges considèrent que la rupture de fiançailles n'est pas une faute. Toutefois, afin de pouvoir accorder des dommages et intérêts lorsque la situation est particulière, les juges admettent que les circonstances de la rupture peuvent être fautives. La rupture en elle-même n'est pas une faute, mais elle peut avoir été l'occasion de commettre une faute. C'est le cas par exemple lorsque l'un des fiancés disparaît sans explication la veille du mariage, laissant les frais de cérémonie à la charge de l'autre.

Le mariage étant une liberté fondamentale, des restrictions peuvent exister, mais elles doivent donc être limitées. Cette idée se retrouve dans l'ensemble des règles relatives à la validité du mariage (1). Ensuite, lorsque le mariage est valable, il produit certains effets (2).

1.1 - La validité du mariage

Il existe un certain nombre de conditions au mariage. Les fondements de ces conditions sont extrêmement variables. Certaines conditions sont anciennes et incontestées, comme l'interdiction de l'inceste qui conduit à prohiber le mariage entre ascendants et descendants, mais d'autres sont le fruit de modifications plus récentes.

Aujourd'hui, les modifications relatives à la validité du mariage poursuivent essentiellement deux objectifs.

Le premier est la prévention des mariages blancs, c'est-à-dire les mariages conclus dans le seul but d'obtenir un titre de séjour en France ou la nationalité française. Ce sont les lois portant sur l'immigration et sur la nationalité qui traitent de cette question. Afin de lutter contre ces pratiques, des mesures ont bien sûr été prises quant à l'acquisition de la nationalité. Dans ce cadre, le délai pour obtenir la nationalité à la suite du mariage a régulièrement été allongé.

Mais des mesures portant directement sur la formation du mariage ont aussi été adoptées. Par exemple, il existe des possibilités de ne pas prononcer le mariage en cas de suspicion de mariage blanc. Autre exemple, récemment, une loi portant sur les mariages célébrés à l'étranger a été adoptée, c'est une loi du 14 novembre 2006. Elle durcit les conditions de reconnaissance en France des mariages prononcés à l'étranger en exigeant que les conditions qui auraient été nécessaires pour un mariage en France aient été remplies.

Le second objectif du législateur contemporain en la matière est la prévention des mariages forcés. On peut donner quelques exemples d'intervention du législateur en ce sens.

En 1993, un article 146-1 a été inséré dans le Code civil. Selon cet article : «Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence. » Beaucoup plus récemment, une loi comprenant plusieurs mesures afin de prévenir les mariages forcés a été adoptée. Il s'agit de la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Et puis bien sûr, la loi de novembre 2006 précitée renforçant le contrôle des mariages célébrés à l'étranger permet de lutter contre les mariages blancs, mais aussi contre les mariages forcés.

La loi énonce donc un certain nombre de conditions au mariage (1.1.1). Elle prévoit également des mesures de prévention pour éviter qu'un mariage ne soit prononcé en contradiction avec les règles qu'elle pose et des sanctions si un tel mariage est prononcé (1.1.2).

1.1.1 - Les conditions du mariage

Il existe un certain nombre de conditions au mariage. Certaines sont relatives à la capacité personnelle de se marier (A). D'autres portent sur le choix du conjoint (B). Le consentement est également une condition fondamentale du mariage (C). Enfin, le

mariage nécessite une célébration régulière (D).

A/ La capacité personnelle de se marier

Pour pouvoir se marier, une personne doit remplir un certain nombre de conditions. Il existe ainsi des conditions tenant à l'âge, mais aucune condition quant à l'état de santé (1). Lorsque la personne souhaitant se marier est un majeur protégé ou un mineur, il existe des règles particulières (2). Enfin, pour pouvoir se marier, il faut être célibataire (3).

1/ L'âge et l'état de santé

Jusqu'à la loi du 4 avril 2006, les femmes pouvaient se marier dès 15 ans avec l'autorisation de leurs parents, et les hommes pouvaient se marier à partir de 18 ans. Une dispense permettant de se marier au-dessous de l'âge requis pouvait cependant être octroyée par le procureur de la République pour motifs graves.

La loi de 2006 a porté l'âge du mariage à 18 ans, sans distinction de sexe (article 144 du Code civil). L'objectif de la nouvelle loi est de rétablir l'égalité entre les sexes et de lutter contre les mariages forcés. Il s'agit aussi de prendre en compte l'évolution des mœurs.

Il sera cependant toujours possible de se marier en étant mineur, mais à condition d'obtenir une dispense du procureur de la République pour motifs graves, ainsi que le consentement des parents (art. 145 et 148 s.). En cas de désaccord entre les parents, l'autorisation de l'un suffit.

Il n'existe pas de limite d'âge maximale pour se marier, le mariage dit *in extremis*, c'est-à-dire juste avant de mourir, est permis. Aucune restriction quant à la différence d'âge entre conjoints n'existe non plus.

Aucune maladie ou infirmité ne constitue un empêchement au mariage. Le certificat prénuptial est une mesure de santé publique permettant de proposer certains examens ou de vérifier les vaccinations (notamment la rubéole pour la future épouse qui est peut-être une future mère). Un projet prévoit de le supprimer en raison de son coût. En tout état de cause, les résultats de l'examen ne peuvent empêcher de se marier et ils ne sont pas transmis au futur conjoint.

Enfin, le mariage posthume est également possible, mais à des conditions strictes. L'article 171 prévoit en effet que :

« Le président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque son consentement.

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.

Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant, et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux. »

2/ La capacité

Il faut distinguer les mineurs des majeurs incapables.

- Les mineurs

L'âge du mariage étant aujourd'hui fixé à 18 ans, le mariage d'un mineur suppose désormais une dispense pour motifs graves accordée par le procureur de la République. Il faudra encore néanmoins dans ce cas obtenir l'autorisation des parents. Les deux parents doivent être consultés, mais si un seul autorise le mariage, cela vaut autorisation. Le consentement doit en principe être donné oralement le jour de la célébration, mais il peut aussi être donné par acte authentique. Le partage des voix emporte acceptation. Le mariage d'un mineur entraîne automatiquement son émancipation.

- Les majeurs incapables

Il faut distinguer suivant que le majeur est sous tutelle ou sous curatelle.

Le majeur sous curatelle : le curateur doit donner son consentement au mariage. A défaut, le juge des tutelles peut donner cette autorisation.

Le majeur sous tutelle : les pères et mères (tous les deux) doivent consentir au mariage. A défaut, le conseil de famille peut y consentir. Dans tous les cas, l'avis du médecin traitant sera requis.

La loi du 5 mars 2007 prévoit que « Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant, de l'avis des parents et de l'entourage. »

En cas de mariage, c'est le conjoint qui devient automatiquement tuteur ou curateur, sauf décision contraire du juge des tutelles.

Le majeur sous sauvegarde de justice peut se marier sans condition particulière.

3/ Le célibat

L'article 147 énonce clairement le principe de la monogamie : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. »

Les futurs époux doivent présenter une copie de leur acte de naissance, ce qui permet d'éviter au maximum les mariages polygamiques. Par ailleurs, le premier conjoint peut s'opposer au mariage. Le mariage polygamique entraîne une nullité absolue. Au pénal, la polygamie est considérée comme un délit.

Dans un arrêt du 3 février 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation a précisé que cette interdiction de se marier une seconde fois tant que le premier mariage n'est pas dissous s'appliquait même si les deux mariages unissaient les mêmes personnes.

B/ Le choix du conjoint : la nécessaire différence de sexe et les empêchements à mariage

1/ La nécessaire différence de sexe

Cette question de la nécessaire différence de sexe a donné lieu à de nombreux dé-

bats ces dernières années. Ces débats ont porté sur deux questions, la première est : une différence de sexe est-elle nécessaire pour se marier ? C'est la question du mariage homosexuel. La seconde question est : comment se détermine le sexe d'une personne en vue de son mariage ? C'est la question du mariage des transsexuels.

- L'interdiction du mariage homosexuel

Aucune disposition du Code civil n'énonce expressément l'interdiction du mariage homosexuel. Traditionnellement, on estimait que le droit français exigeait une différence de sexe et prohibait le mariage homosexuel. Le mariage célébré à Bègles le 5 juin 2004 par le maire Noël Mamère a cependant relancé le débat. Suite à ce mariage, le ministère public a saisi la justice.

Les juges ont dû se prononcer sur la validité, voire l'existence juridique, de ce mariage. Cela supposait de se prononcer sur l'exigence d'une différence de sexe comme condition du mariage.

Il n'existe pas de disposition expresse interdisant le mariage homosexuel dans le Code civil. Il n'y a pas non plus de définition du mariage dans le Code civil qui exclurait le mariage homosexuel.

Cependant, le TGI de Bordeaux (27 juillet 2004), puis la CA de Bordeaux (19 avril 2005) ont estimé qu'il fallait interpréter le Code civil selon son esprit. La Cour de cassation (13 mars 2007) est allée dans le même sens.

La différence de sexe est une condition sous-entendue dans certaines dispositions. L'article 75 précise en effet que l'officier de l'état civil recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme. L'article 144 énonce l'âge légal pour se marier de l'homme et de la femme. Quant à l'article 163 du Code civil, il dispose : « Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu », et il n'a jamais été prétendu que le mariage était possible entre la tante et la nièce.

De plus, le contexte de l'élaboration du Code civil ainsi que l'ensemble du droit de la famille (en particulier le droit de la filiation et notamment la présomption de paternité du mari) démontrent que dans l'esprit du législateur, le mariage suppose une différence de sexe.

Les juges ont donc estimé que le droit français faisait bien de la différence de sexe une condition du mariage et prohibait le mariage homosexuel. Ils ont précisé que cette interdiction du mariage homosexuel n'était pas en contradiction avec la Convention européenne des droits de l'homme.

- La possibilité du mariage des transsexuels

Le mariage des transsexuels est permis. C'est le prolongement du droit à la modification de son état civil en cas de changement de sexe.

Sur ce point, la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 25 mars 1992. Selon cet arrêt, sur le fondement du droit au respect de la vie privée, les transsexuels ont droit à la rectification de leur état civil. Les transsexuels ont donc, à l'état civil, le sexe de leur apparence.

Suite à cette décision, la question s'est posée de savoir si un transsexuel pouvait se marier avec une personne de sexe physiologique différent de celui de son état civil.

La CEDH a répondu à cette question dans l'arrêt Goodwin contre R.U. du 11 juillet 2002. Elle a énoncé que refuser le droit à un transsexuel de se marier avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe constituait une atteinte à son droit au mariage garanti par l'article 12 de la CEDH.

Il faut donc considérer qu'en l'état actuel du droit, les transsexuels ont la possibilité de se marier avec une personne du sexe opposé à leur nouveau sexe, même s'il est vrai que le Code civil ne l'autorise pas expressément.

Le Code civil ne traite donc expressément ni du mariage des homosexuels ni du mariage des transsexuels. Il est cependant aujourd'hui interprété comme interdisant le mariage des homosexuels, tandis que le mariage des transsexuels est permis.

2/ Les empêchements à mariage

Il existe deux sortes d'empêchements à mariage résultant d'un lien de famille : les empêchements absolus, qui ne souffrent aucune exception, et les empêchements susceptibles d'être levés par une dispense.

- Les empêchements absolus

En ligne directe, le mariage est prohibé entre ascendants et descendants, quel que soit le degré. Cette interdiction est étendue aux alliés lorsque le mariage a été dissous par un divorce, de sorte qu'il est interdit de se marier avec son ex-belle-fille divorcée du fils.

En ligne collatérale, le mariage est interdit entre frère et sœur, cette interdiction ne s'étend pas aux alliés, de sorte qu'il est possible de se marier avec son ex-belle-sœur ou son ex-beau-frère.

En cas d'adoption plénière, les empêchements sont les mêmes.

En cas d'adoption simple, il faut distinguer les empêchements entre l'adopté et sa famille d'origine et les empêchements entre l'adopté et sa famille adoptive.

Entre l'adopté et sa famille d'origine, les empêchements sont les mêmes que ceux précédemment énoncés. En revanche, entre l'adopté et sa famille adoptive, les empêchements absolus sont moindres. Il existe un empêchement absolu au mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, et il existe un empêchement absolu entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté lorsque le mariage qui conduit à l'empêchement est dissous par le divorce.

La Cour européenne des droits de l'homme a récemment rendu un arrêt sur la question de l'empêchement absolu au mariage. En effet, dans l'arrêt B et L contre R.U. du 13 février 2005, la Cour a jugé que les empêchements à mariage existant entre un beau-père et une belle-fille étaient contraires à l'article 12 de la CEDH protégeant la liberté du mariage. Une modification de la législation française dans le sens d'un assouplissement n'est donc pas à exclure à l'avenir.

Les empêchements susceptibles d'être levés par une dispense :

Ces empêchements sont susceptibles d'être levés par une décision du président de la République pour causes graves. Elle est souvent accordée lorsqu'elle est dans l'intérêt des enfants, et elle est souvent refusée lorsqu'il existe une trop grande différence d'âge entre les personnes souhaitant se marier ou quand le mariage précédent conduisant à la prohibition a été rompu trop récemment.

- Les empêchements susceptibles d'être levés par une dispense (article 164)

- Le mariage entre oncle et nièce ou entre tante et neveu.
- Le mariage en ligne directe descendante et ascendante avec un allié « lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ».

En matière d'adoption plénière, les règles sont les mêmes.

En cas d'adoption simple, on retrouve une spécificité. Il existe trois empêchements susceptibles d'être levés par une dispense entre l'adopté simple et sa famille adoptive :

- L'empêchement au mariage entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant et entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté lorsque le mariage qui conduit à l'empêchement a été dissous par le décès.
- L'empêchement au mariage entre les enfants adoptifs d'une même personne.
- L'empêchement au mariage entre l'adopté et les enfants de l'adoptant.

D'une manière générale, en matière d'adoption simple, les spécificités s'orientent autour de deux axes : d'une part, les empêchements n'existent pas entre l'adopté et la famille ascendante de l'adoptant, et d'autre part les empêchements entre frère et sœur par adoption sont moindres en raison de l'absence de consanguinité.

C/ Le consentement au mariage

L'article 146 dispose : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »
C'est un élément fondamental du mariage.

Il se matérialise par un OUI prononcé lors de la célébration du mariage et la signature du registre. Il faut préciser que le mariage d'un Français, même à l'étranger, requiert sa présence. En principe, le déroulement d'un mariage dépend des règles en vigueur dans le pays dans lequel le mariage est célébré. Cependant, afin d'éviter les mariages forcés, le droit français ne reconnaît le mariage d'un Français que s'il était présent à la cérémonie, quand bien même celle-ci se serait déroulée dans un Etat dans lequel le ou les futurs époux doivent être représentés par un membre de leur famille.

L'exigence du consentement au mariage est l'exigence d'un véritable consentement existant réellement (1) et l'exigence que ce consentement soit non vicié (2).

1/ L'existence du consentement

En principe, le consentement se matérialise par un OUI prononcé le jour de la cérémonie. Pourtant, ce OUI ne sera parfois pas indispensable et, au contraire, il ne sera parfois pas suffisant.

Il ne sera pas indispensable si l'un des époux ne peut parler. La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 22 janvier 1968 que, dans ce cas, il appartenait au juge d'interpréter d'autres signes de consentement tels que le regard, l'attitude, les larmes. Ainsi, dès lors que le consentement existe, le OUI peut parfois ne pas être indispensable. Bien sûr, ce sont des cas exceptionnels.

Inversement, dans certaines circonstances, on considère que le consentement n'existe pas, même si le OUI a été prononcé. C'est le cas dans deux hypothèses.

Tout d'abord lorsque le mariage a été contracté sous l'empire d'un trouble mental. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger, dans un arrêt du 28 mai 1980, que le mariage devait être déclaré nul faute de consentement dès lors que l'époux, à l'époque du consentement, se trouvait dans un état de démence sénile le rendant irresponsable de ses actes, ce qui était de notoriété publique.

Ensuite, lorsque le mariage est conclu dans un objectif étranger à la finalité de l'union matrimoniale, cette union est considérée comme nulle, faute de consentement réel. On considère qu'il y a une absence d'intention conjugale, que c'est un mariage fictif.

Cela permet de prononcer la nullité d'un « mariage successoral » par exemple, c'est-à-dire d'un mariage conclu exclusivement dans un objectif de transmission du patrimoine. C'est également sur ce terrain que les mariages blancs sont frappés de nullité.

L'absence de volonté réelle de vivre une union matrimoniale est considérée comme une absence de consentement, et la nullité est prononcée sur le fondement de l'article 146.

Il faut que les époux n'aient pas voulu les conséquences légales du mariage, il faut qu'ils aient exclusivement poursuivi un but étranger à l'union matrimoniale. Ainsi, si le seul but du mariage est l'obtention d'un titre de séjour ou de la nationalité, le mariage est nul pour défaut de consentement. La preuve se trouve souvent dans l'attitude des époux après le mariage. C'est souvent l'absence de cohabitation, l'attitude après l'obtention du titre recherché et l'histoire du couple avant le mariage qui vont permettre de démontrer le mariage blanc.

Il faut préciser que si les époux ont voulu l'obtention d'un titre de séjour ou de la nationalité parmi d'autres conséquences du mariage, celui-ci est valable, car il y a une réelle volonté de vivre une union matrimoniale. Ainsi, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 15 juin 1990, a jugé que le mariage était valable si le but recherché, tel que droit au séjour ou nationalité, n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage.

Récemment, une hypothèse très différente de mariage fictif est apparue. Il s'agit du mariage militant, du mariage de provocation. La cour d'appel de Versailles a eu à

connaître de cette question. Un homme transsexuel devenu femme, et considéré à l'état civil comme une femme, voulait épouser un homme qui avait des attitudes féminines, mais était toujours un homme à l'état civil. Une enquête a révélé une absence de vie commune antérieure au mariage et un fort militantisme en faveur de la cause, et en particulier du mariage des homosexuels et des transsexuels.

Le procureur de la République a fait opposition à ce mariage sur le fondement de l'absence d'intention conjugale. Le TGI de Nanterre, puis la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 8 juillet 2005, ont refusé de lever l'opposition.

La cour d'appel a précisé que la condition de différence de sexe était ici remplie puisque, à l'état civil, le couple était bien composé d'un homme et d'une femme. Mais elle a considéré qu'il n'y avait pas d'intention conjugale en raison de la volonté de provocation et du caractère militant du mariage, ces éléments n'étant pas contredits par une quelconque vie commune.

Cette question de l'existence du consentement ne doit pas être confondue avec celle des vices du consentement. L'existence du consentement est une exigence de l'article 146 du Code civil. Lorsque le consentement n'existe pas ou n'est pas réel, on parle de défaut de consentement, qui est synonyme d'absence de consentement, et le mariage encourt la nullité sur le fondement de l'article 146 du Code civil. Il ne faut pas confondre cela avec les défauts qui peuvent affecter le consentement et que l'on appelle vices du consentement et qui font encourir la nullité sur le terrain de l'article 180.

2/ Les vices du consentement

Le consentement doit être libre. Dans le cas contraire, il sera considéré comme vicié. On est ici sur le terrain de l'article 180. Le mariage peut être vicié par la violence ou par l'erreur. Ce sont les deux vices du consentement en matière de mariage.

Dans tous les cas, le vice du consentement s'apprécie au jour de la cérémonie, c'est à ce jour qu'il faut se placer pour se prononcer sur les vices du consentement. Ainsi, pour l'erreur, il faut se demander si, au jour de la cérémonie, la personne commettait une erreur, c'est ce jour qui compte. De plus, le vice doit avoir été déterminant du consentement, c'est-à-dire que le consentement a été donné uniquement en raison de l'erreur ou de la violence. Sans erreur ou sans violence, le consentement n'aurait pas été donné.

- La violence

En ce qui concerne la violence, la jurisprudence admettait que la violence entraînait la nullité même si elle était « simplement » morale. Ainsi, il a été jugé que les menaces de mort ou que l'insistance de la part des parents pouvaient entraîner la nullité du mariage si le consentement en avait été influencé.

Dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés, la loi précitée du 4 avril 2006 a confirmé cette jurisprudence et complété l'article 180. Il est désormais précisé

« l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ». Ainsi, la violence morale peut être constituée dès lors que la pression des parents à l'égard du mariage était trop importante et a privé l'un des conjoints de sa liberté de consentement, celui-ci ayant en réalité consenti au mariage sous la contrainte.

- L'erreur

L'erreur peut être une erreur dans la personne (c'est-à-dire une erreur sur son identité) ou une erreur sur les qualités essentielles de la personne.

Dans ce cas, il faut que l'erreur soit communément considérée comme essentielle (ex. : la couleur des cheveux ne sera pas retenue ; en revanche, l'existence d'une double vie a été admise) et l'erreur doit aussi avoir été déterminante du consentement, c'est-à-dire que si la personne n'avait pas commis cette erreur, elle ne se serait pas mariée. Si elle avait su, elle ne se serait pas mariée.

Quelques exemples d'erreurs ayant entraîné la nullité du mariage :

l'ignorance de la qualité de divorcé du conjoint (not. C. cass. Civ. 1re 2 décembre 1997),

l'ignorance que l'autre conjoint avait une liaison qu'il n'avait pas l'intention de rompre (TGI Le Mans, 7 décembre 1981, CA Rennes, 11 décembre 2000),

l'ignorance de la qualité de condamné de droit commun (TGI Paris, 8 février 1971),

l'ignorance de la qualité de prostituée (TGI Paris, 13 février 2001),

erreur sur l'aptitude à avoir des relations sexuelles normales (CA Paris, 26 mars 1982),

erreur sur l'aptitude à procréer (TGI Avranches 10 juillet 1973),

erreur sur l'intégrité mentale (TGI Rennes, 9 novembre 1976).

D/ La célébration du mariage

1/ Les formalités : la publication des bans et les pièces à fournir

- La publication

Le mariage doit en principe être annoncé par voie d'affichage à la porte de la mairie du lieu de célébration et à la porte de la mairie de la résidence de chacun des futurs époux. La publication doit être faite au moins huit jours avant le mariage, et le mariage doit être prononcé dans l'année qui suit l'expiration de ce délai de huit jours. Il est possible d'obtenir une dispense du procureur de la République pour cause grave.

- Les pièces à fournir

- Une expédition de l'acte de naissance datant de moins de trois mois. C'est un moyen de contrôler l'identité et de vérifier l'absence de polygamie.

- Un certificat prénuptial : un projet prévoit de le supprimer. C'est avant tout l'occasion d'informer les futurs mariés et de dépister certaines maladies. En aucun cas il ne peut aboutir à empêcher le mariage, et les résultats ne sont pas transmis au futur conjoint.

2/ La cérémonie

Elle nécessite la présence du maire, d'un adjoint ou d'un conseiller municipal désigné par le maire, des deux époux et de deux à quatre témoins majeurs.

Elle est publique, les portes doivent donc rester ouvertes, elle doit avoir lieu dans la mairie dans laquelle un des époux a son domicile ou sa résidence depuis au moins un mois (exception possible en cas d'empêchement sur autorisation du procureur).

L'officier d'état civil, c'est-à-dire le maire ou son représentant, donne lecture de certains articles du Code civil énonçant les devoirs du mariage, demande aux futurs époux s'ils ont fait un contrat de mariage et reçoit leur consentement. Il dresse ensuite l'acte de mariage portant certaines indications et signatures.

Enfin, le mariage civil doit impérativement avoir lieu avant le mariage religieux sous peine de sanctions pénales pour le ministère du culte. Cette règle est liée au caractère laïc du mariage.

1.1.2 - La prévention et la sanction de l'irrégularité du mariage

Afin de s'assurer du respect des conditions du mariage, dont la plupart sont d'ordre public, le législateur a mis en place des mécanismes de prévention qui tendent à empêcher la célébration d'un mariage en violation d'une condition de formation. Si toutefois un mariage était célébré en violation d'une condition de formation, il pourrait encore parfois être annulé.

L'irrégularité du mariage est donc à la fois prévenue (A) et sanctionnée (B).

A/ La prévention des mariages irréguliers : l'audition des futurs époux, le sursis à la célébration et l'opposition au mariage

Dans un objectif de prévention des mariages irréguliers, différentes mesures ont été prises par le législateur. L'officier de l'état civil est un acteur important : il peut auditionner les futurs époux et saisir le procureur de la République en vue d'un sursis à la célébration ou d'une opposition. Par ailleurs, différentes personnes, dont le ministère public, peuvent former opposition au mariage.

1/ L'audition des futurs époux et le sursis à la célébration

L'article 63 du Code civil prévoit que l'officier de l'état civil doit procéder à une audition des futurs époux avant de publier les bans sauf, selon l'article « en cas d'im-

possibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est nécessaire ni au regard de l'article 146, ni au regard de l'article 180. L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, peut également demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux ».

L'audition n'aura en réalité lieu que si l'officier de l'état civil a des doutes sur la validité du mariage au regard des articles 146 ou 180, c'est-à-dire au regard de l'existence et de l'intégrité du consentement. Cette disposition est un moyen de prévenir les mariages blancs et les mariages forcés.

Le sursis à la célébration est également possible, en particulier suite à l'audition. Selon l'article 175-2, l'officier de l'état civil qui aurait un doute sur la réalité du consentement ou la présence d'un vice du consentement peut saisir le procureur en informant les futurs époux. Le procureur peut alors, dans un délai de quinze jours à compter de sa saisine, décider, soit de s'opposer au mariage, soit d'ordonner un sursis à la célébration en attendant les résultats d'une enquête. La durée du sursis est d'un mois renouvelable une fois. Ces décisions sont contestables devant le président du TGI qui statue dans les dix jours. Il y a une possibilité d'appel, et la cour d'appel doit également statuer dans les dix jours.

2/ L'opposition

L'opposition oblige l'officier de l'état civil à reporter le mariage jusqu'à ce que l'opposition soit levée.

Les pères et mères, ou, en cas de décès, d'absence ou d'impossibilité de manifester leur volonté, les autres ascendants peuvent former opposition au mariage. Ils doivent indiquer le motif pour lequel, selon eux, ce mariage n'est pas régulier. En cas de recours, ils devront cependant prouver ce qu'ils ont avancé.

Par ailleurs, certaines personnes peuvent s'opposer au mariage pour des motifs déterminés.

- Le conjoint non divorcé peut s'opposer au mariage de son conjoint afin d'éviter un mariage bigamique.
- Les collatéraux peuvent s'opposer au mariage en invoquant un défaut d'autorisation du conseil de famille ou l'état de démence. Le tuteur d'un majeur incapable peut aussi former opposition dans ces cas-là, avec l'autorisation du conseil de famille.

Enfin, le ministère public peut former opposition au mariage dans tous les cas dans lesquels il pourrait demander la nullité du mariage, c'est-à-dire en principe dès lors que l'ordre public est atteint. Il peut être informé par l'officier de l'état civil lorsqu'il existe des indices sérieux laissant penser qu'un mariage fictif va être prononcé, c'est-à-dire un mariage sans réel consentement. L'hypothèse d'un mariage blanc est ici particulièrement visée. Depuis la loi de 2006 précédemment évoquée, et toujours dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés, l'officier de l'état civil peut aussi informer le procureur en cas de risque d'un mariage contracté sous l'emprise d'une violence, même morale.

Dans tous les cas, l'opposition doit prendre la forme d'un acte d'huissier signifié aux deux personnes souhaitant se marier et à l'officier de l'état civil. La qualité de l'opposant, le motif de l'opposition et son fondement textuel doivent être invoqués. Cette opposition interdit à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage.

L'opposition peut être levée, on parle de main levée de l'opposition, soit volontairement, soit judiciairement. Elle est levée volontairement lorsque c'est l'opposant lui-même qui la retire. Elle peut aussi être levée par un juge à la demande d'un des époux ou des deux. Dans ce cas, l'opposant devra alors prouver ce qu'il a avancé et le juge lèvera l'opposition s'il estime qu'elle n'est pas fondée. Cette action est de la compétence du tribunal de grande instance qui statuera en audience publique. Il devra statuer dans un délai de dix jours. Quel que soit le sens de sa décision, un appel est possible, et la cour d'appel devra statuer dans un délai de dix jours également. Enfin, le pourvoi en cassation est toujours possible.

L'article 179 précise que le ou les opposants pourront être condamnés à verser des dommages et intérêts, sauf s'il s'agit d'un ascendant.

Enfin, il faut préciser que l'opposition cesse de produire effet au bout d'un an, mais peut être renouvelée. Depuis la loi du 14 novembre 2006, l'opposition du ministère public ne cesse pas de produire effet au bout d'un an, elle est maintenue, sans qu'il y ait besoin de la renouveler. Cela va dans le sens du renforcement de la lutte contre les mariages blancs et contre les mariages forcés.

L'article 173 précise que : « Après mainlevée judiciaire d'une opposition au mariage formée par un ascendant, aucune nouvelle opposition, formée par un ascendant, n'est recevable ni ne peut retarder la célébration. » Il n'est pas non plus possible pour un autre ascendant de renouveler une opposition qui serait périmée. Le but est ici évidemment d'éviter un acharnement de la part des ascendants.

B/ La sanction de l'irrégularité du mariage

Lorsqu'un mariage a été prononcé en violation d'une règle de fond ou de forme, deux sanctions sont possibles : soit la nullité, soit des sanctions pour l'officier de l'état civil. Lorsque l'empêchement qui aurait dû empêcher la célébration est un empêchement prohibitif, le mariage n'aurait pas dû être prononcé, mais s'il l'a été, il sera valable et l'officier de l'état civil sera sanctionné (1). Si au contraire, l'empêchement est un empêchement dirimant, la nullité du mariage peut être prononcée (2).

1/ Les empêchement prohibitifs

Lorsqu'il existe un empêchement prohibitif au mariage, celui-ci n'aurait pas dû être prononcé. Toutefois, s'il l'a été, il sera néanmoins valable. L'empêchement prohibitif n'atteint pas la validité du mariage. La seule sanction encourue sera une sanction pour l'officier de l'état civil qui a prononcé le mariage. Il existe assez peu d'empêchements prohibitifs.

Sont des empêchements prohibitifs :

- Le défaut de publication du projet de mariage.
- Le défaut de remise du certificat prénuptial.
- L'existence d'une opposition non levée.

2/ Les empêchements dirimants

Lorsqu'un mariage a été prononcé malgré un empêchement dirimant, il encourt la nullité. Il existe deux types de nullité : la nullité relative et la nullité absolue. Dans les deux cas, les effets de la nullité sont les mêmes.

La nullité relative est une nullité d'intérêt privé. Le mariage ne va pas à l'encontre de l'ordre public, mais la nullité peut être demandée lorsque les intérêts d'une partie ont été bafoués. Dès lors, seule cette partie peut demander la nullité et il lui est possible de couvrir par son attitude la cause de nullité. Le délai d'action est en général plus court.

La nullité absolue est une nullité d'ordre public. L'ordre public a été atteint. Dès lors, toute personne qui y a intérêt, ainsi que le ministère public, peuvent agir en nullité. La possibilité d'une confirmation est exclue et le délai est en général plus long.

- Les nullités relatives

En matière de mariage, traditionnellement, sont des cas de nullité relative : les vices du consentement et le défaut d'autorisation au mariage.

Aux termes de la loi du 4 avril 2006, le délai pour agir en nullité pour vice du consentement ou défaut d'autorisation du représentant légal est de cinq ans.

Pour le défaut d'autorisation, seules les personnes concernées peuvent agir : les parents et l'époux qui avait besoin d'une autorisation. La confirmation est possible au moyen d'une approbation expresse ou tacite (article 183). Il s'agit donc bien d'une nullité relative.

En revanche, pour les vices du consentement, la confirmation n'est plus possible depuis la loi de 2006. De plus, le ministère public peut agir en cas de violence, même morale. Ces modifications ont été dictées par une volonté de lutte contre les mariages forcés. Il est possible de considérer que les vices du consentement, ou au moins la violence, intéressent désormais l'ordre public, que ce sont des cas de nullité absolue puisque la confirmation n'est plus possible et que le ministère public peut agir.

- Les nullités absolues

En cas de nullité absolue, les époux, toute personne qui y a intérêt et le ministère public peuvent agir pendant un délai de trente ans.

Sont des cas de nullité absolue :

- L'impuberté. Il y a ici une exception au délai de droit commun de trente ans puisque

la nullité doit être demandée dans les six mois de la majorité, et l'action n'est plus possible si la femme est enceinte.

- Le défaut de consentement (défaut de véritable intention matrimoniale ou trouble mental).
- Non-comparution d'un Français lors d'un mariage célébré à l'étranger.
- Bigamie.
- Existence d'un lien de parenté ou d'alliance.
- Incompétence de l'officier de l'état civil.
- Clandestinité du mariage.

Compte tenu des changements apportés par la loi du 4 avril 2006, il faut aussi sans doute considérer que le vice du consentement de violence est une cause de nullité absolue avec un délai d'action de cinq ans.

- Les effets de la nullité

Que la nullité soit relative ou absolue, les effets de la nullité sont les mêmes.

La nullité du mariage a un effet rétroactif, cela signifie que le mariage est censé n'avoir jamais existé. C'est le principe. Les effets sont donc différents de ceux du divorce.

Il existe toutefois une exception au caractère rétroactif de la nullité qui est le mariage putatif. Le mariage putatif est un mariage nul mais dont les effets passés sont sauvegardés. A l'égard des époux, la putativité ne peut jouer qu'en faveur du ou des époux de bonne foi. A l'égard des enfants, la putativité joue toujours, peu importe la bonne ou la mauvaise foi des époux. La nullité du mariage n'aura ainsi pas d'incidence sur leur filiation.

Lorsque les conditions du mariage sont remplies, lorsque le mariage est valablement formé, il va produire un certain nombre d'effets, qu'il convient désormais d'étudier.

1.2 - Les effets du mariage

Le mariage entraîne la création d'un régime matrimonial dont l'étude n'est pas au programme du concours. Le mariage a également des effets importants en droit des successions, qui ne seront pas traités ici non plus.

Mais en dehors de tout cela, il existe un statut de base, applicable à tous les gens mariés, quel que soit le régime matrimonial. On l'appelle le régime primaire, ce sont les effets premiers du mariage, applicables à tous les couples mariés. On distingue dans ce statut de base des dispositions intéressant les relations personnelles entre époux (1.2.1) et des dispositions intéressant les relations patrimoniales (1.2.2).

1.2.1 - Les relations personnelles entre époux

Le non-respect des obligations personnelles entre époux peut entraîner un divorce pour faute, et/ou l'octroi de dommages et intérêts.

Les devoirs personnels entre époux sont énoncés dans trois articles du Code civil :

Selon l'article 212 : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance. »

Selon l'article 213 : « Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir. »

Enfin, l'article 215 alinéa 1 dispose : « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie. »

Ces différents devoirs doivent être repris successivement.

1/ L'obligation de fidélité

L'obligation de fidélité doit être entendue dans un sens large. Cela va au-delà de la fidélité physique. Une violation de l'obligation de fidélité peut être constatée même sans relation physique. Il a ainsi été jugé que des relations étroites avec un tiers perturbant la vie du couple pouvaient être considérées comme une infidélité. Il pourrait par exemple en être ainsi en cas de relations par Internet très prenantes et régulières.

Pour apprécier l'infidélité, les juges prennent de plus en plus en compte les circonstances. Ainsi, en principe, des époux en instance de divorce sont toujours tenus au devoir de fidélité mais, de plus en plus, les juges considèrent que, au regard des circonstances, par exemple lorsque les époux ne vivent plus ensemble depuis plusieurs mois, la faute ne sera pas grave et ne justifiera pas le prononcé d'un divorce pour faute.

De plus, les juges admettent de plus en plus la validité des accords entre époux sur ce point, par exemple au cours d'une séparation de fait ou au cours d'une instance en divorce.

2/ Les obligations de secours et d'assistance

Le devoir d'assistance est une obligation extrapatrimoniale, c'est l'obligation de soutenir son conjoint lorsqu'il est en difficulté, par exemple en cas de maladie.

L'obligation de secours peut s'y rattacher. L'obligation de secours est une obligation matérielle. Elle consiste dans l'obligation de ne pas laisser son conjoint dans le besoin. En réalité, elle est souvent absorbée par la question de la contribution aux charges du mariage.

3/ La direction commune de la famille et l'obligation de communauté de vie

En raison du principe d'égalité entre les époux, les époux dirigent la famille ensemble. Il n'y a plus de chef de famille.

Cela signifie que les époux doivent notamment choisir en commun la résidence de la famille. En effet, la famille doit en principe avoir une résidence puisque les époux sont obligés à une communauté de vie.

Cette communauté de vie comprend en principe, outre la cohabitation, la communauté de lit et la communauté de sentiments.

Il faut préciser que l'obligation de communauté de lit n'exclut pas l'hypothèse du viol entre époux. La qualification de viol en cas de relations sexuelles forcées entre époux était reconnue par la jurisprudence, et la loi du 4 avril 2006 a consacré cette interprétation.

En ce qui concerne la communauté de sentiment, si celle-ci est souhaitable, elle est bien sûr difficilement exigible.

Enfin, s'agissant de la cohabitation, le devoir de communauté de vie n'impose pas aux époux de vivre sous le même toit en permanence. En effet, l'article 108 précise que « Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie ». En principe donc, les époux peuvent résider séparément pourvu qu'ils maintiennent des relations étroites.

Plusieurs arrêts récents montrent cependant une sévérité de la jurisprudence sur ce point. Des personnes refusant de suivre leur conjoint souhaitant déménager pour des raisons professionnelles, même à l'étranger, ont été considérées comme fautives dans le cadre d'un divorce pour faute.

Par ailleurs, l'article 215 protège le logement de la famille. Aux termes de cet article, un époux ne peut pas, quel que soit le propriétaire du logement, disposer du logement de la famille sans l'accord de son conjoint. Ainsi, même si le logement de la famille appartient en propre à l'un des époux, il ne peut pas le vendre sans l'accord de l'autre. Si le domicile de la famille est loué, aucun des époux ne peut non plus résilier le bail sans l'accord de l'autre.

4/ Le respect mutuel

La loi du 4 avril 2006 a ajouté à l'article 212 un « nouveau » devoir entre époux : le respect mutuel. Les insultes et violences constitueront sans aucun doute des violations du devoir de respect entre époux. La valeur de ce texte est cependant essentiellement symbolique : on peut penser que ce devoir était auparavant sous-entendu. Les violences physiques et morales étaient déjà considérées comme des fautes.

En effet, il est admis que certains devoirs du mariage sont sous-entendus. C'est à l'occasion de demandes en divorce pour faute que les juges retiennent parfois des fautes qui ne correspondent précisément à aucun des devoirs du mariage expressément mentionnés dans le Code civil.

1.2.2 - Les relations patrimoniales entre époux

Il existe des effets patrimoniaux du mariage qui s'appliquent immédiatement, dès le mariage et jusqu'au divorce, et ce quel que soit le régime matrimonial des époux. Ces effets patrimoniaux sont la contribution aux charges du mariage (1), la solidarité des dettes (2) et les obligations alimentaires (3). Il faut aussi préciser qu'en principe, en matière patrimoniale, les époux sont autonomes (4) et qu'en cas de crise grave, le juge peut intervenir pour tenter de sauvegarder les intérêts de la famille (5).

1/ La contribution aux charges du mariage

L'article 214 dispose : « Si les conventions matrimoniales ne règlent pas la contribution des époux aux charges du mariage, ils y contribuent à proportion de leurs facultés respectives.

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. »

Les époux peuvent donc prévoir comment chacun devra subvenir aux besoins du ménage. A défaut, cela se règle en fonction des revenus de chacun, et la participation est proportionnelle. Si l'un des conjoints ne respecte pas cette obligation, l'autre peut saisir le juge, y compris en cas de séparation de fait. Cette obligation ne comprend pas seulement les besoins, elle couvre toutes les dépenses. Ainsi, la participation aux charges du mariage peut comprendre des dépenses de voyage si le voyage correspond au train de vie des époux. La Cour de cassation (C. cass. Civ. 1re 20 mai 1981) a même jugé que l'acquisition d'une résidence secondaire pouvait, eu égard au train de vie du ménage, être considérée comme une charge du mariage.

2/ La solidarité des dettes

L'article 220 dispose :

« Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement.

La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant.

Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts, à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante.»

Lorsque deux personnes sont solidairement obligées à une dette, cela signifie que le créancier peut s'adresser à l'un ou à l'autre pour obtenir tout ou partie du paiement. Il peut par exemple choisir de demander à une seule des deux personnes la totalité de la somme qui lui est due. Au niveau du mariage, cela signifie que lorsque l'un des

époux a une dette envers un tiers, celui-ci peut s'adresser à l'un ou à l'autre pour le règlement de la dette.

Celui qui a payé pourra ensuite se retourner contre l'autre pour lui demander de lui rembourser sa part. La règle de la solidarité ne concerne que les rapports des époux avec les tiers et non les rapports des époux entre eux. La solidarité ne règle que l'obligation à la dette, et non la contribution à la dette.

La solidarité des dettes va donc conduire à ce que les époux soient solidairement tenus de certaines dettes alors que celles-ci n'auraient été contactées que par l'un d'eux. Ainsi, si une personne contracte seule un abonnement téléphonique, son conjoint pourra être tenu solidairement avec elle du règlement de cet abonnement.

La solidarité ne concerne cependant que certaines dettes. Selon l'article 220, les dettes auxquelles s'applique la solidarité sont les dettes ménagères, c'est-à-dire celles qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Les dettes contractées pour satisfaire des besoins personnels ou professionnels ne sont donc pas concernées.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 220 énoncent des exceptions à la solidarité des dettes ménagères. La solidarité est exclue :

- **pour les dépenses manifestement excessives**, au regard du train de vie du ménage, de l'utilité ou de l'inutilité de l'opération et de la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Il ne faut donc pas que la dette apparaisse déraisonnable, excessive. Pour apprécier le caractère excessif, il faut prendre en compte différents éléments dont le niveau de vie du ménage et le caractère utile ou non de la dette.
- **pour les achats à tempérament**. Les achats à tempérament sont des achats à crédit, des achats dont le paiement est échelonné. Dans ce cas, la solidarité est toujours exclue.
- **pour les emprunts** sauf s'ils portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante. La solidarité ménagère est en principe exclue pour les emprunts, sauf exception si l'emprunt est nécessaire et porte sur une somme modeste. Le caractère modeste et nécessaire de l'emprunt relève d'une appréciation souveraine des juges du fond, et il appartient à celui qui se prévaut de la solidarité de prouver l'utilisation des fonds empruntés. A titre d'illustration, l'emprunt pour acheter une voiture a plusieurs fois été considéré comme n'entrant pas dans le cadre de la solidarité.

Enfin, la solidarité des dettes ne cesse qu'avec la publicité du jugement de divorce. En principe, la règle de la solidarité s'applique donc même pendant une séparation de fait. Toutefois, lorsque les époux sont séparés de fait, il y a assez peu de dettes qui pourront être considérées comme ménagères. La plupart des dettes contractées seront qualifiées de personnelles puisque les époux ne vivent plus ensemble. Par exemple, l'abonnement téléphonique contracté par un des époux vivant seul ne sera pas considéré comme une dette ménagère et la solidarité sera donc exclue. Si les époux avaient vécu ensemble, un abonnement téléphonique aurait été considéré comme une dette ménagère. En réalité, en cas de séparation de fait, la solidarité va

essentiellement jouer pour les dépenses relatives à l'éducation des enfants.

Exemples pratiques :

1/ Le directeur de l'école de Louise est embêté. La cantine de Louise n'a pas été réglée et ses parents sont séparés. Il ne sait pas à qui il peut s'adresser.

Il s'agit d'une dépense pour les enfants. La règle de la solidarité joue. La séparation de fait est sans incidence. Il peut donc s'adresser à n'importe lequel des parents de Louise.

Ensuite, celui qui a réglé cette dette peut se retourner contre l'autre, notamment en invoquant la contribution aux charges du mariage pour lui demander de rembourser sa part.

2/ M. X a depuis longtemps à sa disposition une carte qui lui permet à tout moment d'obtenir 5000 euros à crédit.

Il a toujours aimé les nouveautés, et il y a quelques semaines il a décidé d'utiliser une partie de l'argent qu'il pouvait si facilement emprunter.

Cela lui a permis d'acheter les nouveautés dont il rêvait et il a acquis un téléviseur à écran plat ainsi qu'un combiné lave-linge sèche-linge.

Sa femme estime que la vieille télévision noir et blanc était suffisante et qu'un fil dans le grenier, pour faire sécher le linge, ça suffit.

Elle refuse de rembourser le crédit.

La solidarité est en principe exclue pour les emprunts, sauf lorsqu'ils portent sur des sommes modestes nécessaires à l'entretien du ménage. Cela s'apprécie en fonction du niveau de vie. Ici, ce n'est donc pas exclu si les époux ont un niveau de vie relativement élevé. Mais les juges sont plus rigoureux dans la mesure où il s'agit d'emprunts et qu'ils sont donc en principe exclus.

En toutes hypothèses, celui qui se prévaut de la solidarité, ici l'organisme de crédit devra prouver à quoi l'argent a été utilisé.

Si Madame X est considérée comme étant tenue solidairement de payer, l'organisme pourra lui demander de rembourser la totalité de la somme. Elle pourra cependant ensuite, c'est-à-dire après avoir payé l'organisme de crédit, se retourner contre son mari sur le fondement de la contribution aux charges du mariage. Il devra alors lui rembourser sa part, soit en fonction des facultés respectives des époux, soit en fonction de ce que prévoit le régime matrimonial si leur contrat de mariage règle cette question.

3/ Les obligations alimentaires

Le devoir de secours énoncé à l'article 212 est le devoir de ne pas laisser son conjoint dans le besoin. En principe, c'est une obligation alimentaire, et c'est donc différent de la contribution aux charges du mariage. En pratique, l'obligation alimentaire est

absorbée par la contribution aux charges du mariage qui est plus large.

Le seul cas dans lequel on peut invoquer l'obligation de secours sans que celle-ci soit absorbée par la contribution aux charges du mariage est celui de la séparation de corps. En cas de séparation de corps (à ne pas confondre avec la séparation de fait), les textes prévoient le versement d'une pension alimentaire à l'époux dans le besoin en raison du maintien du devoir de secours.

L'obligation alimentaire qui existe entre membres de la même famille est étendue en cas de mariage à certains membres de la famille du conjoint. Selon l'article 206, une personne a une obligation alimentaire envers les parents de son conjoint s'ils sont dans le besoin. L'article 207 précise que cette obligation est réciproque, il précise également que « quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire ». L'obligation alimentaire cesse en cas de décès, sauf si le couple a des enfants communs encore en vie. L'obligation cesse également en cas de divorce.

4/ L'autonomie des époux

Plusieurs textes du Code civil précisent les pouvoirs des époux, l'autonomie qu'ils conservent même après le mariage. Un certain nombre de ces dispositions paraissent aujourd'hui évidentes. Leur présence s'explique d'un point de vue historique. La répartition des pouvoirs dans le cadre du mariage a longtemps été marquée par l'inégalité des sexes. La femme perdait donc un certain nombre de prérogatives en se mariant. Avec l'avènement du principe de l'égalité des sexes, la totalité de ces règles inégalitaires a disparu, mais le Code civil continue de le préciser.

Par exemple, l'article 216 précise que chacun des époux a la pleine capacité de droit. Cela semble aujourd'hui relever de l'évidence, mais la présence de cet article s'explique par l'incapacité qui frappait autrefois la femme mariée.

L'article 223 du Code civil précise : « Chaque époux peut librement exercer une profession, percevoir ses gains et salaires et en disposer après s'être acquitté des charges du mariage. »

Selon l'article 225 : « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels. » Cette disposition étant d'ordre public, comme l'ensemble du régime primaire, il est impossible de prévoir autre chose par convention.

Enfin, les articles 221 et 222 du Code civil précisent l'autonomie des époux en matière bancaire et mobilière. Aux termes de ces articles, chacun des époux peut ouvrir un compte en banque et l'utiliser sans l'accord de l'autre. En matière mobilière, chacun des époux est réputé avoir les pouvoirs pour agir à l'égard des tiers de bonne foi. Cela permet à un tiers de pouvoir acheter en toute confiance une voiture à une personne mariée sans demander au vendeur la preuve qu'il a le pouvoir de vendre cette voiture.

L'autonomie des époux est donc un minimum garanti par ces dispositions. Pour le reste, le régime matrimonial interviendra.

5/ Les mesures de crise

Il existe trois hypothèses dans lesquelles il apparaît nécessaire de pouvoir aménager les règles traditionnelles afin de traverser une crise dans de meilleures conditions et de tenter ainsi de sauvegarder au maximum les intérêts de la famille.

La première hypothèse est celle dans laquelle un des époux est hors d'état de manifester sa volonté, par exemple parce qu'il est malade ou absent. Dans ce cas, le juge pourra donner une **habilitation** à l'autre conjoint afin de lui permettre de le représenter d'une manière générale ou pour certains actes particuliers.

La deuxième hypothèse est celle dans laquelle un des époux ne donne pas son consentement, empêchant ainsi son conjoint d'effectuer un acte qui nécessite en principe le consentement des deux conjoints. Dans ce cas, le juge va parfois pouvoir intervenir pour permettre à l'un des époux de passer outre l'absence de consentement de son conjoint et de réaliser l'acte. Le juge pourra donner cette **autorisation judiciaire** si le conjoint ne donne pas son consentement parce qu'il est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

La troisième hypothèse est celle dans laquelle l'un des époux, par son attitude, met gravement en péril les intérêts de la famille. Dans cette hypothèse, le juge va pouvoir prendre des **mesures judiciaires**. Selon l'article 220-1 : « Si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts. »

Cet article permet donc au juge de prendre des mesures lorsqu'elles sont urgentes et nécessaires pour sauvegarder les intérêts de la famille lorsque l'un des époux les met en péril.

La loi du 26 mai 2004 relative au divorce a prévu des mesures spécifiques en cas de violence. En cas de violence, le juge peut attribuer le logement à l'époux victime et statuer sur l'autorité parentale. Ces mesures ne se prolongent au-delà de quatre mois que si une demande en divorce ou en séparation de corps est déposée.

2 - Le divorce et la séparation de corps

Selon l'article 227 du Code civil, il existe deux causes de dissolution du mariage : le décès de l'un des époux et le divorce légalement prononcé. Il est bien certain que tant que les époux sont vivants et non divorcés, le mariage est maintenu. Même lorsque le couple se relâche, lorsque les liens entre les époux se distendent en raison d'une mésentente, le mariage existe tant qu'un divorce n'a pas été prononcé.

La séparation de fait est sans incidence sur l'existence du lien conjugal. On peut même dire qu'en principe elle est sans effet juridique. Tant que les époux ne sont pas divorcés, ils sont toujours tenus de respecter les devoirs du mariage. Par exemple, ils sont toujours tenus de l'obligation de fidélité, de la contribution des charges du ma-

riage, et la solidarité des dettes ménagère est maintenue.

Toutefois, en pratique, la séparation de fait peut avoir certaines conséquences. La séparation est un fait, et il est impossible de totalement l'ignorer pour l'application de certaines règles. En voici quelques exemples :

- **La détermination de la contribution aux charges du mariage.** Lorsque le juge se prononce lors d'une action en contribution aux charges du mariage, il devra prendre en compte, dans les ressources et les charges de chacun des époux, le fait qu'ils vivent séparément. La séparation n'a donc pas d'effet sur la règle de droit applicable, mais c'est un élément de fait à prendre en considération lors de l'application de la règle de droit.
- **L'application de la règle de la solidarité ménagère.** La séparation de fait ne met pas fin à la solidarité des dettes ménagères. Toutefois, en pratique, la séparation sera prise en compte. En effet, la règle de la solidarité joue pour les dettes ménagères, c'est-à-dire les dettes qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Mais dans le cadre d'une séparation de fait, il existe assez peu de dépenses qui seront considérées comme étant dans l'intérêt du ménage. Par exemple, l'abonnement téléphonique contracté par un seul des époux pour un logement dans lequel il vit seul ne sera pas une dette ménagère et n'engagera pas son conjoint. En cas de séparation de fait, seules les dépenses relatives aux enfants risquent d'être considérées comme des dettes ménagères et d'engager les deux époux.
- **L'appréciation du non-respect du devoir de fidélité.** En principe, les époux séparés de fait sont toujours tenus de respecter le devoir de fidélité. Toutefois, il ressort de la jurisprudence la plus récente que le contexte de l'infidélité ainsi que les accords entre époux sur ce point peuvent être pris en compte par les juges. De fait, une infidélité après une longue séparation de fait sera jugée moins sévèrement.

Le principe reste malgré tout que les devoirs du mariage sont maintenus pendant la séparation de fait. Seul le divorce y met fin.

Il existe une situation intermédiaire qui est la **séparation de corps**. La séparation de corps est une séparation qui produit des effets juridiques. Son point commun avec le divorce est d'être judiciaire, elle est prononcée par un juge, elle résulte d'une décision de justice. A la différence du divorce, elle ne met pas fin au mariage. Elle en réduit cependant les effets. C'est la situation intermédiaire entre le divorce et la séparation de fait, mais ce n'est pas un passage obligé.

La séparation de corps est une possibilité aujourd'hui nettement moins utilisée que le divorce. Il n'en a pas toujours été ainsi. La séparation de corps a longtemps été le seul moyen pour un couple de limiter ses obligations. En effet, avant l'admission du divorce, la seule réponse juridique offerte au couple souhaitant se séparer était la séparation de corps. Ainsi, sous l'Ancien Régime, il était impossible de divorcer, et les couples avaient alors recours à la séparation de corps.

A la Révolution, l'idée de liberté individuelle a pris de l'ampleur, et le dogme de l'indissolubilité du mariage est apparu en opposition avec cette idée de liberté. Le divorce a donc été institué par la loi du 20 septembre 1792. Le divorce était alors

largement ouvert, il pouvait même être demandé par un seul époux pour incompatibilité d'humeur. En 1804, lors de l'élaboration du Code civil, un compromis a été recherché et le divorce a été maintenu, mais avec des restrictions. Le divorce a ensuite de nouveau été supprimé lors de la Restauration de 1816. La séparation de corps est alors redevenue la seule solution.

Le divorce a finalement été rétabli par la loi Naquet du 27 juillet 1884. Cette loi n'admettait cependant le divorce que de manière très restrictive puisqu'il ne pouvait être prononcé qu'en cas de faute grave.

A partir de cette loi, le droit du divorce s'est progressivement libéralisé. Il a connu une importante réforme avec la loi du 11 juillet 1975. Cette loi a libéralisé le divorce et multiplié les cas de divorce. Il existait quatre cas de divorce : le divorce par consentement mutuel, le divorce sur demande acceptée, le divorce pour faute, et le divorce pour rupture de la vie commune.

- Le divorce par consentement mutuel supposait un accord des époux sur tout : aussi bien le principe du divorce que les conséquences du divorce. La procédure se divisait en deux. Deux phases étaient nécessaires, et un délai de réflexion de trois mois minimum était imposé entre les deux. Le juge devait au cours de la procédure s'assurer du consentement des époux et s'assurer que leur convention respectait les intérêts des enfants et était un minimum équitable.
- Le divorce demandé par un époux et accepté par l'autre, appelé divorce sur demande acceptée, supposait un accord des époux sur le principe du divorce. Ils devaient par écrit faire un double aveu. Chacun devait, dans un mémoire, expliquer et reconnaître l'échec du mariage. Ensuite, les conséquences du divorce étaient réglées par le juge.
- Le divorce pour rupture de la vie commune pouvait être demandé dans deux cas. Il pouvait être demandé soit après une séparation de fait de plus de six ans sans interruption. Il pouvait aussi être demandé en cas d'altération des facultés mentales du conjoint depuis plus de six ans. L'altération devait être grave et avoir pour conséquence la disparition de la communauté de vie. Ce divorce était un divorce à la charge du demandeur. Il avait à sa charge tous les frais de procédure, il ne pouvait pas demander de prestation compensatoire et, surtout, il restait tenu à l'égard de son ex-conjoint du devoir de secours. Le juge pouvait toujours refuser de prononcer le divorce s'il estimait que le divorce risquait d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle dureté.
- Le divorce pour faute existait également, il permettait de demander le divorce sur le fondement de fautes de son conjoint. Celui qui se voyait prononcer un divorce pour faute à ses torts exclusifs ne pouvait pas obtenir de prestation compensatoire.

La loi de 1975 n'est plus en vigueur aujourd'hui. En effet, le divorce, comme la plupart des domaines du droit de la famille, a connu une importante réforme ces dernières années. Il a été réformé par une loi du 26 mai 2004. Le principal objectif de cette loi était de pacifier les divorces. Pour ce faire, le législateur a cherché à favoriser l'entente entre époux et à limiter les conflits entre époux. Plusieurs mesures vont

dans ce sens. Par ailleurs, l'autre changement important apporté par cette loi est la possibilité de divorcer par la seule volonté unilatérale.

La loi de 2004 prévoit également quatre cas de divorce. Beaucoup de modifications importantes ont cependant été apportées.

- Le divorce par consentement mutuel a été facilité. La loi l'a rendu plus attractif. Pour cela, elle l'a rendu plus rapide, notamment en supprimant la tentative de conciliation obligatoire dans tous les autres cas de divorce. Elle a aussi créé de nombreuses passerelles vers ce divorce.
- Le divorce sur demande acceptée a été remplacé par le divorce pour acceptation de la rupture du mariage avec quelques changements.
- Le divorce pour faute a été maintenu, mais l'objectif du législateur a été d'en limiter l'attrait car il est considéré comme une source de conflit. Afin de rendre moins attrayant ce type de divorce, les effets du divorce ont été dissociés de ses causes. Avant la loi de 2004, la cause du divorce avait une influence importante sur ses effets, il était financièrement beaucoup plus intéressant d'obtenir un divorce pour faute qu'un divorce pour rupture de la vie commune. Depuis la loi de 2004, les effets du divorce sont en principe indépendants des cas de divorce, et cela rend moins attractif le divorce pour faute. En principe, les effets sont les mêmes quel que soit le divorce prononcé.
- Le divorce pour rupture de la vie commune a disparu, mais le divorce pour altération définitive du lien conjugal est apparu. Il permet de divorcer plus rapidement que le divorce pour rupture de la vie commune, et la clause de dureté a disparu. Rien ne peut désormais s'opposer au prononcé du divorce, et ce n'est plus un divorce à charge.

Cette réforme récente de la matière a donc encore libéralisé le divorce. Elle aurait pu être l'occasion de supprimer la séparation de corps, mais ce n'a pas été le choix du législateur qui laisse donc coexister divorce (2.1) et séparation de corps (2.2).

2.1 - Le divorce

Depuis la loi de 2004, le principe est que la cause du divorce doit être dissociée des effets du divorce. C'est ce nouveau principe qui conduit à ce que le divorce pour altération définitive du lien conjugal ne soit plus un divorce à charge et à ce que le divorce pour faute soit moins attractif aujourd'hui.

La loi de 2004 ayant dissocié les effets du divorce des causes du divorce, les effets sont en principe les mêmes quel que soit le cas de divorce. Ces deux questions peuvent donc être traitées indépendamment. Les cas de divorce feront l'objet du premier point, les effets du divorce seront traités dans le troisième point, et le deuxième point sera consacré à la procédure.

2.1.1 - Les cas de divorce

Il existe quatre cas de divorce prévus à l'article 229 : « Le divorce peut être prononcé en cas :

- soit de consentement mutuel ;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage ;
- soit d'altération définitive du lien conjugal ;
- soit de faute. »

A/ Le divorce par consentement mutuel

Ce cas de divorce a les faveurs du législateur car il est le moins source de conflit. Afin de le rendre attrayant, le législateur en a fait le divorce le plus rapide et le moins coûteux.

Ce type de divorce suppose un accord des conjoints sur le principe du divorce et sur ses conséquences. Le consentement étant au cœur de ce divorce, les majeurs incapables ne peuvent pas y recourir.

Les époux doivent déposer une requête conjointe à laquelle ils doivent joindre une convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce (notamment le nom, la prestation compensatoire, les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la liquidation du régime matrimonial). Ils sont obligés de prendre un avocat, mais ils peuvent prendre le même.

Ils doivent déposer leur requête aux greffes du tribunal de grande instance.

Le juge aux affaires familiales convoque ensuite les époux et les reçoit séparément afin de s'assurer que leur volonté est libre et éclairée.

Ensuite, le juge vérifie que la convention préserve suffisamment les intérêts de chacun des époux et des enfants.

Si ce n'est pas le cas, il ajourne sa décision jusqu'à présentation d'une nouvelle convention (cette décision est susceptible d'appel). En attendant, il peut homologuer des mesures provisoires sur lesquelles les époux se seraient mis d'accord. Ensuite, une seconde convention devra être présentée dans un délai de six mois, une seconde audition aura lieu, et en cas de refus, la demande en divorce sera caduque.

Si le juge considère que la convention préserve suffisamment les intérêts de chacun des époux et des enfants, il l'homologue et prononce le divorce.

L'appel de cette décision n'est pas possible, le pourvoi en cassation est en revanche possible, et les créanciers peuvent former opposition afin que la convention leur soit inopposable.

Par la suite, cette convention pourra être modifiée dans trois cas.

D'abord, les époux peuvent se mettre d'accord pour la modifier, et la nouvelle convention sera de nouveau soumise à homologation.

Ensuite, les époux peuvent insérer dans leur convention une clause aux termes de laquelle la prestation compensatoire pourra être révisée par le juge en cas de changement important des ressources ou des besoins de l'une des parties. Même en l'absence de clause, elle peut être révisée en application du droit commun.

Enfin, tout ce qui concerne les enfants peut être modifié par le juge, à la requête d'un des époux ou du ministère public. C'est une application du principe selon lequel toutes les décisions concernant les enfants sont provisoires en ce sens qu'elles peuvent être modifiées à tout moment dès lors que l'intérêt des enfants le commande.

B/ Le divorce par acceptation de la rupture du mariage

Dans ce cas de divorce, les époux sont d'accord sur le principe de la rupture du mariage, sur le principe du divorce, mais pas sur les conséquences qui seront alors réglées par le juge. Ce cas de divorce est également fermé pour les majeurs incapables.

L'accord sur la rupture : il ne doit pas figurer dans la requête initiale. L'accord pourra être donné lors de l'audience de conciliation ou lors de l'assignation. Mais si les époux s'étaient engagés dans un autre divorce contentieux, il pourra quand même être constaté à tout moment afin de revenir à un divorce accepté. L'objectif est de favoriser ce divorce, au détriment notamment du divorce pour faute, afin de pacifier les procédures.

En tout état de cause et quel que soit le moment où le divorce a été accepté par les époux, ce consentement est définitif. Il n'est pas possible de revenir sur l'acceptation du divorce. L'article 233 alinéa 2 dispose en effet : « Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel. »

Une fois le consentement donné, le divorce sera définitivement engagé dans la voie du divorce par acceptation de la rupture du mariage. Il restera au juge à vérifier que chacun des époux a donné son accord librement et à statuer sur les conséquences du divorce.

C'est en effet le juge qui va déterminer les conséquences du divorce. Il devra cependant inciter les époux à s'accorder et prendre en compte, le cas échéant, les accords partiels que les époux parviendraient à conclure.

C/ Le divorce pour altération définitive du lien conjugal

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal a fait l'objet de beaucoup de débats car il reflète une nouvelle conception du divorce. C'est un des changements majeurs de la réforme.

L'introduction du divorce pour altération définitive du lien conjugal revient à créer un véritable droit unilatéral au divorce. Il permet en effet à une personne de divorcer même si son conjoint refuse le divorce et même si on ne peut lui reprocher au-

cune faute. On a même parlé de la reconnaissance d'un véritable droit au divorce. Il a remplacé le divorce pour rupture de la vie commune qui nécessitait six ans de séparation et pouvait être refusé par le juge s'il estimait que le divorce aurait pour le défendeur des conséquences d'une exceptionnelle dureté.

Désormais, l'article 238 alinéa 1 énonce : « L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce. »

Une rupture de la communauté de vie depuis deux ans est donc nécessaire. Cela suppose une absence de cohabitation depuis deux ans et sans doute aussi une rupture de la communauté de vie affective (afin d'éviter que le seul éloignement lié à des raisons professionnelles ne suffise).

Le délai est interrompu si une véritable réconciliation avec reprise de la communauté de vie intervient.

Dès lors que cette condition est remplie, le juge doit prononcer le divorce et statuer sur les conséquences de celui-ci. La clause d'exceptionnelle dureté a disparu.

Il est aussi possible d'utiliser cette cause de divorce sans séparation de deux ans dans une hypothèse précise : quand un époux forme une demande en divorce pour faute, l'autre peut former une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal. Dans ce cas, si le juge rejette la demande en divorce pour faute, il doit ensuite statuer sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. On peut en effet considérer que, compte tenu de la situation, le lien conjugal est définitivement altéré

Par ailleurs, différentes passerelles sont ouvertes pour sortir d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal :

- A tout moment de la procédure, les époux peuvent passer à un divorce par consentement mutuel ou à un divorce accepté.
- Si le défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal forme une demande reconventionnelle en divorce pour faute, le demandeur initial pourra alors lui aussi invoquer les fautes de son conjoint.

Enfin, les conséquences du divorce ne présentent en principe pas de spécificités et sont réglées par le juge.

D/ Le divorce pour faute

La loi de 2004 a maintenu ce type de divorce mais lui a fait perdre son attrait, dans le but d'en limiter le nombre, toujours afin de pacifier les procédures de divorce. Elle en a limité l'attrait puisque, désormais, les conséquences sont en principe indépendantes de la cause du divorce. Dès lors, en principe, il y a moins d'intérêt qu'auparavant à obtenir un divorce aux torts exclusifs de son conjoint.

Le divorce pour faute peut être prononcé lorsqu'il existe des faits imputables à un

époux, qui constituent une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

Il existe donc plusieurs conditions : un fait fautif, imputable, grave ou renouvelé, qui rend intolérable le maintien de la vie commune.

- **Première condition : Le fait doit être imputable**, c'est-à-dire qu'il faut que l'un des époux viole sciemment et librement l'un des devoirs du mariage. Ainsi, par exemple, dans le cas d'une femme victime d'un viol, il n'y a pas de violation de l'obligation de fidélité, le fait n'est pas imputable à cette femme. Toutes les fautes qui ne seraient que la conséquence de maladie ne seront pas non plus considérées comme imputables.
- **Deuxième condition : La violation des devoirs du mariage doit être grave ou renouvelée.** Le fait invoqué au titre de la faute doit être grave ou renouvelé. Bien sûr, il peut être grave et renouvelé, mais un seul des deux caractères peut suffire à considérer le fait comme une faute. Ainsi, par exemple, la violence physique est sans doute grave et constitue une faute même si elle ne se renouvelle pas. Inversement, le manque d'attention, l'indifférence... ne saurait constituer une faute de nature à entraîner le divorce sans une certaine fréquence.
- **Troisième condition : Le fait reproché doit constituer une violation d'un des devoirs du mariage.** Il faut donc que l'une des obligations découlant du mariage vues précédemment n'ait pas été respectée. Ainsi, il y a faute dans le cas d'un manquement à l'obligation de fidélité, à l'obligation de communauté de vie, à l'obligation de contribution aux charges du mariage, etc.

Mais cela peut aussi être la violation d'un devoir implicite du mariage (par exemple lorsqu'un époux commet des actes de délinquance). Beaucoup de violations de devoirs implicites du mariage entreront désormais dans les manquements au devoir de respect récemment ajouté par le législateur.

L'appréciation de la faute va de toute façon dépendre aussi de l'évolution de la société et des mœurs. La jurisprudence n'est pas figée.

D'une manière générale, on peut dire que l'infidélité a été considérée comme étant moins grave au fur et à mesure du temps. Elle était initialement une infraction pénale. Puis elle est devenue une cause péremptoire de divorce, c'est-à-dire que face à une infidélité, le juge devait prononcer le divorce, et enfin, elle est devenue un devoir du mariage au même titre que les autres. Il faut donc désormais qu'elle puisse s'analyser en une violation grave ou renouvelée des obligations du mariage qui rend intolérable le maintien de la vie commune pour qu'elle puisse entraîner le divorce. Certaines circonstances, telles qu'une séparation de fait d'une certaine durée ou des accords entre époux peuvent lui retirer son caractère de gravité.

Le refus de cohabitation peut également constituer une faute. Ainsi, le refus de suivre son conjoint qui doit déménager pour des raisons professionnelles peut être considéré comme une faute en l'absence de motifs suffisants.

La religion peut aussi, dans certaines circonstances, être une cause de divorce pour faute. En principe, la liberté de conscience permet à chacun des époux de choisir et

de pratiquer la religion de son choix sans que l'autre puisse lui reprocher mais, lorsque la religion perturbe de façon importante la vie de la famille, sa pratique peut être considérée comme une faute. Ainsi, par exemple, la Cour de cassation (Civ. 2e 9 octobre 1996) a jugé que le refus de participer aux fêtes de famille, de Pâques et de Noël suite à une conversion aux témoins de Jéhovah pouvait être considéré comme une faute.

Suivant la même logique, le syndicalisme n'est pas en soi une faute, mais la Cour d'appel de Douai (12 octobre 1984) a estimé que lorsque les activités syndicales étaient particulièrement absorbantes et entraînaient des absences prolongées, elles pouvaient constituer une faute entraînant le prononcé d'un divorce pour faute.

Le refus des relations sexuelles ou de procréer, de même que le refus de soigner une stérilité ont également pu, toujours seulement dans certaines circonstances, entraîner un divorce pour faute.

Une question particulière a conduit la CA de Nîmes, dans un arrêt du 7 juin 2000, à prononcer un divorce pour faute aux torts exclusifs du mari. Il s'agissait d'un cas de transsexualisme. Le mari avait changé de sexe, l'épouse a demandé le divorce pour faute.

En principe, le transsexualisme n'est pas une faute, car il est considéré en France comme une pathologie indépendante de la volonté. Ce n'est donc pas un fait imputable. La cour d'appel a relevé des circonstances fautives telles que manque de communication et a considéré qu'elle était obligée de prononcer le divorce et qu'elle ne pouvait le prononcer qu'aux torts exclusifs. C'est en fait un problème non résolu. Il faudrait peut-être en faire un cas de caducité que le ministère public pourrait demander.

- **Quatrième condition : il faut que les fautes rendent intolérable le maintien de la vie commune.** Cela se déduit sans doute des autres conditions. Mais il faut préciser que la Cour de cassation a longtemps exigé que les juges du fond mentionnent explicitement dans leurs décisions que tous les caractères de la faute étaient présents, y compris le fait que cela rende intolérable le maintien de la vie commune. La formule de l'article 242 devait être reproduite, et de nombreuses décisions ont été cassées simplement parce que les juges n'avaient pas reproduit les conditions de l'article 242 dans leurs décisions. Dans la mesure où les juges sont souverains pour apprécier si, en fait, les conditions sont remplies, c'est-à-dire si le fait est suffisamment grave ou renouvelé, s'il rend intolérable le maintien de la vie commune, etc., le contrôle apparaissait un peu artificiel, et il a finalement été abandonné par un arrêt de la première chambre civile du 11 janvier 2005.

Face à une demande en divorce pour faute, le défendeur dispose de plusieurs moyens de défense :

- **La réconciliation.** Elle peut faire obstacle au prononcé du divorce. Elle doit être véritable et postérieure à la connaissance par l'autre époux des faits reprochés. Dans ce cas, les faits antérieurs à la réconciliation ne peuvent pas être invoqués à l'appui d'un divorce pour faute. Cependant, selon l'article 244 alinéa 2 : « Une nouvelle

demande peut (...) être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande. »

- **Les fautes du demandeur.** Elles peuvent être invoquées dans deux objectifs différents :
- Le défendeur peut invoquer les fautes du demandeur pour excuser ses propres fautes et ainsi empêcher le prononcé du divorce. Exemple : une femme quitte le domicile conjugal après avoir trouvé son mari avec sa maîtresse. Son mari demande le divorce pour faute sur le fondement du manquement à l'obligation de communauté de vie. L'épouse peut invoquer la faute de son mari, à savoir l'infidélité, pour excuser sa propre faute. On considérera alors que la faute de son mari enlève le caractère de gravité de sa propre faute.
- Le défendeur peut invoquer la faute du demandeur pour former une demande reconventionnelle et demander à son tour le divorce pour faute. Dans le même exemple que précédemment, la femme trompée contre qui son mari demande un divorce pour faute peut à son tour former une demande reconventionnelle en divorce pour faute en invoquant l'infidélité de son mari. Si des fautes ont été commises par chacun des époux, le juge peut prononcer un divorce aux torts partagés.

Le texte de l'article 245 précise que : « Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre. »

2.1.2 - La procédure de divorce

Le divorce occupe une place très importante dans le contentieux civil puisqu'il représente environ la moitié des procédures introduites devant le tribunal de grande instance.

Les règles de procédure spécifiques au divorce par consentement mutuel ont déjà été vues à l'occasion de la partie consacrée à ce cas de divorce. Il reste donc ici à voir les règles de procédures applicables aux trois autres cas de divorce, même si certaines ont déjà été évoquées (A). Ensuite, les règles communes à tous les cas de divorce, qui concernent essentiellement les voies de recours, seront traitées (B).

A/ Les règles de procédures communes au divorce accepté, au divorce pour altération définitive du lien conjugal et au divorce pour faute

La procédure est désormais commune à tous les cas de divorce, à l'exception du divorce par consentement mutuel. Cela s'explique dans la mesure où dans ce divorce, la place du juge est très différente de celle qu'il occupe dans les autres cas de divorce. De plus, la procédure est très différente car ce divorce est en général beaucoup plus rapide.

Pour les autres cas de divorce, la procédure est commune. Cela présente l'avantage

considérable de limiter les difficultés en cas de changement de fondement de la demande en cours de procédure par le biais des passerelles. Le plan du Code civil sera ici suivi pour traiter des différents points de procédure.

1/ La requête initiale

Selon l'article 251, « L'époux qui forme une demande en divorce présente, par avocat, une requête au juge, sans indiquer les motifs du divorce. » Les motifs n'ont donc pas à être invoqués dès le début, cela permet de laisser toutes les voies ouvertes, et bien sûr la volonté du législateur est d'éviter que des personnes ne s'enferment dès le début dans des voies qui seraient source de conflit.

Dès la requête initiale, le juge peut prendre des mesures d'urgence telles que l'autorisation de résider séparément, l'apposition de scellés ou les mesures judiciaires prévues à l'article 220-1 (voir la partie consacrée aux effets patrimoniaux du mariage).

2/ La conciliation

Ensuite, une tentative de conciliation est obligatoire. Cette tentative de conciliation peut être renouvelée au cours de l'instance. Au cours de cette tentative, le juge va chercher à ce que les époux trouvent des accords, des terrains d'entente, aussi bien sur le principe du divorce que sur les conséquences.

Ce n'est qu'à partir de ce moment-là que les époux peuvent donner leur consentement au divorce et s'accorder sur le principe du divorce, s'engageant ainsi dans un divorce accepté.

Les accords peuvent aussi porter sur certaines conséquences du divorce. Le juge demandera aux époux de préparer un projet de règlement des effets du divorce. Ils devront le présenter à l'audience de jugement.

Concrètement, le juge va d'abord recevoir chacun des époux séparément, ensuite il va les recevoir ensemble et, enfin, il fera participer leurs avocats. Cette tentative de conciliation peut se dérouler en plusieurs temps espacés de temps de réflexion. Le juge peut dès la tentative de conciliation prendre des mesures provisoires.

A l'issue de la tentative de conciliation, si les époux ne renoncent pas au divorce, ce qui en pratique est le cas le plus fréquent, le juge rend **une ordonnance de non-conciliation** qui va permettre au demandeur d'assigner son conjoint et de passer à la phase suivante.

3/ Les mesures provisoires

Les mesures provisoires sont les mesures qui vont être prises pour régler certains points de la vie des époux et les questions relatives aux enfants en attendant que le jugement de divorce ne soit passé en force de chose jugée. Les accords qui ont pu être passés entre les époux peuvent d'ores et déjà être pris en compte.

Les mesures qui peuvent être prises par le juge à ce stade sont assez variées. L'article 255 en énonce certaines, mais la liste n'est pas limitative, cela dépend de la situation. En outre, le juge peut prendre des mesures provisoires pour organiser la vie des enfants. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut regrouper les mesures que peut prendre le juge en plusieurs catégories :

- Le juge va pouvoir prendre des mesures en vue d'**une médiation familiale**. La loi de 2004 a voulu renforcer la place de la médiation. Il va ainsi pouvoir proposer aux époux une mesure de médiation avec l'aide d'un médiateur familial qu'il va désigner. Cela ne se fera qu'avec l'accord des époux. Il peut aussi leur imposer de rencontrer un médiateur pour qu'il leur explique l'objet de la médiation.
- Le juge peut aussi prendre des mesures relativement **au logement, et plus généralement aux biens des époux**. Le juge peut statuer sur les modalités de la résidence séparée des époux. Cela peut le conduire à attribuer à l'un des époux la jouissance du logement et du mobilier du ménage, ou à partager entre eux cette jouissance. Cela peut être gratuit ou en contrepartie d'une indemnité d'occupation, le juge doit le préciser. Il peut aussi se prononcer sur la jouissance ou la gestion des biens appartenant aux époux. Enfin, il peut ordonner la remise des vêtements et objets personnels.
- Le juge peut encore régler provisoirement les aspects financiers de la séparation : il peut fixer **la pension alimentaire et la provision pour frais d'instance** que l'un des époux devra verser à son conjoint et désigner qui devra assurer le règlement provisoire des dettes et dans quelle mesure. Toujours dans la même idée de régler provisoirement les aspects financiers, le juge peut accorder à l'un des époux des provisions à valoir sur ses droits dans la liquidation du régime matrimonial si la situation le rend nécessaire. Il peut également désigner un notaire pour préparer un projet de liquidation du régime matrimonial.
- Le juge peut également bien sûr prendre **des mesures relatives aux enfants**. Il peut régler provisoirement les modalités d'exercice de l'autorité parentale et prévoir la contribution financière de chacun à l'éducation et l'entretien de l'enfant.

Cette liste n'étant pas limitative, le juge peut prendre d'autres mesures en fonction des nécessités de la situation.

4/ L'introduction de l'instance en divorce

C'est à ce stade que les époux devront préciser le fondement de leur demande. Toutefois, s'ils ont accepté le principe du divorce lors de la tentative de conciliation, ils sont d'ores et déjà engagés dans un divorce par acceptation de la rupture du mariage.

Ensuite, l'article 257-2 dispose : « A peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux. » Les époux devront donc faire une proposition règlement des conséquences financières du divorce. Ce sera plus facile si le juge a désigné un notaire pour préparer un projet de liquidation du régime matrimonial au stade des me-

sures provisoires.

Enfin, l'article 258 du Code civil précise que, « Lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. »

5/ Les preuves

Le principe en la matière, depuis la loi de 1975, est la preuve par tous moyens. Cependant, il existe tout de même certaines règles.

Les constats tels que le constat d'adultère restent possibles à condition qu'il n'y ait eu ni violation de domicile ni atteinte illicite à l'intimité de la vie privée. D'une manière plus générale, aucune preuve ne doit être obtenue par violence ou par fraude.

Afin de protéger les enfants et plus généralement la paix des familles, les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les faits que se reprochent les époux.

En ce qui concerne les aspects financiers, il existe des obligations pour les époux, et les pouvoirs du juge sont plus étendus. Selon l'article 259-3 : « Les époux doivent se communiquer et communiquer au juge ainsi qu'aux experts tous les renseignements et toutes les pièces utiles pour se prononcer sur les aspects financiers du divorce. » L'alinéa 2 de l'article précise : « Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé. »

B/ Les règles de procédure communes à tous les cas de divorce

Le divorce, quelle que soit sa cause, relève de la compétence du tribunal de grande instance en tant que question d'état des personnes. Au sein de ce tribunal, c'est précisément le juge aux affaires familiales qui est délégué pour traiter de ces questions. Il peut toutefois renvoyer l'affaire à une audience collégiale. Une des parties peut aussi le demander, cela sera alors de droit.

Même après le prononcé du divorce, le juge aux affaires familiales restera compétent pour statuer sur toutes les questions relatives aux enfants et sur tout ce qui concerne la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement.

Les débats ne sont jamais publics.

En ce qui concerne les voies de recours, cette question présente plusieurs spécificités en matière de divorce.

Au niveau de l'appel, celui-ci est possible dans un délai d'un mois pendant lequel l'exécution du jugement de divorce est suspendue. Ensuite, si un appel est formé, l'exécution est alors suspendue tant que la cour d'appel n'a pas statué. Pendant ce temps, les époux resteront mariés, mais les mesures provisoires prises dans l'ordonnance de non-conciliation continueront de s'appliquer. Par ailleurs, certaines dispositions du jugement de divorce peuvent être assorties de l'exécution provisoire. Les

mesures assorties de l'exécution provisoire seront appliquées sans attendre la décision d'appel.

En matière de pourvoi en cassation, la situation présente davantage de spécificités. La principale spécificité est que, selon l'article 1086 du Nouveau code de procédure civile, « Le délai de pourvoi en cassation suspend l'exécution de la décision qui prononce le divorce. Le pourvoi en cassation exercé dans ce délai est également suspensif. » Cela signifie que tant que le délai pour former un pourvoi en cassation n'est pas expiré, c'est-à-dire deux mois, le divorce n'est pas exécuté, le couple n'est pas divorcé et les mesures accessoires aux divorces telles que les prestations compensatoires... ne doivent pas être exécutées. Il en est de même si un pourvoi a été formé, et ce tant que la Cour de cassation n'a pas statué. Cette situation peut donc durer un certain temps pendant lequel les mesures provisoires applicables pendant la durée de l'instance continuent d'être applicables.

Il faut préciser que le pourvoi n'est suspensif que si le moyen du pourvoi s'attaque au divorce lui-même. Le pourvoi n'est suspensif que si le divorce risque d'être remis en cause. Si le pourvoi ne porte que sur le montant de la prestation compensatoire sans remettre en cause le divorce lui-même, il n'est pas suspensif. Ce n'est que si le moyen du pourvoi attaque le divorce que l'ensemble des effets du divorce sera suspendu.

2.1.3 - Les effets du divorce

Au niveau des effets du divorce, la réforme du 26 mai 2004 poursuit toujours l'objectif de pacification. Cela se retrouve à travers trois grands axes :

- D'abord, en principe, les conséquences du divorce ne sont plus liées à la cause du divorce, elles sont en principe les mêmes quelle que soit la cause de divorce retenue. Cependant, l'idée de sanction de la faute n'a pas totalement disparu, et la reconnaissance d'une faute entraîne toujours certaines conséquences financières.
- Ensuite, les accords entre époux sont favorisés à tout moment, y compris au niveau des effets. Depuis la loi de 2004, l'article 268 prévoit que « Les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce. » Les époux peuvent donc s'accorder sur tout ou partie des conséquences du divorce ; elles peuvent être déterminées par les époux eux-mêmes, sous réserve de l'homologation du juge. Ce sera bien sûr toujours le cas dans les divorces par consentement mutuel et pour la totalité des effets, et ce sera simplement une possibilité dans les autres cas de divorce, soit pour la totalité des effets du divorce, soit uniquement pour certains.
- Enfin, les conséquences du divorce doivent en principe être définitivement réglées au moment du prononcé du divorce. L'objectif est de concentrer le règlement des effets du divorce afin que des conflits ne perdurent pas au-delà de la rupture du mariage. Cette idée n'est pas nouvelle puisqu'elle existait déjà lors de la précédente

réforme du divorce de 1975 et qu'elle a dominé la réforme de la prestation compensatoire de 2000. Cependant, c'est un objectif qui n'est pas toujours facile à atteindre.

La prestation compensatoire est une conséquence majeure du divorce, et elle sera traitée dans un premier temps (A). Elle n'est toutefois pas le seul effet du divorce, et dans un second temps, les autres effets du divorce seront envisagés (B).

Néanmoins, les conséquences du divorce sur les enfants ne seront pas étudiées dans cette partie. Depuis la réforme du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, la séparation des parents ne détermine plus les relations entre les parents et les enfants. La séparation des parents est en principe sans incidence sur l'autorité parentale. Plus généralement, il faut dissocier le couple et sa séparation des questions relatives aux enfants. Dans le chapitre du Code civil relatif aux conséquences du divorce, il existe une section III intitulée « des conséquences du divorce pour les enfants ». Depuis la loi du 4 mars 2002, cette section ne comporte plus qu'un seul article selon lequel « Les conséquences du divorce pour les enfants sont réglées selon les dispositions du chapitre 1er du titre IX du présent livre. » Il faut donc désormais se référer aux dispositions générales relatives à l'autorité parentale. Cette question sera par conséquent traitée dans la partie relative à l'enfant.

A/ La prestation compensatoire

La prestation compensatoire doit permettre de compenser, autant que possible, la disparité que la rupture va créer dans les conditions de vie respectives des époux.

Elle a un caractère forfaitaire et non alimentaire : elle est due même si aucun des époux n'est dans le besoin. Elle n'est pas soumise au régime des pensions alimentaires. Elle n'est pas susceptible d'être révisée aussi facilement qu'une pension alimentaire. Elle est en principe fixée en fois pour toutes. Cela permet d'éviter les contentieux post divorce.

Cette règle a entraîné un certain nombre de difficultés qui ont conduit à la réforme du 30 mai 2000. Avant cette réforme, la prestation compensatoire était très difficilement révisable. Cette difficulté de révision était liée à l'idée de concentrer le règlement des conséquences du divorce au moment de son prononcé. Cet objectif est a priori louable, mais le problème est que, au fur et à mesure du temps, la prestation compensatoire pouvait ne plus être adaptée à l'évolution de la situation.

Les difficultés de cet ordre ont conduit à la **loi du 30 mai 2000**. Le législateur devait concilier deux objectifs : il devait concentrer le contentieux au moment du divorce tout en évitant de provoquer des situations difficiles dues à des évolutions post-divorce.

La solution pour concilier ces deux impératifs apparaît être le versement de la prestation en capital au moment du divorce. C'est la solution voulue par le législateur, mais elle n'est pas toujours aisée à mettre en œuvre.

La loi de 2004 relative au divorce a encore apporté quelques modifications en ma-

tière de prestation compensatoire. Il fallait en effet mettre en œuvre l'idée selon laquelle les effets du divorce, y compris la prestation compensatoire ne doivent pas dépendre de la cause du divorce. Depuis la loi du 26 mai 2004, la prestation compensatoire peut désormais être demandée dans tous les cas de divorce.

Une seule exception persiste, elle est énoncée à l'article 270 alinéa 3 : « Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture. » C'est le cas des violences qui est en réalité visé par le législateur.

1/ Les critères de détermination de la prestation compensatoire

La prestation compensatoire doit être fixée en prenant en compte « les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible ».

Pour cela, un certain nombre de critères sont énoncés par la loi (article 271).

Les quatre premiers de ces critères sont

- la durée du mariage ;
- l'âge et l'état de santé des époux ;
- leur qualification et leur situation professionnelles ;
- les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne

Ces critères montrent que l'objet de la prestation compensatoire est de maintenir une égalité entre les époux, après le divorce en particulier, lorsque l'un des époux a consacré beaucoup de temps à la famille pendant que l'autre se consacrait à sa vie professionnelle. Il semble injuste dans ce cas que le divorce provoque une brusque baisse des conditions d'existence de la personne qui s'est occupée de la famille.

2/ Les modalités d'exécution et de révision de la prestation compensatoire

La prestation compensatoire doit en principe être versée sous forme de capital (a). Exceptionnellement, elle peut prendre la forme d'une rente viagère (b). Lorsqu'elle est conventionnelle, la forme est libre (c).

a/ La prestation compensatoire en capital : le principe

La prestation compensatoire doit en principe être versée en capital, c'est-à-dire par le versement d'une somme d'argent ou l'attribution d'un bien. Cela permet de concentrer les conséquences du divorce au moment de son prononcé et d'éviter les

contentieux postérieurs.

Toutefois, si la personne n'a pas les moyens de payer la prestation compensatoire en capital en une fois, le paiement de la totalité ou d'une partie peut être échelonné sur une durée maximale de huit ans.

Etant un capital, la prestation compensatoire est en principe non révisable. Cependant, le débiteur, en cas de changement important de sa situation, peut demander une révision des modalités de versement qui pourront alors exceptionnellement conduire à un versement sur plus de huit ans. C'est uniquement une révision des modalités de versement.

En cas de décès du débiteur, la prestation compensatoire est prélevée sur la succession, dans ses limites bien sûr, sauf si les héritiers acceptent de maintenir la prestation compensatoire telle qu'elle était prévue. Dans ce cas, ils pourront demander la révision des modalités de versement, comme pouvait le faire le débiteur.

b/ La prestation compensatoire en rente viagère, l'exception

De façon très exceptionnelle, la prestation compensatoire peut prendre la forme d'une rente viagère lorsque l'âge ou l'état de santé du créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins. La décision du juge doit être spécialement motivée et elle ne peut être fondée que sur l'âge ou l'état de santé du créancier, c'est-à-dire du bénéficiaire de la prestation compensatoire.

La loi de 2004 prévoit que cette rente peut se combiner avec le versement d'un capital. Cette rente est forcément viagère, c'est-à-dire à vie, elle ne peut pas être limitée dans le temps. La rente doit être indexée. Le montant de la rente avant indexation peut être fixe ou varier par périodes successives suivant l'évolution prévisible de la situation. Par exemple, la rente peut être fixée à 800 euros tant que le débiteur exerce une activité et passer à 500 euros au moment de sa retraite.

L'article 276-3 précise que dans le cas d'une rente viagère : « La prestation compensatoire fixée sous forme de rente peut être révisée, suspendue ou supprimée en cas de changement important dans les ressources ou les besoins de l'une ou l'autre des parties. La révision ne peut avoir pour effet de porter la rente à un montant supérieur à celui fixé initialement par le juge. » La révision ne peut donc être qu'à la baisse. En outre, le débiteur peut à tout moment demander que la rente soit transformée en capital.

En cas de décès, la rente est transformée en capital et prélevée sur la succession sauf si les héritiers acceptent de maintenir la rente. Dans ce cas, les pensions de réversion sont déduites de plein droit du montant de la rente, les héritiers peuvent en demander la révision comme pouvait le faire le débiteur.

c/ La prestation compensatoire conventionnelle

Les époux peuvent s'accorder sur la prestation compensatoire dans le cadre du divorce par consentement mutuel, bien sûr, mais aussi dans tous les autres cas de divorce. Ces conventions sont soumises à l'homologation du juge.

Afin de favoriser ces accords, le législateur a donné une plus grande liberté aux époux afin qu'ils règlent eux-mêmes la prestation compensatoire :

Tout d'abord, ils peuvent prévoir une rente temporaire.

Ensuite, ils peuvent également prévoir le versement d'une prestation compensatoire jusqu'à la réalisation d'un événement déterminé, par exemple jusqu'au remariage ou jusqu'au PACS du créancier.

Enfin, les modalités de révision de la prestation compensatoire conventionnelle sont plus souples. D'une part, les parties peuvent insérer dans leur convention une clause de révision aux termes de laquelle chacun des époux pourra demander la révision en cas de changement important dans les ressources ou les besoins du débiteur ou du créancier. Cela permet d'ouvrir plus largement les possibilités de demande de révision. En particulier, le créancier pourra demander la révision plus facilement. Bien sûr, en dehors de cette clause, les possibilités de révision ouvertes par le droit commun s'appliquent. D'autre part, les époux peuvent modifier leur convention par une nouvelle convention qui sera également soumise à l'homologation du juge.

B/ Les autres effets du divorce

Le divorce met fin au mariage. Pour l'avenir, le mariage sera dissous. Les effets du mariage vont donc cesser. Les ex-époux ne seront plus tenus entre eux d'aucun devoir du mariage.

Bien sûr, le divorce met aussi fin à un des effets du mariage qui est l'impossibilité de se marier. Il autorise les ex-époux à se remarier, même entre eux. Le remariage peut avoir lieu sans délai.

Il existait avant la loi de 2004 un délai de viduité de trois-cent jours après le divorce, pendant lequel la femme ne pouvait pas se remarier. Ce délai était lié à des questions de détermination de paternité en cas de naissance d'un enfant au cours des mois qui suivent le divorce. Si la femme était remariée et qu'un enfant naissait, il était difficile de déterminer qui, de l'ex ou du nouveau mari, était le père. En imposant à la femme un délai avant de se remarier, il y avait moins de difficultés à déterminer qui était le père, on présumait que c'était son ex-mari. Il existait heureusement des exceptions. La femme pouvait se remarier si elle montrait qu'il n'y avait pas de risque de conflit de paternité, notamment en prouvant qu'elle n'était pas enceinte. Ce délai de viduité est devenu archaïque, compte tenu de la facilité avec laquelle on peut aujourd'hui déterminer scientifiquement la paternité, et il apparaissait aussi s'accorder mal avec le principe d'égalité des sexes. Il a été supprimé par la loi du 26 mai 2004.

Le divorce met donc fin au mariage. Il faut cependant préciser à partir de quelle date les effets du divorce se produisent, à partir de quelle date le mariage est dissous. Il est nécessaire ici d'opérer une distinction :

La date de la dissolution du mariage : le mariage est dissous à la date à laquelle la décision de divorce passe en force de chose jugée. Le mariage est donc dissous à la date à laquelle la décision de divorce est devenue définitive, c'est-à-dire lorsqu'elle n'est plus susceptible de recours. C'est à cette date que cessent tous les effets personnels du mariage, tels que l'obligation de fidélité.

Pour les effets patrimoniaux, le Code civil énonce des solutions différentes. Il faut ici faire une sous-distinction selon que les effets concernent les relations des époux entre eux ou les relations des époux avec les tiers.

- La date des effets à l'égard des tiers, selon l'article 262 : « Le jugement de divorce est opposable aux tiers, en ce qui concerne les biens des époux, à partir du jour où les formalités de mention en marge prescrites par les règles de l'état civil ont été accomplies. » C'est par exemple à partir de l'accomplissement de ces formalités que la solidarité des dettes cessera de jouer.
- La date des effets entre les époux :
 - dans le cadre du divorce par consentement mutuel, la date des effets du divorce est celle de l'homologation de la convention définitive, sauf si celle-ci prévoit une autre date ;
 - dans les autres cas de divorce, les effets patrimoniaux du divorce se produisent à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Toutefois, un des époux peut demander au juge de fixer la date des effets du divorce à la date à laquelle les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande de report des effets du divorce ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce, cela ne peut pas être demandée par la suite.

Le divorce va donc produire des effets différents, à des dates différentes selon qu'il s'agit d'effets extrapatrimoniaux ou non et pour les effets patrimoniaux selon qu'il s'agit des relations entre époux ou des relations à l'égard des tiers

Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, les conséquences du divorce sont réglées par les parties elles-mêmes dans une convention soumise à l'homologation du juge. Dans les autres cas de divorce, c'est le juge qui va se prononcer sur les conséquences du divorce. Toutefois, les parties pourront toujours s'accorder sur la totalité des conséquences du divorce, ou seulement sur certaines, et établir ainsi des conventions soumises à l'homologation du juge. La possibilité d'accords n'est pas réservée au divorce par consentement mutuel.

Les principales questions qui doivent être tranchées dans le cadre des effets du divorce sont : le nom (1), le logement (2), et les dommages et intérêt (3).

1/ Le nom

En principe, le divorce fait perdre le droit d'usage du nom du conjoint que chacun des époux avait acquis du fait du mariage.

Cependant, des exceptions sont possibles.

Tout d'abord, le conjoint lui-même peut autoriser l'autre à continuer de porter son nom.

Ensuite, le juge peut autoriser une personne à continuer de porter le nom de son conjoint si cette demande justifie d'un intérêt particulier. Il peut s'agir de l'intérêt des enfants ou d'un intérêt personnel. L'intérêt personnel va exister lorsqu'une personne s'est fait connaître sous le nom de son ex-conjoint dans sa vie professionnelle.

2/ Le logement

A l'issue du divorce, l'un des époux peut obtenir l'attribution préférentielle du logement de la famille qui était un bien commun. Dans ce cas, il devra verser une soulte à son conjoint pour compenser l'attribution du logement.

Si le logement appartenait en propre à l'un des époux, le juge peut le donner à bail à l'autre s'il réside avec les enfants et que c'était la résidence des enfants.

Si le logement de la famille est la propriété d'un tiers et que les époux en étaient locataires alors le droit au bail est présumé appartenir aux deux époux. En cas de divorce, le juge peut attribuer ce droit au bail à un des ex-époux, moyennant éventuellement une indemnisation pour l'autre.

3/ Les dommages et intérêts

Deux textes peuvent permettre d'obtenir des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice à l'occasion d'un divorce : un texte de droit commun : l'article 1382, et un texte spécifique au divorce : l'article 266.

a/ Les dommages et intérêts fondés sur l'article 266

Selon ce texte : « Des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint.

Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce. »

Ce texte permet donc à un époux d'obtenir des dommages et intérêts lorsque le préjudice résulte de la rupture même du mariage, et non d'autre chose. Il en sera ainsi par exemple pour une personne très croyante qui souffre de la qualité de divorcé. Il ne peut être utilisé que contre une personne qui se voit prononcer un divorce à ses

torts exclusifs ou qui est à l'origine d'une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal. La cause du divorce importe donc encore ici.

b/ Les dommages et intérêts fondés sur l'article 1382

L'article 1382 permet d'obtenir des dommages et intérêts en toutes matières dès lors qu'il existe une faute, un préjudice et un lien de causalité entre les deux.

En matière de divorce, dès lors qu'un des époux a violé une obligation du mariage, il a ainsi commis une faute. Il ne reste alors plus qu'à prouver le préjudice et le lien de causalité pour obtenir des dommages et intérêts. C'est ici que la sanction de la violation des devoirs du mariage intervient désormais, plus que dans le prononcé du divorce pour faute.

Cas pratiques :

1/ M. et Mme X se sont mariés il y a trois ans. Trois mois après le mariage, son mari est parti vivre à 500 km quatre jours par semaine, pour des raisons professionnelles, lui a-t-il assuré. En réalité, il vit là-bas avec une autre femme. D'ailleurs, son mari a toujours eu une double vie. Il a déjà été marié auparavant et il avait fait la même chose. Bien sûr, Mme X vient seulement de le découvrir, que peut-elle faire ?

Elle peut tenter d'obtenir la nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles. L'existence d'une double vie a déjà été admise en jurisprudence. Le délai pour faire introduire cette action est de cinq ans après découverte du vice, elle a qualité pour agir.

Elle peut aussi former une demande en divorce pour faute (adultère, absence de cohabitation). Cependant, son mari risque de lui reprocher de ne pas l'avoir suivi s'il avait réellement des motifs professionnels pour déménager et qu'elle n'avait aucune raison valable pour refuser.

2/ M. et Mme X se sont rencontrés en 1982. Six mois plus tard, Mme X est venue vivre dans la maison dont M. X était locataire, et ils se sont mariés en 1984. Ils vivent encore aujourd'hui dans cette maison.

Mme X a contracté un abonnement Internet il y a quatre mois. Depuis, elle communique tous les jours sur Internet avec un inconnu.

Mme X a une très bonne situation professionnelle. Financièrement, sa situation est meilleure que celle de son mari.

M. X a l'impression que sa femme se moque de lui. Elle ne paie ni le loyer, ni même l'abonnement Internet qu'elle a elle-même contracté ! Il décide de ne plus payer l'abonnement et de résilier le bail de la maison. Il veut quitter sa femme.

Pour l'abonnement, solidarité des dettes (article 220), sauf à prouver que la dette n'a pas un objet ménager. Mais si le couple a des enfants et qu'ils utilisent également Internet, la dette sera sans doute considérée comme ménagère. Il sera alors tenu du paiement de la dette.

Après paiement, il aura cependant la possibilité de se retourner contre son épouse en invoquant la contribution aux charges du mariage, surtout que les facultés financières de sa femme sont plus importantes. Attention quand même, le contrat de mariage peut prévoir autre chose

Solutions identiques pour le loyer.

Plus généralement, M. X a la possibilité de faire une action en contribution aux charges du mariage s'il estime que Mme X ne contribue pas correctement aux charges du mariage.

Possibilité de demander le divorce pour faute en invoquant l'infidélité même non physique (en raison de la relation par Internet) et l'absence de contribution aux charges du mariage.

Sur la résiliation du bail : l'article 215 protège le logement de la famille, M. X ne peut pas résilier seul le bail. Cela ne serait pas valable, de plus il engagerait sa responsabilité et sa femme pourrait s'en servir dans le cadre d'un divorce pour faute.

2.2 - La séparation de corps

La séparation de corps est une séparation qui produit des effets juridiques sans toutefois rompre le mariage. Elle se distingue donc du divorce et de la séparation de fait.

Elle se distingue de la séparation de fait dans la mesure où la séparation de fait est en principe sans incidence sur les devoirs du mariage, elle est dépourvue de reconnaissance. A l'inverse, la séparation de corps produit des effets, elle a des conséquences sur les devoirs du mariage.

Elle se distingue du divorce dans la mesure où la séparation de corps ne met pas fin au mariage. Dans le cadre d'une séparation de corps, le mariage existe encore, et certains devoirs du mariage persistent.

2.2.1 - Les cas et la procédure de la séparation de corps

Le principe est que les cas de séparation de corps sont les mêmes que les cas de divorce. Il peut donc y avoir séparation de corps par consentement mutuel, séparation de corps acceptée, séparation de corps pour faute et séparation de corps pour altération définitive du lien conjugal.

Ensuite, la procédure est la même que celle du divorce. Les articles relatifs à la séparation de corps renvoient à ceux concernant le divorce. Un point particulier est cependant précisé : comment une demande en séparation de corps peut-elle s'articuler avec une demande en divorce ?

- Si une demande en séparation de corps et une demande en divorce sont présentées en même temps, le juge doit d'abord statuer sur la demande en divorce. Si les conditions sont réunies, il prononce le divorce. Sinon, il statue sur la séparation de corps. Il existe toutefois une exception, lorsque la demande en divorce et la demande en séparation de corps sont toutes les deux fondées sur la faute, il examine simultanément les deux demandes. S'il les accueille toutes les deux, il prononce alors un divorce aux torts partagés.
- Il est possible de faire une demande reconventionnelle en divorce face à une demande en séparation de corps. L'inverse est également permis. Il existe ici encore une exception : « Lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. » Il est donc impossible de faire une demande reconventionnelle en séparation de corps face à une demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

2.2.2 - Les conséquences de la séparation de corps

La séparation de corps ne met pas fin au mariage mais limite les conséquences du mariage. Les époux restent mariés, mais les devoirs du mariage sont réduits.

Cette idée se retrouve aussi bien au niveau des conséquences extrapatrimoniales de la séparation de corps (1) qu'au niveau des conséquences patrimoniales de la séparation de corps. (2).

1/ Les conséquences extrapatrimoniales

L'article 299 précise : « La séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle met fin au devoir de cohabitation. » Le devoir de cohabitation cesse donc avec la séparation de corps. C'est en réalité l'obligation de communauté de vie dans son ensemble qui cesse avec la séparation de corps.

On peut même penser que c'est l'ensemble des devoirs personnels du mariage qui disparaît avec l'obligation de communauté de vie. Par exemple, le devoir d'assistance est étroitement lié à l'obligation de communauté de vie, il cesse donc avec elle. Il en est sans doute de même de l'obligation de fidélité, même si les textes ne le précisent pas.

Certains effets extrapatrimoniaux du mariage sont cependant maintenus.

Tout d'abord, les époux séparés de corps ne peuvent pas se remarier. Leur mariage n'est pas dissous, ils ne peuvent donc pas contracter un second mariage.

Ensuite, il est expressément que chacun des époux séparé de corps conserve l'usage du nom de l'autre, un jugement peut cependant interdire l'utilisation de ce nom d'usage en prenant en compte les intérêts respectifs des époux.

En matière extrapatrimoniale, on retrouve donc bien l'idée que le mariage n'est pas dissous par la séparation de corps, mais que ses effets sont considérablement réduits.

2/ Les conséquences patrimoniales

La séparation de corps doit aller de pair avec la séparation de biens. Les époux séparés de corps doivent être séparés de biens. Si ce n'est pas le cas, s'ils se sont mariés sous un régime de communauté, leur régime matrimonial sera modifié par la séparation de corps.

En ce qui concerne l'application du régime primaire, l'article 303 dispose : « La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin. » L'article précise que la pension alimentaire devra être attribuée sans tenir compte des torts, sauf exception si l'un des époux a gravement manqué à ses obligations envers l'autre. Le texte précise également que cette pension obéira au régime des pensions alimentaires. Cela signifie que le régime est différent de celui de la prestation compensatoire. Une pension alimentaire peut être modifiée beaucoup plus facilement qu'une prestation compensatoire.

Toutefois, cette pension peut être versée en tout ou partie sous forme de capital. Cela peut permettre par exemple de donner le logement de la famille à l'époux dans le besoin.

Pour le reste, la survie du régime primaire est douteuse.

L'obligation de contribution aux charges du mariage disparaît sans doute, sinon, pourquoi prévoir le maintien du devoir de secours.

La protection due au logement de la famille n'a plus lieu d'être puisque les époux sont dispensés de l'obligation de communauté de vie.

La question est plus délicate s'agissant de la solidarité des dettes. Les avis sont partagés, mais la logique serait plutôt de pencher vers une cessation de la solidarité, pourquoi serait-ce la seule disposition du régime primaire qui serait implicitement maintenue là où l'on admet que toutes les autres disparaissent implicitement ? De toute façon, le ménage n'existant plus, l'hypothèse de dettes ménagères sera plus rare, il ne restera que les dépenses relatives aux enfants.

2.2.3 - La fin de la séparation de corps

Il existe trois cas de cessation de la séparation de corps : la reprise de la vie commune (1), la conversion en divorce (2) et le décès (3).

1/ La reprise de la vie commune

Si les époux reprennent la vie commune, la séparation de corps cesse. Le mariage produit donc de nouveau pleinement ses effets en cas de réconciliation avec reprise de la vie commune. Les époux restent toutefois sous le régime de la séparation de biens, sauf s'ils décident de changer de nouveau de régime matrimonial.

Vis-à-vis des tiers, la séparation de corps ne cesse que lorsque la reprise de la vie commune est « officielle » et mentionnée à l'état civil.

2/ La conversion en divorce

La conversion peut être demandée par l'un des époux ou par les deux.

Lorsque la séparation de corps a duré au moins deux ans, l'un des époux peut demander la conversion du jugement de séparation de corps en jugement de divorce. La conversion sera alors de plein droit. Le délai est calqué sur le délai pour demander un divorce pour altération définitive du lien conjugal. La cause de la séparation de corps deviendra la cause du divorce.

Les deux époux peuvent toujours, quels que soient la cause de la séparation de corps et le délai écoulé, demander la conversion en divorce par consentement mutuel. La conversion peut alors être demandée à tout moment.

Le divorce peut aussi être demandé directement, sans prétendre à une conversion. Il est possible de demander le divorce de manière classique.

En toutes hypothèses, il restera ensuite à déterminer tous les effets du divorce. La séparation de corps ne modifiera pas les effets du divorce.

3/ Le décès

La séparation de corps cesse lorsque cesse le mariage. Le décès met fin au mariage et, par voie de conséquence, il met fin aussi à la séparation de corps.

Le conjoint séparé de corps n'étant pas divorcé, il reste considéré comme un conjoint en matière de succession, il viendra donc à la succession en tant que conjoint survivant.

Il existe toutefois une exception : en cas de séparation de corps par consentement mutuel, les époux peuvent, dans leur convention, renoncer à leurs droits dans la succession de leur conjoint.

Section 2 : Le couple non marié

Le Code civil a longtemps considéré le couple uniquement sous l'angle du mariage. Mais, progressivement, le nombre de couples hors mariage a augmenté. Cela a conduit à une augmentation du nombre de litiges, essentiellement lors de la séparation de ces couples. Les juges ont dû trancher ces litiges. Le fait qu'il n'existe pas de texte ne dispense en effet pas le juge de trancher le litige qui lui est soumis. S'il refusait de trancher un litige sous prétexte de l'absence de texte ; il commettrait un déni de justice. L'article 4 du Code civil précise : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Les juges ont donc dû trancher les litiges relatifs aux couples hors mariage, même si rien n'était dit dans la loi à leur sujet. La principale source du droit en matière de couple hors mariage a donc été dans un premier temps la jurisprudence.

Sur certains points, le législateur a lui aussi dû intervenir. Il a ainsi dû prendre en compte le couple non marié en matière par exemple d'autorité parentale ou de procréation médicalement assistée. En matière de prestations sociales, le couple non marié a aussi progressivement été pris en compte. Par exemple, le concubin est un ayant droit en matière de sécurité sociale.

Finalement, le législateur est intervenu d'une manière plus générale et a consacré la reconnaissance juridique du couple non marié avec la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité. Cette loi crée un nouveau modèle de couple, le couple pacsé, et donne une définition du concubinage. Elle a introduit dans le livre premier du Code civil consacré aux personnes un titre XII intitulé « du Pacte civil de solidarité et du concubinage ».

Il existe ainsi aujourd'hui un nouveau cadre de couple encadré par un certain nombre de règles posées par le Code civil : le PACS (1). Quant au concubinage, il n'est pas encadré, mais il est au moins défini par le Code civil (2).

1 - Le PACS

Le PACS (Pacte civil de solidarité) est un contrat qui a été créé par la loi du 15 novembre 1999, en réponse notamment à la revendication des couples homosexuels de pouvoir s'engager dans une union légale. Le PACS n'est cependant pas un cadre de couple réservé aux homosexuels, les hétérosexuels peuvent se pacser.

Le PACS a récemment été modifié. En effet, la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a modifié certaines dispositions importantes relatives au PACS, son entrée en vigueur est prévue au 1er janvier 2007.

Cette réforme était attendue car la loi du 15 décembre 1999, qui a créé le PACS, était considérée comme techniquement de mauvaise qualité. Plusieurs dispositions manquaient de clarté et de précision. On observera que la nouvelle loi tend à rapprocher le PACS du mariage.

La loi de 1999 avait fait du PACS un contrat, le PACS ne figurait pas à l'état civil, ce n'était pas une institution. C'était simplement un contrat passé entre deux personnes, que les formalités de publicité auprès du tribunal d'instance rendaient opposable aux tiers.

La loi de 2006 prévoit que le PACS soit mentionné en marge de l'acte de naissance, et à d'autres égards, elle conduit à un rapprochement du PACS et du mariage. Le PACS est aujourd'hui un partenariat enregistré comme il en existe ailleurs en Europe. Il est certain que ce n'est plus un simple contrat, comme on aurait pu le penser en 1999.

Les règles de formation du PACS ont donc été modifiées (1.1) et ses effets ont été précisés (1.2). En ce qui concerne les règles de dissolution, celles-ci montrent toujours la précarité de la situation de personne pacsée (1.3).

1.1 - La formation du PACS

La formation du PACS obéit à certaines conditions de fond (1.1.1) et de forme (1.1.2).

1.1.1 - Les conditions de fond

Pour conclure un PACS, il faut être majeur, être deux, de même sexe ou de sexe différent.

Des dispositions particulières précisant la situation des majeurs incapables face aux PACS ont été adoptées par la loi du 5 mars 2007 portant sur la protection juridique. Il ressort de ce texte que le majeur sous curatelle peut se pacser, mais qu'il devra être assisté du curateur pour certains actes tels que la signature de la convention. Le majeur sous tutelle ne peut se pacser qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille. De plus, il devra être assisté par le tuteur pour l'accomplissement de certains actes. Enfin, la rupture peut intervenir à l'initiative du tuteur à certaines conditions.

En outre, aucun des partenaires ne doit être marié ou Pacsé (on retrouve ici l'interdiction de la bigamie).

Il ne peut y avoir de PACS entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus (on retrouve ici l'interdit de l'inceste).

1.1.2 - Les conditions de forme

Les conditions de forme ont été simplifiées par la loi de 2006.

Les partenaires doivent fournir aux greffes du tribunal d'instance dans lequel ils fixent leur résidence commune leur convention, passée par acte authentique ou sous seing privé, et doivent déclarer qu'elles concluent un PACS.

Le greffier enregistre l'acte et procède aux formalités de publicité.

Une modification de la convention est ensuite possible après enregistrement aux greffes du même tribunal.

La loi crée un article 515-3-1 selon lequel « Il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de Pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire. » Pour les PACS conclus avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la transcription n'aura lieu qu'à partir du 1er janvier 2008, sauf si les partenaires le demandent avant.

Cet article précise également que le PACS acquiert date certaine et ne prend effet entre les partenaires qu'à compter de son enregistrement et qu'il est opposable aux tiers à compter de l'accomplissement des formalités de publicité.

1.2 - Les effets du PACS

En matière de relations personnelles entre partenaires, le PACS n'impose qu'une obligation de communauté de vie (1.2.1). Les relations patrimoniales sont davantage réglementées : il existe une obligation d'aide et d'assistance (1.2.2), la solidarité est de rigueur pour certaines dettes (1.2.3), le Code civil réglemente le régime des biens (1.2.4), en enfin, en cas de décès, le partenaire pacsé peut bénéficier de quelques règles protectrices (1.2.5).

1.2.1 - L'obligation de communauté de vie

Il est désormais précisé que les partenaires « s'engagent à une vie commune ». Le doute n'est donc plus permis, la communauté de vie fait partie des devoirs du PACS.

C'est le seul devoir personnel clairement énoncé par la loi. Aucune obligation de fidélité n'apparaît dans les textes. Toutefois, selon une ordonnance du président du TGI de Lille du 5 juin 2002, le PACS impose une communauté de vie, cette obligation doit être exécutée loyalement et cela suppose la fidélité. Le respect du PACS supposerait donc la fidélité. Cette obligation n'a cependant pas été reprise par le législateur dans le texte de 2006, et on ne peut donc pas affirmer aujourd'hui qu'il existe une obligation de fidélité dans le PACS.

1.2.2 - L'obligation d'aide et d'assistance

Le devoir d'aide mutuelle et matérielle, qui figurait précédemment dans la loi, est remplacé, les partenaires s'obligent désormais à une « aide matérielle et une assistance réciproques ». Cette obligation est à la frontière entre l'obligation personnelle et le devoir patrimonial. Il est précisé que l'aide matérielle sera proportionnelle aux facultés de chacun des partenaires, sauf si la convention règle autrement cette question (la règle est donc ici la même que celle prévue pour les couples mariés à l'article 214 du Code civil).

1.2.3 - La solidarité des dettes

La solidarité à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins de la vie courante est maintenue avec la nouvelle loi, mais elle est limitée : les dépenses relatives au logement ne sont plus énoncées, et les dépenses manifestement excessives sont exclues (article 515-4).

Les pacsés sont donc soumis à la solidarité des dettes comme les gens mariés. On peut cependant noter que, contrairement à ce qui se passe en matière de mariage, la solidarité n'est pas ici exclue pour les emprunts.

1.2.4 - Le régime des biens

La loi de 1999 prévoyait un système d'indivision pour tous les biens acquis postérieurement au PACS. Les biens étaient en principe en indivision, c'est-à-dire qu'ils étaient communs aux deux partenaires.

Il était toutefois possible d'écarter ce régime pour les meubles meublants dans la convention.

Pour tous les autres biens, le seul moyen de les exclure de l'indivision était de le préciser sur l'acte d'acquisition (sur l'acte de vente par exemple).

Ces règles continuent de s'appliquer dans le cadre des PACS conclus avant l'entrée en vigueur de la loi, sauf si les partenaires modifient leur convention en vue d'être soumis au nouveau régime.

Ce système a été critiqué pour deux raisons : d'abord le système de l'indivision conduit à une gestion compliquée des biens. Ensuite, imposer finalement la communauté de biens aux personnes pacsées revenait à leur imposer un engagement trop lourd, démesuré en quelque sorte.

La loi du 23 juin 2006 a considérablement modifié le régime des biens dans le cadre du PACS.

Désormais, en l'absence de convention contraire, le régime est le suivant :

Le nouvel article 515-5 prévoit que « chacun des partenaires conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels ». Chacun n'est tenu que de ses propres dettes (sauf l'exception de la solidarité des dettes prévue à l'article 515-4).

Chaque partenaire peut prouver par tous moyens qu'il est l'unique propriétaire d'un bien. A défaut de preuve, on applique la présomption d'indivision par moitié.

En matière de bien meuble, le partenaire qui le détient est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir tous pouvoirs pour effectuer tous les actes sur ce bien.

Il s'agit donc en fait d'un régime de séparation de biens.

Mais un régime conventionnel est possible.

Les textes précisent que les partenaires peuvent, par convention, choisir de soumettre les biens à venir au régime de l'indivision (article 515-5-1), ce qui revient à en faire des biens communs. Toutefois, cette possibilité est exclue pour certains biens (article 515-5-2).

Les biens exclus de l'indivision sont :

- Les deniers perçus par chacun des partenaires, à quelque titre que ce soit, postérieurement à la conclusion du Pacte et non employés à l'acquisition d'un bien.
- Les biens créés et leurs accessoires.
- Les biens à caractère personnel.
- Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers appartenant à un partenaire antérieurement à l'enregistrement de la convention initiale ou modificative aux termes de laquelle ce régime a été choisi.
- Les biens ou portions de biens acquis au moyen de deniers reçus par donation ou succession.
- Les portions de biens acquises à titre de licitation de tout ou partie d'un bien dont l'un des partenaires était propriétaire au sein d'une indivision successorale ou par suite d'une donation.

Si la convention est silencieuse sur la gestion de l'indivision, chaque partenaire est gérant de l'indivision (art. 515-5-3).

1.2.5 - Les droits dans la succession

Le partenaire n'est pas un héritier prévu par la loi, il est cependant possible de lui léguer des biens.

En outre, le texte de 2006 opère certaines retouches afin d'étendre au partenaire survivant d'un PACS les règles permettant l'attribution préférentielle du logement d'habitation au conjoint. Par ailleurs, l'article 763, qui donne un droit de jouissance gratuite du logement d'habitation et des meubles meublants pendant un an à charge de la succession, est étendu au partenaire survivant d'un PACS, sauf volonté contraire du défunt.

1.3 - La dissolution du PACS

La dissolution du PACS n'a pas été amplement modifiée par la loi de 2006. C'est à ce stade que se manifeste la fragilité du PACS. Tant les causes de dissolution (1.3.1) que les effets de celle-ci (1.3.2) montrent la précarité du PACS.

Le PACS se rompt très facilement et sans conséquences lourdes. Cela réduit l'impact de certaines obligations. Par exemple, l'obligation d'aide matérielle s'éteint avec le PACS. Celui qui ne souhaite pas s'en acquitter peut se libérer de son obligation en rompant le PACS.

1.3.1 - Les causes de la dissolution

Le PACS est automatiquement dissous par le mariage d'un des partenaires. Celui qui se marie doit en principe en informer son partenaire par voie de signification et envoyer une copie accompagnée de son acte de naissance, sur lequel figure le mariage aux greffes du tribunal d'instance dans lequel il s'est pacsé. Le PACS est dissous à la date du mariage.

Le PACS est aussi dissous par le décès. Le partenaire survivant, ou tout intéressé, adresse une copie de l'acte de décès aux greffes du tribunal d'instance qui a reçu le PACS. Le PACS est dissous à la date du décès.

Enfin, et c'est sa grande spécificité par rapport au mariage, le PACS peut être dissous par la seule volonté.

Il peut être dissous par volonté conjointe des partenaires ; dans ce cas, les partenaires doivent remettre ou adresser au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement une déclaration conjointe.

Le PACS peut aussi être dissous par la seule volonté, par la volonté unilatérale, de l'un des partenaires ; dans ce cas, il doit le faire signifier à l'autre et remettre une copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance du lieu de son enregistrement.

Dans tous les cas de rupture par volonté, le greffier enregistre la dissolution et fait procéder aux formalités de publicité.

Entre les partenaires, la dissolution du Pacte civil de solidarité prend effet à la date de son enregistrement au greffe.

A l'égard des tiers, elle est opposable à partir du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

1.3.2 - Les effets de la dissolution

Il est prévu par la loi que les partenaires règlent eux-mêmes les conséquences de la rupture, c'est-à-dire qu'ils liquident eux-mêmes les biens.

Bien sûr, en cas de difficultés, il faudra recourir au juge. Il est précisé que les règles d'attribution préférentielle sont applicables et que le calcul des récompenses doit se faire de la même manière qu'entre époux mariés sous un régime de communauté.

Quant à la question des réparations en cas de préjudice, notamment suite à une rupture unilatérale, elle n'est pas précisément réglée. L'article 515-7 précise seulement que des dommages et intérêts ne sont pas exclus. La réparation n'est donc pas exclue, on pense en particulier au cas de rupture unilatérale du PACS. Mais le fondement de la réparation reste indéterminé.

On pourrait envisager une responsabilité contractuelle, c'est-à-dire engagée sur le fondement du non-respect du contrat qui constitue la base du PACS.

On pourrait aussi envisager une responsabilité délictuelle, si l'on considère que les obligations découlant du PACS sont légales et non contractuelles.

La responsabilité contractuelle ou délictuelle peut donc sans doute être engagée en cas de non-respect des obligations découlant du PACS. Cela pourrait par exemple être le cas si un partenaire a manqué à son obligation de communauté de vie ou à son obligation d'assistance. Mais il faut encore rappeler que dans ce cas, le partenaire aura souvent rompu le PACS avant de manquer à ses obligations.

En outre, il faut préciser que le fait de rompre un PACS n'est pas une faute, ni délictuelle, ni contractuelle. Les partenaires sont libres de le rompre. Comme en matière de fiançailles ou de concubinage, la rupture n'est pas une faute, mais il est sans doute possible de considérer que les circonstances de la rupture peuvent être fautives.

La loi de 2006 a donc amélioré le PACS, notamment s'agissant du régime des biens. Elle l'a rapproché du mariage, en particulier en prévoyant la transcription sur l'acte de naissance. La dissolution du PACS reste très facile, rapide et simple, c'est essentiellement ce qui le différencie du mariage.

2 - Le concubinage

Le concubinage, c'est l'union libre. Permettre l'union libre, c'est non pas réglementer le concubinage, mais au contraire le laisser libre. Si le concubinage était assimilé au mariage, cela reviendrait à imposer le mariage à tous, y compris à ceux qui ne l'ont pas choisi.

Des litiges peuvent malgré tout naître du concubinage, et ces litiges doivent être tranchés. Cela a conduit les juges à préciser certains points et à faire découler certaines conséquences du concubinage. La situation de fait qu'est le concubinage a aussi conduit le législateur à une prise en compte du concubinage dans certains cas.

Si le concubinage est toujours l'union libre et que les concubins ne sont pas soumis à un ensemble de règles contraignantes, le concubinage produit néanmoins certains effets juridiques (2.2). Cela nécessite de définir les éléments constitutifs du concubinage (2.1). Enfin, la rupture du concubinage est souvent l'occasion de litiges que le juge doit trancher (2.3).

2.1 - Les éléments constitutifs du concubinage

Le concubinage est une union de fait. Ce n'est pas un terme qui correspond à une situation juridique précise et prédéfinie. Une définition générale, en dehors du domaine juridique, conduirait à dire que le concubinage est une union de fait qui a l'apparence du mariage.

La loi est longtemps restée silencieuse sur la question du concubinage. Cependant, progressivement, certains effets ont été reconnus au concubinage, ainsi, la loi de 1993 a pris en compte le concubinage en matière d'autorité parentale, et la loi bioéthique

de 1994 a pris en compte le concubinage en matière d'accès à la procréation médicalement assistée. La loi ne définissait cependant pas de manière générale le concubinage.

La loi du 15 novembre 1999 a introduit dans le Code civil un article relatif au concubinage, l'article 515-8.

Selon cet article : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

L'objectif de cet ajout est que les effets du concubinage soient automatiquement reconnus aux couples homosexuels vivant en concubinage. En effet, avant cette loi, il est arrivé que le bénéfice de certaines dispositions, notamment sociales, applicables aux concubins, soit refusé à des couples homosexuels, au prétexte que le concubinage doit avoir l'apparence du mariage, ce qui n'est pas le cas du couple homosexuel. Une telle exclusion des couples homosexuels est désormais écartée par la loi.

2.2 - Les effets du concubinage

Les effets du concubinage ne sont pas réglementés. La loi est silencieuse sur ce point. Cette solution est logique car réglementer le concubinage reviendrait à ne plus permettre l'union libre dont la caractéristique principale est précisément de ne pas être réglementée.

C'est ce qui explique sans doute que la jurisprudence ait toujours refusé d'étendre les règles applicables aux couples mariés aux couples de concubins. A titre d'exemple, elle réaffirme régulièrement qu'il n'existe pas de solidarité ménagère ni d'obligation de contribution aux charges du ménage entre concubins.

C'est donc le droit commun qui s'applique.

Les concubins peuvent passer des conventions, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs. Ils pourraient par exemple s'engager par convention à participer aux dépenses de la vie commune.

Ils peuvent également acquérir des biens en commun.

Ils peuvent encore contracter ensemble des prêts stipulant la solidarité et de ce fait être tenus solidairement de cette dette.

Ils peuvent aussi se faire des donations (mais qui seront imposées comme des donations à des non-parents...)

Néanmoins, dans certains domaines, le concubinage produit des effets juridiques :

En matière sociale, notamment de sécurité sociale, les droits des concubins se rapprochent de ceux des couples mariés.

La jurisprudence admet que le concubin stable a qualité pour prétendre connaître les volontés du défunt et organiser les obsèques de son concubin.

En cas de décès ou d'abandon du domicile, le bail est transmis automatiquement au concubin survivant qui vivait dans le logement depuis un an.

En cas de décès par la faute d'un tiers, le concubin peut obtenir des dommages et intérêts de la part du fautif.

Enfin, la loi permet aux concubins d'accéder à la procréation médicalement assistée après deux ans de concubinage (le couple doit cependant ici être formé d'un homme et d'une femme, cf. la partie consacrée à la PMA).

2.3 - La dissolution du concubinage

La jurisprudence s'est retrouvée en la matière confrontée à un dilemme. Si les juges accordent des compensations financières en cas de dissolution du concubinage, ils portent atteinte à la liberté de l'union. En même temps, dans certaines situations, refuser d'accorder la moindre compensation peut se révéler particulièrement injuste.

Le principe est donc que la rupture du concubinage n'entraîne aucune conséquence négative pour celui qui part, c'est sa liberté. Parallèlement, celui qui est délaissé n'a aucune protection. C'est la contrepartie de la liberté, du choix de vivre en union libre. C'est donc le principe.

Mais, dans certaines circonstances, la rupture du concubinage va quand même donner lieu à réparation ou à l'application de règles qui vont permettre une compensation financière. Ce sont les exceptions. Dans certains cas de rupture, la responsabilité de l'auteur de la rupture pourra être engagée (2.3.1) ; dans certaines situations patrimoniales, le recours à la société créée de fait (2.3.2) ou à l'enrichissement sans cause (2.3.3) pourra être salutaire.

2.3.1 - La responsabilité de l'auteur de la rupture

La rupture du concubinage n'est ni une faute délictuelle, ni une faute contractuelle. Celui qui vit en concubinage n'a pris aucun engagement quant à la durée du concubinage, et il doit rester libre de le rompre. Ce faisant, il ne commet aucune faute. La Cour de cassation affirme de façon constante que la rupture du concubinage n'est pas une faute.

Toutefois, si la rupture du concubinage n'est pas en elle-même fautive, elle peut être l'occasion de commettre une faute. La rupture du concubinage n'est pas une faute, mais les circonstances de la rupture peuvent être fautives.

Cette faute pourra entraîner l'octroi de dommages et intérêts si elle a entraîné un préjudice. Ce sera le cas par exemple en cas de rupture brutale après de nombreuses années de vie commune alors que la concubine est enceinte. Les éléments pris en compte sont souvent les modalités de la rupture, l'âge des concubins, la durée du concubinage, l'état de besoin dans lequel va se retrouver le concubin délaissé, les sacrifices que celui qui est délaissé a pu faire pour l'éducation des enfants... L'indemnisation n'est pas systématique, il reste nécessaire de démontrer une faute.

L'octroi de dommages et intérêts suite à une faute dans les circonstances de la rupture n'est pas la seule hypothèse dans laquelle la rupture pourra donner lieu au versement d'une somme d'argent. Dans certaines situations, lorsque le concubinage a duré longtemps, que les relations patrimoniales ont été importantes, on peut avoir recours, pour éviter des situations choquantes à l'idée de société créée de fait ou à l'enrichissement sans cause. Cela peut permettre d'indemniser l'un des concubins, pour sa participation à l'activité professionnelle de l'autre par exemple.

2.3.2 - *La société créée de fait*

Démontrer l'existence d'une société créée de fait permet d'obtenir la moitié de l'actif de la société et permet aussi à chacun de profiter des bénéfices. Cela peut parfois être très utile. Par exemple, si un concubin est propriétaire d'un terrain et que, pendant le concubinage, les deux concubins construisent une maison sur ce terrain, la maison est a priori la propriété du propriétaire du terrain. L'autre ne peut pas y prétendre. S'il démontre l'existence d'une société créée de fait, il pourra prétendre récupérer son investissement dans la construction de cette maison.

La preuve de la société créée de fait est cependant relativement difficile à rapporter. Il faut démontrer que les éléments constitutifs de toute société sont présents. Il faudra donc prouver l'existence d'apports mutuels, c'est-à-dire démontrer que chacun apporte quelque chose à la société, en particulier des fonds, il faudra aussi prouver l'intention de s'associer, que l'on appelle *affectio societatis* et, enfin, il faudra démontrer que chacun avait vocation à participer aux résultats positifs ou négatifs de la société, c'est-à-dire que chacun avait vocation à récupérer les bénéfices, mais aussi à supporter les dettes. La Cour de cassation exige que ces différents éléments soient prouvés distinctement, elle juge que l'on ne peut pas les déduire les uns des autres.

La preuve de la vie commune ne suffit pas. L'existence d'un concubinage, même long, ne suffit pas à démontrer une société créée de fait et dès lors à demander une liquidation sur cette base.

Pour le reste, les solutions sont très variables. Lorsqu'il s'agit de la participation à une entreprise, l'existence d'une société créée de fait est sans doute plus facilement admise que lorsqu'il s'agit de la participation à un projet immobilier. On peut aussi sans doute penser que les juges peuvent être influencés par l'importance des apports.

En l'absence de société créée de fait, il existe encore un autre moyen de régler les conséquences patrimoniales d'une rupture de concubinage : l'enrichissement sans cause.

2.3.3 - *L'enrichissement sans cause*

L'enrichissement sans cause permet d'exercer l'action de *in rem verso*.

Il faut pour cela que plusieurs conditions soient réunies : il faut que le demandeur ait subi un appauvrissement au profit d'un enrichissement du défendeur, le tout alors

qu'aucune cause, telle qu'une obligation naturelle ou un contrat ne le justifiait.

Si ces trois conditions sont réunies : appauvrissement, enrichissement corrélatif et absence de cause, l'action peut être intentée. Elle a toutefois un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être intentée que si aucun autre fondement n'était possible.

En matière de concubinage, cela permet d'obtenir une indemnité lorsqu'un concubin s'est appauvri au profit de l'autre sans cause. Par exemple, cela peut permettre à un concubin ayant participé à l'activité professionnelle de l'autre d'obtenir une indemnité. Il faut toutefois en principe que cette participation ait été au-delà d'une participation normale dans le cadre d'un couple. Il faut en principe déduire ce qui relevait de la participation normale aux charges du ménage, dont on ne peut pas obtenir le remboursement.

Cas pratique

1/ L'abonnement de téléphone d'un appartement dans lequel vit un couple n'a pas été payé, à qui peut s'adresser le créancier ?

Si le couple est marié : il faut appliquer la règle de la solidarité des dettes ménagères, le créancier peut s'adresser à l'un ou à l'autre des conjoints pour tout ou partie de la dette. Celui qui a réglé la dette peut ensuite se retourner contre l'autre sur le fondement de la contribution aux charges du mariage.

Si le couple est pacsé, les solutions sont similaires.

Si c'est un couple de concubins, c'est celui qui a souscrit l'abonnement qui est tenu du paiement de la dette.

2/ Une jeune fille qui doit se marier demain regrette sa décision, que risque-t-elle si elle rompt sa relation avec celui qui aurait dû être le futur marié ?

Principe : la rupture de fiançailles n'est pas une faute, elle ne risque donc rien en refusant de se marier. Toutefois, les circonstances de la rupture peuvent être fautives et, dans ce cas, des dommages et intérêts peuvent être demandés. Il faut donc qu'elle fasse attention à la façon dont elle va rompre, il ne faut pas par exemple qu'elle laisse tous les frais de la cérémonie prévue à la charge de son ancien fiancé.

Si le couple vivait déjà en concubinage, la solution de principe est la même. Toutefois, les circonstances sont encore différentes, et il faut faire attention ici à la situation dans laquelle elle laisse son concubin, en prenant en compte la durée du concubinage, l'existence d'enfants...

Si le couple était pacsé, la rupture du PACS n'est pas une faute, mais des dommages et intérêts sont toujours possibles en cas de faute pendant le PACS ou dans les circonstances de la rupture.

L'enfant

chapitre 2

La partie du droit de la famille consacrée à l'enfant est marquée par un principe directeur fort : l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est un principe reconnu en droit interne, mais aussi connu en droit international, le droit international étant devenu une source non négligeable du droit concernant les enfants.

Le principe directeur : l'intérêt de l'enfant

Les droits de l'enfant ont progressivement pris de l'ampleur, et aujourd'hui, il est un principe qui domine la matière : celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. On le retrouve dans de nombreuses règles dès lors qu'un enfant est en cause

Ce principe est énoncé par différents textes de droit interne. Par exemple, selon l'article 353 du Code civil, l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. Autre exemple, selon l'article 371-1 : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. » Les exemples pourraient être multipliés car les références à l'intérêt de l'enfant sont très nombreuses dans le Code civil, en particulier en matière d'autorité parentale.

Ce principe est aussi consacré par la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant. Selon l'article 3 de ce texte : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

Cette recherche de l'intérêt de l'enfant domine donc en principe la matière.

Il faut toutefois reconnaître que la réalité est plus compliquée et que l'intérêt des adultes et l'intérêt de la société, à travers par exemple l'idée de paix des familles, sont aussi protégés. On peut prendre l'exemple des enfants nés de mères porteuses. La jurisprudence refuse qu'ils soient reconnus ou adoptés par la femme qui les élève.

Ils restent donc dépourvus de toute filiation maternelle. Ce n'est pas l'intérêt de l'enfant qui semble dicter cette solution.

L'intérêt de l'enfant, même si, de fait, il n'est pas toujours la considération primordiale, est un principe énoncé tant par le droit interne que par le droit international, c'est une manifestation de la dualité actuelle des sources du droit touchant aux enfants.

Les sources du droit relatif aux enfants

La filiation et l'autorité parentale sont réglementées par le Code civil. Il faut toutefois souligner que des textes internationaux sont applicables en la matière et que les textes internes doivent en principe leur être conformes sous peine d'être écartés par le juge. Ce sont essentiellement la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui vont pouvoir être invoquées.

Certaines dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme peuvent s'appliquer en la matière. On peut en particulier citer les articles 8 et 14. L'article 8 énonce le droit au respect de la vie privée et familiale, et l'article 14 prohibe toute discrimination dans la jouissance d'un droit protégé par la convention.

Ces articles ont été utilisés par la Cour de cassation en matière de filiation pour écarter des dispositions de droit interne qui n'étaient pas conformes à la Convention européenne des droits de l'homme. D'une manière générale, les textes internes sont de plus en plus influencés par les normes internationales, de sorte que les interventions du juge deviennent de moins en moins souvent nécessaires, au moment même où il accepte de contrôler plus largement la conformité du droit interne au droit international.

Quant à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, il semble qu'elle puisse désormais être invoquée directement devant le juge.

Dans l'arrêt *Lejeune*, rendu le 10 mars 1993, la première chambre civile de la Cour de cassation avait jugé que cette convention ne pouvait être invoquée par un particulier devant un tribunal, elle avait estimé que ce texte n'était pas directement applicable, n'avait pas d'effet direct et ne créait d'obligation qu'à la charge des Etats.

Dans un arrêt du 18 mai 2005, la Cour de cassation a opéré un important revirement de jurisprudence. Elle a relevé d'office un moyen tiré de la violation de la Convention. Il semble donc que, désormais, la Convention relative aux droits de l'enfant soit directement applicable.

Ce texte énonce des principes qui peuvent concerner le droit de la filiation et les effets de la filiation. Il énonce un principe général selon lequel toutes les décisions concernant les enfants doivent être prises en considération de son intérêt. Cet intérêt doit même en principe être considéré supérieur à toutes autres (article 3.1). La convention reconnaît également le droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par ses parents, dans la mesure du possible bien sûr (art. 7). On peut en-

core citer l'article 12 selon lequel : « Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ». Enfin, on peut évoquer l'article 18 selon lequel : « Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. »

Depuis le revirement de jurisprudence de 2005, ces articles peuvent être invoqués devant le juge pour faire échec à une disposition législative qui leur serait contraire. Bien sûr, le droit français n'est pas manifestement en opposition avec ces principes, et cela ne devrait pas bouleverser l'état du droit positif. En cas de difficultés d'interprétation, cela pourra cependant guider le juge. Ainsi, dans la délicate affaire Benjamin (cf. la partie consacrée à la reconnaissance d'un enfant né sous X), la Cour de cassation a visé la Convention des droits de l'enfant, et plus précisément le droit de connaître ses origines et d'être élevé dans la mesure du possible par ses père et mère.

Actuellement, la filiation (section 1) et les effets de la filiation (section 2) sont des domaines réglementé par le Code civil, mais le droit international influence l'élaboration de ces textes et dans le cas contraire, ceux-ci peuvent être écartés par le juge.

Section 1 : la filiation

La filiation peut résulter d'une procréation naturelle, ce qui est le cas le plus fréquent (1), elle peut aussi résulter d'une procréation médicalement assistée, ce qui n'est possible qu'à certaines conditions et entraîne des spécificités au niveau du droit de la filiation (2). Enfin, le lien de filiation peut être le fruit de la volonté grâce à l'institution de l'adoption (3).

1 - La filiation par procréation naturelle

1.1 - Généralités

Le droit de la filiation a beaucoup évolué depuis quelques décennies. Les deux réformes les plus importantes sont celles de 1972 et celle opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

Il ressort de ces deux lois deux traits importants du droit de la filiation : d'une part, la recherche d'un équilibre entre la vérité biologique et la vérité sociologique, et d'autre part l'égalité entre les enfants. Par ailleurs, l'ordonnance de 2005 poursuivait également un objectif de sécurisation de la filiation. Ces différents aspects seront abordés successivement, ce qui sera l'occasion d'énoncer certaines règles fondamentales du droit de la filiation.

1.1.1 - La recherche de l'équilibre entre la vérité biologique et la vérité sociologique

Cette question est liée aux progrès de la science : alors qu'il était autrefois impossible de vérifier la parenté d'un enfant avec son père ou sa mère, il est aujourd'hui scientifiquement possible de le faire. Dès lors, il aurait été possible de réformer le droit de la filiation de façon que celle-ci corresponde toujours à ce que l'on peut appeler la vérité biologique.

Pourtant, il est apparu qu'il n'était pas toujours souhaitable de faire prévaloir la vérité biologique. En effet, lorsqu'un enfant est élevé par un père et une mère qui le considèrent comme le leur, il n'est parfois pas souhaitable de briser cette filiation pour en établir une autre à l'égard par exemple d'un homme qui ne s'est jamais occupé de l'enfant. La loi de 1972 a donc fait une place à la recherche de la vérité biologique, a permis d'utiliser les progrès de la science, mais sans ignorer pour autant la filiation sociologique.

Depuis qu'il est scientifiquement possible de connaître avec une quasi-certitude la filiation d'un enfant, le droit s'efforce de trouver un équilibre entre la vérité biologique et la vérité sociologique. La réforme de 2005 ne modifie pas cela, nous verrons que la filiation sociologique prévaut parfois sur la filiation biologique.

Concrètement, la vérité biologique se démontre par le recours à l'expertise biologique (a), et la vérité sociologique se démontre par la possession d'état (b).

a/ L'expertise biologique

L'expertise biologique peut être sanguine ou génétique. Selon la jurisprudence, l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder (C. cass. Civ. 1re 28 mars 2000).

Le recours à l'expertise biologique suppose cependant que l'action en matière de filiation intentée soit recevable (C. cass. Civ. 1re, 14 juin 2005 et 14 février 2006). Cela signifie que dès lors qu'il est possible d'agir en matière de filiation, dès lors que l'on est devant les tribunaux et qu'il est utile de prouver la filiation biologique, on peut demander une expertise et le juge ne peut la refuser que s'il existe un motif légitime. La Cour de cassation a, par exemple, considéré comme des motifs légitimes de refus : l'existence d'une précédente expertise ayant donné des résultats fiables, ou encore le fait que l'expertise soit demandée dans un esprit de rancune et de curiosité...

En matière d'expertise post mortem, la seconde loi bioéthique du 6 août 2004 a précisé à l'article 16-11 du Code civil que : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort. »

En ce qui concerne la vérité sociologique, celle-ci se manifeste par ce que l'on appelle la possession d'état.

b/ La possession d'état

Les éléments constitutifs de la possession d'état et les qualités qu'elle doit présenter n'ont pas fondamentalement été modifiés par l'ordonnance de 2005. Les textes ont simplement été modernisés. L'article 311-1 dispose « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation et de parenté entre une personne et la famille à laquelle elle est dite appartenir. » Avec cette définition générale, on voit bien que la possession d'état est un peu au fait ce que la filiation est au droit. La notion de possession d'état renvoie à un comportement vécu, à une situation concrète effective. Lorsqu'on dit qu'un enfant a la possession d'état, cela signifie que, dans les faits, tout se passe comme si un lien de filiation était établi.

Le législateur énonce ensuite les principaux faits qui sont constitutifs de la possession d'état. Traditionnellement, on regroupe ces différents faits en trois catégories : le traitement, ou *tractatus*, la renommée, ou *fama*, et enfin le nom, ou *nomen*.

Le traitement, ou *tractatus*, est le fait que le ou les parents ont traité l'enfant comme s'il était le leur et, inversement, que l'enfant les ait traités comme s'ils étaient ses parents. C'est l'élément le plus important. C'est concrètement le fait de s'occuper de son enfant.

Il faut préciser que si une personne cesse d'un seul coup de s'occuper de son enfant

uniquement pour anéantir la possession d'état dans le but de modifier la filiation de l'enfant, les juges considèrent alors que la possession d'état n'a pas cessé. Les juges ne font produire aucun effet à la manœuvre d'un parent qui cesserait volontairement de s'occuper d'un enfant pour faire disparaître la possession d'état. Dans le même sens, si un parent met des obstacles aux relations de l'autre parent avec l'enfant, cela ne suffit pas à anéantir la possession d'état.

En période prénatale, le traitement est également concevable. En effet, la jurisprudence admet que la possession d'état prénatale puisse exister. Le traitement, en période prénatale, cela pourra être le fait que le père prépare la chambre de l'enfant, assiste aux échographies, participe au choix du prénom, cherche un mode de garde, etc.

La renommée, ou *fama*, est le fait que la société, la famille et l'autorité publique traitent l'enfant comme si un lien de filiation existait entre lui et celui qui se présente comme son père ou sa mère. Par exemple, si à l'école, l'enfant B est considérée depuis qu'elle est inscrite comme la fille de X, que c'est lui qui l'a inscrite en se présentant comme son père et que c'est lui qui accomplit toutes les formalités, ces éléments seront pris en compte pour établir une possession d'état.

En période prénatale, la renommée est également concevable, il en sera ainsi si Madame Y est enceinte et Monsieur X annonce à sa famille, à ses amis, à ses collègues de travail, etc. qu'il va bientôt être papa car Madame Y est enceinte. Dans ce cas, ce sont des éléments qui peuvent permettre de considérer qu'il y a possession d'état prénatale.

Le nom, ou *nomen*, est un élément moins important que les deux autres et qui, de plus, a perdu de l'importance. Avant la réforme de 2005, c'était l'élément qui figurait en première position dans la liste des faits principaux à prendre en compte pour se déterminer sur l'existence d'une possession d'état. Ce n'était pas en réalité un élément essentiel. Le fait qu'un enfant ne porte pas le nom de quelqu'un n'est pas une donnée qui reflète forcément la réalité des liens qui les unissent.

Avec la réforme du nom de famille de 2002, la situation a encore changé puisque désormais, même quand un lien de filiation est établi dès la naissance, l'enfant peut ne pas porter le nom de son père ou de sa mère. Le nom ne reflète donc pas forcément la filiation, et il serait injustifié d'en faire un élément essentiel pour se prononcer sur l'existence d'une possession d'état. Le nom fait toujours partie de la liste des choses à prendre en compte dans le cadre de la détermination d'une possession d'état. Il figure cependant en dernière position. C'est donc un élément qui peut être pris en compte, mais cet élément ne doit logiquement être ni nécessaire ni suffisant.

Il n'est pas indispensable que tous les éléments, traitement, renommée, nom, soient réunis. La Cour de cassation l'a affirmé à plusieurs reprises. Les juges doivent rechercher si l'on est en présence d'une réunion suffisante de faits qui indiquent un rapport de filiation.

Enfin, il faut préciser que la possession d'état doit présenter **certaines qualités**. Selon l'article 311-2 : « La possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque. »

La condition de **continuité** signifie que la possession d'état ne doit pas résulter de quelques faits ponctuels et occasionnels. La venue à un anniversaire ne peut pas permettre de constituer une possession d'état. Il faut une certaine habitude. Cela ne signifie pas que tous les faits doivent avoir toujours existé, cela signifie que de façon habituelle, telle personne traite l'enfant comme le sien et réciproquement, et est considérée par les autres comme un de ses parents. La possession d'état ne doit pas nécessairement se manifester tout le temps de la même manière, mais elle doit se manifester tout le temps.

La condition que la possession d'état soit **non équivoque** signifie que le comportement ne doit pas pouvoir s'expliquer autrement que par la filiation. Par exemple, si un beau-père traite un enfant comme le sien même après sa séparation d'avec la mère, on pourrait voir dans ce comportement une possession d'état. Mais si ce comportement peut s'expliquer par l'affection qu'il a pour cet enfant avec lequel il a vécu de nombreuses années, alors la possession d'état sera équivoque. Autre exemple, la majorité des auteurs s'accordent à dire que l'existence de deux possessions d'état contradictoires doit conduire à considérer que les deux sont équivoques. Par exemple, si deux hommes traitent un enfant comme le leur, les deux possessions d'état sont équivoques.

Enfin, la condition que la possession d'état soit **paisible et publique** signifie que cela ne doit pas se faire dans la violence ou dans la clandestinité. Si une personne s'occupe d'un enfant après l'avoir arraché avec violence à un de ses parents, il ne peut pas y avoir possession d'état. Si une personne se cache pour s'occuper d'un enfant, il ne peut pas non plus y avoir de possession d'état.

1.1.2 - L'égalité entre les enfants

Longtemps l'enfant légitime, c'est-à-dire l'enfant né du mariage de ses parents, a été privilégié par rapport à l'enfant naturel, c'est-à-dire celui dont les parents ne sont pas mariés, qui lui-même n'avait pas le même statut que l'enfant adultérin, c'est-à-dire né d'une femme mariée mais dont le père n'est pas le mari de la mère, ou né d'un homme marié mais dont la femme n'est pas la mère.

L'égalité des droits des enfants légitimes et des enfants naturels a progressivement été établie. Son principe a été énoncé en 1972 à l'article 334 du Code civil selon lequel : « L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. » Certaines inégalités ont cependant persisté après cette date, et des lois ultérieures y ont mis fin. Par exemple, ce n'est que depuis une loi de 2001 que les enfants adultérins ont les mêmes droits que les enfants légitimes en matière successorale.

En outre, en 1972, ce n'est que l'égalité des droits découlant de la filiation qui a été établie, mais les modes d'établissement de la filiation restaient très différents pour la filiation légitime et pour la filiation naturelle. Il restait plus difficile d'établir une filiation naturelle même si le principe de la liberté d'établissement de la filiation naturelle a été posé en 1972. Une loi du 25 juin 1982 a amélioré la situation en per-

mettant d'établir la filiation naturelle par possession d'état. La situation n'était toutefois pas encre idyllique. Par exemple, une femme mariée n'a pas besoin de reconnaître son enfant, la filiation étant établie automatiquement du fait de l'accouchement, mais la femme non mariée devait quant à elle reconnaître son enfant pour que le lien de filiation soit établi, l'accouchement ne suffisait pas. La situation a changé depuis la réforme de 2005.

L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a supprimé la distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Cette distinction n'existe plus, tous les articles du Code civil qui utilisaient ces termes ont été modifiés.

Toutefois, la situation matrimoniale des parents a toujours une influence puisque la présomption de paternité, qui permet de désigner le mari de la mère comme le père de l'enfant, existe toujours. Elle ne peut exister que dans le cadre du mariage. Le mariage ou le célibat de la mère ont donc toujours une influence importante sur la filiation paternelle.

Néanmoins, l'ensemble du droit de la filiation a été unifié. Avant la réforme, l'établissement et la contestation de la filiation obéissaient à des règles très différentes suivant qu'il s'agissait de filiation légitime ou de filiation naturelle. Par exemple, il était beaucoup plus difficile de contester une filiation légitime qu'une filiation naturelle.

Cette unification a conduit à une importante simplification. Le nombre d'articles relatifs à la filiation a été considérablement réduit.

En plus de l'égalité des filiations et de la recherche de l'équilibre entre vérité biologique et vérité sociologique, la réforme de 2005 poursuivait un troisième objectif : la sécurité de la filiation.

1.1.3- La sécurisation de la filiation

La réforme de 2005 avait également pour objectif de sécuriser la filiation.

Sécuriser la filiation signifie protéger la filiation établie contre toute remise en cause. Cela traduit l'impératif de stabilité qui caractérise l'état des personnes. Celui-ci touche à l'identité, et même s'agissant de la filiation, à la construction de l'identité personnelle. Dès lors, il apparaît que la contestation de situations vécues peut être source d'importantes perturbations qui ne se justifient pas toujours.

La sécurisation de la filiation a conduit à un encadrement des actions en contestation de la filiation. Ainsi, une des mesures-phares de la réforme est la réduction du délai de droit commun en matière de filiation de trente ans à dix ans.

Cet objectif a aussi conduit au principe chronologique selon lequel on ne peut pas établir une filiation à l'égard d'un enfant qui en a déjà une, Cela permet d'éviter que plusieurs filiations soient en conflit. Désormais, une filiation ne peut pas être établie en contradiction avec une autre, il faudra contester au préalable la filiation préexistante (article 320).

Les grands traits et les principes généraux du droit de la filiation étant énoncés, le droit de la filiation, tel qu'il a été réécrit par l'ordonnance du 4 juillet 2005, peut maintenant être précisé. L'entrée en vigueur de l'ordonnance a été fixée au 1er juillet 2006.

Afin de rendre compte du nouveau droit de la filiation, les différents modes d'établissement de la filiation (1.2) seront envisagés pour ensuite voir les possibilités de contestation d'une filiation établie (1.3).

1.2 - Les modes d'établissement de la filiation

La filiation peut être établie de façon non contentieuse (1.2.1), ce qui est le cas le plus fréquent, ou suite à une action contentieuse (1.2.2).

1.2.1 - Les modes d'établissement non contentieux de la filiation

Ils sont au nombre de trois : l'effet de la loi (1), la reconnaissance (2), et la possession d'état (3).

Il faut rappeler que le principe chronologique interdit l'établissement d'un lien de filiation tant qu'il en existe un autre. La première condition à l'établissement d'une filiation est donc qu'il n'en existe pas d'autre. S'il en existe déjà une autre, il faudra la contester préalablement à l'établissement d'une autre.

Par ailleurs, il faut préciser qu'il est interdit d'établir une filiation incestueuse. Lorsqu'il existe entre les parents d'un enfant un empêchement au mariage en raison d'un lien de parenté prévu aux articles 161 et 162 du Code civil, alors la filiation de l'enfant ne peut pas être établie à l'égard de ses deux parents. Cela signifie que lorsque les deux parents sont ascendants et descendants l'un de l'autre ou lorsqu'ils sont frères et sœurs, le lien de filiation ne peut être établi qu'à l'égard de l'un des deux. Il ne pourra pas être établi à l'égard du deuxième.

1/ L'effet de la loi

La section du Code civil relative à l'établissement de la filiation par l'effet de la loi est divisée en deux paragraphes : l'un consacré à la mère (a), l'autre au père (b).

a/ L'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi : la désignation de la mère dans l'acte de naissance

Le nouvel article 311-25 précise que la filiation est établie à l'égard de la mère par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance. C'est une évolution importante car auparavant, la femme non mariée devait reconnaître son enfant pour être considérée comme sa mère, l'acte de naissance ne suffisait pas. Désormais donc, dès lors que le nom de la femme qui a accouché figure dans l'acte de naissance, cela suffit pour établir la filiation maternelle, que celle-ci soit mariée ou pas. Lorsque la femme ac-

couche, l'inscription de son identité sur l'acte de naissance suffit pour établir la filiation. Le seul cas dans lequel l'identité de la mère ne figure pas sur l'acte de naissance est celui dans lequel la mère demande le secret. C'est l'hypothèse de l'accouchement sous X, toujours expressément prévu par la loi.

b/ L'établissement de la filiation paternelle par l'effet de la loi : la présomption de paternité

La règle de la présomption de paternité

L'article 312 maintient la présomption de paternité. Selon cet article, l'enfant conçu ou né pendant le mariage de sa mère est présumé avoir pour père le mari. La présomption de paternité permet d'établir la filiation paternelle lorsque la mère est mariée au moment de la conception ou de la naissance. Cette présomption est fondée sur l'obligation de fidélité. Compte tenu de cette obligation, lorsqu'une femme mariée met au monde un enfant, on peut supposer que cet enfant est de son conjoint.

Dans le cadre de cet article, il peut être utile de connaître la date de la conception d'un enfant. La date de conception est a priori la date de la naissance moins neuf mois. L'article 311 pose une présomption un peu plus précise : « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. 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 preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions. »

On présume donc qu'un enfant est conçu entre 180 et 300 jours avant la naissance, soit entre six et dix mois avant la naissance. Cette présomption est une présomption simple. La preuve contraire peut être rapportée, en particulier grâce à des documents médicaux.

Le principe est donc que l'enfant né ou conçu pendant le mariage de sa mère a pour père le mari de la mère. Des cas d'exclusion et de rétablissement existent cependant, ce qui complique les choses.

Les cas d'exclusion et de rétablissement de la présomption

Il existe deux cas dans lesquels la présomption de paternité va être exclue. Le mari de la mère ne sera alors pas considéré comme le père. Lorsque la présomption est exclue, elle peut cependant dans certains cas être rétablie.

Les cas d'exclusion de la présomption de paternité

Il existe deux cas d'exclusion de la présomption de paternité.

Le premier cas d'exclusion est prévu à l'article 313 du Code civil, il s'agit de la séparation légale. Selon l'article 313, si l'enfant a été conçu pendant une période de séparation légale de ses parents, alors la présomption est exclue. L'article énonce précisément : « En cas demande en divorce ou en séparation de corps, la présomption de paternité est écartée lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la date

soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation. »

La présomption est donc exclue si l'enfant est conçu pendant une période de séparation légale.

Le deuxième cas d'exclusion de la présomption est prévu à l'article 314 du Code civil. Selon cet article, « La présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard. » Pour que la présomption soit exclue, il faut que les deux conditions soient remplies, il faut que le mari n'apparaisse pas sur l'acte de naissance en qualité de père et qu'il n'y ait pas de possession d'état. L'indication du mari ne doit pas être confondue avec le nom de famille. Depuis la réforme du nom de famille, il est tout à fait possible que l'acte de naissance d'un enfant indique le mari en qualité de père, mais que l'enfant ne porte pas son nom.

Lorsque la présomption est exclue, la paternité n'est pas établie. Il existe cependant des cas de rétablissement. En cas de rétablissement, le lien de filiation va être rétabli. On ne parle de rétablissement que si la présomption est exclue. Si elle n'est pas exclue, on ne cherche pas si on est dans un cas de rétablissement, cela n'aurait aucun intérêt.

Les cas de rétablissement de la présomption de paternité

Il existe deux cas de rétablissement de la présomption de paternité. L'un des deux est spécifique au cas d'exclusion de l'article 313. L'autre est susceptible de s'appliquer aux deux cas d'exclusion.

Premier cas de rétablissement : dans le cas de l'article 313, c'est-à-dire lorsque la présomption est exclue en raison d'une séparation légale, la présomption peut être rétablie si l'enfant a la possession d'état à l'égard de chacun des époux et s'il n'a pas d'autre filiation établie à l'égard d'un tiers. Ce cas de rétablissement est prévu à l'alinéa 2 de l'article 313. Ce cas de rétablissement par la possession d'état ne peut pas jouer pour l'autre cas d'exclusion puisque l'autre cas d'exclusion suppose l'absence de possession d'état. Il existe en revanche un deuxième cas de rétablissement commun aux deux cas d'exclusion.

Deuxième cas de rétablissement, en toutes hypothèses, lorsque la présomption est exclue, elle peut être rétablie par une action en justice en rapportant la preuve que le mari est bien le père de l'enfant (article 315). L'expertise biologique sera ici de droit. L'action est ouverte aux deux parents pendant la minorité de l'enfant, et elle est ouverte à l'enfant pendant dix ans à compter de sa majorité.

Pour conclure sur l'établissement de la filiation par l'effet de la loi, on peut observer ici que la filiation paternelle ne peut être établie par l'effet de la loi que dans le cadre du mariage. Une autre solution était cependant difficilement envisageable. Il y a donc toujours une influence du mariage sur la filiation.

2/ La reconnaissance

Conditions de la reconnaissance

La reconnaissance doit être faite par acte authentique, c'est-à-dire devant un officier de l'état civil ou devant un notaire (elle peut être faite dans un testament authentique par exemple). Elle peut être faite à tout moment, peu importe l'âge de l'enfant, il peut être majeur. La reconnaissance peut aussi être faite avant la naissance. La jurisprudence acceptait déjà la reconnaissance prénatale, mais le nouveau texte la prévoit expressément (article 316).

L'acte de reconnaissance doit comporter certaines énonciations concernant l'auteur de la reconnaissance : nom, prénoms, date de naissance ou, à défaut, âge, lieu de naissance et domicile. Il doit comporter également certaines énonciations relatives à l'enfant : les date et lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant ou, à défaut, tous renseignements utiles sur la naissance, sous réserve des dispositions de l'article 341-1, c'est-à-dire sous réserve des dispositions applicables à l'accouchement sous X.

Lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il doit être fait lecture à l'auteur de la reconnaissance des articles 371-1 et 371-2, c'est-à-dire qu'il faut l'informer des principaux devoirs des parents envers leurs enfants.

Sur le fond, la reconnaissance est un acte de volonté personnel. Cela a plusieurs conséquences.

Tout d'abord, si une personne ne reconnaît pas un enfant, on ne peut pas engager sa responsabilité de ce fait. On peut chercher à établir autrement la filiation, notamment par une action en recherche de paternité, mais on ne peut pas reprocher à une personne l'absence de reconnaissance. Celle-ci a un caractère facultatif. Il existe cependant une exception dans le cadre de la procréation médicalement assistée (cf. la partie relative à la PMA).

Ensuite, seul le consentement de l'auteur de la reconnaissance est requis. L'accord de l'enfant n'est pas nécessaire, et l'accord de l'autre parent n'est pas non plus nécessaire. Un homme peut reconnaître un enfant sans l'accord de sa mère. Elle en sera cependant informée.

Enfin, dans la mesure où la reconnaissance est un acte de volonté, elle suppose l'existence d'un consentement non vicié et elle doit logiquement pouvoir être annulée en démontrant une absence ou un vice de consentement.

Effets de la reconnaissance

L'acte de reconnaissance doit être inscrit à sa date sur les registres de l'état civil, et les mentions relatives à l'auteur de la reconnaissance doivent être portées en marge de l'acte de naissance s'il en existe un.

La reconnaissance va établir la filiation entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance. Elle a un effet déclaratif, ce qui signifie que la filiation est censée établie depuis la naissance.

L'acte de reconnaissance ne peut pas avoir pour effet d'engager la responsabilité de son auteur. Une personne qui fait sciemment une reconnaissance mensongère n'engage pas sa responsabilité.

Toutefois, la Cour de cassation considère qu'en faisant sciemment une reconnaissance mensongère, l'auteur de la reconnaissance s'engage à se comporter comme un père auprès de la mère et de l'enfant, il s'engage notamment à subvenir aux besoins de l'enfant. De ce fait, s'il conteste par la suite la filiation, on considère qu'il rompt son engagement, qu'il ne respecte pas son engagement et, de ce fait, la Cour de cassation admet que l'on puisse engager sa responsabilité (C. cass. Civ. 1re 06 déc. 1988).

Ce n'est pas le fait de faire une reconnaissance mensongère qui est une faute. On considère qu'un homme qui reconnaît un enfant tout en sachant qu'il n'est pas le sien s'engage à se comporter comme un père et que ce n'est pas un comportement condamnable. En revanche, si par la suite, il conteste sa paternité, alors il commet une faute car il rompt son engagement, et sa responsabilité peut alors être recherchée. Il y a donc deux conditions pour pouvoir engager la responsabilité de l'auteur d'une reconnaissance mensongère. Il faut tout d'abord qu'il ait reconnu l'enfant en sachant pertinemment qu'il n'était pas le sien. Il faut ensuite que ce soit lui qui conteste la filiation. Si c'est une autre personne qui conteste la filiation, sa responsabilité ne peut pas être engagée car on ne peut rien lui reprocher (C. cass. Civ. 1re 16 juin 1998).

Cas particulier de l'accouchement sous X

Plusieurs précisions peuvent ici être apportées dans le cas où l'enfant que le père souhaite reconnaître est, ou sera, un enfant né sous X.

Tout d'abord, une loi du 22 janvier 2002 est venue préciser que « Si la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. » Le procureur de la République doit donc aider le père à retrouver son enfant. C'est une première affirmation des droits du père face à un enfant né sous X.

De plus, la Cour de cassation a également précisé les droits du père dans ce cas. Elle a rendu sa décision dans l'affaire Benjamin le 7 avril 2006. Dans cette affaire, le père avait reconnu l'enfant avant sa naissance. L'enfant est né sous X et le père a entrepris des recherches pour le retrouver (la loi de 2002 n'était pas en vigueur et il a dû se débrouiller plus ou moins tout seul). Entre-temps, l'enfant a été adopté. La Cour de cassation a estimé que la filiation devait être considérée comme établie dès le jour de la naissance, de sorte que seul le père pouvait valablement donner son consentement à l'adoption, ce qu'il n'avait pas fait. Les droits du père face à l'accouchement sous X ont donc été renforcés par cette décision, au détriment, il est vrai, de la sécurité de l'adoption.

La question était plus difficile à trancher qu'il n'y paraît. Elle risque de remettre en cause un certain nombre d'adoptions et surtout de plonger les familles adoptives dans la crainte de la découverte tardive d'une reconnaissance prénatale. D'un point de vue

textuel, la solution n'était pas évidente. D'un côté, à partir du placement en vue d'une adoption, l'enfant ne peut plus être restitué à sa famille d'origine. D'un autre côté, une reconnaissance valable établit en principe rétroactivement un lien de filiation depuis la naissance. Ce qui signifie que le placement en vue d'adoption ne pouvait être valable sans l'accord du père. La cour d'appel de Nancy avait jugé que la reconnaissance était privée d'efficacité du fait qu'elle portait sur l'enfant d'une femme censée n'avoir jamais accouché.

La Cour de cassation a préféré privilégier la règle de la divisibilité du lien de filiation. L'absence de lien de filiation entre l'enfant et la mère ne devant pas alors empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du père. Ce qui va bien sûr dans le sens de la protection des droits du père.

Les droits de l'enfant ne sont pas non plus absents de cette décision puisque la Cour de cassation, dans son arrêt, vise l'article 7-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant selon lequel l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents. La Cour de cassation prend même le soin de préciser que ce texte est applicable directement devant les tribunaux français, ce qui est une solution récente.

3/ La possession d'état

La filiation peut être établie par un acte de notoriété.

L'acte de notoriété est un acte dressé par un juge d'instance. Il est délivré sur la base de plusieurs témoignages (trois en principe). Il peut être demandé par l'enfant ou par chacun des parents. Cet acte de notoriété ne peut plus être demandé au-delà d'un délai de cinq ans après la cessation de la possession d'état (article 317). Ainsi, un tel acte ne peut plus être demandé au-delà d'un délai de cinq ans après le décès du père.

Il permet d'établir un lien de filiation. En effet, la filiation qui découle de l'acte de notoriété doit être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

Cependant, l'acte de notoriété ne fait foi de la possession d'état que jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire qu'il est contestable. L'acte de notoriété peut être contesté dans un délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte.

Lorsque la filiation n'est pas établie au moyen d'un des modes d'établissement non contentieux, elle peut l'être par la voie d'une action en justice. Cette hypothèse étant, heureusement, moins fréquente.

1.2.2 - Les actions aux fins d'établissement de la filiation (article 325 s.)

Compte tenu de la nature de la filiation, qui est un élément de l'état des personnes, les actions en matière de filiation sont de la compétence exclusive du tribunal de grande instance. De plus, toujours en raison de leur nature, les actions en matière de filiation ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation. On ne peut pas par contrat renoncer à exercer une action en matière de filiation, c'est une matière indisponible.

Les héritiers d'une personne ont qualité pour agir aux mêmes conditions que la personne décédée. Enfin, en la matière, les jugements sont déclaratifs, ce qui signifie que la filiation est censée être établie depuis la naissance. L'effet est rétroactif.

En matière d'établissement de la filiation, il existe deux actions : l'action en recherche et l'action en constatation de possession d'état. Chacune de ces actions a pour objet d'établir la filiation.

1/ L'action en recherche

La filiation peut être établie par une action en recherche de paternité ou de maternité. Cette action peut être exercée par l'enfant (ou son représentant pendant sa minorité) pendant un délai de dix ans.

Le délai étant suspendu à l'égard de l'enfant pendant sa minorité, il a donc dix ans à compter de sa majorité pour agir. Un enfant peut donc faire une action en recherche de paternité ou de maternité jusqu'à ses 28 ans.

Il faudra rapporter la preuve de la paternité ou de la maternité, et l'expertise biologique sera de droit en la matière.

Les actions en recherche de paternité sont beaucoup plus fréquentes que les actions en recherche de maternité. Cela a toujours été le cas, mais la tendance pourrait s'accroître.

En effet, l'action en recherche de paternité est aujourd'hui beaucoup plus largement ouverte que par le passé. Avant 2005, le délai pour agir était de deux ans, et l'action n'était recevable que si des présomptions ou indices graves pouvaient être rapportés. Aujourd'hui, l'action en recherche de paternité est relativement ouverte.

Les actions en recherche de maternité devraient au contraire encore se raréfier. En effet, l'accouchement sous X constitue bien sûr une fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité et, depuis 2005, l'acte de naissance suffit à établir la filiation maternelle. L'action en recherche de maternité supposerait donc que la mère n'ait pas accouché sous X, mais que l'acte de naissance de l'enfant ne mentionne pas son nom. L'hypothèse devrait se rencontrer rarement.

L'accouchement sous X est expressément prévu par le Code civil depuis 1993. Le fait qu'il constitue un obstacle à l'action en recherche est parfois critiqué car un tel obstacle n'existe pas pour la recherche de paternité. La femme peut donc refuser que l'on établisse sa maternité là où l'homme ne peut pas refuser. De plus, cela pose un problème d'accès aux origines. La loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines a cependant mis en place des dispositifs pour permettre aux enfants nés sous X de retrouver leur génitrice si toutefois celle-ci accepte de lever le secret. Enfin, il n'est pas exclu que l'accouchement sous X soit un jour considéré comme contraire à l'article 7 de la Convention de 1990 sur les droits de l'enfant. Ce texte énonce le droit pour un enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux dans la mesure du possible. Cela peut apparaître en contradiction avec l'accouchement sous X, et il n'est pas certain que l'accouchement sous X tel qu'il existe actuellement ait encore de beaux jours devant lui.

2/ L'action en constatation de possession d'état

L'action en constatation de possession d'état permettra d'établir la filiation en rapportant la preuve de la possession d'état. Elle peut être exercée par toute personne qui y a intérêt dans les dix ans qui suivent la cessation de la possession d'état.

Cette action permettra d'établir la filiation en rapportant la preuve de la possession d'état. Dans le cadre de cette action, l'expertise biologique n'a pas lieu d'être. On ne prétend pas que la filiation est fondée sur la biologie. Elle l'est peut-être, peu importe. Il suffit de rapporter la preuve de la possession d'état pour établir la filiation. Dans un arrêt du 6 décembre 2005, la Cour de cassation a affirmé que l'expertise biologique n'était pas de droit en matière d'actions en constatation de possession d'état. Si la filiation découlant de la possession d'état est un jour contestée, alors l'expertise biologique pourra peut-être être demandée.

Lorsque la filiation est établie, elle peut dans certains cas être contestée et anéantie, c'est la question de la contestation de la filiation.

La contestation est possible même sans « remplacer » le lien de filiation. Il est en effet possible de contester une filiation sans prétendre en établir une autre.

La contestation sera indispensable lorsqu'un enfant a déjà une filiation établie et que l'on cherche à en établir une autre. En effet, le principe chronologique impose de contester la filiation avant d'en établir une autre. Par exemple, si un enfant a déjà une filiation établie à l'égard d'un homme, un autre homme ne peut pas le reconnaître sans avoir au préalable contesté la filiation existante.

1.3 - La contestation de la filiation

Le régime des actions est différent suivant que le titre permettant d'établir la filiation est corroboré ou non par la possession d'état. En présence d'une possession d'état, c'est-à-dire d'une filiation sociologique, vécue, la filiation est plus difficilement contestable et il ne sera pas toujours permis d'établir la filiation biologique. C'est ici que l'on perçoit l'équilibre que la loi tente de réaliser entre la recherche de la vérité biologique et la recherche de la vérité sociologique.

Différentes raisons expliquent ce choix : les conséquences pour l'enfant ne sont pas les mêmes et le lien est plus solide. Finalement, on considère que la filiation sociologique, lorsqu'elle a duré un certain temps, doit prévaloir sur la filiation biologique.

1.3.1 - La filiation établie par un titre non corroboré par la possession d'état

L'action en contestation d'une filiation établie par un titre mais non corroborée par la possession d'état, est ouverte à toute personne qui y a un intérêt pendant le délai de droit commun de dix ans (article 334).

C'est le cas par exemple lorsque le mari de la mère, désigné comme étant le père par la présomption de paternité, ne traite pas l'enfant comme le sien, ou lorsque l'auteur de la reconnaissance ne s'est jamais comporté comme un père.

1.3.2 - La filiation établie par un titre corroboré par la possession d'état

Dans cette hypothèse dans laquelle l'enfant est traité comme tel par ceux qui sont censés être ses parents, la filiation est davantage protégée.

En effet, l'action en contestation n'est ouverte qu'à certaines personnes : l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend être le véritable parent. De plus, elle est enfermée dans un délai plus court : la filiation ne sera plus contestable « lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement » (article 333). On voit ici que lorsque la possession d'état a duré plus de cinq ans, la vérité sociologique l'emporte sur la vérité biologique puisque aucune action n'est possible.

1.3.3 - La filiation résulte d'une possession d'état établie par acte de notoriété

Dans ce cas, la filiation peut être attaquée par tout intéressé dans les cinq ans qui suivent la délivrance de l'acte (article 335).

1.1.4 - La contestation par le ministère public

Le ministère public peut contester la filiation lorsque « des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi » (article 336). En pratique, ce sont essentiellement les cas de maternité de substitution (mère porteuse) qui sont visés.

Le texte traitant de la contestation par le ministère public ne précise pas le délai d'action. Il faut donc se référer au délai de droit commun de dix ans. L'action est donc enfermée dans un délai de dix ans. Lorsque la filiation est corroborée par la possession d'état, il faut peut-être appliquer l'article 333 et considérer que la filiation ne peut plus être contestée au-delà de cinq ans. L'interprétation des textes est ici incertaine.

Les cas de supposition ou substitution d'enfant, c'est-à-dire de soustraction ou d'échange de bébé à la naissance, ne font plus, depuis 2005, l'objet de dispositions particulières. Avant la réforme, dans ces cas, les possibilités d'actions en contestation étaient élargies. Aujourd'hui rien n'est prévu. Il s'agit peut-être d'un oubli du législateur. En effet, cela semble surprenant qu'en cas d'échange ou de soustraction de bébé à la naissance, aucune action ne puisse plus être engagée au-delà de cinq ans de possession d'état.

Cas pratique

Madame X et Monsieur Y sont mariés depuis 2002. En janvier 2005, ils ont été autorisés à résider séparément dans le cadre d'une procédure de divorce. Ils se sont reconciliés et ont repris la vie commune en juin 2006. Madame X a mis au monde un enfant en septembre 2006. Monsieur Y traite cet enfant comme le sien.

Monsieur Z a eu une aventure avec Madame X pendant l'année 2006. Il pense que

l'enfant de Madame X est le sien. On vous pose la question : que peut-il faire ?

Il faut d'abord déterminer la filiation actuelle de l'enfant

C'est un enfant né d'une femme mariée, il faut donc en priorité se demander si la présomption de paternité a pu jouer. La mère est mariée au moment de la conception et de la naissance. L'article 312 peut donc s'appliquer. **La présomption de paternité peut a priori jouer.**

Il faut cependant vérifier que l'on n'est pas dans un cas d'exclusion de la présomption. Selon l'article 313, la présomption est exclue si les parents étaient en période de séparation légale pendant la période de conception. En l'espèce, c'est le cas, pendant toute la période de conception, les époux étaient séparés et ils n'étaient pas encore réconciliés. **La présomption est donc exclue**

Il faut alors vérifier qu'elle n'est pas rétablie. L'alinéa 2 de l'article 313 précise que la présomption est rétablie de plein droit en cas de possession d'état à condition qu'aucun lien de filiation à l'égard d'un tiers ne soit établi. En l'espèce, Monsieur Y se comporte comme le père. **La présomption peut donc être rétablie** par la possession d'état car aucun autre lien de filiation n'a a priori été établi.

L'enfant a donc un lien de filiation paternelle qui désigne Monsieur Y comme son père.

En raison du principe chronologique, Monsieur Z ne peut pas reconnaître l'enfant. L'enfant a déjà une filiation, il faut donc la contester.

Les possibilités de contestation dépendent de l'existence ou de l'absence de possession d'état. En l'espèce l'enfant a une filiation corroborée par la possession d'état. Cela signifie que le délai pour contester la filiation est de cinq ans et que l'action n'est ouverte qu'à l'enfant, aux parents et à celui qui se prétend être le véritable parent. Monsieur Z peut agir puisqu'il se prétend être le véritable parent et il a jusqu'en septembre 2011 pour le faire.

Il devra rapporter la preuve que Monsieur Y n'est pas le père, mais **l'expertise biologique sera de droit.**

Si l'action réussit, l'enfant n'aura plus de lien de filiation paternelle. Monsieur Z pourra alors chercher à établir un lien de filiation à son égard.

Le plus simple sera qu'il reconnaisse l'enfant. La filiation sera alors établie à son égard par reconnaissance.

2 - La filiation par procréation médicalement assistée

Les progrès scientifiques ont permis depuis quelques décennies la naissance d'enfants qui n'ont pas été conçus naturellement au cours de relations sexuelles.

L'insémination artificielle avec le sperme du conjoint ou du concubin, dite IAC, est la première forme de PMA à être apparue. Ensuite, en 1973, les CECOS (Centres de

d'étude et de conservation du sperme) ont été créés et les inséminations avec du sperme d'un tiers donneur, dite IAD, se sont développées. Par la suite, Amandine, le premier « bébé éprouvette », est née en 1982. Il s'agit dans ce cas d'enfant conçu par fécondation in vitro, dite FIV, c'est-à-dire que la rencontre de l'ovule et du spermatozoïde donnant naissance à un embryon se déroule en laboratoire. L'embryon est ensuite transféré dans l'utérus de la mère. Enfin, le procédé de congélation des embryons ainsi obtenus s'est développé, permettant ainsi de tenter plusieurs FIV lorsque la précédente a échoué.

Ces procédés sont aujourd'hui courants et réglementés. La matière pourrait encore évoluer puisque d'autres procédés existent d'ores et déjà, mais sont jusqu'à présent interdits. C'est le cas tout d'abord des mères porteuses, mais c'est aussi peut-être le cas du clonage. Le clonage humain est aujourd'hui interdit, mais certains prétendent avoir la certitude de pouvoir le réaliser, quand ils ne prétendent pas tout simplement l'avoir déjà réalisé. Et puis, d'autres procédés pourraient à l'avenir voir le jour, comme par exemple l'utérus artificiel qui permettrait le développement de l'embryon en dehors du corps d'une femme.

La filiation par PMA a été réglementée par deux lois de 1994, dites « lois bioéthiques », élaborées sous l'égide du professeur Jean-François Mattéi. L'une de ces lois était relative au respect du corps humain et l'autre était relative au don et à l'utilisation des produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Il était prévu que ces lois soient révisées au bout de cinq ans compte tenu des incertitudes et du manque d'expérience en la matière. Ce n'est finalement que le 6 août 2004 qu'interviendra la seconde loi relative à la bioéthique. Il faut dire que la matière est délicate à réformer. Elle est en étroite dépendance avec les progrès de la science, on manque de recul sur ces questions, et il existe de nombreux sujets polémiques. Par exemple, la possibilité d'insémination avec le sperme du conjoint décédé a donné lieu à des appréciations divergentes, l'accès des homosexuels à la PMA fait l'objet de débats passionnés, de même que l'âge au-delà duquel l'accès à la PMA est fermé. On peut encore citer comme exemple la question des mères porteuses dont l'interdiction est, semble-t-il, de plus en plus remise en cause.

La première spécificité de la filiation par PMA est donc d'être encadrée par la loi. La conception naturelle d'un enfant est parfaitement libre là où la procréation médicalement assistée est encadrée. Seuls certains procédés sont autorisés et en plus, certaines conditions doivent être remplies pour y avoir accès (2.1). Par ailleurs, lorsqu'un enfant est né suite à une PMA, certaines adaptations du droit de la filiation sont nécessaires en ce qui concerne les règles d'établissement et de contestation de la filiation (2.2).

2.1 - Les possibilités d'accès à la PMA

La PMA est, en France, interdite pour une personne seule.

Seul un couple peut donc avoir accès à la PMA. Il doit pour cela remplir certaines conditions. S'il remplit toutes les conditions (2.1.1), il pourra accéder à la PMA, telle qu'elle est autorisée en France (2.1.2).

2.1.1 - Conditions relatives aux personnes désirant avoir recours à la PMA

La PMA ne peut être utilisée que dans deux situations qui doivent nécessairement être médicalement diagnostiquées. Elle est possible d'une part en cas d'infertilité pathologique, d'autre part en cas de risque de transmission à l'enfant ou à l'un des membres du couple d'une maladie particulièrement grave.

Le couple doit être en âge de procréer.

Le texte utilise les termes « l'homme et la femme formant le couple », ce qui semble bien exclure les couples homosexuels.

Ils doivent être mariés ou vivre en concubinage depuis au moins deux ans. Le couple doit toujours exister à la date de la PMA. La PMA ne doit pas avoir lieu en cas de décès d'un des membres du couple ou en cas de séparation du couple (la séparation du couple peut prendre la forme du dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou d'une cessation de la communauté de vie).

Chaque membre du couple doit consentir à l'insémination ou au transfert d'embryon. En matière de PMA, le consentement est très protégé. Il faut s'assurer d'un consentement véritable et conscient. Pour cela, l'obligation d'information qui pèse sur l'équipe médicale est très lourde. Ensuite, le consentement doit être confirmé par écrit après un délai de réflexion d'un mois depuis le dernier entretien.

Le médecin peut imposer un délai de réflexion supplémentaire s'il estime que c'est dans l'intérêt de l'enfant.

Lorsque la PMA a lieu grâce à un don d'un tiers, alors les deux membres du couple souhaitant accéder à la PMA doivent donner leur consentement devant un juge ou devant un notaire qui les informe des conséquences de cela en matière de filiation.

Dans tous les cas, le consentement doit exister jusqu'à la PMA, et il est possible à tout moment de le révoquer par écrit. Dans ce cas, cela fait obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryon.

2.1.2 - Pratiques de PMA autorisées

1/ Les procédés illicites

a/ Le recours à une mère porteuse

La maternité de substitution et la gestation pour autrui sont interdites en France. Ces deux procédés nécessitent le recours à une mère porteuse, soit avec ses propres gamètes, c'est-à-dire sans don d'ovules, soit avec les gamètes du couple demandeur, avec don d'embryon.

Le recours à une mère porteuse est interdit en France. Jusqu'en 1989, il existait des associations pour permettre aux personnes désireuses d'avoir recours à une mère porteuse et aux femmes souhaitant devenir mère porteuse de se rencontrer. Dans un arrêt de 1989, la Cour de cassation a jugé que ces associations avaient un objet illicite.

Les associations ont été dissoutes, mais la pratique des mères porteuses a perduré. Saisie sur le point de savoir s'il était possible d'adopter un enfant issu d'une mère porteuse, la Cour de cassation a jugé illicite l'ensemble du procédé comme contraire à l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes.

Le législateur, en 1994, a entériné cette solution puisque selon l'article 16-7 du Code civil, les contrats de mère porteuse sont nuls. Par ailleurs, des dispositions pénales sanctionnent cette pratique de peine de prison et d'amende. Ce sont des infractions considérées comme des atteintes à la filiation.

b/ Le don nominatif

La règle de l'anonymat est essentielle dans le droit français. Le donneur doit rester anonyme vis-à-vis du couple receveur et, de même, le couple receveur doit rester anonyme vis-à-vis du donneur. Il est donc impossible, par exemple, de faire appel à un membre de la famille ou à un ami.

Par ailleurs, le don doit obligatoirement être gratuit.

Le médecin peut dans certains cas avoir accès à des informations médicales concernant le donneur.

2/ Les procédés licites

a/ La procréation assistée endogène

La procréation assistée endogène, c'est-à-dire sans tiers donneur, est largement autorisée. Elle doit en principe être utilisée en priorité. Il s'agit ici d'utiliser les gamètes des deux membres du couple, puis de procéder à une insémination.

Deux techniques peuvent être utilisées : soit la femme est inséminée avec les gamètes de son partenaire, soit l'embryon est fécondé in vitro, puis implanté dans l'utérus de la femme.

Lorsqu'il est nécessaire que des embryons soient fécondés in vitro, il est fréquent que plusieurs soient fécondés « d'avance ». Certains d'entre eux peuvent ensuite ne jamais être utilisés. On les appelle « embryons surnuméraires ». Le couple peut autoriser la recherche sur ces embryons surnuméraires ou autoriser qu'ils soient donnés à un autre couple, toujours dans le respect de la règle de l'anonymat. Enfin, si les embryons ne font plus l'objet d'un projet parental, ils peuvent être détruits après un délai de cinq ans.

b/ La procréation assistée exogène

Il s'agit ici de faire appel à un ou à deux dons.

La PMA avec un donneur

Il peut s'agir soit d'un don de sperme, soit d'un don d'ovule pour ensuite procéder

comme pour la PMA endogène, soit à une insémination artificielle, soit à une fécondation in vitro. Ces pratiques sont autorisées. Les embryons surnuméraires sont soumis aux mêmes règles que ceux provenant d'une PMA endogène.

La PMA avec deux donneurs : le don d'embryon

Le don d'embryon est autorisé, mais c'est une pratique très encadrée car génétiquement, l'enfant ne sera l'enfant d'aucun des membres du couple.

Il faut d'abord que les autres techniques ne puissent pas être utilisées par le couple, le don d'embryon ne peut être utilisé qu'en dernier recours.

De plus, seule une décision judiciaire peut autoriser l'accueil de l'embryon. La procédure peut être assimilée à une **adoption prénatale** puisque le juge donne l'autorisation au couple pour trois ans après avoir vérifié les conditions d'accueil de l'enfant à naître.

Par ailleurs, seuls les embryons surnuméraires, c'est-à-dire ceux qui ont été conçus par un autre couple dans le cadre d'un projet parental peuvent être utilisés. Il est interdit de créer des embryons en vue d'un don d'embryons. Seuls des embryons existant déjà peuvent être utilisés.

Il en est de même pour la recherche. On peut à certaines conditions utiliser des embryons, mais uniquement des embryons créés par un couple dans le cadre d'un projet parental, uniquement des embryons surnuméraires.

2.2 - L'établissement et la contestation de la filiation de l'enfant né par PMA

Le fait que l'enfant soit issu d'une PMA ne modifie pas en principe les règles d'établissement et de contestation de la filiation. Par exemple, si un enfant naît après insémination artificielle d'une femme mariée, son père est le mari de la mère en application de la présomption de paternité du mari de la mère.

Toutefois, il existe une spécificité en matière de PMA. Lorsque l'enfant n'est pas génétiquement l'enfant du couple qui a souhaité avoir recours à la PMA, il faut pourtant considérer que c'est ce couple qui est le couple de parents. Par exemple, si un couple dont le mari est stérile décide de faire appel à un don de sperme, il va falloir considérer que c'est le mari qui est le père, même si c'est génétiquement faux. En réalité, la filiation va ici être fondée non pas sur la biologie mais sur la volonté. Le père sera celui qui a consenti à la PMA. Afin que cette idée soit respectée, le législateur a adopté des règles correctrices des règles du droit commun de la filiation. Ces règles figurent dans une section du Code civil intitulée « de l'assistance médicale à la procréation ». Certaines règles portent sur l'établissement de la filiation, d'autres portent sur la contestation de la filiation. La section comporte deux articles.

Tout d'abord, l'article 311-19 interdit qu'un lien de filiation soit établi entre l'enfant et le tiers donneur.

Ensuite, l'article 311-20 précise que le consentement donné à une PMA fait obstacle

à toute action en établissement ou en contestation de la filiation, sauf à prétendre que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement n'était pas valable.

L'article précise aussi que si le père ne reconnaît pas l'enfant issu de la PMA, il engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant, il leur devra donc des dommages et intérêts. De plus, dans cette situation, sa paternité sera judiciairement déclarée, comme dans le cadre d'une action en recherche de paternité, mais ici sur le fondement du consentement que l'homme avait donné à la PMA.

3 - L'adoption

La dernière réforme en matière d'adoption date du 4 juillet 2005. Cette loi du 4 juillet 2005 n'a pas bouleversé le visage de l'adoption. La réforme a porté essentiellement sur les organes intervenant dans la procédure et sur la procédure elle-même. Le but de la loi de 2005 était de rendre la procédure d'adoption plus simple, plus transparente et plus rapide.

Aujourd'hui, il y a en France nettement moins d'enfants adoptables que de demandeurs, de candidats à l'adoption. C'est en partie pour cette raison que l'adoption internationale se développe. C'est aussi pour cette raison que le législateur semble parfois tenté de rendre plus souples les conditions pour qu'un enfant soit adoptable. En même temps, il ne faut pas oublier que l'adoption doit permettre de donner une famille à un enfant et non pas de donner un enfant à une famille. Les interventions du législateur ne peuvent donc pas aller trop loin.

Il existe en France deux types d'adoption : l'adoption plénière (3.1) et l'adoption simple (3.2), les deux n'ont pas les mêmes effets, et certaines conditions diffèrent également.

3.1 - L'adoption plénière

Comme son nom l'indique, c'est l'adoption la plus complète. Elle conduit à la suppression de tout autre lien de filiation.

S'il y avait un lien de filiation préexistant, celui-ci est anéanti et remplacé par le lien de filiation adoptive. Aucun lien de filiation biologique ne pourra plus être établi. Celui qui existait ne produira plus aucun effet (il n'existe que deux exceptions à cette règle fondamentale : 1/ les empêchements à mariage en raison d'un lien de parenté ou d'alliance sont maintenus vis-à-vis de la famille d'origine. 2/ en cas d'adoption de l'enfant du conjoint, le lien de filiation préexistant perdure).

L'adoption plénière efface la filiation biologique et crée un véritable lien de filiation. Ce nouveau lien de filiation produit les mêmes effets que tous liens de filiation (ex. : en matière de nom, d'obligation alimentaire, de succession...).

L'enfant adopté en la forme plénière entre complètement dans sa famille adoptive, y compris à l'égard des grands-parents adoptifs.

L'adoption est un acte de volonté, mais comme un enfant est en jeu et que son intérêt doit prévaloir, le juge va intervenir dans la création de ce lien de filiation.

Il va intervenir d'abord pour contrôler que toutes les conditions de l'adoption sont remplies.

Le rôle du juge va aussi être de vérifier que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. C'est un point important car on considère que l'adoption est une institution au service de l'enfant, il s'agit de donner une famille à un enfant et non l'inverse.

Tous ces éléments justifient la lourdeur de la procédure d'adoption. La création du lien de filiation adoptive suppose que différentes conditions de fond (3.1.1) et de forme (3.1.2) soient remplies.

3.1.1- Les conditions de fond

L'une des conditions les plus importantes est que l'enfant soit adoptable. C'est la principale condition relative à l'adopté (1). Ensuite, il existe des conditions portant sur l'âge, le consentement et la situation familiale de l'adoptant (2).

1/ Conditions relatives à l'adopté

La première condition pour adopter un enfant est que celui-ci soit adoptable. Il existe trois catégories d'enfants adoptables :

- « Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption »

Le consentement à l'adoption doit être donné en respectant des formes particulières. C'est un acte suffisamment important pour que l'on exige la forme authentique. Le consentement à l'adoption peut être donné devant un notaire ou devant le greffier du tribunal d'instance, ou encore devant un agent diplomatique ou consulaire. Toutefois, lorsque l'enfant a été confié à l'Aide sociale à l'enfance, le consentement peut alors être donné auprès des services de l'ASE.

En toutes hypothèses, lorsque l'enfant a moins de 2 ans, le consentement ne sera valable que si l'enfant a été effectivement remis à l'ASE ou à un autre organisme autorisé pour l'adoption.

Au-delà de cet âge, il peut être confié à une autre personne, qui pourra ensuite devenir l'adoptant.

Ensuite, ce consentement peut être rétracté pendant un délai de deux mois, par lettre recommandée avec accusé de réception, auprès de la personne qui avait reçu le consentement. Au-delà du délai de deux mois, la rétractation ne sera possible que si l'enfant n'a pas encore été placé en vue de son adoption.

Il faut encore préciser que si les parents ou l'un d'entre eux ou le conseil de famille refusent de consentir à l'adoption, le juge peut passer outre ce refus et prononcer l'adoption dans certaines circonstances. Selon l'article 348-6, en cas de refus abusif de

consentir à l'adoption par l'un des parents, les deux ou le conseil de famille, le juge peut quand même prononcer l'adoption s'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité.

- Les pupilles de l'Etat

Les pupilles de l'Etat sont les enfants qui ont été déclarés ainsi par une décision administrative. Il existe plusieurs catégories de pupilles de l'Etat. Cela peut être des enfants orphelins recueillis depuis plus de deux mois par les services de l'ASE, ou des enfants dont la filiation est inconnue, également recueillis par ces services depuis plus de deux mois. Cela peut aussi être des enfants recueillis par les services de l'ASE depuis plus de deux mois car leurs deux parents ont perdu leurs droits en matière d'autorité parentale. Enfin, cela peut être des enfants abandonnés par leurs parents et également recueillis à l'ASE. C'est le conseil de famille qui aura été mis en place pour les pupilles de l'Etat qui va consentir à l'adoption.

- Les enfants déclarés abandonnés

Pour qu'un enfant soit déclaré abandonné, il faut qu'il ait été recueilli par un tiers et que ses parents s'en soient manifestement désintéressés pendant un délai d'un an suivant la demande en déclaration d'abandon.

Jusqu'à l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur l'adoption, il existait une exception qui était le cas de grande détresse des parents. Cela limitait le nombre d'enfants adoptables et conduisait à laisser des enfants sans famille adoptive alors même qu'ils en avaient besoin. Le texte de 2005 supprime cette exception. Lorsqu'un autre membre de la famille souhaite prendre en charge l'enfant, cela constitue un obstacle à la déclaration d'abandon. En toutes hypothèses, c'est le tribunal de grande instance qui est compétent sur cette question.

Outre le fait que l'enfant doit être adoptable, il existe quelques autres conditions relatives à l'adopté. Elles portent sur l'âge et le consentement.

L'enfant adopté doit être âgé de 15 ans au maximum (sauf lorsqu'il a été recueilli ou fait l'objet d'une adoption simple dans cette famille auparavant, alors l'âge maximal est repoussé à 20 ans).

A partir de 13 ans, l'enfant doit donner son consentement à l'adoption par acte authentique, et dès qu'il est doué de discernement, il peut être entendu par le juge.

2/ Conditions relatives à l'adoptant

Le consentement de l'adoptant est indispensable.

L'adoption par un couple est possible mais uniquement s'il s'agit d'un couple marié (le couple doit être marié depuis deux ans ou avoir chacun plus de 28 ans). L'adoption par un couple de pacsés ou de concubins n'est donc pas possible.

Pour les personnes célibataires, l'adoption est possible, à condition d'être âgé d'au

moins 28 ans.

L'enfant adopté doit être âgé d'au minimum 15 ans de moins que l'adoptant. Le juge peut toutefois prononcer une adoption même si cette condition n'est pas remplie. Les liens de parenté ou d'alliance ne constituent pas un obstacle à l'adoption (sauf filiation incestueuse).

Lorsque l'enfant qui va être adopté est l'enfant du conjoint, il existe certaines spécificités. L'adoption par le conjoint est possible : lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint, ou lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale, ou encore lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou que ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant. Il n'y a pas de condition d'âge pour adopter l'enfant du conjoint. De plus, dans ce cas, la condition de différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté est réduite à dix ans.

Au niveau des effets de l'adoption, l'adoption de l'enfant du conjoint présente la spécificité de ne pas anéantir le lien de filiation préexistant. L'enfant sera considéré après l'adoption comme l'enfant du couple. Cela signifie qu'un lien de filiation adoptive sera créé à l'égard du parent adoptif et que, à l'égard de l'autre membre du couple, le lien de filiation qui existait sera maintenu.

3.1.2 - Les conditions de forme

Les conditions de forme de l'adoption ont été légèrement retouchées par la loi du 4 juillet 2005 réformant l'adoption. Cette loi ne tend pas à modifier les conditions de fond de l'adoption, mais seulement à en faciliter le déroulement. Les trois axes de la loi sont les suivants :

L'agrément : l'objectif est de raccourcir les délais et de réaliser une harmonisation au niveau national. De plus, l'information des postulants à l'adoption doit être renforcée.

Le suivi des enfants : un suivi plus étroit de l'enfant étranger adopté en France est prévu.

Création de l'AFA (Agence française pour l'adoption) : son but est d'accompagner les parents adoptifs dans leurs démarches.

Le déroulement de la procédure : lorsque les parents souhaitant adopter un enfant ne l'ont pas encore recueilli (ce qui est le cas le plus fréquent, l'autre cas étant celui où on recueille un enfant pour ensuite décider de l'adopter), ils doivent obtenir un agrément. Celui-ci est délivré par le président du Conseil général après une enquête administrative dont l'objectif est de s'assurer des conditions d'accueil matérielles et morales de l'enfant. Le refus d'agrément doit être motivé.

Il faut également que l'enfant ait été **placé**, c'est-à-dire remis à ses futurs parents adoptifs, ce qui constitue une préadoption.

Il faut ensuite qu'une requête soit déposée au tribunal de grande instance. Le juge

vérifie les conditions, vérifie que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant et prononce l'adoption. S'il rejette la requête, le juge doit motiver sa décision. Le **jugement** peut faire l'objet d'un appel et d'un pourvoi. Le jugement est dit constitutif et ne prend effet qu'au jour du dépôt de la requête.

Lorsque la décision d'adoption est passée en force de chose jugée, elle doit être transcrite dans les quinze jours sur les registres d'état civil du lieu de naissance de l'adopté, à la requête du procureur. La transcription doit énoncer certains éléments (nom, prénoms, date et lieu de naissance...), mais ne doit donner aucune indication sur la filiation biologique. La transcription remplace l'acte de naissance pour l'adopté. L'acte de naissance est conservé avec la mention adoption et considéré comme nul.

Une fois l'adoption plénière prononcée, celle-ci est **définitive et irrévocable**. Un véritable lien de filiation sera créé avec les mêmes effets que tous liens de filiation.

Depuis une loi de 1996, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est cependant permise.

3.2 - L'adoption simple

Les deux grandes différences entre l'adoption simple et l'adoption plénière sont que l'adoption simple ne rompt pas les liens existant avec la famille d'origine et qu'elle est révocable.

Ainsi, les conditions de l'adoption simple (3.2.1) diffèrent peu de celles de l'adoption plénière. En revanche, les deux institutions sont très différentes au niveau des effets (3.2.2).

3.2.1 - Les conditions

Les mêmes conditions que celles de l'adoption plénière doivent être remplies à deux exceptions près :

L'adoption est possible quel que soit l'âge de l'adopté, même s'il est majeur

Il est possible d'adopter en la forme simple l'enfant du conjoint même si celui-ci a déjà une filiation établie à l'égard de ses père et mère.

La procédure est en principe la même (mais, de fait, l'agrément sera beaucoup moins demandé puisqu'il s'agira souvent de personnes qui vivent déjà ensemble,) et le placement n'est pas nécessaire.

3.2.2- Les effets

Le jugement n'est pas forcément transcrit sur les registres de l'état civil, il peut être simplement mentionné en marge de l'acte de naissance de l'adopté.

Le lien avec la famille biologique est maintenu, mais un nouveau lien est créé. Il apparaît que c'est le lien avec la famille adoptive qui est prédominant.

L'adopté garde en principe le nom de sa famille d'origine, mais il lui ajoute celui de ses parents adoptifs. Le juge peut décider qu'il ne portera que celui de son adoptant.

Les parents biologiques pourront obtenir un droit de visite. En revanche, ils perdent l'autorité parentale (une exception est possible dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint). L'autorité parentale est donc transférée aux parents adoptifs.

L'obligation alimentaire demeure, mais ce sont les parents adoptifs qui y sont tenus en priorité.

L'enfant aura des droits dans la succession de chacune de ses deux familles.

Enfin, il faut préciser que l'adopté simple n'entre pas dans la famille de l'adoptant et donc par exemple, il n'existe donc pas d'obligation alimentaire entre lui et ses grands-parents adoptifs.

L'adoption simple n'est pas définitive, un jugement peut la révoquer pour des motifs graves. Cette révocation peut être prononcée à la demande de l'adoptant si l'adopté a plus de 15 ans ou de l'adopté ou, s'il est mineur, de certains membres de sa famille d'origine ou du ministère public.

Enfin, l'adoption simple peut être transformée en adoption plénière jusqu'aux 20 ans de l'enfant. Il faut que l'adoption simple ait été prononcée avant les 15 ans de l'enfant et que les autres conditions de l'adoption plénière soient remplies.

Section 2 : L'autorité parentale et l'obligation d'entretien

Selon l'article 371-1 du code civil : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. » C'est donc un droit finalisé, c'est-à-dire un droit qui ne peut s'exercer que dans une finalité particulière qui est l'intérêt de l'enfant.

L'article précise ensuite : « Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. » L'autorité parentale a donc des fonctions précise tenant à la santé, la sécurité, la moralité et l'éducation de l'enfant.

Enfin, l'article 371-1 précise encore que « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. » Cette précision est le reflet de la tendance depuis plusieurs décennies à une meilleure prise en compte des souhaits, des aspirations des enfants.

L'article suivant, l'article 371-2 dispose : « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant.» Cet article énonce le principe de l'obligation d'entretien. C'est une conséquence directe de la filiation.

Il y a donc deux conséquences essentielles de la filiation : l'autorité parentale (1) et la contribution à l'entretien de l'enfant (2).

1 - L'autorité parentale

Les titulaires de l'autorité parentale sont en principe les père et mère, même en cas de séparation des parents (1.1). Ils doivent faire bon usage de leur autorité parentale car celle-ci a une fonction prédéterminée (1.2).

1.1 - Les titulaires de l'autorité parentale

En principe, les parents sont les titulaires de l'autorité parentale, celle-ci dépend du lien de filiation (1.1.1). En cas de séparation des parents, la situation reste théoriquement la même, mais des aménagements sont parfois nécessaires (1.1.2).

1.1.1 - Le principe : l'autorité parentale, un effet de la filiation

En principe, ce sont les père et mère, à égalité, qui sont titulaires de l'autorité parentale. Depuis la loi du 4 mars 2002, l'idée de coparentalité est très forte et l'autorité parentale ne dépend plus désormais du statut des parents. L'article 373-2 l'énonce

clairement. Selon cet article : « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale. »

Il demeure bien sûr nécessaire que la filiation soit établie. Il faut donc distinguer trois situations : celle dans laquelle aucune filiation n'est établie, celle dans laquelle une seule filiation est établie et, enfin, celle dans laquelle les deux liens de filiation (paternelle et maternelle) sont établis.

Lorsque aucun lien de filiation n'est établi, l'enfant est soumis au régime de la tutelle.

Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent (qui la plupart du temps sera la mère), celui-ci est seul titulaire de l'autorité parentale. Il en est de même en cas de décès d'un parent. On parle alors d'administration légale sous contrôle judiciaire. Dans ce cas, pour les actes les plus graves, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent être faits par un tuteur sans autorisation, le parent seul titulaire de l'autorité parentale devra demander l'accord du juge des tutelles (cf. supra la partie consacrée à l'incapacité des mineurs).

Lorsqu'elle est établie à l'égard des deux parents, l'autorité parentale appartient naturellement aux deux parents et elle s'exerce de façon conjointe. On parle d'administration légale pure et simple. Il existe toutefois deux exceptions à cet exercice conjoint.

La première exception est le cas dans lequel la filiation du second parent est établie alors que l'enfant a plus d'un an. C'est le cas, par exemple, si le père ne reconnaît pas immédiatement l'enfant, mais ne le fait que lorsque celui-ci a plus d'un an.

La seconde exception est le cas dans lequel la filiation est établie au moyen d'une action en recherche de paternité ou de maternité.

Mais dans ces deux hypothèses : « L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère devant le greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales » (article 372).

1.1.2 - L'autorité parentale en cas de séparation des parents

Le principe est que la séparation est sans incidence sur l'autorité parentale. L'exercice reste en principe conjoint.

Toutefois, l'article 373-2-1 prévoit que, dans l'intérêt de l'enfant, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents. Dans la mesure où le principe est le partage de l'autorité parentale, ce n'est que dans des circonstances particulières que l'autorité parentale devra être confiée à un seul parent. Une simple référence à l'intérêt de l'enfant ne saurait suffire. C'est ainsi que s'oriente la jurisprudence.

Dans le cas exceptionnel dans lequel le juge confie l'exercice de l'autorité parentale à un seul parent, l'autre parent a en principe un droit de visite et d'hébergement. Ce droit ne peut lui être refusé que pour des motifs graves. De plus, le parent privé de l'exercice

de l'autorité parentale « conserve le droit et le devoir de surveiller l'entretien et l'éducation de l'enfant. Il doit être informé des choix importants relatifs à la vie de ce dernier » (article 371-2-1). En outre, il reste tenu de l'obligation d'entretien de l'enfant.

En dehors de cette exception, le principe est donc l'exercice conjoint, mais face à la séparation des parents, la gestion de cet exercice conjoint peut nécessiter certains aménagements. Il faudra déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant.

Les parents peuvent s'accorder pour aménager cela comme ils le souhaitent. Ils peuvent demander au juge aux affaires familiales qu'il homologue leur accord.

A défaut d'un accord, les parents peuvent aussi saisir le juge afin qu'il se prononce sur ces questions. Le ministère public, éventuellement saisi par un tiers, peut aussi saisir le juge. Le juge prendra toutes ses décisions en fonction de l'intérêt de l'enfant qui est le maître mot en la matière.

En ce qui concerne les modalités d'exercice, le juge peut fixer la résidence de l'enfant en alternance chez les deux parents ou chez l'un d'eux. La résidence alternée est donc possible. La loi oblige à signaler préalablement tout déménagement susceptible de modifier les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

En outre, le juge peut prendre des mesures afin de s'assurer que chaque parent peut maintenir des liens avec l'enfant. Il peut faire inscrire sur le passeport des parents l'interdiction de sortie du territoire sans l'accord des deux parents. Cette mesure est destinée à prévenir l'enlèvement international d'enfant, si difficile à gérer.

Pour se prononcer, le juge peut entendre les enfants doués de discernement. Depuis la loi du 5 mars 2007 portant sur la protection de l'enfance, si l'enfant doué de discernement demande à être auditionné, cette audition est de droit. Le juge doit aussi favoriser les accords entre époux, prendre en compte leurs pratiques et l'aptitude de chaque parent à respecter l'autre. En outre, le juge peut bien sûr demander des expertises et/ou une enquête sociale pour prendre sa décision.

A tout moment, toutes les décisions concernant l'autorité parentale peuvent être modifiées.

Enfin, exceptionnellement, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, il peut être confié à un tiers, qui peut être un membre de la famille ou un établissement d'éducation ; ce sera souvent quand l'un des parents est privé de l'exercice de l'autorité parentale et que l'autre est décédé.

1.2 - La fonction de l'autorité parentale : l'intérêt de l'enfant

L'autorité parentale est un droit finalisé, il s'exerce dans l'intérêt de l'enfant. Le contenu de l'autorité parentale est en rapport étroit avec cette idée directrice (1.2.1). C'est également cette idée qui justifie que des organes extérieurs à la famille interviennent lorsque l'intérêt de l'enfant le commande (1.2.2).

1.2.1 - Le contenu de l'autorité parentale

Les titulaires de l'autorité parentale fixent la résidence de l'enfant et peuvent le contraindre, au besoin en ayant recours à la force publique, à y demeurer. L'enfant n'a pas le droit de quitter la maison de ses parents. Inversement, ceux-ci n'ont pas le droit de l'en chasser.

Ils ont le devoir de surveiller l'enfant dans sa santé, dans sa moralité et dans sa sécurité. A ce titre, ils peuvent dans une certaine mesure contrôler ses fréquentations. Ils ne peuvent cependant pas le priver de voir ses ascendants sans motif réel valable. En effet, « L'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants. Seul l'intérêt de l'enfant peut faire obstacle à l'exercice de ce droit » (article 371-4). L'enfant a donc le droit de voir ses grands-parents. Si les parents ne le lui permettent pas, le juge peut intervenir et fixer les modalités de leurs relations. Cette possibilité d'intervention du juge pour fixer les modalités des relations entre l'enfant et ses grands-parents existe aussi pour les relations d'un enfant avec un tiers, par exemple avec son ex-beau-père ou son ex-belle-mère.

Les titulaires de l'autorité parentale doivent veiller à l'éducation de l'enfant et doivent prendre les décisions la concernant.

L'autorité parentale donne aussi un droit de jouissance sur les biens de l'enfant. Les revenus qu'ils tirent des biens doivent cependant servir à l'éducation de l'enfant. Le droit de jouissance légale cesse lorsque l'enfant a 16 ans, les parents doivent alors conserver tous les revenus que les biens produiraient et restituer cela à l'enfant à sa majorité. Seuls les biens obtenus par le travail et les biens reçus par donation ou legs précisant que les parents n'en jouiront pas échappent à ce droit de jouissance légale.

1.2.2 - L'intervention de l'Etat dans l'exercice de l'autorité parentale

Différentes mesures peuvent être prises, des mesures plus ou moins lourdes en fonction des problèmes familiaux rencontrés. Concrètement, un certain nombre d'organismes vont être amenés à intervenir, soit pour signaler les problèmes, soit pour mettre en œuvre les mesures qui seront prises. Le plus important est sans doute l'Aide sociale à l'enfance qui dépend du Conseil général.

1/ Les mesures d'assistance éducatives

Elles peuvent être ordonnées dans deux cas : tout d'abord si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ensuite, si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises.

C'est le juge pour enfants qui est en principe compétent, il peut être saisi par les père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, le mineur lui-même ou le ministère public. Exceptionnellement, le juge peut se saisir d'office.

Le juge peut demander davantage de précisions, entendre certaines personnes, demander une enquête... Il peut ensuite prendre différentes mesures de nature à améliorer la situation, toujours dans l'intérêt de l'enfant.

Dans la mesure du possible, le juge laissera l'enfant dans son milieu familial. Il peut subordonner ce maintien à certaines conditions. Il prendra une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert (AEMO) en chargeant une personne, ou plus fréquemment un service, d'aider l'enfant et sa famille à surmonter les difficultés.

Lorsque le maintien dans la famille n'est pas possible, le juge peut placer l'enfant. Il le confiera alors soit à l'autre parent, soit à un autre membre de la famille, soit à un tiers digne de confiance, soit à un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, soit enfin à un service départemental de l'Aide sociale à l'enfance.

Une assistance éducative d'une personne qualifiée ou d'un service spécialisé est alors possible en complément, sauf lorsque l'enfant est confié à l'ASE.

En cas de placement, les parents conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Ces droits peuvent cependant exceptionnellement être suspendus lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.

A tout moment, toutes les mesures peuvent être modifiées.

Dans tous les cas, les parents conservent l'exercice de l'autorité parentale, mais uniquement dans la mesure où cela est compatible avec la mesure éducative. Dans le cas du placement, cela se concrétise donc uniquement par le droit de correspondance et de visite.

2/ La délégation de l'autorité parentale

La délégation peut être volontaire ou forcée.

Selon l'article 377, elle peut être volontaire puisque : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'Aide sociale à l'enfance. »

Elle peut également être forcée, selon le même article : « En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'Aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale. »

La délégation peut dans tous les cas être totale ou partielle. Les parents restent toutefois titulaires de l'autorité parentale, et notamment le droit de consentir à l'adoption ne fait pas l'objet de la délégation.

La délégation est de nature provisoire, elle peut être modifiée par un nouveau jugement.

Dans la mesure où la délégation n'est pas totale, cela peut aboutir à un partage de l'autorité parentale.

Cette possibilité de délégation partielle a récemment donné lieu à des arrêts importants concernant les couples homosexuels.

Tout d'abord, la Cour de cassation (Civ. 1re 24 février 2006) a estimé qu'il était possible, pour une mère seule titulaire de l'autorité parentale, d'en déléguer l'exercice, en totalité ou en partie, à la femme avec laquelle elle vivait de façon stable et continue, à condition que les circonstances l'exigent et que cela soit conforme à l'intérêt de l'enfant. L'autorité parentale peut ainsi être exercée en totalité ou en partie par la concubine de la mère homosexuelle.

Dans cet arrêt, la Cour a également précisé que le caractère partiel de la délégation ne supposait pas que soient précisés quels étaient les droits délégués. En cas de délégation partielle, l'autorité parentale est en fait exercée par plusieurs personnes. Les attributs de l'autorité parentale sont partagés entre plusieurs personnes.

Plus récemment encore, la Cour de cassation s'est prononcée sur une question similaire. Dans deux arrêts du 20 février 2007, elle a estimé que l'adoption simple des enfants d'une femme par sa compagne pacsée n'était pas conforme à l'intérêt des enfants car la mère naturelle, du fait de l'adoption simple, perdrait l'autorité parentale.

La Cour de cassation a précisé à l'occasion de ces affaires que la solution de la délégation de l'autorité parentale pour rendre à la mère naturelle son autorité parentale n'était pas possible car cela serait antinomique et contradictoire par rapport à la demande d'adoption.

Il faut donc considérer que la délégation d'autorité parentale dans le cadre d'un couple homosexuel est possible lorsque les circonstances l'exigent. Mais que cela ne peut pas se faire à la suite d'une adoption simple, car c'est en contradiction avec l'adoption simple qui permet précisément à l'adoptant d'exercer l'autorité parentale.

3/ Le retrait de l'autorité parentale

A la différence de l'assistance éducative et de la délégation de l'autorité parentale, qui sont destinées à aider les parents, il ne s'agit plus ici de cela. On considère ici que les parents sont indignes d'exercer l'autorité parentale.

Ainsi, selon l'article 378, les père et mère qui sont condamnés, « soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant, soit comme coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis par leur enfant » peuvent se voir retirer totalement l'autorité parentale par une disposition expresse du jugement pénal.

En dehors de toute condamnation pénale, le retrait de l'autorité parentale est encore possible dans deux cas (article 378-1) :

lorsque les père et mère soit par de mauvais traitements, soit par une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques ou un usage de stupéfiants, soit par

une inconduite notoire ou des comportements délictueux, soit par un défaut de soins ou un manque de direction, ont mis manifestement en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant ;

lorsqu'une mesure d'assistance éducative avait été prise à l'égard de l'enfant, et que les père et mère pendant plus de deux ans, se sont volontairement abstenus d'exercer les droits et de remplir les devoirs que leur laissait l'article 375-7 (correspondance et visite) pendant deux ans.

L'enfant est alors confié à l'autre parent s'il exerce l'autorité parentale ou à un tiers ou à un service de l'ASE.

Le retrait peut n'être que partiel. Il est provisoire et une demande en restitution des droits d'autorité parentale est possible, mais il faut invoquer des circonstances nouvelles, et la demande ne peut être faite avant un délai d'un an.

Le retrait devient définitif cependant si l'enfant a été placé en vue d'une adoption.

2 - L'obligation d'entretien

Le principe de l'obligation d'entretien figure à l'article 371-2. Selon l'alinéa 1 de ce texte, « Chacun des parents contribue à l'entretien et à l'éducation des enfants à proportion de ses ressources, de celles de l'autre parent, ainsi que des besoins de l'enfant. » Ce texte figure donc dans le titre du Code civil consacré à l'autorité parentale. Pourtant, l'obligation d'entretien n'est pas un effet de l'autorité parentale, ce n'est pas une conséquence de l'autorité parentale, c'est une conséquence directe de la filiation. Tout parent y est tenu, même s'il n'exerce pas l'autorité parentale, même si l'autorité parentale lui a été retirée.

L'alinéa 2 de l'article précise que « Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur. » L'obligation d'entretien ne cesse donc pas en même temps que l'autorité parentale, elle va au-delà. Cela signifie que tant que l'enfant ne peut pas subvenir seul à ses besoins, ses parents doivent le faire. La pension versée par un parent pendant la minorité, par exemple suite à un divorce, ne cesse donc pas automatiquement à la majorité, sauf dispositions contraires du jugement.

Lorsque les enfants vivent avec leurs parents, l'obligation d'entretien s'exécute en nature. Lorsque l'enfant ne vit pas avec ses parents, l'obligation d'entretien peut alors prendre la forme d'une pension alimentaire. Le montant de cette pension peut être déterminé par les parents eux-mêmes, et comme en matière d'autorité parentale, cet accord peut être homologué. En cas de désaccord, c'est le juge qui détermine comment doit s'exécuter l'obligation d'entretien. Le montant de cette contribution est déterminé selon les ressources de chacun et les besoins de l'enfant. La pension est versée à l'autre parent ou à la personne à qui l'enfant a été confié. Lorsque l'enfant est majeur, le juge peut décider qu'il recevra directement la pension.

Le montant et les modalités de la pension sont révisables à tout moment car la pension doit évoluer en même temps que les ressources et les besoins de chacun.

Si les parents sont dans l'incapacité de subvenir aux besoins de leurs enfants, et uniquement dans ce cas, il est possible de faire appel à la solidarité de la famille plus élargie.

En effet, il existe des obligations alimentaires entre membres de la famille, qui obligent à ne pas laisser un membre de sa famille dans le besoin.

Cette obligation existe en ligne directe ascendante et descendante. Elle est dans une certaine mesure étendue aux alliés. Ainsi, la belle-fille y est tenue envers sa belle-mère. Bien sûr en cas de divorce, cette obligation disparaît, et en cas de décès de l'époux, elle ne disparaît qu'en l'absence d'enfants communs vivants.

L'article 207 précise : « Néanmoins, quand le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations envers le débiteur, le juge pourra décharger celui-ci de tout ou partie de la dette alimentaire. » Ainsi, lorsqu'un parent a gravement manqué à ses devoirs envers son enfant, celui-ci pourra se voir décharger de tout ou partie de la dette alimentaire à son égard.

L'obligation alimentaire doit permettre de ne pas être dans le besoin. Elle est révisable à tout moment pour s'adapter à l'évolution des ressources et des besoins de chacun. Le fait de ne pas verser une pension alimentaire prévue par une décision judiciaire pendant plus de deux mois est une infraction pénale, c'est ce que l'on appelle un abandon de famille au sens du droit pénal.

Troisième partie : Droit des biens

Il est utile en introduction de préciser l'objet du droit des biens. Cela nécessite de définir le terme « bien », ce qui s'avère délicat (1). En revanche, classer les biens en différentes catégories est relativement aisé et permet finalement de cerner la notion de bien (2). La notion de patrimoine constitue également une clé (3).

1- Recherche d'une définition

Donner une définition précise du terme « bien » est aujourd'hui délicat.

A l'époque de l'élaboration du Code civil, le droit a été construit sur le duo bien-personne. Le sens du mot bien devait être compris par opposition avec le mot personne. Le terme bien visait tout objet qui n'est pas une personne.

Il n'est pas certain aujourd'hui que tout ce qui n'est pas un bien soit une personne et que tout ce qui n'est pas une personne soit un bien. Si l'on réfléchit à la qualification de l'embryon ou de l'animal domestique, on perçoit que les choses ne sont pas toujours si simples. Il existe peut-être une catégorie tierce, ni bien, ni personne. Il faut toutefois reconnaître que, en dehors de cas particuliers, tout ce qui n'est pas personne peut être qualifié de bien.

L'autre difficulté provient du fait que, à l'époque de l'élaboration du Code civil, la matière avait beaucoup plus de valeur, était beaucoup plus importante que le virtuel. La place du virtuel, de l'immatériel dans la société n'avait rien de comparable avec ce qu'elle est aujourd'hui. Les biens et les choses étaient donc nécessairement matériels, à de rares exceptions près.

Actuellement, les biens incorporels ont une importance qui ne cesse de croître. Par exemple, une marque de pantalons a plus de valeur que la machine qui est utilisée pour les fabriquer. Aujourd'hui, la notion de bien est entendue largement en droit, et des éléments incorporels peuvent être des biens.

Compte tenu de ces éléments, comment définir le terme bien ?

Différents critères peuvent être utilisés :

- Le premier critère est celui de l'utilité, les biens seraient les choses utiles. Ce critère n'est pas suffisant, certaines choses utiles ne sont pas des biens. Ainsi, l'air que l'on respire ou les organes avec lesquels on le respire sont utiles. Ce ne sont pas pour autant des biens.
- Un second critère doit donc être ajouté : celui de l'appropriation. Les biens seraient ainsi des choses utiles qu'une personne peut s'approprier.

Cette précision permet d'exclure de la catégorie « bien » un certain nombre de choses. Grâce à cette précision, un certain nombre de choses ne seront pas considérées comme des biens. Ainsi, ce que l'on appelle des choses communes ne seront pas qualifiées de biens. Les choses communes sont des choses utiles à tous et dont on estime par conséquent que personne ne peut se les approprier. L'article 714 du Code civil énonce ainsi : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

Il faut préciser que cette définition des biens englobe non seulement les choses utiles et susceptibles d'être appropriées, mais aussi les droits portant sur ces choses. En effet, afin d'inclure les choses incorporelles, certains auteurs ont proposé de considérer que les biens n'étaient pas les objets eux-mêmes, mais les droits portant sur les objets. Cette solution est une voie possible.

Elle a l'inconvénient de dématérialiser à outrance les choses, et, de ce fait, de les rendre plus difficiles à comprendre. Mais, cette solution a le mérite de la cohérence pourvu qu'on aille jusqu'au bout de la logique. Avec cette définition, les biens sont des droits. Lesquels ?

On considère que le contenant des biens est le patrimoine. Tous les biens d'une personne constituent son patrimoine. Il faudrait donc considérer que les biens sont l'ensemble des droits figurant dans le patrimoine, autrement dit l'ensemble des droits patrimoniaux.

Finalement, le meilleur moyen de comprendre la notion de bien est de traiter de leur contenant, le patrimoine, et de décrire les différents biens existants.

2 - Les distinctions du droit des biens

Traditionnellement, on enseigne que la distinction à opérer en droit des biens est la distinction meuble-immeuble, c'est classiquement la *summa divisio* du droit des biens (2.1). Une autre distinction est aujourd'hui essentielle : la distinction entre les biens corporels et les biens incorporels (2.2). Enfin, d'autres distinctions entraînent des conséquences juridiques, sans pour autant être aussi fondamentales que les précédentes (2.3).

2.1 - La distinction meuble-immeuble

Selon l'article 516, tous les biens sont meubles ou immeubles. Cette distinction est ensuite reprise pour fonder un certain nombre de différences de statut juridique. C'est la *summa divisio*, la distinction fondamentale du droit des biens. Elle est antérieure au Code civil et les rédacteurs du Code civil l'ont reprise. C'est actuellement encore la distinction fondamentale du droit des biens, même si elle fait l'objet de davantage de critiques, cette distinction ne serait plus tout à fait adaptée au monde d'aujourd'hui.

D'une manière générale, les biens meubles sont ceux qui peuvent être déplacés d'un lieu à un autre tandis que le lieu de situation d'un immeuble est fixe.

Deux raisons semblent à l'origine de cette distinction. La première est que la possibilité de déplacer un meuble justifie en elle-même une différence de régime. Par exemple, au niveau de la publicité, celle-ci est beaucoup plus aisée pour les immeubles. Leur fixité permet de savoir de façon certaine où ils se trouvent. Cela permet de créer un système de publicité efficace. Un tel système est beaucoup plus difficile à mettre en place pour les meubles.

L'autre raison de cette division est historiquement la différence de valeur. Sous l'Ancien Régime, et même encore au XIXe siècle, l'économie était essentiellement agricole et les biens qui avaient le plus de valeur étaient les biens immeubles, c'est-à-dire la terre, l'exploitation et le logement. Cette différence de valeur justifie des différences de régime. Par exemple, la procédure de saisie d'un bien immeuble offre plus de garantie au débiteur que la saisie d'un bien meuble, car elle est supposée être plus grave. Autre exemple, en matière de vente, la rescision pour lésion, c'est-à-dire la possibilité de revenir sur le contrat au cas où le vendeur a été lésé d'une partie importante de la valeur de la chose vendue, n'est possible que pour les immeubles. Il n'y a pas de possibilité de rescision pour lésion pour les ventes de meubles car elles sont supposées moins importantes.

Aujourd'hui, cette distinction paraît moins pertinente qu'au XIXe siècle. La différence de valeur existant entre les meubles et les immeubles n'est plus aussi importante qu'auparavant. Il est des biens meubles qui ont une valeur considérable et il existe de véritables fortunes mobilières. Par exemple, les actions sont des biens meubles. Or, des portefeuilles d'actions peuvent avoir une valeur nettement supérieure à celle d'un immeuble. Les biens meubles ont aujourd'hui une importance économique considérable compte tenu d'une espèce de dématérialisation globale de la richesse et des biens. Les biens incorporels augmentent non seulement en valeur, mais aussi en variété et en nombre. Les biens issus du droit de la propriété intellectuelle, les assurances vie, les fonds de commerce, les actions... sont devenus des biens d'une importance capitale dans la vie économique. Pourtant, ils sont classés parmi les meubles, alors que, à l'origine, cette classification était justifiée par la faible valeur de ces biens par rapport aux immeubles. De ce point de vue, la distinction apparaît donc moins bien fondée qu'auparavant.

La distinction meuble-immeuble reste toutefois fondamentale. Elle est toujours de droit positif, les critères de la distinction figurent dans le Code civil (2.1.1), et le fait que les immeubles ne puissent être déplacés par opposition aux meubles justifie toujours un certain nombre de différences de régime juridique (2.1.2).

2.1.1 - Les critères de distinction

Les immeubles

Selon les termes de l'article 517, les biens sont immeubles soit par nature, soit par destination, soit par l'objet auquel ils s'appliquent.

- **Les immeubles par nature** : ce sont les éléments du sol et ceux rattachés au sol. Ces éléments sont par nature fixes, ils sont donc immeubles par nature ; par opposition aux meubles, ce sont des choses qui ne peuvent pas être déplacées.

Sont donc immeubles par nature le sol, les éléments du sous-sol et les bâtiments. Les accessoires d'un bâtiment peuvent aussi être immeubles par nature s'ils sont rattachés au sol et/ou incorporés dans le bâtiment. Enfin, les végétaux sont également immeubles par nature.

- **Les immeubles par destination** : ce sont les accessoires de l'immeuble principal. Certains accessoires sont immeubles par nature, ce sont les accessoires qui n'ont plus d'individualité, qui sont incorporés à l'immeuble. A l'inverse, les accessoires qui sont immeubles par destination ont conservé leur individualité. Ils sont immeubles parce qu'ils sont destinés à l'immeuble. Par exemple, ils sont indispensables au fonctionnement ou à l'exploitation de l'immeuble. Lui étant intimement liés, il est apparu opportun de considérer que ces biens étaient immeubles par destination. Cela présente plusieurs avantages : par exemple, on ne peut pas saisir les immeubles par destination sans passer par la procédure de saisie immobilière. En fait, c'est une application de la maxime selon laquelle l'accessoire suit le principal.

Pour qu'un bien soit considéré comme immeuble par destination, plusieurs conditions sont requises.

Il faut d'abord nécessairement que le bien principal immeuble par nature ait le même propriétaire que le bien meuble accessoire.

Ensuite, il faut encore que le bien ait avec l'immeuble un lien de destination. Ce n'est pas la volonté du propriétaire qui détermine si ce lien existe, c'est la loi. Il existe deux cas dans lesquels on considère que ce lien de destination existe :

- Premier cas : le bien est affecté à un fonds. Le bien est immeuble par destination lorsqu'il est indispensable à l'exploitation d'un fonds. Ainsi, les lits d'un hôtel sont immeubles par destination.

- Second cas : le bien est attaché à perpétuelle demeure. C'est le propriétaire qui va décider d'attacher un objet à perpétuelle demeure à l'immeuble, mais sa seule volonté ne suffira pas, il faudra en outre qu'elle se soit traduite par des actes. Il faut que le propriétaire ait voulu que l'objet soit attaché à l'immeuble à perpétuelle de-

meure et qu'il ait agi en ce sens. Il faut donc que l'accessoire soit effectivement fixé de manière définitive à l'immeuble (on ne pourrait pas l'enlever sans dommage).

Cette question de l'immeuble par destination est importante. En matière de vente, cela permet de déterminer ce qui a été vendu avec l'immeuble. Cela permet de savoir ce que l'ancien propriétaire pouvait emmener et ce qu'il avait nécessairement vendu avec l'immeuble. En matière d'hypothèque, cela permet de savoir sur quels objets peut porter la saisie.

- **Les droits portant sur les immeubles** : les biens peuvent encore être immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Il s'agit ici de parler des droits, en tant que biens inclus dans le patrimoine. Ces droits sont immeubles lorsqu'ils portent sur des immeubles.

L'article 526 précise : « Sont immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent : l'usufruit des choses immobilières ; Les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. » Cette liste n'est pas limitative, il faut considérer que l'ensemble des droits portant sur un immeuble sont immeubles.

Les meubles

Les biens meubles sont en principe ceux qui peuvent être déplacés d'un endroit à un autre. Plus précisément, selon l'article 527 du Code civil, il faut distinguer deux catégories de meubles. Selon ce texte : « Les biens sont meubles par leur nature, ou par la détermination de la loi. » A ces deux catégories, il faut en ajouter une troisième, d'origine jurisprudentielle : les meubles par anticipation.

- **Les meubles par nature** : l'article 528 précise ce que sont les meubles par nature : ce sont les animaux et les corps qui peuvent se transporter d'un endroit à un autre. Peu importe qu'ils se déplacent par eux-mêmes, tels les animaux, ou par l'effet d'une force extérieure telle que l'homme.

- **Les meubles par la loi** : selon l'article 529 : « Sont meubles par la détermination de la loi les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société.

Sont aussi meubles par la détermination de la loi les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers. »

Les droits portant sur un meuble sont ainsi meubles par détermination de la loi, de la même manière que les droits portant sur un immeuble sont des immeubles par détermination de la loi.

Les titres sociaux sont considérés comme des meubles. Peu importe qu'il s'agisse de parts sociales dans les sociétés de personnes telles que les sociétés en nom collectif ou d'actions dans les sociétés de capitaux tels que les SA.

Les parts de sociétés restent des meubles, même si la société est une société civile immobilière qui a donc pour vocation de posséder et de gérer des immeubles.

Il s'agit ici de biens incorporels. Il faut considérer que, d'une manière générale, toutes les propriétés incorporelles sont des meubles. C'est le cas par exemple de la clientèle des professions libérales et du droit du créateur d'une œuvre littéraire et artistique.

- **Les meubles par anticipation** : selon la jurisprudence, un bien encore immeuble peut être considéré comme meuble par anticipation. Ainsi, un contrat portant sur des biens immeubles destinés à devenir des meubles, et considérés comme tels dans le contrat, est un contrat portant sur des biens meubles. L'exemple le plus classique est la vente d'une récolte encore sur pied. Ce qui compte est la façon dont les parties au contrat ont appréhendé le bien.

2.1.2 - Les intérêts de la distinction

Les intérêts de la distinction sont multiples ; à de nombreux égards, les meubles et les immeubles ne sont pas soumis aux mêmes règles. Ainsi, la possession n'a pas les mêmes effets, le droit des sûretés mobilières est très différent du droit des sûretés immobilières, l'aliénation des immeubles n'est pas soumise aux mêmes règles que l'aliénation des meubles, la rescision pour lésion n'existe qu'en matière immobilière, et enfin les règles de compétence varient selon que l'objet du litige est meuble ou immeuble.

2.2 - La distinction biens corporels - biens incorporels

2.2.1 - Les critères de distinction

Les biens corporels sont les choses que l'on peut toucher. Si on adopte un sens un peu plus large, on pourrait peut-être admettre que ce sont les choses que l'on peut physiquement appréhender. En principe, il faut qu'il y ait de la matière pour que l'on puisse parler de choses corporelles.

Les biens incorporels ne peuvent pas être physiquement appréhendés. Ce sont des constructions de l'esprit, des ensembles ; plus précisément, ce sont des droits qui portent sur un objet qui n'est pas corporel, qui n'ont pas de support matériel. Ces biens incorporels ont pris une importance considérable depuis quelques décennies. Leur nombre et leur valeur ont augmenté.

Les biens incorporels existent dans des domaines très variés : les prérogatives découlant de la propriété littéraire et artistique sont des biens incorporels, il en est de même en matière de propriété industrielle : le brevet d'invention, la marque, le modèle, etc. sont des biens incorporels ; dans un autre domaine, une clientèle, qui n'est pas l'ensemble des clients mais la force d'attraction qui fait venir les clients, est aussi un bien incorporel.

2.2.2 - Les intérêts de la distinction

Les biens incorporels sont très variés, les exemples cités ne sont qu'une infime partie

des biens incorporels. Ils existent dans de nombreux domaines. Ils sont soumis sur certains points à des règles spécifiques. Il n'existe que très peu de règles générales applicables par principe à tous les biens incorporels.

On peut toutefois signaler que la propriété sur certains biens incorporels est un droit d'exploitation, c'est le cas pour la propriété industrielle et pour la propriété littéraire et artistique, et la spécificité de ce qui s'apparente à un droit de propriété est d'être temporaire (cinquante ans à soixante-dix ans pour le droit d'auteur, vingt ans pour le brevet, etc.).

Le développement des biens incorporels ne justifie peut-être pas l'adoption d'une réglementation spécifique à cette catégorie de biens, car ils sont extrêmement variés. Mais ce qu'il faut constater est que la distinction meuble-immeuble n'est pas adaptée aux biens incorporels. En principe, tous les biens qui ne sont pas immeubles sont meubles. Les choses incorporelles sont donc meubles. Pourtant, leur valeur et leur importance justifieraient l'application de certaines règles applicables aux immeubles. Il est difficile de considérer aujourd'hui de la même manière une baguette de pain et un droit d'auteur.

Il existe encore en droit des biens d'autres distinctions qui ont une influence sur le régime juridique d'un bien.

2.3 - Les autres critères de distinction

Outre le caractère mobilier ou immobilier d'un bien et son caractère corporel ou incorporel, on peut encore établir des distinctions fondées sur d'autres critères. On peut distinguer les biens selon qu'ils sont ou non fongibles (1), selon qu'ils sont consommables ou non (2), et enfin selon qu'ils sont dans le commerce ou non (3).

2.1.1 - *Biens fongibles et corps certain*

Les critères de distinction

Le terme bien fongible est synonyme de chose de genre. Ces biens ne sont identifiables que par leur espèce et leur quantité. Ils ne sont pas individualisés, ils sont interchangeables. Les choses de genre sont équivalentes. C'est le cas par exemple de l'argent, de dix roses commandées chez un fleuriste, d'une tonne de blé commandée à un agriculteur qui en produit bien plus, d'une voiture produite en série... On dit en général que les choses de genre doivent se compter, se peser ou se mesurer.

Le terme corps certain vise au contraire les choses non fongibles, c'est-à-dire celles qui sont reconnaissables en ce sens que l'on peut les décrire et les identifier, elles sont individualisées. C'est le cas d'une voiture immatriculée, d'une maison localisée, d'un costume sur mesure, etc. Une chose fongible peut devenir un corps certain. Par exemple, un tee-shirt blanc produit en série est un bien fongible ; si une personnalisation du tee-shirt par l'apposition d'initiales est prévue, cela devient un corps certain. Autre exemple, une voiture produite en série est, dans l'usine, une chose de genre, elle devient un corps certain lorsqu'elle est immatriculée.

L'intérêt de la distinction

Cette distinction a en pratique une incidence importante en matière de vente, dans le cas où la chose est détruite avant d'avoir été livrée.

En effet, pour les corps certains, le transfert de propriété a lieu *solo consensu*, c'est-à-dire dès l'échange des consentements. Pour les choses de genre, en revanche, le transfert de propriété n'a lieu qu'au moment de l'individualisation.

C'est important car le transfert de propriété va déterminer le transfert des risques. En effet, selon la règle *res perit domino*, c'est le propriétaire qui doit supporter les risques de la chose. Si la chose est détruite ou abîmée par un cas de force majeure, les risques de la chose pèsent sur le propriétaire.

Si c'est un corps certain, les risques vont donc peser sur l'acheteur dès l'échange des consentements. Si on est en présence d'une vente d'une chose de genre, la situation est différente, les risques pèsent sur le vendeur jusqu'à l'individualisation. En pratique, tout cela signifie qu'il est parfois prudent d'insérer une clause prévoyant que le transfert de propriété et/ou le transfert des risques dans un contrat de vente d'un corps certain et qu'il faut veiller à s'assurer rapidement, ou au moins dès que le vendeur est en capacité de prouver que le consentement à la vente a été donné.

2.1.2 - Bien consommables et biens non consommables

Les critères de distinction

Les biens consommables sont par définition ceux qui se consomment. Ce sont en fait toutes choses qui disparaissent quand on les utilise. C'est le cas de tout ce qui est alimentaire, de tout ce qui est électrique, de tout ce qui se dépense, comme l'argent. La consommation peut être matérielle, comme dans le cas de l'alimentaire ou juridique, l'utilisation supposant l'aliénation, comme dans le cas de l'argent.

Les biens non consommables sont ceux qui ne sont pas détruits par une simple utilisation. C'est le cas des objets décoratifs, des chaises, des livres, etc. la liste des exemples pourrait être infinie. Peu importe que la chose s'use plus ou moins vite, ce qui compte est que l'usage ne détruise pas la chose. Ainsi, la voiture est un bien non consommable de la même manière qu'un tableau.

L'intérêt de la distinction

L'intérêt de la distinction apparaît dès lors qu'une personne a un droit d'usage sur une chose dont il n'est pas propriétaire.

Les choses consommables ne peuvent pas être restituées en nature, mais seulement en équivalent. On ne peut permettre à quelqu'un d'utiliser une chose consommable tout en exigeant de lui qu'il restitue la chose en nature. Il faut en tirer deux conséquences :

- d'une part, les contrats qui supposent que la chose soit rendue en nature ne peuvent pas porter sur des choses consommables. Ainsi, un contrat de bail ou un prêt à usage ne peuvent pas porter sur des choses consommables. Par exemple, on ne peut

pas louer des tomates, on ne peut pas louer de l'électricité et on ne peut pas louer non plus cent euros. Le prêt à usage n'est pas possible, mais le prêt à consommation reste possible bien sûr, il faudra alors rendre l'équivalent en valeur ;

- d'autre part, lorsqu'une restitution est prévue, celle-ci ne peut être qu'en valeur. Ainsi, dans le cas des biens consommables, l'usufruitier devra rendre au nu-propriétaire les biens en valeur et non en nature à la fin de l'usufruit. C'est ce que l'on appelle le quasi-usufruit.

2.1.3 - Choses dans le commerce ou hors du commerce

Il est des choses qui ne peuvent circuler juridiquement, elles ne peuvent être vendues, données, prêtées, etc. L'article 1128 du Code civil dispose : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »

Traditionnellement, on considère que le corps humain et ses éléments sont hors du commerce, ainsi que l'ensemble des droits extrapatrimoniaux. Cela interdit la vente d'un œil, le contrat de mère porteuse, un contrat de vente du droit au respect du nom, etc.

Différents textes mettent également hors du commerce les choses dangereuses. C'est ainsi le cas de l'absinthe ou des produits contenant de l'amiante. Pour certaines autres choses dangereuses, les échanges sont simplement limités et contrôlés, on ne peut pas alors vraiment considérer que ces choses sont hors du commerce.

Pour le reste, la liste des choses hors du commerce dépend largement de la jurisprudence. La clientèle civile était, avant un arrêt du 7 novembre 2000, considérée comme étant hors du commerce, mais la position de la Cour de cassation semble avoir évolué sur ce point. Dans un arrêt du 3 novembre 2004, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que l'investiture politique est hors du commerce et que dès lors une convention par laquelle un candidat s'engage à rembourser les frais de campagne exposés par le parti en cas de succès est nulle. Il a également été jugé que les objets de contrefaçon étaient hors du commerce. Dans un arrêt du 24 septembre 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet jugé que les marchandises contrefaites ne pouvaient pas faire l'objet d'une vente car elles étaient hors du commerce.

3 - Le patrimoine

Selon le lexique des termes juridiques (dir. J. Vincent et R. Guillien, Dalloz 2005, 15e éd.), le patrimoine est l'« ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme une universalité de droits, c'est-à-dire comme une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés ».

Le patrimoine est donc une universalité. Cela signifie qu'il comprend, même si ce n'est que potentiellement, des éléments d'actif et des éléments de passif, l'ensemble des éléments de l'actif répondant de l'ensemble des éléments du passif. On retrouve ce

principe à l'article 2284 du Code civil. Selon cet article : « Quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » Les biens à venir répondent donc aussi des dettes. Les éléments de l'actif non présents au moment où une dette a été contractée doivent néanmoins en répondre. Ce qui compte n'est pas la composition du patrimoine au moment où la dette a été contractée, mais sa composition au jour où le créancier demande l'exécution de l'obligation (3.1).

Selon la théorie d'Aubry et Rau, les auteurs qui ont élaboré la théorie du patrimoine, celui-ci émane de la personnalité. Il faut en déduire que toute personne a un patrimoine, que toute personne n'a qu'un patrimoine et que seules les personnes ont un patrimoine (3.2).

3.1 - Droits patrimoniaux et droits extrapatrimoniaux

Les droits subjectifs, autrement dit les droits reconnus à une personne, se divisent en deux catégories : les droits patrimoniaux (3.1.1) et les droits extrapatrimoniaux (3.1.2). Seuls les droits patrimoniaux peuvent être qualifiés de biens et ils font seuls partie du patrimoine, comme leur nom l'indique.

3.1.1 - Les droits extrapatrimoniaux

Il existe deux catégories de droits qui sont dits extrapatrimoniaux : les droits de famille et les droits de la personnalité. Les droits extrapatrimoniaux ont en commun un certain nombre de traits.

Les droits de la personnalité sont une première catégorie de droits extrapatrimoniaux. Ils sont protégés par certaines dispositions du Code civil et de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce sont les droits qui protègent la personne en elle-même, aussi bien dans son aspect physique que dans son aspect moral. Ainsi, parmi les droits de la personnalité figurent les droits de la personne sur son propre corps, le droit à l'image, le droit au respect de la vie privée, le droit au nom, le droit à l'inviolabilité du domicile...

Un certain nombre d'autres droits sont à la frontière entre les droits de la personnalité et les libertés publiques. Il est certain que quel que soit l'endroit où on les classe, ce sont des droits extrapatrimoniaux : droit à la nationalité, droit à la vie, liberté de conscience... on peut encore ajouter le droit de vote qui est évidemment extrapatrimonial.

Les droits de famille constituent une deuxième catégorie de droits extrapatrimoniaux. Ce sont les droits qui découlent des liens de famille. Ils peuvent découler des liens de couple ou des liens de filiation. Sont ainsi des droits de famille les droits qui découlent du mariage, ceux qui découlent de l'autorité parentale, ou encore le droit de faire une action en recherche de paternité.

Quelle que soit la catégorie dans laquelle ils entrent, les droits extrapatrimoniaux sont en principe des droits attachés à la personne, des droits qui ne se monnayent pas, qui ne se transmettent pas. Ce sont des droits indisponibles, dont on ne peut pas disposer. On retrouve cela dans les caractères des droits extrapatrimoniaux.

Tout d'abord, les droits extrapatrimoniaux sont **incessibles**, cela signifie qu'on ne peut pas les céder : on ne peut ni les vendre, ni les échanger, ni les donner.

Ensuite, les droits extrapatrimoniaux sont **intransmissibles** : on ne peut pas les transmettre à cause de mort, même par testament.

La troisième caractéristique des droits extrapatrimoniaux est qu'ils sont insaisissables. Les créanciers ne peuvent pas les saisir. C'est logique puisqu'ils n'ont pas de valeur pécuniaire.

Enfin, les droits extrapatrimoniaux sont **imprescriptibles**. Ils ne sont pas susceptibles de prescription extinctive, cela veut dire que l'on ne peut pas perdre son droit au respect de la vie privée par le non-usage par exemple. Ils ne sont pas non plus susceptibles de prescription acquisitive, on ne peut pas acquérir par l'usage un droit extrapatrimonial. Ainsi, en principe, user d'un nom ne permet pas de l'acquérir.

Les droits extrapatrimoniaux ne font pas partie du patrimoine, comme leur nom l'indique, mais ils ont parfois des incidences patrimoniales importantes. Ainsi, l'établissement d'un lien de filiation peut avoir des conséquences patrimoniales importantes telles que l'octroi d'une pension alimentaire ou l'acquisition de la qualité d'héritier. Une atteinte au droit à l'honneur peut permettre d'obtenir des dommages et intérêts grâce à une action en diffamation, etc. De plus, si l'on ne peut pas céder les droits extrapatrimoniaux, il n'est pas interdit de les exploiter, ce qui va avoir des conséquences patrimoniales. Il est ainsi possible d'accepter de divulguer sa vie privée, d'autoriser l'usage commercial du nom, etc.

3.1.2 - Les droits patrimoniaux

Les droits patrimoniaux sont ceux qui ont une valeur pécuniaire, qui sont appréciables en argent. Traditionnellement, on distingue deux catégories au sein des droits patrimoniaux : les droits réels et les droits personnels. Il faut sans doute aujourd'hui en ajouter une troisième : les droits intellectuels.

Les droits réels sont ceux qui donnent un pouvoir direct sur la chose. Il n'y a que deux éléments : la personne et la chose, et la personne a un droit direct sur la chose. Il existe des droits réels principaux et des droits réels accessoires.

Les droits réels principaux sont le droit de propriété et ses démembrements. Le droit de propriété est celui qui donne le plus de pouvoir sur la chose. Le droit de propriété, on parle aussi de pleine propriété, donne tous les droits sur la chose. C'est le droit réel le plus complet.

Ce droit peut être démembré, on parle alors de droit réel démembré, qui reste un droit réel principal. Les principaux démembrements du droit de propriété sont l'usufruit et les servitudes.

Il existe aussi des droits réels accessoires. Les droits réels accessoires sont ceux qui sont donnés en garantie du paiement d'une dette. Ils sont l'accessoire d'une créance et ils servent à en garantir le remboursement. C'est le cas par exemple de l'hypothèque et du nantissement.

Les droits personnels sont les droits de créance, c'est le droit d'exiger d'une personne qu'elle fasse quelque chose. C'est le droit d'exiger qu'une prestation soit réalisée de la part d'une personne précise à notre bénéfice. Il y a donc trois éléments dans le droit personnel, par opposition au droit réel qui n'en comportait que deux : la personne et la chose. Dans le droit personnel, il y a trois éléments : le créancier, celui qui peut exiger la prestation, le débiteur, celui qui doit effectuer la prestation et l'objet de la prestation. Le débiteur est obligé envers le créancier, c'est ce que l'on appelle l'obligation.

Les droits intellectuels sont parfois rangés dans la catégorie des droits réels, et on considère alors que ce sont des droits réels portant sur des biens incorporels. Il est vrai que l'on parle de propriété intellectuelle et de propriété industrielle. Peu importe que l'on en fasse ou non une catégorie à part, ce qui importe est de ne pas les oublier, ils font partie des droits patrimoniaux. Il s'agit bien sûr ici encore notamment du droit exclusif d'exploitation du créateur de l'œuvre.

L'ensemble des droits patrimoniaux présente des caractères communs. Les droits patrimoniaux ne sont pas attachés à la personne et ils sont appréciables en argent, c'est l'opposé des droits extrapatrimoniaux ; on retrouve cette opposition dans les caractères communs.

Les droits patrimoniaux sont en principe **cessibles**, ils peuvent être vendus, donnés, ou échangés.

Ils sont **transmissibles**, on peut donc les recevoir par succession.

Ils sont **saisissables**, le créancier peut les saisir.

Ils sont **prescriptibles** : on peut les perdre par le non-usage et les acquérir par l'usage prolongé.

Il existe toutefois des exceptions. Certains droits patrimoniaux sont intransmissibles, ils s'éteignent avec le décès de leur titulaire. C'est le cas en principe de l'usufruit, qui est un droit viager, c'est aussi le cas d'un droit à pension alimentaire, qui ne se transmet pas aux héritiers. Certains droits patrimoniaux sont aussi par exception insaisissables. Ce sont les biens intimement liés à la personne, tels que le doudou d'un enfant et les biens nécessaires pour vivre, tels qu'un matelas. Certains droits patrimoniaux sont encore par exception incessibles, il en est ainsi des choses hors du commerce, des choses qui sont inaliénables, en raison d'une clause par exemple...

Les droits patrimoniaux ont enfin pour point commun de faire partie du patrimoine, ce qui entraîne un certain nombre de conséquences, compte tenu des caractères du patrimoine.

3.2 - Les caractères du patrimoine

Le terme de patrimoine est aujourd'hui parfois employé pour désigner autre chose que le patrimoine des personnes physiques. On parle ainsi de « patrimoine commun de l'humanité », on parle aussi de patrimoine national, dans lequel entrent aussi bien les monuments historiques que des ressources naturelles telles que l'eau ou encore la langue française. Le point commun entre ces patrimoines et le patrimoine des personnes physiques est de désigner un ensemble de biens. Le patrimoine n'est pas un bien, c'est un ensemble.

S'agissant du patrimoine des personnes physique, c'est même une universalité. Le patrimoine comprend l'ensemble des droits patrimoniaux, et il comprend un actif et un passif. A l'actif figurent les droits patrimoniaux, et au passif les dettes. L'ensemble de l'actif répond du passif. Peu importe les biens qui existaient à l'actif le jour où la dette a été contractée, le patrimoine ne doit pas être envisagé comme quelque chose de fixe.

La notion de patrimoine a été amplement théorisée par deux auteurs du début du XIXe siècle : Aubry et Rau. Selon eux, trois principes gouvernent le patrimoine : toute personne a un patrimoine (3.2.1), toute personne n'a qu'un patrimoine (3.2.2), et seules les personnes ont un patrimoine (3.2.3).

3.2.1 - Toute personne a un patrimoine

Toute personne a un patrimoine. Cela est vrai de la naissance à la mort. C'est un attribut de la personnalité juridique. Cela ne signifie pas que des éléments de passif et d'actif existent dans le patrimoine de toute personne. Le sens de ce principe est que toute personne peut être titulaire de droits et d'obligations ayant une valeur patrimoniale, c'est une potentialité. La principale conséquence de cette règle est que le patrimoine d'une personne est incessible, intransmissible de son vivant. En effet, si une personne était dépourvue de patrimoine, cela signifierait qu'elle n'est plus en mesure d'être titulaire de droits patrimoniaux. Sa personnalité juridique serait donc largement amputée, ce qui est impossible. C'est ce que l'on appelait autrefois la mort civile, et c'était une grave sanction. Au décès, le patrimoine est transmis dans le cadre du droit des successions.

3.2.2 - Toute personne n'a qu'un patrimoine

Toute personne n'a qu'un patrimoine. Cette règle s'oppose à la division du patrimoine, celui-ci est indivisible. Par conséquent, il n'est pas permis de segmenter le patrimoine et de faire en sorte que seuls certains biens répondent de certaines dettes. Il est impossible d'affecter une catégorie de biens à une catégorie de dettes. Le droit français ne permet pas la création de tels patrimoines, que l'on appelle patrimoines d'affectation, et qui sont connus de plusieurs législations étrangères.

Dans de nombreux Etats, il existe des patrimoines d'affectation (l'exemple le plus connu étant le Trust des pays anglo-saxons). Il est alors possible d'affecter un ensemble de biens, présents et à venir, à un ensemble d'obligations présentes et à venir. Par exemple, il est permis d'avoir un patrimoine personnel, à l'intérieur duquel les biens personnels répondent des dettes personnelles, et un patrimoine professionnel, à l'intérieur duquel les biens professionnels répondent des dettes professionnelles. Cette possibilité est exclue en droit français puisqu'il n'existe pas de patrimoine d'affectation.

Ce principe fait l'objet de critiques. Il serait trop rigide, inadapté à l'activité économique, et constituerait un frein à la création d'entreprises. On rencontre actuellement quelques règles qui s'en écartent. Par exemple, un entrepreneur individuel a aujourd'hui la possibilité de déclarer sa résidence principale insaisissable, par un acte notarié publié à la conservation des hypothèques. Cela permet de soustraire la résidence principale du droit de gage général des créanciers professionnels.

Sinon, un entrepreneur souhaitant protéger ses biens personnels devra créer une société. La création d'une société est la seule possibilité d'exclure ses biens personnels du droit de gage général des créanciers professionnels, qui s'exercera alors sur les éléments de l'actif du patrimoine de la personne morale qu'est la société. Bien sûr, pour que le patrimoine de la personne physique soit réellement protégé, il ne faut pas qu'il soit caution des dettes de la société.

3.2.3 - Seules les personnes ont un patrimoine

Seules les personnes ont un patrimoine. Le titulaire d'un patrimoine est nécessairement une personne. Il peut cependant s'agir d'une personne morale, telle une société ou une association, ou d'une personne physique.

La propriété et la possession



Chapitre 1

Le droit de propriété est un droit réel sur un bien. Il confère tous les droits sur un bien. La possession (section 2) est un peu à la propriété (section 1) ce que le droit est au fait. Le possesseur se comporte comme un propriétaire, mais il ne l'est pas. La possession peut cependant lui permettre de le devenir.

Section 1 : la propriété

Le droit de propriété est considéré comme un droit fondamental. Traditionnellement, on dit que c'est un droit inviolable et sacré. C'est l'histoire du droit de propriété qui permet de comprendre pourquoi le droit de propriété a presque été sacralisé depuis la révolution.

Le droit de propriété est consacré par plusieurs déclarations de droit, notamment la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et l'article 1er du protocole 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le Code civil précise d'ailleurs à l'article 545 : « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité. » Il s'agit bien sûr de l'hypothèse permise mais encadrée de l'expropriation.

Le droit de propriété est donc un droit sacré. Son contenu est supposé très large (1) : selon l'article 544 du Code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Ses caractères portent aussi la marque de sa sacralisation : il est dit absolu, exclusif et perpétuel (2).

Les règles relatives à l'étendue horizontale et verticale du droit de propriété (3) sont moins marquées par la sacralisation du droit de propriété. Il en est de même des règles relatives à son acquisition, sa preuve et sa protection (4).

1 - Les attributs du droit de propriété

En principe, la propriété comprend le droit d'user de la chose, l'*usus* (1.1), le droit de récupérer les fruits de la chose, le *fructus* (1.2), et le droit de disposer de la chose, l'*abusus* (1.3).

1.1 - L'*usus*

C'est le droit d'utiliser une chose et bien sûr celui de la détenir.

Ce droit comprend aussi le droit de ne pas se servir de la chose, il comprend le droit d'utiliser la chose pour un usage ou pour un autre, bien sûr toujours dans la limite des lois et règlements, notamment dans la limite de la propriété d'autrui, de la législation sur le bruit...

1.2 - Le *fructus*

Le *fructus* est le droit de récupérer les fruits de la chose. Ce peut être des fruits au sens commun du terme, le propriétaire d'un pommier peut récupérer les pommes et

en faire ce qu'il veut, mais dans un sens juridique, les fruits comprennent tout ce que la chose dégage régulièrement sans s'altérer de façon substantielle. Ce peut donc être par exemple les loyers que produit un immeuble loué.

On peut en fait distinguer plusieurs sortes de fruits :

Les fruits naturels : ils sont produits naturellement par ce qui est vivant : par les végétaux ou par les animaux.

Les fruits industriels : ils sont produits par le travail de l'homme.

Les fruits civils : ils sont produits par un contrat qui a pour objet la chose en question.

Pour reprendre les exemples précédents, les pommes sont des fruits naturels ; si le propriétaire en fait de la compote, ils deviennent des fruits industriels, et les loyers sont des fruits civils.

Les produits, à la différence des fruits, ne sont pas réguliers et altèrent la chose. Le fructus ne permet pas de jouir des produits car le droit de jouissance ne doit pas conduire à une altération de la chose. Celui qui a le droit de jouir de la chose ne peut donc que récupérer les fruits, et non les produits.

Le fructus donne le droit de faire fructifier la chose, mais aussi le droit de ne pas le faire. Si le propriétaire fait fructifier la chose, il est ensuite libre de consommer les fruits ou de les conserver, il en a la libre disposition, il en est propriétaire.

La question du **droit à l'image du bien** a fait l'objet ces dernières années de plusieurs décisions de la Cour de cassation. Il semble finalement que le droit à l'image du bien ne soit pas un attribut du droit de propriété entrant dans le fructus. En effet, dans arrêt du 7 mai 2004, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a énoncé : « Le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal. » Le droit à l'image d'un bien est ainsi jugé comme n'étant pas un attribut du droit de propriété. Selon l'arrêt, le propriétaire pourra intervenir uniquement en cas de trouble anormal.

1.3 - L'abusus

L'abusus est le droit d'abuser de la chose. En fait, c'est le droit de disposer du bien.

C'est le droit d'en disposer matériellement, c'est-à-dire le droit de l'abandonner, de le perdre, de le détruire, de le transformer, tout cela bien sûr dans le respect des lois et règlements. Par exemple, on peut, en tant que propriétaire, modifier une maison, mais dans le respect de la législation, notamment en matière de permis de construire... Autre exemple, en ce qui concerne les animaux domestiques, les sévices et abandons sont pénalement réprimés.

L'abusus est aussi le droit de disposer juridiquement de la chose. C'est le droit de faire un acte de disposition sur la chose. L'acte de disposition peut être un acte d'aliénation, donation ou vente du bien, mais ce peut aussi être un acte de disposition sans

être un acte d'aliénation ; par exemple, consentir une hypothèque ou démembrer la propriété en se séparant de la nue-propriété ou de l'usufruit.

2 - Les caractères de la propriété

Classiquement, le droit de propriété est considéré comme un droit absolu (2.1), exclusif (2.2) et perpétuel (2.3).

2.1 - Un droit absolu

Selon les termes de l'article 544, la propriété est un droit absolu. Il est vrai qu'il est absolu en ce sens qu'il est largement protégé et qu'il est opposable à tous, mais sous d'autres aspects, le caractère absolu doit être relativisé. L'article 544 lui-même précise immédiatement que le propriétaire doit exercer son droit dans le respect des lois et règlements. En réalité, cela limite beaucoup les droits du propriétaire.

Le droit de propriété n'est donc pas véritablement un droit absolu. Il faut comprendre la formule comme signifiant que, en matière de droit de propriété, le principe est la permission, tout ce qui n'est pas interdit à un propriétaire lui est permis.

Cependant, il faut encore ajouter que même lorsqu'une chose n'est pas interdite, elle peut ne pas être permise si cela relève de l'abus de droit. Ainsi, le propriétaire qui utilise sa chose uniquement dans le but de nuire à autrui commet un abus de droit qui pourra conduire à la condamnation du propriétaire à verser des dommages et intérêts à la victime. Il en serait ainsi par exemple de la construction d'une fausse cheminée dans le but de faire de l'ombre sur la terrasse des voisins.

Le propriétaire pourra aussi être condamné à verser des dommages et intérêts si l'utilisation qu'il a faite de la chose dont il est propriétaire a causé des troubles anormaux de voisinage, et ce, même sans intention de nuire. Peuvent ainsi être considérés comme des troubles anormaux de voisinage : les nuisances sonores, qu'elles proviennent d'une exploitation industrielle, commerciale ou qu'elles proviennent d'une habitation, les nuisances olfactives et la pollution...

Toutefois, l'excuse d'antériorité joue fréquemment puisque selon l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation, en matière agricole, industrielle, artisanale ou commerciale, l'occupant d'un bâtiment ne peut se plaindre de nuisance s'il a construit, acheté ou loué postérieurement au début des activités dommageables et que celles-ci se sont poursuivies dans les mêmes conditions et dans le respect de la réglementation.

2.2 - Un droit exclusif

Le propriétaire a la plénitude des droits sur la chose, il les a tous, il est donc nécessairement le seul à les posséder. En ce sens, le droit de propriété est donc un droit exclusif.

C'est parce que le propriétaire a la plénitude des droits attachés à la chose que l'on parle d'exclusivisme du droit de propriété, mais ici encore il faut souvent relativiser cela par la possibilité de mise en place de droits réels concurrents, notamment dans le cadre de la propriété collective.

2.3 - Un droit perpétuel

Tout d'abord, le droit de propriété est un droit perpétuel dans la mesure où il est un droit héréditaire et non un droit viager. Cela signifie que le droit de propriété ne s'éteint pas avec la mort, il se transmet.

Ensuite, le droit de propriété est aussi un droit perpétuel parce qu'il est dit imprescriptible. Il ne s'éteint pas par le non-usage. Il n'est pas susceptible de prescription extinctive. Le droit de propriété ne se perd pas par le non-usage.

Mais ici encore, il faut tempérer cet aspect car s'il n'existe pas de prescription extinctive, il existe en revanche une prescription acquisitive qui peut permettre à quelqu'un d'autre, à certaines conditions, de devenir propriétaire. De fait, le propriétaire original aura alors perdu son droit de propriété puisque le tiers pourra lui opposer la prescription acquisitive s'il revendique sa propriété. Ce n'est pas le non-usage qui lui aura fait perdre sa propriété, c'est le fait qu'un tiers ait rempli les conditions de la prescription acquisitive. Finalement, ce n'est que si aucun tiers ne peut revendiquer la prescription acquisitive que le droit de propriété est réellement imprescriptible.

3 - L'étendue du droit de propriété

La question de l'étendue du droit de propriété ne se pose qu'en matière immobilière. En ce qui concerne les meubles, cette question ne se pose pas, on les délimite plus aisément.

En revanche, en matière immobilière, la question de la limite de la propriété peut se poser de deux manières. D'abord, les immeubles se touchent les uns aux autres et des problèmes de délimitations peuvent se poser. Il va falloir déterminer l'étendue horizontale de la propriété dans l'espace (3.1). Ensuite, il va aussi falloir déterminer l'étendue de la propriété d'un point de vue vertical : le propriétaire d'un terrain est-il propriétaire de la rivière souterraine qui passe au-dessous, du trésor enfoui qu'il trouve dans son jardin, du ciel au-dessus de son terrain, etc. (3.2). Enfin, une troisième question est celle de savoir si les accessoires du bien immobilier appartiennent au propriétaire du bien immobilier. Par exemple, si une personne achète un appartement avec une cheminée, la cheminée fait-elle partie de l'immeuble dont il devient propriétaire ? (3.3)

3.1 - L'étendue horizontale de la propriété

Il s'agit ici de se poser la question de l'étendue au sol de la propriété. D'où à où suis-

je propriétaire ? Où s'arrête ma propriété et où commence celle de mon voisin ?

Pour répondre à cette question, un certain nombre de mécanismes peuvent être utiles. Il est d'abord possible de délimiter physiquement sa propriété par une clôture (1). Elle permet de clore sa propriété. De ce fait, le terrain se trouvera matériellement délimitée. Il est également possible de fixer les limites de sa propriété avec le propriétaire de l'immeuble contigu en déterminant avec précision où commence et où finit la propriété de chacun par un bornage (2). Enfin, le cadastre reste un très bon indicateur des limites des immeubles (3).

3.1.1 - La clôture

L'article 647 énonce le droit de clore sa propriété immobilière. C'est le droit pour le propriétaire d'un bien immobilier de poser une clôture autour. Cela permet d'empêcher quiconque n'y serait pas invité de pénétrer dans la propriété.

Ce droit connaît des limites ; en particulier, il ne faut pas que la clôture porte atteinte à une servitude. Ainsi, par exemple, lorsqu'un immeuble est enclavé et que la seule possibilité pour son propriétaire d'accéder à la voie publique est de traverser le terrain de son voisin, alors il bénéficie d'une servitude d'enclave et son voisin doit le laisser passer, il ne peut donc pas clore son terrain.

L'article 663 du Code civil permet de contraindre une personne à se clore dans certaines circonstances. La clôture forcée ne joue que dans les « villes et faubourgs ». La qualification de ville et faubourg dépend d'une appréciation souveraine des juges du fond. Cela ne joue que si les terrains sont des terrains sur lesquels sont construits des immeubles d'habitation ou si les terrains constituent la dépendance de tels immeubles. L'obligation de se clore permet d'exiger que le propriétaire construise ou répare un mur dont la hauteur dépend du nombre d'habitants de la commune. Cette obligation de se clore ne permet pas en revanche d'exiger la contribution à un mur déjà existant.

3.1.2 - Le bornage

Selon l'article 646 du Code civil : « Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs. »

Le bornage est la délimitation de deux propriétés par un ensemble d'opérations aussi bien matérielles que juridiques.

En toutes hypothèses, le bornage suppose l'existence de deux fonds contigus appartenant à deux propriétaires différents. Le bornage n'est donc pas possible entre copropriétaires (Civ. 3e 24 avril 2000). Il n'est pas possible si les deux propriétés sont délimitées par un bâtiment ou par une limite naturelle telle qu'un cours d'eau. Le bornage est facultatif, ce qui peut entraîner des conflits. La loi SRU (loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbain) pourrait cependant favoriser le bornage. Depuis cette loi, l'article L. 111-5-3 du code de l'urbanisme pré-

voit en effet que lors de la vente d'un terrain à construire, il doit être indiqué si un bornage a été effectué, et si c'est le cas, l'acte doit être joint.

L'opération matérielle de bornage est le fait de délimiter la frontière entre les deux fonds et de marquer cette ligne au moyen de signes matériels, par exemple, grâce à des pierres ou des piquets. L'ensemble des frais du bornage doit être supporté par les deux propriétaires. Pour le reste, le bornage peut être amiable ou judiciaire.

Le bornage amiable n'est possible que si les deux propriétaires sont d'accord. Cela va se faire par un accord de volonté entre deux propriétaires. En cas de désaccord, il faudra s'orienter vers une action judiciaire. Les propriétaires peuvent se faire aider par un géomètre expert. Ensuite, l'opération matérielle de bornage aura lieu et un « procès-verbal d'abornement » sera dressé.

Le bornage judiciaire est également possible. L'action en bornage est une action réelle immobilière. Elle est imprescriptible. Elle relève de la compétence du tribunal d'instance du lieu de situation des immeubles. C'est un acte d'administration. Le fait que ce soit un acte d'administration et que cela relève de la compétence du tribunal d'instance et non du TGI s'explique par le fait que l'action en bornage n'a pas pour objet de contester, de remettre en question le droit de propriété, elle a seulement pour objet de le mettre en application. Le juge peut néanmoins statuer sur les questions de propriété qui seraient soulevées par le défendeur et dont dépendrait le bornage. Il pourra ainsi statuer sur une prescription acquisitive qui serait soulevée par le défendeur. Dans ce cas, un appel sera possible.

En matière de preuve, les deux propriétaires sont à la fois demandeurs et défendeurs dans cette action, de sorte que la charge de la preuve ne pèse pas davantage sur l'un que sur l'autre. Le juge va se prononcer par rapport à différents éléments de preuve tels que les titres fournis par chacun, les indications du cadastre, le terrain peut être arpenté, etc.

En ce qui concerne les effets du bornage, le bornage est définitif puisqu'il rend irrecevable une nouvelle action en bornage. Il permet à chaque intéressé de faire respecter les limites de son terrain telles qu'elles sont définies par les bornes au moyen d'une action possessoire. De plus, la loi pénale protège le bornage et peut intervenir si une personne y porte atteinte. En revanche, le bornage n'est pas un acte translatif de propriété, il ne permet donc pas de prouver la propriété. Le bornage n'est pas un obstacle à une action en revendication.

3.1.3 - Le cadastre

Le premier réflexe de chacun pour connaître les limites d'une propriété est de se référer au cadastre. Il est vrai que le cadastre est un document sur lequel figurent les parcelles de la commune, qui en général coïncident avec la propriété. Toutefois, il faut rappeler qu'une parcelle peut être divisée en plusieurs propriétés et qu'un même propriétaire peut avoir plusieurs parcelles.

Surtout, le cadastre n'est pas un document destiné à fournir la preuve de la propriété en droit civil. Il n'est pas établi contradictoirement, et c'est un document administratif qui est essentiellement à usage fiscal.

En conclusion, le cadastre peut être une source de renseignements, mais les informations ainsi obtenues n'auront pas plus de valeur que d'autres en droit civil.

3.2 - L'étendue verticale du droit de propriété

Il faut ici s'interroger sur la propriété de ce qui est situé sous le terrain (2) et sur le terrain (1).

Il nous faudra ensuite traiter de la propriété des eaux, qu'elles proviennent du dessus, les eaux de pluie, ou du dessous, les sources, ou qu'elles soient en surface (3).

3.2.1 - La propriété du dessus

Le principe est que le propriétaire d'un fonds est propriétaire du dessus. Il est propriétaire de la colonne d'air au-dessus de son terrain. Sinon, il ne pourrait pas y construire d'immeuble ni y planter des arbres. Cela a plusieurs conséquences, chacune étant limitée par des exceptions :

- La propriété du dessus étant reconnue par le droit civil, en principe, cela autorise le propriétaire à édifier des bâtiments en hauteur sur son terrain. Mais aujourd'hui, il est certain que dans les faits, ce droit est très limité, en particulier par les servitudes et par les règles d'urbanisme.
- Deuxième conséquence de la propriété du dessus, le propriétaire peut se défendre contre toutes les incursions des tiers dans le dessus de sa propriété. Il a le droit de protéger son dessus. Ainsi, il peut contraindre son voisin à couper la branche d'un arbre qui dépasserait sur sa propriété. Le propriétaire du fonds voisin ne peut pas non plus édifier une construction qui dépasserait en hauteur et entrerait dans la colonne d'air qui surplombe le fonds voisin.

Il existe toutefois ici aussi des exceptions qui entament ce droit de protéger son dessus. Tout d'abord, comme toujours, on retrouve ici l'exception de l'abus de droit, le droit de protéger son dessus ne doit pas être exercé de façon abusive. Ensuite, il existe des servitudes légales d'utilité publique qui imposent de laisser passer certains ouvrages sur le dessus de son terrain. C'est par exemple le cas des lignes électriques. Quant aux avions et autres aéronefs, une loi de 1924 pose un principe de libre circulation de ces appareils. Le propriétaire d'un fonds ne peut donc pas refuser que son terrain soit survolé. Bien sûr, si ce survol cause un dommage, il pourra tout de même en demander réparation.

- Troisième conséquence de la propriété attachée au dessus, il est présumé être propriétaire de tout ce qui s'y trouve. En effet, l'article 553 du Code civil énonce que « Toutes constructions, plantations et tous ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire

n'est prouvé ; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. » Le propriétaire est donc présumé propriétaire de tout ce qui se trouve au-dessus de son terrain, mais la preuve contraire est possible (cf. infra, la partie consacrée à l'accession).

La propriété du dessus est donc le principe en droit civil, mais la réalité est beaucoup plus nuancée, et ce droit de propriété sur le dessus est en fait très limité.

3.2.2 - La propriété du dessous

L'article 552 dispose que le propriétaire d'un fonds est en principe propriétaire du dessus mais aussi du dessous, bien sûr toujours sous réserve d'exceptions. Il est possible d'opérer une disjonction, notamment par acte de volonté. La preuve que le propriétaire du fonds n'est pas propriétaire du dessous est admise. En l'absence de cette preuve, on suppose que le propriétaire du fonds est propriétaire du dessous. Il existe plusieurs conséquences de cette propriété du dessous, comme il en existait plusieurs à la propriété du dessus.

- La première conséquence est que la propriété du dessous permet d'utiliser le dessous. Le propriétaire peut donc creuser le dessous, par exemple, creuser un puits ou une mare, ou une piscine. Le propriétaire peut également en principe effectuer des fouilles et exploiter le sous-sol, etc.

Il existe des limites importantes à ce droit de propriété sur le sous-sol, pour des raisons d'intérêt général. Ainsi, les fouilles archéologiques et les exploitations sont étroitement réglementées.

- La deuxième conséquence de la propriété du dessous est le droit de protéger cette propriété. Bien sûr, ce droit doit être exercé sans abus. En principe, le propriétaire est en droit de protester face à une incursion extérieure dans son sous-sol. Aucune racine ne doit donc dépasser chez lui, son voisin n'a pas le droit de construire une cave sous son terrain, etc.

- Enfin, c'est la dernière conséquence de la propriété du dessous, le propriétaire du terrain est présumé être propriétaire de tout ce qui se trouve dans le sous-sol (cf. infra, la partie consacrée à l'accession).

3.2.3 - La propriété des eaux

L'eau est un élément de vie essentiel, elle a de multiples usages : alimentation des humains, alimentation du bétail, irrigation des cultures, transport de personnes ou de marchandises avec la navigation, production d'énergie, notamment de l'électricité. L'importance de l'eau explique qu'elle obéisse à des règles particulières. La particularité de ces règles se justifie toujours même si la question de la propriété de l'eau a des incidences sans doute très différentes aujourd'hui par rapport à l'époque de l'élaboration du Code civil. Par exemple, aujourd'hui, l'idée du puits qui alimente le

village nous paraît éloignée, et on va davantage protéger l'eau contre la pollution.

L'eau reste une chose utile à la collectivité et, en la matière, la propriété privée ne doit pas heurter les intérêts de la collectivité. Le droit de l'eau est marqué par cette idée de protection dans l'intérêt général, fût-ce au détriment de la propriété privée.

L'eau et son écoulement posent des problèmes particuliers en termes de servitudes qui seront traités dans la partie consacrée aux servitudes.

Pour le reste, la question de l'eau peut concerner les eaux de pluie, venues du dessus (a), les eaux de source, venues du dessous (b), les eaux de surface, les étangs, les lacs, les rivières (c) et l'ensemble des cours d'eau (d).

Il faut préciser que la mer et les étendues d'eau salée rattachées à la mer appartiennent au domaine public.

a/ Les eaux pluviales

Les eaux de pluie sont la propriété du propriétaire du fonds sur lequel elles tombent. La justification de cette solution est que les eaux de pluie sont des *res nullius*, c'est-à-dire des choses qui n'appartiennent à personne et que l'on peut s'approprier par occupation. En tombant sur un fonds, l'eau de pluie devient la propriété du propriétaire du fonds.

Comme cette eau est à lui, il peut ensuite s'en servir, et pour cela, il peut utiliser des procédés pour la conserver sur son fonds. Il n'est pas obligé de laisser passer l'eau sur le fonds voisin. En revanche, son activité ne doit pas conduire à aggraver la servitude naturelle d'écoulement des eaux. Enfin, par convention ou par prescription, le propriétaire du fonds inférieur peut acquérir des droits sur l'eau qui appartenaient en principe au propriétaire du fonds supérieur.

b/ Les eaux de source

Les dispositions relatives aux eaux pluviales sont aussi applicables aux eaux de source. Elles sont la propriété du propriétaire du fonds sur lequel elles apparaissent. Les mêmes solutions s'imposent même quand c'est le propriétaire du fonds lui-même qui fait en sorte que la source jaillisse sur son terrain.

Le propriétaire du fonds sur lequel apparaît l'eau en est donc propriétaire, mais ces agissements ne doivent pas causer de préjudice à ses voisins, sinon, il doit les indemniser.

Ce droit de propriété de principe sur les eaux de source appartenant au fonds est cependant limité. En effet, le propriétaire du fonds auquel l'eau appartient peut l'utiliser dans la mesure de ses besoins, mais il doit respecter les droits que les propriétaires des fonds voisins auraient acquis par prescription. De plus, il ne doit pas priver une agglomération de son alimentation en eau. Si les habitants n'ont pas acquis par prescription ou par convention un droit d'usage sur l'eau, le propriétaire recevra une indemnité.

c/ Les étangs et lacs

Les étangs et les lacs salés qui sont reliés à la mer appartiennent au domaine public, et sont de ce fait soumis à une réglementation particulière qui relève du droit public.

Pour le reste, s'il s'agit de la fin d'un cours d'eau, ils sont soumis au même régime que le cours d'eau lui-même.

S'il s'agit d'étendue d'eau formée à partir des eaux de pluie ou d'une source, alors ils sont la propriété du propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent, ils ont finalement le même propriétaire que le propriétaire des eaux de pluie ou de l'eau de source qui les forme. Le propriétaire peut utiliser l'eau mais ne doit pas causer de préjudice aux voisins, sous peine de devoir verser une indemnité. Les propriétaires des fonds voisins peuvent acquérir par prescription ou par contrat des droits sur l'eau du lac ou de l'étang.

d/ Les cours d'eau

Pour les cours d'eau, il faut distinguer les cours d'eau navigables et flottables des cours d'eau qui ne le sont pas. Les cours d'eau navigables et flottables appartiennent comme la mer au domaine public, ce sont les cours d'eau domaniaux. Entrent aussi dans cette catégorie les ports et les lacs qui constituerait une section du cours d'eau. Le domaine public fluvial est déterminé par décret.

Les autres cours d'eau, ceux qui ne font pas partie du domaine public, sont soumis au droit civil. Ils sont donc susceptibles d'appropriation, mais la propriété d'un cours d'eau fait l'objet de nombreuses restrictions dans l'intérêt général. Il faut distinguer le lit de l'eau qui s'écoule dessus. La propriété ne va concerner en réalité que le lit.

Le lit du cours d'eau appartient pour moitié au propriétaire de chaque rive. Ce n'est pas une propriété collective. Chacun est propriétaire d'une moitié délimitée du lit. Sa propriété va de sa rive jusqu'à la moitié du lit. Cette propriété permet de construire des édifices sur le cours d'eau ou d'extraire des éléments du sol. La ligne de séparation des propriétés peut être modifiée par convention ou par prescription. Si le cours d'eau sort de son lit et se met à couler ailleurs, les propriétaires de l'ancien lit peuvent, dans l'année qui suit le changement de cours, prendre toutes les mesures nécessaires pour que le cours d'eau retrouve son ancien lit.

En ce qui concerne l'eau qui s'écoule sur le cours d'eau, les propriétaires du lit n'ont sur elles qu'un droit d'usage qui s'appelle « droit de riveraineté ». Ce droit peut être cédé à un tiers ou donné à bail. Ce droit d'usage est différent d'un droit de propriété. Seul l'usage est permis, le propriétaire du lit peut user de l'eau, mais il ne peut pas en disposer. Il doit restituer l'eau après usage. Concrètement, cela signifie que l'utilisation ne doit pas modifier le cours ou la qualité de l'eau. Le volume de l'eau ne doit pas être modifié de façon importante même si l'utilisation implique bien sûr qu'un minimum d'eau ait été absorbée. Ce qui compte est que le volume de l'eau, son débit, son cours ne soit pas modifié. L'eau doit être « rendue » pour pouvoir bénéficier aussi au fonds inférieur. C'est une chose commune, elle ne peut être l'objet d'une appropriation individuelle.

3.3 - L'accession

L'article 546 du Code civil énonce le droit d'accession. Selon ce texte : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession". »

Le droit d'accession est une application en matière de propriété de la règle « l'accessoire suit le principal ». Les accessoires d'un bien sont tout ce qui s'unit et s'incorpore à elle. Il a déjà été vu que le dessus et le dessous sont en principe la propriété du propriétaire du fonds, c'était déjà une application de la théorie de l'accession. De même, le fait que le propriétaire d'une chose soit aussi propriétaire des fruits produits par cette chose est aussi une application de la théorie de l'accession.

L'union ou l'incorporation d'une chose à une autre peuvent être le fruit de l'homme ou de la nature, et il faut donc distinguer l'accession naturelle (1) de l'accession artificielle (2).

3.3.1 - L'accession naturelle

L'accession naturelle permet de devenir propriétaire de tout ce qui arrive naturellement sur un fonds et n'en est que l'accessoire. Ce sera souvent le fait de mouvements d'eau. Il en est ainsi par exemple d'une île. Le propriétaire d'un lac sur lequel se forme une île devient propriétaire de l'île. L'accession naturelle permet aussi au propriétaire d'un fonds de devenir propriétaire des pigeons, des lapins et des poissons qui se trouveraient dessus, à condition qu'il ne les ait pas attirés par fraude ou par artifice. Cette liste n'est pas limitative, mais elle ne concerne pas tous les animaux en raison de dispositions particulières. Les animaux échappés d'une basse-cour ne deviennent par exemple pas la propriété du propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent.

3.3.2 - L'accession artificielle

L'accession artificielle est le résultat d'une intervention de l'homme. Ce peut être soit une construction, une adjonction d'un nouveau matériel, d'une nouvelle matière à un bien préexistant. Cette adjonction peut aussi être une plantation.

Si les matières utilisées étaient la propriété du propriétaire du fonds, l'application de la règle de l'accession est simple. Il est le propriétaire du tout. La règle de l'accession n'a pratiquement même pas besoin d'être utilisée.

La difficulté et en même temps l'intérêt de la règle de l'accession va se trouver dans la situation dans laquelle le propriétaire de la matière est différent du propriétaire du fonds. Par exemple, lorsqu'une construction est édifée sur un terrain avec des matériaux n'appartenant pas au propriétaire du fonds. Selon la règle de l'accession, l'accessoire suit le principal, ce qui signifie que le propriétaire du principal est aussi propriétaire de l'accessoire. Il faut préciser qu'en matière immobilière, le principal est toujours le sol.

Lorsqu'une construction est édiflée, on présume qu'elle a été faite par le propriétaire du fonds, c'est une première présomption, et avec des matériaux qui lui appartiennent, c'est une seconde présomption. Par exemple, si deux personnes sont propriétaires d'un terrain en indivision par moitié, les constructions édifiées sur le terrain sont présumées faites par les deux personnes à leurs frais. Deux concubins qui achèteraient un terrain et construiraient une maison seraient présumés avoir construit cette maison à leurs frais à tous les deux et en être tous les deux propriétaires. Ces deux présomptions sont simples, la preuve contraire est admise.

La difficulté va être dans le cas où la preuve contraire sera rapportée. Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

- La construction avec les matériaux d'autrui

C'est la première hypothèse, le propriétaire du fonds a utilisé les matériaux d'autrui. Dans ce cas, il est malgré tout propriétaire de l'édifice, c'est l'accession.

Le propriétaire du fonds est propriétaire de la construction même si les matériaux n'étaient pas à lui. Peu importe ici qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Il devra cependant indemniser le propriétaire des matériaux.

- La construction sur le terrain d'autrui

C'est la deuxième hypothèse, un tiers a édifié ou planté quelque chose sur un terrain ne lui appartenant pas.

Dans ce cas, un choix s'offre au propriétaire du fonds : il peut soit exiger la démolition, soit en devenir propriétaire grâce à l'accession.

S'il opte pour la démolition, celle-ci sera réalisée aux frais du tiers, sans indemnisation en sa faveur. En revanche, le propriétaire du fonds pourra obtenir des dommages et intérêts si la construction suivie de la démolition lui ont causé un préjudice.

S'il opte pour la conservation de la propriété acquise automatiquement par accession, alors il devra rembourser une somme d'argent au tiers. Il a ici le choix entre deux modes d'évaluation de la somme qu'il versera et il peut choisir le plus avantageux pour lui. Soit il rembourse au tiers une somme correspondant à l'augmentation de la valeur du bien que la construction a produite. Soit il opte pour le remboursement du coût réel des travaux estimés à la date du remboursement compte tenu de l'état dans lequel se trouve le nouvel édifice à cette date. Il choisira certainement la plus faible des deux sommes, ce qu'il a parfaitement le droit de faire.

Le propriétaire est privé de ce choix lorsque le constructeur est de bonne foi et possède un juste titre : dans ce cas, il ne peut exiger la démolition (un juste titre est un titre qui a l'apparence de la validité mais qui n'est pas valable car il n'émane pas en réalité du véritable propriétaire).

- Le cas particulier de l'empiètement

Le cas particulier de l'empiètement est celui dans lequel une personne construit bien sur sa propriété mais ce faisant, elle empiète sur celle du fonds voisin. Dans ce cas, les règles précédemment énoncées ne s'appliquent pas de façon évidente, et une so-

lution satisfaisante est difficile à trouver, en particulier dans le cas dans lequel une construction empiète de façon mineure sur le fonds voisin et le constructeur est de bonne foi, par exemple, lorsque des particuliers font construire une maison et suite à une erreur, le mur empiète de quelques centimètres sur le terrain du voisin.

La solution actuelle en pareille hypothèse est de permettre au propriétaire du fonds qui subit l'empiètement d'exiger la démolition de l'ouvrage, quelle que soit l'importance de l'empiètement, fût-il minime.

Cette solution a été affirmée dans un arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1823.

Récemment, la Cour de cassation a réaffirmé cette solution (Civ. 3e 20 mars 2002 Bull. Civ. III n° 171) et a précisé, au visa de l'article 545, que cette solution valait, quelle que soit la mesure de l'empiètement. En l'espèce, il était de 0,5 centimètre. Dans la pratique, ce qui peut se passer est que les constructeurs négocieront les quelques centimètres de terrain pour des sommes considérables afin d'éviter la démolition. La solution est critiquable mais en admettre une autre reviendrait à permettre de construire sur le terrain d'autrui et de l'exproprier pour cause d'utilité privée.

4 - Acquisition, preuve et protection de la propriété

Celui qui a acquis le droit de propriété (4.1) a ensuite à sa disposition différents moyens pour le défendre (4.3), à condition toutefois de pouvoir le prouver (4.2).

4.1 - Les modes d'acquisition de la propriété

La propriété peut s'acquérir de plusieurs manières. L'acquisition peut être plus ou moins rapide, plus ou moins volontaire, plus ou moins onéreuse. En fait, les modes d'acquisition de la propriété sont assez variés.

Avant de traiter de ces questions, deux précisions doivent être données :

- Le régime des biens sans propriétaire est réglé par l'article 713. Aux termes de ce texte « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. Toutefois, la propriété est transférée de plein droit à l'Etat si la commune renonce à exercer ses droits. » Les immeubles qui n'ont pas de propriétaire deviennent donc la propriété de la commune et, si elle refuse, de l'Etat. Grâce à cette règle, il n'y a pas en principe d'immeuble sans maître. Une règle facilite en pratique l'application de cette disposition. Lorsqu'un immeuble n'a pas de propriétaire connu et que les impôts fonciers n'ont pas été réglés depuis plus de trois ans, alors il est présumé sans propriétaire et devient la propriété de la commune, et à défaut de l'Etat (articles 27 bis et 27 ter, code du domaine de l'Etat).
- Les choses communes ne peuvent pas faire l'objet d'une appropriation. C'est précisé à l'article 714 : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. » Il s'agit ici des choses communes. Ces choses, indispensables à tous, ne peuvent pas faire

l'objet d'une appropriation privée. Il en est ainsi par exemple, de l'air, de l'eau de la mer, etc.

En ce qui concerne les choses appropriables, les modes d'acquisition de la propriété sont prévus aux articles 711 et 712. Selon ces articles, la propriété peut d'abord s'acquérir par acte juridique (1). Elle peut ensuite s'acquérir par succession. Ce sont sans doute les deux hypothèses les plus fréquentes, au moins pour la propriété immobilière. L'acquisition par succession ne sera pas abordée ici car cela relève du droit des successions. La propriété peut aussi s'acquérir par possession (2) ou occupation (3), ces deux hypothèses permettant de mettre en adéquation le droit avec les faits. Enfin, la propriété peut encore s'acquérir par accession (4).

4.1.1 - L'acquisition de la propriété par acte juridique

La propriété s'acquiert fréquemment par acte juridique : en particulier par un contrat de vente ou par une donation, mais ce peut aussi être par l'échange ou la location-vente par exemple. Ce mode d'acquisition est sans doute le plus fréquent. Il concerne tant les meubles que les immeubles.

Les contrats qui permettent d'acquérir la propriété sont les contrats translatifs de propriété. Au niveau des conditions, ils sont soumis au droit commun des obligations. Les effets sont en revanche plus spécifiques, en raison précisément du transfert de propriété.

a/ Les conditions des actes translatifs de propriété

Les contrats translatifs de propriété sont soumis en principe au droit commun des obligations. Les quatre conditions de l'article 1108 du Code civil doivent donc être remplies : capacité, consentement, objet, cause. Les contractants doivent être capables, donnés un consentement non vicié, le contrat doit avoir un objet licite et la cause doit exister et être licite.

Il faut préciser tout de même certains points en matière d'acte translatifs de propriété.

Premier point : la rescision pour lésion. La rescision pour lésion en matière immobilière est un des intérêts de la distinction meuble-immeuble. En principe, la lésion, le fait qu'une des parties au contrat s'estime lésée ne permet pas de revenir sur le contrat. La solution doit être nuancée en matière de vente immobilière. Selon l'article 1674, si le vendeur d'un immeuble a été lésé de plus des 7/12 du prix, il peut demander la rescision de la vente. Cette disposition est d'ordre public, le vendeur ne peut pas y renoncer dans le contrat. Cette disposition s'explique par la valeur, l'importance accordée aux immeubles par rapport aux meubles dans le Code civil. En matière successorale, la solution est similaire, la lésion de plus d'un quart permet de revenir sur le partage.

Deuxième point : la forme des contrats de vente immobilière. En pratique, les ventes immobilières se font devant un notaire. Pourtant, aucun texte n'exige que les contrats

de vente d'immeuble soient passés par acte authentique pour être valables. Un contrat de vente d'immeuble sous seing privé est parfaitement valable. Toutefois, pour que la vente soit opposable aux tiers, elle doit être publiée à la conservation des hypothèques. Or, depuis un décret de 1955, cette publicité suppose que le contrat de vente ait été passé par acte authentique. C'est ce qui explique que, en pratique, les ventes d'immeubles soient faites devant un notaire. Si ce n'est pas le cas, le contrat ne produira ses effets qu'entre les parties et non à l'égard des tiers.

Troisième point : la forme des donations. En principe, la donation, pour être valable, doit être faite par acte authentique. Toutefois, les exceptions à cette règle en réduisent considérablement la portée. La règle n'est pas applicable aux dons manuels, c'est-à-dire lorsque la chose est donnée de la main à la main. Elle n'est pas applicable non plus en matière de donation indirecte telle que les stipulations pour autrui ou les ventes à très bas prix. Elle n'est pas non plus applicable aux donations déguisées, c'est-à-dire aux donations qui ont l'apparence d'un autre acte, par exemple une vente, mais un autre acte précise que le prix ne sera pas payé ou une fausse reconnaissance de dette.

b/ Les effets des actes translatifs de propriété

L'effet particulier des actes translatifs de propriété est précisément de transférer la propriété.

En droit français, dès lors qu'un contrat est translatif de propriété, il emporte en lui-même transfert de propriété. On dit que le transfert de propriété est immédiat. Ainsi, le contrat de vente, qui existe dès accord sur la chose et sur le prix, entraîne un transfert de propriété immédiat.

Il existe néanmoins des exceptions à ce transfert immédiat de propriété. Ainsi, pour les ventes de choses futures, le transfert de propriété n'a lieu que lorsque la chose est achevée. Pour les choses fongibles, ou choses de genre, le transfert de propriété n'a lieu qu'au moment de l'individualisation, c'est un des intérêts de la distinction entre choses fongibles et choses non fongibles. Enfin, le transfert de propriété immédiat n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc convenir autre chose. Elles peuvent par exemple convenir que le transfert de propriété n'aura lieu qu'à la livraison, ou convenir que le transfert de propriété n'aura lieu qu'au complet paiement du prix, c'est ce que l'on appelle une clause de réserve de propriété. Ces exceptions sont importantes car les conséquences du transfert de propriété sont importantes.

Le transfert de propriété entraîne un certain nombre de conséquences. Le nouveau propriétaire est investi des prérogatives découlant du droit de propriété. Ainsi, il récupère les fruits, il devient propriétaire par accession de tous les accessoires de la chose, il est responsable de la chose et, conséquence très importante, il supporte les risques de la chose en vertu de la règle *res perit domino*. Selon cette règle, les risques sont à la charge du propriétaire. L'acheteur devenu propriétaire doit donc payer le prix, quand bien même la chose aurait péri avant d'être livrée. En cas de clause de réserve de propriété, le vendeur reste tenu des risques.

Il est toutefois possible de dissocier le transfert de propriété du transfert des risques. Cela peut se faire par une clause. Le transfert des risques est également retardé dans le cas des ventes sous condition suspensive. Enfin, en cas de mise en demeure du vendeur de livrer la chose, les risques lui sont de nouveau transférés.

4.1.2 - L'acquisition de la propriété par possession

La possession fera l'objet d'une section spécifique. D'une manière générale, la possession est le fait de se comporter comme le propriétaire d'un bien alors qu'on ne l'est pas. Elle produit un certain nombre d'effets, dont un effet acquisitif. La possession permet à certaines conditions d'acquérir la propriété.

La possession permet d'abord au possesseur de bonne foi d'un meuble d'en acquérir la propriété, sauf si le bien a été perdu ou volé.

Ensuite, la possession va faire jouer la prescription. La prescription est un mode d'acquisition de la propriété. La possession, pendant un certain délai, va donc permettre d'acquérir la propriété par prescription. Le délai de prescription varie suivant la bonne ou la mauvaise foi du possesseur.

L'ensemble de ces règles sera précisé dans la section consacrée spécifiquement à la possession.

4.1.3 - L'acquisition de la propriété par occupation

L'occupation est le fait de se comporter comme le propriétaire d'une chose alors qu'on ne l'est pas. La différence par rapport à la possession acquisitive est qu'en matière d'occupation, la chose en question n'a pas de propriétaire connu. L'acquisition de la propriété sera alors en général facilitée par rapport à la situation de la possession, car ici l'acquisition de la propriété ne se fait pas au détriment du droit de quelqu'un d'autre. L'occupation est le fait d'avoir quelque chose sous la main et de se comporter comme le propriétaire parce qu'on a bien l'intention de le devenir. C'est en quelque sorte le mode d'acquisition originaire des biens.

Un immeuble ne peut pas être sans propriétaire. Dès lors, l'occupation, qui suppose une absence de propriétaire connu, ne se conçoit qu'en matière de meubles.

Deux sortes de meubles sont susceptibles d'occupation : les meubles sans propriétaire (a) et les meubles dont le propriétaire est inconnu (b).

a/ Les meubles sans propriétaire

Ce sont les *res nullius* et les *res derelictae*. Les *res nullius* sont les choses qui n'appartiennent à personne, et les *res derelictae* sont les choses qui n'appartiennent plus à personne, qui ont été abandonnées. Toutes ces choses sont susceptibles d'appropriation par occupation.

Ainsi, les produits de la chasse ou de la pêche peuvent être acquis par occupation.

b/Les meubles dont le propriétaire n'est pas connu

Les meubles dont le propriétaire n'est pas connu peuvent être divisés en deux catégories : les épaves et les trésors. Les épaves sont des choses qui ont été perdues par leur propriétaire et les trésors ont la spécificité d'être cachés ou enfouis. Dans les deux cas, celui qui trouve l'épave ou le trésor est appelé l'inventeur.

- **Les épaves** : le propriétaire d'une épave n'a pas souhaité perdre la propriété de son bien. Il en a simplement perdu la possession involontairement. A priori, il n'y a aucune raison de lui faire perdre son droit de propriété simplement parce qu'il a malencontreusement perdu la possession de son bien. Il ne perd donc pas son droit de propriété et peut revendiquer son bien dans les mains de celui qui le détient.

Toutefois, la plupart du temps, quand la chose est perdue, par définition, le propriétaire ne sait pas où elle se trouve. Il ne pourra donc pas concrètement revendiquer son bien. Cette situation doit être prise en compte par le droit car la situation de l'inventeur doit bien finir par être consolidée.

La question du sort des épaves est réglée par des dispositions particulières qui diffèrent suivant la nature de l'épave, en particulier suivant que l'épave est maritime ou terrestre.

D'une manière générale, on peut dire que pour les épaves maritimes, une publicité est assurée de manière à permettre au propriétaire de récupérer son bien, et au-delà d'un certain délai, le bien est vendu au bénéfice de l'Etat.

Pour les épaves terrestres, on trouve des lois qui réglementent différentes catégories de biens. Cela va des biens laissés en gage par les voyageurs dans les hôtels aux biens laissés aux greffes à l'occasion d'un procès, en passant par les biens laissés à la consigne dans les gares. Des ventes aux enchères sont souvent prévues à l'expiration d'un certain délai sans réclamation.

En dehors de ces dispositions particulières, la personne qui trouve un objet, l'inventeur, n'est pas en droit de le garder. Il doit le déposer au bureau des objets trouvés. Celui-ci rendra le bien à son propriétaire s'il le réclame dans un délai d'un an. Au-delà, le bien sera souvent rendu à l'inventeur. Il en deviendra alors possesseur et pourra en acquérir la propriété au bout du délai de prescription de trente ans. Ce délai peut être raccourci si l'on considère qu'après avoir déposé l'objet à l'Administration en vue de le restituer, il le récupère en étant de bonne foi (dans ce cas trois ans).

- **Les trésors** : selon l'article 716 du Code civil : « Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard. » Le même article règle la question de l'attribution du trésor. Il faut distinguer deux cas : le cas dans lequel le propriétaire du fonds a découvert lui-même le trésor, et le cas dans lequel un tiers découvre un trésor sur une propriété qui n'est pas la sienne.

Lorsque le trésor est découvert par le propriétaire du fonds, ou une personne agissant pour son compte, alors il en devient propriétaire par occupation. Peu importe ici qu'il ait découvert le trésor par hasard ou qu'il l'ait cherché.

Lorsque le trésor n'est pas découvert par le propriétaire mais par un tiers, dans ce cas, le trésor appartient pour moitié à l'inventeur et pour moitié au propriétaire. Toutefois, si le trésor n'a pas été trouvé par hasard mais suite à des recherches, la solution est plus difficile. Si l'inventeur a fait des recherches sur ordre du propriétaire, il a alors agi pour son compte. C'est comme si le propriétaire l'avait trouvé lui-même, le trésor lui appartient, il devra simplement rémunérer l'inventeur pour son travail de recherche. Si les recherches ont été faites sans l'accord du propriétaire, alors l'inventeur n'a pas le droit à la moitié du trésor, il n'a pas à faire des recherches sur un bien dont il n'est pas propriétaire. Dans le cas où les recherches ont été faites par une personne qui a un droit de jouissance sur le bien, telle que l'usufruitier ou le locataire, la solution est moins certaine. On pourrait considérer que leur droit de jouissance leur donne un droit de recherche et que, de ce fait, ils peuvent prétendre à la moitié du trésor.

Il existe des dispositions destinées à découvrir et protéger le patrimoine historique et/ou culturel. Ainsi, il faut une autorisation pour effectuer des fouilles archéologiques, et elles peuvent être faites par l'Etat. Dans ce cas, les trésors sont néanmoins partagés, et si l'Etat veut conserver l'objet, il doit une indemnité. Il existe aussi des dispositions particulières pour les biens présentant un intérêt particulier trouvés dans la mer. Si le bien a été trouvé par hasard, l'inventeur doit le déclarer à l'Administration dans les quarante-huit heures. Il doit en principe le laisser sur place. S'il l'a remonté, dans un filet de pêche par exemple, il doit le tenir à disposition de l'Administration. Pour les fouilles intentionnelles, il faut une autorisation de l'Etat. Le bien découvert peut être réclamé par son propriétaire pendant un délai de trois ans. Au-delà, c'est l'Etat qui en devient propriétaire, et l'inventeur a droit à une récompense.

4.1.4 - L'acquisition de la propriété par accession

L'accession a déjà été vue lors de l'étude de l'étendue du droit de propriété. L'accession serait donc une conséquence du droit de propriété.

Mais c'est aussi un mode d'acquisition de la propriété. Lorsqu'un bâtiment est construit sur un terrain avec des matériaux appartenant à un tiers, le propriétaire du fonds devient propriétaire des matériaux par accession. Il s'agit donc bien d'un mode d'acquisition de la propriété. L'accession est donc à la fois une conséquence et un mode d'acquisition de la propriété.

Pour mémoire, l'accession est une application de la règle « l'accessoire suit le principal ». Elle permet au propriétaire du principal de devenir propriétaire de l'accessoire.

En matière immobilière, le principal est toujours le sol. En matière mobilière, la règle de l'accession est très peu utilisée car les conséquences de la possession sont telles que l'accession est pratiquement inutile.

L'accession peut être par production, par union, ou par incorporation. Elle peut être naturelle, être la conséquence de phénomènes naturels ou artificiels, être le résultat de l'intervention de l'homme.

L'accession par production permet au propriétaire d'une chose de devenir propriétaire de ce qui est produit par la chose. C'est une application du fructus. Le propriétaire peut faire fructifier la chose et il devient alors propriétaire des fruits et produits. Ainsi, les fruits du pommier deviennent la propriété du propriétaire du pommier et les loyers de l'appartement deviennent la propriété du propriétaire de l'appartement.

L'accession par union ou incorporation permet de devenir propriétaire de tout ce qui vient s'ajouter à la chose et en devenir l'accessoire. Ainsi, la cabane appartient au propriétaire du terrain sur lequel elle a été construite, quand bien même elle aurait été construite par quelqu'un d'autre. Une indemnité sera due, mais le propriétaire sera le propriétaire du fonds.

La propriété étant acquise, il reste à voir comment elle peut être protégée, ce qui suppose préalablement qu'elle puisse être prouvée.

4.2 - La preuve de la propriété

La preuve de la propriété pose des questions particulières. Il n'existe pas de preuve préconstituée du droit de propriété. Aucune preuve précise et incontestable du droit de propriété n'est prévue. De plus, une telle preuve serait difficile à créer. Le droit de propriété n'est pas un droit opposable à un débiteur, une preuve préconstituée ne peut donc pas être prévue entre deux personnes comme en matière contractuelle. En matière de propriété, ce serait insuffisant. Le droit de propriété est un droit opposable à tous, opposable *erga omnes*, il est donc plus difficile de prévoir une preuve préconstituée. Le seul moyen serait que l'Etat fournisse une preuve irréfutable de la propriété. En matière mobilière, c'est délicat. En effet, compte tenu de la mobilité des biens meubles, il serait extrêmement difficile d'établir un fichier, et compte tenu de la quantité de biens meubles et de la fréquence des échanges, une telle entreprise serait titanesque et freinerait les échanges. Pour les biens immeubles, les difficultés sont moindres. Il est plus simple de créer un fichier répertoriant tous les immeubles car leur fixité géographique rend l'entreprise plus simple. De plus, les échanges sont moins fréquents qu'en matière mobilière. Pourtant, un tel fichier permettant de fournir la preuve irréfutable de la propriété d'un immeuble n'existe pas. Ce n'est pas l'objet du cadastre (cf. supra sur le cadastre).

Pour prouver la propriété, il va donc falloir prouver que la propriété a été acquise. Il va donc falloir rapporter la preuve soit d'un acte juridique, soit d'un fait juridique ayant permis d'acquérir la propriété. Les actes juridiques permettant d'acquérir la propriété vont être soit un contrat translatif de propriété, soit une donation, soit un testament. Les faits permettant d'acquérir la propriété sont la possession à certaines conditions, l'occupation, l'accession et les successions *ab intestat*, c'est-à-dire or testament.

La plupart du temps, le bien va être acquis de l'ancien propriétaire, c'est-à-dire soit par contrat, soit par succession. La difficulté ici est la règle *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet* qui signifie que « nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même ». Afin de prouver que l'on a acquis valablement la pro-

priété de l'ancien propriétaire, il va falloir démontrer que lui-même était bien propriétaire. Il va falloir pour cela démontrer qu'il tenait lui-même ses droits de l'ancien propriétaire, qui tenait bien lui-même ses droits de l'ancien propriétaire, etc. C'est une suite infernale, c'est ce que l'on appelle une preuve diabolique, une *probatio diabolica*.

Afin de faciliter les choses, différents procédés ont été mis en place. La possession est au centre de cela. Elle a deux fonctions. Une fonction probatoire et une fonction acquisitive. Dans sa fonction probatoire, la possession permet de créer une présomption de propriété en faveur du possesseur. Dans sa fonction acquisitive, la possession permet d'acquérir la propriété. La preuve sera alors plus facile à rapporter. Il n'y aura pas besoin de prouver que l'on tient ses droits de l'ancien propriétaire, qui lui-même les tenait de l'ancien propriétaire, etc., il suffira de prouver que les conditions ont été réunies à un moment donné pour que la possession permette d'acquérir la propriété.

La possession va donc permettre de faciliter la preuve de la propriété. Elle va aider celui sur qui pèse la charge de la preuve. La charge de la preuve pèse sur le demandeur, conformément au droit commun. Le demandeur doit prouver qu'il est le propriétaire. Il ne suffit pas qu'il prouve que le défendeur n'est pas propriétaire. Il lui sera plus facile de prouver qu'il est propriétaire s'il est possesseur, et en toutes hypothèses, il n'aura pas à sa disposition de preuve préconstituée incontestable.

La preuve de la propriété est libre. Elle peut être rapportée par tous moyens. En pratique, principalement, trois éléments vont pouvoir être fournis : des titres de propriété, la preuve d'une possession, et des indices.

Les titres de propriété sont tous les actes qui sont censés avoir transféré la propriété. Cela peut donc être un contrat de vente, la preuve d'une donation, un testament, cela peut aussi être une décision de justice, un acte de partage entre cohéritiers, etc.

La fourniture de cet acte ne prouve pas de manière irréfutable la propriété puisqu'il faudrait pour cela encore prouver que la personne qui nous a transmis la propriété était elle-même propriétaire. On admet tout de même que les titres de propriété soient admis comme preuve dans la mesure où la plupart du temps, celui qui a transmis la propriété était bien le propriétaire, ou au moins le possesseur. Il était la plupart du temps le propriétaire grâce à la publicité foncière. S'il ne l'avait pas été, le véritable propriétaire aurait sans doute réagi.

La possession a, selon les circonstances, une fonction probatoire ou une fonction acquisitive. La possession a une fonction probatoire lorsqu'un bien meuble a été acquis *a domino*, c'est-à-dire lorsque le bien a été transmis par le véritable propriétaire. Dans ce cas, la possession fait présumer la propriété. Par exemple, si le propriétaire d'un bien meuble me l'a mis entre les mains et qu'il prétend que c'était au titre d'un prêt pendant que je prétends qu'il s'agissait d'un don, la possession va faire présumer que je suis propriétaire du bien. Mon adversaire devra, s'il veut récupérer son bien, prouver qu'il s'agissait d'un prêt. En matière immobilière, la possession a une fonction probatoire lorsque les conditions de la prescription acquisitive ne sont pas remplies.

La possession a une fonction acquisitive en matière mobilière lorsqu'elle a été acquise

a non domino, c'est-à-dire lorsque la personne qui possède le bien ne le tient pas de son propriétaire. Dans ce cas, en matière mobilière, à certaines conditions, notamment celle d'être de bonne foi, la possession fait acquérir la propriété immédiatement. Dans les autres cas, notamment en matière immobilière, la possession peut faire acquérir la propriété par le jeu de la prescription, c'est-à-dire après l'écoulement d'un certain délai.

Tout cela sera traité plus en détail dans la section consacrée à la possession.

Les indices : différents éléments matériels peuvent être invoqués en faveur de la vraisemblance du droit de propriété. On ne peut pas donner de liste limitative dans la mesure où la preuve de la propriété est libre. En principe, n'importe quel élément susceptible de démontrer la propriété est donc recevable. Les indications du cadastre sont souvent un indice important, même si c'est en principe un élément parmi d'autres et que ce n'est pas une preuve irréfutable ni même une preuve plus importante que les autres. La configuration des lieux peut aussi être prise en compte, et il en est de même du paiement des impôts fonciers.

Il faut préciser que la nécessité de faire une action supposant la preuve du droit de propriété est en général liée à la privation de la possession. Souvent, la personne va agir avec la nécessité de prouver son droit de propriété parce qu'elle a été privée de la possession. Elle va donc agir contre le possesseur. Le défendeur est donc en général doublement avantaagé. Non seulement la charge de la preuve ne pèse pas sur lui, mais en plus, il a l'avantage de la possession. En réalité, le propriétaire a tout intérêt à agir avant d'en arriver là.

Si chacune des parties au procès peut apporter un élément, voire plusieurs, en faveur de sa propriété, il faut déterminer lequel doit prévaloir. D'une manière générale, la meilleure preuve est celle de la prescription acquisitive. Si une partie peut prouver que les conditions de la prescription acquisitive sont réunies, elle doit être considérée comme le propriétaire. Cette preuve est supérieure à toutes les autres. Pour le reste, le juge se fera sa propre opinion en fonction des éléments rapportés. Il devra trancher et déterminer qui est le propriétaire au vu des éléments qui lui sont rapportés. Toutefois, dans le cadre d'un couple marié ou pacsé, à défaut de preuve, il y a une présomption d'indivision par moitié.

4.3 - La protection du droit de propriété

La propriété est un droit inviolable et sacré. Il est donc indispensable que l'Etat, en particulier à travers les tribunaux judiciaires, protège le propriétaire contre les atteintes des tiers à son droit de propriété. Même lorsque c'est l'Etat qui porte atteinte à la propriété par une voie de fait, ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents. Ils sont considérés comme les gardiens naturels de la propriété. Même dans le cas de l'expropriation, les tribunaux judiciaires peuvent intervenir même si une partie du contentieux relève des juridictions de l'ordre administratif.

La Cour européenne des droits de l'homme est également compétente en la matière puisque l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de

L'homme, adopté en 1952, énonce : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. » La Cour européenne des droits de l'homme a déjà précisé dans l'arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* (Série A, n° 31, § 63) que « en reconnaissant à chacun le respect de ses biens, l'article 1er du Protocole n° 1 garantit, en substance, le droit de propriété ». Le droit de propriété peut donc aussi être protégé par le droit européen.

La protection du droit de propriété se manifeste au niveau pénal par l'incrimination de toutes les infractions contre les biens telles que le vol, l'escroquerie, la destruction des biens d'autrui, etc. Elle se manifeste aussi dans la protection contre les privations de la propriété qui émaneraient de l'Etat. Elle se manifeste encore au plan civil en permettant au propriétaire de demander et obtenir des dommages et intérêts en cas d'atteinte à son droit. Les dommages causés à un bien peuvent donner lieu à des réparations si la responsabilité de quelqu'un peut être engagée, que ce soit sur un fondement délictuel ou contractuel.

Enfin, il existe une action spécifique qui permet de revendiquer un bien et de le récupérer en tant que propriétaire, c'est **l'action en revendication**.

L'action en revendication est une action pétitoire puisqu'elle met en cause l'existence d'un droit réel immobilier. Elle permet, en prouvant par tous moyens son droit de propriété, de récupérer un bien qui serait en possession d'un tiers.

Cette action relève de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance du lieu de situation de l'immeuble.

Cette action est imprescriptible. C'est une exception puisqu'en principe, lorsqu'elles ne sont pas enfermées dans un délai plus court, les actions se prescrivent par trente ans. Cette exception est la conséquence du principe selon lequel la propriété est imprescriptible.

Lorsque le demandeur parvient à prouver sa propriété, ce qui suppose en particulier que le possesseur n'ait pas pu démontrer une prescription acquisitive, l'action en revendication sera accueillie. Dans ce cas, le propriétaire récupérera son bien. Toutefois, un règlement de compte sera parfois nécessaire. En effet, une indemnisation peut être due envers le possesseur évincé ou au contraire envers le propriétaire.

Le possesseur devra rendre les produits et éventuellement les fruits de la chose. Les produits doivent être rendus car ils altèrent la substance de la chose, il est donc logique qu'ils reviennent au propriétaire. Les fruits ne devront être rendus que si le

possesseur était de mauvaise foi. S'il était de bonne foi, il pourra les conserver, c'est une des conséquences de la possession de bonne foi.

Le possesseur pourra également devoir une indemnité en cas de détérioration de la chose ou d'aliénation de certains de ses accessoires. Il faut ici encore distinguer suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi. S'il est de mauvaise foi, il doit indemniser le propriétaire pour les aliénations et les détériorations, même si les détériorations sont dues à un cas de force majeure, sauf s'il prouve qu'elles auraient eu lieu même sous la garde d'une autre personne. S'il est de bonne foi, la seule chose qu'il doit est le prix qu'il aura éventuellement perçu en aliénant des accessoires de la chose.

Le propriétaire peut de son côté devoir également de l'argent au possesseur. C'est une application de la théorie des impenses. Cette théorie permet de ne pas laisser le propriétaire s'enrichir injustement grâce aux frais engagés par le possesseur qui ont amélioré son bien. Les impenses sont les dépenses qui ont été faites par le possesseur. En fonction de leur nature et de leur utilité, il pourra en obtenir le remboursement. Les impenses nécessaires, c'est-à-dire sans lesquels l'immeuble aurait perdu de la valeur, doivent être remboursées au possesseur, peu importe ici qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. Les dépenses d'entretien courant sont cependant exclues. Les impenses utiles, c'est-à-dire celles qui ont entraîné une augmentation de la valeur de l'immeuble, comme l'installation d'un ascenseur par exemple, doivent être remboursées à hauteur de l'augmentation réelle qu'elles ont apportée à la valeur de l'immeuble. S'il s'agit, non pas de travaux mais de constructions ou plantations nouvelles, il faut alors appliquer les règles de l'accession artificielle. Enfin, les impenses voluptaires, c'est-à-dire celles qui relèvent du luxe, du plaisir, des goûts du possesseur, ne doivent pas être remboursées. Elles ne procurent pas de façon certaine une plus-value à l'immeuble. Le possesseur peut toutefois récupérer les objets qui peuvent l'être s'il peut les retirer sans dégradation.

Il faut ensuite calculer ce que chacun doit et voir qui reste débiteur. Si c'est le possesseur, il devra rendre la somme due en plus de l'immeuble, si c'est le propriétaire, il doit donner régler la somme due au possesseur. A défaut, celui-ci a un droit de rétention, il peut conserver l'immeuble jusqu'au paiement de la somme due.

Il faut préciser que le jugement a naturellement autorité de la chose jugée, mais cette autorité est relative. Le jugement est opposable aux tiers, mais une nouvelle action peut être intentée par un tiers sans que l'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée. La preuve de la propriété n'est jamais parfaite et incontestable, et un tiers peut très bien démontrer que c'est lui le véritable propriétaire et non pas celui qui a été désigné aux termes d'une autre action en revendication. Toutefois, un jugement faisant droit à une action en revendication est un titre de propriété qui aura son importance.

Section 2 : La possession

Alors que la propriété est un pouvoir de droit, la possession est un pouvoir de fait entre une personne et une chose. Le possesseur va, dans les faits, maîtriser la chose comme s'il était propriétaire, exercer sur la chose les mêmes pouvoirs qu'un propriétaire, alors même qu'il ne sera pas forcément propriétaire. La possession, à certaines conditions (1), va produire des effets de droit (2).

1 - Les conditions de la possession

L'article 2228 du Code civil définit ainsi la possession : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. » Le possesseur se comporte donc comme le propriétaire, et il se comporte intentionnellement comme le propriétaire.

La possession se distingue de la détention d'un point de vue intentionnel. Le détenteur maîtrise la chose mais, à la différence du possesseur, il reconnaît le droit d'autrui (exemple : celui à qui on a prêté ou loué une chose est détenteur de cette chose mais pas possesseur).

La possession nécessite donc un élément matériel, appelé *corpus* (1.1) et un élément psychologique ou moral appelé *animus* (1.2).

Enfin, pour produire des effets de droit, la possession doit présenter certaines qualités, ces qualités rendent la possession utile (1.3).

1.1 - L'élément matériel, le corpus

Le corpus, ou élément matériel, est la maîtrise effective de la chose. Elle se manifeste par ce que l'on appelle des faits de possession. Ils dépendent de la chose en question. Pour une maison, ce sera le fait de l'habiter, pour une voiture, le fait de la conduire, etc. Ils peuvent être effectués par représentation.

C'est le fait d'agir comme un propriétaire, mais uniquement en effectuant les actes matériels que pourraient effectuer un propriétaire, les actes juridiques étant bien sûr exclus.

1.2 - L'élément psychologique, ou animus

L'*animus* est le fait d'agir en prétendant être propriétaire, en le revendiquant, peu importe ici la bonne ou la mauvaise foi. Ce qui compte n'est pas de croire être le propriétaire mais de vouloir être le propriétaire. Il faut un *animus domini*, une volonté de se comporter en dominant, en maître de la chose.

Cet animus domini est présumé. Face à un titre qui oblige à restitution (par exemple un contrat de prêt), la présomption est exclue et la personne devient détenteur. Ainsi, celui qui détient une chose par un titre juridique comme un bail est objectivement un détenteur, et il ne peut pas, par sa seule volonté de devenir propriétaire, devenir un possesseur.

Les choses peuvent évoluer cependant s'il outrepassé les droits qu'il détient de son titre et se comporte véritablement comme un propriétaire en affirmant ainsi sa volonté de se comporter en propriétaire.

Lorsque les éléments constitutifs de la possession sont réunis, celle-ci n'en est pas pour autant utile. Il faut qu'elle remplisse certaines conditions pour devenir utile. C'est seulement lorsque la possession est non viciée, lorsqu'elle remplit certaines conditions, qu'elle va produire des effets.

1.3 - Les qualités nécessaires à la possession utile

Selon l'article 2229, la possession, pour pouvoir produire des effets juridiques, doit être continue et non interrompue, paisible, publique, et non équivoque.

Elle doit être **continue et non interrompue**, cela ne signifie pas qu'elle soit permanente, que la personne utilise en permanence la chose, elle doit seulement l'utiliser aussi régulièrement que le ferait un propriétaire. Cela dépend donc de l'usage normal de la chose en question. Par exemple, il n'est pas nécessaire d'utiliser une voiture tous les jours pour que la possession soit continue, mais il faut l'utiliser régulièrement.

Elle doit être **paisible**, c'est-à-dire non violente. Il ne faut donc pas en être entré en possession par violence, que celle-ci soit physique ou morale. Cependant, si la personne se maintient en possession sans violence, la possession peut devenir paisible. Elle devient paisible à partir du moment où la violence cesse. En toutes hypothèses, le vice de violence est relatif puisque seul celui qui en a été victime peut l'invoquer.

Elle doit encore être **publique**, c'est-à-dire non clandestine. Elle doit être normalement visible, c'est-à-dire qu'il ne faut pas une volonté de dissimuler les actes de possession, il suffit de les effectuer normalement, peu importe qu'ils soient par nature visibles ou invisibles. Ce qui compte est l'absence de volonté de les dissimuler aux tiers.

Enfin, elle doit être **non équivoque**, c'est-à-dire que les actes de possession ne doivent pas pouvoir s'expliquer par une autre raison. Il ne faut pas confondre cela avec la bonne ou la mauvaise foi du possesseur. Ce qui compte n'est pas l'équivoque dans l'esprit du possesseur, mais l'équivoque dans l'esprit des tiers. Si les tiers ont pu croire que le possesseur agissait pour une autre raison que celle de vouloir être titulaire d'un droit réel sur la chose, alors la possession est équivoque. Ainsi, selon la jurisprudence, en principe, les actes accomplis par un co-indivisaire sont équivoques à l'égard des autres co-indivisaires. En effet, ils ont pu penser que le co-indivisaire agissait ainsi dans l'intérêt de tous, par altruisme. Ce n'est que si les actes montrent clairement la volonté de se comporter comme unique propriétaire que la possession d'un co-indivisaire peut devenir non équivoque. Il en est de même dans les rapports de fa-

mille ou de concubinage. On considérera la plupart du temps que la possession est équivoque.

Si elle présente toutes ces qualités, la possession est non viciée, cela va la rendre utile dans le sens où elle va pouvoir produire des effets juridiques.

2 - Les effets de la possession

Les effets de la possession peuvent être regroupés en trois grandes catégories. D'abord, la possession a une fonction acquisitive. Elle permet à certaines conditions d'acquérir la propriété. Ensuite, la possession a une fonction probatoire. Elle constitue un élément de preuve utilisable en matière de propriété. Enfin, la possession peut être défendue. Il existe des actions assurant au possesseur la défense de son pouvoir sur la chose. En dehors de ces trois grandes catégories, il faut rappeler que la possession donne parfois le droit de conserver les fruits, ce qui a d'ores et déjà été vu à travers les conséquences de l'action en revendication.

Pour pouvoir produire des effets juridiques, la possession doit exister, les éléments constitutifs doivent être réunis et il faut qu'elle soit exempte de vices. Les effets varieront alors en fonction de deux facteurs : la bonne ou la mauvaise foi du possesseur et le fait que la chose possédée soit meuble (2.1) ou immeuble (2.2).

2.1 - En matière mobilière

Selon l'article 2279 : « En fait de meubles, la possession vaut titre.

Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. »

La règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » est destinée à faciliter l'échange des meubles et le commerce. Cela permet de sécuriser et de simplifier les transactions. Cette règle a deux effets qui correspondent à un impératif de sécurité et de simplicité.

Le premier effet de la règle est l'acquisition de la propriété lorsque le bien a été acquis *a non domino*, c'est-à-dire lorsque le bien a été transmis par une personne qui n'était pas propriétaire. La règle « en fait de meuble possession vaut titre » permet ici de sécuriser la transaction. Adopter une autre solution aurait conduit à ce que, en achetant un bien meuble sans garantie que le vendeur soit bien propriétaire, on prenne le risque de ne pas être propriétaire. Une telle insécurité des transactions aurait sans doute été un obstacle aux échanges et au commerce. Il est donc préférable de protéger l'acquéreur de bonne foi et de lui permettre d'acquérir la propriété quand bien même elle lui aurait prétendument été transmise par une personne qui n'était pas propriétaire.

Le second effet de la règle en fait de meubles, la possession vaut titre est de créer

une présomption de propriété. Le possesseur est présumé avoir un titre de propriété. Cette règle permet d'échanger des meubles sans réaliser d'écrits. Les transactions sont donc simplifiées, ce qui est nécessaire en matière de biens meubles, compte tenu du nombre et de la fréquence des transactions.

2.1.1 - La fonction acquisitive de la possession

La possession sert à acquérir la propriété lorsqu'elle a été acquise *a non domino*, c'est-à-dire à un non-propriétaire. En principe, nul ne pouvant transférer plus de droits qu'il n'en a lui-même, dans ce cas, celui qui a ainsi prétendument acheté la chose ne devrait pas être considéré comme propriétaire, mais l'article 2279 lui porte secours et lui permet d'acquérir la propriété. Dans ce cas, cela se fait au détriment des droits du vrai propriétaire qui ne pourra pas revendiquer son bien. Les conditions sont donc relativement strictes, et il existe deux exceptions à cette règle.

Il faut bien sûr que la possession soit utile, c'est-à-dire non viciée. Il faut ensuite que le possesseur soit de bonne foi. Cela signifie qu'il faut que le possesseur ait cru que la personne avec laquelle il a contracté était le véritable propriétaire. La bonne foi doit avoir existé au moment de l'entrée en possession. Elle est présumée.

L'article 2279 ne s'applique pas, selon la jurisprudence, à certaines catégories de meubles. Ainsi, l'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels. Il n'est donc pas applicable aux fonds de commerce ou aux droits d'auteurs sur des œuvres artistiques. La jurisprudence a également estimé qu'il n'était pas applicable aux souvenirs de famille. En revanche, il a été jugé que la règle selon laquelle en fait de meubles, la possession vaut titre était applicable aux titres aux porteurs dans la mesure où ils pouvaient se transmettre par tradition manuelle, c'est-à-dire de la main à la main (c'est le cas par exemple du billet de cinéma ou du billet de train). La règle ne s'applique pas aux meubles appartenant au domaine public. Ainsi, en est-il par exemple des éclairages municipaux, de jeux pour enfants installés dans un jardin public, etc. Enfin, l'article 2279 ne s'applique pas non plus aux meubles immatriculés puisque les formalités de publicité assurent précisément la sécurité des transactions. Sont ainsi exclus du champ d'application de la règle en fait de meubles, la possession vaut titre les navires, les aéronefs, etc. Par contre, l'article 2279 s'applique aux véhicules automobiles puisque leur immatriculation n'est qu'une immatriculation administrative.

Lorsque les conditions sont remplies, la possession permet d'acquérir la propriété grâce à l'article 2279, c'est-à-dire immédiatement. La possession permettra de s'opposer efficacement à une action en revendication. Elle constituera un obstacle. Le possesseur pourra cependant alors se retourner contre celui qui lui a transmis la chose s'il ne l'a pas obtenue directement.

Il existe toutefois deux exceptions à cette absence de revendication : la perte et le vol. Ainsi, celui à qui la chose a été volée ou qui a perdu la chose peut la revendiquer. S'il prouve qu'il était le propriétaire de la chose et qu'il l'a perdue ou qu'elle lui a été volée, le possesseur devra la lui restituer. Cela s'explique dans la mesure où dans ce cas, il en a été dépossédé contre sa volonté.

Enfin, il faut préciser que si le possesseur de mauvaise foi ne peut pas bénéficier de la règle spécifique à la matière mobilière posée à l'article 2279, il peut en revanche bénéficier de la présomption acquisitive de droit commun qui lui permet de devenir propriétaire au terme d'un délai de trente ans. A condition bien sûr que les conditions de la possession utile soient remplies.

2.1.2 - *La fonction probatoire*

Lorsque les conditions de l'acquisition de la propriété par possession ne sont pas remplies, la possession va quand même avoir des effets juridiques importants. Ce sera la fonction probatoire. Dans ce cas, la règle « en fait de meubles, la possession vaut titre » permet de donner à la possession la force d'une présomption. La possession d'un meuble fait présumer que celui-ci est détenu en vertu d'un contrat translatif de propriété. Lorsqu'on a un meuble en sa possession, c'est comme si on avait un titre. Cela permet d'éviter d'avoir à rédiger des actes écrits. En leur absence, l'article 2279 vole au secours du possesseur.

Celui qui voudrait revendiquer le bien devra donc rapporter la preuve qu'il est propriétaire du bien, qu'il doit le récupérer. Il pourra prouver que la possession est viciée par exemple. Il pourra aussi prouver que la chose est détenue en vertu d'un titre et que la personne n'est donc que détenteur, etc.

2.2 - En matière immobilière

En matière immobilière, la possession ne vaut pas titre. La possession a donc un effet moins radical, moins immédiat qu'en matière mobilière. Elle permet toutefois d'acquérir la propriété mais seulement après l'écoulement d'un certain temps, par prescription acquisitive, ou *usucapio* (2.2.1). Par ailleurs, la possession en matière immobilière peut aussi être utilisée comme une preuve. La possession remplit donc en matière mobilière comme en matière immobilière une double fonction : elle a parfois une fonction acquisitive et parfois une fonction probatoire. La possession en matière immobilière est un mode de preuve (cf. supra la partie consacrée aux modes de preuve). En outre, en matière immobilière, le possesseur peut protéger sa possession par ce que l'on appelle les actions possessoires (2.2.2).

2.2.1 - *La prescription acquisitive, ou usucapio*

La prescription acquisitive, ou *usucapio*, est un mode d'acquisition de la propriété.

Il faut ici bien sûr que les éléments constitutifs de la possession soient réunis et que les conditions de la possession utile soient remplies. Si tel est le cas, il faut ensuite distinguer selon que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi. S'il est de mauvaise foi, le délai de prescription sera bien sûr plus long.

Le délai est de trente ans si le possesseur est de mauvaise foi.

Il est réduit s'il est de bonne foi et qu'il a un juste titre, c'est-à-dire s'il a en sa possession un titre qui présente en apparence toutes les qualités pour transférer la propriété mais qu'il n'émane pas du véritable propriétaire. Il faut ici faire une sous-distinction :

Si l'immeuble est situé dans le ressort de la cour d'appel dans lequel vit le propriétaire, le délai est de dix ans.

Si au contraire le véritable propriétaire vit dans un lieu plus éloigné de l'immeuble litigieux, que l'immeuble est situé dans le ressort d'une autre cour d'appel, alors le délai est de vingt ans.

Le délai commence à courir à partir du jour où la possession utile a débuté. Certaines causes peuvent suspendre ou interrompre le délai. Lorsque le délai est suspendu, cela signifie que le temps écoulé avant s'ajoute au temps écoulé après, mais le temps écoulé pendant la suspension ne compte pas. En cas d'interruption, la situation est très différente, le temps écoulé avant la cause d'interruption est annulé, il ne compte pas non plus.

Il existe différentes causes de **suspension**, d'origine légale ou jurisprudentielle. Ainsi, la prescription ne court pas, sauf exception, contre les mineurs et les majeurs sous tutelle. Si un immeuble appartient à un mineur de 3 ans au moment de l'entrée en possession d'un possesseur de mauvaise foi, alors le délai de prescription sera suspendu pendant quinze ans et l'acquisition par prescription ne pourra avoir lieu qu'au bout de quarante-cinq ans. La prescription ne court pas non plus entre époux. En plus de ces causes légales de suspension, la jurisprudence a créé d'autres causes de suspension du délai de prescription. Les juges admettent que la prescription soit suspendue quand un cas de force majeure a empêché le propriétaire d'agir avant que son droit ne soit acquis par un autre. Ce serait par exemple le cas en cas de guerre ou d'épidémie.

Les causes d'**interruption** sont toutes légales. Il y a interruption lorsque l'élément de la possession qu'est le corpus disparaît pendant plus d'un an. Il y a également interruption dès lors que le propriétaire agit en justice, notamment par une action en revendication. Enfin, il y a encore interruption si le possesseur reconnaît les droits du propriétaire. C'est logique puisque dans ce cas, le possesseur ne possède plus avec l'intention d'être propriétaire, il reconnaît que ce n'est pas lui. On peut donc considérer qu'il perd l'élément intentionnel de la possession. Il perd l'*animus*.

La prescription acquisitive n'est pas automatique, il est nécessaire de réclamer la reconnaissance de son droit de propriété. En revanche, l'acquisition du droit de propriété sera ensuite rétroactive, c'est-à-dire que le possesseur sera considéré comme le véritable propriétaire depuis le début de la possession utile. Cela permet de valider les actes qu'il a pu conclure depuis le début de la possession, tels que des contrats de bail.

2.2.2 - Les actions possessoires

Les actions possessoires permettent au possesseur de se protéger contre les actes ou les faits juridiques qui porteraient atteinte à sa possession, qui la troubleraient. Elles n'ont pas objet de faire reconnaître le droit de propriété, mais seulement de faire cesser le trouble possessoire. C'est la différence entre les actions pétitoires et les actions possessoires.

Il existe une règle de non-cumul du possessoire et du pétitoire. D'une part, celui qui tente et perd une action pétitoire ne peut plus agir au possessoire. En fait, en intentant une action pétitoire, il a implicitement reconnu qu'une autre personne était en possession du bien. Il ne peut donc plus prétendre après que c'est lui qui est possesseur. D'autre part, celui qui se prétend propriétaire et trouble la possession d'un tiers doit d'abord cesser de troubler la possession du tiers avant d'agir au pétitoire, c'est-à-dire avant d'agir pour démontrer qu'il est propriétaire. Inversement, celui qui est défendeur au pétitoire, c'est-à-dire le possesseur attaqué par le propriétaire, peut agir au possessoire pour demander que le trouble possessoire cesse tant que le litige ne sera pas tranché au fond. La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire interdit également au juge au possessoire de se prononcer sur la propriété du bien.

Les actions possessoires sont en principe ouvertes au possesseur, mais aussi au détenteur précaire.

Il faut toutefois en principe que la possession ou la détention ait duré depuis un an.

L'action doit être exercée dans l'année qui suit le trouble.

On peut distinguer trois actions possessoires, qui sont toutes de la compétence exclusive du Tribunal de grande instance :

La plainte

C'est l'action possessoire ordinaire, lorsque les conditions des deux autres actions ne sont pas remplies, c'est la plainte qu'il faut intenter. L'article 2282 alinéa 1er prévoit que « la possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ».

Elle est donc possible en cas de trouble non violent de la possession.

C'est le cas lorsqu'une personne prend l'habitude de passer sur le terrain d'autrui, d'y entreposer des objets, etc. Il n'est pas nécessaire pour exercer l'action que la personne ait une quelconque volonté d'appropriation, il suffit que, concrètement, effectivement, elle n'ait pas respecté la possession de quelqu'un.

La dénonciation de nouvel œuvre

C'est une action préventive. Même si le trouble n'est pas actuel, s'il y a menace de trouble, l'action en dénonciation de nouvel œuvre est possible. Ce sera souvent l'hypothèse de travaux entrepris par un voisin dont on peut craindre qu'il n'entraîne un trouble, par exemple en empiétant sur le fonds.

La réintégrande

Elle est aussi appelée action en réintégration.

Il s'agit ici d'un cas de trouble de la possession qui a la spécificité d'être violent. Le trouble a ici débuté par une voie de fait. L'action est plus largement ouverte que les deux précédentes, en raison de la gravité de l'acte qui est à l'origine du trouble.

Ainsi, l'action est ouverte même si la possession ou la détention a duré moins d'un an et il n'est pas nécessaire que la possession soit continue et non équivoque pour pouvoir former une action en réintégration.

Les principaux démembrements du droit de propriété

Chapitre 2

Le droit de propriété est un droit réel sur un bien. Il confère en principe tous les droits sur un bien. Dans certaines hypothèses pourtant, le droit de propriété va être démembré, c'est-à-dire que plusieurs personnes seront titulaires d'un droit réel sur une même chose, d'un droit attaché à une même chose. Les deux principaux démembrements du droit de propriété sont l'usufruit (1) et les servitudes (2).

1 - L'usufruit

Après avoir défini l'usufruit et précisé ses caractères (1.1), il conviendra de voir comment il se crée (1.2), puis comment il fonctionne (1.3), en enfin comment il s'éteint (1.4).

1.1 - Définition et caractères de l'usufruit

La propriété peut être démembrée entre l'usufruit et la nue-propriété.

Selon l'article 578 : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais a la charge d'en conserver la substance. »

En d'autres termes, le titulaire de l'usufruit est titulaire de l'*usus* et du *fructus*, mais non de l'*abusus*. L'usufruitier peut user de la chose et en percevoir les fruits, mais n'a pas le droit de disposer de la chose.

L'usufruit est un **droit réel principal** qui peut affecter aussi bien un meuble qu'un immeuble.

Le fait que ce soit un droit réel entraîne plusieurs conséquences :

l'action en revendication est ouverte à l'usufruitier,

l'usufruit peut s'acquérir par la possession (lorsque la personne se comporte comme un usufruitier).

C'est un **droit temporaire**. En effet, c'est un droit **viager**, c'est-à-dire que l'usufruit s'éteint en principe en même temps que son titulaire. Au décès du titulaire de l'usufruit, l'usufruit s'éteint.

Cette règle s'applique lorsque l'usufruit n'est pas conféré pour une durée déterminée. Il est en effet possible que l'usufruit soit accordé pour une durée déterminée. Il s'éteindra alors au terme fixé.

Enfin, lorsque le titulaire de l'usufruit est une personne morale, celui-ci ne peut excéder trente ans.

La règle selon laquelle l'usufruit est temporaire est ainsi toujours respectée.

C'est un **droit personnel**, c'est une personne déterminée qui la détient. Logiquement, et cela est lié à son caractère temporaire, il n'est pas transmissible à cause de mort. Au décès de l'usufruitier, l'usufruit n'est pas transmis à ses descendants, l'usufruit est réuni à la nue-propriété pour reconstituer la pleine propriété.

C'est un **droit patrimonial**, il est possible de l'évaluer en argent, il a une valeur patrimoniale. Dans la mesure où c'est un droit viager, sa valeur va dépendre de l'âge du titulaire.

Si le titulaire de l'usufruit est âgé, sa valeur sera moindre que s'il est jeune. Déterminer la valeur de l'usufruit a un intérêt bien sûr pour les transactions, mais aussi en matière fiscale puisque l'usufruit va souvent découler d'une succession et qu'il faudra calculer le montant de l'impôt sur les successions. Il existe un barème fiscal de la valeur de l'usufruit qui permet de déterminer la valeur en fonction de l'âge de l'usufruitier.

1.2 - La constitution de l'usufruit

L'usufruit peut être établi par la loi (1.2.1) ou par la volonté de l'homme (1.2.2).

1.2.1 - L'usufruit établi par la loi

Il existe différentes hypothèses et, sans prétendre ici à l'exhaustivité, il est possible d'en citer quelques-unes :

Les parents peuvent avoir l'usufruit des biens de leurs enfants.

En cas de décès, en présence d'enfants communs, le conjoint survivant peut opter pour l'usufruit de la totalité des biens à la place d'une fraction plus faible en pleine propriété.

Le conjoint va souvent bénéficier de l'usufruit dans le cadre de la succession. L'intérêt est qu'il pourra ainsi conserver son cadre de vie, et ce sont souvent les enfants qui

seront nus propriétaires. Au décès du conjoint, l'usufruit sera réuni à la nue-propriété et ils récupéreront la totalité des droits sur l'immeuble. La transmission de l'immeuble est ainsi en quelque sorte décalée jusqu'au décès du conjoint.

Le juge a la possibilité, dans le cadre de la détermination d'une prestation compensatoire en capital, d'octroyer l'usufruit d'un bien. La prestation compensatoire peut être l'attribution d'un bien en usufruit.

1.2.2 - L'usufruit établi par la volonté de l'homme

L'usufruit peut être établi par différentes sortes d'actes juridiques : par un contrat, mais aussi par acte unilatéral, par exemple par un testament. Ces actes peuvent être un acte gratuit ou à titre onéreux.

Le propriétaire peut donner ou vendre l'usufruit, bien sûr, mais l'hypothèse la plus fréquente sera qu'il donne ou vend la nue-propriété en conservant, en se réservant l'usufruit, de façon à ne pas être dépossédé de son bien de son vivant.

On peut ajouter qu'il est possible que celui qui acquiert la nue-propriété s'acquitte du prix au moyen du versement d'une somme d'argent versée périodiquement jusqu'au décès du vendeur.

1.3 - Le fonctionnement de l'usufruit

L'usufruit étant un droit réel, l'usufruitier n'a en principe pas d'obligation envers le nu-propriétaire, et réciproquement. Ils n'ont entre eux aucune obligation personnelle. Toutefois, ils doivent chacun respecter les droits de l'autre, ce qui mérite précision et n'est pas si simple dans la mesure où ils ont tous les deux des droits sur la même chose.

1.3.1 - La situation de l'usufruitier

L'usufruitier a l'usus et le fructus sur la chose, mais pas l'abusus sur la chose.

Ayant l'usus, il a donc le droit d'utiliser la chose et bien sûr celui de la détenir. Il peut aussi ne pas l'utiliser ou laisser quelqu'un d'autre l'utiliser, il peut même louer la chose.

Ayant le fructus, il a le droit de récupérer et de consommer ou de conserver tous les fruits de la chose, qu'il s'agisse des fruits naturels, industriels ou civils. Il peut donc louer la chose et ensuite récupérer le montant du loyer pour le conserver, le capitaliser ou l'utiliser.

Il a le droit d'aliéner l'usufruit, mais bien sûr pas de le transmettre à cause de mort. Dans tous les cas, cela ne modifiera pas la date d'extinction de l'usufruit. Ainsi, si A est titulaire d'un usufruit jusqu'à son décès, il peut le vendre à B, mais l'usufruit s'éteindra au décès de A.

Afin de protéger les droits du nu-propiétaire, l'usufruitier a certains devoirs, on peut les résumer en énonçant qu'il doit jouir de la chose en bon père de famille, c'est-à-dire qu'il doit faire en sorte de ne pas porter atteinte aux droits du nu-propiétaire en affectant la substance de la chose.

Pour cela, il doit notamment respecter la destination de la chose, cela peut impliquer une obligation d'exploiter la chose, comme dans le cas de l'usufruit d'un fonds de commerce par exemple.

Il ne doit pas laisser la chose se détériorer, il a une obligation d'entretien. Il ne doit pas non plus la détériorer lui-même...

L'usufruitier est tenu des réparations d'entretien et des charges périodiques. En fait, il doit faire les réparations courantes et payer les charges qui correspondent à l'usage de la chose (assurances, impôts...).

Afin de garantir tout cela, deux obligations précises sont imposées à l'usufruitier, selon l'article 600 : « L'usufruitier prend les choses dans l'état où elles sont, mais il ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser, en présence du propriétaire, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit. » Il faut donc dans un document dresser un état des biens. Cela permettra de vérifier l'absence d'altération à l'extinction de l'usufruit.

L'article 601 précise encore que l'usufruitier doit donner caution sauf s'il en est dispensé. Cela signifie qu'en principe, l'usufruitier doit trouver une personne physique ou morale qui accepte d'être caution, c'est-à-dire de répondre de tous dommages que subirait le bien. En pratique, la plupart du temps, l'usufruitier en est dispensé.

Le cas particulier de l'usufruit sur les choses consommables : le quasi-usufruit.

Les choses consommables sont celles qui se consomment, qui disparaissent nécessairement quand on les utilise, telles que les denrées alimentaires, l'argent, les produits de beauté, de nettoyage, etc. Le fait de faire disparaître le bien revient à en disposer, cela relève de l'abus. Le problème est qu'ici, il est impossible d'utiliser le bien sans le faire disparaître. Il est impossible matériellement de dissocier l'usus et l'abus. Cela pose des problèmes particuliers en matière d'usufruit. Normalement, l'usufruitier n'a que l'usus et le fructus, mais pas l'abus qui est conservé par le nu-propiétaire. De plus, l'usufruitier doit rendre la chose à l'extinction de l'usufruit. Comment faire face à un bien consommable ?

Le quasi-usufruitier a tous les droits sur la chose, mais avec l'obligation, à l'extinction de l'usufruit, de restituer au nu-propiétaire soit des choses identiques en quantité et en valeur, soit une somme d'argent correspondant à la même valeur. Les droits du nu-propiétaire sont réduits au droit d'exiger cela au terme de l'usufruit. L'usufruit peut donc concerner les choses consommables, mais il est alors très spécifique.

Le cas particulier des droits d'usage et d'habitation.

L'usufruit d'origine conventionnelle peut être aménagé de sorte que les droits de l'usufruitier sont parfois augmentés ou diminués. Ils peuvent notamment être réduits à un droit d'usage et/ou d'habitation. C'est l'exemple le plus fréquent d'aménage-

ment conventionnel de l'usufruit. Jusqu'à une période récente, un droit d'usage et/ou d'habitation ne pouvait être créé que par la volonté.

Depuis la loi du 3 décembre 2001 relative au conjoint survivant, plusieurs dispositions légales permettent au conjoint survivant de recueillir un droit d'usage et d'habitation dans le cadre de la succession.

Les droits d'usage et d'habitation diffèrent un peu des droits en matière d'usufruit. Le droit d'usage comprend le droit d'utiliser la chose, mais avec une limite, le titulaire de ce droit ne doit utiliser la chose que dans la limite de ses besoins et de ceux de sa famille. Il a aussi droit aux fruits de la chose, mais dans la même limite. De plus, il doit se contenter des fruits en nature. Le droit d'usage ne peut être ni cédé, ni loué.

Pour connaître l'étendue du droit d'habitation, il suffit ensuite d'appliquer cela à un immeuble à usage d'habitation. Cela signifie que la maison ne peut être habitée que dans la mesure de ce qui est nécessaire à la famille actuelle. De plus, la maison ne peut pas être louée, sauf dans certains cas lorsqu'elle n'est plus adaptée aux besoins.

Le droit d'usage et d'habitation ampute moins les droits du nu-propiétaire que l'usufruit. Il est normalement assuré que le bien ne sera pas utilisé par un tiers, et il est aussi assuré qu'il ne lui sera pas rendu loué, avec un bail à respecter. Enfin, il a droit aux fruits qui ne sont pas nécessaires au titulaire du droit d'usage et d'habitation.

1.3.2 - La situation du nu -propriétaire

Le nu-propiétaire est titulaire de l'abusus. Il peut donc disposer de la chose, mais comme il doit respecter les droits de l'usufruitier, il ne peut donc pas disposer de la pleine propriété de la chose. En réalité, il ne peut disposer que de la nue-propiété de la chose.

Comme il est appelé à récupérer un jour la pleine propriété de la chose, le nu propriétaire a un droit de surveillance sur la chose et peut agir en justice pour faire respecter son droit, notamment si l'usufruitier abuse de son droit.

Les produits de la chose, sauf exceptions, reviennent en principe au nu-propiétaire car ils altèrent la substance de la chose. Dans le même ordre d'idées, le trésor découvert sur son fonds lui revient pour moitié. La moitié due au propriétaire est pour lui. La moitié due à l'inventeur peut éventuellement être pour l'usufruitier si c'est lui qui le découvre

En matière de devoir, il a à sa charge les réparations importantes, appelées « grosses réparations », si elles ne sont pas nécessaires en raison d'une faute de l'usufruitier. Toutefois, l'usufruitier ne peut pas exiger du nu-propiétaire qu'il fasse les réparations. Simplement, si le nu-propiétaire les fait, il ne pourra pas demander remboursement à l'usufruitier. Si l'usufruitier réalise lui-même les travaux, il pourra prétendre à une indemnité à l'extinction de l'usufruit.

Le nu-propiétaire doit bien sûr ne pas gêner l'usufruitier dans son droit de jouissance, ce qui suppose, entre autres choses, qu'il laisse la chose à sa disposition.

1.4 - L'extinction de l'usufruit

La situation la plus classique est que l'usufruit s'éteigne par le décès de l'usufruitier, il est alors réuni à la nue-propiété et le nu-propiétaire devient le propriétaire. La pleine propriété est reconstituée.

Pour les personnes morales, l'extinction classique de l'usufruit sera l'expiration d'un délai de trente ans.

De façon moins classique, l'usufruit peut avoir été constitué dans un acte juridique prévoyant un terme extinctif. Dans ce cas, il s'éteint à ce terme (sauf semble-t-il si l'usufruitier décède avant en raison de la nature personnelle de l'usufruit).

L'usufruitier peut éteindre lui-même l'usufruit, soit en renonçant à son droit, soit par prescription extinctive de trente ans sans utilisation du droit. Dans ce cas, l'usufruit peut parallèlement être acquis par un autre par prescription acquisitive.

La perte totale de la chose fait encore cesser l'usufruit, mais la responsabilité de l'usufruitier peut alors bien sûr être engagée.

Enfin, le Code civil (article 618) prévoit que, en cas d'abus de jouissance, lorsque l'usufruitier dégrade la chose ou laisse la chose se dégrader, le juge peut prononcer l'extinction de l'usufruit.

L'extinction de l'usufruit a pour conséquence de rétablir la pleine propriété dans les mains du nu-propiétaire, qui devient alors propriétaire. La chose doit bien sûr lui être restituée.

Des indemnités peuvent être dues dans un sens ou dans l'autre en fonction du respect par chacun de ses obligations.

Cas pratique

Au décès de son époux, Madame X a reçu l'usufruit de leur maison. Elle souhaite déménager mais ne veut pas perdre l'avantage financier que constitue l'usufruit. Elle se demande comment elle peut déménager tout en profitant de l'usufruit ?

La situation aurait-elle été différente si elle avait reçu un droit d'usage et d'habitation ?

Deux solutions : elle peut céder son usufruit à titre onéreux, mais dans ce cas, la personne à qui elle le cède doit savoir que l'usufruit s'éteindra au décès de Madame X. Elle peut donner la maison à bail, et dans ce cas, elle a le droit de percevoir les loyers.

Si Madame X n'avait eu qu'un droit d'usage et d'habitation, en principe ce droit ne peut être ni cédé ni loué, c'est l'article 634. Elle n'aurait donc pas pu quitter le logement sans perdre l'avantage financier que constitue le droit d'usage et d'habitation.

Toutefois, si ce droit d'usage et d'habitation est un droit acquis dans le cadre de l'article 764, c'est-à-dire dans le cadre d'une succession du conjoint, alors il y a une dérogation à l'article 634. Lorsque le logement sur lequel porte le droit d'usage et d'habitation n'est plus adapté, le conjoint peut louer l'immeuble à usage d'habitation de façon à récupérer les ressources nécessaires à son nouveau logement. Si Madame X avait reçu un droit d'usage et d'habitation dans le cadre de la succession de son époux, elle peut donc louer l'immeuble à usage d'habitation et utiliser le montant des loyers perçus pour se reloger. Le tout doit se faire dans la limite du raisonnable et du nécessaire.

2 - Les servitudes

Selon l'article 637 du Code civil : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. » Le terme héritage doit être compris comme immeuble, bâti ou non.

L'immeuble qui subit la charge est appelé fonds servant, celui qui en bénéficie est appelé fonds dominant.

Il convient de préciser dans un premier temps les caractères et la classification des servitudes (2.1) puis, dans un deuxième temps, la constitution des servitudes (2.2), et enfin leur fonctionnement (2.3).

2.1 - Caractères et classifications des servitudes

La servitude est un droit réel immobilier. C'est un démembrement de propriété dans le sens où cela entame le droit de propriété du propriétaire du fonds servant.

C'est un droit réel dans la mesure où il est attaché à une chose, il se transmet avec elle, il ne dépend pas d'une relation entre deux personnes. Peu importe l'identité du propriétaire du fonds dominant et l'identité du propriétaire du fonds servant, la servitude est attachée aux deux biens. En toutes hypothèses, le propriétaire du fonds dominant a un droit de servitude sur le fonds servant. La servitude se transmet automatiquement avec la propriété du bien.

C'est un droit immobilier puisque la servitude ne peut pas exister sur les meubles. Elle est nécessairement immobilière. Cependant, l'immeuble peut être indifféremment un terrain non bâti ou un bâtiment.

Plusieurs distinctions sont possibles :

- On peut distinguer les servitudes selon l'objet de la servitude.

Ainsi, une servitude peut être de vue, interdisant de construire quelque chose qui fermerait le champ de vision devant une fenêtre par exemple. Une servitude peut être de passage, imposant au propriétaire du fonds servant de laisser les propriétaires du fonds dominant passer sur son bien.

- On peut encore distinguer les servitudes selon qu'elles sont continues ou discontinues. Elles sont continues lorsqu'elles sont permanentes sans nécessiter d'intervention de l'homme, ainsi par exemple lorsque de l'eau s'écoule en permanence. Elles sont discontinues lorsqu'elles se manifestent par l'intervention régulière de l'homme (passage par exemple).

- Enfin, les servitudes peuvent être apparentes ou non ; par exemple, une servitude de passage peut justifier un aménagement particulier qui sera visible, mais ce n'est pas toujours le cas.

On peut combiner les deux dernières distinctions. Il existe ainsi des servitudes continues apparentes, des servitudes discontinues apparentes, des servitudes continues non apparentes, et enfin des servitudes discontinues non apparentes.

Servitude continue apparente : Une servitude d'écoulement d'eau avec un écoulement permanent. Une fenêtre.

Servitude discontinue apparente : Une servitude de passage lorsqu'un chemin a été aménagé.

Servitude continue non apparente : Une servitude de ne pas bâtir.

Servitude discontinue non apparente : Une servitude de passage lorsque aucun aménagement ne rend la servitude visible.

L'intérêt de classer les servitudes suivant qu'elles sont continues ou discontinues et suivant qu'elles sont apparentes ou non est que seules les servitudes apparentes et continues sont susceptibles d'être acquises par prescription.

2.2 - La constitution des servitudes

Les servitudes peuvent être imposées par la loi, notamment en raison de la configuration des lieux, car la servitude apparaît alors naturellement (2.2.1). Elles peuvent aussi résulter du fait de l'homme (2.2.2).

2.2.1 - *Les servitudes imposées par la loi*

Lorsqu'une servitude est imposée par la loi, elle peut être unilatérale ou réciproque. Elle est unilatérale lorsqu'elle ne profite qu'à un fonds. C'est le cas par exemple de la servitude d'écoulement des eaux, seul le fonds inférieur doit laisser passer l'eau. Ce n'est pas réciproque. Au contraire, une servitude imposée par la loi peut aussi être réciproque. Dans ce cas, la servitude sera imposée à chaque fonds au profit de l'autre. C'est le cas par exemple d'une distance de plantation, chacun doit la respecter. Cela fonctionne dans les deux sens, c'est réciproque.

Lorsque la servitude imposée par la loi est unilatérale, il faut en principe une décision de justice pour l'imposer, et le propriétaire du fonds servant qui se voit imposer la servitude a droit à une indemnisation. Au contraire, lorsque la servitude est réci-

proque, aucune décision de justice n'est nécessaire, chacun doit respecter cette servitude. Aucune indemnisation n'est due puisque chacun subit la servitude de la même manière et en bénéficie de la même manière.

Il ressort du Code civil un certain nombre de servitudes qui s'imposent. Le Code civil contient un chapitre intitulé « des servitudes qui dérivent de la situation des lieux ». Ce chapitre impose un certain nombre de servitudes en fonction de la configuration des lieux. Ce sont les **servitudes naturelles**, celles qui découlent de la situation des lieux. Le chapitre suivant porte sur les **servitudes établies par la loi**. En réalité, dans les deux cas, les servitudes sont imposées par le Code civil, autrement dit par la loi.

Les principales servitudes imposées par la loi sont les suivantes :

- La servitude d'écoulement des eaux, si un fonds est plus élevé qu'un autre, le fonds inférieur doit recevoir l'eau qui s'écoule naturellement sur son fonds du fonds supérieur. Il n'a pas le droit de bloquer l'écoulement. Le propriétaire ne doit pas non plus aggraver la situation. Cette servitude qui pèse sur le fonds inférieur est la servitude d'écoulement des eaux. C'est une servitude unilatérale, mais par exception, elle ne donne pas lieu à indemnisation lors de son établissement. Une indemnisation n'est due que si la servitude est aggravée par une intervention quelconque de l'homme.
- Les distances de construction et de plantation. Au niveau des distances de constructions, le Code civil renvoie aux règles d'urbanisme qui traitent de cette question. Pour les plantations, le Code civil impose une règle à défaut de réglementation plus précise. Pour les arbres de plus de deux mètres, il faut respecter une distance de deux mètres. Pour les autres, une distance de cinquante centimètres suffit. Dans tous les cas, les servitudes de distance de construction et plantation sont des servitudes réciproques.
- Les jours et vues : les jours sont des ouvertures à verre dormant, c'est-à-dire des fenêtres qui ne peuvent pas s'ouvrir. Il est donc impossible de se pencher pour regarder, etc. Les vues sont des fenêtres classiques. Les jours sont moins gênants pour les voisins que les vues et ils sont donc acceptés plus facilement. Le Code civil réglemente de façon très précise les possibilités de faire des jours et vues susceptibles de gêner le voisin. Ces règles peuvent être écartées par accord entre les parties. Elles doivent aussi être écartées si des servitudes du fait de l'homme ont été créées en la matière.
- L'égout des toits : chacun doit donc faire en sorte que l'eau de son toit ne s'écoule pas sur le terrain du voisin. Elle doit s'écouler soit chez lui, soit sur la voie publique. En revanche, après être arrivée au sol, l'eau peut s'écouler chez le voisin car c'est alors la servitude d'écoulement des eaux. Il faut toutefois que les constructions n'aggravent pas cette servitude.

Cette servitude est également une servitude réciproque.

- La servitude d'enclave : le Code civil prévoit une servitude de passage au profit d'un fonds lorsque son accès à la voie publique est inexistant ou insuffisant. C'est ce que l'on appelle la servitude d'enclave. La servitude d'enclave peut exister non seule-

ment lorsque c'est le seul moyen d'accéder au fonds, mais aussi lorsqu'il existe un passage mais qu'il est insuffisant pour une exploitation agricole industrielle ou commerciale ou qu'il est insuffisant lors de la réalisation de travaux. C'est une servitude unilatérale, une indemnité peut donc être due. Le passage doit être établi à l'endroit le moins dommageable pour le propriétaire du fonds servant. Enfin, il ne faut pas que l'enclave soit le fait du propriétaire du fonds dominant.

On a parfois tenté de raccrocher à la servitude d'enclave la servitude dite « de tour d'échelle » qui permet de passer temporairement sur le fonds voisin afin d'effectuer les travaux nécessaires à la conservation de son propre immeuble. Cette servitude a parfois été imposée par les juges, la doctrine lui est globalement favorable ainsi que plusieurs réponses ministérielles. Elle n'est donc pas clairement admise ni expressément prévue par le Code civil, mais il est possible de la raccrocher à la servitude d'enclave.

2.2.2 - Les servitudes du fait de l'homme

Les servitudes du fait de l'homme peuvent être **volontaires**, quand elles sont établies volontairement par les propriétaires.

Le principe est que les servitudes peuvent librement être créées par la volonté. Cela peut se faire par testament ou par contrat à titre onéreux. L'opposabilité aux tiers suppose une publicité foncière, qui elle-même suppose un acte authentique. C'est important car le fonds restera par la suite grevé, même après un changement de propriétaire.

Il faut préciser que les actes de volonté créant des servitudes ne doivent toutefois pas porter atteinte aux règles d'ordre public, et en particulier aux règles d'urbanisme.

En outre, l'article 686 précise que les servitudes doivent grever un fonds et bénéficier à un fonds. Elles ne doivent ni être imposées à une personne ni profiter à une personne. Il n'est pas possible d'établir une servitude personnelle.

Les servitudes sont aussi du fait de l'homme lorsqu'elles résultent d'une **prescription** acquisitive trentenaire. Celle-ci n'est cependant possible que pour les servitudes apparentes et continues. Le cas le plus fréquent est celui d'une fenêtre.

Les servitudes peuvent encore être constituées **par destination du bon père de famille**. Dans cette hypothèse, il s'agit du cas dans lequel une même personne propriétaire de deux fonds a réalisé des aménagements qui ont supposé par la suite le maintien d'une servitude lorsque la propriété des deux fonds a été dissociée.

2.3 - Le fonctionnement et l'extinction des servitudes

Le bénéficiaire de la servitude, c'est-à-dire le propriétaire du fonds dominant, a à sa charge les aménagements, charges et réparations nécessaires à la servitude. Il ne doit pas aggraver la situation du fonds servant en vertu du principe de fixité des servitudes. Il doit respecter le droit de propriété du propriétaire du fonds servant. Pour

faire respecter sa servitude, il dispose d'une action confessoire et pourra obtenir des dommages et intérêts en cas de préjudice.

En vertu du principe de fixité des servitudes, le propriétaire du fonds servant ne doit pas modifier les lieux de sorte que cela gêne la servitude. Si le bénéficiaire de la servitude porte atteinte à son droit en excédant les limites du sien, il peut exercer une action possessoire et pourra obtenir des dommages et intérêts en cas de préjudice. Il peut aussi exercer une action spécifique qui est l'action négatoire pour faire juger que son fonds est libre de toute servitude. Il n'aura qu'à faire la preuve de sa propriété et ce sera au défendeur de prouver l'existence d'une servitude.

La servitude s'éteint dans différentes hypothèses :

Impossibilité d'exercice.

Perte d'un des deux fonds, notamment par inclusion dans le domaine public suite à une expropriation.

Prescription extinctive. En cas de non-usage pendant trente ans, la servitude s'éteint.

Réunion des deux fonds sur la tête du même propriétaire. Dans ce cas, une confusion se produit.

Renonciation du bénéficiaire de la servitude, le propriétaire du fonds dominant au bénéfice de la servitude.

Il faut préciser que le non-respect des droits et obligations liés à la servitude n'est pas une cause d'extinction de la servitude, contrairement à ce qui se passe en matière d'usufruit. La Cour de cassation a confirmé sa position récemment dans un arrêt du 23 février 2005. Dans cette affaire, les bénéficiaires d'une servitude de passage utilisaient la bande de terrain sur laquelle ils pouvaient passer pour entreposer des objets, installer des choses, etc. **La cour d'appel** a considéré que, compte tenu de « la répétition des manquements des époux Z... à leur obligation de n'utiliser la servitude qu'à titre de passage », ces manquements avaient un caractère de gravité qui justifiait que soit prononcée la résiliation de la servitude. **La Cour de cassation** a cassé cet arrêt et a réaffirmé que « que le non-respect de ses conditions d'exercice ne peut entraîner l'extinction d'une servitude ». Cela peut paraître injuste, mais cela se justifie par le fait que la servitude est un droit réel sur une chose. Ce n'est pas une obligation personnelle. La Cour de cassation se refuse donc à sanctionner un manquement à des obligations. D'une manière générale, les juges refusent d'élargir les causes d'extinction des servitudes. Ils refusent de considérer une servitude éteinte en cas d'aggravation de la situation du fonds servant, et ils sont très réticents à l'admettre pour inutilité.

La propriété collective

Chapitre 3

La propriété immobilière n'a pas toujours été considérée comme individuelle. Elle était à l'origine une propriété collective, la terre qui permettait de vivre appartenant alors à une famille, une tribu, etc. Sous l'Ancien Régime, l'exploitant et le seigneur avait chacun des droits sur la terre. Il n'y avait donc pas non plus une personne qui avait un droit absolu et exclusif sur la terre.

A la Révolution et au moment de l'élaboration du Code civil, c'est véritablement la propriété individuelle qui a été consacrée. Dans le Code civil, la propriété collective avait donc une place extrêmement limitée par réaction contre les pratiques antérieures. Depuis le Code civil, la situation a un peu évolué, et le droit actuel est un peu moins hostile à l'idée de propriété collective même si, bien sûr, c'est toujours l'idée de propriété individuelle qui domine. La propriété collective s'est donc un peu développée. Il existe aujourd'hui principalement trois formes de propriété collective : l'indivision, la mitoyenneté et la copropriété des immeubles bâtis.

- **L'indivision** est la situation dans laquelle plusieurs personnes ont un droit réel identique et donc concurrent sur un même bien. Par exemple, plusieurs héritiers sont propriétaires de la maison. Chaque co-indivisaire détient une quote-part de l'indivision. Ainsi, un co-indivisaire peut détenir la moitié en indivision pendant que deux autres co-indivisaires détiendront chacun un quart. Cette part n'est pas matériellement déterminée. Le bien n'est pas, pas encore, découpé. Les trois propriétaires de la maison en indivision ont des droits sur toute la maison, et non pas sur la moitié de la maison par exemple. La part de chacun est connue, est déterminée en théorie, mais elle ne se matérialise pas encore.

L'indivision est une situation fréquente dans le cadre des relations familiales. Ainsi, l'indivision apparaît fréquemment dans le cadre d'une succession, et il serait difficile de faire autrement. L'indivision existe également suite à la dissolution du mariage lorsque la communauté entre les époux n'est pas encore dissoute. L'indivision

existe aussi entre les époux séparés de biens lorsque aucun des deux ne peut prouver sa propriété. Récemment, l'indivision s'est encore développée dans les relations de couple puisqu'elle peut exister dans le cadre du PACS. En effet, les textes précisent que les partenaires peuvent par convention choisir de soumettre leurs biens à venir au régime de l'indivision. Enfin, l'indivision peut aussi découler d'un achat en commun de deux personnes qui deviennent propriétaires, en indivision. C'est le cas par exemple lorsque deux **concubins** achètent ensemble une maison

Dès l'élaboration du Code civil, il a fallu admettre l'indivision. Toutefois, afin de limiter au minimum la propriété collective et de conserver l'idée que la propriété devait être individuelle, l'indivision devait être provisoire. Le principe en la matière est que « nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision ». Il doit donc toujours être possible de devenir le propriétaire individuel d'une partie du bien et de sortir de l'indivision. L'indivision est ainsi une situation précaire et provisoire. Elle n'est admise que dans certains cas et pour une courte durée, car cela va à l'encontre de l'idée que la propriété doit être individuelle.

Le problème de l'indivision est que le droit de propriété de chaque co-indivisaire est nécessairement limité par le droit de propriété de l'autre. Finalement, personne ne peut réellement et pleinement exercer sur le bien les prérogatives du propriétaire. Le risque de conflit entre co-indivisaires est très élevé, et le risque d'atteinte au droit de propriété l'est également.

La loi du 23 juin 2006 a modifié certaines règles relatives à la gestion de l'indivision de façon à rendre plus souple la gestion de l'indivision. Le problème de la souplesse est que cela suppose de donner beaucoup de pouvoirs à chaque co-indivisaire, et cela suppose nécessairement que les droits des autres risquent d'être atteints. La nouvelle loi cherche à parvenir à un nouvel équilibre. Il reste possible de s'écarter des règles légales de gestion de l'indivision par convention. C'est ce que l'on appelle l'indivision conventionnelle, par opposition à l'indivision légale.

- **La mitoyenneté** va concerner les biens qui servent à plusieurs propriétaires, des biens affectés à un usage commun à plusieurs propriétaires. Ce genre de situation est en augmentation constante compte tenu de la proximité croissante des habitations liée à l'urbanisation. La mitoyenneté est une copropriété forcée et perpétuelle. Le Code civil a réglementé la mitoyenneté des clôtures, et la jurisprudence a dû répondre aux problèmes soulevés dans les cas de mitoyenneté d'autres éléments. Elle a réglé cette question en faisant en partie appel aux solutions retenues pour la mitoyenneté des clôtures.
- La copropriété des immeubles bâtis est devenue chose courante, elle fera l'objet de la section unique de ce chapitre.

Section unique :

La copropriété des immeubles bâtis

La copropriété est une forme de propriété collective qui est aujourd'hui très répandue. Elle se rencontre très fréquemment en matière d'immeubles à usage d'habitation dans les zones urbaines.

Ce type de copropriété a connu son essor au XXe siècle avec l'urbanisation de la société. La copropriété a été réglementée de façon générale par un texte de 1938. Ce texte a été amplement réformé par une loi du 10 juillet 1965. Depuis, elle a été retouchée, comme par exemple lors de la loi sur le renouvellement urbain (loi SRU) du 13 décembre 2000.

En introduction de ce chapitre, il convient d'évoquer le champ d'application du régime légal de la copropriété et les objectifs poursuivis par le législateur en la matière.

- **Le champ d'application du régime légal de la copropriété.** La loi relative à la copropriété ne s'applique qu'aux immeubles bâtis. Parmi ceux-ci, l'application du régime de la copropriété est parfois impérative, parfois supplétive, parfois exclue.

La loi du 10 juillet 1965 a en effet rendu obligatoire la réglementation sur la copropriété dans certains cas. Selon l'article 1er de la loi de 1965, le régime légal de la copropriété s'applique à « tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de partie commune ». Dès lors que trois conditions sont remplies, le régime légal de la copropriété est donc applicable.

- Première condition : le régime légal de la copropriété s'applique lorsque le bien est un immeuble bâti ou un groupe d'immeubles bâtis. La qualification de groupe d'immeubles bâtis suppose que la propriété du sol soit une propriété collective. Les lotissements ne sont donc pas des groupes d'immeubles bâtis auxquels le régime légal de la copropriété s'appliquerait impérativement.

- Deuxième condition : le texte vise plusieurs personnes qui se répartiraient la propriété. Il faut donc nécessairement DES copropriétaires pour qu'il y ait copropriété. Deux serait donc le nombre minimal de copropriétaires, et il n'y a pas de nombre maximal.

- Dernière condition, il faut que la propriété soit répartie entre les différents propriétaire par lots, un lot comprenant à la fois une partie privative et une quote-part de partie commune.

Lorsque ces trois conditions sont remplies, le régime légal de la copropriété doit donc **obligatoirement** être appliqué. Une convention contraire ne serait pas valable.

L'alinéa 2 de l'article 1er de la loi précise dans quels cas le régime de la copropriété peut s'appliquer, mais ce n'est pas une obligation. En d'autres termes, il s'appliquera sauf convention contraire. C'est le cas des ensembles immobiliers. Les ensembles im-

mobiliers sont des ensembles qui comprennent des parcelles appartenant à des propriétaires individuels, mais aussi, outre ces parcelles, des terrains, des aménagements et des services communs. Par exemple, un lotissement avec un court de tennis commun ainsi que des aires de jeux pour enfants sera un ensemble immobilier. Dans le cas des ensembles immobiliers, le régime légal de la copropriété va donc s'appliquer, mais les propriétaires peuvent choisir de l'écarter.

Dans tous les autres cas, le régime de la copropriété n'a pas à s'appliquer.

- **Les objectifs du législateur** : le législateur cherche à concilier la préservation des intérêts collectifs et la préservation des droits de chacun des copropriétaires. Il faut donc de la souplesse dans la gestion collective de la copropriété, il faut permettre que les décisions collectives puissent être prises sans procédure trop lourde. Mais en même temps, il faut protéger les droits des copropriétaires et donc il faut limiter les possibilités de leur imposer des décisions. L'équilibre est très difficile à trouver, et les réformes sont relativement fréquentes.

La recherche de cet équilibre entre protection des intérêts collectifs et protection des intérêts individuels se retrouve dans l'étude des organes collectifs de la copropriété et de leur rôle (2) et parallèlement dans l'étude des droits et des obligations individuels des copropriétaires (3). Cette dualité de propriété, à la fois individuelle et collective, est déjà à la base de la définition du lot de copropriété (1).

1 - Le lot de copropriété

L'application du régime de la copropriété suppose que l'immeuble soit divisé en lots. Chaque lot est composé d'une partie privative et d'une quote-part des parties communes. Les différentes parties du lot, partie privative et partie commune, sont indissociables : elles ne peuvent pas être librement dissociées.

Les parties privatives sont celles dont l'usage est réservé à un copropriétaire. La loi précise que le copropriétaire a la propriété exclusive de la partie privative. Concrètement, la partie privative va être un lieu, un local, un espace. Cela comprend les cloisons intérieures, mais non les murs porteurs ou les murs de séparation. Cela comprend les revêtements, et cela comprend tous les accessoires du local tels que les fenêtres par exemple.

Les parties communes sont celles dont plusieurs copropriétaires peuvent user ou qui sont utiles à plusieurs copropriétaires. L'usage n'est donc pas exclusif, ces parties sont affectées à l'usage de plusieurs copropriétaires, pas forcément tous, mais plusieurs. La loi de 1965 précise que la propriété des parties collectives est « indivise entre l'ensemble des copropriétaires ou certains d'entre eux seulement » et que « leur administration et leur jouissance sont organisées conformément aux dispositions de la présente loi ».

La délimitation des parties communes et des parties privatives doit en principe être déterminée par les copropriétaires, et figurer dans les titres de propriété des copropriétaires ainsi que dans le règlement de copropriété et dans l'état descriptif de division.

La loi a cependant précisé ce qu'il fallait considérer comme parties communes, dans le cas où les titres seraient silencieux ou se contrediraient entre eux. Il faut, dans le silence ou la contradiction des titres, considérer comme des parties communes : le terrain, la structure du bâtiment et les équipements communs.

La loi de 1965 précise ensuite que, toujours en cas de silence ou de contradiction des titres, certains droits doivent être considérés comme accessoires aux parties communes et suivre le même régime juridique. Les droits accessoires aux parties communes sont, selon la loi de 1965 : le droit d'édifier, de surélever ou de fouiller portant sur des parties communes ou sur un bâtiment comportant plusieurs locaux privatifs, le droit de mitoyenneté afférent aux parties communes.

Cette liste n'est que supplétive puisqu'elle n'est utilisée qu'en cas de silence ou de contradiction des titres. Les copropriétaires peuvent donc s'accorder pour qualifier eux-mêmes les différentes parties de l'immeuble de partie privative ou de partie commune. Ils sont libres de faire eux-mêmes les délimitations. Toutefois, certaines choses sont par nature des parties communes, comme par exemple, tout ce qui est indispensable à la solidité de l'immeuble. Dans ce cas, même lorsque l'élément est affecté à l'usage d'un seul copropriétaire, soit on considère que cela reste une partie commune mais à usage privatif, soit on considère que la structure reste une partie commune, même si on admet que le revêtement soit une partie privative.

Cette liste est donc en principe supplétive, mais certains éléments doivent rester des parties communes parce qu'ils le sont par nature.

Il faut aussi préciser que la liste n'est pas limitative. Autrement dit, les copropriétaires peuvent considérer comme parties communes des éléments qui ne figurent pas dans la liste et, en cas de silence ou de contradiction des titres, les juges peuvent qualifier de parties communes des parties qui ne sont pas expressément citées par la loi. Ils peuvent considérer comme parties communes toutes les parties affectées à l'usage de plusieurs propriétaires ou utiles à plusieurs copropriétaires, conformément à la définition générale de partie commune.

Chaque copropriétaire est donc propriétaire d'un ou plusieurs lots. Chaque lot comprenant la propriété exclusive d'une partie privative à laquelle est rattachée la propriété indivise d'une quote-part de partie commune. Cette quote-part s'exprime en tantièmes de copropriété. Le plus souvent, en millièmes.

En principe, les copropriétaires précisent cette répartition dans le règlement de copropriété et dans l'état descriptif de division. L'article 5 de la loi du 10 juillet 1965 prévoit cependant ici encore des règles supplétives. Selon ce texte : « Dans le silence ou la contradiction des titres, la quote-part des parties communes afférente à chaque lot est proportionnelle à la **valeur** relative de chaque partie privative par rapport à l'ensemble des valeurs desdites parties, telles que ces valeurs résultent lors de l'établissement de la copropriété, de la **consistance**, de la **superficie** et de la **situation des lots**, sans égard à leur utilisation. » Sont donc prises en compte la superficie et la situation du local, c'est-à-dire l'étage, la vue, etc.

Tous ces éléments, détermination des parties privatives, des parties communes et répartition des tantièmes doivent en principe être précisés dans un document appelé **état descriptif de division**. Ce document doit prendre la forme d'un acte authentique car il doit être publié, il est soumis au régime de la publicité foncière.

2 - La gestion collective de la copropriété

Même si un nombre important de règles de fonctionnement de la copropriété sont impératives, certains points doivent être précisés dans le règlement de copropriété (2.1). Pendant le temps que durera la copropriété, les décisions seront ensuite prises au sein du syndicat de copropriété et de l'assemblée générale, et les décisions seront exécutées grâce au syndicat et au conseil syndical (2.2).

2.1 - Le règlement de copropriété

Le règlement de copropriété doit être rédigé, comme l'état descriptif de division, avant la constitution de l'indivision. Il peut donc être rédigé par les premiers propriétaires, mais en pratique, dans le cadre d'immeubles neufs, il sera souvent rédigé par le promoteur immobilier. Il a à la fois une nature contractuelle et une nature statutaire. Il doit préciser plusieurs points.

Tout d'abord, le règlement de copropriété doit préciser **la destination des parties privatives et des parties communes** ainsi que **les conditions de leur jouissance**.

Il doit ainsi préciser pour les parties communes leur destination, c'est-à-dire préciser s'il s'agit d'espaces de stationnement, de voies d'accès, d'espace de loisirs, etc. il doit aussi préciser les conditions de leur jouissance, cela peut par exemple conduire à préciser que seuls les copropriétaires de certains lots ont un droit d'usage sur certaines parties communes. Pour les parties privatives, le règlement doit également préciser la destination et les conditions de jouissance. C'est une limite au droit de propriété, mais cela se justifie par le fait que dans le cadre d'une copropriété, l'usage fait par les autres de leurs parties privatives est susceptible de gêner un copropriétaire. Il apparaît donc légitime de permettre à chacun d'être sûr de l'usage fait par les autres de leur local privatif. Il peut ainsi être précisé qu'il s'agit d'un local à usage d'habitation, ou d'un local à usage commercial, ou encore d'un local à usage professionnel. Il peut même être précisé que tel local est une cave ou un garage, ou un grenier, etc.

Les droits des copropriétaires sur leurs parties privatives ne peuvent toutefois être limités que dans la mesure où cela est légitime par rapport à la **destination de l'immeuble**. Le but est ici d'éviter que le droit de propriété de chacun sur sa partie privative ne soit limité plus que nécessaire.

La destination de l'immeuble est déterminée en partie par la volonté des copropriétaires, notamment telle qu'elle se dégage du règlement de copropriété. Il faut ainsi regarder quelle est la destination des parties privatives pour voir quelle est la destination de l'immeuble. Mais la destination de l'immeuble se détermine aussi par rapport à des éléments objectifs tels que le lieu de situation de l'immeuble ou encore son standing, etc.

Ensuite, le règlement de copropriété doit fixer les **règles relatives à l'administration des parties communes**. Toutefois, la plupart des règles sont impératives dans ce domaine. Le règlement ne peut donc que les compléter.

Enfin, le règlement de copropriété doit déterminer « **la quote-part afférente à chaque lot dans chacune des catégories de charges** ». Il existe deux catégories de charges déterminées par la loi et pour chacune, il faut déterminer quelle quote-part devra être supportée par chaque lot (voir supra la partie consacrée aux charges).

Le règlement de copropriété est opposable immédiatement aux copropriétaires considérés comme parties au contrat, ainsi qu'à leurs ayant cause universels ou à titre universel. Il n'est en revanche opposable aux tiers qu'à compter de sa publication. Quant aux locataires, le bailleur doit lui communiquer certains extraits du règlement lors de la conclusion du bail, et il est tenu de respecter le règlement de copropriété dès lors qu'il en a connaissance.

2.2 - Le syndicat de copropriété

Selon l'article 14 de la loi du 10 juillet 1965, « La collectivité des copropriétaires est constituée en un syndicat qui a la personnalité civile. » Le syndicat est donc une personne morale (1) dont l'assemblée générale est composée de l'ensemble des copropriétaires (2). Elle prend des décisions qui sont ensuite exécutées par le syndic et le conseil syndical (3).

2.2.1 - La personnalité morale du syndicat

Le fait que le syndicat de copropriété soit une personne morale entraîne plusieurs conséquences.

Tout d'abord, première conséquence, le syndicat a un **patrimoine**. L'immeuble en copropriété n'entre pas dans le patrimoine de la personne morale, cet immeuble est réparti en lots et chaque lot a un propriétaire. Ce n'est pas le syndic qui est propriétaire de l'immeuble. Le patrimoine du syndic est donc en général composé à l'actif des avances faites par les copropriétaires pour faire face aux charges communes, et au passif des dettes relatives à ces mêmes charges communes. Il est toutefois possible que le syndicat acquière un lot, par exemple, la loge du concierge.

Ensuite, ayant la personnalité morale, le syndicat peut **agir en justice**. Il le fera par l'intermédiaire de son représentant, le syndic.

Enfin, la **responsabilité** du syndicat peut être recherchée sur les fondements du droit commun de la responsabilité, en particulier sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, ou sur le fondement de la responsabilité pour faute. En outre, l'article 14 de la loi de 1965 précise que le syndicat « est responsable des dommages causés aux copropriétaires ou aux tiers par le vice de construction ou le défaut d'entretien des parties communes, sans préjudice de toutes actions récursoires ».

2.2.2 - L'assemblée générale

L'assemblée générale est l'organe délibératif du syndicat, donc en fait de la copropriété. Le fonctionnement de l'assemblée générale est soumis à des règles très strictes, et le formalisme est de rigueur en la matière. Cela se vérifie au niveau des règles relatives à la composition et à la tenue de l'assemblée générale (a) et au niveau des règles relatives aux délibérations de l'assemblée générale (b).

a/ La composition et la tenue de l'assemblée générale

L'assemblée générale est composée de tous les copropriétaires. Aucun copropriétaire ne peut être exclu de l'assemblée, même s'il ne respecte pas ses obligations de copropriétaire. Les voix de chaque copropriétaire sont déterminées par le tantième de copropriété de son lot. Toutefois, si un copropriétaire dispose de plus de la moitié des voix, sa part de voix est réduite afin qu'il ne dispose pas de la majorité et qu'il ne puisse pas imposer sa volonté à la minorité.

L'assemblée générale doit être convoquée par le syndic. Elle peut aussi être convoquée par le syndic sur demande du conseil syndical ou d'un ou plusieurs copropriétaires représentant le quart des voix. Le règlement de copropriété peut cependant prévoir un seuil inférieur à un quart.

La convocation doit se faire par lettre recommandée avec accusé de réception. Il est cependant admis que la lettre soit remise à la main contre signature. En principe, la convocation doit avoir lieu au moins quinze jours avant l'assemblée générale. Il est toutefois possible de déroger à cette règle en cas d'urgence.

En principe, l'assemblée générale doit se réunir au moins une fois par an. Le règlement peut cependant prévoir des assemblées générales plus fréquentes.

La convocation doit impérativement préciser l'ordre du jour. C'est important car seules les questions expressément prévues à l'ordre du jour pourront donner lieu à une décision. Cela exclut de prendre une décision sur une question abordée dans le cadre de ce qui est souvent appelé les « questions diverses ». C'est le syndic qui fixe l'ordre du jour. Toutefois, il est possible de demander à ce que des questions soient ajoutées. Les documents nécessaires à une prise de décision en connaissance de cause doivent être joints à la convocation.

Il est possible de se faire représenter à une assemblée générale. Il faut dans ce cas donner une procuration écrite et spéciale. Le représentant peut être un autre copropriétaire ou une personne extérieure. Mais cela ne peut être ni le syndic, ni son conjoint, ni un de ses préposés. De plus, pour éviter une concentration des pouvoirs, le représentant ne peut pas représenter plus de trois personnes, sauf si le total de ses voix ne représente pas plus de 5 %.

Toutes ces règles montrent une certaine lourdeur et un certain formalisme mais, il s'agit ici de protéger les droits de tous les copropriétaires et d'éviter une concentration des pouvoirs. Ces règles sont extrêmement importantes puisque seule l'assem-

blée générale régulièrement convoquée peut prendre la plupart des décisions. Il n'est pas possible de prendre une décision autrement. Même si tous les copropriétaires ont donné leur consentement, il faut nécessairement passer par une convocation de l'assemblée générale.

L'assemblée générale doit, sous peine de nullité, avoir lieu dans la commune du lieu de situation de l'immeuble. Le règlement de copropriété peut cependant déroger à cette règle. Elle doit être présidée par un président de séance élu par l'assemblée. Le président de séance ne peut être ni le syndic, ni son conjoint, ni un de ses préposés. Le syndic va en revanche assurer le secrétariat de l'assemblée générale et établir et signer le procès-verbal de séance.

L'assemblée générale peut se tenir valablement quel que soit le nombre de personnes présentes. Toutefois, pour prendre valablement une décision, il est parfois nécessaire qu'un minimum de personnes soient présentes. Cela est exigé pour les questions les plus importantes.

b/ Les délibérations de l'assemblée générale

Il existe quatre catégories de décisions qui vont être soumises à des règles de majorité différente. Certaines décisions peuvent être prises à la majorité simple, d'autres doivent être prises à la majorité absolue, d'autres sont soumises à la règle de la double majorité, et d'autres enfin sont soumises à la règle de l'unanimité.

Les décisions prises à la majorité simple (article 24)

Le principe est que les décisions prises en assemblée générale sont prises à la majorité simple. Aucun quorum n'est requis, et seuls les votes exprimés sont pris en compte. Si aucun texte ne prévoit une règle de majorité différente, les décisions sont donc prises à la majorité simple. Concrètement, les décisions qui vont la plupart du temps être prises à la majorité simple sont celles relatives aux dépenses de fonctionnement du syndicat et celles relatives à la conservation et l'entretien de l'immeuble.

Les décisions prises à la majorité absolue (article 25)

Les décisions soumises à la règle de la majorité absolue ne peuvent être adoptées que si elles ont reçu l'approbation de la majorité des voix des copropriétaires, et non pas seulement la majorité des copropriétaires présents. De plus, ici les votes non exprimés sont pris en compte, de sorte que les votes blancs ou nuls seront considérés comme des votes négatifs.

Cette règle de la majorité absolue peut engendrer des blocages injustifiés, notamment quand la décision ne pourra pas être valablement prise simplement car trop de copropriétaires sont absents et non représentés. La loi a prévu des moyens d'éviter cette situation de blocage. Ainsi, si la décision est approuvée par un tiers des copropriétaires, il est ensuite possible d'adopter la décision par un vote à la majorité simple. Si la décision n'est pas approuvée par le tiers des copropriétaires, il reste encore possible d'éviter le blocage. En effet, il est possible de convoquer de nouveau une assemblée générale pour statuer sur ce point dans un délai de trois mois maximum et

alors, à cette deuxième assemblée générale, la décision pourra être prise à la majorité simple.

Les décisions soumises à cette majorité absolue, sauf dispositif de contournement destiné à éviter les blocages, sont énumérées à l'article 25 de la loi du 10 juillet 1965.

Selon cet article, sont soumis à ces règles :

- Toute délégation du pouvoir de prendre une décision nécessitant la majorité simple.
- L'autorisation pour un ou plusieurs copropriétaires d'effectuer à leurs frais des travaux affectant les parties communes ou l'aspect extérieur de l'immeuble.
- La désignation ou la révocation du syndic et des membres du conseil syndical.
- Tout ce qui concerne les actes ou travaux qui seraient imposés par des obligations légales ou réglementaires. Cela peut concerner aussi bien des travaux nécessités par une servitude légale que des travaux dans le but de respecter la réglementation en matière de sécurité ou de salubrité.
- La modification de la répartition des charges rendue nécessaire par un changement de l'usage d'une ou plusieurs parties privatives.
- Les travaux d'économie d'énergie.
- L'installation ou la modification d'une antenne collective.
- L'autorisation permanente accordée à la police ou à la gendarmerie nationale de pénétrer dans les parties communes.
- L'installation ou la modification d'un réseau de distribution d'électricité public destiné à alimenter en courant électrique les emplacements de stationnement des véhicules.
- L'installation de compteurs d'eau froide divisionnaires.
- Les travaux à effectuer sur les parties communes en vue de prévenir les atteintes aux personnes et aux biens.

Les décisions prises à la double majorité

Certaines décisions ne peuvent être adoptées qu'à la majorité des copropriétaires représentant les deux tiers des voix. Ces décisions sont importantes et, contrairement aux précédentes, elles ne sont pas nécessaires en raison d'une réglementation ou d'une modification d'usage. Aucun mécanisme antiblocage n'est donc prévu. Ces décisions seront donc assez difficiles à prendre. Les décisions ne pouvant être prises qu'à la majorité absolue sont énoncées à l'article 26. Il en existe cinq :

- Les actes d'acquisition immobilière et les actes de disposition autres que ceux pouvant être pris à la majorité absolue.
- La modification du règlement de copropriété si cela concerne la jouissance, l'usage et l'administration des parties communes.
- La demande d'individualisation des contrats de fourniture d'eau et la réalisation des études et travaux nécessaires à cette individualisation.

- Les travaux comportant transformation, addition ou amélioration (...) de parties communes. Cela peut être des travaux de rénovation, mais aussi des travaux de création d'un nouvel équipement. L'assemblée doit alors, toujours à la double majorité fixer la répartition du coût des travaux, en proportion des avantages que chacun en retirera. L'assemblée doit aussi fixer la répartition des dépenses de fonctionnement, d'entretien et de remplacement des équipements rénovés ou créés.
- Les modalités d'ouverture des portes d'accès aux immeubles.

Les décisions prises à l'unanimité

Ce sont les décisions les plus graves. Elles vont être extrêmement difficiles à prendre puisque chaque copropriétaire aura en fait un droit de veto. Pour qu'une décision à l'unanimité soit prise, il faut que tous les copropriétaires y aient été favorables. Un seul vote blanc empêche l'adoption de la décision. Ces décisions qui requièrent l'unanimité sont les suivantes :

- L'aliénation des parties communes nécessaires au respect de la destination de l'immeuble alors que cette aliénation n'est pas obligatoire en vertu d'une loi ou d'un règlement.
- Le changement de la destination de l'immeuble.
- La création de nouveaux locaux privatifs par extension ou surélévation.
- La modification de la répartition des charges.
- La modification de la destination d'une partie privative ou de ses conditions de jouissance.
- La dissolution de la copropriété.

Pour toutes les décisions de l'assemblée générale, un recours en nullité est possible. Il ne peut être formé que par les copropriétaires qui n'ont pas voté pour la décision qu'ils contestent. Le fondement du recours va souvent être le non-respect des règles formelles pour la tenue d'une assemblée générale ou la contestation de la majorité requise compte tenu du type de décision, et enfin, la nullité pourra aussi être demandée en invoquant l'abus de majorité. L'abus de majorité peut être le fait qu'une décision n'avantage à l'évidence qu'un groupe de copropriétaires, ou au contraire qu'elle n'a été prise que pour nuire à un copropriétaire minoritaire.

2.2.3 - Les organes exécutifs : le syndic et le conseil syndical

Il existe deux organes exécutifs, chargés de la gestion quotidienne de la copropriété et de l'exécution des décisions de l'assemblée. Ces organes sont le syndic (a) et le conseil syndical (b). Le conseil syndical est une création récente, c'est un organe qui contrôle et assiste le syndic.

a/ Le syndic

L'assemblée générale doit impérativement nommer un syndic. Cette décision doit être prise à la majorité absolue. Le mandat est donné pour une durée maximale de trois ans.

Le syndic peut être un des copropriétaires, mais aussi une personne extérieure, un professionnel par exemple.

Le syndic peut être rémunéré et il est révocable à tout moment.

Le syndic se présente comme l'organe exécutif de la copropriété puisque sa première mission est « d'assurer l'exécution des dispositions du règlement de copropriété et des délibérations de l'assemblée générale ». Pour ce faire, le syndic peut conclure des marchés et doit recueillir les fonds des copropriétaires...

Le syndic peut représenter le syndicat pour tous les actes de la vie civile. Toutefois, pour agir en justice, il lui faut en principe une autorisation préalable et spéciale de l'assemblée, sauf lorsque l'action est urgente. En toutes hypothèses, il peut le faire pour se faire payer par un débiteur du syndicat, qu'il s'agisse d'un tiers ou d'un copropriétaire qui n'a pas réglé une dette, en particulier, il peut agir sans autorisation contre un propriétaire qui n'aurait pas payé sa part des charges ou des travaux.

Son rôle premier est donc un rôle d'exécution. Toutefois, le syndic a beaucoup d'autres attributions qui montrent qu'il est plus qu'un simple organe exécutif.

Il a en effet également comme mission « d'administrer l'immeuble, de pourvoir à sa conservation, à sa garde et à son entretien et, en cas d'urgence, de faire procéder de sa propre initiative à l'exécution de tous travaux nécessaires à la sauvegarde de celui-ci ». Il est donc en réalité chargé de la lourde tâche de l'entretien et de la conservation de l'immeuble. Dans ce cadre, des obligations plus précises lui sont imposées ; il doit ainsi établir un budget prévisionnel et tenir à jour un carnet d'entretien. Au moins une fois tous les trois ans, il doit proposer à l'assemblée de voter pour la constitution de provision en vue des frais liés à la conservation et à l'entretien.

Pour accomplir ses missions, le syndic peut se faire aider, et il peut par exemple employer des salariés. Toutefois, il ne peut pas déléguer ses pouvoirs. Pour déléguer des pouvoirs, la seule possibilité est un vote de l'assemblée à la majorité absolue, et ce vote ne peut permettre qu'une délégation spéciale, « à une fin déterminée ».

La responsabilité du syndic peut bien sûr être engagée en cas de faute dans sa gestion. De plus, en cas d'empêchement ou de carence du syndic, il est possible de saisir la justice en vue de la désignation d'un administrateur provisoire. Le règlement de copropriété peut cependant prévoir une autre solution.

b/ Le conseil syndical

Depuis la loi du 31 décembre 1985, le conseil syndical est obligatoire. Il assiste le syndic et contrôle sa gestion. Toutefois, par un vote à la double majorité, l'assemblée peut exclure la création d'un conseil syndical.

Le conseil syndical ne doit pas être composé de professionnels, c'est pour cela qu'aucune rémunération des membres du conseil syndical n'est prévue. De plus, seuls les copropriétaires, ou les personnes ayant un intérêt personnel important dans la copropriété, peuvent être nommés au conseil syndical. En revanche, le syndic lui-même ne peut pas en être membre, et il en est de même de ses proches (conjoint, ascendant, descendant, préposé).

Les membres sont élus à la majorité absolue de l'assemblée générale. La durée du mandat ne peut pas excéder trois ans. Une fois que tous les membres sont nommés, ils doivent élire en leur sein un président.

La mission générale du conseil syndical est d'assister le syndic et de contrôler sa gestion.

Pour ce faire, il peut rendre des avis, soit spontanément, soit à la demande de l'assemblée générale, soit à la demande du syndic. Ces avis sont destinés soit au syndic, soit à l'assemblée générale. Il joue donc un peu le rôle d'intermédiaire entre les deux.

Dans certains cas précis, le syndic ne peut agir qu'après avoir demandé son avis au conseil syndical. C'est par exemple le cas lorsque le syndic veut demander une provision aux copropriétaires pour faire effectuer des travaux urgents.

Toujours dans le cadre de sa mission générale d'assistance et de contrôle du syndic, le conseil syndical « peut prendre connaissance, et copie, à sa demande, et après en avoir donné avis au syndic, de toutes pièces ou documents, correspondances ou registres se rapportant à la gestion du syndic et, d'une manière générale, à l'administration de la copropriété ». De plus, il peut exiger que lui soit communiqué « tout document intéressant le syndicat ».

En plus de cette mission générale, le conseil syndical peut recevoir délégation de l'assemblée pour prendre toutes les décisions relevant de la majorité simple. Cette décision de donner délégation doit être prise à la majorité absolue.

Le conseil syndical est finalement un organe qui peut permettre d'atténuer les inconvénients de la lourdeur et du formalisme de l'assemblée générale.

3 - Les droits et obligations des copropriétaires

Les copropriétaires sont les membres de l'assemblée générale du syndicat, ils sont aussi et avant tout les propriétaires des lots, c'est-à-dire les propriétaires des parties privatives et des parties communes. Cette propriété leur donne le droit d'être membres de l'assemblée générale, mais elle a aussi pour conséquence un certain nombre de droits (3.1) et d'obligations (3.2) individuels.

3.1 - Les droits individuels des copropriétaires

Les droits individuels des copropriétaires portent sur le lot de copropriété en lui-même (3.1.1), sur les parties privatives (3.1.2) et sur les parties communes (3.1.3).

3.1.1 - Les droits sur le lot de copropriété

Le copropriétaire est propriétaire de son lot de copropriété. A ce titre, il détient l'usus, le fructus et l'abusus sur ce lot. Il peut donc l'utiliser, le louer ou le vendre librement.

Les actes de disposition ne peuvent porter que sur le lot de copropriété puisque la

partie privative et la quote-part des parties communes correspondantes sont indissociables, de telle sorte qu'il n'est pas possible de vendre la partie privative sans la quote-part des parties communes. La situation est la même en matière de location.

Le propriétaire peut donc jouir et disposer de son lot.

Toutefois, des restrictions à ces droits peuvent être prévus dans le règlement de copropriété. Dans la mesure où il s'agit de restrictions au droit de propriété, celles-ci doivent être justifiées au regard de la destination de l'immeuble.

Le fait que la propriété porte sur un lot de copropriété entraîne un certain nombre d'obligations en cas de cession, notamment en cas de vente. Ainsi, il existe des obligations d'informations tant à l'égard du syndic qu'à l'égard de l'acquéreur. Toute cession d'un lot de copropriété doit être notifiée au syndic. Quant au cessionnaire, il doit recevoir certaines informations, telles que la superficie du lot, la quote-part dans les charges communes, le règlement de copropriété et l'état descriptif de division.

3.1.2 - Les droits sur les parties privatives

Chaque copropriétaire a sur sa partie privative un droit exclusif d'usage et de jouissance. Comme pour tout droit de propriété, celui-ci connaît en réalité des limites telles que le respect des lois et règlements, l'abus de droit, la responsabilité pour trouble anormal de voisinage, etc. Ce sont des applications du droit commun. A ces limites, il faut ajouter deux limites spécifiques à la copropriété qui sont justifiées par la proximité qui existe entre les copropriétaires. Ces limites sont cependant encadrées afin qu'elles ne conduisent pas à des restrictions excessives du droit de propriété.

Tout d'abord, le règlement de copropriété peut préciser la destination des parties privatives ainsi que les conditions de leur jouissance, à condition que ces restrictions soient justifiées par la destination de l'immeuble. Ainsi, par exemple, il est possible qu'une « clause d'habitation bourgeoise » exclue l'exercice d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale, mais non une activité libérale. La « clause d'habitation exclusivement bourgeoise », qui elle interdit même l'activité libérale, est également possible si cela est justifié par le standing de l'immeuble. Dans les immeubles dans lesquels les activités commerciales sont possibles, il est possible de ne pas permettre les activités qui seraient bruyantes, malodorantes ou dangereuses.

Ensuite, pour la plupart des travaux qui présentent un intérêt collectif, il est possible d'imposer à un copropriétaire de faire en sorte de ne pas empêcher la réalisation de travaux, même si ceux-ci doivent s'effectuer à l'intérieur de sa partie privative. Il devra alors, sauf urgence, en être informé au moins huit jours avant. En cas de diminution de la valeur du lot, de dégradations, ou de troubles de jouissance graves, il aura droit à une indemnisation de la part de l'ensemble des copropriétaires. La charge de l'indemnité se répartira de la même manière que le coût des travaux.

3.1.3 - Les droits sur les parties communes

Les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise entre tous les copropriétaires. Chacun est propriétaire d'une fraction, d'une quote-part des parties communes. Cette quote-part est déterminée par rapport à la valeur de la partie privative. Compte tenu de cette situation d'indivision, le copropriétaire n'a pas individuellement le droit de disposer des parties communes.

En revanche, en principe, chaque copropriétaire a un droit d'usage et de jouissance sur l'ensemble des parties communes. Il doit cependant respecter les droits des autres copropriétaires et la destination de l'immeuble. Il est toutefois admis dans certains cas que l'usage d'une partie commune soit privatif. L'usage peut ainsi être réservé à un ou plusieurs propriétaires, mais la nature de ce droit est très incertaine.

3.2 - Les obligations individuelles des copropriétaires

Le copropriétaire est tout d'abord tenu des mêmes obligations que tout propriétaire. Il est tenu de payer les impôts découlant de la propriété, il est tenu de réparer les dommages causés par la chose à certaines conditions, il est tenu de réparer les préjudices liés au voisinage à certaines conditions, etc.

L'existence de la copropriété impose une obligation supplémentaire : celle de contribuer aux charges. C'est une obligation importante et qui peut être source de contentieux. Il faut distinguer deux catégories de charges, et la répartition se fait de façon différente pour les deux catégories de charges.

Pour les charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun, chacun doit y contribuer en fonction de l'utilité que ces services et éléments présentent à l'égard de son lot. Cela doit être déterminé par le règlement de copropriété.

Pour les charges relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes, chacun doit y contribuer en fonction de la valeur relative des parties privatives comprises dans son lot, c'est-à-dire en fonction de la quote-part dont il est propriétaire, ce qui est déterminé par rapport à la valeur de la partie privative. C'est une répartition proportionnelle aux tantièmes. C'est une répartition impérative. Il est bien sûr impossible de dresser une liste précise et limitative de ces charges, mais on peut citer les plus fréquentes :

tout ce qui concerne l'entretien et la réparation du gros œuvre,

toutes les dépenses de nettoyage des parties communes et d'entretien des espaces verts,

les frais de gardiennage, qui peuvent comprendre les frais de conciergerie et tout ce qui relève de la sécurité,

les frais d'éclairage des parties communes,

tous les frais de fonctionnement du syndicat, y compris les honoraires du syndic.

La question de la répartition des charges est une source importante de tension et de contentieux. C'est pour cette raison que le législateur a posé le principe que la répartition des charges ne pouvait être modifiée que par une décision à l'unanimité. Il existe toutefois, dans certaines circonstances, des exceptions à cette règle de l'unanimité.

Tout d'abord, lorsque des travaux ont conduit à la création de nouveaux lots, la décision de modifier la répartition des charges en incluant ces nouveaux lots peut être prise de la même manière que la décision de faire procéder à ces travaux.

Ensuite, si un lot est divisé, les charges de l'ancien lot devront être réparties entre les nouveaux lots. Cette décision peut être prise à la majorité simple.

Enfin, en cas de changement d'usage d'une partie privative, la répartition des charges de la première catégorie peut être modifiée à la majorité absolue.

Un copropriétaire peut agir en justice si la répartition des charges le lèse de plus d'un quart par rapport à ce que la loi prévoit. L'action doit être exercée dans un délai de cinq ans à compter de la publication du règlement de copropriété pour le copropriétaire initial, et dans les deux ans de la première mutation pour un second copropriétaire.

En outre, une action en nullité est possible si le règlement de copropriété ne respecte pas les règles impératives posées par la loi en matière de répartition des charges, il en sera ainsi par exemple si le règlement ne distingue pas entre les différentes catégories de charges.

Enfin, le juge peut aussi être saisi dans tous les cas dans lesquels il est possible de modifier la répartition des charges sans recours à la règle de l'unanimité. Si dans ces hypothèses, l'assemblée ne décide pas une modification de la répartition des charges, le TGI peut être saisi en vue d'une modification de la répartition des charges.

En ce qui concerne le paiement des charges, le syndic peut demander des avances.

Pour le recouvrement des créances, certaines dispositions les facilitent. Ainsi, le syndic peut agir en justice pour le recouvrement des créances sans avoir besoin de l'autorisation de l'assemblée. De plus, le syndic peut prendre une hypothèque sur le lot de copropriété si le copropriétaire ne règle pas ses dettes après mise en demeure. Le syndicat a également un privilège mobilier sur les meubles garnissant la partie privative ou sur les loyers si le local est loué non meublé. Enfin, le syndicat a aussi un privilège immobilier spécial qui lui permet même d'être préféré au vendeur et au prêteur de deniers pour le paiement des charges les plus récentes.

DEJA PARUS DANS LA COLLECTION « PREPARATION CONCOURS »

Filière administrative

Adjoint administratif

Epreuves de français - B. Lavaud - 16.00 €
Epreuve de tableau numérique - E. Simonin – M.H. Stébé - 18.00 €
Droit public - E. Guérin - S.Dyens - 11.00 €
Droit civil - F. Archer - 15.00 €
Finances publiques - JB Mattret - 13.00 €

Rédacteur territorial

La note administrative - D. Tant - 16.00 €
Droit civil - F. Archer - 20.00 €
Finances publiques - A. Lemoine - 18.00 €
Action sociale des collectivités territoriales - C. Leborgne-Ingelaere – 20.00 €
Droit public - E. Guérin - S.Dyens - 18.00 €

Attaché territorial et examen d'attaché principal

Le concours d'attaché territorial - Méthodes et applications - G. Hoffbeck - 22.00 €
Droit civil, tome 1 : les personnes, la famille, les biens - A. Dionisi-Peyrusse - 20.00 €
Droit civil, tome 2 : les obligations - A. Amedjki - P. Caufourier - 16.00 €
Finances locales A - JB Mattret - 20.00 €
Finances de l'état A - JB Mattret - 20.00 €
Droit administratif des biens - E. Gillet-Lorenzi - S. Traoré - 20.00 €
Economie générale, tome 1 : Les fonctions économiques - G. Rasselet - 25.00 €
L'examen d'attaché principal : note de synthèse, procès verbal, conversation - P. Malka - B. Rapatout - 17.00 €

Filière technique

Ingénieur subdivisionnaire, technicien supérieur, contrôleur de travaux, adjoint technique et adjoint technique qualifié

Ingénieur subdivisionnaire : Epreuve de note et d'oral - B. Rapatout - B. Pralong - 15.00 €
Technicien supérieur territorial : concours interne, externe et 3e concours - B. Rapatout - B. Pralong – 20.00 €
Technicien supérieur territorial : mathématiques - C.Di Savino - C.Pitti - F.Spiga - L.Martinez - 16.00 €
Technicien supérieur territorial : mathématiques, mise à niveau - C.Di Savino - C. Pitti - F.Spiga - L. Martinez - 17.00 €
Contrôleur de travaux : Résumé, commentaire et rapport technique - B. Rapatout - B. Pralong - 15.00 €
Préparer les concours d'agent technique et agent technique qualifié - D. Gras - F. Crouzet - F. Harmand - 12.00 €
Préparer AT et ATQ : Spécialité « Espaces naturels/Espaces verts » - S. Fernandez - 8.00 €
Préparer AT et ATQ : Spécialité « Bâtiment, travaux publics, voirie et réseaux divers » - G. Humbert - 8.00 €
Préparer AT et ATQ : Spécialité « Restauration collective » - B. Haus - 8.00 €
Préparer AT et ATQ : Spécialité « Environnement, hygiène » - T. Carré - 8.00 €
Préparer AT et ATQ : Spécialité « Logistique - sécurité » - A. Debrin - 8.00 €

Filière sportive

Opérateur et conseiller des APS

Préparer le concours d'opérateur territorial des APS - P. Bayeux et collectifs d'auteurs - 15.00 €

Equipements sportifs : conception, réalisation et maintenance - P. Lacouture - 18.00 €

Techniques et méthodes de l'entraînement sportif - F. Trilles - 18.00 €

Elaborer, conduire et justifier d'une séance d'APS – F. Trilles – 16.00 €

Filière police municipale

Le rapport, la compréhension de texte : agent de police municipale – B. Lavaud et O. Lefort – 18.00 €

Filière animation

Animateur et adjoint d'animation

Droit et responsabilités - PB Lebrun - 15.00 €

Toutes filières et toutes catégories

Epreuve de conversation avec le jury - A. Disy - 13.00 €

Découvrir la vie publique locale - M. Derkenne - 10.00 €

Pour plus d'informations

EDITIONS DU CNFPT - 10-12 rue d'Anjou - 75 381 Paris Cédex 08

Tél : 01-55 -27- 41-30 - Fax : 01-55 -27- 41- 07

www.cnfpt.fr, rubrique « Editions »

Droit civil

les personnes la famille, les biens

Le Droit civil et plus encore celui de la famille ont connu de nombreux débats et de fortes évolutions, qu'il s'agisse des lois de bioéthique, du PACS, de l'exercice de l'autorité parentale ou de la transmission du nom. Toutes ces transformations et bien d'autres, la multiplication des informations obligent, pour les comprendre, à faire retour sur des connaissances et des savoirs actualisés et validés mais aussi sur les références théoriques et conceptuelles à l'œuvre dans cette branche du droit.

En rédigeant le manuel sur les personnes, la famille, les biens Amélie Dionisi-Peyrusse donne au candidat du concours d'attaché territorial les outils adaptés au programme et à la réussite de l'épreuve. Son exposé s'adresse aussi aux personnes chargées de l'application du droit civil et particulièrement des règles de l'état civil dans les collectivités.

Après une introduction sur les sources du Droit le texte s'organise autour de trois parties essentielles :

La première concerne les personnes physiques et morales. La deuxième traite du droit de la famille et donc du couple marié ou non marié, de la filiation et de l'autorité parentale. La troisième développe le droit des biens avec la propriété et la possession, les principaux démembrements du droit de propriété et la propriété collective.

Afin que chacun puisse vérifier ses connaissances l'auteur a ponctué sa démarche de cas pratiques qui sont autant de questions susceptibles d'être posées par les membres du jury.

L'auteur Amélie Dionisi-Peyrusse, docteur en droit, est Maître de conférences à l'Université de Rouen ; elle a également l'expérience des formations au sein du CNFPT.



CENTRE NATIONAL DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE

10-12, rue d'Anjou - 75381 Paris cedex 08 - Tél. : 01 55 27 44 00 Fax : 01 55 27 44 01 - Internet : www.cnfpt.fr

ISBN : 978-2-84143-304-9 - Les édition du CNFPT - édition 2007 - Prix 20,00 €