

Droit civil 2/La famille

L'enfant, le couple

20^e édition refondue

Jean Carbonnier

20^e ÉDITION
MISE À JOUR 1999

THÉMIS

COLLECTION FONDÉE ET DIRIGÉE PAR MAURICE DUVERGER

THÉMIS DROIT PRIVÉ

SOUS LA DIRECTION DE CATHERINE LABRUSSE-RIOU
Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne

JEAN CARBONNIER

Droit civil

La famille

L'enfant, le couple



PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

Sommaire

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	XIII
<i>Introduction au droit civil de la famille</i>	1
CHAPITRE I. — L'institution juridique de la famille	7
¶ 1 / <i>La famille comme phénomène</i>	7
¶ 2 / <i>Le droit de la famille</i>	17
¶ 3 / <i>La politique de la famille</i>	25
CHAPITRE II. — La parenté, l'alliance, la charge d'autrui	33
« 1 / <i>Notion de la parenté et de l'alliance</i>	33
2 / <i>Effets généraux de la parenté et de l'alliance</i>	37
3 / <i>La charge d'autrui</i>	42
CHAPITRE III. — Les institutions dépendant directement de la parenté et de l'alliance	47
{ 1 / <i>L'obligation alimentaire</i>	47
1. Existence de l'obligation alimentaire	48
2. Exécution de l'obligation alimentaire	53
2 / <i>Le droit de succession</i>	64

ISBN 2 13 049701 2
ISSN 0982-3328

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1955
20^e édition refondue : 1999, mars

© Presses Universitaires de France, 1955
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

LIVRE I
L'ENFANT

PREMIÈRE PARTIE

LES RAPPORTS DE DROIT ENTRE L'ENFANT
ET SES PÈRE ET MÈRE

TITRE I

Les enfants mineurs

CHAPITRE I. — L'obligation des père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants	85
1. Existence de l'obligation	85
2. Exécution de l'obligation	87
CHAPITRE II. — L'autorité parentale	93
1 / <i>Attribution de l'autorité parentale</i>	94
1. Les père et mère titulaires de l'autorité parentale	95
2. Les personnes <i>in loco parentum</i>	102
2 / <i>Attributs de l'autorité parentale</i>	105
1. Droits et devoirs des parents	105
2. Contrôle de l'autorité publique sur l'exercice de l'autorité parentale ..	108
CHAPITRE III. — La condition juridique du mineur	123
1 / <i>La personne du mineur</i>	124
1. L'état de mineur	124
— L'incapacité	124
— La liberté	140
2. L'autonomie du mineur dans les procédures le concernant	144
3. L'émancipation	149
2 / <i>Le patrimoine du mineur</i>	154
1. La gestion du patrimoine	155
2. La jouissance légale	159

TITRE II

Les enfants de leurs pères et mères

CHAPITRE I. — L'ombre de l'autorité parentale	167
CHAPITRE II. — L'héritage à l'état virtuel	173
1. L'héritier présomptif	174
2. Le <i>de cujus</i>	175

SECONDE PARTIE

LA FILIATION

<i>Section préliminaire</i>	179
-----------------------------------	-----

TITRE I

La filiation charnelle
(filiation légitime ou naturelle)

CHAPITRE I. — Questions communes aux deux types de filiation	185
1. La preuve de la filiation	185
— La charge de la preuve	185
— Les moyens de preuve	189
2. Le contentieux de la filiation	203
— Procédure	203
— Caractères des actions	204
— Conflits de filiation	206
3. La procréation médicalement assistée (PMA)	213
CHAPITRE II. — La filiation légitime	221
<i>Section préliminaire</i>	221
1 / <i>La présomption de paternité</i>	223
1. Étendue de la présomption de paternité	223
2. Force de la présomption de paternité	230
— La présomption de paternité entre les mains du mari	231
— La présomption de paternité entre les mains de la mère	237

2 / <i>Les preuves de la filiation légitime</i>	244
1. Les preuves non contentieuses de la filiation légitime	244
— Le titre	245
— La possession d'état	248
— Les combinaisons du titre et de la possession d'état	249
2. Les preuves contentieuses de la filiation légitime	254
— Réclamation d'état	254
— Contestation d'état	256
— Contestation de légitimité	257
CHAPITRE III. — La filiation naturelle	263
1 / <i>Les modes d'établissement de la filiation naturelle</i>	266
1. La reconnaissance volontaire, mode d'établissement typique de la filiation naturelle	267
— Conditions de validité de la reconnaissance	268
— Effets de la reconnaissance	271
— Moyens d'attaquer la reconnaissance	272
2. Le régime particulier de la maternité naturelle	280
— L'accouchement dans l'anonymat	281
— Les modes atypiques d'établissement de la maternité	284
3. La recherche de la paternité naturelle en justice	290
— Conditions de fond	291
— Procédure	295
4. La possession d'état	304
2 / <i>La condition juridique des enfants naturels</i>	308
1. Le principe d'assimilation	309
2. Restrictions communes à tous les enfants naturels	311
3. Restrictions particulières aux enfants dits adultérins ou incestueux	312
3 / <i>La légitimation</i>	321
1. L'égitimation par mariage	323
— Conditions de la légitimation	323
— Effets de la légitimation	326
2. La légitimation par autorité de justice	328
— Conditions de la légitimation	328
— Effets de la légitimation	330

TITRE II	
La filiation adoptive	
CHAPITRE UNIQUE	337
1 / <i>L'adoption plénière</i>	338
1. Conditions de l'adoption plénière	338
2. Procédure de l'adoption plénière	344
3. Effets de l'adoption plénière	346
2 / <i>L'adoption simple</i>	350
1. Conditions de l'adoption simple	351
2. Procédure de l'adoption simple	352
3. Effets de l'adoption simple	352

LIVRE II	
LE COUPLE	
PREMIÈRE PARTIE	
EN MARIAGE	
<i>Section préliminaire. — La marche nuptiale</i>	375
1. Les fiançailles, promesses de mariage et anticipations	376
2. L'accompagnement des tiers	379

TITRE I	
L'entrée en mariage	
CHAPITRE I. — L'élément biologique	393
CHAPITRE II. — L'élément psychologique	397
1 / <i>La volonté des futurs époux</i>	397
1. Existence de la volonté	398
2. Intégrité de la volonté	399
3. Intervention du ministère public	401
2 / <i>La volonté des familles</i>	403
1. Intervention directe des familles	404
2. Intervention indirecte des familles	407

CHAPITRE III. — L'élément sociologique	419
1 / <i>Les interdits matrimoniaux</i>	419
1. L'interdiction de la polygamie	419
2. L'interdiction de l'inceste	421
2 / <i>Les rites du mariage</i>	425
1. La forme du mariage	425
2. La preuve du mariage	428

TITRE II

La vie en mariage

CHAPITRE I. — Rapports personnels	441
1 / <i>La réciprocité des devoirs</i>	441
1. Les devoirs expressément attachés au mariage	442
2. Les devoirs implicitement attachés au mariage	447
2 / <i>L'unité du ménage</i>	454
1. L'unité du ménage à l'égard des tiers	455
2. L'unité du ménage dans les rapports entre époux	456
CHAPITRE II. — Rapports pécuniaires	465
1 / <i>Le régime matrimonial primaire (effets directs du mariage)</i>	465
1. Rapports alimentaires	466
2. Règles de gestion	470
3. Statut professionnel	474
4. Mesures de crise	476
2 / <i>Le régime matrimonial secondaire</i>	486
1. Les régimes non communautaires	486
2. Les régimes de communauté	488
3. Les droits du conjoint à cause de mort	491

DEUXIÈME PARTIE

DÉMARIAGE

TITRE I

Le divorce

CHAPITRE I. — Les causes de divorce	511
1 / <i>La faute</i>	514
1. Faits qui constituent la cause de divorce	515
2. Faits qui tendent à neutraliser la cause de divorce	519

2 / <i>Les charges assumées</i>	526
1. La cause de divorce	526
2. Les moyens de défense	530
3 / <i>Le consentement mutuel</i>	538
1. La volonté des époux	538
2. Le contrôle du juge	540
4 / <i>Le double aveu</i>	545
1. Le bilan psychologique	546
2. Le jugement	549

CHAPITRE II. — La procédure de divorce	553
---	-----

1 / <i>Principes généraux de la procédure de divorce</i>	554
2 / <i>Les quatre modèles procéduraux du divorce</i>	561

CHAPITRE III. — Effets du divorce	571
--	-----

1 / <i>Dissolution du lien</i>	571
2 / <i>Règlements patrimoniaux</i>	576
1. Apurement du passé	576
2. Aménagement de l'avenir	578
3 / <i>Incidence sur les enfants</i>	597
1. Conséquences relatives à la personne des enfants	598
2. Conséquences relatives aux intérêts pécuniaires des enfants	605

TITRE II

Les autres espèces de démariage

1 / <i>L'annulation du mariage</i>	613
1. Causes et fins de non-recevoir dans l'annulation du mariage	614
2. Procédure de l'annulation	616
3. Effets de l'annulation	617
2 / <i>La séparation de corps</i>	624
1. Parallèle de la séparation de corps et du divorce	624
2. Événements qui mettent fin à la séparation de corps du vivant des époux	628
3 / <i>La séparation de fait</i>	637
1. Divers types de séparation de fait	637
2. Conséquences de la séparation de fait	639
3. Issue de la séparation de fait	642

TROISIÈME PARTIE
HORS MARIAGE

TITRE I

Le fait des relations sexuelles hors mariage

<i>1 / Diversité des réactions du droit.</i>	651
<i>2 / L'action à fins de subsides</i>	656
1. Conditions de l'action	657
2. Procédure de l'action	659
3. Effets de l'action	659
4. Cas particulier de l'a. 342-3	661

TITRE II

Le concubinage (dit encore union libre, cohabitation)

CHAPITRE I. — Les rapports entre concubins	671
<i>1 / Rapports pécuniaires</i>	671
<i>2 / Rapports personnels</i>	674
CHAPITRE II. — L'arrivée de l'enfant	677
<i>1 / Le lien parental entre concubins</i>	677
<i>2 / L'effet réflexe des possessions d'état</i>	679
POST-SCRIPTUM (<i>à suivre</i>) <i>sur l'avenir du concubinage</i>	693
INDEX	697

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

- a. = article.
- al. = alinéa.
- Arch. = *Archives de Philosophie du droit*.
- Arg. = tirer argument de.
- A.S. = *L'Année sociologique*.
- B.G. = Bibliographie générale du sujet.
- B.G.B. = Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand de 1900).
- Bull. = *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*.
- Cep = cependant.
- C. = Code.
- C. Just. = Code Justinien.
- Codes français : C. Ass. = Code des assurances (1976).
- C.C. ou C. Nap. = Code civil ou Code Napoléon (1804).
- C. Com. = Code de commerce (1807).
- C. Consom. = Code de la consommation (1993).
- C.C.H. = Code de la construction et de l'habitation (1978).
- C.P. = Code pénal (1810).
- C. Fam. = Code de la famille et de l'aide sociale (1956).
- C.G.I. = Code général des impôts (1975).
- C.O.J. = Code de l'organisation judiciaire (1978).
- C. Pr. C. = Nouveau Code de procédure civile (1975)*.
- C. Pr. P. = Code de procédure pénale (1958), réformé en 1992 et 1993.
- C. Ru. = Code rural (1955) = nouveau Code rural, mis en vigueur par livres successifs (1983-1996).
- C.S.P. = Code de la Santé publique (1953).
- C.S.S. = Code de la Sécurité sociale (1956).
- C. Tr. = Code du Travail (1973).
- C. Urb. = Code de l'Urbanisme (1973).

* Le nouveau C. Pr. C. n'étant pas encore complet, une partie de l'ancien (1806) demeure provisoirement en vigueur. Les références au C. Pr. C. sans autre précision visent le nouveau code ; les références à l'ancien sont signalées par la mention [ancien].

C.C.It. = Code civil italien de 1942.
 C.C.S. = Code civil suisse de 1907.
 C.O. = Code des obligations (Suisse, 1911).
 C.R.C.C. = Commission de révision du C.C. (V. Introduction, n° 81).
 cf. = conférer, comparer.
 d. = décret.

d.-l. = décret-loi.
 D. = Dalloz (V. Introduction, n° 145).
 D.I.R. = Dalloz, Informations rapides.
 D. Som. = Dalloz, Sommaires de jurisprudence.
 Dig. = Digeste.
Droits = *Droits, revue française de théorie juridique*.
Dr. Fam. = *Droit de la famille* (revue fondée en 1996).
Dr. pros. = *Droit prospectif, revue de la recherche juridique* (R.R.J., Aix-en-Provence).
D/S = *Droit et Société*, revue de sociologie juridique.
et al. = *et alii*, et les autres auteurs d'un ouvrage collectif, qui nous pardonneront de ne pas les citer nommément.
 ex. = (par) exemple.
G.P. = *Gazette du Palais* (V. Introduction, n° 145).
J.C.P. = *Jurisclasseurs périodiques* (*Semaine juridique*, V. Introduction, n° 145).
 l. = loi.
 mod. = modifié par.
 n. = note (de jurisprudence).
 N.C.P. = nouveau Code pénal, en vigueur depuis 1994.
 o., ord. = ordonnance.
 opp. = opposer.
Pop. = *Population* (revue de l'I.N.E.D., Institut national d'études démographiques).
R. = *Revue*.
R.H.D. = *Revue historique de droit*.
R.I.D.C. = *Revue internationale de droit comparé*.
R.T. = *Revue trimestrielle de droit civil*.
 Rép. = Répertoire.
Rép. not. = *Répertoire du notariat Defrénois*.
 S. = Sirey (V. Introduction, n° 145).
 sol. impl. = solution implicite (d'un arrêt).
 spéc. = spécialement à telle page.
 Th. = Thèse de doctorat (en droit).
 V. = Voir.

Les articles cités sans autre référence se rapportent, en principe, au C.C.

Introduction au droit civil de la famille

PREMIÈRE IDÉE DE LA MATIÈRE

Dans un fragment, 50, 16, 195, 2, qu'a recueilli un titre du *Digeste* consacré sans doute aux mots difficiles, Ulpian, mort en 228 de notre ère, écrit entre autres ceci : Nous appelons *famille* plusieurs personnes (plus de deux) qui ont été placées, soit par la nature, soit par le droit, sous la puissance d'une seule. Ce pourrait être la définition d'une monarchie ou d'une république autoritaire. Il ajoute un peu plus loin : le père de famille est celui qui est maître chez lui.

Il faut reconnaître que ces propos conviennent mal à la famille française d'aujourd'hui : depuis 1938, elle s'est débarrassée de la puissance maritale, depuis 1970 de la puissance paternelle ; elle est devenue dyarchique, les enfants y ont reçu, en 1993 notamment, un tour de parole, ce qui fait dire qu'elle est en voie de démocratisation. Il serait imprudent, pourtant, d'ignorer les archétypes qui flottent autour de l'homme le plus moderne qui soit, surtout quand ils portent en eux une vérité qui est de tous les temps. Celle-ci, très clairement : que la nature est, en ce domaine, l'égale du droit, qu'il existe des familles de fait. La famille naturelle a été, les familles recomposées sont peut-être, sous la protection de la formule d'Ulpian.

► *Le droit de la famille dans le droit des personnes*

code civil

Un simple coup d'œil jeté sur la table des matières du C.C. montre que le droit de la famille, malgré l'importance que, de confiance, nous lui attribuons, n'y a pas fait l'objet d'une partie distincte. Si l'on

cherche les institutions du droit de la famille qui se présentent le plus spontanément à l'esprit, le mariage, l'autorité parentale, la présomption de paternité, c'est dans le livre *Des personnes*, le livre 1^{er}, qu'on les découvrira. C'est un ordre qui semble logique : la famille est un agrégat de personnes, tandis qu'il est des personnes sans famille. Du moins sans famille présente sur les lieux, faut-il se hâter de corriger, pour n'avoir pas l'air de reprendre l'accusation jadis lancée par Renan : que le C. Nap. avait été conçu pour un être fabuleux, célibataire sans père ni mère ni descendance. En fait, même les institutions qui, à première vue, paraîtraient n'avoir besoin, pour fonctionner, que d'une personne, ne se passent pas de famille à la périphérie : le domicile est personnel, mais on en hérite comme on le transmet (a. 108-2) ; le malade mental est incapable, mais sa tutelle fait appel à l'épouse (a. 496).

Il est, cependant, au livre I^{er}, une partie où l'individualisme inhérent au droit des personnes a spectaculairement résisté à la poussée communautaire que pouvait exercer le droit de la famille : c'est, au titre initial, *Des droits civils*, la série des articles, de date plus ou moins récente (1970, 1993, 1994), qui sont venus consacrer de nouveaux droits subjectifs, les a. 9, 9-1, 16, 16-1. Quelques années auparavant, c'était l'intérêt de la famille qui était entré en force dans le reste du livre, comme critère d'appréciation judiciaire. Maintenant, le droit civil ayant décidément épousé les Droits de l'homme, c'est la valeur de la personne qui prend le dessus. L'apothéose est à l'a. 16, véritable proclamation de philosophie personnaliste.

► *Le contenu du droit de la famille*

Si le droit de la famille n'occupe pas en entier le livre *Des personnes*, il occupe, en revanche, une partie d'un autre livre, le livre III, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*. Cette rubrique peut sembler étrange et même déplaisante, appliquée à des rapports familiaux. Il n'y a rien de cynique, pourtant, à constater que, par héritage, donation, partage de communauté, on peut acquérir des biens. La famille ne peut vivre « d'amour et d'eau fraîche » : une assise économique lui est nécessaire. Elle lui sera apportée par les régimes matrimoniaux, plus lointainement par les successions et libéralités. Ces trois matières (titres I, II et V du livre III) font partie du droit de la famille, mais leur extrême complexité technique, par la richesse des développements qu'elle entraîne, les a obligées à se rendre autonomes ; aussi bien n'en sera-t-il question dans ce volume que par quelques indica-

tions. Il n'empêche que, par leur seule existence, elles auront suggéré une division à l'intérieur du droit de la famille, une opposition qui mérite d'être généralisée, entre l'aspect économique, patrimonial, pécuniaire de ce droit, et l'autre aspect, celui des rapports personnels, comme il est convenu de les appeler. *Rapports personnels* et *rapports pécuniaires* (dans la vie en ménage, dans les effets du divorce, par ex.). C'est une distinction classique.

Non moins classiquement, on distingue trois sortes de famille suivant la source :

1° La *famille légitime*, dérivant de l'union des sexes et de la procréation *en mariage*.

2° La *famille naturelle*, dérivant de l'union des sexes et de la procréation *hors mariage*.

3° La *famille adoptive*, dérivant d'un *acte juridique* qui assimile un enfant biologiquement étranger à un enfant procréé en ou hors mariage.

Toutefois, s'il existe bien une *filiation* naturelle, le concubinage ne constitue pas, en l'état actuel du droit, un groupement *juridique* comparable au mariage. De même, ce que crée d'abord l'adoption est une *filiation*, qui vient seulement se greffer sur une famille ou une personne préexistante.

Autre opposition, classique et même traditionaliste au départ : celle du *mariage* et de la *filiation*. Le droit civil tout entier pourrait être présenté sur ces deux axes : le mariage, mais avec ce qui le contredit, le démariage et l'union sexuelle hors mariage (il n'est pas d'institution qui ne porte en elle son contraire) ; la filiation, en y incluant la filiation adoptive comme la procréation médicalement assistée.

Mais si l'on veut s'évader de cette apparence traditionnelle, l'opposition pourra être transposée en termes plus concrets, et nous aurons le *couple* et l'*enfant*. C'est la *summa divisio* qu'a retenue le présent « Thémis », plus précisément en inversant (nous expliquerons pourquoi) : l'*enfant* et le *couple*.

Pour l'heure, cependant, en ce qui n'est qu'une *Introduction*, c'est sur les concepts les plus généraux que doit porter l'effort de clarification : le fait primaire qu'est la *famille* elle-même, en tant qu'*institution juridique* – en la suivant dans ses irradiations les plus immédiates, la *parenté*, l'*alliance*, la *charge* d'autrui, et leurs effets, en forme d'institutions distinctes, l'*obligation alimentaire* et le *droit de succession*.

ÉTAT DES QUESTIONS

Bibliographie générale (B.G.) du droit de la famille.

a) *Traité*s

Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. II : *État et capacité des personnes*, par H. Batiffol, 1936, t. III : *La famille*, par A. Breton, 1936 ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. II : *La famille*, par A. Rouast, 2^e éd., 1952 ; Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. VII : *Mariage, divorce, séparation*, par P. Esmein, 7^e éd., 1962, t. IX : *Filiation*, par P. Esmein, 6^e éd., 1953. Quant aux solutions du droit positif, ces traités qui n'ont pas été réédités depuis les réformes du droit de la famille ne peuvent être utilisés qu'avec prudence. Mais, pour la théorie juridique, leur valeur demeure grande. – Aujourd'hui, l'ouvrage de base est, dans le *Traité de dr. civ.* de J. Ghestin et al. : J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, I : *Fondation et vie*, 2^e éd., 1993 ; II : *Dissolution*, 1991 (cité sous l'un ou l'autre des deux noms selon les indications des auteurs).

b) *Manuels en usage*

A. Bénabent, *La famille*, 9^e éd., 1998 ; F. Boulanger, *Droit civil de la famille*, 2 vol., 1994 ; C. Colombet, *La famille*, 5^e éd., 1997 ; G. Cornu, *La famille*, 6^e éd., 1998 ; C. Labrusse-Riou, *Droit de la famille*, 1984 ; Ph. Malaurie, *La famille*, 6^e éd., 1998 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, 3^e vol. ; *Personnes*, II (*mariage, filiation, divorce et séparation de corps*), 7^e éd. par Leveneur ; P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, 3^e éd., 1976 ; J. Rubellin-Devichi et al., *Droit de la famille*, Dalloz-Action, 1999 (classements très clarifiants) ; F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes*, 6^e éd., 1996. – A ajouter : F. Rigaux, *Les personnes*, I : *Les relations familiales* (ouvrage belge, informations comparatives et vues modernistes) ; J. Iglesias de Ussel (sociologue), *La familia y el cambio político en España*, 1998. – Cette liste de manuels ne sera pas reprise dans chacune des parties du présent ouvrage.

Des revues spécialisées sont apparues : ex. *Droit de l'enfance et de la famille* (ministère de la Justice) ; *Droit de la famille* (depuis 1996).

BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE

De Rome à la France d'aujourd'hui, v. surtout A. Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1996.

Pour un survol de la famille, sans que le droit y soit toujours présent, v. Burguière et al., *Histoire de la famille*, 2 vol., 1986 (de la préhistoire à demain) ; *Annales (Économies, sociétés, civilisations)*, numéro spécial « Famille et société », 1972 (4 et 5) ; J.-L. Flandrin, *Familles (parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société)*, 1976.

a) *Droit romain* : J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, 1974.

b) *Ancien Droit* : Brissaud, *Hist. du dr. privé* ; Ourliac-Malafosse, *Hist. du dr. privé*, t. 3 : *Le droit familial*, 1968 ; P. Petot, *Histoire du droit privé français, La famille*, 1992.

c) *Droit intermédiaire* : Sagnac, *La législation civile de la Révolution*, 1898, 277 s., 355 s. ; G. Sicard, Révolution politique et mutation de la famille, *Annales Université sciences soc. Toulouse*, 78, 223, et surtout M. Garaud et R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, 1978. Il convient d'y ajouter les Colloques du Bicentenaire : *La Révolution et l'ordre juridique privé* (Orléans, 1986), 1988 ; *La famille, la loi et l'État* (Centre Pompidou), 1989, et *Droit et Société* (14), 1990 ; *L'enfant, la famille et la Révolution française* (Institut de l'Enfance et de la Famille), 1990.

d) *Droit du Code Napoléon* : Bonnacase, *La philosophie du C. Nap. appliquée au droit de famille*, 2^e éd., 1928 ; Lerebours-Pigeonnière, *La famille dans le C.C., Livre du centenaire du C.C.*, 1904, I, p. 263.

VOCABULAIRE

Dans un de ses sens les plus anciens, la *familia* était le groupe des esclaves de la maison, ce qui peut expliquer qu'Ulpien ait pensé la famille en termes de puissance et de propriété.

L'observation a souvent été faite que le mot *famille* était des plus rares dans les textes originaux du C.C. Il y était, toutefois. Le *conseil de famille* ne pouvait passer inaperçu (encore eût-il été mieux nommé conseil des familles, car il réunissait alors impérativement les deux clans, paternel et maternel). L'a. 1724 montrait que le contrat de bail, au-delà de la personne, rayonnait sur le groupe (cf. t. IV, n° 118), la réciprocité étant dans l'a. 1735 la responsabilité du fait des personnes de la *maison*. Les a. 632-633 étaient plus remarquables encore, parce qu'ils laissaient entrevoir la famille non pas figée, mais en expansion (une femme est dite populairement « en espoir de famille », lorsque, visiblement, elle attend un enfant et c'est le désespoir du propriétaire). L'a. 321, enfin, sur la possession d'état (depuis 1972, a. 311-2), valait à lui seul reconnaissance d'un être moral.

Les juristes latinisants opposent couramment la famille *domus*, maison, a. 371-3, 1735, maisonnée, le groupe réuni sous le même toit, à la famille *gens*, qui s'étend au-delà, jusques au clan, à la tribu (mais nous ne sommes pas des sauvages).

Le *ménage* est plus étroit que la famille (étymologie : *mesnie* et, plus lointainement, *mansis*, donc maison). Au XIX^e s. on appelait ménage ce que le XX^e finissant appellera *couple*, mais il y imprimait une idée de légitimité (le concubinage était un *faux ménage*). Les enfants y sont-ils compris ? Des textes (a. 220, 1409, 1414) distinguent l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; mais ce sont les dépenses spécifiques de l'éducation qui sont ainsi mises à part. Pour le surplus, les enfants mineurs (ou même majeurs mais à la charge des parents) sont regardés, à bien des égards, comme faisant partie du ménage.

Chapitre I

L'INSTITUTION JURIDIQUE DE LA FAMILLE

La famille est un *phénomène* à base de données biologiques, psychologiques, sociologiques – de données naturelles, en somme, que nous livrent des sciences ; mais il a été modelé par le *droit*, et il est toujours en attente d'être remodelé par une *politique* législative.

1 / La famille comme phénomène

Dans les années 60, des sociologues, spécialement aux États-Unis, professaient qu'il fallait étudier la famille en faisant abstraction du droit, celui-ci étant rejeté à la périphérie pour les quelques tensions et conflits qu'il pouvait occasionner dans le groupe. Mais cette séparation était très artificielle. Hormis Adam et Ève (et encore : étaient-ils vraiment seuls ?), la famille a été très tôt sous le regard et la pression des autres, de la tribu, de la société, de l'autorité. Et peu importe si la norme venait des mœurs ou du droit : c'était le temps de la coutume indistincte. Aujourd'hui, le droit s'est différencié, et les familles que nous rencontrons se présentent comme des phénomènes indivisiblement naturels et juridiques, même si, à l'arrière-fond, d'autres normes, l'éthique, la philosophie, la religion, peuvent être agissantes. La vie en ménage n'est pas vécue de la même manière là où chacun peut en sortir librement et là où la sortie implique une procédure judiciaire, la

paternité peut n'avoir pas le même sens lorsque le père est désigné automatiquement par le mariage et lorsqu'il a dû reconnaître, accepter l'enfant. Les différences tiennent au droit.

► Les données de base

Les données biologiques sont évidemment primordiales. Leur apparente fixité aux yeux de l'usager profane a longtemps accrédité l'idée que, de ce côté, la famille était insusceptible d'évolution. Mais, dans la seconde moitié du XX^e s., la science a apporté des nouveautés spectaculaires (plus, il est vrai, sur les franges qu'au centre de la réalité familiale) : à propos du transsexualisme (cf. t. I, n° 79), la psychiatrie a fait admettre qu'un sexe violemment vécu pouvait équivaloir à celui qu'avait donné l'acte de naissance ; et surtout la biologie, après avoir fait accepter la pratique des procréations médicalement assistées, a laissé entrevoir la possibilité de manipulations et, partant, de mutations génétiques, contre quoi, en 1994, l'a. 16-4 a élevé une barrière de droit, dont l'efficacité n'a pas été vérifiée.

Revenons, néanmoins, à l'évidence ordinaire : le sexe est premier. Le sexe, la différence, l'attrait, le désir, l'acte – ce sont les plaisirs, et il y a les maux, les maladies (dont le « sida »), les lassitudes. Où est le droit dans tout cela ? Il est en ceci, qui est essentiel, que, depuis les feuilles de figuier ancestrales, il ne reconnaît la sexualité que si elle porte avec elle sa propre censure. Censure (sans référence précise à Freud), ce peut être aussi bien une loi pénale réprimant des exhibitions (a. 222-32 N.C.P.) que la vaste notion des bonnes mœurs destinée à annuler les conventions contraires (a. 6, 1133 ; cf. Intro., n° 18).

Si le sexe est premier, la procréation est seconde. Elle a toujours été la préoccupation du droit. Mais pas toujours pour les mêmes motifs. Jadis, le souci majeur était de garantir l'exactitude des filiations ou, pour cibler davantage, la pureté des paternités, les titres et les fortunes se concentrant sur les hommes. Plus tard est arrivée la politique nataliste, l'avortement était réprimé, la propagande anti-conceptionnelle bannie. Aujourd'hui, c'est la liberté (de ne pas faire d'enfant). La famille n'est pas subordonnée à la présence d'enfants, fût-ce d'un enfant (le fameux fils unique, dont se contentait, disait-on, la paysannerie du début du siècle, pour ne pas voir se morceler les héritages). La famille sans enfant laisse, toutefois, une impression d'incomplétude, comme la cage sans oiseaux, écrivait Victor Hugo, d'une métaphore inconsciemment dangereuse.

Ne quittons pas la poésie : la famille en a besoin. Elle a besoin de sentiment – de passion ou d'affection, de tendresse ou de tolérance – pour que ses rouages, que le droit durcit, fonctionnent harmonieusement. Ce sont les bons sentiments, elle les capte ; les mauvais, elle les chasse : ainsi, le testament *ab irato*, qui déshérite un fils sur un mouvement de colère, sera invalidé. Le droit, pourtant, sait aussi déchirer le voile des sentiments pour laisser jouer librement ce qui est son ressort par excellence, la volonté. La famille légitime est fondée, dans le mariage, par un acte de volonté ; et si la famille naturelle a quelquefois éveillé des doutes, c'est que l'on avait peine à reconnaître, à son origine, un acte de volonté fondateur : n'était-ce pas un glissement plutôt qu'une décision ? A quoi on pouvait répondre qu'il est des conventions qui se forment par degrés (cf. t. IV, n° 30).

Il est des faits sociaux *lato sensu* (démographiques, économiques, politiques, voire de purs événements) qui agissent sur la vie interne ou externe des familles. Des vagues d'urbanisation ont fait éclore les H.L.M. ; la concentration des entreprises a fait disparaître nombre de boutiques et d'ateliers familiaux ; il est possible (quoique non prouvé) que l'effervescence de Mai 68 ait ouvert la voie à la cohabitation juvénile. Vers 1950, des sociologues étudiaient comme une catégorie à part ce qu'ils nommaient la *famille industrielle* (celle des ouvriers de l'industrie), dans laquelle ils décelaient des comportements originaux – une catégorie qui allait refluer vingt ans plus tard, cédant la place à un tertiaire plus dilué. Mais que fait donc le droit ? Dans un pays de code civil, il est contraint d'opérer par des lois, des dispositions générales et permanentes. Partant, il ne lui est pas possible d'épouser la mobilité des faits sociaux, au risque de cristalliser ce qui n'est qu'une mode passagère, ni la diversité des classes ou des régions, au risque d'abdiquer sa propre unité. Aussi n'interviendra-t-il qu'avec un temps légitime de retard, et sur une moyenne acceptable par tous, à moins qu'il ne préfère ouvrir aux judiciaires une option (telle l'option entre les quatre cas de divorce).

► Structure de la famille

Une première opposition est classique selon la dimension que les faits donnent, que chacun donne à la famille : étendue ou étroite ? Puis, à l'intérieur de la famille étroite, ce sont d'autres distinctions qui se présentent.

a) *Les deux cercles concentriques.* — 1° La famille étendue englobe toutes les personnes descendant d'un auteur commun, unies par un lien de parenté, une communauté biologique jusqu'aux limites reconnaissables. Cette famille-là comprend les collatéraux, oncles ou tantes, neveux ou nièces, cousins, même éloignés. C'est la *gens* patriarcale de l'ancien droit romain, le *lignage* du vieux droit coutumier. A certains égards (limités), s'y ajoutent les alliés (conjoint des parents, parents des conjoints), doublant le groupe des parents. Cette famille est volontiers tournée vers le passé (pendue à son arbre généalogique).

2° La *famille au sens étroit* exclut les collatéraux. Elle se limite aux époux et à leurs descendants, même si ceux-ci ont fondé une famille à leur tour (éventuellement, aussi, aux conjoints des descendants). Dans un sens plus restreint encore, la famille se réduira aux époux et à leurs enfants mineurs. C'est la famille *nucléaire* (= noyau), la *domus* par opposition à la *gens*, le *ménage* par opposition au lignage, le *foyer* (c'est l'expression du droit fiscal, l'Ancien Droit recensait la population par *feux*). Cette famille est orientée vers l'avenir, vers la procréation et l'éducation des enfants.

L'évolution moderne s'est traduite par un resserrement du cercle familial, un passage de la « grande » famille à la famille étroite. C'est celle-ci qui, à l'heure actuelle, vit de la vie la plus intense et produit les effets juridiques les plus nombreux (cela, qui est déjà vrai en droit civil, l'est davantage encore dans les droits spéciaux, droit social, droit fiscal, etc.). Cependant, la famille au sens large continue à apparaître comme une zone de protection entourant l'autre, et elle produit toujours un effet juridique important : la succession *ab intestat* à la mort de l'un de ses membres.

b) *Les distinctions à l'intérieur de la famille étroite.* — 1 / *La structure type.* Les milieux officiels qui préconisent eux-mêmes l'ouverture à d'autres structures présentent cette famille comme la famille *traditionnelle*, ce qui n'est guère contestable, n'étant qu'affaire d'ancienneté.

La famille traditionnelle n'est autre que la famille légitime, fondée par mariage et qui ne s'est dissoute que par la mort de l'un des deux dans le couple, après avoir engendré des enfants également légitimes, sans accidents de parcours tels que séparation de corps ou de fait, désaveu de paternité ou reconnaissance d'un enfant adultérin.

Cette famille peut-elle être qualifiée de *normale*, rejetant les autres dans l'anormalité ? Le débat philosophique sur la normalité n'a pas reçu de conclusion qui fasse l'unanimité. Il oscille entre deux critères,

quantitatif et qualitatif. Pour les uns, est normal ce qui se rencontre dans la généralité (la majorité) des cas : à ce compte, malgré la difficulté de l'évaluation, eu égard à la multiplicité des événements négatifs qui peuvent la faire s'écarter de la norme, il est probable que la famille traditionnelle représente la norme encore aujourd'hui. Pour d'autres, le normal est le normatif, le phénomène qui se sent et qui est perçu comme créant une règle. Et ici encore il semble bien que la famille traditionnelle puisse se prévaloir du critère. La preuve en est que ceux qui se trouvent dans des situations dissidentes cherchent à l'imiter. N'est-ce pas le sens de la légitimation par mariage ou des contrats et pactes d'imitation réclamés aujourd'hui pour des concubins ?

3° *Les structures atypiques.* La *famille naturelle* est le cas principal, non seulement par le nombre des intéressés, mais par sa singularité structurelle. Car, en contraste absolu avec la famille légitime qui soude indivisiblement les deux filiations, maternelle et paternelle, par la présomption de paternité, la famille naturelle est appelée à fonctionner distinctement sur chacun des deux volets. Ce n'est qu'artificiellement que l'on pourra après coup établir des liaisons entre les deux, et elles seront nécessairement fragiles.

Les *autres structures atypiques* peuvent se manifester en appendice à la famille légitime aussi bien que naturelle.

— *La famille monoparentale.* Dans une vision évolutionniste, on pourrait y voir le paroxysme du rétrécissement. En fait, ce n'est que le produit d'accidents de la vie. Ce que l'on entend par là, c'est une simple relation interpersonnelle, le plus souvent entre la mère et l'enfant, après veuvage ou divorce (malgré l'exercice conjoint de l'autorité parentale), et aussi, plus structurellement, dans la filiation naturelle, dès lors que n'a pas opéré l'essai de restructuration à deux espéré à l'a. 372, al. 2. C'est la multiplication des divorces qui a multiplié les familles monoparentales.

— *Les familles recomposées.* L'hypothèse est que la famille monoparentale, famille déconstruite, sort de sa solitude et va se reconstruire ailleurs, un peu plus loin. Le veuvage suivi de remariage en était le prototype plat, et le mythe de Cendrillon, la tonalité des mots *parâtre* et *marâtre* en avaient transmis une image pessimiste. Le divorce, en se multipliant, a multiplié les chances de remariages précoces et par là même a donné à la recombinaison familiale un air de jeunesse, de convivialité, de joie. Le point important est que la famille recomposée n'est, dans l'état actuel du droit, qu'une situation *de fait*. Les relations de fait qui s'établissent par la vie commune n'altèrent pas les rapports de droit qui préexistaient, rapports de parenté (entre la mère et

l'enfant transportés dans le nouveau foyer) ou d'alliance (ex. entre beaux-parents et beaux-fils ou belles-filles), mais elles ne sauraient en créer de nouveaux (ex. entre enfants nés des différentes unions).

► *Fonctions de la famille*

Elles sont très variées, et l'on ne s'aperçoit de l'efficacité avec laquelle la famille les accomplissait qu'au fur et à mesure qu'elles sont amoindries ou disparaissent, relayées ou remplacées par l'action de l'État, des collectivités, ou du commerce. En quelques mots :

Fonctions économiques. La famille est une unité de *consommation*, réputée pour n'être pas gaspilleuse. La cantine, cependant, par nécessité, tend à repousser le repas de famille (du moins celui de midi). Une unité de *production* aussi. La défense de l'exploitation familiale a été une constante de la politique agricole depuis soixante ans, et elle s'est inscrite dans le C.C. (a. 832 s.). Sous le sigle des P.M.E., c'est encore la dimension familiale que les lois tendent à préserver. On la dit créatrice d'emploi, et l'on s'efforce d'assurer la transmission des entreprises à l'intérieur des familles. Il y a, du reste, des dynasties de grands P.D.G. et, non moins fortes, des dynasties de dockers au Havre.

Fonctions sociales. Portalis avait dépeint le mariage comme une société de secours mutuels. Il y a cinquante ans, il était banal de dire que la Sécurité sociale finirait par s'y substituer. On le dirait moins à l'heure actuelle, et les organismes sociaux ne dédaignent pas de se faire subroger contre la famille à l'action alimentaire de ceux qu'ils ont secourus dans la maladie ou la vieillesse.

Fonctions culturelles. Les mères sont irremplaçables pour les rudiments de la civilisation dans les premières années (Rousseau et la Révolution poussaient jusqu'à sept ans). Puis vient l'école, dont aussi on avait imaginé qu'elle rendrait la famille superflue. Mais les parents d'élèves ont fait une rentrée en force dans le système éducatif : ils y sont beaucoup plus actifs qu'autrefois, associés à leur progéniture dans la course aux diplômes. Et ils continuent à surveiller les « devoirs à la maison », sinon à les faire eux-mêmes.

Et au-delà ? Pour le citadin d'aujourd'hui, la famille remplace avantageusement, comme lieu de relations interpersonnelles, une société devenue, dit-on, un désert psychologique. L'amitié, les associations n'en sont que des substituts imparfaits. Outre cette spécialité qui, par l'espoir de la descendance, reste à la famille : faire oublier un instant à l'homme qu'il est mortel.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le critère de la normalité, cf. le « Quadrigé » de *Sociologie juridique*, 1994, 288.

SOCIOLOGIE

a) *Sociétés (dites) primitives.* — La littérature est abondante. Outre les ouvrages anciens de R. Lowie, *Traité de sociologie primitive*, trad. franç., 1969, et de L.-H. Morgan, *La société archaïque* (introduction Makarius, 1971), C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, 1947, et N. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1989, n^{os} 132 s. (« naissance de la famille »). — Dès le XIX^e s., le problème des origines a captivé les ethnologues : la famille est-elle la cellule initiale qui, par agglomération, a produit la société, ou bien est-ce la société, fait primitif, qui a engendré la famille par différenciation ? l'humanité a-t-elle connu une phase de matriarcat (ex. Devereux, *Femme et mythe*, 1982) ? la découverte du rôle du père dans la procréation a-t-elle été tardive (cf. le sourire d'Edm. Leach, *Genesis as Myth*, 1969) ? Certains faits, cependant, sont dits hors de doute : ex. l'ancienneté de la famille étendue, de la *grande maison*, réunissant plusieurs générations dans le même habitat ; l'existence d'un type *matrilinéaire* de famille, où la parenté s'établit en ligne maternelle, le plus proche parent de l'enfant étant son oncle utérin (le frère de sa mère). Il n'est pas sans intérêt de relever que la famille primitive n'a pas été seulement explorée par la sociologie, mais exploitée par l'idéologie. Ceux qui voulaient contester la famille du C. Nap., à prédominance maritale et paternelle, se sont fait un malin plaisir d'affirmer contre elle le primat chronologique de la société, l'insignifiance originelle du mâle. A tout le moins, en montrant que cette colonne de l'ordre capitaliste n'avait pas toujours existé, ils donnaient à conclure qu'un jour elle pourrait bien disparaître — et avec elle les autres colonnes (propriété privée et État). Telle était la portée du transformisme de Fr. Engels, dans son livre qui fut célèbre, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État* (1884). Influence d'Engels ? *Histoire d'enfance*, un téléfilm d'octobre 1998, a montré dans la famille une création du capitalisme au XIX^e s. : elle devait servir à fixer, lier l'ouvrier. Mais il resterait à expliquer pourquoi le patronat du XX^e s. préférerait importer des célibataires, pensant mieux les tenir. Et surtout il faudrait laisser un rôle à la nature des choses.

b) *Sociétés modernes.* — Ici encore recherches très nombreuses, en France et à l'étranger. V. Andrée Michel, *Sociologie de la famille et du mariage*, 1978 ; M. Ségalen, *Sociologie de la famille*, 1987 ; Kellerhals, Roussel *et al.*, *Sociologie de la famille* (1965-1985), A.S., 1987 ; Roussel, *La famille incertaine* (« une pension de famille » ?), 1989 ; Mendras *et al.*, *Sociologie des mœurs*, A.S., 1993. Pour un tour complet d'horizon, F. de Singly *et al.*, *La famille, état des savoirs*, 1991. La sociologie de la famille moderne insiste sur les changements qui se seraient produits à partir d'une date d'ailleurs imprécise (1914, 1945, 1964, 1990).

1^o Classique est l'hypothèse du *rétrécissement, resserement* : de la famille étendue, et patriarcale, donc autoritaire, à la famille *nucléaire*, conjugale, à deux têtes, donc éga-

litaire et libérale. Ici non plus, pourtant, rien n'est sûr. Si l'exiguïté des logements urbains, la régression des entreprises familiales, la soif d'indépendance des belles-filles rendent difficile la cohabitation de deux générations sous le même toit, elles n'empêchent pas le maintien d'un réseau de relations (cf. L. Roussel, *La famille après le mariage des enfants*, 1976, et *A.S.*, 87, 45). On constate même plus d'une mutation rétrograde : parents naturels qui, loin d'accepter la segmentarisation, cherchent à reconstituer le modèle *groupal* de la famille légitime (cf. a. 372, al. 2) ; familles nucléaires qui, jugeant trop étroit, trop introverti le perpétuel face-à-face mari-femme-enfants, rêvent de s'élargir aux grands-parents et de retrouver la famille étendue. On vit même, dans l'effervescence de l'après-68, réapparaître çà et là des *communautés*, où plusieurs familles s'associaient pour mettre en commun, sur un mode communiste, leurs travaux paysans et leurs besoins affectifs (voire sexuels, ressuscitant ainsi la promiscuité originelle). A la vérité, les sociologues croient de moins en moins à une évolution linéaire. On peut établir une classification des types de famille (cf. Todd, *La troisième planète*, 1983), mais quand on considère leur répartition dans le temps et dans l'espace, on ne peut qu'être déconcerté. La famille nucléaire n'est nullement un effet de la société industrielle : les célèbres recherches de Peter Laslett *et al.*, *Household and Family in Past Time*, Cambridge, 1972, l'ont repérée comme une coutume de l'Angleterre médiévale, et il suffit de regarder telle sculpture funéraire de l'époque gallo-romaine où l'homme et la femme joignent leurs mains pour conclure que les premiers siècles de notre ère ne l'ignoraient pas. Les difficultés rencontrées en 1997, lors de la réforme du droit des successions, pour construire les droits *ab intestat* du conjoint (usufruit ou part en pleine propriété ?) illustrent la résistance de la famille étendue, toujours vivante par l'héritage, à se laisser pénétrer et troubler par la famille nucléaire.

2° Les structures atypiques

— *Familles monoparentales*. V. Le Gall et Martin, *Les familles monoparentales, évolution et traitement social*, 1987 ; C. Poussin et I. Sayn, *Un seul parent dans la famille, approche psychosociologique et juridique*, 1990 ; N. Lefaucheur, in F. de Singly, *La famille, état des savoirs*, 1991, p. 67. On estime à un peu plus d'un million le nombre de ces familles. Elles auraient concerné, en 1990, 13 % des jeunes de moins de 25 ans (contre 9 % en 1968). Le veuvage était encore, en 1968, la cause principale de la situation (55 % des cas) ; en 1990, ce n'était plus que 20 % (43 % pour le divorce, 21 % pour le célibat). C'est la précarité de vie des veuves et divorcées qui a attiré l'attention sur le phénomène et en a fait l'objet de politiques sociales (cf. N. Catala, Prop. de loi en déc. 1996, Assemblée Nationale, et rapport ; Commaille, *Misères de la famille, question d'État*, 1996, p. 65).

— *Familles recomposées*. Résistent-elles au vieillissement ? V. l'analyse très lucide d'I. Théry, *A.S.*, 87, 119, spéc. 130 s. ; M.-T. Meulders-Klein et I. Théry, *Les recompositions familiales aujourd'hui*, 1993. Sur les aspects juridiques de *lege data*, de *lege ferenda* ? F. Dekeuwer-Défossez, D. 92, chr. 133, Fulehiron, *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1995 ; J. Sosson, *Beaux-parents, beaux-enfants, étude de droit civil comparé*, Th. Louvain, 1995 ; J. Théry, *Rapport*, 1998, 209-220. Quant aux conséquences patrimoniales, Lucet, *Rép. not.*, 91, 513 ; quant à la sépulture, Paris, 27 mars 1998, D. 98, 383, n. Malaurie.

3° Au fond, chaque famille (comme chaque individu) a une destinée qui passe par plusieurs phases au fil des ans : cf. C. Blayo, Sur une typologie des familles en fonction de leur évolution, *Pop.* 90, 63.

DÉMOGRAPHIE

Elle s'intéresse à la famille comme à un fait de population : v. A. Girard, *L'homme et le nombre des hommes*, 1984 ; M.-L. Lévy, *Déchiffrer la démographie*, 1997 ; Leridon et Toulemon, *Démographie, approche statistique et dynamique des populations*, 1997 ; Chesnais, *La démographie*, 1998. Sur la démographie historique, Dupâquier *et al.*, *Histoire de la population française*, 2 vol., 1988 ; Bardet, Dupâquier *et al.*, *Histoire des populations de l'Europe*, 1997. Des grandes hypothèses de Ph. Ariès, v. *Histoire des populations françaises et de leurs attitudes devant la vie depuis le XVIII^e s.*, 1971 — œuvre suggestive, bien qu'aujourd'hui discutée. — Quelques données de base — brutes — pour 1997 (*Pop.*, 98, 755, 995) :

Naissances :	725 000	Décès :	534 000
Mariages :	284 500	Divorces :	120 000 (estimés)
Population :	58 700 000		

Indice de fécondité (nombre moyen d'enfants par femme) : 1,71.

BIOLOGIE

Les faits biologiques (d'anatomie, de physiologie) ont un rapport évident avec le droit de la famille (comme déjà, à un moindre degré de complexité, avec le droit des personnes, t. I, n° 3). La doctrine civiliste, au début du siècle, en déduisait souvent que, l'espèce humaine étant biologiquement fixée (le paraissant du moins ; de mémoire de rose, on n'a jamais vu vieillir le jardinier), le droit de la famille n'était guère appelé à bouger. L'objection était que, dans ce droit, si la part de la biologie est essentielle, celle de la psychologie ne l'est pas moins. Or, les mentalités sont largement déterminées par le milieu social, lui-même sujet à des variations. La différence des sexes est irréfutablement une donnée de la nature, universelle et immuable, mais la sexualité est socialisée. Ainsi s'est constituée une ethnologie de la vie sexuelle (v. *Cahiers internationaux de sociologie* [LXXVI], 1984, « Le sexuel » ; spéc. l'introduction de G. Balandier ; *Pop.*, 93, « Sciences sociales et sexualité »). Ce n'est pas assez dire que dire la sexualité socialisée, elle est *juridicisée*, disciplinée par le droit civil (cf. Poumarède *et al.*, *Droit, histoire et sexualité*, 1988, spéc. C. Houin, p. 271, la sexualité en droit civil contemporain), par des institutions fondamentales du droit civil, le mariage et même le hors mariage (qui en est l'indispensable faire-valoir), la paternité et la maternité. La psychanalyse trouve ici un terrain en or, et elle rejoignait sans peine le droit lorsque, sous l'inspiration freudienne, elle mettait l'accent sur une idée de censure. Après 68, au contraire, on vit les disciples (d'ailleurs divisés) enclins parfois à théoriser une libération de la sexualité, *a priori* peu juridique : ex. W. Reich, *La révolution sexuelle, L'irruption de la morale sexuelle*, trad. franç., 1970, 1972 ; D. Cooper, *The Death of Family*, Londres, 1971. Une nouvelle conversion, cependant, attendait la psychanalyse, un pivotement, en quelque manière, du sexuel au génital, au génétique, voire à la généalogie (cf. *infra*, p. 41, 261). C'est que la biologie, dans sa branche génétique, a ouvert des perspectives nouvelles, grosses de fantasmes. Qui oserait affirmer maintenant, en l'entendant parler des manipulations génétiques, que l'homme est une espèce fixée ? L'intérêt du droit de la famille pour la biologie s'est ainsi déplacé du domaine du mariage vers celui de la

filiation, et il a pu, à cette occasion, devenir conflictuel, excité comme il l'est par les techniques de procréation artificielle (cf. *infra*, p. 213), et sur un registre plus imaginaire, par l'avenir obscur des manipulations génétiques.

PSYCHOLOGIE

a) *Individuelle*. — Sur les rapports dans les couples, entre parents et enfants à notre époque, v. les analyses délicates et profondes de F. de Singly, *Le soi, le couple et la famille*, 1996. Cf. aux *Cahiers internat. de sociologie* (XCVII), 94, J.-Cl. Kaufmann, 301, D. Vander Gucht, 329.

b) *Sociale*. — On pourrait se demander aujourd'hui, compte tenu du transfert d'intérêt, signalé comme une caractéristique des années 80 – le transfert du sexuel au génétique, du droit du mariage au droit de la filiation – s'il ne faudrait pas ouvrir dans cette direction un nouveau champ de recherches psychologiques. Ce seraient des recherches de psychologie sociale, et qui revêtraient une certaine tonalité durkheimienne, parce qu'elles ne répugneraient pas à évoquer la conscience collective, sinon l'inconscient collectif. Le désir d'enfant est maintenant abondamment étudié comme phénomène de psychologie individuelle, interindividuelle (cf. *infra*, p. 217). On devrait tenter de suivre ce que devient ce désir lorsque, par agrégats successifs, il se transforme en désir, « instinct » (terme du langage commun) d'une collectivité. Avec des milliers de mariages se construit le phénomène de la nuptialité ; avec des milliers de naissances, celui de la natalité, natalité d'une nation. Il y a un mystère (à éclaircir) dans la force qui pousse un couple, chacun dans le couple, à « se reproduire » (terme du langage moderne) ; combien plus de mystère dans la force qui y pousse (plus ou moins fort) une nation.

THÉORIE SOCIO-JURIDIQUE

a) De chaque côté ou ensemble, on s'interroge sur la *nature de la famille* (l'expression peut sembler étrange) : est-ce un *groupe* ou un *réseau* ? Dans le passé rural, même la famille étendue formait un groupe : les trois générations vivaient sous le même toit, au même pot et feu (cf. l'importance attachée par les juristes japonais aux *groupements* dans la vie familiale, *Travaux de l'Assoc. H. Capitant* (t. 431, 1994). Aujourd'hui, on est tenté de distinguer : la famille étendue n'est plus qu'un réseau (cf. C. Gokalp, *Le réseau familial*, *Pop.*, 78, 1077), le téléphone a éloigné en rapprochant ; la famille nucléaire, à l'opposé, est un groupe. Encore celle-ci se réduit-elle quelquefois à n'être que réseau, et le droit peut y contribuer (domiciles séparés, séparations de fait, sans préjudice de ce qu'est l'après-divorce pour les enfants mineurs). Ce sont des accidents ; la nature, c'est le groupe. La meilleure preuve qu'il existe est qu'il a une force d'attraction que l'État lui-même s'avoue impuissant à combattre. Ainsi s'est créé un droit au *regroupement familial* que l'on a accusé d'avoir enkysté l'immigration (d. 29 avr. 1976, 4 déc. 1984 ; cf. P. Kayser, *J.C.P.*, 93, 1, 3679 ; F. Jault-Seseke, *Le regroupement familial*, 1996).

b) Mais qu'est-ce qui donne cette force au groupe, l'âme et, métaphoriquement, lui insuffle une âme ? Sans doute la pratique d'une action en commun, jointe à la conscience d'un but qui dépasse les égoïsmes individuels. Dans plusieurs textes du C.C. (a. 220-1, 1397, 1429), le législateur des années 60 a fait référence à l'*intérêt de la famille*, donnant à entendre qu'il y a là un intérêt collectif, distinct de l'intérêt des

membres du groupe, d'un époux ou même des deux (cf. sur cette notion, Théry, *J.C.P.*, 72, 1, 2485). Or, en matière de sociétés civiles, de syndicats, la jurisprudence a admis que l'existence d'un intérêt collectif peut justifier la reconnaissance d'une personne morale, pour peu que cet intérêt trouve dans le groupe un organe capable de l'exprimer (cf. t. I, n° 234). La famille est-elle un être moral ? Dès 1939, dans un climat où la famille n'était pas encore érigée en devise, des auteurs s'étaient demandé si ce ne serait pas la renforcer que de la structurer en personne morale. Savatier avait défendu l'idée avec enthousiasme (*Une personne morale méconnue, la famille en tant que sujet de droit*, D. 39, chr. 49), et un projet de loi avait même été élaboré en ce sens (*Bull. Soc. Études législatives*, 1940-1946, p. 143), mais sans succès : le contexte politique pouvait contaminer les meilleures intentions. Le projet visait la *gens* aussi bien que la *domus* ; et c'est justement en pensant à la *gens* que, de nouveau, on a proposé de reconnaître dans la famille une personne morale (M. Reynaud-Chanon, D. 87, chr. 264). Il pourrait être pratique, par ex., de faire de cette personne morale l'attributaire organisé des souvenirs de famille ou des archives privées, au lieu d'avoir, comme aujourd'hui (a. 842), à les remettre empiriquement en dépôt à un seul des héritiers (cf. Barbieri, *J.C.P.*, 84, 1, 3156 et 87, 2, 21148, qui préconise de donner à l'attributaire les contours techniques plus précis d'une fondation privée ; mais les fondations privées peuvent-elles être traitées comme personnes morales depuis la l. 23 juill. 1987 sur le mécénat ?). On aurait, sans doute, moins de difficulté à faire fonctionner en personne morale la famille-*domus*, le ménage – surtout lorsque, mariés sous le régime de la communauté, les époux ont déjà rassemblé leurs intérêts patrimoniaux dans une espèce de société civile. A s'en tenir au plan pécuniaire, la question de la personnalité morale paraît dépassée par la facilité accrue de constituer des sociétés de famille, en empruntant soit les formes civiles ou commerciales du droit commun, soit des formes spécifiques (ex. le groupement foncier agricole, G.F.A.). Cf. Gélénier, *La réussite des entreprises familiales*, 1996.

2 / Le droit de la famille

Question préalable : Est-ce bien un droit ? Autrement dit : la famille ne pourrait-elle se passer de droit ? Une idée ébauchée par quelques philosophes (Montesquieu, Rousseau) est que le droit s'est créé en relation avec la propriété : il est fait pour délimiter le mien et le tien ; le reste pourrait être abandonné aux mœurs et à la morale. L'idée se retrouve chez Marx : le droit n'a d'autre finalité que d'imposer et d'administrer les inégalités économiques – ou, bien sûr, de les abolir. Aussi le régime soviétique hésita-t-il, dans un premier temps, à légiférer en matière familiale. Les relations de fait semblaient pouvoir suffire. Mais il y avait des mal mariés de l'époque tsariste à libérer de leurs fantasmes, des orphelins à protéger, que les guerres avaient jetés dans les

rues : dès 1918, l'U.R.S.S. légiféra et, en 1926, se dota d'un Code de la famille. Notre Révolution n'avait pas connu ces hésitations. Elle était convaincue que la loi pourrait créer une famille nouvelle, et elle fit de grandes lois (mariage, divorce en 1792, successions l'année suivante).

Il n'est guère de rameau du droit qui, de nos jours, ne revendique son autonomie. Le droit de la famille n'échappe pas à cette tentation, et il pourrait avoir de meilleures raisons que d'autres pour asseoir sa revendication. En se détachant du droit civil, son droit-souche, il serait libre pour nouer d'utiles contacts avec d'autres droits, qui auraient beaucoup à lui dire sur son objet, le droit fiscal, le droit social, par ex., dont chacun a sa propre notion de la famille – ainsi qu'avec des sciences qui devraient être pour lui mieux qu'auxiliaires, la psychanalyse, la psychologie, la biologie (il ne suffit plus, pour comprendre la filiation, d'être sage-femme comme en 1804, il faut avoir fréquenté des laboratoires de génétique). Il n'a malheureusement pas été possible d'ouvrir le présent volume à cette vaste interdisciplinarité : il restera sur le terrain du droit civil.

► *Les sources du droit positif*

La loi est la source par excellence du droit de la famille. La Constitution de 1958, dans son a. 34 où elle a réparti les compétences entre le législatif et le réglementaire, n'a pas visé nommément la famille ; mais on s'accorde à considérer qu'elle est comprise sous l'expression *l'état et la capacité des personnes*. Rigoureusement, les personnes et la famille, ce n'est pas la même chose, ni le même esprit. Cependant, le cortège qui suit, *régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, renforce la traduction : c'est bien tout le droit civil de la famille que les constituants ont voulu placer hors du pouvoir réglementaire.

Dans la panoplie des codifications, nous avons un *Code de la famille*. Mais c'est un peu un trompe-l'œil. Il est apparu en 1939 comme Code de la famille et de la *natalité*. C'était un appel à la mobilisation générale des berceaux pour arrêter l'invasion que l'on savait qui se tramait. Il a été repris en 1956 sous l'appellation de Code de la famille et de l'*Aide sociale*. Cette Aide sociale est, pour partie, l'Aide sociale à l'enfance (l'ancienne Assistance publique), et la Direction des affaires sanitaires et sociales, la D.A.S.S. est, en un sens, une administration de la famille, des familles. Tout n'est pas mauvais, pour autant, dans ce C. Fam., et la loi de 1996 sur l'adoption lui a donné quelque lustre.

Dans les relations familiales, où la loi, par sa rigidité, se montre facilement maladroite, la coutume, plus flexible, a un rôle important à

jouer. Parfois, la loi renvoie expressément à l'usage (ex. a. 450, pour ouvrir une certaine autonomie au mineur ; a. 372-2, pour permettre aux père et mère de se représenter mutuellement). Ailleurs, le renvoi est implicite : comment apprécier les besoins de la vie courante (a. 220 *in fine*), si ce n'est d'après les us et coutumes de la classe sociale, du lieu, du moment ? Enfin, il y a la notion générale des bonnes mœurs (a. 6, 1133) : apparemment règle morale (de la vie sexuelle, c'est l'emploi que la pratique lui a assigné), en réalité coutume juridique puisqu'elle produit un effet de droit, l'annulation des conventions contraires.

Il est habituel de faire figurer la jurisprudence comme source du droit (à tort ou à raison), derrière la loi et la coutume. Nous préférons parler de *jugements*. Non pas qu'il n'y ait pas de jurisprudences dans le droit de la famille : il en est, et de fort importantes, que l'on rencontrera au fil des pages. Mais, en regard, il y a une multitude de jugements rendus en fait, en équité, où l'on ne peut voir l'amorce d'aucune jurisprudence. Il n'est que de songer aux 100 000 jugements de divorces prononcés chaque année, jugements nécessaires, parce que notre droit estime utile une présence judiciaire à la sortie du mariage. Cette sorte de jugement n'est certes pas absente des autres parties du droit civil ; mais, dans le droit de la famille, elle semble répondre à la nature même du contentieux. Tout au plus la loi propose-t-elle au juge des critères, des *standards* (cf. Intro., n° 25), pour orienter son appréciation, tel l'intérêt de la famille, dans l'a. 1397, et surtout l'*intérêt de l'enfant*, si souvent cité dans le droit de l'autorité parentale et du divorce. Dans les conflits familiaux, c'est un magistrat pacificateur, médiateur, qui est demandé par la société, voire plus ou moins inconsciemment par les intéressés, non pas un juriste qui dise le droit. L'idéal, en la matière, a longtemps été représenté par les *chambres de la famille*, une instance moins juridique qu'un tribunal, des juges, du style du juge des enfants, « juges-entraîneurs », assistés de travailleurs sociaux et de psychosociologues. Les réalisations n'ont été que partielles. Cependant, il est plus d'un J.A.F., juge aux affaires familiales, qui sait être chambre de la famille à lui tout seul.

► *Les textes symboliques*

La Déclaration des droits de l'homme de 1789 évoquait la *nais-sance*, mais c'était uniquement pour rabattre le caquet de la noblesse. Le Préambule de 1946 (que notre Constitution s'est annexé) contient une disposition spécifique : la nation assure à l'individu et à la *famille*

les conditions nécessaires à leur développement. C'est une promesse. Seulement, elle s'annule en mariant deux contraires, et l'on n'en peut attendre, devant le Conseil constitutionnel, qu'un jeu de raquettes.

Il est vrai que le Conseil a, dans son bloc de constitutionnalité, des principes assez abstraitement justes pour convenir à toutes les parties du droit : la liberté, l'égalité (et pourquoi pas, après tout ? la fraternité, le seul côté familial du triangle). Mais saurait-il constitutionnaliser directement, sur le seul fondement de leur existence historique, certaines institutions de notre droit de la famille, ainsi l'obligation alimentaire au premier degré, ou le mariage civil, ou la communauté conjugale ? Saurait-il, par ex., décider entre la liberté testamentaire et l'égalité de la réserve héréditaire, autrement qu'en termes de droits subjectifs ? La question peut se poser un jour. Une menace est là, pour le droit de la famille plus que pour tout autre : que l'exaltation des droits individuels ne désagrège les institutions.

Il n'eût pas été surprenant de découvrir une menace comparable dans des symboles qui nous sont venus de la communauté internationale, car ce sont autant de proclamations des Droits de l'homme. Mais une conjoncture historique a rangé ces textes, au moins d'intention première, aux côtés de la famille. Parmi les textes symboliques il faut placer la Déclaration universelle, votée par l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle n'a pas reçu force obligatoire en France, mais, sur notre sujet, elle a inspiré, presque à la lettre, les déclarations ultérieures qui (à tort ou à raison) ont été introduites dans notre droit positif (cf. Introduction, nos 43, 140, 141), la Convention européenne des Droits de l'homme (a. 12), la Convention de l'O.N.U. sur les droits de l'enfant (en son Préambule, al. 5). En fait, la Cour européenne de Strasbourg s'est peu intéressée à l'a. 12 de la Convention et au mariage ; elle a, en revanche, fait un usage intensif d'un a. 8 qui vise les atteintes à la vie privée et elle a placé ainsi sous sa protection des comportements que les lois nationales avaient estimés déviants et, pour tout dire, antifamiliaux (ex. le transsexualisme ; cf. t. I, n° 76).

Mais revenons à la famille avec l'a. 16 de la Déclaration universelle, car c'est lui qui donne le ton : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme... ont le droit de se marier et de fonder une famille... La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. » La date de 1948 est significative. Au-delà de l'euphorie d'une victoire, le climat familial était à l'optimisme : c'était le *baby-boom*. Il n'est pas sûr que le droit puisse agir sur la natalité, mais la natalité pourrait bien agir sur la vision du droit.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Ghestin-Goubeaux, *Introduction générale*, 1994, n° 169 ; Boulouis, *Famille et droit constitutionnel*, *Mélanges Kayser*, 1979, I, 147 ; J. B. d'Onorio, *La protection constitutionnelle du mariage et de la famille*, *R.T.*, 88, 1 (étude comparative des droits européens). — Cf. Max Rheinstein, *La famille, son évolution et son droit*, *Études Ancel*, 1975, I, 193 (l'étranger a connu plusieurs années avant la France, l'évolution vers la « société permissive ») ; J. Rubellin-Devichi, *L'évolution du droit civil de la famille depuis 1945*, C.N.R.S., 1981 ; Commaille, *L'esprit sociologique des lois*, 1994.

HISTOIRE CONTEMPORAINE

Seulement quelques traits par grandes périodes. Le droit de la famille est sensible aux oscillations politiques, aux catastrophes nationales, le plus souvent avec un temps de retard, comme il sied au droit.

1° *De 1804 à 1884.* — Le C. Nap. est dénoncé par tout un parti (de Bonald ; en Allemagne, Rehberg) comme un monument d'individualisme antifamilial, accusation qui sera reprise par Le Play vers 1860. Le divorce a été aboli dès 1816. Les fortunes sont stables (comme la monnaie), mais ont peine à ne pas se diviser par l'effet de la loi successorale de partage égal.

2° *De 1884 à 1938.* — La III^e République rétablit le divorce ; son anticléricalisme l'entraîne à des réformes de désacralisation des liens familiaux (une de ses hardiesses sera, en 1907, de permettre la légitimation d'enfants adultérins). Les fortunes se conservent, mais aussi d'autres s'acquièrent. La natalité est en déclin. La « très grande guerre » disloque les ménages, crée des orphelins par centaines de milliers et fait ressurgir de l'oubli l'adoption.

3° *De 1938 à 1945.* — La guerre, de nouveau, domine. Son imminence (1938-1939) détermine une législation successorale qui tourne le dos à l'idéologie de l'égalité (entre frères) que le C. Nap. avait reçue de la Révolution, le dessein étant d'accroître la natalité. Vichy arrive avec sa devise « Travail, famille, patrie » et tente de restreindre le divorce, mais le Maréchal favorisera sans y penser la légitimation des adultérins. L'éloignement de plus de 1 million d'hommes, prisonniers de guerre ou déportés, rend inévitable, en fait, puis en droit (1942), une promotion de la femme mariée.

4° *De 1945 à 1958.* — Dans le monde occidental, c'est le *baby-boom*. En France, la première phase de cette *Révolution maternelle* dont parle Y. Knibiehler, 1997, qui décrit très bien l'euphorie de ce moment. La démocratie chrétienne (M.R.P.) exerce une influence qui lui était interdite sous la III^e République. S'y ajoute, au plan intellectuel, le personnalisme d'Emmanuel Mounier. Un familialisme délicat se reflète dans des écrits : du philosophe Jean Lacroix, *Force et faiblesses de la famille*, 1949, de R. Prigent et al., *Renouveau des idées sur la famille*, 1954. Mais tout cela allait s'étioler assez vite, en même temps que se dévaluaient les allocations familiales.

5° *De 1958 à 1981.* — La V^e République s'ouvre sur une période consulaire (Bona-parte de retour) où un désir de renouveau législatif est perceptible. Ce renouveau n'est

guère troublé par Mai 68, que l'on dépeindra, pourtant, comme une révolte des enfants contre les pères. Une dizaine de lois réforment le droit de la famille. Quelques-unes, filiation (1972), divorce (1975), bien que préparées sous des gouvernements de droite, sont violemment attaquées de ce côté et ne pourront être votées que par un appoint de l'opposition de gauche. Y avait-il une stratégie sous cette législation ? V. *Arch.*, 1975 ; H. Gaudemet-Tallon, De quelques paradoxes en matière de droit de la famille, *R.T.*, 81, 719 ; et la 2^e édition des *Essais sur les lois*, 1995, spéc. p. 195. Les adversaires en ont surtout retenu, et stigmatisé, l'abaissement du droit sur le fait, la permissivité des concessions à la société de tolérance (d'esprit anglo-saxon, donc protestant). Les partisans lui ont plutôt su gré d'avoir canalisé un torrent – ou bien, à l'aventure, d'avoir favorisé une sorte de « pacte républicain », de consensus autour de la loi de divorce.

6^o *De 1981 à 1998*. — Durant le double septennat socialiste, les Droits de l'homme conquièrent une prédominance (même dans les moments de « cohabitation »). Ce qui conduit, en 1985, à un alignement mécanique des droits de la femme sur ceux du mari, en 1993, de l'enfant naturel sur ceux de l'enfant légitime. Cependant, en fin de règne, la scène est envahie par des préoccupations toutes différentes : la montée de la génétique, les réalisations de la procréation médicalement assistée. Des lois de bioéthique sont mises en chantier, qui aboutiront en juillet 1994, dans une sorte de consensus, masquant peut-être un malentendu fondamental. Chez les uns, héritiers des Lumières, la bioéthique ne devait être que la déontologie minimale que requièrent les laboratoires pour les progrès mêmes de la science ; chez les autres (postmodernes ?), il s'agissait d'absorber la biologie dans une recherche métaphysique du sens de la vie. A lire l'a. 16 C.C., c'est la seconde tendance qui l'aurait emporté : on y retrouve quelque chose du personnelisme de 1945, dans une exaltation de la dignité de la personne (cf. B. Edelman, D. 97, chr. 185).

THÉORIE JURIDIQUE

↳ a) *Nature du droit de la famille*. — Est-ce bien un droit ? Cf. le numéro spécial des *Arch.*, 1975. Le doute vient de ce qu'il est fortement pénétré de morale et de mœurs. Sans parler des préceptes de pure morale qu'il contient (ex. a. 371, 212), c'est un fait que, pour ramener ses règles à exécution (ex. devoir de cohabitation entre époux), les procédures ordinaires de droit ont peu d'efficacité directe : il faut compter davantage sur les sentiments individuels (l'amour et l'amour-propre), sur la pression de l'entourage. S'il y a un droit de la famille, relève-t-il du droit *privé* ou du droit *public* ? Savigny l'avait rattaché au *jus publicum*, le droit absolu : les familles sont les cellules de base dont la réunion constitue la société, et leur bon ordre importe à l'ordre de l'État – sans préjudice d'analogies (le père, monarque en sa maison, le roi père de son peuple ; les organes de la tutelle comparés à des rouages constitutionnels). Au XX^e s., la thèse du droit public a plutôt été présentée comme une conséquence – redoutée (cf. Savatier, *Du droit civil au droit public*, 1950, 19) – de la législation interventionniste.

Il est vrai que le droit de la famille possède des traits singuliers. Domat (*Traité des lois*, chap. II, n^o 3) opposait les engagements qui se forment par les liaisons *naturelles* du mariage et de la naissance à toutes les autres sortes d'engagement. Ce caractère naturel, biologique des rapports de droit, du moins des rapports *personnels* (les rapports pécuniaires empruntent plus facilement leur technique au droit commun),

explique le particularisme du droit familial : que la part de l'autonomie de la volonté y soit plus réduite, l'ordre public plus développé ; que les théories générales du droit civil ne s'y appliquent pas *a priori* (ex. acte juridique et mariage ; modes de preuve et filiation) ; dans le plan procédural, l'existence de procédures spéciales, souvent débattues en chambre du conseil (secret des familles) ; l'organisation, dans certains tribunaux, de *chambres de la famille* (cf. Rozès, *R.I.D.C.*, numéro spécial, 79, 365). Reprenant l'ensemble de la question, v. Commaille, *Familles sans justice ?*, 1982 ; et dans une vaste perspective comparative, M.-T. Meulders-Klein *et al.*, *Familles et justice*, Bruxelles, 1997, et plus spécialement sur les modes alternatifs de règlement des conflits familiaux, M.-T. Meulders-Klein, *R.I.D.C.*, 97 (n^o 2).

Le droit de la famille ayant ses racines dans la nature biologique (union sexuelle et procréation, naissance et mort, différents âges de la vie), les doctrines traditionalistes concluent qu'il y a en lui une force de *droit naturel*. A quoi les évolutionnistes ripostent qu'à notre époque les droits positifs entendent se soumettre la nature et non pas s'y soumettre. Le droit naturel, pourtant, a semblé trouver une alliée dans l'ethnologie structuraliste : pour celle-ci, il existerait, transcendant la diversité des droits positifs, un irréductible coutumier humain. Qu'y fait-elle entrer ? l'échange des femmes, donc l'interdit de l'inceste, mais encore (au risque de se faire repousser plus vertement), la différenciation des rôles selon les sexes.

Que l'ordre naturel des familles puisse être troublé, sinon ruiné, par l'obéissance à Dieu, ce n'était pas imprévu (ex. Matthieu, 10:34, 12:46). Mais, présentement, c'est moins contre les Églises établies que contre les sectes que se déploie une défense juridique et judiciaire des familles – non sans risque pour la liberté religieuse (cf. *infra*, p. 115 ; pour une synthèse, v. S. Besson, *Droit de la famille, religion et sectes*, 1997).

QUESTIONS D'INTERPRÉTATION

a) *Les critères d'appréciation proposés au juge dans le droit de la famille*. — En attendant de retrouver – abondamment – l'intérêt de l'enfant, nous nous arrêtons sur l'a. 1397 (cf. Pérelman *et al.*, *Les notions à contenu variable*, Bruxelles, 1984, spéc. 1041 ; E. Assi, *L'intérêt de la famille*, Th. Montpellier, 1983).

L'intérêt de la famille. — Il se laisse assez facilement reconnaître quand on peut lui prêter l'apparence de faire bloc contre quelque chose qui lui est étranger : l'impôt (Amiens, 9 mai 1977, *G.P.*, 78, 2, 390), les créanciers (Colmar, 9 févr. 1972, D. 73, 157, 2^e esp. ; Paris, 11 juill. 1978, *Rép. not.*, 79, a. 31936, n^o 17). Mais si le conflit est enfermé à l'intérieur de la famille, comme dans l'a. 1397, la recherche d'un intérêt collectif devient incertaine, et l'on met en doute l'utilité du filtre que la loi de 1965 avait entendu placer devant les changements de régime matrimonial (Henry, D. 79, chr. 179 ; *J.C.P.*, 87, 2, 20809). Ne serait-il pas préférable de le supprimer, ce qui comblerait, d'ailleurs, les vœux du notariat ? La Cour de cassation, pourtant, a posé des principes (Civ.¹ 6 janv. 1976, D. 76, 353, *J.C.P.*, 76, 2, 18461 ; Civ.¹ 17 juin 1986, *J.C.P.*, 87, 2, 20809) ; Paris, 30 janv. 1991, *Rép. not.*, 91, 492) : l'existence et la légitimité de l'intérêt familial doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, et le seul fait que l'un des membres de la famille risquerait de se trouver lésé n'interdit pas nécessairement le changement du régime. La formule contenait une invitation indéniée à dégager un intérêt collectif, transcendant les intérêts individuels. En fait, les tribunaux paraissent

procéder plutôt à un classement des intérêts individuels, en donnant la prépondérance à ceux des conjoints (et s'ils sont divergents ? Plazy, *Rép. not.*, 98, 1222), du moins tant qu'ils ne se trouvent pas en concurrence avec l'intérêt des enfants venus d'un autre lit (Civ.¹ 5 juill. 1989, *Bull.*, n° 279 ; cf. Mouly, *J.C.P.*, 89, 1, 3379 ; S. Ferré-André, *Rép. not.*, 93, 1, 193). L'accord des enfants n'est pas requis, et les juges ne sont pas tenus de le recueillir, Civ.¹ 24 nov. 1993, D. 94, 342, D. 95, Somm. 325, non plus qu'ils ne seraient liés par l'avis que les enfants auraient pu faire connaître, Paris, 7 oct. 1993, *G.P.*, 94, 2, Somm. 607. Si l'on voulait à toute force découvrir un air d'intérêt familial dans la pratique judiciaire on pourrait dire que celle-ci prend en considération l'intérêt de la *domus* que le conjoint (vivant ou survivant) est censé incarner, non pas l'intérêt de la *gens*, du moins tant qu'elle ne peut se réclamer du principe de conservation des biens dans les familles. Le projet de changement le plus fréquemment soumis aux juges est un passage à la communauté universelle, assorti d'une attribution intégrale au dernier vivant (a. 1424, 1426). La combinaison est, en général, l'œuvre d'époux âgés, en fin, extrême fin de course. Elle ressemble fort à un testament et avant même de s'interroger sur sa conformité à l'intérêt de la famille, on pourrait se demander si elle ne s'annule pas déjà en faisant subir un détournement de fonction au régime matrimonial, celui-ci n'ayant de sens que pour régir un mariage, c'est-à-dire une vie. Ex. Civ.¹ 14 mai 1996, D. 96, 537 : l'enfant (commun) se trouve entièrement déshérité par l'effet de la clause, qui a été homologuée ; il ne dispose pas de recours, ni de tierce opposition contre le jugement d'homologation (elle est réservée aux créanciers), ni d'action en nullité contre le contrat de mariage homologué (les juges du fond n'y ont pas relevé de fraude, et ils étaient souverains pour en juger). N'empêche : au moment de ce contrat, la femme était hospitalisée pour la maladie dont elle allait mourir, était-ce organiser un mariage ? Et une convention *entre associés* (cf. a. 1525) ne se devrait-elle pas de respecter l'interdiction de combinaisons léonines (cf. a. 1844-1, al. 2) ?

b) *La notion de bonnes mœurs*. — Comme le veulent ses occurrences dans le C.C. (a. 6, 1133), c'est en tant que limite de la liberté contractuelle qu'elle est ordinairement étudiée (cf. t. IV, nos 71, 74). Cependant, on peut y sous-entendre aussi, plus généralement, une règle coutumière, établissant une sorte de censure des mœurs à la disposition des juges en toutes matières. Seulement, si censure il y a, qu'en subsiste-t-il ? La question se pose à la lecture du N.C.P. Il punit (a. 225-2) certains comportements discriminatoires qu'il définit dans leur matérialité. Mais, auparavant (a. 225-1), dans un texte séparé qui ne débouche sur aucune incrimination, il a défini ce qu'est intellectuellement la discrimination : une distinction entre les personnes selon des critères énumérés, et notamment une distinction à raison de *leurs mœurs*. Il est rationnel d'admettre que ce texte a par lui-même une valeur normative, et que les distinctions visées, même non punissables légalement, sont désormais illicites. Cela revient à reconnaître que chacun est maître de ses mœurs, et que des mœurs de quiconque il ne peut y avoir d'appréciation collective. La notion de bonnes mœurs, inscrite au C.C., serait ainsi décapitée sans que l'on y ait pris garde (retour aux bonnes mœurs, *infra*, p. 653, 656).

3 / La politique de la famille

La politique étant bonne à s'occuper de tout, pourquoi pas de la famille ? Pourquoi, cependant ? Car, après tout, la famille n'est qu'un agrégat d'individus. Le sous-entendu – méprisant, au fond – est qu'une famille a plus de peine à vivre que le même nombre de célibataires et a, dès lors, besoin d'un soutien pécuniaire ou même psychologique. Ce sont les enfants, êtres faibles, qui, à travers la famille, déclenchent la sollicitude de la politique. Mais, justement, à cette politique ils apportent par leur présence un argument positif : ils sont l'avenir de la nation. Les gouvernants d'aujourd'hui n'aiment guère l'avouer, ni même se l'avouer : assurer un minimum de reproduction est un devoir d'État.

Le droit étant, par excellence, le moyen d'action de la politique, la politique de la famille est une politique du droit de la famille. En droit civil ? Loin de là : quand les gouvernements et les partis affichent un programme de politique familiale, quand les familles ou, du moins, les groupes de pression qui sont censés les représenter (*Associations familiales*, plus progressistes, *Familles de France*, plus traditionalistes) réclament une politique de la famille, on constate que c'est avant tout de droit social ou fiscal qu'il s'agit, non de droit civil. Il peut arriver que les politiques se coordonnent (ex. l'extension du divorce s'est accompagnée, après 1975, d'une aide de l'État aux femmes divorcées dans le recouvrement des pensions alimentaires). Mais il est plus habituel que chaque ministère s'avance à part des autres. La préoccupation majeure, cependant, est de maintenir le pouvoir d'achat des familles, ou du moins de le redistribuer entre elles, ce qui n'augmente pas l'addition. Depuis 1990, la prédominance de l'économie de marché et de l'euro ne laissant plus guère de marge pour de grandes et coûteuses réformes économique-sociales, le droit civil a retrouvé des chances : l'envie de légiférer peut s'y ébrouer à plaisir, à relativement bon marché.

Le législateur français doit se méfier, en ce domaine, de l'infériorité où le place l'a. 55 de la Constitution au regard des traités internationaux. La Convention européenne des droits de l'homme contient un a. 8 (droit au respect de la vie privée et *familiale*) dont le vague a favorisé un contrôle de la Cour de Strasbourg sur les législations nationales. L'U.E., de son côté, par le biais du droit social, plus généralement d'une idée générale et généreuse de protection (de l'enfant, de la

femme), cherche à étendre sa compétence dans des directions où elle rencontre le droit civil : la famille n'est-elle pas un agent économique ? L'internationalisation n'en est pas moins contre-indiquée, en bonne sociologie juridique, pour cette partie de droit, qui reste fortement imprégnée par les mœurs, le style de vie, dissemblables même au sein de l'Europe, du nord au sud, malgré le rouleau compresseur des médias.

Cela dit, quelle politique ? On discerne plusieurs tendances.

a) La politique de la famille peut être conçue comme une *politique démographique*, se proposant d'agir par le droit sur les phénomènes de population. Ce fut la politique de tous les gouvernements français dans la première moitié du xx^e siècle : démographique et, plus concrètement, *nataliste*. Cette conception s'est reflétée dans le Code de la famille, première mouture, de 1939, ainsi que dans les réformes du droit successoral qui l'ont encadré. A la Libération, elle s'est inscrite dans l'institution des allocations familiales et (pour l'impôt sur le revenu) dans le quotient familial. On ne s'en est jamais tant aperçu qu'en 1997, quand cette législation a été remise en cause. D'autant plus que, parallèlement, le creux statistique qui s'est élargi entre vieillards et actifs, menaçant de déséquilibrer le régime des retraites par répartition, a restitué aux prévisions démographiques une actualité d'angoisse.

Remarque importante, il existe une politique démographique (à laquelle avaient contribué ailleurs qu'en France les réflexions très morales du pasteur Malthus) qui a pour finalité non pas l'accroissement des naissances, mais, à l'opposé, le freinage, voire le renversement des natalités exubérantes. A notre époque, cette stratégie a eu des applications en Asie, souvent au prix de contraintes mal supportées. C'est la question préalable : La loi peut-elle avoir effet sur les mœurs enracinées dans la religion ? Le succès, limité en Chine (où il semble qu'un temps l'enfant unique ait été quasi imposé), paraît avoir été presque nul en Inde. Pour en rester à l'Europe, on a observé, autour des années 60, en Pologne et en Roumanie, une certaine incidence des législations de l'avortement sur le taux des natalités. Les démographes eux-mêmes sont souvent sceptiques sur l'effet des politiques démographiques. Quelques-uns, pourtant, attribuent de *Courson* qui a supprimé un avantage fiscal dont profitaient les concubins.

b) La *politique clinique* de la famille a été le plus couramment appliquée, en France, dans la seconde moitié de ce siècle. Nous la disons « clinique » parce qu'elle se rend au chevet de ceux qui souffrent, et elle se veut thérapeute. En contraste avec la période antérieure, où la politique de la famille se réclamait de l'intérêt national (de la Défense

nationale, presque), celle-ci s'attache aux catégories, aux situations particulières qui lui paraissent appeler protection – l'enfant, la femme, qu'il faut protéger par « priorité » à l'intérieur ou en dehors de la famille. La loi, prenant en compte les besoins, voire les désirs, les sentiments, les érige en droits subjectifs, et une philosophie d'État les transcende en les reliant aux principes fondateurs : liberté, égalité – ainsi, liberté dans la vie sexuelle, égalité des sexes et des naissances. La France a une politique familiale qui est, en fait, une politique des personnes plutôt que de la famille, des droits subjectifs plutôt que de l'institution. Efforcez-vous de satisfaire à toutes les demandes, justifiées une par une : aurez-vous une société heureuse ? – permissive seulement.

c) En très nette opposition avec la précédente est la *politique traditionnelle*. Elle ne nie pas les personnes, elle les insère dans le groupe, dans cette communauté (au sens affectif, cf. t. I, n° 214), ce corps intermédiaire qu'est la famille. Cette politique de la famille repose avant tout sur le respect de deux colonnes saintes : le mariage et le primat de la légitimité. Paradoxalement, la nature, qui pourrait en sembler la négation, est aussi sacralisée, sous les espèces du droit à la vie et du droit à la donner. On reconnaît la doctrine fondée sur des textes pontificaux plus directement peut-être que sur la Bible (même le verset de la Genèse, 9:7, « Croissez et multipliez », n'est guère invoqué), c'est la doctrine que l'Église catholique enseigne à l'heure actuelle. Le concile de Vatican II avait fait augurer des assouplissements, mais, dès 1968, Paul VI fit tourner court cette perspective par l'encyclique *Humanae vitae*, et Jean-Paul II, depuis lors, n'a fait qu'accentuer la rigidité du système. C'est une remarque devenue banale que les commandements pratiques qui s'ensuivent (la condamnation de la pilule, c'était l'objet d'*Humanae vitae*, la réprobation du préservatif, l'interdiction du remariage des divorcés) ne sont que médiocrement respectés par la masse des croyants. Il est vrai ; mais, en revanche, il faudrait se demander si le doute moral ainsi jeté sur la liberté actuelle de la sexualité ne se retrouve pas, sans soubassement religieux, par la seule force des traditions, dans une fraction importante de notre pays, se vérifiant ici l'aphorisme que la société française est une société sociologiquement catholique mal laïcisée.

d) La *politique historique* prend d'abord acte de la fracture qui s'est produite dans la société française en 1789. Car il est des cicatrices qui restent longtemps sensibles, et la rupture avait eu dans le droit de la famille une singulière violence. La division des esprits étant retenue comme une donnée de fait, le devoir d'une politique familiale est de maintenir autour d'elle, à défaut d'un consensus trompeur, une coexis-

tence pacifique. Ce qui implique des conséquences pratiques : 1° que, si l'un des deux partis est en possession de faire la loi, il ne puisse la pousser jusqu'à l'*ubris*, à la démesure ; 2° que, dans le jeu du droit comparé, ne soient pas transférés en France des modèles venus de pays qui n'ont pas vécu la Révolution, mais la Réforme.

Voilà quatre schémas de politique familiale, également plausibles. Quel est le meilleur ? Sans doute un cinquième. Ce que l'on aimerait, tout de même, c'est pouvoir adresser sommation à ceux qui nous gouvernent : « Mais enfin, dites-nous donc quelle est votre politique de la famille. »

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. a) Sur les *politiques de la famille en général*, v. R. D. Laing, *La politique de la famille*, 1972 ; Johannet, *La nouvelle politique familiale, Droit social* (6), 1982 ; Messu, *Les politiques familiales*, 1992 ; Thélot et Villar, *Politique familiale, bilan et perspective*, Doc. franç., 1998. L'ouvrage important de J. Commaille, *Misères de la famille, question d'État*, 1996, fait une vive critique de la politique actuelle de la famille, politique de droit social, non de droit civil, menée sans vue politique cohérente.

b) Sur la *politique de la famille en 1998*. — Irène Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, 1998. Rapport issu des travaux d'une commission, à la demande du gouvernement, c'est probablement le programme de réformes le plus complet, avec une forte connotation de droit civil. Dans la revue *Commentaire*, n° 83, automne 98, p. 815, 823, critique détaillée du rapport par Philippe Malaurie, et réponse de l'auteur. On retrouvera *infra* (Post-scriptum) la partie du rapport concernant les concubins.

c) Sur quelques *politiques particulières*. — L'efficacité des politiques démographiques, cf. *Pop.*, 89, 377-428 ; 92, 961, 987. — La politique nataliste, critique par H. Le Bras, *Marianne et les lapins*, 1993 (mais faudra-t-il compter sur des lapins d'importation ?). — La politique de freinage de la natalité, cf. I. Attané (Chine), *Pop.*, 98, 856. — Lectures récentes de la pensée de Malthus, Charbit, *Pop.*, 98 (1-2), 113. — La politique de la famille dans l'Église catholique, cf. Martine Sevegrand, *Les enfants du Bon Dieu, les catholiques français et la procréation au xx^e s.*, 1995. — La fracture de la société française, cf. François Furet, *Penser la Révolution française*, 1983, pour qui la Révolution, c'est fini (ce que les Consuls avaient déjà annoncé dans leur proclamation de l'an VIII), et en contraste, Vovelle (revue *Droit et Société*, 1990 [14], 73).

THÉORIE SOCIO-JURIDIQUE

a) *Critiques et utopies*. — Une critique virulente de la famille fut courante dans l'individualisme radical du XIX^e s., des débuts du XX^e encore. La famille (= la famille selon la lettre des lois alors en vigueur) semblait faire peser un despotisme sur la femme

et l'enfant ; elle était une chaîne pour l'homme. Il y eut un anarchisme littéraire (cf. l'apostrophe célèbre d'André Gide : « Familles, je vous hais », où l'on peut d'ailleurs entendre le désir effréné d'en fonder une bien à soi ; dans l'entre-deux-guerres, Jean Rostand, homme de science, publia *Les Familiotes*, qu'il stigmatisait au même titre que les patriotes exaltés).

Les *utopies communistes* (Platon, Campanella) se sont généralement accompagnées du projet d'abolir la famille. Et il est vrai que, par tout ce qu'elle implique — les maisons (et les cachettes) individuelles, la jalousie sexuelle, la différence des nourritures et des éducations, la croyance en l'hérédité et la propension à l'héritage, etc. —, la famille risque d'être un obstacle gigantesque au maintien et surtout à l'établissement du communisme des biens. Déjà un vrai socialisme aurait fort à faire avec elle. A telle enseigne que de nos jours certaines réalisations socialistes (*kibboutzim* d'Israël, *communes populaires* de la Chine de Mao) s'étaient appuyées sur des réformes tendant sinon à la supprimer, du moins à restreindre son influence, notamment par l'élevage collectif des enfants (crèche + école) et par la cuisine communautaire (résurgence du mythe de Sparte). Le déclin, l'abandon semblent avoir été rapides. Les adversaires du socialisme, en tout cas, s'emparent de la corrélation pour la retourner contre lui : s'il est incompatible avec la famille, le socialisme est impossible, parce que la famille renaîtra toujours.

La législation soviétique est souvent citée comme exemple de la résistance de la famille au changement. Après avoir (C. Famille, 1918 et 1926) adopté des positions d'individualisme extrême (mariage de fait, divorce par volonté unilatérale), elle revint en 1944 à une position plus rigoriste (enregistrement obligatoire des mariages ; réglementation plus étroite des divorces). Explication souvent proposée : les familles qui s'étaient créées dans la légèreté des mœurs tsaristes ou du désordre transitoire, étant viciées par des contradictions internes, devaient pouvoir être dissoutes plus facilement que celles qui se fonderaient par la suite, dans le sérieux de la morale socialiste. Il est probable, toutefois, que la guerre et les nécessités de la reconstruction jouèrent aussi un rôle : le renforcement des structures familiales entre assez naturellement dans une mobilisation nationale des énergies. V. Kerblay *et al.*, *L'évolution des modèles familiaux dans les pays de l'Est européen et en U.R.S.S.*, 1988.

En France, à la Libération, le Parti communiste, peut-être à l'unisson de la reprise en main stalinienne, mais plutôt sous l'impulsion de Maurice Thorez, avait affirmé une position résolument familialiste et même nataliste. C'était l'époque où il captivait plus d'un cinquième de l'électorat et où Georges Lavau lui attribuait une fonction tribunienne. Cette position était encore perceptible dans les années 60 : le Parti eut son type de régime matrimonial (l'a. 1504, très conjugal, aux antipodes de la réforme Roudy-Bouchardeau de 1985), manifestait sa défiance à l'égard de l'assistance éducative, suspecte d'ingérence dans la paix des familles (communistes ou autres). Tout ce passé s'est évanoui dès avant la disparition de l'U.R.S.S.

A l'heure actuelle, il n'est guère de sondage, en France, qui ne témoigne, même chez les jeunes, d'un fort attachement collectif à l'idée de famille. L'antifamilialisme individuel se cache, sous les séductions éventuelles de l'art, dans les romans et les films, à la télévision. Les partis avancés, ayant peur de ne l'être pas assez, le défendent au nom de la liberté d'expression, dès qu'il est menacé de censure. Le soupçon leur vient bien plus rarement qu'autrefois qu'ils pourraient être « piégés », les utopies libertaires détournant le peuple des vrais problèmes, qui sont des problèmes économiques, non

pas de mœurs. Quant aux partis conservateurs, ils craignent souvent de n'être pas à la mode.

b) *Difficulté de la prévision.* — En considérant que la famille est un phénomène tiré, dans le pays, à des millions d'exemplaires, dont chacun est un microcosme psychologique, on serait tenté de conclure qu'une conjecture sur l'avenir de l'institution est impossible. Il semble, néanmoins, que l'institution puisse être appréhendée à travers des phénomènes quantifiables, la natalité, la nuptialité, la divortialité ; bien qu'une décision individuelle n'en soit jamais absente, ils sont collectivement sujets à des déterminismes, présentent au moins des régularités tendancielle et, partant, semblent pouvoir s'ouvrir à des prévisions. Il reste que la dimension de la famille dans le temps demanderait des conjectures étalées sur une génération, alors que les sciences économiques, malgré la matérialité des objets sur lesquels elles travaillent, ne font guère de conjectures crédibles qu'à échéance de quelques années.

Et les phénomènes de la famille sont des phénomènes *juridiques*, c'est l'évolution du droit de la famille qu'il s'agit de supputer. L'intervention du droit pour passer à la norme, c'est l'interposition possible d'une volonté arbitraire (sans imputer au mot un sens péjoratif), la volonté pure du pouvoir, qui brouille les déterminismes. Personne n'eût prédit en 1804 le résultat des élections de 1815 ; personne n'eût prophétisé en septembre 1939 que le diktat d'un dictateur allemand mettrait chez nous hors du circuit juridique plus de 1 million d'hommes mariés. L'abolition du divorce, la suppression de l'incapacité de la femme sont, pourtant, sorties de là.

Le droit comparé pourrait nous proposer une autre piste : l'étude des influences étrangères qu'il contribue lui-même à développer. Il est vrai que le droit de la famille, par l'histoire, par les mœurs, qui l'enracinent, est moins perméable à ces influences que le reste du droit civil, et il n'est pas certain, par ex., malgré d'apparents reflets, que le droit permissif des sociétés nordiques se retrouve dans nos réformes des années 60 ou 70. La contagion transnationale (par les juristes ou par les mœurs qui pousseront à faire des lois) n'en est pas moins une réalité. Quelles sont nos fascinations majeures présentement ? L'Europe et l'Amérique, à n'en pas douter.

L'Europe continentale a beau se targuer de l'unité de sa culture juridique, ses droits de la famille sont divers. A s'en tenir au couple franco-allemand et au droit de la filiation, qui peut dire si le Français réussira à vendre sa possession d'état à l'Allemagne, ou l'Allemand sa loi du sang à la France ? Mais pourquoi unifier ?

Ce n'est pas seulement par leur haute technologie que les États-Unis sont contagieux, c'est également par leur mode de vie, de pensée, leurs mœurs. A ceci près qu'ils ont l'air d'en avoir de plus d'une sorte : l'Amérique du divorce facile, de la biologie sans limite n'est visiblement pas la même que celle des commandos *pro-life*, de la majorité morale, de la « coalition chrétienne », des *promise-keepers*, qui manifestent en masse pour jurer qu'ils tiendront leurs engagements de mariage. La perplexité paralyse les hypothèses : on a peine à imaginer que, si la vertu devait faire retour en France, ce serait par une imitation de l'Amérique plutôt que par la résurrection de Robespierre.

c) *Quelques hypothèses.* — 1° *La privatisation.* La courbe dans laquelle s'est déjà exprimée la montée de la cohabitation va se prolonger et s'accroître, en provoquant d'autres de même sens. La famille ne vivra que de liens affectifs, non plus juridiques, à tout le moins disons contractuels et non plus légaux. V. Louis Roussel, in Tapinos et

al., La France dans deux générations. Population et société dans le premier tiers du XXI^e siècle, 1993. L'auteur (qui a fait souvent de bonnes conjectures, ex. *Pop.*, 70, 275) regarde comme probable que la famille continue de se désinstitutionnaliser, comme possible qu'elle éclate.

Questions : La possession d'état ne reconstituera-t-elle pas le mariage, en l'absence de loi le lui interdisant ? La privatisation emportera-t-elle renoncement aux prestations sociales ?

2° *La scientification.* On parie sur un développement ininterrompu de l'intervention de la science (médecine, biologie, génétique) dans la construction du droit de la famille. Le postulat est que le droit a le devoir (devoir de vérité) d'intégrer à ses dispositions les progrès des sciences qui ont la maîtrise de son objet : le devoir de se mettre en conformité. On objectera que c'est déjà mieux qu'une hypothèse : une réalité bien engagée. Mais les promoteurs de plus de science ne s'en satisfont pas : ils considèrent qu'au fond les deux lois de bioéthique, sous couleur d'éthique, ont porté un coup d'arrêt à la biologie (témoins les a. 16-7, 16-8, par ex. articles timides). Le mouvement devrait reprendre son cours en France, du même pas qu'à l'étranger.

Les juristes ne cachent guère leur embarras devant les demandes fougueuses de la science (que tous les savants, du reste, ne partagent pas) (ex. deux recueils d'articles : *Biologie, personne et droit*, *Droits*, 1991 (13), et *Droit et science*, *Arch.*, 1991 ; cf. C. Labrusse-Riou *et al.*, *Le droit saisi par la biologie*, 1996). Le souvenir historique des dissections, jadis condamnées par les lois et qui ont triomphé des interdits, peut décourager le législateur de croiser le fer avec la science. Plus réalistes, sans doute, sont les actions de retardement qui laissent à la mentalité populaire le temps d'assimiler l'étrange.

Il est, néanmoins, des cas où un sentiment élémentaire d'humanité (de pitié, eût dit Rousseau) impose de faire barrage immédiatement. Car la science a été capable d'excès qui ne sont pas imputables exclusivement aux nazis : ex. la stérilisation des malades mentaux qu'avaient pratiquée les démocraties scandinaves (cf. *Pop.*, 98, 633) ; la purification ethnique qui était au bout d'une recherche innocente des origines (cf. *infra*, p. 211).

3° *Le pluralisme du droit de la famille.* La pluralité des modèles familiaux est une évidence (cf. Lemouland, D. 97, chr. 133). La sociologie étudie ainsi comme un type distinct la famille ouvrière, ou suivant un autre clivage, par ex. la famille autoritaire. A la limite, chaque ménage a son style de vie, et il y tient. Mais c'est un pluralisme des mœurs (cf. ouvrage collectif : *A chacun sa famille : ouvrage pluridisciplinaire*, t. I, Toulouse, 1998). Autre chose est le pluralisme *juridique* : il demanderait que chaque ghetto, chaque communauté structurée eût son propre droit, avec ses juges, sa force exécutoire. Ce *communautarisme* n'est pas inconcevable (dans un pays d'immigration notamment). C'est, cependant, le contraire de l'intégration, et en France, il se heurtera à une forte résistance du système juridique en place, pédagogiquement unificateur, issu de la Révolution et du C.C. A supposer, d'ailleurs, que cédât cette résistance, un danger se profilerait : que, par l'intermédiaire des individus et surtout des couples mixtes, le droit français (de souche) devînt perméable aux attraits d'un statut particulier. Le droit musulman de la famille est au moins aussi chaste que le nôtre, mais il l'est différemment. Le droit français avait pu cohabiter avec lui, en Algérie, pendant plus d'un siècle, sans être altéré à son contact. Mais c'est que le rapport des forces lui garantissait, même en droit, une primauté d'influence.

LA PARENTÉ, L'ALLIANCE,
LA CHARGE D'AUTRUI

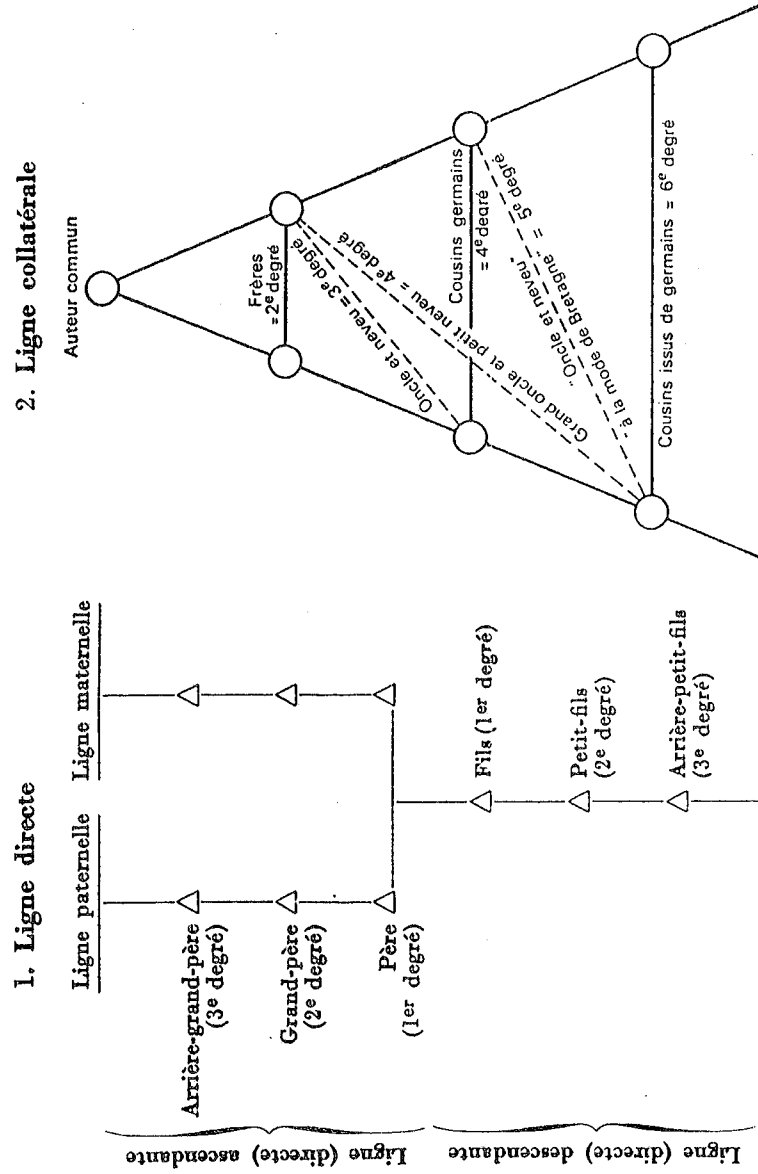
L'alliance dérivant du mariage, la parenté dérivant de la filiation en mariage ou hors mariage, il n'eût pas été absurde de n'étudier la parenté et l'alliance qu'après le mariage et la filiation. Néanmoins, la *parenté* et l'*alliance* contribuent si visiblement à déterminer le périmètre et le volume de la famille qu'il semble raisonnable de ne pas les séparer d'une première présentation de celle-ci ; pour la parenté, en particulier, dans le langage courant, la proximité va jusqu'à la synonymie. Quant à la *charge d'autrui*, ce qui justifie sa place dans cette introduction, c'est qu'elle opère comme un succédané de la famille, succédané moderne, imposé par le malheur des temps.

1 / Notion de la parenté et de l'alliance

► *La parenté*

La parenté est le rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté ou ligne *directe*) ou qui descendent d'un auteur commun (parenté ou ligne *collatérale*). C'est une communauté génétique, une communauté de chair et de sang. Pour préciser la nature et la proximité des divers degrés de parenté, on les représente graphiquement au moyen de *lignes* qui sont divisées en *degrés*, chaque degré figurant une génération. Le C.C. a donné lui-même les indications nécessaires pour dresser de tels tableaux. Ses définitions, quoique écrites spécialement pour déterminer la hiérarchie

TABLEAUX DES DEGRÉS DE LA PARENTÉ (a. 735-738, C.C.)



des héritiers (a. 735-738), ont une valeur générale (ex. composition d'un conseil de famille, a. 408). Depuis 1917, la vocation successorale *ab intestat* est limitée, sauf exceptions, au 6^e degré dans la ligne collatérale (a. 755) ; mais cette limitation ne concerne pas les autres effets de la parenté (ex. application des a. 408, 493) : à tous autres égards, la parenté continue à s'étendre virtuellement à l'infini, aussi loin que la communauté d'ancêtre est reconnaissable.

Les tableaux doivent être dédoublés, toutes les fois qu'il y a lieu d'établir la parenté de l'individu dans une autre direction que celle de la ligne directe descendante : il peut, en effet, avoir des ascendants et des collatéraux de deux côtés, dans la ligne paternelle et dans la ligne maternelle (c'est une autre acception du mot ligne, a. 733 ; il a été proposé de dire *branche* dans ce sens-là). Chacun a ainsi des grands-parents paternels et maternels, peut avoir des oncles, des cousins paternels et maternels. Entre frères, la division porte d'autres noms : les enfants qui ont un double lien, étant issus du même père et de la même mère, sont dits frères germains ; les autres, demi-frères, sont des frères consanguins ou utérins, selon qu'ils sont issus du même père ou de la même mère (a. 752). La division de la parenté entre la ligne paternelle et la ligne maternelle est surtout importante dans le droit des successions ; elle peut entraîner une division de la succession en deux moitiés (*fente*, a. 733).

Les tableaux de parenté, dont le C.C. n'avait envisagé l'établissement que pour la parenté légitime, peuvent et doivent être transposés dans la parenté naturelle ou adoptive. A l'origine, la parenté naturelle ou adoptive se limitait au premier degré, au rapport immédiat entre l'enfant naturel et son auteur, l'adopté et son adoptant. Mais, depuis 1972 pour la filiation naturelle, 1939-1966 pour l'adoption, une intégration au groupe familial est venue remplacer la relation purement inter-individuelle (a. 334, al. 2 ; 358, 368). Il reste que, la filiation naturelle ou adoptive (hors le cas de l'adoption conjugale, cf. *infra*, p. 339, 350) s'établissant divisément à l'égard du père et à l'égard de la mère, la parenté naturelle ou adoptive ne comporte pas, du moins pas de plein droit, ce dédoublement entre la ligne paternelle et la ligne maternelle qui est caractéristique de la parenté légitime.

► *L'alliance*

L'alliance a son ressort dans le mariage, mais le mariage lui-même n'est pas un rapport d'alliance : les époux sont entre eux conjoints, ils ne sont pas alliés.

L'alliance (ou affinité) est le rapport de droit qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre : gendre et beau-père, beaux-frères, belles-sœurs, etc. La notion juridique de l'alliance est donc plus étroite que la notion courante, qui suppose volontiers que, par le mariage, les deux familles s'allient tout entières. En particulier, les maris de deux sœurs, bien qu'ils soient vulgairement qualifiés de beaux-frères, ne sont point juridiquement alliés entre eux, parce que les alliés de l'un des conjoints ne sont point les alliés de l'autre. Il faut, en revanche, comprendre dans l'alliance le rapport qui existe entre l'un des époux (parâtre, marâtre) et les enfants (beaux-fils) que l'autre a pu avoir d'un précédent mariage (sauf à remarquer que l'obligation alimentaire établie par l'a. 206 entre beau-père et gendre ne peut s'étendre par analogie à cette alliance-là). L'alliance est susceptible de la même computation, par ligne et degré, que la parenté.

Quoique l'alliance soit la combinaison du mariage et de la parenté, on admet qu'elle survit, *en règle générale*, à la dissolution du mariage, même sans postérité (cela est d'évidence pour les empêchements à mariage fondés sur l'alliance : les alliés ne peuvent songer à se marier entre eux qu'une fois dissoute l'union d'où leur alliance est venue). Toutefois, l'*obligation alimentaire* cesse entre alliés, lorsque le mariage se dissout *sans postérité* (a. 206).

► Preuve de la parenté et de l'alliance

Rationnellement, on ne devrait pouvoir établir la parenté ou l'alliance qu'en appliquant à chacune des filiations et à chacun des mariages qui en constituent les maillons les preuves légales correspondantes. Il faudrait ainsi remonter jusqu'à l'auteur commun sans se départir du système des a. 319 s., 334-8 s. Une telle exigence pourrait rendre très difficile l'établissement d'une parenté tant soit peu ancienne. Aussi la jurisprudence fait-elle une distinction entre les questions d'état, dans lesquelles la filiation et le mariage ne peuvent être prouvés que selon les modes légaux, et les questions de *généalogie*, où cette preuve est possible par tous les moyens. Les questions de généalogie se séparent des autres en ce qu'elles ne mettent pas en cause la composition actuelle de la famille, mais tendent seulement à démontrer (à l'appui de prétentions successorales) ce qu'elle a été dans le passé (v. *infra*, p. 261).

2 / Effets généraux de la parenté et de l'alliance

La parenté et l'alliance constituent, par-delà la famille étroite, resserrée autour du couple et des enfants, la famille large, cercle de protection, peu cohérent, peu affirmé, qui, souvent, ne se manifeste que parce que quelque malheur est advenu au couple.

Les effets généraux que l'on rattache à la parenté et à l'alliance sont, d'ailleurs, très variables selon qu'il y a parenté ou alliance, et selon la proximité des liens. Ils peuvent concerner soit la personne, soit le patrimoine.

► Rapports personnels

Sans préjudice des empêchements à mariage antérieurement définis, la parenté et l'alliance peuvent créer :

1° *Des incapacités ou des facultés relatives*, c'est-à-dire, qui n'existent que dans les relations entre les parents ou alliés. Ex. craignant une influence d'un côté ou de l'autre, le d. 26 nov. 1971 sur le notariat, a. 2, interdit au notaire de recevoir un acte où seraient intéressés certains de ses parents ou alliés ; répugnant à placer un témoin entre la solidarité familiale et le devoir de dire la vérité, l'a. 206 C. Pr. C. laisse aux parents et alliés en ligne directe des parties la faculté de ne pas déposer en justice (cf. C. Pr. P. a. 335, 448).

2° *Des devoirs et des droits de protection mutuelle*, tel le devoir d'agir à la place du présumé absent (a. 113), de faire partie du conseil de famille et d'être tuteur, a. 408, 432, 496-1 ; tel le droit de demander l'ouverture de la tutelle, a. 405, 493, ou le retrait de l'autorité parentale, a. 378-1, al. 3 – dénonciation non plus civique, mais familiale.

3° Pour des applications très restreintes, *un reflet de la famille étroite*. Et même, très clairement sur la personne des grands-parents (et autres aïeuls, ascendants), c'est un reflet de l'autorité parentale. Ils ont une « part d'autorité parentale », est-il écrit à l'a. 378, al. 2 (l. 5 juill. 1996). Le C.C. les intronise tantôt à la place des parents défunts (a. 150, 402, a. 345-1-3°, l. 5 juill. 1996 [la présence d'ascendants au 1^{er} degré empêche l'adoption plénière de l'enfant du conjoint]), tantôt en concurrence avec les parents vivants (a. 371-4, al. 1, 935, al. 2).

Encore leur droit à entretenir des relations directes avec les petits-enfants mineurs (par correspondance, visite, voire hébergement) doit-il être canalisé par le juge à défaut d'accord avec les parties. Quant aux parents plus éloignés (collatéraux), ils sont traités par l'a. 471-4, al. 2, comme des étrangers et ne peuvent solliciter un *droit* de correspondance ou de visite qu'en considération d'une situation (affective ou pratique) exceptionnelle, qu'il leur incombe de prouver. Entre frères et sœurs, l'affection est présumée par l'a. 371-5 (l. 30 déc. 1996).

► Rapports pécuniaires

a) Dans le droit du C.C., la parenté et l'alliance peuvent produire deux effets sur le terrain pécuniaire :

- 1° L'obligation alimentaire, du moins entre parents et alliés de la ligne directe ;
- 2° La vocation successorale *ab intestat*, qui n'est du reste attachée qu'à la parenté (ou à la qualité de conjoint), nullement à l'alliance.

b) Dans les législations spéciales, notamment dans celle des baux à usage d'habitation (l. 1^{er} sept. 1948, a. 50, 1-9^o, 18, 19 ; l. 6 juill. 1989, a. 14), certains droits du propriétaire (reprise), de l'occupant (maintien dans les lieux) ou du locataire (continuation du contrat) ont reçu un contenu familial et peuvent jouer au profit de parents, plus généralement de personnes à charge.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Aubry-Rau, I, § 67, 68. — Cf. Dahan, D. 64, 651, sur le groupe parental ; R. Maurice, Les effets de la parenté et de l'alliance en ligne collatérale, *R.T.*, 1971, 250 s. (bon inventaire des effets subsistants) ; C. Labrusse-Riou, Sécurité d'existence et solidarité familiale en droit privé, *R.I.D.C.*, 86, 829.

HISTOIRE

La famille romaine est agnatique, patriarcale, fondée sur la *patria potestas*, mais on assiste, le long des siècles, à une lente montée de la famille cognatique, fondée sur les liens du sang (tant maternels que paternels), notamment quant aux droits succes-

soraux. La *Novelle 118* de Justinien (en 543), qui a inspiré notre système de succession *ab intestat* (du moins jusqu'à 1957) marque le triomphe de la famille cognatique ; c'est un grand moment dans l'histoire de l'humanité. — Sur la computation des degrés de parenté en droit romain, Dig. 38, 10, et ses tableaux ; au Moyen Age, Champeaux, *R.H.D.*, 33, 241. — Solidarité et copropriété familiales ont exprimé la forte cohésion du lignage dans le haut Moyen Age, puis ont été en s'affaiblissant. Mais la famille étendue s'est manifestée dans l'Ancien Droit, sous un autre aspect, beaucoup plus artificiel : le jeu des empêchements à mariage pour parenté et alliance ; v. Brissaud, p. 45 s. Le droit canonique allait chercher très loin ces empêchements, et non seulement dans la parenté naturelle, mais dans la spirituelle (compérage, résultant de la participation au baptême), et non seulement dans l'affinité qui procédait du mariage, mais dans celle qui venait d'un concubinage. C'était comme une famille d'ombres, enveloppant le couple et pouvant, à tout instant, menacer sa stabilité. — La Révolution n'a pas été anti-familiale pour avoir réduit ces empêchements au minimum (parents et alliés en ligne directe, frères et sœurs). Dans un autre plan, elle avait rêvé de constituer la famille large en un organisme autonome : les contestations entre parents et alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu (cela comprenait notamment les affaires de succession et partages) devaient être *arbitrées* par des tribunaux de famille, composés de parents ou, à défaut, d'amis ou de voisins (d. 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, titre X, a. 12). Sur l'institution et son échec, v. Darnis, *Les tribunaux de famille*, Th. Paris, 1903 ; Commaille, Halpérin, in *La famille, la loi et l'État*, 1989, 274, 292.

SOCIOLOGIE

La littérature ethnologique est très riche sur la parenté dans les sociétés archaïques (v. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1989, n^{os} 132, 171) : Les sociologues insistent, en général, sur la conception mythique, plutôt que biologique, de la parenté chez les primitifs. Un schéma durkheimien a été classique. A l'origine, le clan totémique ; à partir de là, un processus de différenciation a donné la famille utérine (matrilinéaire), où l'enfant n'est relié qu'à la mère et aux parents de celle-ci. La famille maternelle, à son tour, cède la place tantôt à la famille cognatique (bilatérale, où l'enfant est relié à la fois au père et à la mère), tantôt (ce qui est plus singulier) à la famille agnatique (famille agnatique indivise, telle que la *zadruga* yougoslave, puis famille patriarcale, telle que la famille romaine). Les deux courants débouchent dans la famille moderne, famille étroite. L'évolution, affirme-t-on, a repris au xx^e s. dans le même sens du rétrécissement. Et l'on cite des réformes symptomatiques : en 1917, la limitation au 6^e degré de la parenté collatérale appelée à succéder (a. 755) ; en 1957, la préférence donnée au conjoint survivant sur les collatéraux ordinaires ; en 1964, dans la tutelle le refoulement du conseil de famille (jadis organe de la famille étendue). Cependant, tout est toujours plus lent qu'on ne le dit, et il y a des retours. Les difficultés de ravitaillement (1940-1948) avaient resserré des liens de cousinage entre la ville et la campagne ; la pénurie des logements avait regroupé des familles ; les parentés de province peuvent faciliter les vacances à bon marché. Afin de favoriser la transmission des entreprises, une loi de 1988 a ajouté à l'a. 1075 un alinéa permettant de faire entrer dans le partage

d'ascendants, sur le même pied que les enfants, des personnes quelconques, et c'est aux neveux que l'on pensait.

La parenté est très vaste, v. pour une étude générale, C. Bonvalet *et al.*, Proches et parents, *Pop.*, 93, 83 (c'est le réseau étendu, comment est-il senti, ressenti par ceux qui s'y trouvent, le pour et le contre). L'enquête de l'I.N.S.E.E. sur la parenté (juillet 1998) a mis en relief des faits intéressants : l'infime minorité (des Français ayant un logement) qui seraient sans famille (0,1 %) ; qui vivraient isolés (5 %) ; l'étendue du réseau dont chacun dispose (à 15-29 ans : 27 têtes ; à 70-79 ans, réduction à 17), les grands-parents voient leurs enfants deux fois plus souvent que leurs petits-enfants ; les membres du réseau vivent dans les trois quarts des cas à moins de 250 km les uns des autres (la mobilité géographique serait moindre qu'on ne croyait) ; le téléphone ne dispense pas des rencontres.

Des monographies pour chaque position dans la parenté ne seraient pas moins utiles : le frère (aîné, puîné, benjamin) ; l'oncle et le neveu (l'oncle sans enfant, a. 1049, oncle à héritage) ; le cousin germain (parfois presque un frère, *consobrinus*) ; les ascendants (H. Le Bras, Parents, grands-parents, bisaïeux, *Pop.*, 73, 9).

En droit aussi bien qu'en fait, le groupe des grands-parents s'est toujours détaché de la nébuleuse, peut-être plus nettement encore à notre époque, ce « printemps des grands-parents », que décrit si joliment M.-T. Meulders-Klein (*Mélanges Grossen*, Bâle, 1992, 165). Cf. Sayag, *R.T.*, 69, 40 ; G. Sutton, Du droit des grands-parents aux relations avec leurs petits-enfants, *J.C.P.*, 72, 1, 2504 ; Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, 1989. Tout n'est pas rose, cependant. Si l'allongement de la vie humaine accroît pour chacun de nous les chances d'arriver à la position de grand-parent (oui, mais dans quel état ?), il a une incidence perturbatrice sur le jeu naturel des successions *ab intestat* : les parents sont déjà trop vieux quand ils recueillent l'héritage. C'est au point que certains rêvent d'organiser acrobatiquement une dévolution *omisso medio* des grands-parents aux petits-enfants. Sur un autre terrain, c'est pour l'éducation des enfants que parfois on s'est inquiété (cf. Michèle Gobert, *J.C.P.*, 71, 1, 2421) : les grands-parents, les grand-mères surtout, transmetteurs de traditions de toute sorte, contribuent utilement à la cohésion d'une société, mais leurs visites critiques peuvent être porteuses de conflits (ex. Civ.² 20 juill. 1983, *Bull.*, n° 154 ; Civ.² 13 déc. 1989, *Bull.*, n° 389 ; trib. La Rochelle, 17 févr. 1989, D. 91, 411). Et l'art d'être grand-père est, dit-on, de gâter, mot ambigu. Toujours est-il qu'ils sont de plus en plus actifs dans le contentieux familial (v. Bosse-Platière, *J.C.P.*, 97, 1, 4030 ; ex. Civ.¹ 16 mars 1998, D. 98, *I.R.*, 101, *J.C.O.*, 98, 4, 1987).

Les rapports de fraternité (cf. P. Cahn, *La relation fraternelle chez l'enfant*, 1962 ; Soulé *et al.*, *Frères et sœurs*, 1981 ; Cornu, La fraternité, *Mélanges Jean Savatier*, 1992, 129) sont intensément vécus dans l'enfance ; à l'âge adulte, ils peuvent se refroidir, mais le phénomène des frères ennemis est une exception (parfois un mythe fondateur, Abel et Caïn, Remus et Romulus). C'est en pensant à la résidence des enfants mineurs après divorce que l'a. 371-5 dispose que *l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs*. Auparavant, on avait argué de ce que l'a. 287 traite les enfants comme un pluriel pour conclure qu'ils devaient toujours aller ensemble ; mais la Cour de cassation avait considéré que ce n'était pas impératif : Civ.² 2 juill. 1981, *Bull.*, n° 146. Une réforme ayant été réclamée par un parlement d'enfants, le législateur majeur aurait eu mauvaise grâce à ne pas suivre. Cependant, ayant peut-être lu ensuite l'Écclésiaste (X, 16), il a intro-

duit deux grains de plomb dans l'idée légère (l. 30 déc. 1996) : cela n'aura pas lieu si cela n'est pas possible ou si l'intérêt de l'enfant commande une autre solution (c'est souvent le grand frère qui apprend aux petits à fumer). La Cour de Toulouse (28 nov. 1995, *J.C.P.*, 97, 2, 22759, n. Garé) avait été sage avant la loi.

GÉNÉALOGIE

C'était un sujet important dans l'Ancien Droit, parce que, pour faire preuve de la noblesse, il fallait pouvoir remonter jusqu'à l'ancêtre de qui elle procédait. Il y avait encore, sous Louis XVI, un généalogiste de la Cour, dont l'office tomba en langueur après la nuit du 4 août. Sous le régime du C.C., la généalogie conserva un emploi roturier : établir la parenté était nécessaire pour déterminer le droit à l'héritage et c'est à cette occasion que se construisit en doctrine et en jurisprudence, la distinction des questions d'état et des questions de généalogie. La recherche était ardue, d'autant plus que la successibilité s'étendait très loin, jusqu'au 12^e degré en ligne collatérale, et que la population française était devenue plus mobile. La chasse aux « oncles d'Amérique » fit prospérer les cabinets de généalogistes : mis sur la piste par la vacance d'une succession (a. 811), le généalogiste s'efforçait de découvrir les héritiers présomptifs (cf. d'un praticien, M. Coutot, *Ces héritiers que je cherche*, 1974), et il offrait de leur révéler une bonne nouvelle moyennant une part substantielle du profit à espérer (après prélèvement de l'impôt sur les successions). Les réformes du droit de la famille qui ont refoulé de l'héritage les collatéraux, illustrant ainsi la théorie sociologique du rétrécissement, ont rétréci considérablement le champ de la généalogie lucrative ; elles lui ont ouvert probablement d'autres perspectives en compensation (l'adultérin secret). Toujours est-il que les contrats dits de révélation de succession n'ont pas disparu, ni sans doute le contentieux qu'il leur arrivait de susciter (ex. Civ.¹ 18 avr. 1953, D. 53, 403, *R.T.*, 53, 724, n. R. Savatier ; Civ.¹ 19 mai 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19924, n. Coutot).

Mais le phénomène le plus remarquable est ailleurs : c'est, depuis 1970 environ, l'énorme développement d'une généalogie désintéressée où chacun cherche ses ancêtres – généalogie d'amateurs, mais conduite méthodiquement, prenant appui sur des manuels pratiques et des associations de « mordus ». Il y a, dans le phénomène, qui n'est pas sans corrélation avec un renouveau de la vulgarisation historique, un passéisme affectif, un besoin inavoué d'enracinement – autant de traits qui intriguent, parce qu'ils démentent le tableau qui est couramment présenté de l'évolution contemporaine de la famille. Pour une vision du sujet en psychologie des profondeurs (avec fulgurances), v. P. Legendre, *L'Inestimable objet de la transmission, étude du principe généalogique en Occident*, 1985 et *Le dossier occidental de la parenté*, 1988. Cf. sur un registre différent, Dechaux, *Le souvenir des morts, essai sur le lien de filiation*, 1997.

THÉORIE JURIDIQUE

Les rapports de fraternité sont à la fois des rapports directs entre frères (vocation successorale, empêchement à mariage, obligation simplement naturelle à des aliments), et des effets réflexes des rapports entre parents et enfants : c'est l'égalité entre frères, droit de l'enfant et devoir souhaité des parents. Elle est obtenue non seulement par

l'égalité successorale selon l'a. 745, mais aussi par l'institution du rapport des dons, a. 843 s. Toutefois, l'a. 852 exclut du rapport les frais d'éducation et d'apprentissage, ce qui laisse entendre que les enfants n'ont pas droit à une égale éducation. C'était la solution du Digeste (10, 2, 50, où l'on voit que les Romains connaissaient déjà les voyages éducatifs à l'étranger). L'enfant avantagé serait, tout de même, obligé au rapport si les parents avaient comptabilisé la dépense dans l'intention exprimée de rétablir l'égalité. — En notre fin de siècle, la fréquence des remariages (après divorce) a multiplié les demi-fraternités, et aussi les pseudo-fraternités entre les enfants que chacun des époux a pu avoir d'un précédent mariage : il n'y a pas entre eux de parenté, pas d'empêchement à mariage (cf. et opp. a. 366-3° et 4°). C'est le phénomène des « familles recomposées » (cf. *supra*, p. 11).

3 / La charge d'autrui

Sous cette expression, il faut entendre un rapport de fait qui, sous certaines conditions, peut se transformer en rapport de droit. D'un côté, il y a celui qui assume effectivement la charge d'une autre personne, *comme si*, s'il était tenu envers elle d'une obligation alimentaire. De l'autre côté, il y a l'état de *personne à charge*, celle qui est à la charge d'autrui, *comme si*, si elle avait envers cet autre un droit à aliments. La situation bipolaire ainsi décrite n'engendre pas, en général, d'effet de droit entre les deux pôles, mais elle peut en engendrer à l'égard de tiers, notamment à l'égard de l'autorité publique ou d'organismes sociaux.

Les notions de *charge d'autrui*, de *personne à charge*, se sont surtout développées dans les lois sociales et fiscales, au fil du xx^e s., dans une certaine analogie avec la notion de parenté, en se juxtaposant ou se superposant à elle. Quelques exemples de cette émergence progressive :

Ainsi, dans la législation des accidents du travail (a. L. 454 c, d, C.S.S.), on trouve parmi les ayants droit à rente viagère en cas d'accident mortel survenu à l'ouvrier les ascendants qui, au moment de l'accident, étaient à la charge de la victime, ou encore les descendants autres que les enfants, et les enfants recueillis par la victime avant l'accident, si les uns et les autres étaient privés de leur soutien naturel et étaient tombés, de ce fait, à la charge de la victime. Autre ex. (a. L. 525 C.S.S. et d. 10 déc. 1946, a. 16 s.) : les prestations familiales sont dues aux personnes ayant à leur charge, comme chefs de famille ou autrement, un ou plusieurs enfants, etc., ou encore (a. L. 364 C.S.S.) : le capital-décès est versé par priorité aux personnes qui étaient au jour du décès à la charge effective, totale et permanente

de l'assuré. Enfin (l. 6 juill. 1989 sur les rapports entre bailleurs et locataires, a. 14) : en cas d'abandon de domicile ou de décès du locataire, le contrat de location est transféré aux personnes qui étaient à sa charge et vivaient avec lui depuis au moins un an.

Si l'on veut essayer de faire la synthèse de ces textes fragmentaires, il faut se demander d'abord quel est le rôle joué par la notion de charge. Il doit s'apprécier par rapport à la notion de parenté ou d'alliance. Tantôt la notion de charge a un rôle *filtrant* : elle sert à écarter les effets normaux de la parenté ou de l'alliance. Tantôt elle a un rôle *extensif* : elle sert à conférer, à étendre les effets de la parenté ou de l'alliance à des personnes qui ne sont ni parentes, ni alliées.

1 | LA CHARGE CONDITION D'EFFICACITÉ DE LA PARENTÉ OU DE L'ALLIANCE

Pour bénéficier de certains droits que leur ouvrent les lois sociales, il ne suffit pas aux parents de justifier de leur parenté, il faut encore qu'ils établissent qu'ils étaient à la charge effective de la personne du chef de qui ils tiennent ces droits. Le conjoint, les enfants, les ascendants, etc., n'auront pas de droit en tant que tels, mais seulement en tant qu'ils sont à la charge de la personne considérée. Ainsi, les ascendants d'un ouvrier tué dans un accident du travail n'ont pas droit à une rente par leur seule qualité d'ascendants, il faut qu'ils aient été à la charge de la victime au moment de l'accident, ce qui suppose que la victime leur fournissait en fait les aliments nécessaires. La parenté est ici privée d'effet juridique, lorsqu'elle ne se matérialisait pas avant la mort dans une fonction de secours.

2 | LA CHARGE SUBSTITUT DE LA PARENTÉ OU DE L'ALLIANCE

Cette intervention de la notion de charge est plus remarquable encore puisqu'elle aboutit à faire traiter à l'égal des parents, et même parfois mieux que des parents, des personnes juridiquement étrangères à la famille. Sous le couvert de la notion de personne à charge, le bail d'habitation (l. 6 juill. 1989, a. 14) continuera au bénéfice d'un enfant

recueilli en fait (sans adoption régulière). Le capital-décès, dans le régime des assurances sociales, sera attribué aux personnes à la charge effective, totale et permanente du défunt, avant que l'on ne se préoccupe de son conjoint et de ses plus proches parents (a. L. 361-4 C.S.S.) : c'est un droit de succession *triangulaire*, qui a pour ressort la charge, non la parenté. La concubine (ou même le concubin homosexuel) qui est à la charge effective, totale et permanente d'un « assuré social », a droit, du chef de celui-ci, aux prestations en nature des assurances maladie et maternité (a. L. 161-14 C.S.S., l. 27 janv. 1993). La charge, normalement, devrait suivre la parenté ou le mariage ; mais, dissociée en fait de la parenté ou du mariage, elle y est équivalente.

En d'autres hypothèses, la considération de la charge aura pour effet réflexe de revigorer un devoir de parenté que le droit positif a laissé dépourvu de sanction. Ainsi, en droit, un oncle ne doit pas d'aliments à son neveu, ni un frère aîné à son cadet ; mais que, en fait, l'enfant soit élevé par son oncle ou par son frère, et ce geste, gratuit selon le C.C., ouvrira droit aux prestations familiales (a. L. 512-1, C.S.S.), comme s'il était l'acquiescement de l'obligation juridique prévue par l'a. 203.

Que la charge intervienne de l'une ou de l'autre manière, il entre toujours dans sa *définition* deux éléments :

1° Du côté de la *personne à charge*, un état de besoin apprécié comme en matière de créance alimentaire, mais entendu peut-être plus strictement, d'une manière plus proche du minimum vital ;

2° Du côté de la *personne qui assume la charge*, une aide effective, et présentant un certain caractère de permanence. Peu importe que cette aide ait été assumée en vertu d'une obligation légale ou au contraire spontanément : c'est justement lorsqu'il n'y a pas d'obligation alimentaire préexistante que la notion de charge offre un intérêt particulier.

ÉTAT DES QUESTIONS

L'importance que présente pour le droit de la famille cette notion nouvelle de personne à charge a été mise en lumière pour la première fois dans un remarquable article de R. Théry, Les « personnes à charge » et le droit de la famille, *J.C.P.* 1948, 1, 739 (cf. P. Durand, Le droit de la famille devant le droit social, *R.I.D.C.*, 1954, p. 353 et s. ; Martine, Le développement de la législation sociale et le droit de la famille, *R.T.*, 1956, 655 ; Bersoux, in *La dévolution successorale*, Congrès des notaires, 1975, 277 ; F. Alt-Maes, à propos de la concubine, *R.T.*, 83, 682). Il nous semble que la

notion de personne à charge traduit l'action vivante de la *possession d'état* dans les rapports de famille. C'est l'aspect passif du *tractatus*. Certains rapports de parenté ne sont pris en considération que s'ils se sont incorporés dans un *tractatus*, et inversement le *tractatus* de fait, dissocié de tout rapport de droit, peut équivaloir à un rapport juridique de famille, à un lien de parenté adoptive, à un lien de mariage. Ainsi jugé que la charge effective et permanente d'un enfant, même assumée sans titre, ouvre droit aux allocations familiales, Soc. 25 nov. 1993 (enfant recueilli par un tiers avec l'accord des parents), D. 95, 39. Celui qui a fourni une aide de fait à un enfant pourra s'en prévaloir pour demander un droit de visite : ex. Paris, 2 avr. 1957, D. 58, 212, et 30 avr. 1959, D. 60, 673 ; v. cep. coups de frein dans Civ.¹ 10 mars 1958, D. 59, 29, et Civ.¹ 22 mars 1961, D. 61, 521 (cf. a. 371-4, al. 2). Quelques applications de la notion de la personne à charge : 1° le bénéficiaire de droit au maintien dans les lieux selon l'a. 5 de la l. 1^{er} sept. 1948, Soc. 30 mai 1963, D. 64, Somm. 21 ; 2° l'ayant droit au capital-décès selon l'a. 364 C.S.S. (en fait, une sœur), Ass. plén. 30 janv. 1970, D. 70, 221. — Dans les entreprises contraintes de procéder à un licenciement collectif, l'importance des charges de famille des salariés est un des critères à retenir pour fixer l'ordre des licenciements (a. L. 321-2 C. Tr.). Un peu dans le même esprit, le propriétaire qui exerce le droit de reprise des lieux, selon la l. 1^{er} sept. 1948 (a. 23), doit, entre occupants du même immeuble, commencer par celui qui a le moins d'âmes à héberger. Si le besoin ne suffit pas à créer le droit, l'intensité du besoin, ici, le module.

LES INSTITUTIONS DÉPENDANT
DIRECTEMENT DE LA PARENTÉ
ET DE L'ALLIANCE

Au-delà de leurs effets généraux, qui ont été décrits au chapitre précédent, la parenté et l'alliance ont des effets en forme de véritables institutions ; l'*obligation alimentaire* et les *successions*. La première est avant tout un effet de la parenté, accessoirement de l'alliance ; les successions ne résultent que de la parenté et de l'état de conjoint. Les deux institutions ont en commun d'être de nature pécuniaire ; elles contribuent à dessiner la physionomie patrimoniale de la famille.

- 1 / L'obligation alimentaire -

C'est un sujet que le C.C. (a. 205 s.) a abordé d'une manière peu scientifique, en présentant les obligations alimentaires comme des obligations qui naissent du mariage, alors qu'on ne les rencontre pas seulement dans la famille légitime, mais aussi dans la filiation hors mariage ou dans l'adoption. Ce sont, en réalité, des obligations qui naissent de la parenté et de l'alliance.

C'est comme effets de la parenté et de l'alliance qu'il y a lieu d'étudier ici les obligations alimentaires – ou, plus largement et plus exactement, les *rappports alimentaires*. Nous n'y comprendrons pas trois rapports de droit, d'apparence voisine, mais qu'il est plus rationnel d'en distinguer :

1° Le *devoir de secours* entre époux (a. 212), où la relation besoins-ressources peut se trouver infléchie par des règles propres au mariage ; non sans plusieurs distinctions, toutefois.

— Tant que le lien matrimonial est intact, le devoir de secours s'absorbe dans le fonctionnement au quotidien du régime matrimonial ; le devoir de secours ne s'en détache, en forme de *contribution aux charges du mariage* (du ménage), que lorsque l'un des époux se trouve séparé de l'autre, pour des causes qui ne sont pas nécessairement conflictuelles ; la contribution, périodiquement versée, ressemble à une pension alimentaire, et la loi l'y assimile parfois (ex. C. Pr. C., rubrique du chapitre IV *bis*, en surplomb de l'a. 1069, d. 14 janv. 1994).

— En cas de séparation de corps (a. 303), comme dans certains cas de divorce (a. 282), le devoir de secours subsiste, et il peut y avoir lieu unilatéralement à une pension alimentaire, mais qui s'éloigne par plus d'un trait, des pensions entre parents ou alliés.

— Et dans les autres cas de divorce, si des prestations pécuniaires peuvent être dues *par l'un* des ex-conjoints à l'autre, c'est sur des bases toutes différentes du devoir de secours et, d'ailleurs, du rapport alimentaire.

2° *L'obligation des père et mère de nourrir, entretenir et élever leurs enfants* (a. 203), qui manque du caractère de réciprocité.

3° *L'obligation aux subsides* (a. 342), qui manque aussi de ce caractère.

Le rapport alimentaire, ainsi entendu, est un rapport d'obligation que la loi attache de plein droit à certains rapports de famille, et d'où résulte pour une personne, qui a des ressources, l'obligation d'assurer la subsistance (*aliments*, au sens large) d'une autre personne qui est dans le besoin. Il est commode d'étudier l'obligation alimentaire, qui est une de ces obligations légales visées à l'a. 1370, al. 2, par référence à la théorie générale des obligations, et de la considérer successivement dans son existence, puis dans son exécution.

I | EXISTENCE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

► *Les trois conditions de l'obligation alimentaire*

a) *Besoins du créancier*

Celui qui prétend faire jouer à son profit le rapport alimentaire doit se trouver dans un état d'indigence. C'est l'absence actuelle de revenus qui est caractéristique, sauf à observer que, si l'on a un capital

improductif facilement réalisable, on a le devoir de l'aliéner avant de réclamer des aliments à autrui.

Il importe peu que ce soient ses vices (prodigalité, voire débauche) qui aient fait tomber le créancier d'aliments dans la misère. Toutefois, sa paresse actuelle pourrait lui être opposée comme fin de non-recevoir, car c'est à son travail qu'il doit d'abord, si sa santé le lui permet, demander des moyens de subsistance.

b) *Ressources du débiteur*

Ce sont ses revenus, mais aussi éventuellement, ses capitaux (arg. *fortune*, dans l'a. 208). Non seulement ses revenus actuels, mais aussi ses revenus virtuels, inhérents à une capacité de travail qu'il n'utilise pas, car il a le devoir de travailler pour faire face à son obligation (arg. a. 357-2, al. 3, C.P., sur l'abandon de famille). Dans tous les cas, seule importe la partie disponible des ressources, déduction faite non seulement de ce qui est nécessaire au débiteur lui-même pour vivre, mais encore de ses charges de famille (entretien d'un conjoint ou d'enfants mineurs) plus immédiates qu'une obligation alimentaire ordinaire.

c) *Rapport de famille entre le créancier et le débiteur*

Ce ne sont pas tous les rapports de famille humainement reconnaissables qui donnent lieu à l'obligation alimentaire, mais seulement ceux auxquels la loi l'attache expressément.

1° Entre *parents*, le rapport alimentaire existe en *ligne directe* à tous les degrés (père et mère et enfants – grands-parents et petits-enfants, etc. ; a. 203-205), *jamais en ligne collatérale*.

Quoique les a. 203 s. soient placés sous l'égide du mariage, l'obligation alimentaire est applicable à la *parenté naturelle*, fût-elle adultérine ou incestueuse, toutes les fois du moins qu'elle est légalement établie (cf. a. 756, 334-8). Depuis 1972, l'enfant naturel entrant dans la famille de son auteur (a. 334, al. 2), la relation alimentaire ne se limite plus pour lui au premier degré : il est également créancier (ou débiteur) d'aliments à l'égard de ses grands-parents (arg. *a fortiori* de 757, 758). S'il a été conçu pendant le mariage de l'un de ses auteurs avec une tierce personne (s'il est adultérin), et s'il se trouve de ce fait en concurrence avec l'époux et des enfants légitimes, il ne subit, néanmoins, dans ses droits alimentaires aucune restriction comparable à celle que lui imposent pour les droits successoraux les a. 760 et 761.

Quant à la *parenté adoptive*, il faut distinguer. Dans l'adoption plénière, le rapport alimentaire est exactement le même que dans la parenté légitime (cf. a. 358). Dans l'adoption simple, il présente deux particularités : 1° il n'existe qu'entre l'adoptant et l'adopté (et les descendants légitimes de celui-ci, arg. a. 368), 2° il ne fait pas disparaître le droit aux aliments qui préexistait entre l'adopté et sa famille d'origine (toutefois, l'adopté dans le besoin doit commencer par frapper à la porte de l'adoptant, a. 367).

2° Entre *alliés*, le rapport alimentaire existe seulement entre le gendre ou la belle-fille et les beaux-parents (a. 206), ce qui ne doit pas être étendu à cette autre forme d'alliance, qui découle d'un remariage, dans les rapports entre les enfants du premier lit et le second conjoint de leur auteur. L'obligation alimentaire entre alliés cesse-t-elle une fois le mariage dissous ? Lorsque le mariage s'est dissous par le décès de l'époux qui avait produit l'alliance, elle ne cesse que s'il n'en survit pas de postérité ; au contraire, lorsqu'il s'est dissous par le divorce, elle cesse dans tous les cas, même en présence d'enfants.

N.B. — En marge du tableau, il convient de placer un *principe* et une *exception*, susceptibles d'application dans tous les rapports alimentaires

1° Le principe de *réciprocité* (a. 207, al. 1), qui définit le rapport alimentaire au sens strict. — Chacun des deux sujets du rapport d'obligation a vocation à devenir indifféremment créancier ou débiteur, selon l'état de ses besoins ou de ses ressources.

2° L'exception de *faute* (a. 207, al. 2, auquel on pourrait comparer l'a. 280-1). C'est une exception au sens procédural, puisque le débiteur l'opposera en justice au créancier. Mais c'est avant tout une exception au principe de réciprocité, puisqu'il va en résulter que le rapport alimentaire sera désormais unilatéral : le créancier d'aliments est déchu de son droit s'il avait manqué gravement à ses propres obligations envers le débiteur. La sanction ne frappe pas toute conduite fautive, mais seulement la *faute* que le créancier a commise par manquement aux obligations (d'ordre familial) qui le liaient spécialement au débiteur (ex. père qui avait abandonné son enfant ; fils qui avait maltraité sa mère). Hormis le cas particulier de l'a. 379, al. 2 (l. 5 juill. 1996), où le débiteur se trouvera dispensé de plein droit de son obligation, la *déchéance* est laissée à la libre appréciation du juge, lequel est libre aussi de graduer la sanction — soit rejet complet de la demande, soit réduction de la pension allouée. Elle n'est applicable qu'aux obligations alimentaires strictement entendues, et non pas par ex. à la pension, *post mortem* de l'a. 207-1, qui n'est que la continuation du devoir de secours.

► L'objet de l'obligation alimentaire

Les aliments, selon l'acception technique, englobent non seulement la nourriture, mais l'habillement, le logement, le chauffage, les soins médicaux et chirurgicaux, en un mot *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie*. Ce qui pourrait s'entendre d'un minimum vital, quasi physiologique, mais comporte en pratique, plus humainement, une certaine adaptation à la condition sociale et aux habitudes antérieures du créancier. On définit l'objet de l'obligation alimentaire d'une manière qui souligne son originalité au sein de la théorie des obligations, en disant que cet objet est de *faire vivre* le créancier *dans la mesure* où le débiteur le peut. De là s'élèvent des questions.

a) *Objet en nature ou en argent ?*

Rationnellement, il s'agit de *faire vivre*, donc de prestations en nature. Telle n'est pas, cependant, la solution légale : l'objet de l'obligation alimentaire est, en principe, une somme d'argent, périodiquement versée (pension alimentaire). Cette forme monétaire est préférée par notre droit individualiste, parce que c'est elle qui sauvegarde le mieux la liberté du débiteur, en le dispensant de recevoir un intrus dans l'intimité de sa maison, aussi bien que celle du créancier, en lui conservant l'option de ses dépenses.

Exceptionnellement, l'obligation alimentaire retrouvera son aspect primitif (rural) d'obligation en nature et consistera dans un accueil au foyer du débiteur. Il en est ainsi quand les deux intéressés sont d'accord pour cette modalité, accord qui peut d'ailleurs prendre fin à tout moment par la volonté d'un seul. Mais la chose est encore possible sur la demande unilatérale du débiteur, avec l'autorisation du juge aux affaires familiales qui aura une faculté d'appréciation, dans les deux cas suivants : 1° Quand le débiteur, vivant en économie fermée, est lui-même trop démuné de liquidités pour fournir à une pension en argent (a. 210 ; ce cas est devenu infiniment rare) ; 2° Quand le débiteur est le père (ou la mère) du créancier (le retour de l'enfant prodigue ne déplaisant pas au moralisme du C.C.).

Nous avons raisonné jusqu'ici sur un rapport alimentaire réunissant exclusivement le créancier et le débiteur. Mais on peut le construire comme un rapport triangulaire, un tiers faisant l'avance des aliments au créancier et étant ensuite remboursé par le débiteur. Cette exécution par voie oblique se présente dans deux hypothèses :

1° Le commerçant, fournisseur de choses nécessaires à la vie, qui a vendu des marchandises à crédit à une personne sans ressources, peut en réclamer le remboursement aux parents ou alliés tenus envers elle d'une obligation alimentaire. Il a contre eux l'action *de in rem verso*, qui sanctionne les enrichissements sans cause, car, en pourvoyant en nature aux besoins du créancier, il a dispensé les débiteurs d'y pourvoir en argent et les a, partant, sans que rien l'y obligeât, enrichis de la contre-valeur.

2° La collectivité publique ou l'établissement public (ex. service de l'Aide sociale, hôpitaux et hospices publics), qui, par application des lois d'assistance, a assuré gratuitement à une personne des prestations entrant dans l'objet de l'obligation alimentaire, peut exercer un recours contre les parents ou alliés débiteurs d'aliments (a. 145 C. Fam. ; a. L. 714-38 C.S.P.). Cette action, de la compétence des tribunaux judiciaires, a les caractères de la pension alimentaire ; en particulier, elle est soumise à la règle que les aliments ne s'arrangent pas, de sorte que le débiteur d'aliments ne peut être condamné à payer pour la période antérieure à son assignation.

b) *Quantum* ?

Il peut être fixé par une *convention* entre créancier et débiteur. A défaut, il le sera par un *jugement*. Le double critère, besoins et ressources, d'où dépend l'existence même du rapport alimentaire intervient aussi pour déterminer l'étendue de son objet (a. 208, al. 1). Corrélativement, toute variation, soit dans les besoins de l'un, soit dans les ressources de l'autre, entraînera une variation dans le quantum des aliments. Cela signifie que le créancier est fondé à demander une augmentation de pension, si ses besoins viennent à croître ou les ressources du débiteur à augmenter ; que, à l'inverse, le débiteur peut demander la réduction, voire la décharge complète de sa dette, si ses ressources diminuent, ou si les besoins du créancier ont décru (a. 209). Cela signifie encore que les changements survenus dans le coût de la vie, notamment par suite de la dépréciation de la monnaie, justifient de plein droit un réajustement de la pension fixée en argent. Le jugement ou la convention qui l'ont fixée sont donc toujours susceptibles de révision, sans que l'on puisse y opposer l'autorité de la chose jugée ou le principe de la force obligatoire des contrats. Cette *variabilité* est un des traits essentiels du rapport alimentaire. La conséquence pratique est que le créancier d'aliments ne subit pas le risque monétaire ; ce qui s'explique parce que l'obligation alimentaire n'est pas en soi une obligation de somme d'argent, mais une obligation en nature, obligation de *faire vivre* le créancier. Cependant,

la variabilité que l'obligation alimentaire peut, en toute hypothèse, tirer de sa nature, a l'inconvénient de nécessiter, pour sa mise en œuvre, un recours à la justice. Une clause d'indexation assortissant d'avance la pension procurera au créancier la commodité d'un réajustement automatique. Le juge a la faculté d'apposer, même d'office, une telle clause à son jugement (a. 208, al. 2, l. 3 janv. 1972), et il peut même, à cette fin, choisir des indices (le S.M.I.C., l'indice général des prix) qui, ailleurs, seraient interdits, étant réputés trop sensibles à la dépréciation monétaire (o. 30 déc. 1958, a. 79-3 ; cf. t. 3. n° 8).

2 | EXÉCUTION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Au débiteur d'aliments d'exécuter son obligation. La pension allouée en justice est *portable*, non *quérable* (cf. t. IV, n° 328) : c'est-à-dire qu'elle doit être payée au domicile ou à la résidence du créancier (a. 1247). Mais le paiement n'est qu'un mode d'extinction de l'obligation parmi d'autres (a. 1234) : il faut se demander s'il ne peut y avoir extinction de l'obligation alimentaire sans exécution.

► *Action aux fins d'exécution*

Si le débiteur ne s'acquitte pas volontairement, ou s'il élève une contestation sur le quantum, le créancier fera déterminer la pension par le juge aux affaires familiales (C.O.J., a. L. 312-1, 2°), ce juge pouvant toutefois renvoyer l'affaire à la formation collégiale du tribunal. Ainsi muni d'un titre exécutoire, par quelles voies pourra-t-il obtenir satisfaction ?

a) *Voies de droit privé*

Le créancier peut exercer les saisies de droit commun, y compris, si le débiteur a des immeubles, la saisie immobilière (la condamnation à pension est garantie, du reste, par l'hypothèque judiciaire). Mais, dans les familles modestes où l'obligation alimentaire est appelée à fonctionner le plus souvent, la saisie-arrêt des rémunérations du travail revêt une plus grande importance : les dettes d'aliments y sont traitées avec une faveur particulière, car elles peuvent être prélevées sur la por-

tion insaisissable de la rémunération (C. Tr. a. L. 145-2). En outre, une l. 2 janv. 1973 et un d. 1^{er} mars 1973 ont organisé une procédure de *paiement direct des pensions alimentaires* : elle permet au créancier d'aliments de se faire payer directement, dans la limite de ce qui est liquide et exigible, par les tiers quelconques débiteurs de son débiteur : non seulement par l'employeur débiteur de salaires, mais aussi bien par la banque où le débiteur a des fonds en dépôts. L'intérêt de cette procédure est qu'elle est faite, en principe, une fois pour toutes à partir du jugement de condamnation, et qu'elle n'a pas besoin d'être renouvelée à chaque échéance de la pension.

b) Voies de droit public

Il en est deux, ouvertes successivement en 1975 et 1984.

1^o *Recouvrement par le Trésor public*. Il a été institué par la l. 75-618 du 11 juill. 1975 et le d. 75-1339 du 31 déc. 1975 « dans la foulée » de la loi et du décret sur le divorce, car on avait surtout songé aux pensions des femmes divorcées, mais le texte concerne toutes les pensions alimentaires, ainsi que les contributions aux charges du mariage, rentes de l'a. 276, subsides de l'a. 342 (a. 1 et 15). L'idée générale est de confier aux percepteurs le recouvrement des créances alimentaires, en escomptant qu'ils y emploieront l'énergie et les moyens qu'ils appliquent au recouvrement des contributions directes (a. 7). Le Trésor agit pour le compte du créancier (en percevant à son profit un supplément de 10 % à titre de frais de recouvrement) : ce n'est qu'un mandataire salarié. Il n'est donc pas substitué au débiteur défaillant, et le créancier ne sera payé que dans la mesure et au fur et à mesure de ce qui aura pu être recouvré.

Le pivot de la procédure est un état exécutoire, établi par le procureur de la République à la demande du créancier (a. 3). Le procureur vérifie si les conditions du texte sont réunies : 1^o un jugement exécutoire portant condamnation à pension ; 2^o l'emploi antérieur, resté infructueux, d'une voie d'exécution de droit privé, car le recouvrement public n'est que subsidiaire au droit commun de l'exécution privée (a. 2, al. 2). Mais il n'est pas nécessaire qu'aient été épuisées toutes les saisies possibles. Un certificat d'huissier attestant qu'une tentative de paiement direct n'a rien donné, la preuve qu'un commandement de payer est resté sans écho pourront suffire à justifier le déclenchement du recouvrement public. La décision du procureur, qui a un caractère semi-juridictionnel, peut être contestée par-devant le président du tribunal de grande instance en référé (a. 4), soit par le créancier en cas de

refus, soit par le débiteur en cas d'admission. S'il y a admission, l'état exécutoire qui est transmis au Trésor vaut indéfiniment pour le recouvrement de tous les termes à échoir, ainsi qu'éventuellement pour les six derniers mois échus. Par le dépôt de la demande, le créancier renonce en quelque sorte à agir directement contre le débiteur (a. 5) ; réciproquement celui-ci perd le droit de le payer directement (a. 9). Le recouvrement public est une procédure subsidiaire, mais, une fois qu'elle est engagée, c'est une procédure exclusive.

2^o *Recouvrement par les organismes débiteurs de prestations familiales*. Ce mode de recouvrement a été institué par la loi du 22 déc. 1984 (insérée au C.S.S. a. L. 581-2 s., complétée par d. 86-1073 du 30 sept. 1986). En contraste avec la précédente, cette voie est spéciale par vocation, réservée en principe aux « créances alimentaires pour enfants » (cf. a. 293). Cependant, avec l'accord des créanciers, elle peut être employée au recouvrement d'autres créances de caractère alimentaire, et notamment à la contribution ménagère de l'a. 214, al. 2. En pratique, elle est appelée à bénéficier surtout aux femmes divorcées ou abandonnées de fait. Le déclenchement de la procédure est plus simple que dans le recouvrement par le Trésor, moins intimidant sans doute pour la créancière (tout dépend du visage qu'elle rencontrera). La Caisse est, d'ailleurs, habilitée à lui consentir, sans attendre la rentrée des fonds, des *avances sur pension alimentaire*.

c) Sanctions pénales

Le débiteur qui n'exécute pas le jugement le condamnant à payer une pension tombe sous la menace de peines (amende et emprisonnement) édictées par l'a. 227-3 N.C.P. Il y a délit pénal d'*abandon de famille*. L'infraction est constituée à la double condition : 1^o Qu'une pension alimentaire ait été fixée par une décision de justice légalement exécutoire ; 2^o Que le débiteur condamné soit resté plus de deux mois (une mise en demeure est inutile) sans payer les arrérages échus de cette pension. Il pourra, du reste, se défendre en rapportant la preuve d'une force majeure (ex. maladie) qui l'a mis dans l'impossibilité absolue de payer. C'est une des hypothèses remarquables où l'inexécution d'une obligation civile est sanctionnée comme délit pénal.

d) Pluralité de débiteurs

Le créancier peut avoir en face de lui plusieurs débiteurs possibles, appartenant à des groupes familiaux différents. La doctrine aurait

volontiers rangé ces groupes dans l'ordre d'intensité décroissante du devoir moral : conjoint, descendants, ascendants, alliés, et imposé au créancier de ne former la demande contre les plus éloignés qu'après s'être adressé en vain aux plus proches. Mais la Cour de cassation paraît avoir consacré le *caractère simultané et non successif ou hiérarchique* de l'obligation alimentaire.

Plusieurs débiteurs de l'obligation alimentaire étant mis ainsi sur le même plan, le créancier devra-t-il diviser entre eux sa demande ? La division est le droit commun de l'obligation (a. 1220). Cependant, la jurisprudence semble décider que le créancier alimentaire est en droit de réclamer la totalité des aliments à l'un quelconque des débiteurs — non seulement quand les autres sont insolvable, ce qui pourrait s'expliquer par la nature propre de l'obligation alimentaire, obligation de faire vivre, les *besoins* du créancier restant les mêmes à l'égard du débiteur demeuré solvable — mais même en dehors de l'insolvabilité. C'est une commodité pour le créancier de n'avoir pas à multiplier les poursuites. Mais la justification théorique de la solution est controversée (indivisibilité, solidarité, obligation *in solidum* ? plutôt *in solidum*). Dans tous les cas, le débiteur qui supporte pour le tout la charge de la pension doit rationnellement avoir contre les autres, s'ils sont solvables, un recours en contribution, afin de se faire rembourser ce qu'il a payé au-delà de sa part (arg. a. 1251-3°).

► Extinction

L'obligation alimentaire peut s'éteindre naturellement en cours d'exécution, soit parce que le débiteur est devenu pauvre, soit parce que le créancier est devenu riche. Si le changement de situation est contesté, il faudra le faire constater par le juge. Par exception, la pension de l'a. 283, après divorce, cesse de plein droit si le créancier se remarie ou vit en état de concubinage notoire, sur la présomption qu'il est désormais hors du besoin.

D'autres modes d'extinction, cependant, font apparaître des traits originaux de l'obligation alimentaire.

1° *Remise volontaire* ? — Ce mode d'extinction est impossible ici : le créancier alimentaire ne peut renoncer à sa créance, parce que celle-ci est *d'ordre public* (C'est l'intérêt de l'État que les indigents ne tombent pas à sa charge, tant qu'ils peuvent recourir à leurs familles). Corrélativement, il ne peut la céder à un tiers, et ses propres créanciers ne peuvent la saisir (a. 2092-2, 2°). La même idée aurait pu conduire à

lui faire interdiction d'y renoncer tacitement en la laissant s'éteindre par la prescription. Mais une autre considération, dont il va être parlé, est intervenue dans une direction tout opposée.

2° *Prescription* ? — Avant la prescription quinquennale de l'a. 2277, une sorte de prescription instantanée atteint les arrérages des pensions alimentaires, en ce sens que le créancier qui néglige de les toucher aux échéances prévues perd le droit de les réclamer par la suite. La jurisprudence applique ici une maxime : *Aliments ne s'arrangent pas*. C'est que l'inaction du créancier constitue une présomption que la pension lui était devenue inutile pour vivre, que la nécessité, cause du rapport alimentaire, avait momentanément disparu. Aussi le créancier pourra-t-il, par exception, recouvrer l'arriéré s'il prouve s'être abstenu d'agir non pas parce que ses besoins avaient cessé, mais par d'autres circonstances, indépendantes de sa volonté (ex. éloignement du débiteur, difficultés soulevées par celui-ci).

3° *Décès*. — A la différence des obligations ordinaires qui ne s'éteignent point par le décès de l'une des parties au rapport de droit, l'obligation alimentaire n'est transmissible ni aux héritiers du créancier, ni passivement aux héritiers du débiteur (hors le cas de l'a. 207, al. 1, qui est d'ailleurs étranger à la parenté, et de l'a. 284, où se fait sentir l'influence d'une idée indemnitaire). La véritable obligation alimentaire a un caractère *personnel* : c'est qu'elle repose sur un rapport de famille défini qui n'est pas, tel quel, communicable — sauf à observer qu'il pourra exister entre le débiteur et les héritiers du créancier, ou entre le créancier et les héritiers du débiteur, un rapport de famille distinct, générateur d'une obligation alimentaire nouvelle.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, I, n°s 1254 s. — Cf. Péliissier, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, Th. Lyon, 1961 ; Sayag, *Le besoin, créateur de droit*, Th. Paris, 1967.

HISTOIRE

Fr. Wycise, *Alimenta et victus* dans le droit romain classique, *R.H.D.*, 1972, 204 s., montre comment les *alimenta*, primitivement restreints à la nourriture, se sont progressivement étendus, sous l'influence d'une philosophie humanitaire, à tout ce qu'il fallait pour vivre. — Dig. 25, 3 et C. Just. 5, 25, ont fourni des maximes et peuvent encore

suggérer des thèmes de méditation. — Pothier (*Contrat de mariage*, n°s 384 s.) a inspiré les rédacteurs du C.C., ce qui explique la place irrationnelle des a. 205 s. parmi les effets du mariage.

SOCIOLOGIE

En 1996, 9 030 demandes d'aliments entre parents et alliés ; 2 103 recours de tiers payeur.

Une sociologie de l'obligation alimentaire devrait en distinguer très concrètement les hypothèses : il est certain, par ex., que l'obligation des descendants ne se présente pas sociologiquement, ni psychologiquement, comme celle des ascendants (cf. proverbe « un père peut plutôt nourrir 10 enfants que 10 enfants un père »). L'étude n'est pas faite de l'obligation alimentaire depuis 1804 dans ses rapports avec l'évolution des mœurs ; la législation favorable aux créanciers (l. 7 févr. 1924 sur l'abandon de famille, l. 6 avr. 1932 [a. 46, *in fine*, C. Pr. C.] sur la compétence territoriale, o. 23 déc. 1958 [a. 1247], l. 13 juill. 1963 sur l'indexation) est plutôt le signe d'un mauvais fonctionnement de l'institution. Il faudrait encore étudier la pratique des tribunaux dans la fixation du montant des pensions : on a l'impression tantôt de chiffres très bas et lentement révisés, bien au-dessous, en général, de ce que la législation des salaires considère comme un minimum vital, tantôt d'une tendance « bourgeoise » à tenir compte du *standing* de la famille (surtout dans l'hypothèse particulière des pensions après divorce, pour la femme [arg. [ancien] a. 214, al. 2] et pour l'éducation des enfants. Les pays socialistes pratiquaient ici une politique d'*objectivation* égalitaire (cf. *R.I.D.C.*, 69, 135). — Cf. Commaille, *Familles sans justice ?*, 1982, p. 97.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Dans le cheminement de ce qui allait devenir la loi du 8 janvier 1993, une bonne idée technique avait été amorcée, qui tourna court : le regroupement en un titre distinct de toute l'institution alimentaire, dont l'essentiel se trouve, à l'heure actuelle, irrrationnellement encastré dans le titre du mariage.

La répartition de la charge entre les débiteurs, surtout entre les enfants, mériterait régulation. Il arrive que l'un d'eux, spontanément, subvienne seul à l'entretien des parents, sans mettre en cause ses frères : il serait juste de l'avantager plus tard dans le partage de la succession, en imposant aux autres une sorte de rapport des dettes (cf. Ripert, *D.C.* 1944, 19 ; Savatier, *Rép. not.*, 1963, art. 28419).

La liste des parents tenus de l'obligation alimentaire a semblé parfois un peu sèche. On aurait souhaité surtout, quitte à la mesurer plus strictement que dans la ligne directe, une obligation alimentaire entre frères et sœurs (Bonnecase, *Philosophie du C. Nap.*, n° 70), à l'exemple du C.C. suisse (a. 328 s. ; encore est-il question de l'en effacer) et du C.C.It. (a. 433). Notre jurisprudence a partiellement tenu compte du vœu en reconnaissant entre frères et sœurs l'existence d'une obligation *naturelle* de secours ; si un individu verse spontanément des subsides à son frère dans le besoin, ce versement ne constitue pas une libéralité, mais le paiement d'une dette, et ne peut être remis en question (a. 1235, al. 2). Req. 7 mars 1911, D. 1913, 1, 404. La C.R.C.C. n'a pas voulu

faire davantage (*Travaux*, 1951-1952, p. 105 : crainte de surcharger les aînés des familles nombreuses ; mais, sur le tard, il pourrait aussi bien s'agir des benjamins). La commémoration des années révolutionnaires n'a guère ramené l'attention sur cette signification la plus immédiate du mot *fraternité*. Le mot, il est vrai, est souvent transposé plus abstraitement en *solidarité*.

Les articulations de l'institution de droit privé avec les institutions de droit public (Sécurité sociale et surtout Aide sociale) ont attiré très tôt l'attention (v. Savatier, *D.* 1950, chr. 149 ; Alfandari, *Th. Poitiers*, ronéo, 1959 ; J. Chaulet, *Th. Bordeaux*, 1966). Nous avons un système mixte. Loin que les prestations de droit social aient rendu inutile l'obligation de droit civil, elles pourraient lui imprimer une vigueur nouvelle, car la collectivité ranime cette obligation par subrogation chaque fois qu'elle exerce son recours contre les débiteurs d'aliments (sur ces recours, v. Massip, *Rép. not.*, 90, 1, 475). Cependant, l'Administration s'est finalement aperçue que les actions récursoires n'en valent pas toujours la chandelle, et elle tend à ne plus les utiliser que d'une manière sélective (cf. l. 21 déc. 1973, a. 13, supprimant le recours du Fonds national de Solidarité). Un jour viendra-t-il où les secours publics élimineront l'obligation alimentaire ? Ceux qui préconisent cette réforme radicale (encore un modèle suédois ; cf. A. Bénabent et O. Roy, *L'obligation alimentaire, étude du droit interne comparé*, C.N.R.S., 1985, t. III) en attendraient une affection plus libre dans les relations entre parents et enfants. Toutefois, une enquête de 1969 donnait à penser que l'opinion française, dans son ensemble, n'était pas prête à accepter une telle *déprivatisation*, l'institution du C.C. gardant pour elle valeur de symbole.

On se demandait si, à défaut d'intervenir dans l'obligation, la puissance publique ne pourrait pas prêter main-forte à l'*exécution*. En pensant surtout aux femmes divorcées, l'opinion s'était émue de la trop fréquente carence des débiteurs. En 1971, on estimait que 27 % de ces pensions n'étaient jamais payées, que 37 % l'étaient irrégulièrement. Les créanciers répugnent à déclencher contre des proches des poursuites pénales pour abandon de famille (en 1985, pourtant, 14 100 condamnations de ce chef). D'où, en 1973, la création de la procédure de paiement direct, mais cette procédure a forcément les limites d'un moyen de pur droit privé (cf. M.-J. Gebler, *D.* 1973, chr. 107). On pouvait espérer plus d'efficacité d'un recours au droit public, à l'État-fisc. D'où, en 1975, l'institution du recouvrement public. Mais la méfiance du ministère des Finances a abouti à noyer une bonne idée dans un océan de complications. Les résultats sont controversés : v. l'enquête de M.-F. Valetas, *Le règlement des pensions alimentaires*, Credoc, 1978 (qui conclut que la notion de faute empoisonne tout le dispositif). Le législateur pouvait-il aller plus avant ? Le grand projet était d'organiser un fonds de garantie des pensions impayées, à l'image du fonds de garantie automobiles, qui prend à sa charge les dommages dont le responsable est insolvable ou en fuite. La suggestion aurait passé plus facilement s'il n'y avait eu les pensions après divorce. Pouvait-on mettre la fuite des ex-maris à la charge des contribuables ? C'est, pourtant, ce qui pourra arriver au bout du compte avec le système d'avances de la loi du 22 déc. 1984. Mais cette loi elle-même ne paraît pas avoir sensiblement amélioré la situation des femmes créancières (v. la critique très pessimiste de B. Guibert et E. Renaudat, *Annales de Vaucresson*, 1987/2, p. 123 s.).

THÉORIE JURIDIQUE

La doctrine étudie surtout ce qu'elle appelle les caractères généraux de l'obligation alimentaire (variabilité, intransmissibilité, indisponibilité, etc. ; v. pour une remise en question de l'intransmissibilité, Dupeyroux, D. 1959, chr. 71). L'objet de l'obligation a moins tenté l'analyse. Les a. 210-211 ont contribué à masquer la réalité en faisant apparaître comme une modalité aberrante ce qui n'était que la forme première de la dette d'aliments. Partant de là, on a vu dans l'obligation alimentaire une obligation essentiellement monétaire, en la confondant avec la pension en argent, qui n'en est qu'une expression contingente. La vérité est que, de sa nature profonde, l'obligation alimentaire est une obligation qui n'a rien de monétaire, l'obligation de faire vivre autrui. D'être une obligation de *faire vivre*, elle tire son originalité, ses deux traits si particuliers, son *urgence* et son *actualité*, au sens fort des termes. Urgence (il faut vivre) : d'où caractère d'ordre public, faculté constante de révision (*adde*, a. 1015-2°, 2092-2, 2°). Actualité (on ne vit pas rétroactivement) : d'où la maxime « Aliments ne s'arrangent pas ». On pourrait étendre plus loin la construction : il existe une faveur générale des aliments (fragments de la théorie dans Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8) ; ex. a. 2101-5°, 46 *in fine* C. Pr. C.

Le rapport alimentaire est souvent envisagé comme le rapport, moralement neutre, de deux données purement économiques : besoins et ressources. Par là, on n'aperçoit pas assez le rôle important qu'y peuvent jouer des éléments moraux, et notamment l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence des parties (cf. B.G.B., 1611). *Faute du débiteur* : ex. la casuistique de et sur l'a. 227-3 N.C.P. (abandon de famille). *Faute du créancier*, surtout : a. 207, al. 2.

Sur la distinction, souvent délicate, entre l'« alimentaire » et l'« indemnitaire » (ex. a. 270, 280-1, al. 2, 342-2), cf. Bosquet-Denis, *J.C.P.*, 81, 1, 3010.

L'obligation alimentaire peut avoir pour source, au lieu de la loi, un acte juridique : convention, promesse, testament (a. 1015). La convention est fréquente entre époux divorcés, même en dehors du divorce par consentement mutuel. La promesse émane souvent d'un père naturel ou adultérin (allusion dans l'a. 342-3, al. 1, *in fine*) en réponse à une stipulation pour autrui de la mère, ce qui forme un contrat. Il est délicat de concilier la nature alimentaire de l'objet avec les règles générales de l'acte juridique (cf. H. Sinay, Les conventions sur les pensions alimentaires, *R.T.*, 1954, 228 s.). Il faut mettre à part les cas où il n'existe aucune obligation légale préexistante (ex. legs d'aliments à un ancien employé). L'autonomie de la volonté y est entière. Cependant, même alors, la combinaison présente des particularités qui en font quelque chose de différent d'une rente viagère : l'engagement est appelé à varier, voire éventuellement à disparaître selon les ressources du débiteur et les besoins du créancier (encore que ce second critère ait fait difficulté, cf. Bordeaux, 29 août 1837, S. 38, 2, 475) ; l'indexation est plus largement autorisée (l. 13 juill. 1963). Si, au contraire, une obligation légale préexistait entre les parties, elle reste sous-jacente à l'acte juridique, celui-ci n'en est que le revêtement : il est valable s'il ne fait que l'aménager, il est nul s'il en altère la substance. Ainsi, la convention est inopérante quand la pension promise est si faible qu'elle équivaut à une renonciation ou, inversement, si forte qu'elle dépasse de beaucoup les besoins. Parfois, c'est un problème d'interprétation qui se pose : la promesse d'aliments faite à un enfant lui est-elle faite pour sa vie entière ou pour le temps de son éducation seulement (16, 18 ans, disait-on souvent dans l'Ancien Droit) ? On en discutait déjà en droit romain (Dig. 34, 1, 14).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Succession à la créance ou à la dette*. — La question a été réglée dès le siècle dernier dans le sens de l'intransmissibilité active et même passive (lors même que l'obligation alimentaire semble cristallisée dans un jugement ou une convention). Cf. Civ. 29 mars 1950, D. 50, 593 ; Civ.¹ 10 mai 1955, D. 55, 484, *J.C.P.*, 55, 2, 8812. Solution contraire dans l'a. 284, v. *infra*, p. 585.

b) *La maxime « Aliments ne s'arrangent pas »*. — Sa force de règle de droit ne fait pas de doute, mais pour valoir seulement présomption simple : Civ. 24 oct. 1951, D. 52, 577, n. Ponsard ; Civ.¹ 28 avr. 1969, D. 69, 411 ; Douai, 10 déc. 1963, D. 64, 458, n. critique Péliissier ; Civ.¹ 31 mars 1971, D. 71, Somm. 201 ; Civ.¹ 19 déc. 1995, qui étend le bénéfice de la maxime au recours des établissements publics de santé, *J.C.P.*, 97, 2, 22769, n. critique Dagorne-Labbe. Cf. Ghestin, *Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967, p. 285 s. ; L. Peyrefitte, *R.T.*, 68, 286. Tout se passe comme si une sorte de prescription rampante venait éteindre le droit à pension au fur et à mesure des échéances. Les arrêts attribuent un double fondement à l'effet extinctif. 1° Il y a eu *renonciation* tacite. Objection : l'obligation alimentaire n'est pas susceptible de renonciation. Réplique : ce qui est interdit, c'est de renoncer au *titre* de la créance, il ne s'agit ici que de l'*émolument*, des arrérages échus. 2° *Le besoin* avait disparu, et du même coup la cause de l'obligation, si le loup ne sort pas du *bois*, c'est qu'il n'a pas faim. Objection : il n'est guère de Français, aujourd'hui, qui aient à compter avec la faim, avec une nécessité pressante. Les créances alimentaires tendent à devenir des *créances de confort*, si bien que le retard du créancier à réclamer peut s'expliquer très banalement par le penchant universel à la procrastination. Toujours est-il que le créancier pourra écarter la maxime en démontrant qu'il n'avait pas entendu renoncer à sa pension, car il n'était pas resté inactif, Civ.¹ 28 avr. 1969, D. 69, 471, Civ.¹ 9 mai 1975, *Bull.*, n° 152, Civ.¹ 18 janv. 1989, *Bull.*, n° 77. On ne paraît pas s'être demandé, d'ailleurs, et c'est assez étrange, si la maxime traditionnelle était bien conciliable avec la règle légale, introduite en 1958 (a. 1247), qui veut que les dettes d'aliments soient portables et non plus quérables. La règle, en tout cas, n'est appliquée qu'aux aliments *stricto sensu* ; on y fait échapper la contribution aux charges du mariage, Civ.¹ 8 nov. 1989, *Bull.*, n° 341, et même la pension versée pour les enfants pendant l'instance en divorce, Civ.² 29 oct. 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19665, n. Jambu-Merlin (le débiteur, ici, ne pourvoit pas directement aux besoins alimentaires ; il se borne à rembourser une tierce personne [l'épouse, la mère] qui y a pourvu en premier lieu *de suo*). A la suite de l'arrêt de 1980, cf. Civ.¹ 8 déc. 1993, *Rép. not.*, 94, 322 ; Civ.² 1^{er} oct. 1996, *Dr. Fam.*, 97, n° 25 ; Civ.² 4 mars 1998, *J.C.P.*, 98, 4, 1889. La règle est encore écartée pour les arrérages de pension qui ont fait l'objet d'une condamnation ; cristallisés dans le jugement, ils ne relèveront plus que de la prescription quinquennale de l'a. 2277 (cf. t. IV, n° 354) ; Civ.¹ 5 juill. 1988, D. 89, 51, n. Massip. Le jugement a opéré novation, pourrait-on dire, et l'obligation a perdu sa nature alimentaire. Néanmoins, l'arrêt ajoute que, de l'obligation ainsi transformée, le débiteur pourra s'affranchir non seulement si le créancier a renoncé à poursuivre l'exécution de la condamnation, ce qui est plausible, mais aussi bien en démontrant que celui-ci n'est plus dans le besoin, ce qui revient (d'une manière assez contradictoire, semble-t-il) à maintenir quelque chose de la dette d'aliments primitive.

c) *Conventions*. — Elles sont nulles si elles constituent des renonciations ou transactions touchant l'existence même de la créance, Req. 26 juill. 1928, D. 29, 1, 9 ; valables si elles ne font que l'aménager en étendue, durée, mode d'exécution. Mais, lors même que l'obligation a été modelée, habillée, par une convention, elle conserve sa nature alimentaire, donc sa variabilité essentielle, Civ.² 8 mars 1954, D. 54, 398, sans que puisse être opposée à une demande de révision la force obligatoire du contrat, Civ.¹ 16 juin 1993, *Rép. not.*, 93, 1360. Il en serait autrement, toutefois, si la pension alimentaire était née d'une obligation naturelle que le débiteur a transformée par sa promesse en obligation civile (Civ.¹ 29 mai 1956, *Bull.*, n° 211) : le débiteur aurait pu ne rien promettre ; à plus forte raison, il a pu mesurer son engagement.

d) *Faute du créancier* (a. 207, al. 2). — Elle est appréciée souverainement par les juges du fond, Civ.² 11 févr. 1981 (en l'espèce, abandons répétés du foyer), *G.P.*, 82, 1, 105. La Cour de cassation limite strictement le jeu de l'exception aux a. 205, 206 et 207, al. 1, et en exclut du même coup l'a. 203 (pension au profit des enfants prolongeant leurs études après la majorité, Civ.² 17 juill. 1985, *G.P.*, 87, 1, 175 — aussi bien que l'a. 207-1 (pension du conjoint survivant à la charge de la succession), Civ.¹ 17 janv. 1995, *J.C.P.*, 95, 2, 22407, n. Bénabent, *Rép. not.*, 95, 1022. Exégétiquement, pourtant, les a. 203 et 207-1 sont contenus dans le même chapitre que l'a. 207, al. 2 (il y a même contiguïté pour l'a. 207-1). Aux yeux de la Cour de cassation, il semble que l'a. 207, al. 2, ne soit applicable que là où le rapport alimentaire est réciproque, comme si ce rapport — plus exactement, le rapport de parenté ou d'alliance qui lui est sous-jacent — devait être traité à l'instar du contrat synallagmatique donnant lieu à une exception *non adimpleti contractus* (cf. t. IV, n° 194). Fiction aventureuse — elle pourrait être utilisée, cependant, pour justifier fort prosaïquement le retour de la faute sous l'a. 203 : le fils de famille sait bien que la rallonge de sa pension sera marchandée contre sa conduite. Sous l'a. 207-1, c'est par analogie qu'il faudrait raisonner. Le conjoint qui, par des injures graves, a manifesté une ingratitude anticipée (cf. a. 955-2°, auquel renvoie l'a. 1046) ne devrait-il pas être privé de la pension *post mortem*, ce legs tacite du défunt ?

e) *Absence de hiérarchie*. — L'arrêt toujours cité est Civ. 2 janv. 1929, D. 29, 1, 137. Il contient un motif tout à fait général, d'esprit exégétique : aucune disposition n'impose au demandeur, contre les divers débiteurs des aliments, une action commune ou des actions successives suivant un ordre déterminé. La circonstance qu'il s'agissait d'assimiler aux enfants une belle-fille serait de nature à enlever de sa signification à l'arrêt, car on pourrait considérer que l'obligation alimentaire, activement ou passivement, doit se régler par ménage, non par individu, et que la belle-fille, avec son mari, ou son mari mort, représente un bloc de descendants ; seulement, en l'occurrence, cette belle-fille était séparée *de corps*, ce qui ne permet plus le raisonnement. Pour la solution de l'arrêt, on fait valoir la commodité qu'elle procure au créancier, qui est la partie à protéger dans le rapport alimentaire. Mais une hiérarchie des débiteurs répondrait mieux à une conception organique, structurée de la famille, et l'a. 367 *in fine*, en propose un exemple. L'absence de hiérarchie a, cependant, été réaffirmée par Civ.¹ 18 mars 1968, D. 68, 623. — Des décisions assez répétées concernent une hypothèse particulière, la concurrence possible entre une obligation alimentaire de droit commun, celle des grands-parents (a. 205), et « l'obligation de nourrir » qui incombe aux père et mère (a. 203). La jurisprudence accepte une hiérarchie en l'atténuant : l'obligation des grands-parents n'est exclue par celle des père et mère que si ceux-ci sont à même de

faire face *en totalité* aux besoins des enfants ; l'a. 205 a un rôle complémentaire de l'a. 203 : Civ.¹ 6 mars 1974, D. 74, 329, n. Gaury ; Civ.¹ 6 et 21 mars 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21664, n. Garé, *Rép. not.*, 90, 944, n. Massip.

f) *Pluralité de débiteurs*. — Civ. 27 nov. 1935, S. 36, 1, 103, D. 36, 1, 25, n. Rouast, après avoir affirmé que les père et mère naturels sont tenus chacun pour le tout de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, décide que celui des deux qui a assumé la totalité de la charge a un recours contre le défaillant s'il est solvable. La solution pouvait-elle être généralisée ? Sans préjudice de l'argument de texte (a. 203 : ... *ensemble*), que l'arrêt citait, bien qu'il s'agît de filiation hors mariage — on pouvait faire valoir, contre l'extension, que l'obligation au tout se comprend mieux pour les père et mère, liés par l'œuvre commune, que pour des débiteurs alimentaires quelconques, simplement réunis par les souvenirs du passé ou les hasards de l'alliance. Néanmoins, Civ.¹ 29 mai 1974, D. 75, 482, n. Magnin, pose en thèse générale que tout débiteur (tout enfant) tenu en vertu de l'a. 205 dispose d'un recours contre ses coobligés (ses frères et sœurs) pour les sommes qu'il a payées excédant sa part contributive, eu égard aux facultés de chacun. La décision, il est vrai, ne s'explique guère sur le fondement de ce recours, encore que le mot de *coobligés* puisse être entendu comme une allusion à la subrogation légale de l'a. 1251-3° (cf. Seine, 22 janv. 1960, *J.C.P.*, 60, 2, 11482) et, par-delà, à la solidarité. La notion de solidarité a l'avantage de traduire en obligation juridique une réalité familiale, mais elle se heurte à l'a. 1202, Civ.¹ 5 févr. 1991, *Rép. not.*, 91, 1, 667. Pour se débarrasser de l'objection, on peut, ici comme ailleurs (cf. t. IV, n° 345), parler d'obligation *in solidum* (Planiol-Rouast, n° 57 ; cf. Holleaux, D.C. 1941, 125). L'indivisibilité serait aussi défendable, l'objet propre de la dette étant moins de payer une somme d'argent que de *faire vivre* le créancier. Et puis il y a la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause (J. Pieron, *J.C.P.*, 1949, 1, 784 ; Pélissier, *op. cit.*, 277), l'équité (Prévault, D. 1960, 235). D'aucuns concluront volontiers que l'originalité de l'obligation alimentaire a imprimé une originalité au recours lui-même (cf. Frossard, D. 1967, chron. 23). Dans cette vue, il y aurait peut-être une distinction à faire entre le recours exercé entre débiteurs du vivant même du créancier, encore dans le besoin, et le recours exercé plus tard dans sa succession, l'hypothèse étant que dans l'intervalle il est revenu à meilleure fortune. Ce dernier cas était précisément celui de 1974. C'était aussi celui d'un arrêt antérieur (Civ.¹ 25 oct. 1967, D. 67, 745, n. Lindon, *R.T.*, 68, 349, n. Nerson), plutôt contraire de prime abord, car il avait estimé que des enfants ayant versé des aliments à leurs père et mère n'étaient pas fondés à se les faire rembourser par la succession, à l'encontre d'un autre enfant qui n'avait rien versé. Mais c'est que l'arrêt avait analysé la prétention des enfants demandeurs comme si elle tendait à un remboursement par les père et mère eux-mêmes après cessation de l'état de besoin.

f) *Évaluation des pensions*. — Pouvoir souverain des juges du fond pour l'appréciation des besoins et des ressources : Civ.¹ 17 févr. 1971, *Bull.*, n° 54, Civ.² 27 juin 1985, *J.C.P.*, 86, 2, 20644. La preuve des ressources ne dispense pas de la preuve des besoins, Civ.¹ 6 mars 1990, *Bull.*, n° 58. L'a. 208 a beau mettre créancier et débiteur seuls en tête-à-tête, Civ.¹ 5 févr. 1991, *Bull.*, n° 43, il n'est pas interdit de prendre en considération les recours du créancier contre d'autres débiteurs pour apprécier ses besoins réels, Civ.¹ 17 mars 1964, *G.P.*, 64, 2, 56, ni, à l'inverse, les charges venues d'ailleurs qui diminuent les ressources du débiteur, Civ.¹ 5 févr. 1991, D. 93, Somm. 126 (cf. 15 oct. 1956, D. 57, Somm. 105).

2 / Le droit de succession

Le droit de succession est l'effet le plus tangible de la parenté, de la communauté de sang, mais ne s'y limite pas, car il profite aussi au conjoint, qui n'est pas un parent. Que le patrimoine d'un défunt soit attribué dans un certain ordre, et suivant certaines proportions, à ses parents, à son conjoint, cela ne s'explique que si l'on admet que la parenté, que le ménage avait sur ce patrimoine des droits virtuels de copropriété. De fait, très anciennement, c'est sur une idée de copropriété familiale que s'est fondé le droit de succession *ab intestat*. Mais, à partir d'une certaine époque, on a voulu, l'individualisme ayant fait des progrès, lui attribuer pour fondement la volonté humaine. Suivant cette explication, la succession *ab intestat* repose sur l'affection présumée du défunt : en désignant les parents qui succéderont au mort, la loi fait en quelque sorte le testament de celui-ci. La succession *ab intestat* de celui qui est mort sans avoir fait de testament est son testament tacite.

Chacun des deux fondements contient une part de vérité. Que la succession *ab intestat* réponde à une volonté présumée du défunt, c'est ce qu'atteste la faculté, concédée à l'individu, de répartir ses biens autrement que la loi ne le lui propose, en faisant des libéralités (un testament exprès, renfermant des legs, ou une donation entre vifs). Mais la succession *ab intestat* ne peut se ramener entièrement à un mécanisme volontaire, car, dans une certaine mesure, elle est d'ordre public et s'impose au défunt, qui est restreint dans sa faculté de faire des libéralités, par l'institution de la réserve héréditaire.

Sous peine de faire éclater le présent volume, il ne pouvait être question d'entrer tant soit peu dans la technique du droit des successions et libéralités. Plus encore que les régimes matrimoniaux, ce droit a acquis son autonomie au sein du droit de la famille. L'exposé ci-dessous sera donc des plus sommaires, fort simplifié par rapport à ce que sont dans la réalité la liquidation et le partage des successions – opération dont la complexité oblige souvent les héritiers à faire appel à la science et à l'expérience d'un notaire.

A noter que du tableau plusieurs cas ont été distraits pour être traités plus loin, à la place naturelle où la perspective même de l'héritage fait partie du statut actuel de l'héritier *présomptif*. Il en sera ainsi pour l'enfant adultérin, l'enfant adoptif, le conjoint. Ce sont,

d'ailleurs, des dévolutions exceptionnelles, parce que les successibles dont il s'agit sont, d'une manière ou d'une autre, en marge de la parenté classique. Mais nous mettons pareillement à part le droit de succession le plus typique qui soit, le modèle n° 1, la successibilité entre ascendants et descendants, car la position d'héritier n'est pas psychologiquement dissociable du rapport qui, dès l'enfance, unit l'enfant à ses père et mère.

► La hiérarchie successorale

Elle est déterminée par la loi (a. 723). C'est le C.C. qui règle à qui la succession sera *déférée, échue, dévolue* (a. 731 s., ces mots sont synonymes). On peut distinguer une *dévolution de principe* et des *dévolutions exceptionnelles*. La dévolution de principe est celle qui s'opère dans la parenté par la chair, légitime ou naturelle. L'exception, qui fait les dévolutions exceptionnelles, peut tenir à des causes diverses : la présence d'un conjoint survivant ou d'un enfant adultérin, mais aussi l'absence de toute famille (dévolution à l'État). La dévolution de principe forme statistiquement plus de la moitié des cas, puisque, outre les successions des célibataires et des divorcés, elle touche, dans chaque ménage, l'héritage du dernier mourant des époux. C'est sur elle que se concentre notre exposé.

Par un corollaire de la maxime d'égalité inscrite à l'a. 334, il n'y a plus de différence à faire (a. 757), depuis la l. 3 janv. 1972, selon que la parenté dérive d'une filiation légitime ou naturelle (réserve faite, toutefois, avec l'a. 334, al. 3, du cas de l'enfant adultérin).

Cela dit, les héritiers légitimes ou naturels sont rangés en quatre classes ou *ordres* (ainsi que les nomme la rubrique surplombant l'a. 731), suivant la nature de leur parenté avec le *de cuius*. A l'intérieur de chaque ordre, il faut ensuite les hiérarchiser selon la proximité du degré (mais à l'intérieur de chaque ordre seulement ; ex. un petit-fils, parent au 2^e degré, l'emporte sur le père, parent au 1^{er} degré parce qu'ils appartiennent à des ordres différents).

1° *L'ordre des descendants*. — Ce sont eux qui sont appelés en première ligne. Les plus proches en degré excluent les plus éloignés (le fils succède à l'exclusion des petits-fils, ses propres enfants, a. 745). Il faut tenir compte, toutefois, de l'institution de la *représentation* (a. 739). Si le défunt a eu plusieurs enfants et que l'un d'eux soit prédécédé laissant lui-même des enfants, ceux-ci, les petits-fils du défunt, succèdent par représentation de leur père prédécédé. Ils viennent prendre dans la succession de leur grand-père la part que leur père eût prise, en concours avec leurs oncles, fils du défunt, pourtant plus proches qu'eux en degré.

Les descendants succèdent par égales portions. C'est le principe de l'égalité entre frères et sœurs, qui a des résonances politiques (impliquant l'abolition du droit d'aînesse et du privilège de masculinité qui fonctionnaient sous l'Ancien Régime, au moins pour les biens nobles, les fiefs).

2° *L'ordre des ascendants privilégiés et des collatéraux privilégiés*. — A défaut de descendants, la loi appelle un ordre composite qui comprend d'un côté les père et mère

du défunt, de l'autre ses frères et sœurs et les descendants de ses frères et sœurs (ses neveux et nièces), a. 748 et s. Comment la succession va-t-elle se répartir entre eux ?

Si le défunt a laissé simultanément son père, sa mère et des collatéraux privilégiés, le père prend un quart de la succession, la mère un quart, et l'autre moitié se répartit par parts égales (compte tenu, le cas échéant, de la représentation) entre les collatéraux privilégiés. Toutefois, il peut y avoir parmi eux des frères et des demi-frères ; on fait alors jouer le principe de la fente (a. 733), c'est-à-dire que l'on divise en deux la part dévolue aux collatéraux privilégiés : les germains (frères de père et de mère) prendront part dans les deux lignes, les consanguins et les utérins dans une ligne seulement (de sorte que la part des frères est double de celle des demi-frères).

Si le défunt n'a laissé que son père ou sa mère d'un côté, et de l'autre des collatéraux privilégiés, l'ascendant survivant prend un quart de la succession, les trois autres quarts se répartissent, comme il vient d'être dit, entre les collatéraux privilégiés.

Si le défunt n'a laissé ni père ni mère mais seulement des collatéraux privilégiés, ceux-ci se répartissent entièrement la succession.

Si le défunt a laissé son père et sa mère, mais pas de collatéraux privilégiés, le père et la mère prennent toute la succession, chacun pour moitié.

Enfin, si le défunt n'a laissé que son père ou sa mère sans qu'il y ait de collatéraux privilégiés, le père ou la mère prend la totalité de la succession, lors même qu'il existerait des collatéraux ordinaires dans l'autre ligne. Ainsi, les oncles ou cousins maternels ne peuvent prétendre, en se prévalant de la fente (a. 733), partager la succession avec le père survivant.

3° *L'ordre des ascendants ordinaires.* — Ce sont tous les ascendants autres que les père et mère : les grands-parents, arrière-grands-parents, etc. Ils sont appelés compte tenu entre eux de la fente, mais sans qu'il y ait lieu à représentation, le plus proche dans chacune des deux lignes excluant le plus éloigné.

Ils ne sont appelés qu'à défaut des père et mère et des collatéraux privilégiés. Il peut se faire, toutefois, que le défunt laisse à sa survivance un ascendant privilégié dans une ligne et un ascendant ordinaire dans l'autre (ex. son père et son grand-père maternel). La succession se divise alors en deux parts égales, par le jeu de la fente : une moitié va à l'ascendant (privilégié ou ordinaire) de chaque ligne.

L'ascendant ordinaire exclut toujours complètement les collatéraux ordinaires, même ceux de la ligne à laquelle il n'appartient pas (a. 753).

4° *L'ordre des collatéraux ordinaires.* — Ce sont tous les collatéraux autres que les collatéraux privilégiés : pratiquement, les oncles, tantes, cousins, etc. Ils ne sont pas, du reste, appelés à l'infini (a. 755) : ils ne succèdent que jusqu'au 6^e degré inclusivement (pratiquement cousins issus de cousins germains).

Quand il existe des collatéraux ordinaires dans chacune des deux lignes, paternelle et maternelle, il faut d'abord appliquer entre eux le principe de la fente. Puis dans chaque ligne, le plus proche en degré éliminera le plus éloigné. Si l'une des deux lignes n'a plus de collatéraux au degré successible, ceux de l'autre ligne prennent tout (dévolution interlinéaire, a. 755, al. 3).

L'État clôt la liste : à défaut de tout parent au degré successible (et de conjoint survivant), il recueille la totalité de la succession.

► L'ouverture de la succession

a) *Acquisition de la succession.* — Il se produit, par le décès, une dévolution de la succession au successible, dévolution d'un patrimoine, c'est-à-dire d'un ensemble d'actif et de passif : le successible acquiert les biens, mais il est aussi chargé des dettes ; c'est un *ayant cause à titre universel*.

La propriété des biens est acquise au successible, quel qu'il soit, et quel que soit le parti qu'il prendra ultérieurement sur la succession, par le seul fait du décès (a. 711). Les héritiers légitimes et naturels, ainsi que le conjoint survivant, acquièrent même immédiatement l'exercice de leur titre successoral, ils sont *saisis* de plein droit des droits et actions du défunt (a. 724). C'est ce qu'on appelle la *saisine*, le pouvoir de se mettre immédiatement, sans formalité, sans contrôle préalable, en possession des biens successoraux ; le pouvoir d'exercer tous les droits attachés à la qualité d'héritier. L'État, au contraire, doit se faire envoyer en possession par le tribunal de grande instance, car sa vocation successorale dépend de l'absence d'héritiers préférables, et en conséquence a besoin d'être judiciairement vérifiée (a. 769 s.). La saisine apparaît ainsi comme une prérogative de la famille ; elle reflète une certaine idée de copropriété familiale. On ne peut non plus s'empêcher de penser à la possession d'état.

b) *Option du successible.* — Le successible a le choix entre trois partis : il peut *accepter* la succession, soit expressément en prenant la qualité d'héritier, soit tacitement en faisant sur les biens successoraux un acte de propriétaire ; il peut y *renoncer* ; il peut *l'accepter sous bénéfice d'inventaire*. Mais, pour ces deux derniers partis, il est obligé de faire une déclaration de volonté en forme au greffe du T.G.I. (a. 784, 793). L'héritier qui accepte la succession purement et simplement est obligé de payer le passif successoral même au-delà de l'actif qu'il recueille, *ultra vires hereditatis*. On considère qu'il *continue la personne du défunt*, qu'il est donc, comme lui, tenu des dettes. C'est pourquoi, s'il apparaît du premier coup d'œil que la succession est franchement mauvaise, renferme plus de passif que d'actif, l'héritier y renoncera (à moins qu'il ne veuille faire honneur aux engagements de son parent). Si la situation est douteuse, il acceptera sous bénéfice d'inventaire, ce qui lui donnera l'avantage de ne payer les dettes successorales que dans les limites de l'actif et sur cet actif (a. 803 s.).

► La réserve héréditaire

Les personnes qui ont de proches parents, soit descendants, soit ascendants, ne peuvent pas disposer par libéralités de la totalité de leur patrimoine (a. 913 s.). La *réserve héréditaire* est la portion du patrimoine dont le *de cuius* n'avait pas le droit de disposer par donation, ou par legs. Inversement, la *quotité disponible* est la portion de son patrimoine dont il a pu disposer par donation ou par legs. Sont héritiers réservataires les descendants soit légitimes, soit naturels, les ascendants non seulement ascendants privilégiés, mais ascendants ordinaires. Ni les collatéraux, même les frères et sœurs, ni le conjoint survivant ne sont héritiers réservataires. Néanmoins, le conjoint survivant, s'il ne trouve pas dans la succession de quoi exercer son usufruit parce que le prédécédé a disposé de ses biens par des libéralités qui lui sont opposables, peut réclamer la pension alimentaire de l'a. 207-1.

En présence d'une descendance légitime ou naturelle, la quotité disponible est de la moitié du patrimoine si le défunt laisse un enfant, du tiers s'il en laisse deux, d'un quart s'il en laisse trois ou davantage (corrélativement la réserve de chaque enfant sera, selon les cas, de la moitié, du tiers, du quart, etc. ; a. 913). Si la succession est dévolue aux ascendants, la réserve est fixée de manière invariable au quart de la succession pour chacune des deux lignes (a. 914). Les enfants adultérins en concours avec les enfants issus du mariage ont une réserve diminuée (a. 915).

De l'existence de la réserve héréditaire, il résulte que le père ou la mère de famille ne peut exhériter, déshériter complètement ses enfants. L'exhérédation, qui avait joué un grand rôle dans les familles de l'Ancien Droit, ne peut plus consister aujourd'hui qu'à priver le successible de sa part dans la quotité disponible : la réserve ne saurait être touchée. Toutefois, dans les cas les plus graves, la loi déclare, le successible indigne de succéder (ex. lorsqu'il a donné ou tenté de donner la mort au défunt, a. 727).

B.G. — P. Catala, *Le régime des liquidations successorales*, 1982 ; Flour et Souleau, *Successions*, 1991 ; Grimaldi, *Successions*, 1998 ; Malaurie, *Successions et libéralités*, 1993 ; Mazeaud, *Leçons de droit civ.*, t. 4, 4^e éd. par A. Breton, 1980 ; Sériaux, *Successions, libéralités*, 1993 ; Terré et Lequette, *Successions, libéralités*, 1997.

HISTOIRE

Timbal, *Droit romain et ancien droit français, Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, 1975. Beaucoup de pratiques de l'Ancien Droit persistaient vers 1890 lorsque l'Allemand Alexandre von Brandt mena son enquête (*Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, trad. franç., 1901) et elles sont loin d'avoir disparu (cf. J. Hilaire, *Mélanges Aubenas*, 1974, 411 ; M. Salitot, *Héritage, parenté, et propriété en Franche-Comté du XIII^e siècle à nos jours*, 1988). — Sur le droit révolutionnaire, R. Villers, F. Fortunet, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1986, t. I, p. 335, 359.

SOCIOLOGIE

L'héritage sous sa forme classique reste une institution très vivace dans l'opinion publique et dans les faits. Mais il est des *formes cachées de l'héritage* : 1^o la *succession triangulaire* (ex. pensions du conjoint survivant, capital-décès, bénéfice d'une assurance sur la vie), où l'héritage est reçu d'un tiers (État, Sécurité sociale, compagnie d'assurance, toujours au fond la collectivité), à cause de l'époux ou du parent décédé ; 2^o et surtout la *succession culturelle*, par les privilèges d'éducation (cf. Bourdieu et Passeron, *Les héritiers*, 1964 ; Bourdieu, *La reproduction*, 1970). Cf. E. Toubiana, *L'héritage et sa psychopathologie*, 1988.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

A. Colin, Le droit de succession dans le C.C., *Livre du Centenaire*, 1904, I, 295 ; Vialleton, Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le C.C., *Mélanges Maury*, II, 577 ; Dagot, L'esprit des réformes récentes du droit successoral, *Mélanges G. Marty*, 1978, 305. — Suggestions de réforme dans *La dévolution successorale*, puis *Couple et modernité, gestion et transmission du patrimoine*, LXXII^e et LXXXIV^e Congrès des notaires de France, 1975 et 1988.

Plus politiquement, v. Lannes de Montebello, *Les critiques de l'héritage chez les socialistes français au XIX^e s.*, Th. Paris, 1917 ; T. Jonasco, Les principes du droit successoral socialiste en Europe, *Mélanges G. Marty*, 1978, 687. Cependant, dans la France d'aujourd'hui, les discussions de droit civil sont « court-circuitées » par le droit fiscal. L'ampleur des taux (a. 777 C.G.I.) fait de l'État le cohéritier de tous les successibles. Mais, indirectement, elle renforce la réserve des réservataires, et en crée une *de facto* au profit du conjoint, parce qu'elle décourage l'emploi de la quotité disponible en faveur des collatéraux et des non-parents (impôt à 60 %). Le tout, tempéré par la fraude.

Pour s'en tenir au droit civil, il est important de relever combien la politique législative qui, depuis le tournant de 1938, a infléchi sans retour notre système successoral, diverge de celle qui, plus spectaculaire, a secoué les autres parties du droit de la famille. Tandis que le droit des rapports interpersonnels (mariage, filiation) bougeait dans un sens individualiste, égalitaire, peut-être libertaire (d'apparence), qui a été si souvent dépeint comme un développement de l'idéologie de 89, reprise par le C.C. — le droit patrimonial de la famille *mortis causa* (successions et libéralités), loin de s'abandonner à cette inspiration, semblait plutôt la répudier pour retrouver des pratiques ancestrales. L'attribution préférentielle des exploitations agricoles et des entreprises a couvert des succédanés d'aïnesse et de masculinité ; l'assouplissement de la donation-partage a renforcé les pouvoirs du chef de famille ; certaines créations (ex. les G.A.E.C. [Groupements Agricoles d'Exploitation en Commun], introduits en 1962) ont habillé de neuf les communautés de l'Ancien Régime (cf. A.S., 91, 349).

Le mariage et la filiation auraient pu constituer, comme dans les éditions précédentes, la *summa divisio* du volume. En leur substituant l'*enfant* et le *couple*, nous changeons des mots et nous inversons un ordre. Cela demande quelques explications :

1° Le *couple* ne remplace pas le mariage, et il lui laisse sa valeur exceptionnelle de seule union sexuelle ritualisée (solennisée). Mais la *copula carnalis* est le fait matériel, commun à tous les cas. Il est réaliste que *couple* le rappelle : le droit saura faire la différence.

2° L'enfant ne se résume pas à sa *filiation* ; elle lui désigne seulement le cadre de l'éducation par laquelle il la dépassera.

3° Pourquoi l'*enfant avant le couple* ? C'est contre la priorité de la cause sur l'effet, contre l'ordre chronologique. Mais c'est l'ordre de la nature, qu'il faut lire en référence à la vie, non à la mort (comme dans les a. 721 et 722) : la primauté de l'enfant tient à ce qu'il est virtuellement en possession d'une portion de l'avenir.

Cette inversion reflète un changement de perspective qui s'est produit peu à peu dans le droit de la famille. La sociologie commence à en prendre conscience, de gauche comme de droite. Longtemps – depuis la loi Naquet de 1884 ?, plus vraisemblablement depuis la Seconde Guerre mondiale –, les questions cruciales de ce droit se sont situées autour du mariage et du divorce ; pour élargir et préciser à la fois : autour du couple, de ses tensions/conflits internes, de ses ruptures, les enfants n'apparaissant que par un biais, les enfants du divorce. Il ne faut pas croire, pour autant, que le changement de cap va se faire en direction de l'enfant tout seul, de son intérêt égoïste. Ce que l'on

présage est assez différent : le droit de la famille du XXI^e s. se réorientera sur la relation négligée parents/enfants. Deux ordres de facteurs auront contribué au mouvement :

— On a fini par se lasser du divorce, de la filiation, de leurs contentieux dominateurs. La vanité est apparue d'un système qui doit créer du droit sans répit pour aider les gens à se débarrasser du droit où ils se sont eux-mêmes emmêlés. Puis l'État s'interroge sur sa propre présence dans ce type d'affaires. Une intervention minimale est certes de droit, ici comme ailleurs, pour maintenir la paix entre litigants. Mais s'investir dans des débats sur la justice d'un divorce, la vérité d'une filiation n'a pas de justification politique, dès lors que ces débats sont coupés de toute incidence sur l'éducation des enfants. Où est l'intérêt public ? Ce ne seront jamais que des liquidations sans espoir.

— La dynamique est du côté de l'enfant, non pas l'enfant pour lui-même, mais pour l'intérêt collectif dont il est porteur, l'intérêt métaphysique de la société à persévérer dans l'être, ce qui ne veut pas dire se reproduire telle quelle, car l'être collectif comme l'être individuel est un devenir. On aurait tort de voir là un retour de politique nataliste. Ce qui compte, c'est le rapport de l'enfant à la société adulte, et réciproquement : l'élevage, l'éducation, l'héritage. Procréer, sans doute, si procréer, c'est créer plus loin. Il faut se laisser emporter, en tâchant de garder raison.

Question aux sociologues : si les déprédations et incivilités juvéniles observées dans les banlieues, en 1997-1998, n'ont pas poussé à la roue du changement.

LIVRE PREMIER

L'enfant

Ainsi que le faisaient pressentir les explications précédentes, dans cette partie placée sous la rubrique de *l'enfant*, nous séparons de la *filiation* les *rapports de droit* qui en sont issus entre les parents et celui qu'ils ont engendrés. La filiation n'a provisoirement d'autre sens que la désignation des adultes qui seront parties à ces rapports de droit – des rapports qui la dépassent. De ce dépassement nous avons justement des témoins autour de l'enfant, l'autorité parentale et l'héritage, deux institutions qu'il ne faut pas se lasser de rapprocher, car elles condensent pareillement en elles les conflits et les fusions des générations, conflits-fusions qui sont l'esprit secret du droit de la famille.

Dans ce rapprochement, d'ailleurs, nous apercevons déjà l'ambiguïté de *l'enfant* dans notre langue : l'enfant par l'âge et l'enfant de quelqu'un, non sans influence réciproque.

B.G. — Sur la polysémie du mot, v. Civ.¹ 25 juin 1996, D. 98, 453, et la note (toute en nuances) L. Brunet.

PREMIÈRE PARTIE

*Les rapports de droit
entre l'enfant et ses père et mère*

Ayant regagné pour de bon la rive du droit positif, nous empruntons à celui-ci la division que de lui-même il propose, la présentant comme une coupure décisive dans la vie de l'individu : l'accès à la majorité (a. 388 et 488). Le clivage semble devoir être d'autant plus net que la ligne de partage passe par un chiffre, les dix-huit ans d'âge. Peu importe, pour l'instant, si, dans les faits, la ligne s'est montrée plus flexible que dans le Code. Ici, il nous suffit du principe : d'un côté, il y a des *enfants mineurs* ; de l'autre, des majeurs, mais qui ne cessent pas, pour autant, d'être les *enfants de leurs pères et mères*.

B.G. — F. Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, perspectives comparatives et internationales*, 1998.

TITRE I

Les enfants mineurs

La majorité, que le C. Nap. avait fixée à 21 ans, a été abaissée à 18 ans (a. 488) par la loi du 5 juill. 1974. Tous les individus qui n'ont pas encore atteint cet âge sont dits *mineurs* (a. 388) et, à ce titre, en raison de leur jeunesse, placés dans une situation juridique particulière, situation d'incapacité *lato sensu* (a. 1124).

Un besoin de *protection*, naturel chez l'enfant, mais aussi le vouloir-vivre de la *communauté familiale*, qui postule une unité de direction, sont les fondements de cette incapacité. A y bien réfléchir, dans une institution comme l'autorité parentale, l'incapacité du mineur a autant son remède que sa cause.

A la minorité, à la jeunesse de l'individu se rapporte toute une série de règles, d'institutions du droit civil : non seulement ce que l'on appelle, trop étroitement, l'incapacité et qui est, en réalité, la *condition juridique du mineur*, non seulement ces institutions, *autorité parentale* et *tutelle*, qui fonctionnent, comme des remèdes à l'incapacité tout en étant aussi des expressions de la communauté familiale, mais même, et en premier lieu, l'*obligation*, qui incombe aux père et mère, *de nourrir, entretenir et élever l'enfant*, parce qu'il est jeté faible et nu sur la terre. Dans cette obligation comme dans l'autorité parentale, on pourrait, sans doute, voir également des *effets de la filiation*. Mais ce sont des effets de la filiation qui, à la différence d'autres (l'obligation alimentaire, le droit de succession), n'opèrent que pendant une période limitée de la vie de l'enfant (en quoi se révèle, de nouveau, l'ambiguïté du mot *enfant*, tantôt rapport permanent de parenté, tantôt âge transitoire de l'être humain).

La matière, pour une large part, est régie par le C.C., titres IX et X du livre I^{er}, mais ces textes ont fait l'objet de réformes importantes

en 1964, 1970 et, bien entendu, 1974, puis de ré-ajustements en 1985, 1987, 1993, l'objectif étant constamment de réaliser une meilleure égalité de pouvoir entre le père et la mère, l'enfant lui-même recevant en 1993 une certaine autonomie procédurale. Les mœurs et les coutumes (les coutumes de la maison, cf. a. 371-1-1), même la morale, sont ici utiles pour arrondir les angles du droit. Une tentation spécifique en ce domaine serait de transformer en questions juridiques les enfantillages qui y foisonnent et qui devraient être évacués vers le non-droit. Même depuis 1993 et l'a. 388-2 (autre chose est l'a. 388-1), il est rare qu'un contentieux oppose l'enfant à ses père et mère. Ce que l'on voit plus fréquemment, c'est, avant ou après divorce, le père et la mère s'affronter en justice, l'un d'eux poussant l'enfant devant lui.

Ce sont des questions délicates, et la justice ne peut se sentir bien à l'aise en se mêlant des affaires de famille. Il lui est, toutefois, proposé une ligne d'action : l'*intérêt de l'enfant*. La notion est citée dans maints articles du C.C. : ex. a. 57, al. 3, 287, 311, al. 2, 311-13, 353, 372-1-1, et nul doute que, même sans texte, les juges s'en inspirent. C'est une notion à contenu variable, à garnir au cas par cas. On admet qu'il s'agit d'un intérêt moral, intellectuel, plutôt que patrimonial (de quel côté s'annonce le plus gros héritage ? la question ne serait pas convenable). Il ne faut certainement pas s'en tenir à l'intérêt du moment, mais essayer de deviner, dans l'enfant, l'*ado*, puis l'adulte de demain. On résume parfois en évoquant l'intérêt *éducatif*, ce qui fait songer aux conseils de classe de fin d'année. La Convention internationale sur les droits de l'enfant (*infra*, Politique législative, *b*) a repris la notion, en la renforçant et en l'explicitant quelque peu, a. 3-1 : « 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. » L'expression soulignée suscite les réflexions : elle peut être entendue comme un comparatif (l'intérêt de l'enfant est notamment supérieur à celui des parents), mais aussi bien comme un absolu : ce serait l'intérêt suprême. Il n'y aurait rien au-dessus, parce que l'enfant cumulerait en lui toutes les faiblesses du monde : physique, psychologique, économique... Toutefois, cet appel à une *superprotection* concorderait mal avec l'idée d'autonomie qui anime l'ensemble de la Convention. *Suprême*, alors, se référerait à la société globale : elle s'approprierait l'intérêt de l'enfant. Non pas intérêt personnel de l'enfant, mais intérêt de la société, de l'humanité à ce qu'il y ait des enfants pour que la vie continue.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Goubeaux, nos 341 s., *Le droit de l'enfance*, 1980. — Sur la réforme de 1974, J. Massip, *L'abaissement de l'âge de la majorité*, 1975 ; Couchez, *J.C.P.*, 75, 1, 2684 ; E. Poisson, *D.* 76, chr. 21. — Sur la minorité en général, Ph. Robert, *Traité de droit des mineurs*, 1969 ; G. Raymond, *Le droit de l'enfance*, 1980. — Sur la variable « âge », Cornu, *L'âge civil, Mélanges Roubier*, 1961, II, 9 s. ; J. Cazals, *Age et droit privé*, Th., Paris II, 1976. — Avec pour axe la *protection de l'enfant*, *Travaux de l'Assoc. Capitant* (XXX), 1979 ; Garapon et Amiel, *Annales Vauresson*, 87 (2), p. 17 ; Fr. Dekeuwer-Défossez, *Le droit de l'enfant*, 1991 (sur la ligne des droits de l'homme et de la Convention de l'O.N.U., synthèse très cohérente). La direction de la Protection judiciaire de la jeunesse (au ministère de la Justice) publie une revue *Droit de l'enfance et de la famille* ; le Dalloz des Sommaires commentés consacrés aux *Droits de l'enfant* (ex. *D.* 96, Somm., 231).

HISTOIRE

Pendant longtemps, le droit romain s'était accommodé d'une majorité précoce, articulée sur la donnée naturelle de la puberté, l'adolescent continuant d'être encadré d'ailleurs par la forte puissance paternelle. Mais, sous l'Empire, s'y était superposée une majorité tardive, à 25 ans, l'âge où l'on devient raisonnable en affaires. Dans le dernier état de l'Ancien Droit, au-dessus de l'éventail des coutumes, cette majorité romaine représentait une sorte de droit commun. Entre 21 et 25, la Législative hésita un instant, mais, cherchant inconsciemment un appui dans la jeunesse, elle se décida pour 21 (l. 20 sept. 1792, sur l'état civil, tit. IV, a. 2). Cf. M.-Fr. Lévy et al., *L'enfant, la famille et la Révolution*, Institut de l'enfance et de la famille, 1989.

L'ouvrage de Philippe Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, 1960, avait été salué comme un ouvrage pionnier. Il est plus discuté aujourd'hui. On lui reproche notamment d'avoir accordé une place essentielle au sentiment que la société s'était fait de l'enfance, et aux changements de ce sentiment, phénomènes de psychologie collective assez difficiles à saisir. Il y a eu, en réalité, à toutes les époques, des attitudes très diverses des adultes à l'égard des enfants. C'est la réaction des enfants, ces muets de l'histoire, qui reste énigmatique. Nouvelle approche de la question chez E. Becchi et D. Julia, dir., *Histoire de l'enfance en Occident (de l'Antiquité à nos jours)*, 2 vol., 1998.

SOCIOLOGIE

Il y avait une beauté géométrique, sans doute aussi une vérité d'expérience, dans la théorie des trois sept, venue de Pythagore : 7 ans l'âge de raison, 14 la puberté, 21 la citoyenneté. Tout cela s'est brouillé, et nous usons d'autres coupes : 13 ans en droit pénal, 15 pour le mariage des filles, 16 pour être émancipé, aller seul au café (?), faire un testament, être une victime sans privilège dans les accidents de la circulation — et

18 ans pour tout. L'accès aux salles de cinéma est gradué (d. 92-445 du 15 mai 1992) : 12, 16, 18, l'apparence de l'âge ne pouvant être combattue que par des papiers d'identité. L'idée d'un abaissement général de la majorité civile à 16 ans, évoquée en 1994 (sous le gouvernement Balladur, à la suite d'une enquête sommaire parmi les jeunes), paraît avoir fait long feu : la multiplicité des seuils permet une entrée dans la vie en douceur. Mais un chiffre serait plus sécurisant (ce qu'aiment à la fois les classes les plus frustes... et les notaires (XCI^e Congrès, Tours, 1995). Cf. Marc Bessin, *Cours de vie et flexibilité temporelle ; la crise des seuils d'âge*, Th. Sociologie, Paris VIII, 1993 (l'ordre des âges contribue à l'ordre des sociétés). Il y a aussi des seuils de fait, de date imprévisible (le bac, l'amour, le premier emploi, etc.).

Ph. Ariès, *op. cit.*, 1960, avait appelé l'attention sur l'oscillation de la société française entre les deux modes d'éducation : à la maison ou au collège (en internat). Mais les collèges s'adressaient à des classes sociales d'un certain rang. L'« élevage » hors de la famille a revêtu, au cours des siècles, des formes plus générales, plus plébéiennes, et d'ailleurs fort variées dans leurs causalités : pour les plus petits, le *fosterage* des sociétés archaïques (cf. L. Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, 1964, p. 19 s.) ; plus tard, la nourrice de campagne ou « nourrice à emporter » (dans l'esprit du législateur révolutionnaire, elle n'avait pu se relever de la condamnation de Jean-Jacques, mais le XIX^e s., sans cesser de la surveiller, eut pour elle de la sollicitude ; l. 23 déc. 1874, privilégiant sa créance) ; pour les plus grands, la mise en apprentissage, voire le vagabondage toléré. Le C. Nap., tout en soumettant au contrôle paternel le départ du mineur (a. 374), avait pris en compte dans l'a. 1384 (« habitant avec eux ») ces pratiques d'éducation. Cf. Demolombe, V, n^o 210 : « Combien d'enfants à 15 ou 16 ans quittent leurs père et mère pour devenir marins, militaires, voyageurs de commerce, etc. »

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *L'âge de la majorité.* — Il avait été abaissé à 18 ans dans les législations du groupe soviétique : c'est une constante des révolutions que de chercher appui dans la jeunesse, et déjà l'âge de 21 ans représentait dans le C. Nap. une étape révolutionnaire. On ajoute que le jeune travailleur d'aujourd'hui fait preuve d'une maturité suffisante. « D'aujourd'hui » est de trop, mais l'observation a son fond de vrai, et, dans le régime féodal, le roturier était *en âge* à 14 ans révolus, tandis que le noble attendait 20 ans. La l. 14 déc. 1964 s'en était remise au bon vouloir des parents, en mettant à leur disposition une émancipation à effets étendus. Mais la question fut peu après relancée par l'exemple anglais. Le *Family Law Reform Act* de 1969 avait ramené de 21 à 18 ans l'âge de la majorité. Non sans prévoir des atténuations afin que les adolescents de 18 à 21 ans ne pussent être laissés sur le carreau par leurs familles. Et c'est là, en effet, que se révèle un certain formalisme du débat : à quoi bon proclamer la majorité du jeune si, par le service national, l'allongement des études, la difficulté du premier emploi, le parapluie des droits sociaux des parents, etc., qui retardent l'entrée dans la vie, il continue d'être économiquement dépendant (cf. C. Gokalp, *Quand vient l'âge du choix, enquête auprès des jeunes de 18 à 25 ans*, 1981, spéc. p. 113 s.) ? La difficulté de se loger contribue aussi à maintenir l'enfant majeur dans un état de dépendance. La jurisprudence a du moins proclamé le principe que nul individu majeur ne peut être tenu de

cohabiter avec ses parents (Soc. 28 avr. 1966, D. 66, 716 ; cf. R.T., 1960, 330), mais la seule conséquence pratique était de permettre au père d'exercer, en faveur de son fils majeur, le droit de reprise prévu par la l. 1^{er} sept. 1948 (a. 19) à l'encontre des ex-colocataires maintenus dans les lieux.

b) *La Convention-internationale relative aux droits de l'enfant* (dite encore *Convention de New York*, 26 janv. 1990). — Cette convention à laquelle l'O.N.U. travaillait depuis 1959 a fait irruption en 1990 dans l'actualité française (cf. G. Raymond, J.C.P., 90, 1, 3451), et applaudie des pouvoirs publics, ils en ont assuré, sans débats approfondis, la prompte ratification. Elle est ainsi devenue applicable en France dès 1990. Mais applicable par qui ? Par le législateur français aux fins de mise en conformité de sa législation ? ou par chacun de ses sujets — enfants surtout, par hypothèse — tirant des normes de la Convention autant de droits subjectifs ? A la grande indignation des auteurs qui défendent la supériorité absolue des traités sur le droit interne (ex. C. Neyrinck et P.-M. Martin, J.C.P., 93, 1, 3677, et, plus modérément, M.-Cl. Rondeau-Rivier, D. 93, chr. 203 ; cf. Introd., n^o 141), la Cour de cassation a opté très fermement pour la première solution (cf. *infra*, Politique judiciaire, c) : la Convention ne crée d'obligations qu'à la charge des États-parties.

On ne saurait prédire quelle part en sera, à la réflexion, transfusée dans nos lois civiles et *a fortiori* dans nos mœurs. Pour l'instant, la transfusion légale s'est limitée à l'entrée de deux droits nouveaux du mineur, le droit d'être entendu et défendu en justice (l. 8 janv. 1993 ; v. *infra*, p. 144). Car les critiques sont bientôt venues (v. notamment, I. Théry, *Le démariage*, 1993, spéc. 337 s.). Le texte saisit l'enfance comme si elle constituait une classe homogène (et non intégrée), alors que la conception moderne tend plutôt à l'envisager comme un épanouissement progressif (avec une intégration parallèle). Non pas que soit absente toute prise en compte des différents âges de l'enfant (v. surtout a. 12, 14-2) ; mais il aurait été bon de placer en tête cette variable naturelle, comme dominant l'ensemble ; et partant de là, on aurait sans doute été conduit à donner plus de relief à cet instant décisif de l'enfance qu'est l'adolescence (qui refuse du reste d'être enfance ; le vocable clef, du moins dans la version française, sera perçu comme infantilisant). Il ne faut pas reprocher à la convention d'avoir ignoré la famille. Loin de là : elle érige même en principe que l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré (a. 9 ; cf. a. 29c). Le contraire eût surpris, considérant l'influence qu'ont exercée sur l'élaboration du texte les États musulmans, intimement patriarcaux. Mais, chez nous, ce que l'on peut craindre, c'est que, détachées de l'encadrement familial et transportées du royaume de la grâce dans celui de la loi, les libertés proclamées ne deviennent autant d'actions en justice et ne fassent pulluler des conflits dissolvants à l'intérieur des maisons. Parmi ces libertés, il en est qui ont éveillé plus particulièrement le soupçon des esprits libéraux, hantés par le souvenir de la *Hitlerjugend* : la liberté d'expression, de pensée, de conscience, de religion, reconnue à l'enfant, sauf le rôle modeste de guides laissé à ses auteurs. Débat, in *Droit de l'enfance et de la famille*, Vaucresson, 1990/1, 91. Sur la suite, Alfandari *et al.*, *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant*, Rapports au secrétariat d'État à la famille, 1993 ; M. Dejardin et A. Quin, L'application de la Convention, *Dr. pros.*, 96 (1), 193.

c) *Puissance, protection, autonomie.* — En substituant à la puissance paternelle une fonction parentale de protection (a. 371-2), la l. 4 juin 1970 avait cru accomplir un progrès. Mais déjà un nouveau progrès paraît refouler le précédent au rang de vieilleries :

l'autonomie de l'enfant (dans une perspective individualiste de droits de l'homme miniaturisés) ne va-t-elle pas l'emporter sur sa protection ? V. en ce sens, Bonnard, La garde du mineur et son sentiment personnel, *R.T.*, 91, 49. On peut observer, néanmoins, que l'autonomie de l'adolescent est *de facto* comprimée à l'heure actuelle par des phénomènes lourds (signalés *supra* en a), qui ramènent l'enfant vers sa famille (suivant la prophétie de Malachie, 4, 6, diront certains).

d) *Le juge aux affaires familiales*. — La l. 8 janv. 1993 l'a mis partout. Mais c'est ici qu'il est juste de le présenter, car, délégué aux affaires familiales en général, il est (a. 247, al. 2) « plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs » (au pluriel, une collectivité). Le J.A.F. est mieux qu'une métamorphose verbale du J.A.M. (dont la référence *matrimoniale* ne convenait plus, puisqu'on lui demandait de s'occuper aussi dorénavant des enfants nés hors mariage). Il a reçu des compétences nouvelles ; il est notamment compétent pour prononcer le divorce, quelle qu'en soit la cause, sauf à renvoyer l'affaire à une audience collégiale, renvoi qui est de droit à la demande d'une partie (a. 247, al. 3). Cette faculté de renvoi semble, du reste, générale (C.O.J., a. L. 312-1). Par l'institution du J.A.F., le législateur de 1993 a poursuivi deux objectifs :

1° *Mettre fin à la dispersion antérieure* de la matière familiale. Il y avait le juge des tutelles, le tribunal de grande instance (ils vont être partiellement dépossédés), le juge des enfants (au titre de l'assistance éducative, un idéal, on n'y touchera pas) ; enfin le J.A.M. ou J.A.F. (on concentrera sur lui le plus de compétences possible). Peut-être une visée tactique n'avait-elle pas été étrangère à l'éparpillement précédent : diviser pour empêcher de régner, empêcher la justice, c'est-à-dire le Pouvoir, de trop régner sur les familles. Il est vrai que les justiciables perdaient parfois du temps et de l'argent à la recherche de la bonne juridiction. Mais il n'est pas sûr qu'ils n'aient pas encore, malgré la réforme, des occasions d'errer. C'est que les « affaires familiales » ne recouvrent pas tout le droit de la famille, et le J.A.F. pourra se trouver en conflit avec le juge de l'assistance éducative (cf. par ex. Civ.¹ 3 févr. 1987, D. 87, 513, 1^{re} esp.) et surtout avec le tribunal de grande instance, qui réaffirme sa compétence, sur les successions, les régimes matrimoniaux (hors divorce) et même la filiation. Celle-ci n'est pas uniquement la clé de l'héritage ; elle peut aussi concerner très personnellement l'enfant en tant qu'enfant. La loi a essayé de prévenir certains heurts (a. 61-3, 334-3, 374-1).

2° *Spécialiser un juge* pour les affaires familiales, dont l'originalité réclame une formation et une activité très différentes de celles qui ont cours dans le tout-venant du droit civil, plus dynamiques, plus humaines, à base de psychosociologie plutôt que de droit dogmatique. A quoi répond d'intention, dans la loi de 1993, le chapitre sur l'audition de l'enfant. Mais on y aperçoit vite les limites de l'innovation : l'enfant pourra être entendu par une autre personne que le juge. Déjà, sous l'ancien a. 290-3°, la Cour de cassation avait accepté, pour des raisons de fait, que fût placé devant le juge l'écran de l'enquête sociale (cf. Civ.² 5 juin 1991, D. 92, Somm., 63, *Rép. not.*, 92, 302, n. critique Massip). On peut faire le pari que, sous l'a. 388-1, la psychosociologie continuera d'être déléguée aux assistantes sociales très fréquemment. C'est un corps remarquable, épris de sa fonction. Certains le trouvent trop féminin, d'autres trop politisé, et la décentralisation l'a fait passer, avec des conséquences non élucidées, sous les fourches des conseils généraux.

THÉORIE JURIDIQUE

L'« avantage de l'enfant » était déjà, en 1804, dans l'a. 302 (relatif à la garde après divorce, remplacé en 1975 par l'a. 287). Mais, à notre époque, dans un droit de la famille qui est devenu pédocentrique, *l'intérêt de l'enfant* (mineur) fait figure de formule magique (cf. Ronfani, L'intérêt del minore, dato assiomatico o nozione magica ?, *R. Sociologia del diritto*, 97 (1), 47, 93 ; S. Frémeaux, Les notions indéterminées du droit de la famille, *Dr. pros.*, 98 (3), 865, spéc. 872. La notion d'intérêt, en général, est une notion fuyante (cf. A. Tribes, *Le rôle de la notion d'intérêt en matière civile*, Th., Paris II, ronéo, 1975 ; v. cep. Ost., *Entre droit et non-droit, l'intérêt*, Bruxelles, 1990). La notion de l'intérêt de l'enfant, bien que les auteurs se soient efforcés de la cerner (cf. Donnier, D. 1959, chr. 179 ; Leguy, *L'intérêt personnel de l'enfant et les relations familiales*, Th., Rennes, ronéo, 1974), n'offre pas moins de difficultés (cf. sur l'expertise psychosociologique en cette matière, I. Théry, *Annales Vauvresson*, 87 [2], 69 s.).

a) *Quelques précisions sont possibles*. — L'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec l'intérêt de la famille, concept dont la législation moderne fait aussi grand usage (ex. a. 220-1, 1397, 1429 ; cf. *supra*, p. 23). L'intérêt de la famille est plus large, puisque l'intérêt des enfants mineurs doit s'y combiner (selon quel subtil dosage ?) avec l'intérêt du ménage, l'intérêt des enfants majeurs, peut-être l'intérêt de la descendance au-delà de la première génération. Mis à part le « nourrisson » dont l'intérêt semble être lié irréfutablement aux soins maternels (Civ.¹ 25 mars 1997, D. 98, Somm. 291), l'intérêt de l'enfant n'est pas simplement son intérêt du moment, mais l'intérêt de son avenir, son intérêt d'homme dans un futur indéterminé. On parle souvent, à ce sujet, d'*intérêt éducatif*. C'est dire qu'il entre de la pédagogie dans la construction juridique. Or, il y a des écoles, des modes en pédagogie. La mode exige maintenant que soit évité tout traumatisme psychique (cf. a. 311-12, al. 2, 311-13, 357-2) — jusqu'au jour où l'on démontrera que les conflits trempent le caractère. Les traditionalistes concevaient l'éducation comme une adaptation à la société des parents, voire des grands-parents ; les progressistes voudraient en faire une ultra-adaptation à la société que l'enfant lui-même formera plus tard avec ses contemporains.

b) *Qui donc appréciera ?* — Pour les adultes, le droit s'en tire en postulant que chacun est juge de ses intérêts. A l'individu capable, on pourra bien objecter que les intérêts qui le font agir sont illégitimes, immoraux — non point qu'il agit sans intérêt : l'affirmation de la volonté dispense de contrôler l'opération intellectuelle. La situation est toute différente en présence d'un mineur : en droit, sa volonté est incapable ; en fait, sa vue est bornée au court terme. Il n'est pas alors trop déraisonnable de présumer que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui des père et mère ; partant, que c'est à eux d'en décider, plutôt qu'à des tiers. Sur cette présomption ancestrale, notre système juridique continue de se reposer — sans le dire. Quand il éprouve le besoin d'invoquer l'intérêt de l'enfant, c'est qu'il considère que cet intérêt pourrait, par exception, s'opposer à celui des parents, de l'un des parents. Et dans ce créneau, il tend à transférer, des père et mère à des fonctionnaires d'État, une part de l'autorité parentale.

c) *Interférence de la Convention sur les droits de l'enfant*. — La Cour de cassation n'admet pas que cette Convention puisse être invoquée directement devant les tribunaux judiciaires : ex. Civ.¹ 10 mars et 15 juill. 1993, D. 93, 361 et 94, 191, n. Massip, Soc. 13 juill. 1994, *Rép. not.*, 94, 1447, et Crim. 18 juin 1997, *ibid.*, 98, 321, n. Massip.

Le Conseil d'État, à l'opposé, paraît reconnaître à la Convention une possibilité d'application directe, au moins pour certaines de ses dispositions. Ainsi pour l'a. 3-1, Cons. d'État, 22 sept. 1997, *J.C.P.*, 97, 2, 10052, et 98, 1, 139, n° 10 : un préfet aurait dû faire prévaloir l'intérêt supérieur d'un enfant turc de 4 ans à n'être pas séparé de sa mère sur l'ordonnance prévoyant que la demande de regroupement familial doit être faite dans le pays d'origine. Mais l'arrêt relève que le père se désintéressait de l'enfant, qu'il n'y avait pas en Turquie de parenté pouvant l'accueillir. Si les circonstances avaient été inverses, le préfet aurait donc dû peser les intérêts en conflit : l'intérêt de l'enfant n'est que relativement supérieur, ce n'est pas un absolu.

d) *Une question négligée : à supposer le conflit, quel est le fondement de la préférence donnée par le droit à l'intérêt de l'enfant sur celui des parents ?* — Les uns diront : c'est que l'enfant est plus tendre, plus faible, plus périssable. On reconnaît l'axiome des naufrages : « Les femmes et les enfants d'abord ! » L'explication est individualiste. Il en est une autre, qui est sociale : l'enfant a privilège, parce qu'il représente l'avenir. Il est l'espérance de l'État, écrivait même Pothier (célibataire), que l'on se fût attendu à rencontrer plutôt sur l'autre bord. Ne nous imaginons pas, pourtant, que la montée de l'intérêt de l'enfant dans le droit moderne reflète la déroute des idées malthusiennes. Ce pourrait être tout le contraire (comme d'une plante rare, et en serre chaude).

e) *Le négatif de la notion : les domaines où l'enfant est en cause sans que son intérêt soit pris en considération.* — Dans ces domaines, les père et mère exercent encore des droits *discretionnaires* (cf. Rouast, *Les droits discretionnaires et les droits contrôlés*, *R.T.*, 44, 17). Le cas le plus net est représenté par le droit de consentir ou non au mariage de la mineure, malgré la faveur du mariage (ce n'est, il est vrai, que lui imposer un peu de patience). Mais on pourrait y joindre : le droit de *ne pas* l'émanciper, le droit de demander un divorce qui le fera souffrir ; dans la filiation naturelle, la faculté de le reconnaître ou non (même une action en recherche sans limites ne lui apportera pas l'équivalent). L'a. 348-6, en revanche, fait du droit de consentir à l'adoption un droit contrôlé (*infra*, p. 363).

Chapitre I

L'OBLIGATION DES PÈRE ET MÈRE DE NOURRIR, ENTRETENIR ET ÉLEVER LEURS ENFANTS

Il faut regarder comme une règle du droit positif la maxime *Qui fait l'enfant doit le nourrir*. Ce n'est pas, quoi que semble dire l'a. 203, le mariage qui est la source de l'obligation du père et de la mère, mais le seul fait biologique de la procréation.

1 | EXISTENCE DE L'OBLIGATION

► *Conditions*

Elle n'est pas limitée à la filiation légitime que vise l'a. 203, mais concerne aussi les enfants naturels et les enfants adoptifs. Elle pèse sur le père et sur la mère pendant la minorité de l'enfant, sans dépendre d'ailleurs de l'autorité parentale (elle continuerait de peser sur eux lors même que l'autorité parentale leur aurait été totalement retirée).

L'obligation dont il s'agit ne se confond pas avec l'obligation alimentaire qui existe de droit commun entre ascendants et descendants selon l'a. 205 : elle est *unilatérale* (à la charge des père et mère seulement), tandis que l'autre est réciproque, a. 207) ; elle est *limitée au premier degré*, tandis que l'autre s'étend à tous les ascendants ; elle ne se rapporte en principe qu'aux enfants *mineurs*, tandis que l'autre suppose un enfant qui vient à tomber dans le besoin après sa majorité ; elle est *inconditionnelle*, tandis que l'autre peut être diminuée ou sup-

primée, lorsque l'enfant créancier s'est rendu coupable d'un manquement grave envers le débiteur (a. 207, al. 2).

L'obligation particulière des père et mère est cependant subordonnée à cette condition générale de toute obligation alimentaire : les ressources du débiteur. Mais l'analogie s'arrête là ; les besoins du créancier n'entrent pas en ligne de compte. Le droit de l'enfant ne lui vient pas de ses besoins actuels, mais du fait inaltérable d'avoir été mis au monde. Toutefois, s'il a des revenus personnels, c'est là-dessus que l'on doit d'abord pourvoir à la dépense (arg. a. 385-2°) ; si, ayant dépassé l'âge de l'obligation scolaire, il peut gagner sa vie en travaillant, ses parents peuvent refuser de l'entretenir à ne rien faire, quand bien même ils en auraient les moyens.

► *Objet*

Il est triple : d'une part, nourrir et entretenir, ce qui correspond aux aliments, objet du rapport alimentaire de droit commun (cf. *supra*, p. 51) ; d'autre part, élever, qui s'explique par l'âge du sujet, et donne à l'obligation sa physionomie originale. Il y a peut-être plus qu'une nuance entre le devoir d'élever l'enfant et le devoir d'éducation dont il sera question à l'a. 371-2 dans l'autorité parentale. L'éducation est une action ordonnée au progrès moral et intellectuel ; l'« élevage » est plus prosaïquement matériel, il s'agit simplement de faire grandir l'enfant. Mais on présente parfois la différence sous un autre jour : tandis que l'éducation a un sens extrapatrimonial, le devoir d'élever l'enfant et plus généralement les devoirs de l'a. 203 sont envisagés sous leur aspect pécuniaire, comme source de frais, dans la mesure où ce second aspect peut être séparé du premier.

Dorénavant, néanmoins, pour simplifier, nous ferons abstraction de la distinction et nous ne parlerons plus que d'éducation. Encore faut-il en préciser l'objet. Classiquement, on y réunissait deux éléments : l'instruction générale et l'apprentissage d'une profession, mais on en excluait l'établissement dans la profession (a. 204), l'établissement – rare, du reste, avant 18 ans – étant caractérisé par l'acquisition d'un capital qui servira à l'exercice du métier (fonds de commerce, outillage important, etc.). Le C.C. lui-même marque l'opposition des deux notions (a. 851 et 852). A plus forte raison, la *constitution d'une dot*, donation en vue du mariage (a. 1081 s.), destinée à faciliter le mariage d'un enfant, majeur ou mineur, et surtout d'une fille, reste en dehors du devoir d'éducation (a. 204).

Le principe est que le devoir d'éducation, lié à l'autorité parentale, s'éteint avec elle. La jurisprudence, cependant, a admis un tempérament : des études ayant été commencées avant la majorité, si elles se poursuivent au-delà dans des conditions raisonnables, la charge en incombe aux parents, en ce sens du moins qu'entre époux divorcés, celui auprès duquel l'étudiant devenu majeur continue de vivre peut exiger de l'autre le maintien, pendant le temps nécessaire, de la pension allouée pour frais d'éducation. Il semble que l'a. 295 ait voulu confirmer cette solution, quoique la formule « *les enfants majeurs qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins* » soit peu explicite. Le texte s'applique, en tout cas, sans discussion aux frais d'entretien et de *rééducation* des enfants majeurs souffrant d'une infirmité physique ou mentale.

2 | EXÉCUTION DE L'OBLIGATION

La plupart du temps, l'obligation s'exécutera d'une manière non contentieuse, soit en nature, par le seul effet de la vie en commun légalement imposée aux mineurs (a. 371-3), soit en argent, les père et mère, le père *ou* la mère (a. 220), acquittant directement les dépenses d'entretien et d'éducation de l'enfant, ou lui remettant, comme à un mandataire, les sommes nécessaires pour les acquitter. Entre père et mère légitimes, ces frais, qui constituent des charges du mariage (a. 1409, 1448), seront répartis par le jeu du régime matrimonial.

Le contentieux, si contentieux il doit y avoir, pourra surgir sous diverses formes :

a) *Action de l'un des parents contre l'autre*. — L'hypothèse étant que les père et mère ne vivent pas ensemble, ce sera à celui des deux chez qui, en fait ou en droit, réside l'enfant, d'obtenir de l'autre une contribution aux frais d'entretien et d'éducation. L'obligation de l'a. 203 se détache et prend la forme d'une pension alimentaire, versée pour le compte de l'enfant mineur. Cette pension est spécialement prévue pour le cas de divorce (a. 293, l. 8 janv. 1993). Elle est due, en général, à celui des deux parents chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. Il ne faut pas la confondre avec la pension (a. 282) ou la rente (a. 276) qui peut être versée également à l'époux chez qui résident les enfants, mais pour ses besoins personnels. Il peut arriver que cet époux n'ait rien à toucher pour lui-même (parce que le divorce a été prononcé à ses torts exclusifs, a. 280-1, al. 1), tandis qu'il aura

une pension à percevoir pour le compte des enfants. Par analogie aux effets du divorce, il peut également y avoir lieu à pension alimentaire entre parents naturels, s'ils exercent en commun l'autorité parentale (a. 374, al. 5, l. 8 janv. 1993) : cette pension sera versée par le parent chez qui l'enfant ne réside pas habituellement.

b) *Action des tiers contre les parents.* — Si des établissements publics ou des personnes privées ont assuré l'entretien et l'éducation des enfants, ils peuvent avoir une action en remboursement contre les parents (soit recours de droit public, soit en droit privé, action de gestion d'affaires ou action *de in rem verso*). Il faut admettre, comme dans l'obligation alimentaire de droit commun, l'obligation de chacun des deux parents au tout (a. 220), sauf son action récursoire contre l'autre aux fins de contribution (cf. a. 1213).

c) *Action personnelle de l'enfant contre l'un des parents.* — Si la contribution pour frais d'études peut être prolongée au-delà de la minorité sur la base de l'a. 295, l'enfant majeur est en droit de la réclamer lui-même au parent débiteur, et la situation est alors très proche de celle qui résulterait d'une créance ordinaire d'aliments.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Derrida, *L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants*, Th., Alger, 1947 [éditée en 1952] ; Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 547 ; et maintenant J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille, I : Fondation et vie*, 1989, nos 1312 s.

HISTOIRE

L'Antiquité, le haut Moyen Age connurent l'abandon d'enfants, comme moyen de se délier de l'obligation. L'origine de l'a. 203 est dans Pothier (*Contrat de mariage*, n° 384), mais celui-ci, à côté de l'obligation née du mariage envers les enfants légitimes, admettait une obligation correspondante envers les enfants naturels (n° 394). Le premier projet de C.C. de Cambacérès (titre V, a. 2) érigeait en règle juridique une préoccupation de Jean-Jacques : le principal devoir des père et mère, après avoir nourri et élevé leurs enfants, est de leur *apprendre* ou *faire apprendre* [d'où, au passage, une prééminence implicite reconnue à l'orientation professionnelle sur l'hérédité] un métier d'agriculture ou d'art mécanique (un reste devait surnager dans l'ancien a. 764, d'avant la l. 3 janv. 1972 ; c'était tout ce qui était dû à l'enfant adultérin) ; *ceux qui négligeraient cette obligation sont tenus de fournir des aliments à leurs enfants pendant toute leur vie* (écho dans l'ancien a. 369 C.C., abrogé par l. 19 juin 1923).

THÉORIE JURIDIQUE

a) Acolas, I, p. 202 s., civiliste hors série (cf. Jamin, *R.T.*, 98, 548), avait construit des développements vigoureux autour du *droit de l'enfant*, formule de Victor Hugo (discours du 15 janv. 1850), que le radicalisme avait reprise. L'idée était déjà dans Kant : l'enfant vient au monde sans sa volonté, et l'enfant est une personne, il a un droit contre ceux qui lui ont imposé la vie. Cette idée a fait une étrange réapparition dans des affaires américaines (cf. Rheinstein, *Rechtswidrige Erzeugung menschlichen Lebens : ein neuer Grund deliktischer Haftung ?*, *Festschrift Fr. von Hippel*, 1967, 373 s.) : un enfant peut-il prétendre à dommages-intérêts pour avoir été engendré dans des conditions socialement misérables (inégalité raciale, illégitimité) ? La faute ne serait pas forcément celle des géniteurs, dont on pourrait discuter abondamment, avec ou sans la contraception, mais par ex. celle — plus claire — d'un hôpital psychiatrique qui n'aurait pas su empêcher le viol d'une de ses malades. Mais le préjudice ? La vie, même malheureuse, n'est-elle pas toujours préférable au néant ? L'esprit juridique aperçoit une difficulté à doter le non-être d'un droit subjectif. L'esprit religieux est troublé lorsque Job (3, 3) maudit la nuit où il fut conçu. Ce que l'on a vu en France est assez différent, quoique toujours troublant : des *mères* ont réclamé en vain des dommages-intérêts à des médecins ou à des hôpitaux pour I.V.G. ratée ; Riom, 6 juill. 1989, D. 91, Somm. 179, n. Penneau.

— On notera que, dans plusieurs collections de droit civil, cette matière, comme celle de l'autorité parentale, bien que spéciales aux enfants mineurs, sont rattachées au *droit de la famille*, non au droit des incapacités.

b) *Exercice d'exégèse* : le mot à mot de l'a. 203 peut suggérer des questions : les époux (*quid* en dehors de la filiation légitime ?) contractent (engagement contractuel impliqué dans le mariage-contrat ?) ensemble (l'un envers l'autre ? mais les obligations réciproques des époux ne sont réglées par le C.C. qu'au chapitre suivant ; solidairement ? cf. Ripert-Boulanger, I, nos 2318 s.) par le seul fait du mariage (les époux acceptent d'avance, dans le mariage, les enfants à naître ? le père, en particulier, n'a plus à la naissance à *suscipere liberos* ?)... Il conviendra aussi de relever le lien entre l'a. 203 et l'a. 852 ainsi qu'entre l'a. 204 et l'a. 851.

c) *L'obligation envers l'enfant mineur* selon l'a. 203 ne se confond pas avec l'obligation alimentaire des a. 205-207. Les arrêts reconnaissent très clairement que ce n'est pas une obligation alimentaire quand ils décident que son étendue ne dépend pas des besoins de l'enfant, mais uniquement des ressources des parents : Civ.¹ 2 mars 1994, *Bull.*, n° 77, *R.T.*, 94, 847, n. Hauser ; et indirectement, sur les recours entre père et mère, Civ.¹ 17 mai 1993 et 12 juill. 1994, *Bull.*, nos 168 et 244. L'a. 203 ne confère pas seulement à l'enfant un droit au strict nécessaire, mais le droit d'être élevé par ses père et mère, de participer à la situation sociale que leur procurent leurs revenus. Corrélativement, la règle « Aliments ne s'arrêtent pas », qui régit l'obligation alimentaire comme une sorte de contrôle des besoins du créancier (cf. t. II, n° 385), ne sera pas applicable ici, Civ.² 29 oct. 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19665 ; 8 déc. 1993, *Rép. not.*, 94, 322, n. Massip. La jurisprudence fait de même une application correcte de la distinction entre les deux institutions lorsque, devant la carence des père et mère sur l'a. 203, elle autorise l'enfant à se retourner vers les grands-parents, mais sur le terrain des a. 205 et 207.

d) Où la distinction se brouille, c'est quand l'enfant agit après sa majorité – plus pratiquement, lorsque l'un des père et mère (spécialement à la suite du divorce) demande à l'autre de continuer à verser une pension pour les *frais d'études* de l'enfant devenu majeur (cf. Pratique judiciaire, *b*). Occasion pour la doctrine de s'interroger sur la nature de cette obligation. Les uns y voient une obligation alimentaire ordinaire (donc soumise à la limite éventuelle des besoins), qui viendrait, au jour de la majorité, relayer le devoir d'éducation (cf. Desbois, *R.T.*, 1956, 511) ; les autres considèrent que c'est le devoir d'éducation qui continue (cf. A. Robert, *D.* 1966, 130 ; Nerson, *R.T.*, 1968, 142). Il est bien vrai que l'a. 203 ne mentionne pas la minorité de l'enfant (Lagarde, *R.T.*, 1954, 636). Toutefois, *élever l'enfant* suggère l'idée d'un enfant sous l'autorité parentale. A moins que l'on n'admette qu'après la majorité subsiste une autorité atténuée des père et mère, le devoir d'éducation prolongé impliquant corrélativement un certain pouvoir de contrôler, à travers l'utilité de la dépense, l'activité du bénéficiaire lui-même.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

L'a. 204, consacrant la maxime des pays de coutume *Ne dote qui ne veut*, satisfait les esprits démocratiques. La Grèce qui connaissait l'obligation de doter la fille l'a abolie comme archaïque en 1983 (cf. R. Shapiro, in Chazel *et al.*, *Normes juridiques et régulation sociale*, 1991, p. 357), et les féministes n'avaient pas été les moins ardentes à réclamer cette abolition. Pourtant, l'institution avait des côtés favorables à la femme, en comblant un peu de l'inégalité que, dans les familles, la vie continue à creuser entre les deux sexes. Il est vrai que, chez nous, la dot est en profonde décadence, tuée par une conception plus affective du mariage. Mais le phénomène a reparu sous de nouvelles formes. Ce qui est en cause, ce n'est pas tellement la dot que, plus général, intéressant garçons comme filles, *l'établissement* (cf. a. 213, *préparer l'avenir des enfants* ; et en 1972, *l'établissement*, mis au même rang que l'entretien et l'éducation de l'enfant naturel, dans l'ancien a. 340-5°). Bien plus qu'autrefois, il est devenu *nécessaire* aujourd'hui, pour s'établir dans une profession ou même simplement dans l'existence, d'avoir des avances ou du moins des droits acquis : un outillage, un fonds de commerce, une ferme, voire un logement et des appareils. Si les père et mère ont de tout cela au-delà de leur suffisance, pourront-ils refuser indéfiniment d'en donner sa part à l'enfant qui veut s'établir ? L'allongement de la durée de la vie humaine peut donner plus d'acuité au conflit, mais ce n'est plus un conflit pour enfants mineurs. Cf. Roussel *et al.*, *La famille après le mariage des enfants*, 1976 ; J. T. Godbont, *La norme de justice dans les relations de parenté* (ex. à propos de présents inégalement distribués ; il ne semble pas y avoir de norme de justice contraignante), *A.S.*, 95 (2), 351. L'allongement de la vie des enfants a suggéré aux grands-parents l'idée d'établir tout de suite leurs petits-enfants sans les faire attendre, par une libéralité (donation ou legs) sautant par-dessus la première génération. Le droit fiscal a favorisé cette pratique qui s'est répandue depuis 1990 (cf. D. Grillet-Ponton, *La famille et le fisc*, 1998, 90).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) Le langage de l'a. 204 avait suscité une controverse qui semble éteinte : les père et mère n'ont-ils pas l'*obligation naturelle* de doter leurs enfants, puisque celle-ci se définit comme une obligation dont le paiement ne peut être exigé par voie d'action en justice ? Pour l'obligation naturelle, Poitiers, 26 avr. 1923, *D.* 23, 2, 121, n. Savatier. Contre, Montpellier, 16 déc. 1901, *D.* 07, 2, 241, n. Capitant. Cf. Jean Savatier, n. *J.C.P.*, 1950, 2, 5839 ; Fl. Laroche-Gisserot *et al.*, *Dot, femme et mariage*, Colloque de Clermont-Ferrand, 1997. L'intérêt est restreint : validité de la promesse de dot faite sous seing privé (car ce n'est qu'une novation de l'obligation naturelle en obligation civile), tandis qu'il faudrait, en règle, un acte notarié, comme pour toute donation (a. 931). Pour et contre l'obligation naturelle, on peut transposer, d'ailleurs, tout ce qui a été dit *supra*, de *lege ferenda*, pour et contre la reconnaissance d'une obligation civile de doter.

b) A une époque aussi pédagogique que la nôtre, la détermination du *niveau d'éducation* qui doit entrer dans l'obligation des parents devrait soulever des problèmes, non pas tant sous la forme directe, évoquée par le Premier Consul et étudiée par les auteurs classiques (ex. Demolombe, *IV*, n° 9), du fils qui se pourvoit contre le père pour « demander à être mieux éduqué », mais sous des formes indirectes que la pratique a fait surgir : ex. à quel genre d'instruction peuvent prétendre les enfants de la victime d'un accident mortel pour l'évaluation des dommages-intérêts qu'ils réclament ? dans ses besoins, dont tient compte la l. 1^{er} sept. 1948 sur les loyers, a. 18, un locataire peut-il inclure la proximité d'un lycée pour ses enfants ? Cependant, c'est autour d'un règlement entre époux divorcés que la question a trouvé son véritable point de cristallisation : comment évaluer la pension allouée pour l'éducation des enfants ? partant, à quel niveau fixer cette éducation, et quel terme lui imposer ? Le minimum, correspondant à la notion stricte d'aliments, pourrait être représenté par la scolarité obligatoire, d'ailleurs offerte à peu près gratuitement par l'État (entre 3 et 16 ans ; et peut-être au-delà, à en croire la loi d'orientation sur l'éducation, l. 10 juill. 1989, du moins ses promesses, a. 3). Mais personne ne propose plus d'arrêter là les frais. Si l'on accepte le passage au secondaire, puis au supérieur, le problème rebondit : le devoir d'éducation du père peut-il survivre à la majorité de l'enfant ? Les tribunaux ont fini par admettre l'affirmative : Civ.² 18 mai 1967, *D.* 67, 633 ; Civ.² 12 juill. 1971, *D.* 71, 689 ; Civ.¹ 18 mai 1972, *D.* 72, 672 ; Civ.² 6 févr. 1985, *Bull.*, n° 32. L'affirmative, toutefois, n'est pas inconditionnelle. Mais quel sera le critère d'appréciation ? Un critère inavoué – de moins en moins avouable – pourrait être la situation pécuniaire (arg. a. 385-2°), voire le rang social de la famille. Il semble que deux considérations plus plausibles soient souvent mises en avant : 1° les études avaient été entamées pendant la minorité, donc sous l'empire de l'autorité parentale, si bien que l'on peut induire, de la part de celui qui a financé les débuts, une *promesse tacite* d'aller jusqu'au bout de son effort (cf. mais par analogie uniquement, a. 1372, al. 1) ; 2° la dépense est *utile*, en ce double sens que l'enfant a une aptitude convenable aux études qu'il poursuit et que ces études sont propres à lui procurer une profession.

La jurisprudence paraissait établie quand est venu interférer avec elle *l'abaissement de l'âge de la majorité* par la l. 5 juill. 1974. L'âge de 18 ans, d'après les moyennes offi-

cielles, se situe franchement en amont des études supérieures. N'aurait-il pas fallu en conclure que désormais ces études n'entraient plus dans le devoir d'éducation ? Cependant, dès l'année suivante, la réforme du divorce (l. 11 juill. 1975) a introduit dans le C.C. un a. 295, qui a suscité de nouveaux problèmes. Ce texte crée une sorte de minorité prolongée : nous le retrouverons sous cet aspect (*infra*, p. 168).

Chapitre II

L'AUTORITÉ PARENTALE

La l. 4 juin 1970, remaniant l'ensemble du titre IX du livre I^{er} du C.C., et remaniée par la suite à son tour, a substitué l'autorité parentale à la *puissance paternelle* (a. 371 s.). Ce n'est pas un simple changement de mots. L'institution du C. Nap. présentait deux caractères qui ne se retrouvent plus dans l'institution actuelle :

1° C'était un droit de *puissance*, en quoi il fallait entendre originellement un droit absolu portant sur la personne d'autrui et comportant le pouvoir de la contraindre – caractère que les interprètes, il est vrai, avaient eu tendance à édulcorer de plus en plus. Le C.C. avait connu un autre droit de même nature, la *puissance maritale*, que le mari exerçait sur la personne de la femme et qui comportait un devoir de protection, corrélatif à un devoir d'obéissance. Ce droit avait été aboli dès 1938.

2° C'était un droit essentiellement *paternel*, et bien que virtuellement la mère y eût part, le père seul en avait l'exercice ; ce caractère-là avait mieux résisté que l'autre, et avait même (à partir de la l. 22 sept. 1942) reçu un nouvel appui théorique dans la notion du mari chef de la famille.

En contraste, l'autorité parentale apparaît aujourd'hui :

1° Telle l'autorité dont le supérieur hiérarchique est pourvu dans une fonction publique ou privée, comme un ensemble de pouvoirs conditionnés par des devoirs, en vue d'une certaine finalité (l'intérêt de l'enfant, a. 371-2, al. 1 ; la nécessaire unité de direction dans le groupe familial, soit dit plus prosaïquement dans la maison, a. 371-3) ;

2° Comme une autorité qui doit être exercée de concert, sur un pied d'égalité, par les deux parents (cette dyarchie a fait l'objet de réaménagements après 1970, dans le sens maternel par la l. 23 déc. 1985,

puis dans le sens paternel, sans qu'on le dise, par la l. 22 juill. 1987, loi *Malhuret*.

3° Là-dessus, à quelques années à peine de la loi *Malhuret*, une loi du 8 janvier 1993 (loi importante et composite) est venue marquer la matière de nuances nouvelles :

— Elle s'efforce, également, de rapprocher un peu plus de la parenté légitime la parenté naturelle ; et symboliquement, pour couvrir de la même compétence toutes les familles, elle transforme le J.A.M. en J.A.F., le juge aux affaires *matrimoniales* en juge aux affaires *familiales* ;

— Par la promotion de ce J.A.F., elle fait un pas en direction de l'idéal sans cesse poursuivi des chambres de la famille, d'une justice, unique et proche, adaptée aux conflits familiaux, plus humaine, moins strictement juridique, orientée vers la protection, la protection des intérêts de l'enfant ;

— S'inspirant de la Convention internationale de 1990 sur les droits de l'enfant, elle tente de mettre le mineur en communication avec le juge par-dessus l'autorité parentale, et à cette fin elle le traite dans la procédure comme une personne, une grande personne.

Pour la clarté de l'exposé, il a semblé préférable de présenter l'autorité parentale et la condition juridique du mineur en deux chapitres distincts. Mais il est bon de garder présent à l'esprit que les deux sont intimement liées, forment un même rapport de droit, qui est un rapport de famille, en constant mouvement d'affection-tension. Les parents intègrent la rébellion de l'enfant à leur autorité, et l'enfant sent bien que la soumission fait partie de sa condition. Les passages se font par fondu-enchaîné.

1 / Attribution de l'autorité parentale

PRÉALABLE : DOMAINE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Elle n'est applicable qu'aux *enfants mineurs non émancipés* (a. 371-1).

La puissance paternelle du C.C., à la différence de la *patria potestas* romaine, était un état temporaire ; et il en est de même de l'autorité parentale : liée au besoin de protection qu'a l'enfant, elle cesse lorsqu'il est parvenu à un âge suffisant de maturité. Cet âge est fixé forfaitairement par la loi à 18 ans. Au-delà, il ne reste rien de l'autorité parentale, l'enfant est affranchi de toute autorité même

pour les actes les plus graves de la vie, même pour ceux qui peuvent retentir sur la famille dont il est issu ; ainsi, pour contracter son propre mariage. L'enfant majeur est absolument indépendant (a. 488, al. 1).

Dans l'enclos des dix-huit ans, parfois une encoche : c'est l'*émancipation* (*infra*, p. 149) ; au-delà, c'est une *ombre de l'autorité parentale* que l'on entrevoit (*infra*, p. 167).

I | LES PÈRE ET MÈRE, TITULAIRES DE L'AUTORITÉ PARENTALE

L'autorité parentale leur est attribuée en premier, aux deux conjointement en principe ; par exception à l'un d'eux seulement. Plusieurs cas doivent être distingués, et d'abord par l'effet inévitable de la filiation de l'enfant.

► *Enfant légitime*

Il est une *hypothèse type*, sur laquelle il est commode de raisonner, parce qu'elle est probablement la plus nombreuse et soulève en droit le moins de difficultés ; la famille close sur elle-même, fermée à l'intervention judiciaire : famille *légitime* où les père et mère sont vivants, unis par un lien matrimonial intact, et tous deux en état d'exercer leurs droits et d'accomplir leurs obligations. A partir de ce prototype, différentes situations se conçoivent, qui s'en éloignent plus ou moins.

a) *Hypothèse type*

La plénitude de l'autorité parentale réside dans la conjonction des deux parents. Les père et mère et c'est assez. Toutefois, à l'arrière-plan, les grands-parents, dans les deux lignes, possèdent comme une ombre d'autorité parentale (la preuve, c'est qu'elle peut leur être retirée, a. 378, al. 2). Elle se manifeste dans le droit qui leur est reconnu (du vivant même des père et mère, en conflit possible avec ceux-ci) d'entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants — ce qui aura pour traduction concrète un droit de correspondance, de

visite, voire d'hébergement, qui ne pourrait être restreint ou supprimé que par le J.A.F. et pour des motifs graves (a. 371-4, al. 1).

Pour s'en tenir aux père et mère, le principe, deux fois proclamé (a. 213 et 372), est que l'autorité parentale doit être exercée par eux *en commun* : en droit, la famille n'est plus une monarchie (l'a-t-elle jamais été selon les mœurs ?), elle est une dyarchie. A ce principe, on aperçoit quelques exceptions, où l'autorité parentale s'exercera *séparément* ; et l'on peut se demander, en outre, quel rôle peut être ici reconnu à la *volonté privée*.

1° *Le principe : l'autorité parentale exercée en commun*

Rien de plus simple si les deux époux sont du même avis. Mais si leurs avis sont divergents ? Comme toujours, c'est la situation pathologique, plus que la bonne santé, qui a attiré l'attention.

Premier cas : accord des époux. — Encore faut-il le constater. Rigoureusement, les tiers pourraient exiger double présence ou double signature. L'a. 372-2 facilite la vie par une présomption de pouvoir (cf. des formules analogues, tendant à combattre l'irréalisme de l'égalité, a. 389-4, 222, al. 2, 1421, al. 1) : celui qui a décidé est censé avoir eu l'accord de l'autre. Les tiers de bonne foi (ils le sont s'ils n'ont pas eu connaissance d'une mésentente entre les parents) seront exempts de responsabilité. Pourvu, toutefois, qu'il s'agisse d'une *acte usuel* de l'autorité parentale (appréciation délicate : excuser une absence du collège est un acte usuel ; mais où commence l'absentéisme dangereux ?).

L'accord peut être, il est le plus souvent spontané. Il pourrait être obtenu au terme d'une discussion que l'a. 372-1-1, al. 1, semble décrire comme serrée (c'est dit, cependant, au conditionnel : tout cela est si peu croyable). Pour aider les époux à découvrir un terrain d'entente, le texte, à demi-mot, leur donne plusieurs conseils :

— Rechercher l'intérêt de l'enfant, avec cette précision, qui vient de l'a. 213, qu'il faut considérer son avenir autant et plus que le présent (mais le critère reste vague, la loi est sans illusion : les deux parents veulent également le bien de l'enfant, seulement ils ne le voient pas de la même manière) ;

— Se faire mutuellement des concessions (si la conciliation, selon l'a. 2, doit être tentée devant le juge, à plus forte raison elle est à sa place dans l'intimité du foyer) ;

— Tenir compte de la pratique antérieurement suivie dans des occasions semblables. A cet endroit, le conseil se mue en règle : la loi fait une espèce de renvoi à la coutume du groupe, ou du moins à un

pacte tacitement conclu entre les intéressés (cf. a. 376-1). Il va de soi qu'à ce stade de débat purement privé, la règle ne s'appliquera que par le bon vouloir des époux.

L'accord des époux étant le cas statistiquement le plus probable, l'a. 372-2 en présume l'existence à l'égard des tiers. C'est une présomption légale qui a pour but de faciliter la vie quotidienne de la famille, en empêchant que la dyarchie, désirée comme un progrès, ne serve de prétexte aux bureaucraties pour exiger à tout propos une double signature (cf. dans le même esprit, l'a. 222). Cette présomption d'entente accompagne chacun des deux parents quand il se présente seul pour faire un acte *usuel* relativement à la personne de l'enfant (ex. inscription dans un établissement d'éducation, consentement à une intervention chirurgicale bénigne). Elle a pour corollaire patrimonial la présomption de pouvoir contenue dans l'a. 220, par le jeu de laquelle sera assuré le paiement de l'acte. Les tiers ne sont plus, d'ailleurs, protégés quand ils sont de mauvaise foi : ils engagent leur responsabilité, et l'acte peut être annulé, s'ils traitent avec un époux sachant que l'autre n'est pas d'accord.

Deuxième cas : désaccord des époux. — La décision qui était envisagée se trouve bloquée. L'un quelconque des époux peut saisir le juge — avant la loi du 8 janv. 1993, le juge des tutelles ; depuis, le juge aux affaires familiales — aux fins d'arbitrer le différend. La demande est instruite et jugée comme en matière de tutelle des mineurs (a. 1179 C. Pr. C.). Le juge essaiera d'abord de concilier les parties, de les amener par des concessions réciproques à une décision commune. Faute d'y parvenir, il jugera. Si la preuve lui est rapportée d'une pratique antérieure qui soit bonne, il doit l'appliquer. Sinon, il tranchera entre les deux avis qui ont été proposés. Peut-être même pourrait-il se prononcer pour une tierce solution. Le recours au J.A.F. ne saurait concerner certains attributs de l'autorité parentale auxquels la loi a consacré des dispositions particulières : le consentement à mariage (v. *infra*, b), le consentement à adoption (pour lequel existe une procédure distincte de résolution des conflits, a. 348-6).

2° *Les exceptions : l'autorité parentale exercée séparément*

Ce sont des cas où la loi reconnaît à chacun des deux parents un droit personnel et indépendant à agir, parce qu'elle considère que l'acte peut, de sa nature, produire directement ses effets en faveur de l'enfant, sans que la coopération de l'autre conjoint y soit nécessaire.

Le cas le plus remarquable est celui du consentement à mariage : un seul, en consentant, libère le mineur (a. 148). D'autres cas sont moins voyants (a. 375, 375-6, 377, al. 1, 935).

3° Rôle de la volonté privée

L'autorité parentale étant une fonction, un devoir autant qu'un droit, la loi qui en attribue l'exercice est une loi d'ordre public. L'autorité elle-même est hors du commerce (au sens de l'a. 1128), elle ne saurait faire l'objet d'une renonciation (unilatérale) ni d'une cession (par contrat, fût-ce par contrat de mariage, a. 1388). Toutefois, après avoir posé ce principe d'indisponibilité dans l'a. 376, la loi y apporte des exceptions – exceptions d'ailleurs purement apparentes, car elles supposent toutes que la volonté des parties vienne s'insérer dans un jugement, de sorte que, si l'autorité parentale se trouve modifiée, c'est au fond par un acte de l'autorité publique. Deux combinaisons très différentes sont prévues par la loi : les *pactes entre époux* et les *délégations à des tiers* :

— *Les pactes entre époux*. — Ils sont habituellement pratiqués en cas de divorce, mais ils peuvent l'être aussi dans un ménage parfaitement uni : afin de prévenir d'éventuelles difficultés on règle d'avance certaines modalités de l'éducation des enfants (ex. leur éducation religieuse dans un ménage confessionnellement mixte). Si, par la suite, un désaccord surgit, le J.A.F., saisi en vertu de l'a. 372-1, pourra tenir compte de l'arrangement antérieurement convenu. Ce genre de pacte ne paraît, cependant, devoir être efficace qu'autant qu'il se borne à régler des points particuliers : ne pourrait être validée par le juge une abdication totale qu'un époux aurait consentie de ses droits.

— *Les délégations de l'autorité parentale à des tiers* (a. 377-1 s. ; cf. *infra*, p. 103).

b) Les situations dérogatoires

Dans plusieurs cas, l'autorité parentale cesse de s'exercer selon les normes qui viennent d'être indiquées.

1° *Du vivant des deux époux et le lien matrimonial étant intact*, l'a. 373 énumère un certain nombre d'éventualités où l'exercice de l'autorité parentale sera dévolu en entier à un seul des deux parents (a. 373-1). La dévolution a lieu de plein droit, semble-t-il, mais sauf décision contraire du tribunal. Il en est ainsi tantôt par suite d'une *force majeure* atteignant l'un des parents, qui se trouve dans l'impos-

sibilité de manifester sa volonté (a. 373-1°), tantôt en conséquence d'une *délégation* d'autorité qu'aurait consentie *un seul* des parents (a. 373-2°), tantôt à titre de *sanction* (a. 373-3° et 4°).

2° *Du vivant des deux époux et le lien matrimonial étant atteint par l'effet du divorce ou de la séparation de corps*, lors même que l'autorité parentale continuerait d'être exercée en commun par les deux parents (comme c'était le vœu de la l. 22 juill. 1987, et comme c'est le principe depuis la l. 8 janv. 1993, a. 287), son exercice se trouvera gravement altéré par l'attribution, à l'un ou à l'autre, du droit de faire résider les enfants habituellement chez lui.

3° *Au décès de l'un des deux parents*, il se produit aussi des modifications : l'exercice de l'autorité parentale est dévolu en entier au survivant (a. 373-1) ; outre que, quant à la gestion du patrimoine, l'administration légale pure et simple est remplacée par l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'automatisme de la dévolution peut, toutefois, être bloqué par le juge, lorsque le décès se superpose à une rupture précédemment accomplie par divorce ou séparation du corps (a. 373-3).

4° *Les père et mère étant tous deux décédés*, l'autorité parentale disparaît en principe (a. 373-4). Il en subsiste, néanmoins, quelques attributs en la personne des *ascendants*, grands-parents de l'un et l'autre sexe, voire arrière-grands-parents.

► *Enfant naturel*

L'exercice de l'autorité parentale est distribué par l'a. 374 selon des critères différents de ceux qui sont utilisés pour l'enfant légitime :

1° Préférence accordée à la reconnaissance volontaire qui laisse présumer une plus grande affection pour l'enfant (cf. a. 374, al. 2) ;

2° Renforcement de cette préférence par la preuve de la vie en commun (concubinage) des père et mère (a. 372, al. 2) ;

3° A défaut des données précédentes, préférence accordée à la mère (a. 374, al. 2, la famille naturelle retourne spontanément au matriarcat) ;

4° Rôle ménagé à la volonté des père et mère (a. 374, al. 2) ;

5° Intervention toujours possible du J.A.F.

Par application de ces critères, la l. 8 janv. 1993 fait une distinction capitale dans la situation des père et mère de l'enfant naturel sous le rapport de l'autorité parentale.

a) *Le cas privilégié.* — C'est celui de l'a. 372, al. 2, la famille naturelle espérée, présumée stable.

Le texte définit cette famille par quatre éléments constitutifs :

- une filiation établie des deux côtés,
- par deux reconnaissances volontaires (la double possession d'état, double reconnaissance tacite, ne pourrait semble-t-il, y être assimilée, les privilèges sont de droit étroit),
- intervenues dans un espace d'une année depuis la naissance,
- et avec communauté de vie au moment des reconnaissances concomitantes ou de la seconde reconnaissance.

La communauté de vie est un fait, qui pourrait être prouvé par tous les moyens, mais l'a. 372-1 a organisé un mode de preuve spécial, un *acte de vie commune* (certificat de concubinage ?) délivré par le J.A.F. au vu des éléments produits par le demandeur (a. 1179-2 C. Pr. C.). On peut lui attribuer la force probante d'un acte de notoriété (cf. a. 311-3).

Lorsque les quatre conditions sont réunies, les père et mère de l'enfant naturel sont appelés à exercer l'autorité parentale en commun. Cet exercice conjoint se déroule suivant les mêmes règles que dans la famille légitime. Pour souligner plus fortement l'assimilation, dans les a. 372-1 (devenu 372-1-1) et 372-2, la loi de 1993 a substitué au mot *époux* le mot *parent*. A défaut d'un statut du concubinage, c'est l'ébauche d'un statut de *coparentalité* : dans une loi désordonnée une intuition géniale (cf. *infra*, p. 120, 679).

Cependant, la stabilité du couple n'est pas garantie. Si les trois premières conditions sont acquises une fois pour toutes, la vie commune, telle que la saisit l'a. 372, al. 2, n'est que la photographie d'un *moment*. Le texte n'exige pas le renouvellement périodique de l'acte de vie commune, pas plus qu'il n'envisage, à l'inverse, un certificat de cessation de cohabitation. Il fallait donc prévoir, pour ce qui est *quant aux enfants* l'équivalent d'un mariage, l'équivalent d'un divorce *quant aux enfants*. Tel est le sens du renvoi que l'a. 372, al. 3, fait à l'a. 374, al. 3 et 4. Le J.A.F. pourra toujours, à la demande de l'un des parents ou du ministère public, modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale, remplacer l'exercice commun par l'exercice d'un seul, désigner celui des deux chez qui l'enfant aura sa résidence habituelle. Et l'on retrouve ici, en plus rudimentaire (cf. a. 288, 291), l'équivalent des effets du divorce : le droit de surveillance, les droits de visite et d'hébergement, et aussi l'éventualité d'une pension alimentaire (a. 374, al. 5 ; cf. *infra*, p. 689).

Le couple peut être dissous par la mort de l'un des deux parents. L'exercice de l'autorité parentale doit alors passer en entier — et de

droit, semble-t-il — au survivant. La loi de 1993, toutefois, ajoutant un alinéa à l'a. 373-3, dispose, par analogie à l'hypothèse du décès après divorce, que cet automatisme de la dévolution pourra être écarté par le juge lorsque les père et mère résidaient séparément. C'est le seul point où la cessation de la communauté de vie est prise en considération par la loi. Le juge pourra être saisi par un membre de la famille ou par le mineur lui-même ; il pourrait se saisir d'office.

b) *Les cas ordinaires.* — Ils se présentent dès que manque l'une des quatre conditions dont la réunion fait le cas privilégié. Ce qui peut se produire de deux manières, avec des conséquences différentes.

1° La filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un des deux parents : nécessairement ce parent exercera seul l'autorité parentale (a. 374, al. 1).

2° La filiation est établie des deux côtés, mais, au moins d'un côté, elle a été établie par jugement ou possession d'état, non par reconnaissance volontaire, ou bien la reconnaissance a été tardive, ou bien encore elle n'a pas été accompagnée de cohabitation : il faut en revenir au pivot de la famille naturelle, à la mère, c'est elle qui exercera l'autorité parentale, et l'exercera seule (a. 374, al. 2). Toutefois, cette disposition de la loi n'est pas irréversible.

— Par déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance (l. 8 févr. 1995), les parents peuvent s'accorder pour exercer l'autorité parentale en commun.

— Par décision du J.A.F., l'exercice de l'autorité parentale peut être mis en commun ou transféré de la mère au père.

Plus généralement, le juge peut modifier, moduler, compléter l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant naturel, et les al. 3, 4, 5 de l'a. 374 lui proposent des moyens analogues, sinon identiques, à ceux qui ont été rodés par le droit du divorce. A y regarder de près, le contrôle judiciaire est plus prononcé, sans doute, sur les parents naturels que sur les parents divorcés. C'est que le divorce laisse subsister des traces du projet primitif de stabilité.

► *Enfant adoptif*

Dans l'adoption simple, l'autorité parentale cesse d'appartenir aux père et mère originaires pour passer à l'adoptant (a. 365). Si celui-ci décède ou devient incapable, c'est la tutelle qui s'ouvre. Les parents par le sang ne recouvrent pas l'autorité parentale ; ils pourront seulement être admis dans le conseil de famille. Lorsqu'il y a eu adoption

simple par deux époux, le couple des adoptants est assimilé aux père et mère légitimes pour l'exercice de l'autorité parentale (a. 365). Ces solutions, à plus forte raison, valent pour l'adoption plénière (a. 356).

2 | LES PERSONNES « IN LOCO PARENTUM »

Le postulat étant que l'enfant mineur ne doit pas rester sans protection, ni sans discipline (au moins latente), certaines personnes ont le droit d'exercer l'autorité parentale, ou du moins quelques-uns de ses attributs, à défaut des parents, aux lieu et place de ceux-ci (*in loco parentum*, l'expression était familière à l'Ancien Droit).

Rationnellement, cette extension de l'autorité parentale devrait s'accompagner d'une extension à l'intervenant de la responsabilité des père et mère envers les tiers. Mais la responsabilité du fait des mineurs est traditionnellement restreinte aux cas littéralement prévus par l'a. 1384, et la réinterprétation de l'al. 1^{er}, qui a conduit à la reconnaissance d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, n'a jusqu'à présent fonctionné qu'au compte-gouttes. Le besoin d'interventions *in loco parentum* est beaucoup plus vaste. Il ne faut pas, cependant, s'exagérer la portée pratique de la lacune de notre droit positif sur ce point, car, heureusement, la plupart des comportements d'enfant qui peuvent rendre désirable la réaction immédiate d'un adulte ne sont pas des comportements dommageables pour les tiers, mais tout au plus pour le mineur lui-même.

a) *Cas prévus par la loi.* — 1° *Mineur en tutelle.* Il arrive que la tutelle coexiste avec la présence des père et mère ou de l'un d'eux : c'est alors l'autorité parentale qui s'applique selon les règles définies plus haut, et l'on peut faire abstraction de la tutelle. La norme (a. 390) est que la tutelle s'ouvre seulement lorsque les père et mère sont tous deux décédés : l'autorité parentale est alors éteinte par défaut de titulaires ; ce qui la remplace, à quoi l'on préfère appliquer l'expression de *gouvernement de la personne du pupille*, sera exercé par le conseil de famille (a. 407 s.). C'est lui, notamment, qui donne le consentement au mariage (a. 159) ou à l'adoption (a. 348, al. 3), demande l'émancipation (a. 478), décide des actions en justice relatives à des droits extra-patrimoniaux (a. 464, al. 3). C'est lui, surtout, qui détermine, non seulement par des directives générales (a. 449), mais par une évaluation des dépenses à engager (a. 454, al. 1), quel sera le genre de vie de l'enfant, quelle sera son éducation.

Il apparaît ainsi comme le dépositaire de l'autorité parentale laissée vacante par la mort des père et mère. Cette autorité, toutefois,

ne lui est transmise qu'amoindrie : d'abord, parce qu'elle n'est jamais discrétionnaire entre ses mains, étant soumise en toutes matières à des recours devant le tribunal de grande instance (a. 1222 C.Pr.C.) ; puis, parce qu'elle n'est pas absolument libre, le conseil ayant le devoir de se conformer, pour l'éducation du pupille (notamment, son éducation religieuse), à la ligne que, de leur vivant, les parents avaient déjà tracée (a. 449) ; enfin, parce que, bien que permanent en principe (a. 407, al. 2), il est intermittent dans ses réunions (a. 410), et ne peut donc faire plus que de répondre à des interrogations qui lui sont adressées cas par cas, sans la continuité que requiert un projet d'éducation.

En face du conseil de famille, sur ce terrain du gouvernement de la personne, le tuteur (parent, ami ou tiers) a l'air de n'être qu'un organe d'exécution. Il est chargé du soin, de la surveillance et de l'éducation au jour le jour (a. 450, al. 1, 373-4, al. 1). Il faut lui reconnaître une autorité sur le pupille, une autorité par la présence, bien qu'il ne soit pas responsable des dommages que celui-ci a pu causer à autrui (on refuse de lui étendre par analogie l'art. 1384, al. 4), et les tribunaux ne l'ont pas encore fait entrer sous la responsabilité générale du fait d'autrui (a. 1384, al. 1) qu'ils ont découverte en 1991 (cf. t. IV, n° 235).

Le mineur lui-même n'est pas tenu à l'écart : à 16 ans, il peut demander la convocation du conseil de famille, assister aux séances à titre consultatif. Une loi du 14 mai 1998 a étendu ces droits à l'enfant de moins de 16 ans que le conseil a estimé capable de discernement (a. 410, 411, 415).

2° *Les délégations de l'autorité parentale* (a. 376-1 s.). Hypothèse : un mineur de moins de 16 ans se trouve hors de la maison familiale, ayant été remis à un particulier, à un établissement ou au service de l'Aide sociale à l'enfance. Les père et mère peuvent déléguer, en tout ou en partie, l'exercice de leur autorité à ceux qui, en fait, élèvent l'enfant ; mais il faut que le J.A.F. homologue leur renonciation (a. 377). Le juge peut même, en certains cas (a. 377, al. 3, 377-1), se passer de leur volonté. L'institution n'est pas sans évoquer le retrait, total ou partiel, de l'autorité parentale (quoique les apparences soient sauvegardées) ; à l'arrière-plan, elle laisse soupçonner une situation familiale troublée. Elle pourrait, néanmoins, trouver un emploi nouveau et utile dans le cadre des familles recomposées : le second conjoint (belle-mère ou surtout beau-père) pourrait, par délégation, exercer sur les enfants de l'autre la part d'autorité qui se trouve vacante.

b) *Cas coutumiers*. — Ils ne coulent pas de source, faute peut-être d'une réflexion d'ensemble de notre droit sur l'*in loco parentum*. Mais on en viendra à les admettre plus volontiers sous l'effet conjugué de deux phénomènes des banlieues : le pullulement des infractions et surtout des « incivilités » juvéniles (en langage fin de siècle, des méfaits aux franges de la délinquance), d'une part, et d'autre part, la carence des parents, spécialement des pères, à exercer leur autorité.

1° *Les enseignants « lato sensu »*. Jadis, la coutume eût supposé une délégation informelle de la mère à la maîtresse d'école. Puis, au vu de l'a. 1384, al. 6, C.C., on a pensé que de leur responsabilité les artisans et instituteurs pouvaient induire une autorité sur les apprentis ou les élèves : qui risque d'avoir à payer doit avoir les moyens de se faire obéir. Mais les artisans de l'a. 1384 sont devenus rares ; et la responsabilité de l'enseignant public a été prise en charge par l'État (cf. t. IV, n° 239), pendant que son autorité à l'intérieur de la classe était encadrée, enserrée dans la réglementation administrative de la discipline scolaire. Tout au plus pourrait-il opposer aux plaintes des familles son droit de punir comme fait justificatif. Encore est-il bien connu que les mères qui reprochent à l'instituteur de ne pas savoir discipliner leur progéniture sont prêtes à s'enflammer de colère pour peu qu'il l'ait disciplinée de trop près.

2° *Le tiers intervenant*. Si un passant aperçoit dans la rue un gamin en train de se livrer à une activité dommageable pour lui-même ou pour autrui, on ne lui conteste pas le pouvoir d'y mettre fin par semonce, contrainte ou même violence (selon l'âge et les faits). Comment justifier ce droit d'ingérence sur la personne de l'enfant des autres ? Les conditions de l'incrimination pour non-assistance à personne en danger (a. 223-6 N.C.P.) seront rarement réunies, et l'état de nécessité pas toujours évident (cf. t. III, n° 129). Spontanément, le tiers s'est mis *in loco parentum*, et le revêtement légal de son intervention est la gestion d'affaire (a. 1372 s. ; cf. t. IV, n° 298). Ce quasi-contrat, qui est applicable à des actes matériels, couvre la responsabilité de l'intervenant envers les parents, et il lui ouvre un recours, pourvu que son action ait été utile, si elle lui a occasionné un dommage ou des frais. Dans les familles recomposées, cette analyse permettrait de valider après coup ce qui a été fait sans délégation préalable par l'adulte ayant *de facto* autorité (le beau-père).

2 / Attributs de l'autorité parentale

L'autorité parentale détermine l'application de deux institutions relatives aux biens de l'enfant (a. 382 et rubrique au-dessus) : l'administration et la jouissance légales, celle-ci faisant même apparaître l'autorité des père et mère comme un droit lucratif. Mais il nous semble préférable de traiter de ces deux institutions à propos de la condition juridique du mineur, qu'elles affectent du signe *moins*.

Il ne sera pas question ici de prérogatives spéciales, qui font corps avec certaines institutions et seront étudiées avec elles, telles que le droit de consentir au mariage ou à l'adoption de l'enfant mineur. Nous n'envisagerons l'autorité parentale que dans ses attributs généraux. C'est un ensemble de *droits et de devoirs* des parents. Mais elle n'a jamais été regardée, et elle est de moins en moins regardée comme un rapport de droit où le père et l'enfant seraient en quelque sorte enfermés en tête à tête. De plus en plus, c'est un rapport de droit triangulaire, dans lequel vient s'insérer l'autorité publique : il existe un *contrôle de l'autorité publique* sur l'autorité parentale.

1 | DROITS ET DEVOIRS DES PARENTS

Les prérogatives des parents sont conçues dans l'intérêt de l'enfant (a. 372, al. 1). Suivant la conception moderne, ce sont moins des droits que des devoirs, et de tout temps, les droits ont été indissolublement liés à des devoirs. Les parents ont vocation à être les défenseurs de l'enfant (ex. moderne, dans les contrôles d'identité, a. 78-3 C. Pr. P.). Le tout se manifeste, cependant, sous la forme d'un *rapport d'autorité* (a. 372) ; les deux parties au rapport de famille ne sont pas sur un pied d'égalité : les père et mère ont un pouvoir de commandement, l'enfant un devoir d'obéissance (passive ou raisonnée ? à la pédagogie, aux mœurs, non au droit, il appartient d'exprimer les nuances). C'est parce que les père et mère ont le pouvoir de se faire obéir qu'ils sont civilement responsables si l'enfant cause par sa faute un dommage à autrui (a. 1384, al. 4), car, *a priori*, ils puisaient dans leur autorité les moyens d'empêcher le fait dommageable. Toutefois, depuis 1997 (cf. t. IV,

n° 237), la Cour de cassation n'admet plus les parents à s'exonérer en démontrant qu'ils avaient fait tout ce qu'ils pouvaient pour prévenir le dommage ; ils sont responsables de plein droit, pour risque, le risque d'avoir des enfants.

Le rapport d'autorité qui existe entre les parents et l'enfant mineur revêt deux aspects essentiels : *garde et éducation*.

► *La garde de l'enfant*

Le mot, que la l. 22 juill. 1987 a banni de la matière du divorce (cf. *infra*, p. 600), a été maintenu dans l'a. 371-2, al. 2, où il peut se prévaloir d'un emploi spécialisé : il ne prétend pas, comme autrefois dans l'après-divorce, à faire la synthèse de tous les attributs de l'autorité parentale ; il se contente d'en évoquer un parmi d'autres, le plus élémentaire.

L'a. 371-3 traduit l'aspect négatif, statique, de la garde : l'enfant doit demeurer avec ses parents, il ne peut quitter la *maison familiale* (où pourrait-il être mieux ?, cf. a. 375-2). Cette consécration remarquable de la *domus*, comme siège d'une communauté de vie obligatoire, a son corollaire dans l'a. 108-2 : le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère, et s'ils ont des domiciles distincts (cf. a. 108), chez celui d'entre eux avec lequel il réside. La présence des enfants fait de la résidence des époux la résidence de la famille (a. 215). Si les époux résident séparément, en droit ou en fait (cf. a. 1070 C. Pr. C.), c'est leur accord, ou à défaut le juge, qui déterminera de quel côté résideront habituellement les enfants.

La garde est, pour les parents, à la fois *droit et devoir*.

a) *Le droit de garde*

C'est, au premier chef, le droit de retenir l'enfant chez soi ; de régler ses relations avec le dehors (réserve faite du droit de visite à reconnaître aux grands-parents) ; par extension, un droit de regard sur sa correspondance (mais La Poste est plus permissive).

Comme sanction de leur *droit de garde*, les parents pourraient recourir à la gendarmerie ou à la police, pour faire réintégrer au mineur en fugue la maison familiale ; contre les tiers qui retiendraient l'enfant, ils auraient une sorte d'action en revendication, sans préjudice de poursuites pénales possibles pour atteinte à l'exercice de l'autorité parentale (a. 227-5 s. N.C.P.). Le C.P. de 1810 avait pensé

spécialement à un enlèvement romanesque (le mariage au bout si possible, a. 356, al. 2, ancien). Aujourd'hui, le roman est encore concevable, mais ce sont plutôt les père et mère qui se battent au pénal pour la possession de l'enfant.

b) *Le devoir de garde*

Les parents ne peuvent s'y soustraire : c'est un aspect du devoir qui leur incombe de pourvoir à la vie de l'enfant (a. 203). Le délaissement d'un enfant, son abandon moral ou matériel sont pénalement punissables (a. 349 s. C.P. ; a. 227-1, 227-17 N.C.P.). Toutefois, l'incrimination n'a jamais concerné l'abandon, même anonyme, d'un enfant en bas âge à l'Assistance publique – ce que l'on appelle aujourd'hui la *remise de l'enfant* au Service de l'Aide sociale à l'enfance (C. Fam., a. 62). Une déclaration judiciaire d'abandon (a. 350) est le préalable courant de l'adoption plénière. Hypothèse plus pacifique : rien n'empêche les parents de placer le mineur au-dehors (en pension, en apprentissage) ; en pareil cas, ils continuent à assumer leur devoir de garde par l'intermédiaire d'autrui (encore que, sur le terrain de l'a. 1384, al. 4, ils cessent d'être responsables de l'enfant, celui-ci *n'habitait plus avec eux*).

► *L'éducation de l'enfant*

C'est à la fois un droit et un devoir pour les parents que de diriger l'enfant dans le développement de sa personnalité.

a) *Le droit d'éducation*

Il comporte plusieurs aspects, souvent délicats, et que le droit répugne à régler noir sur blanc : notamment, le choix de la religion de l'enfant. C'est aussi le choix du métier (le contrat d'apprentissage, le contrat de travail du mineur doivent être autorisés par le père). Au droit d'éducation il convient de rattacher ce qui subsiste du *droit de correction* : le droit d'infliger à l'enfant, en cas d'infraction à la discipline familiale, les sanctions qu'approuve la coutume. De même que l'autorité de l'État implique une violence légitime, l'autorité parentale est un fait justificatif opposable à l'incrimination de violences légères sur mineur de moins de 15 ans (a. 222-13, R. 624-1 N.C.P.).

b) *Le devoir d'éducation*

Il est imposé par l'État aux parents, dans l'intérêt de l'enfant, sous la forme de l'obligation scolaire. Sans préjudice de cette obligation relevant du droit public, laquelle n'existait pas en 1804, peut-on concevoir l'éducation comme un devoir de droit privé, des parents envers l'enfant ? Si les parents avaient négligé de donner à l'enfant l'instruction et la formation professionnelle qui lui étaient indispensables pour le mettre en état de gagner sa vie, ne pourrait-il leur réclamer des aliments au-delà de sa majorité ? Mais l'a. 295 ne reconnaît semblable effet de minorité prolongée (*infra*, p. 169) que sous des conditions très particulières. Que si l'on invoque contre les parents le droit commun de la responsabilité civile, ils auront beau jeu de répondre que le chômage des jeunes est devenu une force majeure.

2 | CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ PUBLIQUE SUR L'EXERCICE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Ce contrôle, sous ses aspects les plus classiques, est un *contrôle judiciaire* (les tribunaux civils étant les gardiens naturels de la paix et du secret des familles) ; mais, à l'époque contemporaine, sont venus s'y ajouter des *contrôles administratifs*, spécialisés, plus actifs et en marge du droit civil.

► *Contrôle judiciaire*

Il revêt diverses formes : une forme traditionnelle, de pur droit civil, et des formes neuves non dépourvues de liens avec le droit pénal, retrait de l'autorité parentale, assistance éducative. Cette dernière institution tend, du reste, à supplanter les autres. De prime abord, on ne voit dans ces contrôles que des limites apportées à l'autorité des père et mère ; mais ils ne sont pas sans conséquence sur la condition personnelle du mineur (cf. *infra*, p. 142).

a) *Contrôle de pur droit civil*

Bien que le C.C. parût regarder la *puissance* paternelle comme un pouvoir discrétionnaire et intangible, les tribunaux, dès le siècle dernier, avaient affirmé qu'elle n'était pas conférée inconditionnellement et que, partant, ils avaient le pouvoir d'en contrôler l'exercice et même, en cas

d'abus caractérisé, d'en modifier l'attribution (le pouvoir de retirer au père la garde et l'éducation pour les confier à la mère, voire à un parent ou à un établissement scolaire). Ce système a conservé son utilité même après l'organisation de ces institutions spécialisées que sont le retrait de l'autorité parentale et l'assistance éducative. Il est plus feutré, moins traumatisant. Le juge civil – aujourd'hui, ce sera le juge aux affaires familiales – intervient, à la demande de l'un des deux parents, d'un grand-parent, d'un membre de la famille. Cet interventionnisme judiciaire suppose, tout de même, une certaine désagrégation familiale. Le point de départ du système est dans les a. 287 et s. écrits pour le divorce et la séparation de corps, mais l'analogie des besoins appelle des extensions : séparation de fait, décès, enfant naturel.

b) *Retrait total ou partiel*

L'institution vient de la grande l. 24 juill. 1889, assouplie à plusieurs reprises, puis incorporée au C.C. (a. 378 s.), avec de nouveaux assouplissements, par la l. 4 juin 1970, et finalement adoucie par la l. 5 juill. 1996 relative à l'adoption, qui a substitué au mot « déchéance » l'euphémisme « retrait total ».

Le terme *déchéance* aurait pu convenir encore aux causes de retrait prévues à l'a. 378, condamnations pénales pour délit ou même crime, prononcées par une juridiction répressive. Tout autre est la signification de l'a. 378-1. Il s'y agit toujours de fautes graves, certes, mais qui se situent en dehors de toute condamnation pénale, et le retrait de l'autorité parentale y est conçu moins comme une sanction à l'encontre des parents que comme une mesure de protection en faveur de l'enfant, les fautes imputées laissant présumer qu'ils manquent du minimum requis pour remplir leur fonction parentale. Ce sont des fautes civiles – mais spécifiques, pourrait-on dire, se rapportant à l'exercice même de la fonction. La l. 5 juill. 1996 a remanié la liste en y ajoutant (mauvais traitements, alcoolisme, drogue).

La mesure à prendre peut être dosée. Il peut n'y avoir qu'un *retrait partiel*, limité à certains attributs (a. 379-1 ; ex. la garde peut être retirée, étant maintenu le droit de consentir au mariage). Dans le même esprit, le retrait peut concerner certains des enfants et non point tous.

Telle étant la flexibilité de ces mesures, on s'explique assez qu'elles n'aient jamais lieu mécaniquement, mais supposent toujours une appréciation judiciaire (arg. *peuvent* se voir retirer...). Elles doivent être prononcées par le tribunal civil de grande instance, statuant en chambre du conseil, à la demande soit du ministère public, soit d'un membre de la famille ou du tuteur de l'enfant (a. 1202 s. C. Pr. C.).

Les juges ont à régler ce que va devenir l'autorité parentale. Si la mesure n'est prononcée qu'à l'égard d'un seul des deux parents, il s'opère une dévolution en faveur de l'autre (a. 373-4° et 373-1°) ; sinon (a. 380), il faut organiser la tutelle dans les conditions du C.C. ou confier l'enfant à l'Aide sociale.

c) *Assistance éducative*

C'est la synthèse, accomplie par une o. 23 déc. 1958 et reprise par la l. 4 juin 1970 (a. 375-1°), de deux institutions antérieures : un dimutif de la déchéance, où les parents incapables étaient simplement mis sous la surveillance des services sociaux ; et la correction paternelle par voie judiciaire, qui permettait, sur l'initiative du père, de prendre des mesures d'internement à l'égard d'un enfant moralement en danger. Aussi l'assistance éducative peut-elle être appelée par les fautes de l'enfant non moins que par celles des parents ; plus exactement, c'est une certaine situation qui est objectivement constatée : la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant sont en danger, ou bien encore (formule plus périlleusement obscure) les conditions de son éducation sont gravement compromises.

L'assistance éducative comporte tout un clavier de mesures (a. 375-2, 376), qui peuvent aller jusqu'à l'internement dans un établissement spécialisé, c'est-à-dire de rééducation. Il est recommandé, cependant, autant que possible, de ne pas enlever l'enfant à son milieu. Et en droit les liens de l'enfant avec sa famille sont préservés : là est le grand avantage de l'assistance éducative sur le retrait.

C'est le juge des enfants qui est compétent (pour la procédure, v. a. 1181 s. C. Pr. C.). Il statue soit à la requête des père et mère ou de l'un d'eux (c'est l'ancienne conception de la correction paternelle qui continue à percer), soit — contre les père et mère en quelque sorte — à la requête du ministère public, du gardien ou tuteur, du mineur lui-même. Il peut même exceptionnellement se saisir d'office. Il doit s'efforcer, déclare l'a. 375-1, de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée (c'est le seul cas où l'*autocritique* est institutionnalisée en droit français).

► *Contrôles administratifs*

Plusieurs administrations ont reçu des pouvoirs de contrôle qui recourent des secteurs particuliers de l'autorité parentale. Les maires

et les *inspecteurs d'académie* devraient veiller à l'exécution de l'obligation scolaire (l. 22 mai 1946). L'administration de l'Aide sociale a sous sa protection les mineurs hébergés collectivement ou isolément hors de leurs familles (a. 93, C. Fam.). Le médecin responsable d'un service hospitalier peut, si les parents s'opposent à une opération chirurgicale qu'il estime nécessaire, provoquer l'intervention du juge des enfants afin de passer outre à leur refus (d. 14 janv. 1974, a. 28). Les organismes de *Sécurité sociale* peuvent, lorsque les enfants sont élevés dans des conditions matériellement défectueuses ou s'il apparaît que les prestations familiales sont détournées de leur affectation, faire nommer par le juge des enfants un *tuteur aux prestations sociales*, chargé de percevoir ces allocations et de les appliquer lui-même aux besoins des mineurs (l. 18 oct. 1966 ; a. L.-552-6 C.S.S.) : cette disposition consacre donc à la fois un contrôle de la Sécurité sociale sur la manière dont les parents remplissent leur devoir d'éducation, et la possibilité d'une mesure de dessaisissement partiel de l'autorité parentale.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Savatier, 1952, n°s 299 s., et maintenant, J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, I : *Fondation et vie*, 1993, n°s 1157 s. ; Bénabent, *Droit de la famille*, 1991, n°s 604 s. — Sur la loi de 1970, Legeais, *L'autorité parentale*, 1973, et D. 78, chr. 43 (filiations complexes) ; Colombet, D. 71, chr. 1 ; J. Hauser et E. Abitbol, D. 71, 59. — Sur la loi de 1985, entre autres, Colomer, D. 86, chr. 49. — Sur la loi de 1987, M.-L. Morançais-Demester, D. 88, chr. 7, F. Dekeuwer-Défossez et Vauvillé, D. 88, chr. 137, Raymond, *J.C.P.*, 87, 1, 3299 (de la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental) ; J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 87, 730 ; M.-F. Nicolas-Maguin, D. 88, chr. 307 ; Vauvillé, D. 89, chr. 127 ; Fr. Bastien-Rabner, *J.C.P.*, 92, 1, 3613. Bien que cette loi *Malhuret* ait pris en écharpe l'ensemble de l'autorité parentale, elle a été conçue avant tout pour les situations particulières (l'après-divorce, la filiation naturelle) où, soit la pratique judiciaire, soit la loi, paraissent reconnaître une prééminence à la mère. — Sur la loi de 1993 : J. Rubellin-Devichi, *J.C.P.*, 93, 1, 3659, n°s 19 s. ; Massip, *Rép. not.*, 93, 1, 673 ; Fr. Monéger, *R. dr. san. et soc.*, 93, 223 ; Fulchiron, D. 93, chr. 117.

HISTOIRE

Cf. Mauricette Craffe, *La puissance paternelle en droit anglais (évolution historique)*, Th., Paris, 1971 ; Carron, *Enfant et parenté dans la France médiévale, XI^e-XIII^e siècles*, 1989 ; Delumeau, Roche et al., *Histoire des pères et de la paternité*,

1990 ; J. Boswell, *Au bon cœur des inconnus, les enfants abandonnés de l'Antiquité à la Renaissance*, trad. franç., 1993.

Importance du droit romain qui nous a donné la formule de la *patria potestas* et des légendes de despotisme familial. Le droit romain lui-même avait suivi, au cours des siècles, une courbe d'« adoucissement » ; v. Roberti, *Patria potestas et paterna pietas, Studi Albertoni*, I, p. 257 (étude de l'influence chrétienne ; cf. cep. dès avant le christianisme, Dig. 37, 12, 5) ; Rebello, *Effetti personali della patria potestas*, I, 1979.

Dans l'Ancien Droit, opposition (dont on s'est sans doute exagéré la portée ; v. Olivier-Martin, *Cout. Paris*, p. 150 s. ; J. Hilaire, *Mémoires de la Soc. Hist. droit des pays bourguignons*, 1968-1969, p. 421) entre le système romain de la *patria potestas* dans les pays de droit écrit (elle dure, quel que soit l'âge de l'enfant, toute la vie du père, mais il y a des cas nombreux d'émancipation tacite ; n'appartient jamais à la mère ; absorbe la personnalité de l'enfant) et la *mainbournie* des pays coutumiers (l'ancien *mundium* germanique, devenu un simple pouvoir de protection dans l'intérêt de l'enfant, cessant à sa majorité, pouvant être exercé par la mère, etc.).

La Révolution s'attaqua à ce qu'elle considérait comme une tyrannie domestique (Mirabeau avait eu à en souffrir). Non seulement elle abolit la puissance paternelle illimitée des pays de droit écrit (l. 28 août 1792), mais elle essaya de mettre de la démocratie dans le gouvernement des mineurs par l'institution des tribunaux de famille, compétents pour statuer sur l'emprisonnement par mesure de correction (l. 16-24 août 1790). En fait, ces tribunaux (sur lesquels les hommes de loi avaient d'ailleurs rapidement mis la main), s'ils furent assez actifs en matière de tutelle, n'eurent guère l'occasion de contrôler une puissance paternelle que la fixation de la majorité à 21 ans avait vidée de ses aspects les plus conflictuels. Cf. M.-F. Lévy et al., *L'enfant, la famille et la Révolution française*, 1990.

Le C.C. n'a pas été ici purement réactionnaire (la famille forte à l'image de l'État fort ?). Il y a bien des traits de réaction (en ce sens, X. Martin, A tout âge ? sur la durée du pouvoir des pères dans le C. Nap., *R. hist. Fac. de droit*, 1992 (13), 227-303) : concentration des pouvoirs entre les mains du père, exigence du consentement familial pour le mariage du fils de famille jusqu'à 25 ans ([ancien] a. 148), et même de sommatons respectueuses au-delà ([anciens] a. 152, 153). Cependant, l'effet de jeunesse avait été très sensible dans les événements de la Révolution (v. P. Nora, La génération, in *Les lieux de mémoire*, III, 1, 930 s. ; cf. A. de Baecque, La Révolution et les âges de la vie, in Percheron et Rémond, *Age et politique*, 1991, 39). Et quelques-unes des positions de l'individualisme révolutionnaire seront consolidées en 1804 : pas de puissance paternelle illimitée, abaissement à 21 ans de l'âge de la majorité, qui était de 25 dans la plupart des coutumes (le Consulat ne pouvait se passer de l'appui de la jeunesse), pas d'exhérédation, un système successoral laissant assez peu à la liberté du père de famille. R. Le Balle (La notion de puissance familiale dans la conception juridique française, *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 171 s., 182) plaçait, parmi les influences qui préservèrent alors la France d'un retour à la conception romaine, celle de la philosophie de Kant (l'enfant est une personne, c'est-à-dire un être libre).

Ce qui témoignait pour la position moyenne du C.C., c'est qu'il fut, au XIX^e s., pris à partie des deux côtés : si Victor Hugo lui reprochait de méconnaître le droit de l'enfant, Le Play (*La Réforme sociale en France*, 1864) et son école lui en voulaient d'avoir, par son régime successoral, qui ruinait l'autorité du père, désagrégé la famille

française. Le Play a eu sa revanche dans les lois successorales de 1938. Les partis avancés n'y ont pas pris garde, mais ces lois, qui ont affaibli la rigidité de la réserve héréditaire, qui ont accru la liberté et l'autorité du père de famille dans le partage d'ascendant (v. Desbois, D. 1938, 4, 353, 361 ; Savatier, D. 1954, 273), représentent le premier progrès de la puissance paternelle depuis 1804. Il est vrai que c'est sur un terrain, celui du droit patrimonial, qui pourrait bien n'être pas le plus important. Et l'allongement de la vie des parents n'émousse-t-il pas leur arme ?

SOCIOLOGIE/PSYCHOLOGIE

Aux États-Unis, l'enquête de Cohen, Robson et Bates, *The Parental Authority, the Community and the Law*, 1958 (cf. *A.S.*, 1959, 429), avait été un modèle du genre : elle se rapportait à l'autorité parentale dans sa configuration précise d'autorité juridique sur l'enfant mineur. Ce qui est plus fréquent, ce sont des recherches sur les relations entre parents et enfants, même au-delà de la majorité, dans la sphère des mœurs. Volontiers ces relations sont pensées en termes de conflits, conflits de générations. Il y a, sur le sujet, depuis 1968, toute une littérature, moins sociologique peut-être que psychologique, voire psychanalytique (cf. G. Mauco, *La paternité*, 1971 ; L'enfant, « l'inconnu dans la maison », *Nouvelle Revue de Psychanalyse*, 1979 (19)). Les pères pourront trouver qu'il n'est question que de leur mort là-dedans (cf. Mitscherlich, *Vers la société sans pères*, trad. de l'allemand, 1969 ; Gérard Mendel, *Pour décoloniser l'enfant, sociopsychanalyse de l'autorité*, 1971 [réclamait l'abaissement de la majorité civile à 12 ans]). Mais c'est sans doute le rôle, ou le péché, de l'*intelligentsia*, depuis Socrate, que de toujours prendre le parti de la jeunesse.

La recherche se complique (et se politise plus franchement) si aux parents et aux enfants on ajoute l'État. Dans ce triangle, les alliances ne sont pas assurées. Selon les moments historiques, on constatera des combinaisons différentes : 1° l'autorité parentale et le diabolique Pouvoir se prêtent mutuellement main-forte (une tranquille main-forte) ; 2° le Pouvoir (inquiète de ce qui se passe à l'intérieur des maisons) séduit les enfants (tel le joueur de flûte de Hamelin) pour saper l'autorité parentale ; 3° les parents et les enfants, à l'abri de l'autorité parentale s'unissent pour résister au Pouvoir. Cf. Donzelot, *La police des familles*, 1978 ; P. Meyer, *L'enfant et la raison d'État*, 1978 ; P. P. Kaltenbach, *La famille contre les pouvoirs*, 1985.

On voit mal ce que notre droit de l'autorité parentale – civil comme il est, juridique et judiciaire – même avec les instruments contraignants (assistance éducative ou retrait) dont il dispose à l'égard des enfants ou des parents, pourrait faire d'utile dans certains quartiers à la jeunesse agitée, certains ghettos de banlieue, où, de notoriété publique, d'autres formes, plus musclées, du pouvoir ont renoncé à pénétrer. Il se peut, d'ailleurs, que dans ces milieux à forte population d'immigrés s'exerce une autorité parentale selon les coutumes d'origine, plus étendue et plus longue que la nôtre, violente aussi et illicite au jugement du droit français (ex. les affaires d'excision ; cf. Rouland, *Aux confins du droit*, 1991, p. 151).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) A nous limiter à notre droit civil pour familles relativement tranquilles, le problème crucial a longtemps paru, au sortir de la Seconde Guerre, celui du partage à faire entre *la famille et l'État* dans l'éducation de l'enfant. La crainte des régimes totalitaires était encore très vive. Il reste que, même après dissipation de cette crainte, l'État continue d'intervenir non seulement pour contrôler l'autorité parentale, mais pour en orienter, sinon en diriger l'exercice. Cf. *Travaux de l'Association H.-Capitant*, 1946, II, p. 408 s. ; Raynaud, *Mélanges Savatier*, 1965, p. 807 s. Tout le monde reconnaît qu'il y a, dans cette évolution, une part de nécessité, les modes de vie imposés aux salariés, la dislocation fréquente des ménages entraînant souvent une carence familiale, à laquelle il ne peut être remédié que par la collectivité. Mais les partis conservateurs s'effraient de cette tendance et voudraient la freiner ; ils voient dans l'intervention de l'État (surtout sous sa forme administrative, moins sous sa forme judiciaire) un danger pour la liberté et pour la famille. Les partis avancés invoquent, en réponse, les droits de la nation, mais peut-être plus encore ceux de l'enfant, personne humaine, dont la santé, le développement physique et intellectuel, la moralité même pourraient être compromis par des parents à courte vue. La l. 11 juill. 1975 sur l'éducation a inscrit à son fronton des déclarations libérales : « Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation... Les familles sont associées à l'accomplissement de ces missions... L'État garantit le respect de la personnalité de l'enfant et de l'action éducative des familles. » La l. 10 juill. 1989 d'orientation de l'éducation est plus évasive : « Les parents d'élèves sont membres de la communauté éducative » (simples auxiliaires du service public ?). Le respect de la personnalité de l'enfant peut facilement devenir l'alibi d'une tyrannie.

L'histoire devrait rendre chacun modeste ou prudent. Notre Ancien Droit a connu, en matière de puissance paternelle, un interventionnisme très poussé : celui de l'Eglise, ou du prince allié de l'Eglise, qui pouvaient invoquer, l'un et l'autre, de très bonne foi, les droits et les intérêts de l'enfant. De cet interventionnisme, les mesures relatives à l'éducation des enfants des Réformés n'ont été que l'exemple le plus violent. La puissance paternelle s'est affirmée et durcie en droit français comme une résistance à l'Eglise (c'est le sens du célèbre traité du magistrat Pierre Ayrault, dont le fils s'était fait jésuite contre le gré paternel, *De la puissance paternelle*, 1598). Ceux qui, aujourd'hui, mettent leur enthousiasme à la démanteler paraissent bien assurés de l'avenir, et même du présent. Rien n'est pourtant plus fragile que les progrès de la liberté de conscience en France. La célèbre affaire *Finaly*, en 1953 (v. *infra*, p. 119), où était en cause la conversion d'enfants juifs, ainsi que l'affaire dite de *Versailles* (trib. Versailles, 24 sept. 62, D. 63, 52 ; Paris, 31 janv. 1963, *J.C.P.*, 63, 2, 13236), concernant une fille protestante, ont montré que la liberté religieuse d'une famille pouvait avoir de la peine à se dépêtrer de la pesanteur sociologique de la confession dominante. L'a. 1200 C. Pr. C., plus tard, a essayé d'introduire en cette matière un zeste de pluralisme (encore a-t-on pensé qu'il eût mieux valu n'en rien faire ; cf. M.-L. Rassat, *L'autorité parentale à l'épreuve*, 1983, 65 s.). C'est la famille — une famille bien close — qui sera toujours le plus sûr refuge pour les dissidents. Lorsque la loi de 1970 était encore dans le vestibule, il avait été suggéré, en même temps que d'abaisser modiquement l'âge de la majorité à 20 ans, d'instituer une liberté religieuse à 16. Il ne me fallut

pas longtemps pour comprendre que la France n'était pas la Suisse. On a objecté la laïcité de notre droit. Mais elle n'a empêché ni le C.C. (a. 909) de mentionner les ministres des cultes, ni la jurisprudence de tenir compte de la religion comme d'un fait (cf. Coulombel, *R.T.*, 56, 1). Aujourd'hui la Convention sur les droits de l'enfant (O.N.U., 1989 ; cf. *supra*, p. 81), en lui donnant ses parents pour guides, ce qui n'est pas déraisonnable, reconnaît au mineur un droit à la liberté religieuse. Rendu sur des faits antérieurs à la Convention, un arrêt (Civ.¹ 11 juin 1991, D. 91, 521, n. Malaurie) laisse craindre que l'autonomie religieuse du mineur n'ait quelque mal à se faire admettre. En l'espèce, la conversion personnelle de l'adolescente a été réintégré à un débat d'autorité parentale. Il s'agissait de Témoins de Jéhovah, et les religions dites nouvelles (*alias* sectes) se heurtent toujours à une suspicion. Malgré la l. 9 déc. 1905, tous les cultes ne sont pas *de facto* reconnus. Sur le « phénomène sectaire », tel qu'il est fiché au ministère de l'Intérieur par les Renseignements généraux, non par le bureau des cultes, la D.A.S.S. a l'œil ouvert (ex. Civ.¹ 28 mars 1995, D. 96, Somm., 239), et la circulaire du ministère de la Justice du 29 févr. 1996 (D. 96, L. 105) invite les parquets à vigilance, l'a. 375 est au bout. Cf., rétablissant l'équilibre, A. Morelli, *La secte des adversaires des sectes*, Bruxelles, 1998 ; et pour une sociologie objective, N. Luca et F. Lenoir, *Sectes, mensonges et idéaux*, 1998. L'autorité parentale des Témoins de Jéhovah, qui condamnent par interprétation biblique la transfusion du sang, a dû plier devant la médecine (cette autre religion, v. d. 14 janv. 1974, a. 28 ; cf. H. de Touzalin, *J.C.P.*, 1974, 1, 2672 ; Deiss, *J.C.P.*, 83, 1, 3125 ; Huyette, D. 96, chr. 271). Cependant, la Commission européenne des droits de l'homme (23 juin 1983, D. 94, 325, n. Hauser) a censuré la Cour suprême d'Autriche pour avoir refusé l'autorité parentale à une mère divorcée au motif de son appartenance aux Témoins de Jéhovah (cf. Gonzalez, *La Convention européenne et la liberté de religion*, 1997, spéc. p. 67, 271). — Sur la possibilité de traiter le rattachement religieux de l'enfant comme un élément de son *état*, à l'instar de la nationalité, v. D. 48, 579 ; *contra*, Barbier, *G.P.*, 57, 2, Doctr. 52 et 74, 1, 299. Mais, dans la mesure où la société française sera traversée par des phénomènes de communautarisme par clivage confessionnel (*libanisation*), la question pourrait bien resurgir : ex. Civ.¹ 26 janv. 1994, D. 95, 226.

b) De façon inattendue, le problème s'est déplacé depuis 1990, et les rapports Famille/État ont cédé en intérêt aux rapports entre père et mère.

A l'arrière-fond, il est vrai, on pouvait retrouver de l'histoire ancienne. On laissera de côté les extrêmes : le matriarcat (encore représenté dans les sociétés modernes par la famille naturelle, quand la mère seule a reconnu l'enfant), et le patriarcat, qui maintenant se cache (en remarquant, toutefois, que même des systèmes juridiques patriarcaux peuvent reconnaître des droits spécifiques à la mère, tel, en Islam, le *hadhana*, droit de couvrir, garder et protéger le jeune enfant ; cf. D. Sharif-Feller, *La garde [hadana] en droit musulman*, Lausanne, 1996). Dans les sociétés européennes du xx^e s., c'était la famille conjugale qui l'avait emporté, où le père *et* la mère (tous deux au centre du tableau de famille) coopèrent à l'exercice de la puissance *parentale*. Mais, si un désaccord s'élève, il faut une règle pour sortir de l'impasse. La solution conservatrice (C.C. de 1804) était de donner au père voix prépondérante ; la solution progressiste (l. 4 juin 1970), de faire de l'autorité publique l'arbitre du conflit. On pourrait imaginer aussi des partages d'autorité, s'inspirant de traditions variées : soit que l'on divise les fonctions (ex. à la mère l'éducation religieuse, au père le choix du métier), soit que l'on

répartisse les enfants d'après l'âge (ex. les plus jeunes à la mère) ou d'après le sexe (les garçons au père, les filles à la mère, ou inversement). Mais l'égalité par la diversité – ou par le sort – satisfait mal l'égalitarisme moderne. Il s'en faut de beaucoup, cependant, que le système du double consentement, de la double signature soit d'une pratique aisée, même dans un ménage parfaitement uni : il aggrave le formalisme de la vie moderne. Heureusement, les lois de 1987 et 1993 n'ont pas touché au palliatif des a. 372-2 et 389-4 : la présomption de pouvoir à l'égard des tiers.

Cependant, les phénomènes des banlieues agitées – incivilités, dégâts, batailles, délinquances des jeunes – ont brusquement donné un tour différent à la répartition des compétences à l'intérieur du couple parental. La sociologie américaine est revenue en mémoire, qui avait enseigné, sans être vraiment démentie, qu'en général si, dans le couple, la mère exerce une fonction expressive et permissive, c'est au père qu'appartient la fonction normative et répressive. Il n'était pas irrationnel d'imputer, au moins pour partie, la montée des désordres juvéniles à une défaillance de la fonction paternelle, qu'avait pu encourager le discours partout entendu sur l'égalité théorique des sexes, aux dépens de leur complémentarité physique. Les pouvoirs publics ne devraient-ils pas se donner une politique de la paternité, qui tendrait à *responsabiliser* les pères sur leur fonction propre (cf. remarquable, A. Bruel, un avenir pour la paternité ?, 1998) ? De même – la carence est analogue – qu'à réintroduire un peu plus du principe masculin dans les collèges des zones à risque, en réaction contre une féminisation excessive du corps enseignant ?

c) Et l'enfant lui-même ? Sent-il l'autorité parentale ? La puissance qui l'écrasait (suppose-t-on) au XIX^e s. s'est adoucie au XX^e en autorité, en attendant quelque attendrissement de plus (le *soin* de l'enfant, sur le modèle allemand, *sorge*, souci peut-être). Cependant, la mutation la plus profonde pourrait bien s'être produite de l'intérieur, dans le devoir d'éducation, par un changement de la pédagogie familiale. Sous l'influence d'un climat général de permissivité depuis trois décennies, sous des influences plus spécifiques aussi (les assistantes sociales, les associations de parents d'élèves, les magazines féminins) ce qu'il y avait de tant soit peu disciplinaire dans la vie du mineur s'est effacé devant une éducation relationnelle, dialoguée. Les parents modernes ne commandent pas, ils négocient (comme les patrons, comme les ministres). C'est la description qui est donnée couramment de l'autorité parentale à l'heure actuelle : une autorité molle, comme d'une famille en vacances. Mais les vacances ne durent pas toujours (et il y a d'ailleurs des cahiers de devoirs de vacances). L'image courante n'est qu'à demi exacte ; elle méconnaît l'importance inouïe que la scolarité a prise dans la vie conjugulée des parents et des enfants. Il faut éviter les redoublements, franchir les examens, conquérir des diplômes : au bout, il y a l'emploi supérieur, par-dessus la peur de ne pas l'atteindre. Même si cette course est entraînée par une vision du mieux-être de l'enfant, et non par une ambition d'ascension sociale pour la famille – il y a, de part et d'autre, dirigisme exercé et pression subie, inévitablement (cf. fondées sur des enquêtes, les observations pénétrantes de F. de Singly, *Le soi, l'enfant et la famille*, 1996).

d) *Les enfants battus*. — La sociologie anglo-saxonne, autour des années 80, a pris en chasse un phénomène, supposé vaste, de violences familiales (femmes battues, enfants battus ; v. par ex. Eckelaar et Katz, *Family Violence*, 1978, 4^e partie). La France a suivi : ces violences physiques s'y rencontrent aussi, probablement beaucoup moins (v. cep. J.-P. Rosenczweig, *Enfants victimes, enfants délinquants*, 1989 ;

J. Rubellin-Devichi et M. Andrieux, *Enfance et violences*, Lyon, 1992 ; Manciaux *et al.*, *L'enfant maltraité*, 1993). Dégageons ce cas de celui des violences sexuelles, des incestes cachés et redécouverts, des vagues de pédophilie (et des obsessions qu'elles ont déclenchées depuis 1996, à la suite de l'émotion venue de Belgique avec l'affaire Dutroux ; cf. notre loi du 17 juin 1998). La III^e République avait eu une grande loi, 24 juill. 1889, sur la protection des enfants maltraités ; la V^e République s'en est donné une autre, 10 juill. 1989, sur la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et la protection de l'enfance (insérée au C. Fam. a. 66-70). Ce centenaire aurait pu être l'occasion, pour le législateur, de s'interroger sur lui-même, de se demander pourquoi cent ans de droit n'avaient pas réussi à extirper le mal. On incrimine la banalisation croissante de la violence par les guerres, les terrorismes, les « hold-up », la contagion de ses images (les films, la télévision, la vidéo, même les dessins animés et les B.D. ; chez nous, pourtant, rien de comparable au *Wrestling* américain ou japonais). Observant que l'enfant victime est souvent l'enfant d'un autre lit, on s'en prend aussi aux familles mal « recomposées », aux couples de hasard : les antagonismes, ficelés un instant, finissent par exploser en coups et blessures – et en dénonciations. Peut-être, avanceront quelques optimistes, n'est-ce pas le volume des violences familiales qui a changé depuis cent ans, mais l'aptitude de l'habitat à les garder secrètes : l'habitat moderne est moins isolé, moins insonorisé, et les solidarités de voisinage, qui sont une réalité des H.L.M., peuvent jouer dans les deux sens. La législation ne peut-elle, du reste, avoir ici un effet pervers ? Le risque d'amalgame entre les taloches coutumières et les sévices illécites peut inciter les parents les plus innocents à se méfier de l'école, de l'Aide sociale et, plus généralement, de la société. Et pour finir sur une vision de politique globale, serait-il sage de comprimer, au point de la faire disparaître, la tendance naturelle des pères et mères à châtier les fautes de leurs enfants ? Ceux-ci y font l'apprentissage d'un droit pénal qu'ils rencontreront, quand ils seront grands, à chaque coin de loi ; les parents eux-mêmes y gagneront plus de compréhension pour la fonction répressive de l'État.

e) *Contrôles administratifs*. — L'autorité parentale pourrait être définie comme un *contrôle de la progéniture* ; mais notre droit a pensé qu'il fallait contrôler les contrôleurs. Un des contrôles qui a le plus retenu l'attention parce qu'il a des accointances avec le droit civil est celui que la Sécurité sociale exerce sur le bon usage des prestations familiales. Des maires avaient eu l'idée qu'en supprimant ces prestations au cas de délit commis par un enfant, on inciterait les père et mère à se montrer plus énergiques. Mais c'eût été punir les enfants. Reste la tutelle aux prestations sociales, cf. Bauer et Fossier, *Les tutelles*, 1994, 40 s. ; Massip, *Adm. légale et tutelle*, 1995, n^{os} 371 s. Ceux qui font fonctionner cette tutelle assurent qu'elle fonctionne bien. D'autres s'interrogent si les prestations ne sont pas absorbées d'avance par les loyers des H.L.M. et autres dettes privilégiées, de sorte que les parents y deviennent indifférents.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *L'origine et le fondement* de la puissance paternelle ont été des lieux communs de la théorie juridique. Hobbes (*De cive*, chap. 9) : c'est le droit du plus fort, le père réduit en esclavage un ennemi possible. Domat (*Droit public*, tit. 1, sect. 1, n^o 2) : c'est la première espèce de gouvernement (sous-entendez : *omnis potestas a Deo*). Puffendorf

(*De jure naturae et gentium*, liv. 6, chap. II, § 4) : une sorte de contrat tacite entre parents et enfants. De Félice (intéressant ici par son collectivisme avant la lettre, notes sur les *Principes du droit naturel* de Burlamaqui, IV^e Partie, chap. XV, n° 249) : la puissance paternelle appartient au souverain, qui la délègue aux père et mère (influence de ces idées pendant la Révolution). Grotius (*De jure belli ac pacis*, liv. 2, chap. V, n° 1) : la puissance paternelle vient *ex generatione* ; c'est le droit de l'ouvrier sur l'ouvrage, du potier sur l'argile qu'il a façonnée (idée vigoureusement biblique, Esaïe, 45, 9). Ces fondements qui contraignent à faire réflexion sur les destinées de l'homme montrent, en tout cas, la difficulté de ramener les rapports de droit entre parents et enfants à de simples rapports d'obligations, comme entre créanciers et débiteurs réciproques. La notion de *droit de puissance* exprimait bien cette originalité : le droit de puissance n'était pas un droit de créance ; pas davantage, sans doute, un droit réel, mais un droit *sur la personne*, ce qui choquait notre individualisme abstrait.

L'analogie entre la famille et l'État, l'autorité du père et la souveraineté du monarque, a été longtemps un thème de philosophie politique. Sir Robert Filmer (*Patriarcha*, 1680), que Locke devait réfuter, acquit une célébrité en expliquant le droit divin des rois comme un droit de primogéniture à partir d'Adam. Plus sobrement, Louis XV se déclarait le père commun de ses sujets, et le régicide était traité comme parricide. La conclusion pratique était que les deux puissances devaient se prêter un mutuel appui. Dans les sociétés en voie de développement, la structure politique reste calquée sur la cellule familiale et prolonge le comportement initial entre le père et le fils. Dans les sociétés évoluées, on insisterait plutôt sur cette idée que l'autorité parentale est le relais de l'autorité étatique : au lieu de s'épuiser à faire la police de millions de familles, l'État devrait demander à chaque famille de faire sa propre police. Ce serait de la décentralisation, et peu coûteuse, mais il faudrait commencer par restituer à l'autorité parentale sa signification d'autorité.

b) La l. 22 juill. 1987 (a. 287) a exacerbé, au sein de la notion d'autorité parentale, la différence que suggéraient déjà les a. 372 et 373 dans leur teneur de 1804, entre le *droit* lui-même (aux deux parents), et l'*exercice* du droit (réservé au père). Elle distingue aussi entre l'autorité parentale, en tant que bloc, droit-souche, et les attributs composants (ex. a. 372-2 et 373-4 [*actes usuels*], 375-7). De l'un de ces attributs qui était auparavant la *garde de l'enfant après divorce* (cf. t. II, n° 191), elle a fait d'une périphrase le droit d'avoir l'enfant chez soi en *résidence habituelle*. Mais la garde, en tant qu'attribut d'une autorité parentale non démembrée entre les parents, subsiste dans l'a. 371-2, al. 2. Dans une perspective différente, un auteur (F. Alt-Maes, *J.C.P.*, 98, 1, 154) a préconisé de détacher de l'autorité parentale la garde, le devoir de garde, pour en faire le support d'une responsabilité générale du fait des mineurs. La nouvelle interprétation de l'a. 1384, al. 1^{er} pourrait s'ouvrir à cette généralisation, encore que la Cour de cassation, pour l'instant, n'y semble guère favorable (cf. t. IV, n° 235). La garde responsable pourrait être ainsi transférée à ceux à qui l'enfant est confié, fût-ce occasionnellement, *in loco parentum*. L'idée est intéressante. Il ne faut pas, toutefois, pousser trop loin l'analogie avec la garde de la chose : la chose, même l'animal, n'est pas éduicable de la même manière que l'enfant : la garde perd sa saveur à être séparée de l'éducation.

c) *In loco parentum*, la notion a été peu systématisée en droit moderne. Un auteur, A.-M. Leroyer, *R.T.*, 98, 587, préconise une autre voie, *de lege ferenda*, pour régler les

questions qui surgissent autour de l'enfant confié à un tiers : à l'autorité parentale serait substituée l'autorité familiale. Mais il serait préalable que l'on pût donner à la famille des contours précis, voire une personnalité (joint que le tiers en cause n'est pas toujours un membre de la famille). La formule de *in loco parentum* a l'avantage de donner au tiers intervenant une référence qui pourra le guider et au besoin le retenir.

d) Le *droit de visite* semble merveilleusement adapté à notre époque de relâchement familial et de vacances (car il est, de plus en plus, le droit d'emmener l'enfant en vacances). Les éléments en sont épars : après divorce, au profit des grands-parents, au profit de tiers ayant participé en fait à l'éducation de l'enfant. Une synthèse est-elle possible ? V. Gaston, Th., Poitiers, 1941 ; Guiho, *J.C.P.*, 1952, 1, 963 ; Garola-Giuglaris, D. 65, chr. 1 ; G. Viney, *R.T.*, 65, 225. Diverses analyses du droit de visite sont concevables, qui en commanderont le domaine d'application : démembrément du droit à avoir l'enfant chez soi en résidence habituelle (ce qu'il faudrait restreindre, partant, à l'hypothèse du divorce) ; projection du droit au respect (donc extensible aux grands-parents) ; attribut de *toute parenté* légalement établie ; droit naturel de communication à reconnaître partout où l'intérêt de l'enfant le postule, etc.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Education religieuse*. — Comme illustration des problèmes délicats soulevés par les droits des parents en matière d'éducation religieuse, on peut rouvrir le dossier de l'affaire *Finaly* (Grenoble, 11 juin 1952, *J.C.P.*, 53, 2, 7302 ; Civ. 23 juin 1953, S. 54, 1, 37, n. Nerson ; et au pénal, Crim. 23 mai 1953, D. 54, 673, n. Vouin. Cf., pour une affaire similaire, Civ. 8 juill. 1952, D. 53, 217) : la Chambre civile paraît bien considérer la « réalisation des désirs du père » comme l'objectif suprême à se proposer, ce qui est une consécration de la puissance paternelle posthume (élément normal de décision en ce genre d'affaires ; ex. Colmar, 19 nov. 1857, D. 59, 2, 36 ; cf. a. 449). Elle évoque de surcroît l'intérêt bien compris des mineurs, sans dire ce qu'il peut être, le cas échéant, quant à la détermination de la religion ; l'intérêt à n'en pas changer, à cause des troubles psychologiques pouvant en résulter ? v. en ce sens, Paris, 14 févr. 1957, D. 57, 214). Mais ce sont surtout des conflits entre père et mère que les tribunaux ont eu à résoudre. Suivant les axiomes du C. Nap., le père l'emportait, et ce nonobstant toute promesse qu'il avait pu faire à la femme au moment du mariage, l'exercice de la puissance paternelle par le père étant d'ordre public. Cependant, la jurisprudence avait corrigé cela : quoique la promesse faite n'eût pas formé un contrat civilement obligatoire, sa violation par le père pouvait constituer une injure à l'égard de la femme et motiver la séparation de corps ou le divorce au profit de celle-ci (v. Req. 30 nov. 1898, S. 02, 1, 492 ; Colmar, 4 juill. 1952, D. 52, 751). Mais, depuis les l. 4 juin 1970 et 11 juill. 1975, une nouvelle carrière s'est ouverte aux pactes entre époux (cf. Chapelle, *R.T.*, 84, 411) : les juges peuvent leur conférer une efficacité directe soit à l'occasion du divorce (a. 290-1^o), soit même en dehors de là (a. 376-1). Il semble que serait valable la combinaison qui, au XVIII^e s., eut la faveur des princes, aussi bien que d'une coutume populaire qui se forma : aux garçons la confession du père, aux filles celle de la mère. Que dire contre ? Qu'elle est sexiste ? L'aléa assure la paix de la famille ; la statistique garantit l'équilibre des dénominations. — A l'heure actuelle, le conflit religieux se réfracte parfois dans le choix de l'établissement scolaire (et il oppose alors deux degrés

de ferveur religieuse plutôt que deux religions) : ex. Paris, 15 et 20 avr. 1988, D. 88, *I.R.*, 132, 137 ; Paris, 25 oct. 1991, *R.T.*, 92, 379. — Sur la diversité et sans doute la croissance du contentieux, en dépit de la tolérance qui fait partie de notre pensée unique, v. Y. Alhalel-Esnault, *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français*, Th., Rennes, ronéo, 1976 ; Bredin, D. 60, chr. 73 ; Nepveu, *J.C.P.*, 67, 2, 15100 ; Michelet, D. 71, chr. 233 ; Garay et Goni, *G.P.*, 92, 2, 547 ; Hauser, D. 94, 326.

b) *Exercice de l'autorité en commun*. — Cf. Fulchiron, *J.C.P.*, 96, 1, 3903, n° 7. Bien des points demeurent obscurs. L'avis des deux parents doit être demandé (Civ.² 31 mars 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 1423) ; mais l'acceptation de chacun est-elle nécessaire ? est-elle révocable ? L'intérêt de l'enfant est toujours la référence majeure. Les juges du fond l'apprécient souverainement (Civ.¹ 16 juill. 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 2354) ; encore doivent-ils montrer qu'ils s'en sont préoccupés (Civ.¹ 24 févr. 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 1079). L'autorité parentale conjointe n'est, d'ailleurs, qu'un principe, et une appréciation de l'intérêt de l'enfant, mais non des qualités respectives des père et mère, peut justifier que l'exercice de l'autorité soit confié à l'un des deux à titre exclusif (ainsi peuvent se concilier par ex. Civ.² 31 mai 1995 et Civ.¹ 7 juin 1995, D. 95, *I.R.*, 158 et 685). Dans les faits, l'autorité conjointe a sensiblement progressé ; mais quant au lieu de résidence, la prépondérance de la mère reste très forte. Il semble que l'intérêt de l'enfant pourrait l'emporter sur la répugnance des parents à se concerter et à collaborer (Pau, 7 janv. 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 884). Toutefois, l'exercice de l'autorité en commun exige un minimum d'entente (Civ.¹ 2 juin 1993, *J.C.P.*, 93, 4, 1913) ; sans ce minimum l'enfant risque d'être perturbé, et son intérêt se retourne contre la loi.

c) *Coparentalité de l'a. 372, al. 2*. — Quel en a été l'accueil ? Les décisions publiées sont rares. L'une d'elles (trib. Lyon, J.A.F., 9 avr. 1996, *R.T.*, 96, 598, n. Hauser) révèle une déviation possible : la loi exige une communauté de vie entre les parents, mais pas avec l'enfant, peu importe qu'il soit élevé ailleurs. C'est se contenter d'un rapport formel de filiation, sans référence à l'éducation effective. Le législateur eût été mieux inspiré de prendre pour critère une possession d'état tripartite.

d) *Droit de visite*. — Cf. J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 86, 736, et 88, 319 ; N. Des-camps-Dubacle, D. 95, Somm., 132. Dans l'après-divorce, il apparaît comme un contrepoids à la possessivité de la résidence habituelle. Contrepoids empirique ; d'où l'idée est venue (mythique ?, californienne ?) de l'intégrer à un équilibre de marché : l'enfant au quotidien serait donné à celui des deux qui aurait fait l'offre la plus large du droit de visite. Mais les difficultés portent aussi sur la détermination des ayants droit. Civ.¹ 23 mars 1961, D. 61, 521, avait posé en thèse générale que les parents investis du droit de garde ne peuvent avoir à subir un droit de visite au profit de personnes autres que les ascendants (en l'espèce, il s'agissait des parrain et marraine ; cf. l'arrêt cassé, Paris, 30 avr. 1959, D. 60, 673). Le droit de visite avait été également refusé à des parents nourriciers (Civ.¹ 10 mars 1958, D. 59, 29, n. Savatier). La l. 4 juin 1970 s'est montrée un peu plus accueillante, en réservant les situations exceptionnelles (a. 371-4 ; cf. a. 311-13). De ces situations, Civ.¹ 17 mai 1972, D. 72, Som. 162 et 10 mai 1977, *Bull.*, n° 213, renvoient l'appréciation aux juges du fond. Pour une application restrictive, Michelle Gobert, *J.C.P.*, 1971, 1, 2421, n° 20.

e) *Assistance éducative*. — V. Ph. Robert, *R.T.*, 72, 26 ; Bosse-Platière, *J.C.P.*, 96, 1, 3903, n° 8 ; Huyette, D. 98, chr. 218. Mais le juge ne saurait fixer un droit de visite et d'hébergement « jusqu'à la manifestation contraire de la volonté des enfants » : ce

serait déléguer à ceux-ci les pouvoirs que la loi lui confère (Civ.² 11 oct. 1995, D. 95, *I.R.*, 232). Sur les abus possibles, C. Liscia, *Familles hors la loi*, 1978. La Cour de cassation exprime la volonté que les décisions des juges des enfants ne prennent pas une allure discrétionnaire, en se bornant à invoquer l'intérêt de l'enfant sans plus de précisions (Civ.¹ 26 janv. 1972, D. 72, 553, n. Massip ; Civ.¹ 11 mai 1976, D. 76, 521, n. Hovasse ; Civ.¹ 8 oct. 1986, *G.P.*, 87, 2, 385). Sur la notion du milieu actuel au sens des a. 375-2 et 375-3 (= milieu familial naturel), Civ.¹ 6 janv. 1981, *Bull.*, n° 1 ; Civ.¹ 23 janv. 1985, *Bull.*, n° 35.

f) *Rapports conflictuels entre parents et enfants dans l'autorité parentale*. — Il n'est pas fréquent que le droit les saisisse directement. Bien souvent, ils ne font que réfracter un conflit entre les parents eux-mêmes : en cas de séparation de fait (cf. Civ.¹ 21 mai 1975, *J.C.P.*, 76, 2, 18208, n. Le Guidec) et surtout de divorce. La loi (a. 290-3°) a permis au juge de sonder les enfants sur leurs préférences affectives : Civ.² 23 mai 1984, *G.P.*, 85, 1, Panor., 69, n. Grimaldi (cf., depuis la l. 8 janv. 1993, *infra*, n° 170). Il ne saurait, toutefois, abandonner à leur discrétion le choix du parent à qui ils seront confiés : Civ.² 7 oct. 1987, *Bull.*, n° 190, D. 87, *I.R.*, 204. Le délit de non-représentation d'enfant (a. 357 C.P., 227-5 N.C.P.) a fourni aux tribunaux une occasion surabondante de construire en notions juridiques les phénomènes de désobéissance et d'obéissance juvénile. La Cour de cassation, qui n'est pas sur le terrain, pose en thèse que la résistance du mineur ou son aversion pour le parent qui le réclame légitimement ne constitue pas, pour celui-ci, un fait justificatif ni une excuse légale : ex. Crim. 12 mai 1954, D. 55, 226, n. Bouzat ; Crim. 13 avr. 1988, D. 89, 461, n. Renucci.

Chapitre III

LA CONDITION JURIDIQUE DU MINEUR

De la jeunesse de l'individu, le droit tire une incapacité, une diminution de droits, pour partie naturelle, pour partie technique, suivant l'âge que l'on considère. Le vrai est qu'il ne s'agit pas seulement de protéger le mineur, mais aussi de l'intégrer à un groupe familial. Le point de vue du droit traditionnel est, d'ailleurs, trop étroit, quand il ramène la matière à l'étude d'une incapacité (même s'il y joint, comme le faisait l'Ancien Droit, une notion des *privilèges de la minorité* : ex. la prescription est suspendue en faveur des mineurs, a. 2252) : c'est la *condition juridique* des enfants et des adolescents (le quart de la population du pays), le statut civil de la jeunesse, qu'il convient de présenter.

C'est pour une présentation plus claire du droit positif que nous avons séparé en deux chapitres l'autorité parentale et la condition juridique du mineur. En fait, elles sont inséparables comme la convexité et la concavité d'une même courbe. L'autorité parentale imprègne la condition juridique du mineur et y diffuse un esprit de soumission et de timidité. Réciproquement, elle sent ce qu'il y a de résistance dans les comportements de l'enfant, et elle se laisse refouler par eux. C'est un équilibre délicat, que traversent des crises. De toute antiquité, le fils indocile a fait partie de la puissance paternelle (cf. Deutéronome, 21, 18-21).

Nous inspirant de la division dont le C.C. lui-même s'est servi pour donner des règles à l'autorité parentale (relativement à la personne, relativement aux biens), nous distinguerons, à l'intérieur de ce chapitre, la *personne* et le *patrimoine* du mineur.

1 / La personne du mineur

La rubrique du titre X place au même rang la minorité et l'émancipation. Le premier mot a le profil bas, tandis que le second sonne comme un appel à la liberté. Il faut en rabattre : dans la réalité du droit positif, la *minorité* est le droit commun de l'enfance, l'*émancipation* n'est qu'une espérance pour un petit nombre. Mais entre les deux, nous glisserons le tour de parole, l'*autonomie* octroyée au mineur par les a. 388-1 et 388-2 *dans les procédures le concernant* ; c'est déjà une espèce d'émancipation.

1 | L'ÉTAT DE MINEUR

D'emblée le C.C. (a. 1124) a rangé le mineur non émancipé (qualité purement négative, disons désormais : le mineur tout court) parmi les incapables, à côté du « majeur protégé au sens de l'a. 488 » (le malade mental). Traiter la minorité comme une *incapacité*, c'est le point de vue civiliste, et il est important par les conséquences pratiques qui s'ensuivent. Mais ce point de vue ne rend compte qu'imparfaitement de ce qu'est l'existence du mineur : l'incapacité ne se fait sentir sur lui que par épisodes. Il est bon de compléter l'observation en direction du droit public, afin de faire apparaître la part de *liberté* que comporte cette existence.

I. — L'incapacité du mineur

En principe, cette incapacité semble concerner tous les actes et faits de la vie juridique. Cependant, à y regarder de plus près, elle n'est pas dépourvue de nuances, ni de dérogations et de distinctions.

Une distinction de base, qui n'est pas exprimée dans le C.C., mais découle de la théorie générale de l'acte et du fait juridiques, sépare les mineurs selon qu'ils sont hors d'état ou en état de comprendre la portée matérielle, morale, juridique de leurs comportements. Ce sont des périphrases lourdes, on leur préfère des mots plus vifs, et il est

devenu usuel de distinguer entre les *mineurs non discernants* et *discernants*. La notion de *discernement* avait joué un grand rôle en droit pénal avant l'o. 2 févr. 1945 sur l'enfance délinquante qui s'en est formellement détachée. Elle ne figurait pas, au contraire, dans le C.C., et c'est seulement la loi du 8 janvier 1993 qui d'un seul coup l'y a fait entrer (a. 388-1). Toutefois, dès le siècle dernier, doctrine et jurisprudence, en partant de la théorie générale de l'acte et du fait juridiques, avaient reconnu la succession de deux stades dans la minorité : le mineur est plus ou moins incapable, moins ou plus autonome suivant qu'il est dépourvu ou pourvu de discernement. L'expérience dit que c'est une différence d'âge, donc de degré, avec la part d'arbitraire qu'une telle différence ne saurait éviter. Sans doute la loi de 1993 a-t-elle parfois, à l'instar du droit pénal, fixé un seuil à 13 ans (a. 60, 61-2, 360, 363). Mais ce sont des dispositions particulières. La règle est que le discernement n'a pas d'âge : c'est une question de fait, cas par cas.

► *Le mineur non discernant*

Il s'agit sinon uniquement de l'enfant en bas âge, du moins du très jeune enfant, de l'*infans* au sens du droit romain. *In-fans*, littéralement, *qui fari nequit*, celui qui, au berceau, ne sait pas encore parler, mais même, plus grand, celui qui peut parler sans toujours parler raisonnablement. Ce n'est ni un animal ni une machine, c'est un sujet de droit, il a une entière capacité de jouissance (cf. t. I, n° 100). Mais il est atteint d'une incapacité d'exercice qui a vocation à être totale. Non point qu'il soit dépourvu de volonté : il a une volonté, mais rudimentaire, ni assez ferme pour résister, ni assez éclairée pour prévoir. Ce qui a conduit le droit à l'envelopper d'avance – à toutes fins utiles – d'une incapacité qui pourrait être générale.

L'incapacité concerne avant tout les *contrats*. Quant aux délits, disons plus exactement aux *faits illicites* et dommageables, la position du droit semble s'être retournée.

a) *Les contrats*

L'incapacité générale a ici toute sa portée. L'enfant, dans cette phase de la minorité, ne peut s'obliger par un contrat. Il faudrait même dire rationnellement que le prétendu contrat passé par lui est inexistant ; à tout le moins, nul d'une nullité absolue, qui pourrait être invoquée par l'autre partie. En envisageant surtout les premières

années de l'*infantia*, il est clair que l'échange de gestes qui a pu avoir lieu n'est qu'un fait matériel, un acte inconscient : il n'y a pas de contrat juridiquement formé.

Quelle durée assigner à cette période d'incapacité absolue ? L'âge de 13 ans, retenu par le droit de l'enfance délinquante (o. 2 févr. 1945, a. 2), comme un minimum au-dessous duquel il ne peut y avoir de responsabilité pénale est certainement trop élevé pour le droit civil. A l'inverse, l'âge de 7 ans, qui a pour lui une espèce de tradition (« âge de raison »), vise trop bas. C'est, en réalité, une question de fait à trancher dans chaque hypothèse, selon le développement de l'enfant, mais aussi selon l'objet plus ou moins lourd du contrat.

b) Les faits illicites

Longtemps, ce fut un axiome, que l'enfant dépourvu de discernement était civilement irresponsable. Quoique l'a. 1310, qui pose le principe de la capacité délictuelle du mineur ne parût faire aucune distinction, on convenait communément de ne pas l'appliquer à l'enfant trop jeune pour mesurer les conséquences de son comportement. Cet enfant n'engageait donc pas sa responsabilité par le dommage qu'il avait causé à autrui, fût-ce intentionnellement, à plus forte raison par négligence ou imprudence. Il y avait bien un dommage matériellement causé, mais pas juridiquement de faute, en l'absence d'une volonté raisonnable.

Or, la Cour de cassation, par plusieurs arrêts rendus en 1984, a décidé que les juges du fond ne sont pas tenus de vérifier si le mineur dont la responsabilité est en question était capable de discerner les conséquences de son acte (cf. t. IV, n° 225, 229). Ce qui revient à admettre qu'une faute au sens des a. 1382-1383 peut être imputée à un jeune enfant. La solution est à deux fins : 1° Si le mineur a subi le dommage, sa faute, faute de la victime, peut être invoquée à son encontre (hors le cas des accidents de la circulation, l. 5 juill. 1985, a. 3), pour exclure (ou diminuer) son droit à réparation. 2° Si le mineur a causé le dommage, il peut être condamné personnellement à le réparer.

Le jeune enfant, cependant, est ordinairement insolvable. Il pourra être plus intéressant pour la victime, dans ce second cas, de recourir contre les père et mère en vertu de l'a. 1384, al. 4, qui établit une responsabilité du fait d'autrui (en présumant la faute des parents pour insuffisante surveillance ou mauvaise éducation du mineur). Ce recours était déjà ouvert avant 1984, du temps que le fait du mineur non-discernant était regardé comme un fait purement matériel vide de

volonté et de faute. Il doit l'être, à plus forte raison, maintenant que l'acte est traité comme une faute. La loi présumait une faute des parents : ils avaient mal surveillé l'enfant au moment des faits, ou – plus à l'arrière-fond – ils l'avaient laissé acquérir de mauvais penchants. En conséquence, elle leur permettait de s'exonérer (al. 7), en démontrant qu'ils n'avaient pas commis de faute (l'éducation était bonne, la surveillance correcte). Mais, en 1997, la Cour de cassation leur a retiré cette faculté d'exonération (cf. t. IV, n° 237) : leur responsabilité devenue objective, se fonde désormais sur le risque, le risque d'avoir des enfants.

► Le mineur discernant

Ici, la théorie générale de l'acte juridique ne suffit plus à expliquer l'incapacité. Nous sommes en présence d'une volonté consciente, intelligente, mais qui est déclarée incapable, parce qu'elle est présumée inexpérimentée, parce qu'elle doit aussi être soumise aux exigences d'un ordre familial.

Quoique l'incapacité du mineur soit couramment qualifiée d'incapacité générale, il faut se hâter de dire qu'elle ne concerne pas les faits juridiques, spécialement les *délits* et *quasi-délits civils*, la responsabilité, et que, même pour les *actes juridiques*, les contrats, qui constituent son domaine propre, elle ne va pas sans dérogations ni tempéraments, qui ne sont pas loin de la contrebalancer en importance. Outre qu'en marge des catégories du droit civil, la loi du 8 janvier 1993 a taillé au mineur une sphère d'*autonomie* contestataire dans les *procédures la concernant*.

a) Capacité quant aux délits

Que le mineur ait causé un dommage à autrui par sa faute (soit faute intentionnelle, soit négligence ou imprudence), il est tenu de réparer le dommage, il est responsable.

L'a. 1310 nous dit qu'il n'est point *restituable* contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délict. « Point restituable », c'est-à-dire qu'il ne peut obtenir la *restitutio in integrum* (expression venue du droit romain), la restitution, le rétablissement de sa situation dans l'état antérieur, comme si rien ne s'était passé. Bref, il doit supporter les conséquences de son fait, il est responsable. C'est la solution traditionnelle, comment l'expliquer ? On invoque la maxime *malitia supplet*

aetatem, la malice supplée l'âge. Mais cette maxime ne serait pertinente que s'il s'agissait uniquement de fautes intentionnelles. Or, la capacité délictuelle du mineur concerne aussi les quasi-délits, les fautes d'imprudence et de négligence, qui ne comportent point littéralement de malice. La véritable explication est qu'il convient de ne pas sacrifier la victime : elle n'a pas choisi son responsable, et ne doit pas souffrir davantage d'avoir affaire à un mineur. Dans la plupart des cas, du reste, la responsabilité des père et mère s'ajoutera à celle du mineur — dans l'intérêt de la victime car, le plus souvent, le mineur, n'ayant pas de biens personnels, est insolvable ; la responsabilité du fait d'autrui édictée par l'a. 1384, al. 4, assure à la victime une réparation plus efficace.

La capacité délictuelle du mineur est retenue d'une autre manière dans le cas inverse, où c'est lui qui se plaint du dommage causé par un tiers. S'il a lui-même une faute à s'imputer, son droit à réparation pourra se trouver supprimé (ou diminué) : il y a faute de la victime. Tel est le principe ; mais il est écarté dans le cas (important) des accidents de la circulation (l. 5 juill. 1985, a. 3). La faute, même inexcusable, de la victime ne peut être invoquée à l'encontre d'un adolescent de moins de 16 ans, à pied ou chevauchant un cycle sans moteur. Ce n'est pas une incapacité délictuelle : c'est une espèce d'immunité.

b) Incapacité quant aux actes juridiques

Autant que dans son *principe* même, il est important de considérer cette incapacité dans les *dérogations* légales et les *tempéraments* coutumiers qu'elle comporte.

1° Principe

Si le mineur est théoriquement incapable de faire par lui-même un contrat quelconque (plus largement un acte juridique, quel qu'il soit), la *sanction* qui atteint l'acte ainsi accompli est telle que la portée pratique de l'incapacité s'en trouve sensiblement affaiblie. Aussi est-il très important de bien préciser, d'emblée, quelle est la sanction de l'incapacité du mineur. Les a. 1305 et 1311, qui s'en occupent, ne sont peut-être pas d'eux-mêmes très parlants, mais ils sont éclairés par une interprétation traditionnelle, à laquelle il convient de faire confiance. Il faut distinguer *deux hypothèses* pour lesquelles la loi se réfère implicitement aux pouvoirs du tuteur.

— *Le mineur agissant seul a fait un acte qu'un tuteur n'aurait pu faire valablement qu'avec l'autorisation du conseil de famille*, par ex.

une vente d'immeuble (a. 457). C'est le type d'acte le plus grave. Si le tuteur avait opéré seul, l'acte eût été nul en la forme. C'est à quoi fait allusion l'a. 1311. Cette nullité en la forme est une nullité relative, mais qui est encourue de plein droit : le tribunal doit la prononcer dès lors qu'il constate que l'acte a été passé par un mineur de 18 ans, sans avoir à apprécier si l'opération était bonne ou mauvaise en elle-même, si par ex., la vente a été accomplie pour un juste prix, si le co-contractant a agi loyalement ou malhonnêtement avec le mineur, etc.

— *Le mineur agissant seul a fait un acte que le tuteur aurait pu faire sans formalités, sans le minimum de formalités*, c'est-à-dire sans l'autorisation du conseil de famille. L'acte ainsi accompli par le mineur n'est pas nécessairement nul. On recherche si le mineur a subi une *lésion*, un préjudice pécuniaire. Quand l'opération a été bien conduite, en effet, la preuve est faite que le mineur était apte à bien gérer ses affaires, qu'il n'avait pas besoin de protection particulière. Il en est ainsi pour les actes d'administration, ceux qu'un tuteur peut accomplir seul, par exemple une vente de récoltes (a. 456). L'acte ne sera annulé que si le prix est inférieur à la valeur de la récolte vendue, si la vente est lésionnaire pour le mineur. C'est ce qu'exprime une maxime venue de l'ancien droit : *minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam laesus*. Le mineur n'est pas *restitué*, n'obtient pas l'annulation de l'acte en tant que mineur, mais en tant qu'ayant subi une lésion, un préjudice pécuniaire.

L'acte sujet à restitution, dont il est question à l'a. 1311 par opposition à *l'acte nul en la forme*, est donc un acte qui est sujet à rescision pour lésion. Le mineur qui veut le faire tomber devra démontrer non seulement son âge, mais le préjudice pécuniaire, la lésion, qu'il prétend avoir subie.

La jurisprudence se fait, du reste, de la lésion dans son application au mineur une conception particulière, qu'elle applique notamment aux achats. Entre majeurs, la lésion est entendue objectivement ; elle résulte d'une inégalité pécuniairement mesurable d'une prestation à l'autre. Quand elle est invoquée par un mineur, il faut l'entendre d'une façon subjective : c'est l'inutilité de la dépense, de l'achat, qui est prise en considération.

De ce qui précède, il résulte que l'incapacité contractuelle du mineur n'est pas aussi générale qu'il semblerait de prime abord. C'est seulement une *incapacité de faire* : 1° *des actes de disposition* ; 2° *des actes d'administration lésionnaires*. Corrélativement, le mineur est capable de faire tous les actes d'administration qui ne sont pas lésionnaires.

L'acte que l'adolescent a passé hors des limites de sa capacité est atteint d'une nullité de protection, nullité relative, que peut faire valoir dans l'immédiat son représentant légal, mais que, devenu majeur, lui seul pourra invoquer (ou écarter par une confirmation ; « ratification », dit l'a. 1311). Sur l'annulation prononcée, le mineur ne peut être contraint à rembourser les sommes qu'il avait perçues en vertu du contrat annulé (a. 1312), la présomption étant qu'il a dû les dissiper. Il pourrait, toutefois, être condamné au remboursement (par une idée d'enrichissement sans cause ; cf. t. IV, n° 307), s'il était prouvé que les fonds ont tourné à son profit. Il arrive aussi que la responsabilité délictuelle du mineur lui interdise d'alléguer son incapacité contractuelle : en particulier, s'il a trompé les cocontractants sur son âge. Mais il ne suffit pas qu'il se soit simplement affirmé majeur (a. 1307) : il faut qu'il ait manœuvré pour le faire croire (ex. en antidatant l'année de sa naissance sur sa carte d'identité).

2° *Déroptions légales*

Le mineur, du moins à partir d'un certain âge, est capable de faire lui-même certains actes, sans qu'il y ait à se demander s'ils sont exempts de lésion. A ces exceptions établies par la loi, les a. 389-3, al. 1, et 450, al. 1, font allusion en une formule générale. Elles sont, d'ailleurs, de plusieurs espèces, les unes de *droit classique*, les autres de *droit moderne*, en correspondance avec des fondements différents.

— Les exceptions du *droit classique* correspondent à cette idée qu'il est des actes si personnels qu'ils ne peuvent être accomplis qu'avec la volonté propre du mineur. Est donc écarté le mécanisme habituel de la représentation qui, dans sa pureté, aurait pour effet d'éliminer le représenté de la scène juridique. La dérogation aux principes de l'incapacité peut être d'ailleurs plus ou moins poussée.

La loi peut exiger que le mineur consente personnellement à l'acte sans pour autant l'abandonner entièrement à lui-même. Pour agir valablement, il lui faudra l'autorisation préalable ou l'assistance à ses côtés de certaines personnes, titulaires de l'autorité parentale ou de la tutelle. Il est dérogé au système de la représentation ; mais quelque chose subsiste, néanmoins, de l'incapacité.

Ainsi pour le mariage (a. 148), ce qui ne concerne pratiquement plus que les filles de 15 à 18 ans : le consentement personnel de la mineure est essentiel, mais il doit être accompagné d'un consentement parental. De même pour le contrat de mariage (a. 1398), acte patrimonial, mais indétachable de l'acte personnel qu'est le mariage : c'est le

mineur qui passe l'acte, mais avec l'assistance des personnes qui sont qualifiées pour consentir au mariage lui-même.

En d'autres cas, les rôles sont inversés : l'acte est passé par le représentant légal pour le compte du mineur, et celui-ci est simplement appelé à y adhérer après coup par son consentement personnel, s'il a plus de 13 ans. Ainsi pour l'adoption (a. 345, 360), pour le changement de nom ou de prénom (a. 60, 61-2, 334-2).

Enfin, portant la capacité au degré suprême, il arrive que le droit permette au mineur de procéder librement à l'acte, sans l'assistance ni l'autorisation de quiconque. Ainsi pour le testament à partir de 16 ans (a. 904), pour la reconnaissance d'enfant naturel (et ici le support textuel fait même défaut). C'est qu'il s'agit d'actes si intimement personnels que toute intervention étrangère en détruirait le sens.

Pareillement, maître de son corps, parce qu'il est une personne, le mineur adolescent a une personnalité propre en face du médecin de famille (Code de déontologie médicale [d. 28 juin 1979], a. 43 s.) ; il doit consentir personnellement à l'opération chirurgicale qui le concerne (cf. pour les prélèvements d'organes, l. 22 déc. 1976, a. 1, al. 2) ; il a accès personnel aux contraceptifs (l. 28 déc. 1967, a. 4, l. 4 déc. 1974), non pas tout de même à l'avortement (a. L. 162-7 C.S.P.).

— Les dérogations du *droit moderne* procèdent d'une considération différente, d'accent social : le jeune travailleur doit avoir une indépendance juridique correspondant à l'indépendance qu'il possède dans la vie de chaque jour. Ici encore, du reste, les techniques mises en œuvre peuvent varier. Tantôt le mineur agit personnellement, mais avec l'autorisation de son représentant légal (ex. contrat d'apprentissage, a. L. 117-14 C. Tr. ; actions en justice pour l'exercice des droits résultant du contrat de travail, a. L. 516-1 C. Tr.). Tantôt il agit sans autorisation, mais sauf opposition parentale (ex. affiliation syndicale, a. 411-5 C. Tr.). Quant au contrat de travail lui-même, à supposer observé l'âge d'admission (en principe, la libération de l'obligation scolaire, a. L. 211-1), le Code du travail (a. L. 121-1) renvoie au droit commun : en fait, les employeurs demandent d'ordinaire le consentement personnel de l'adolescent, mais avec l'assistance de ceux qui ont autorité sur lui (« présenté par parents »). En l'espèce, c'est l'usage qui a fondé les comportements. Etroitement liée au statut du jeune salarié est la capacité du mineur dans le maniement de son livret de caisse d'épargne (d. codif. 27 juin 1952, a. 13) : il peut librement faire des dépôts (cf. a. 387), et même des retraits, à partir de 16 ans, sauf opposition de son représentant légal. Mais les banques, aujourd'hui, ont pour lui bien d'autres suggestions (ex. le « livret jeune » à 12 ans).

La l. 5 juill. 1974, en remaniant l'a. 1308, a introduit une dérogation de portée plus générale, mais qui procède de préoccupations semblables. Elle a remanié l'a. 1308 parce qu'il ne pouvait plus continuer à viser les mineurs commerçants, le commerce ayant paru une activité trop périlleuse pour que des mineurs au sens nouveau du terme (adolescents de moins de 18 ans) puissent y avoir accès, même avec l'autorisation parentale (a. 2 C. Com., rédaction du 5 juill. 1974). Le texte remanié ne peut donc plus concerner qu'un mineur exerçant une profession non commerciale, soit comme travailleur indépendant (artisan, artiste), soit comme salarié. On doit présumer qu'il a été, au départ, autorisé par ses parents. Cela dit, il n'aura pas besoin d'une autorisation spéciale chaque fois qu'il aura à s'obliger dans l'exercice (= pour les besoins) de sa profession. Le contrat qu'il aura passé seul sera pleinement valable, sans qu'il y ait à s'interroger sur son utilité finale, si du moins il s'agit, ce qui est le cas ordinaire, d'un contrat ayant le caractère d'un acte d'administration (sujet à restitution, selon la distinction précitée de l'a. 1311, à laquelle se réfère l'a. 1308).

3° *Tempéraments coutumiers*

Depuis toujours, la pratique admet qu'un mineur, adolescent ou même enfant, puisse passer des contrats usuels, des contrats pour les besoins courants de l'existence, sans que les tiers avec qui il contracte aient à s'inquiéter de sa capacité, ni de l'origine des deniers dont il se sert. C'est un peu l'équivalent, quoique en plus étroit, de ce que fut, du temps qu'elle était incapable (cf. t. II, n° 71), le pouvoir domestique de la femme mariée, et comme pour la femme, on a voulu expliquer ce rôle contractuel par un mandat tacite reçu du chef de famille. L'explication est plausible pour le jeune enfant qui « fait les commissions » dans le quartier, mais peu réaliste pour l'adolescent qui, parfois loin de ses parents, et en tout cas sans leur demander d'avis, achète, loue, prête, emprunte, etc. Au fond, c'est la coutume qui accorde ici une certaine sphère d'autonomie au mineur, la capacité de contracter seul, à proportion de son âge. Telle est la portée du renvoi exprès que les a. 389-3 et 450 font à l'usage.

4° *Obstacle pratique à la capacité :* *l'absence de biens personnels*

Tout en constatant que notre droit laisse finalement une sphère d'action assez large au mineur, il faut observer que celui-ci rencontre un obstacle pratiquement considérable à en profiter : *l'absence de biens personnels*, surtout de biens personnels dont il ait l'administration,

partant le maniement. La plupart des mineurs (et d'ailleurs, aussi, beaucoup de jeunes majeurs) sont insolvable, faute de patrimoine propre. Mais un fournisseur, un logeur acceptera de faire crédit à l'adolescent s'il est assuré d'être payé par les père et mère. Rien de mieux, pour en être assuré, que d'obtenir de ceux-ci un cautionnement (a. 2011, 2012, al. 2 ; et la précaution ne serait pas moins bonne s'agissant d'un jeune majeur). A défaut, la jurisprudence permet au fournisseur d'exercer un recours contre les parents, en invoquant soit le mandat tacite qu'ils sont présumés avoir donné à leur fils, soit l'enrichissement dont ils ont bénéficié sans cause, car, en somme, en pourvoyant aux nécessités immédiates de l'existence de l'enfant, le fournisseur a acquitté pour le compte des parents la dette de l'a. 203, et ce faisant, il les a enrichis (cf. *supra*, p. 88).

Un mineur peut, au demeurant, avoir des biens propres : ainsi les biens provenant d'une succession, notamment de la succession de l'un de ses parents. Mais c'est l'administrateur légal ou le tuteur qui, seul, pourra les gérer. Il garde encore en propre les biens provenant de son travail personnel, dont l'a. 387 fait une sorte de pécule indépendant. Mais s'ils sont soustraits à la jouissance légale du père, ils ne le sont point à son administration. Lui est également propre l'indemnité qui a pu lui être allouée à la suite d'un accident dont il a été victime. Mais, s'agissant d'un accident régi par la loi du 5 juillet 1985, l'assureur doit, 15 jours à l'avance, aviser du versement le juge des tutelles (C. Ass., a. L. 211-15). Le juge devra veiller à l'emploi des fonds.

On doit enfin considérer le mineur comme propriétaire des biens qui ont pu lui être remis par ses parents à titre de donation (présents d'usage, ex. jouets, moto légère). Mais, souvent, la cohabitation rend équivoque la possession, et l'on ne sait si ces objets ont été *donnés* ou bien (ce que les créanciers des parents ont intérêt à soutenir, pour pouvoir saisir) simplement *prêtés* à l'enfant.

La question se présente quelquefois sous un jour différent : un dommage ayant été causé à autrui par une chose dont se servait l'enfant (ex. vélomoteur et point d'assurance), qui est gardien responsable, au sens de l'a. 1384, al. 1 ? Dans l'intérêt de la victime, il vaudrait mieux que ce fût le père, plus solvable. Mais, si le mineur a acquis lui-même l'objet avec ses économies personnelles, il est difficile de ne pas voir en lui le propriétaire, donc le gardien, responsable en première ligne. Cependant, le père pourra ensuite être atteint par le ricochet de l'a. 1384, al. 4.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Savatier, n°s 279 s.; Rodière, *La tutelle des mineurs*, 1950, n°s 53 s.; Goubeaux, n°s 383 s.; Massip, *L'abaissement de l'âge de la majorité et ses conséquences*, 1975; G. Raymond, *Droit de l'enfance*, 1983.

HISTOIRE

Le droit romain paraît remarquable par toutes les nuances qu'il mit dans la condition juridique des mineurs, graduée selon l'âge (3 sortes d'impubères : l'*infans*, l'*infantiae proximus*, le *pubertati proximus*; au-delà, le mineur de 25 ans). V. Monier, I, n°s 231 s. Du Droit romain nous sont venues beaucoup d'idées techniques : ex. : l'idée de la *restitutio in integrum ab aetate*, par laquelle le mineur fait remettre les choses dans leur état antérieur, fait déclarer nul par le magistrat l'acte qu'il a passé, en démontrant que cet acte lui a causé une lésion (d'où le langage des a. 1306, 1308 s. : « restituable » = qui peut obtenir la *restitutio in integrum*). Cf. Berger-Vachon, La protection du mineur a-t-elle le caractère d'une *in integrum restitutio* ?, *R. critique de législation*, 1931, 278.

Dans l'Ancien Droit, dès le XIII^e s., avec le progrès du Droit romain, l'incapacité n'est plus absolue, mais limitée à ce qui est nécessaire pour la protection du mineur, aussi est-elle subordonnée à la lésion. Cf. Brissaud, p. 184 s. Sur le dernier état de l'Ancien Droit, v. Meslé, *Traité des minorités*, 1752, chap. 14; Pothier, *Traité de la procédure civile* (partie 5, chap. 4, a. 2), à propos des lettres de rescision (pour lésion) considérées comme un moyen procédural et *Traité des obligations* (n° 52; v. en particulier, l'atténuation en faveur du prêteur de bonne foi, qui n'a pu soupçonner que les sommes empruntées seraient employées en folles dépenses; notre a. 1312 est plus favorable au mineur).

SOCIOLOGIE

Cf. *L'enfant*, Recueils de la Société Jean-Bodin, t. 35 à 39, 1975-1976. — Sur les tensions entre les classes d'âge, cf. Michel Philibert, *L'échelle des âges*, 1968; et l'ouvrage collectif, *Les jeunes et les autres*, 2 vol., Vauresson, 1986. — L'ambiguïté du mot n'est pas sans conséquence : l'élan du cœur que l'on éprouve « lorsque l'enfant paraît » a dû bénéficier en législation à la cause des enfants naturels; il faut un effort de l'esprit pour imaginer un enfant naturel en forme de vieillard. Exemple du glissement facile : cet *enfant adultérin* adulte qui se prévalait de la Convention de l'O.N.U. sur les droits de l'enfant pour faire déclarer caduque la réduction de ses droits successoraux résultant de la loi de 1972. La Cour de cassation, Civ.¹ 25 juin 1996, *Rép. not.*, 96, lui répond qu'à supposer la Convention directement applicable devant les tribunaux français, elle est sans pertinence ici : l'enfant de la Convention se définit comme l'être humain qui n'a pas atteint l'âge de la majorité.

a) Beaucoup de sociétés archaïques appliquent à la jeunesse un statut de ségrégation, ségrégation matérielle, d'habitat : c'est le système des *classes d'âge* (cf. Schurtz,

Alterklassen und Männerbünde, Berlin, 1902 [*Classes d'âge et ligues d'hommes*]). Les jeunes garçons vivent à part du reste de la tribu, jusqu'aux rites d'initiation qui après la puberté les intégreront à la société globale. Ils sont élevés en bandes, en dehors du village, et sont avec la société adulte en relations d'hostilité latente, se traduisant par des vols et des violences. C'est la situation qui transparaît à travers les mythiques lois de Lycurgue. On a dit parfois que notre système moderne de l'*incapacité* réalisait à sa façon une ségrégation subtile, le mineur étant séparé du monde adulte par l'invisible barrière d'une institution juridique. Mais c'est oublier que l'incapable, par son incapacité même, est intégré à la famille. S'il fallait chercher des résurgences du modèle archaïque, on les trouverait plutôt dans la formation, spontanée ou provoquée, des *bandes de jeunes*. Le phénomène est spontané dans ces bandes d'adolescents qu'étudie la criminologie (cf. Phil. Robert, *Les bandes d'adolescents*, 1966) — rejetées dans la déviance, peut-être parce que nos sociétés évoluées ne comprennent plus le système des classes d'âge (cf. les *Ragazzi di vita* de Pasolini). Mais le phénomène peut être provoqué aussi par le pouvoir. Les autorités tyranniques ont dans leur stratégie constante de court-circuiter les familles pour capter les forces de la jeunesse. L'histoire en présente plus d'un exemple : les 10 000 gamins mobilisés par le pieux Savonarole en 1496, les processions d'enfants de la Ligue en 1587-89, la *Hitlerjugend* (relire *Le dernier civil* d'Ernest Glaeser, trad. fr., 1937).

b) Dans le *fonctionnement de notre système d'incapacité*, deux types psychosociologiques appelleraient l'observation : le « fils de famille » mineur et les individus (usuriers, prêteurs sur gages) qui abusent de ses besoins, de ses faiblesses et surtout de ses passions pour lui faire souscrire des engagements préjudiciables. C'est en fonction de ces deux figures qu'il faut lire l'a. 313-4 N.C.P. (ancien a. 406 C.P.) Quoique d'un usage plus rare qu'au siècle dernier, cette protection pénale du mineur complète la théorie de son incapacité quant aux contrats. On en rapprochera l'a. R. 635-4 N.C.P., qui interdit aux brocanteurs d'acheter à un mineur non autorisé par ses parents : le texte veut l'empêcher de bazararder les objets même à son usage. Pour ceux qui appartiennent aux parents, c'est l'a. 380 C.P. (311-12 N.C.P.) qui est applicable : l'enfant ne peut être poursuivi pour vol, mais les acheteurs sont punissables comme receleurs. — Cette forme individuelle de l'abus des besoins des mineurs tend, du reste, aujourd'hui à être remplacée par une forme collective, bien plus dangereuse, quoique diluée : l'abus par la publicité. Les enfants, outre qu'ils sont d'efficaces *persuadeurs* de leurs parents (cf. Vance Packard, *The Hidden Persuaders*, 1957, chap. 9, 15; J. Brée, *Les enfants, la consommation et le marketing*, 1993), disposent, par leur argent de poche, éventuellement leurs salaires, d'un énorme potentiel de consommation futile. Mais, pour le réduire, ce n'est pas sur la capacité des acheteurs que le droit devrait agir, c'est sur la liberté du commerce.

c) En se référant à l'*usage*, la l. 14 déc. 1964 a encouragé la pratique à le créer (car, dans les a. 389-3 et 450, sous l'usage il faut entendre les mœurs du présent, plutôt que la tradition du passé). C'est ainsi que, l'initiative faisant boule de neige par le jeu de la concurrence, dès avant 1974, les 18-21 ans avaient pu se faire ouvrir des comptes en banque. Et maintenant, c'est le tour des 16-18 ans. Ce qui ne va pas sans risques. V. les réflexions très lucides de J. Huet *et al.*, *Détournement (bancaire) de mineurs* ?, *D.* 87, chr., 215. On remarque, il est vrai, que, toutes les fois que l'opération doit se faire à crédit, le cocontractant adulte cherche à se prémunir contre le risque d'insolvabilité en

exigeant que le mineur – ou même le majeur proche de la majorité – soit cautionné par ses père et mère. L'exigence du cautionnement rétablit ainsi une espèce d'incapacité, de curatelle de fait, au-delà des 18 et même des 21 ans.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Il pourrait être utile de faire une synthèse de toutes les capacités partielles actuellement éparpillées dans des lois spéciales, en construisant un régime de *prémajorité* (cf. Gisser, *J.C.P.*, 84, 1, 3142). L'émancipation pourrait fournir un canevas : tous les mineurs seraient émancipés de plein droit à 16 ans, ce qui leur conférerait la capacité de principe de l'a. 481, al. 1, sous les restrictions de l'al. 2 ; mais, au rebours de l'a. 482, ils resteraient sous l'autorité parentale, ce qui maintiendrait la responsabilité des père et mère dans les termes de l'a. 1384, al. 4.

THÉORIE JURIDIQUE

Deux notions à analyser, clefs de distinctions importantes.

a) La notion de *discernement lato sensu*, discernement civil, qu'il convient à la fois de rapprocher et de distinguer (v. Paris, 3 févr. 1942, *G.P.*, 42, 1, 225, 1^{re} esp.) du discernement pénal, tel qu'il fonctionnait avant l'o. 2 févr. 1945 (ex. Poitiers, 27 janv. 1928, D.H. 29, 2, 47), a fait l'objet d'analyses approfondies en droit suisse, pour l'interprétation des a. 13 et 16 C.C.S., qui s'y réfèrent nommément. Quelques conclusions s'en détachent, qui valent aussi pour la notion correspondante du droit français : qu'il y a un lien entre le discernement et la raison (a. 16, C.C.S. : « la faculté d'agir raisonnablement ») ; que, cependant, il intéresse la volonté autant que l'intelligence, supposant la possibilité, non seulement d'apprécier sainement les conséquences d'une action, mais de conformer sa conduite à cette appréciation ; qu'il ne peut pas être établi une fois pour toutes, dans une personne déterminée, mais qu'il peut, dans une même personne, se retrouver ou non, suivant la nature de l'action considérée.

b) La *lésion* du mineur n'est pas comprise, quoique le C.C. ait semblé envisager une notion unique (arg. a. 1118), de la même manière objective que dans les contrats entre majeurs. La rescision peut être prononcée en faveur du mineur, malgré l'égalité des prestations, si l'opération doit être pour lui une cause de ruine (ex. : immeuble dont l'entretien absorbe les revenus ; meubles précieux, mais improductifs, alors que le mineur n'a que des revenus modestes). Ex. Dijon, 12 avr. 1880, S. 82, 2, 213. Cf. Planiol-Esmein, VI, n° 286. A la limite, on pourrait dire que la lésion, ce sont les sottises des mineurs (cf. Demogue, *Obligations*, II, n° 682).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Responsabilité civile*. — La jurisprudence, aujourd'hui si abondante, relative à la responsabilité sous ses différents aspects (personnelle, du fait d'autrui, du fait des choses) ajoute des traits importants à la condition juridique des mineurs (cf. F. Alt-Maes,

Resp. civ. du mineur de 7 à 13 ans, R. *Droit de l'enfance et de la famille*, 95 (2), 1). L'a. 1310 étant compris à la lumière des a. 1307, 1308, 1309, qui, tous, paraissent supposer des adolescents assez proches de la majorité et non pas de jeunes enfants, on était généralement d'accord pour décider que la capacité délictuelle ne pouvait être reconnue avant un certain âge de discernement civil (cf. Soc. 9 mai 1953, *G.P.*, 53, 2, 118 ; Crim. 13 déc. 1956, D. 57, 349). Cette solution, imposée par la théorie classique de la faute, avait été critiquée dans l'intérêt des victimes, par une doctrine moderne, qui préconisait de définir la faute objectivement par tout écart de la normalité (v. Mazeaud, *Responsabilité*, I, n° 456 s.). Depuis la loi du 3 janv. 1968 (cf. t. I, n° 178), on soutenait même (Burst, *J.C.P.*, 70, 1, 2307, n° 21 s. ; G. Viney, *R.T.*, 70, 264, et *Responsabilité*, n° 585 s.) que l'a. 489-2 qui met une obligation de réparer à la charge du dément devait être étendu par analogie au mineur non discernant. Mais les motifs ne manquaient pas en sens contraire (cf. Gomaa, *R.T.*, 71, 29 ; F. Warembourg-Auque, *R.T.*, 82, 329) : la place de l'a. 489-2 ; l'activité inégalement dangereuse que l'on a à craindre d'un fou adulte ou d'un *infans* ; la moindre utilité, pour la victime, d'une responsabilité personnelle de l'*infans*, puisqu'il est admis que ses père et mère en sont responsables selon l'a. 1384, al. 4 (Mazeaud, *op. cit.*, I, n° 763 ; Aubert, *Fait juridique*, n° 595, 702). Peut-être aurait-on pu, d'ailleurs, distinguer davantage suivant la nature concrète des actes dommageables : la raison commence sans doute plus tôt que ne dit le droit, une raison peu persévérante, il est vrai, mais suffisante pour l'imputabilité de gestes élémentaires qu'interdit la discipline familiale (ex. jouer avec des allumettes ; cf. *R.T.*, 1953, 713 ; 1957, 551 ; 1961, 151).

Toujours est-il qu'en 1977 encore la Cour de cassation (Civ.² 7 déc. 1977, D. 78, I.R., 205, *R.T.*, 78, 653) réaffirmait le principe de l'irresponsabilité de l'*infans*. Mais en 1984, revirement, semble-t-il bien. Des cinq affaires jugées en assemblée plénière le 9 mai 1984 (D. 84, 525, concl. Cabannes, n. Chabas, *J.C.P.*, 84, 2, 20256, n. Jourdain, et 84, 2, 20291, rapport Fédou, *R.T.*, 84, 508, n. Huet ; Legeais, D. 84, chr., 237), deux, les aff. *Lemaire* et *Derguini*, étaient nouées autour d'une prétendue faute de la victime : or, la victime se trouvait être un jeune enfant. Les arrêts déclarent que les juges du fond n'étaient pas tenus de vérifier l'existence du discernement. Formule analogue dans un arrêt de la deuxième Chambre (12 déc. 1984, *Bull.*, n° 193, *R.T.*, 86, 120, n. Huet), mais, cette fois-ci, en réponse à une question plus directe : c'était le jeune enfant lui-même qui avait causé le dommage, fallait-il rechercher s'il y avait discernement ? ce n'était pas nécessaire. Une autre des cinq affaires de l'assemblée plénière, l'affaire *Gabillet*, portait le débat sur le terrain de l'a. 1384, al. 1^{er}, non plus de l'a. 1382, et le système se parachève : puisqu'il était constaté que cet enfant de trois ans avait l'usage, la direction et le contrôle de son bâton, il était superflu de s'enquérir si sa garde était discernante.

A la vérité, le langage de la Cour de cassation n'est pas exempt d'ambiguïté. Si elle n'impose pas aux juges la recherche du discernement, elle ne leur interdit pas de s'y livrer (ex. Civ.¹ 7 mars 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21403, n. Dejean de La Batie). De sorte qu'elle n'aurait fait, en 1984, que leur reconnaître un banal pouvoir d'appréciation sur une notion qui, assurément, n'a jamais eu de définition légale. Telle n'est pas, pourtant, l'interprétation qui est couramment donnée de la jurisprudence de 1984. Pour la plupart des commentateurs, l'intention aurait bien été de mettre fin à l'incapacité délictuelle de l'*infans*, en considérant celui-ci comme capable d'une espèce de faute objec-

tive, un fait que son caractère illicite suffirait à définir comme faute (cf. H. Mazeaud, D. 85, chr. 13) – et peut-être même est-il déjà illicite parce qu'il est dommageable (*neminem laedere*) – sans égard à son contenu psychologique et moral.

Seulement, à quoi tout cela peut-il tendre ? La Cour de cassation n'a pas été mue par l'intérêt des victimes, puisque ses premières décisions ont été prises pour accabler l'enfant victime, en transformant son fait en faute. Tout ce que l'on peut voir, c'est qu'au terme du changement, l'assurance dite « du père de famille », l'assurance de responsabilité des parents, est encouragée ; le législateur aurait même de bonnes raisons de la rendre obligatoire (cf. G. Viney, 85, 1, 3189), quitte sans doute à en inventer une autre pour les orphelins. Ce qu'il est permis de regretter, cependant, c'est que la responsabilité de l'*infans* ait été réexaminée dans le vase clos des a. 1382-1384, sans être replacée dans le droit des personnes. En abolissant toute distinction entre non-discernants et discernants, en conférant aux marmots, si l'on ose dire, une promotion (à titre onéreux), la jurisprudence a, sans le vouloir, implicitement dégradé les adolescents. Elle ouvre une pente où la conscience morale et juridique sera jugée aussi peu importante chez les uns que chez les autres. L'homogénéisation du droit de l'enfance (cf. la Convention internationale de l'O.N.U., *supra*, n° 109) a un effet pervers, qui est d'effacer l'originalité du droit de l'adolescence : c'est dans l'adolescence que, par la responsabilité notamment, peut se faire l'apprentissage de la citoyenneté. Autre perspective, qui montre l'utilité qu'il y aurait à décloisonner le droit de la responsabilité : le jeune responsable est présentement insolvable, mais sa dette de dommages-intérêts le suivra à l'âge adulte et pourra sortir de l'oubli comme une fâcheuse surprise ; et si ses père et mère ont payé pour lui, ne faudra-t-il pas que plus tard, dans leurs successions, il en tienne compte à ses frères et sœurs par le jeu du rapport (a. 851 ; cf. Aubry et Rau, t. X, § 631, texte et n. 18) ?

A partir d'un certain âge, la responsabilité civile du mineur est hors de contestation, sur le fondement de l'a. 1310 (ex. Req. 15 nov. 1898, et 21 mars 1899, S. 99, 1, 225, D. 99, 1, 439). Le père (ou la mère) reste responsable sur le fondement de l'a. 1384. Ce dernier texte (al. 7) permettait aux parents de s'exonérer en démontrant qu'ils n'ont pu empêcher le fait dommageable. Mais par un arrêt, Civ.² 19 févr. 1997, D. 97, 265, *J.C.P.*, 97, 2, 22948, qui paraît être un arrêt de principe, la Cour de cassation a substitué, dans sa lecture de l'al. 7 de l'a. 1384, à la preuve de l'absence de faute la preuve de la force majeure (ou des causes assimilées, fait d'un tiers, faute de la victime). La responsabilité des père et mère est ainsi devenue une responsabilité objective. C'est, au fond, une négation de l'autorité parentale : à quoi bon l'exercer ? le prix à payer sera le même (cf. t. IV, n° 241).

b) *Contrats*. — L'inexistence (pour défaut de volonté juridique) du prétendu contrat passé avec un *infans* (et non pas simplement la nullité, même absolue) paraît bien avoir été admise implicitement par la jurisprudence pénale : Crim. 25 mai 1938, D.H. 38, 453, Crim. 15 déc. 1959, *Bull. crim.*, n° 554 (une personne poursuivie pour vol prétend en vain que, la chose lui ayant été remise volontairement par un enfant de 10 ans, par son enfant de 11 ans, il n'y a pas eu appréhension frauduleuse : la volonté de l'enfant doit être regardée comme juridiquement inexistante). Cf. dans un autre plan (à partir de quel âge un enfant peut-il valablement recevoir un acte de procédure à transmettre au véritable destinataire ? Paris, 27 févr. 1953, D. 53, 328 ; Paris, 16 janv. 1984, 12 ans, *Bull. avoués*, 84, 65). — La distinction entre les actes rescindables

pour lésion et les actes nuls en la forme, d'abord un peu flottante en doctrine, non moins que dans les a. 1305 et 1311 C.C., et dans les précédents de l'Ancien Droit, a été fixée par deux arrêts de principe : Civ. 18 juin 1844, S. 44, 1, 497 (« ce que la loi a voulu, c'est non pas que le mineur ne pût jamais contracter seul, mais qu'il ne fût pas lésé en contractant ») et Civ. 25 mars 1861, S. 61, 1, 673, D. 61, 1, 202 (une vente d'immeubles appartenant à des mineurs ne peut être validée, sous prétexte qu'elle serait avantageuse à ceux-ci, dès lors qu'elle n'a pas été précédée d'une autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal). Il faut ajouter que, si le tuteur passe lui-même un acte sans observer les formalités de la tutelle, cet acte est également nul en la forme (donc annulable lors même qu'il n'aurait pas causé de lésion au pupille : Civ. 6 mars 1893, S. 97, 1, 502, D. 93, 1, 473 ; Civ. 7 mars 1922, D. 22, 1, 169). À l'inverse, quand les formalités de la tutelle ont été remplies, le mineur ne pourra jamais faire tomber l'acte, même en démontrant qu'il en est résulté pour lui une lésion : c'est la règle que le C.C. (a. 1314) a consacrée, pour la sécurité des tiers (à l'encontre de l'Ancien Droit).

Sur les actes que le mineur peut faire seul en vertu de l'usage (a. 450), v. les études nuancées de Montanier, *J.C.P.*, 82, 1, 3076 (Les actes de la vie courante en matière d'incapacités) et *J.C.P.*, 84, 20, 119. Sur les difficultés du mandat tacite, v. par ex. Civ.¹ 8 avr. 1986, D. 86, *I.R.*, 312 (responsabilité d'un droguiste envers les parents pour avoir vendu des pétards à un mineur qui en a fait une utilisation aberrante ; question sous-jacente, plus générale : tout adulte a-t-il un pouvoir et un devoir de police sur les enfants des autres ? la coutume l'admettait à Sparte, mais en France les mœurs poussent plutôt à ne pas s'en mêler) ; trib. Nîmes, 29 juin 1982, D. 83, 13, n. Pansier. Cf. pour un prêt en vue d'un achat en soi plausible (cyclomoteur), refus de l'action dirigée contre les parents, Civ.¹ 21 juin 1977, *Bull.*, n° 285 (on relève en sens contraire que la l. 23 déc. 1985, modifiant l'a. 220, a intégré les emprunts *causés* par les besoins de la vie courante au jeu de la solidarité entre époux).

Dans l'intervalle entre la l. 14 déc. 1964 et la l. 5 juill. 1974, l'automobile, objet de juvénile passion, a suscité un certain contentieux de la capacité contractuelle. Le mineur pouvant passer le permis de conduire à 18 ans avec l'autorisation parentale, une idée vague flottait dans les esprits : que cette autorisation de manier la machine contenait une autorisation de se la procurer par contrat. En fait, Civ.¹ 4 nov. 1970, D. 71, 186, valida un contrat de location que le mineur voulait faire rescinder pour lésion, sous prétexte que la voiture louée, qu'il fallait réparer, lui avait causé des déboires. En revanche, Civ.¹ 9 mai 1972, *Bull.*, 1972, n° 122, refusa de voir dans l'achat d'une voiture un de ces contrats que l'usage, au sens de l'a. 389-3, autoriserait le mineur à passer seul. L'arrêt déclare qu'un tel achat entraîne des risques particuliers. On pense à des risques pour le patrimoine (v. cep. Bruxelles, 20 pluviôse an XIII, S. chron.), mais il s'agissait d'une voiture d'occasion et son prix modique avait été payé avec des deniers dont le mineur avait la libre disposition.

c) *Propriété*. — Difficulté pour le mineur d'établir son droit de propriété sur les meubles, en raison de l'équivoque que fait peser sur sa possession la cohabitation familiale imposée par l'a. 371-3 : ex. dans des saisies, Civ. 12 juill. 1948, S. 49, 1, 19 ; trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 11 févr. 1854, D. 54, 3, 37 (mais Caen, 13 mars 1851, D. 52, 2, 183, lui reconnaît un droit de propriété sur les effets à son usage personnel). L'autorité des parents n'empêche pas que l'enfant n'ait, au sens de l'a. 1384, al. 1, la

garde des objets qu'il utilise (bicyclettes, motos), Civ.² 14 mars 1963, D. 63, 500. Mais le père, en vertu de l'a. 1384, al. 4, sera responsable du fait de son fils gardien, Civ.² 10 févr. 1966, D. 66, 332. — *L'argent de poche* (cf. B.G.B., § 110, le *Taschengeldparagraf*), plus généralement le *pécule* du mineur (cf. a. 387) méritaient l'attention du droit, v. en réponse, F. Dekeuwer-Défossez *et al.*, *L'enfant, la famille et l'argent*, Actes du Colloque de Lille, II, 1991.

II. — La liberté du mineur

► Ad intra (à l'intérieur de la famille)

Ce ne peut être qu'une liberté limitée, puisque *sous* l'autorité des père et mère, *sous* leur pouvoir de garde, surveillance et éducation (a. 311-4, al. 2), triple contrainte, physique et psychologique à la fois. L'a. 371-3 est topique en ce qu'il restreint *a priori* la liberté de locomotion, rive l'enfant à la maison familiale. Cependant, réduit à la réalité de ses applications, cet article n'est guère plus qu'un article *anti-fugue*, qui permettra aux parents de faire appel aux moyens de la police et de la gendarmerie pour retrouver et ramener à la maison le jeune *fugueur*. Encore la fugue a-t-elle été libéralisée, en ce sens que l'adresse du mineur pourra (selon l'âge) n'être communiquée à son représentant légal qu'avec l'autorisation du juge des enfants (une l. 95-73 du 21 janv. 1995, a. 26, a corrigé l'a. 371-3 à la lumière de l'a. 371-2, al. 1). Plus généralement, s'il y a abus de pouvoir des parents, entrera en action une des mesures de protection que prévoit le droit commun de l'enfance, l'assistance éducative (la santé, la sécurité sont en péril), la loi du 10 juillet 1989 sur la prévention des mauvais traitements) — toutes mesures qui, en théorie du moins, aboutiront au rétablissement de la liberté. A la limite, on peut imaginer le retrait de l'autorité parentale, des poursuites pour séquestration (a. 224-1, 224-5 N.C.P.).

Cependant, en général, le besoin et le désir de liberté du mineur, aussi bien que les résistances qu'il rencontre à l'obtenir, se manifestent dans un contexte plus banal de vie quotidienne, avec des objets variables, dont le sérieux s'accroît naturellement avec l'âge. C'est la coutume qui peut seule être la norme ; mais une coutume d'une nature particulière : la pratique qui s'est établie spontanément, par consensus tacite entre la masse des parents et la masse des enfants, dans un milieu donné, à un moment donné (car des modes peuvent interférer). Chaque enfant veut être traité comme les autres, garçons ou filles de

son âge, et ainsi se crée la conviction qu'il en a le droit, que c'est le droit (*opinio necessitatis*, cf. Introd., n° 6). Jusqu'à un arrêt de 1997 (cf. t. IV, n° 237), il existait un bon observatoire pour suivre le mouvement de ces coutumes, c'était la pratique judiciaire concernant la responsabilité des parents (a. 1384, al. 7) : ceux-ci pouvaient s'exonérer en expliquant que, s'ils avaient autorisé le sport ou le jeu dommageable, c'était que toutes les familles l'autorisaient. L'observatoire est fermé maintenant.

On aimerait ajouter à la coutume, parmi les sources de liberté juvénile, la Convention de New York sur les droits de l'enfant (*supra*, p. 81). Mais le texte est lourd. Il se peut que le législateur de 1993 ait choisi l'article le plus facile (a. 12-2) pour en tirer quelque chose (a. 388-1). Ailleurs, la proclamation d'une liberté est souvent limitée ou obscurcie par ce qui l'enveloppe. A quoi bon reconnaître à l'enfant, dans l'a. 13-1 (qui a tant inquiété), le droit de répandre des idées de toute espèce sans considération de frontières (un petit prophète), alors que, dès l'a. 13-2, sont réservées les restrictions nécessaires à la sécurité nationale et à l'ordre public ? La Convention a souvent une tonalité patriarcale : les parents sont les *guides* naturels de l'enfant dans l'exercice de sa liberté (ex. a. 14-2), et chez nous peu de programmes politiques mettraient d'aussi bon cœur l'accent sur l'idée que l'école a dans sa mission d'enseigner à l'écolier le respect de ses parents (a. 29-1-c).

► Ad extra (à l'extérieur de la famille)

Pour une large part, c'est du dehors que la liberté vient au mineur. Il n'entre pas dans l'autorité des père et mère de lui interdire toutes relations avec l'extérieur, mais seulement de doser et surveiller ces relations. Les textes sont peu nombreux (ex. a. 371-4, al. 2) : pour le surplus, ici encore, c'est la coutume qui fixe la norme. Remarque facile : de nos jours, l'extérieur a les moyens — téléphone, radio, télévision surtout — de faire irruption à l'intérieur. Recherche à faire : qui a, de droit, la maîtrise des appareils ?

Les contrôles que l'autorité publique exerce sur l'autorité parentale (*supra*, p. 108) réfléchissent sur le mineur, et par vocation, c'est à son avantage. L'avantage peut être matériel (ex. la tutelle aux prestations familiales empêchera les prestations d'être gaspillées en dépenses étrangères à l'entretien des enfants). Il peut être moral (ex. le service de l'Aide sociale à l'enfance apporte un soutien éducatif et psychologique aux mineurs confrontés à des difficultés sociales, C. Fam. a. 40-1°).

Parmi ces organismes où l'on n'a vu, à l'origine, que les limitations qu'ils apportaient à l'autorité parentale, il en est qui se sont institutionnalisés, ont acquis une autonomie, au point que s'établissent des rapports de fait et de droit directs entre eux et les mineurs qui en sont les sujets. Deux, notamment, se détachent par l'étendue de leur ressort, mais aussi la familiarité de leur présence dans la vie quotidienne et dans l'opinion : l'Enseignement *lato sensu* (l'école, le collège, le lycée) et la Justice des mineurs (en ses formes disparates, vives ou atténuées, tribunal pour enfants, juge des enfants ; elle ne touche qu'une minorité, assez dense, toutefois, pour que soit sentie comme un risque parental la possibilité que des enfants y soient impliqués).

Dans les deux cas, le rapport, comme dans l'autorité parentale, est un rapport imposé, là par l'obligation scolaire, ici par la force exécutoire d'une décision judiciaire. Et c'est un rapport d'autorité, de soumission réciproquement, comme entre parents et enfants, avec les mêmes chances d'inflexion, par indulgence des uns, révolte des autres. Les deux sortes d'autorité sont-elles concurrentes ? rivales ? Si elles se cumulaient sur la tête du mineur, sa liberté serait annihilée. Mais les contraintes, entre l'école et la maison par ex., sont alternatives. Et puis, on sait d'expérience que celui qui a deux maîtres peut en tirer une liberté, naviguant entre les deux, jouant l'un contre l'autre (en quoi les écoliers sont experts). Ce que, le plus souvent, d'ailleurs, on constate est tout différent, c'est une honnête conjonction d'efforts entre l'autorité des père et mère et la liberté de l'enfant pour conjurer les difficultés extérieures : l'enfant décrochera le diplôme parce que ses parents l'ont aiguillonné ; il sortira du commissariat parce que son « représentant légal » s'est porté garant de sa conduite. A travers de menues occasions de ce genre se dévoile de nouveau la signification aveugle ou l'intention profonde de l'institution familiale : pousser plus avant la progéniture, bon gré mal gré, par-dessus les pièges d'une socialisation interminable.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — E. Alfandari, *Action et aide sociales*, 5^e éd., 1995 ; J.-P. Rosenczweig, *Le dispositif français de protection de l'enfance*, 1996. — Ph. Chaillou, *Violences des jeunes, l'autorité parentale en question*, 1995 ; Salas et Garapon, *La justice des mineurs, évolution du modèle*, 1995 ; B. Charlot, J.-Cl. Enin, *Violences à l'école*, 1997 ; Chr. Lazerges, J.-P. Balduyk, *Réponses à la délinquance des mineurs*, Documentation française, 1998.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Quoique la pratique des postes soit plus réservée, le droit civil admet, au nom de l'autorité parentale, un droit de regard du père ou de la mère sur la correspondance reçue par l'enfant, Paris, 4 oct. 1990, D. 91, 286, n. critique Garé. La Convention de l'O.N.U., a. 16, ne condamne que les immixtions arbitraires ou illégales. On a débattu si le mineur pouvait défendre seul à une action en recherche de paternité naturelle dirigée contre lui, comme il peut signer seul une reconnaissance volontaire, v. D. 1935, 1, 52, et Savatier, D. 1949, 170, Civ.¹ 8 janv. 1957, D. 57, 404, *J.C.P.*, 57, 2, 9903, décide qu'il doit être personnellement mis en cause dans une instance où il est aussi intimement intéressé. Mais devra-t-il y être *assisté* par son représentant légal ? Aujourd'hui, où le droit accorde de plus en plus d'autonomie aux sentiments personnels de l'enfant, cette assistance pourra sembler bien superfétatoire. Sur un terrain tout différent (l'affaire du film *Le pull-over rouge*), Paris, 9 nov. 1979, D. 81, 109, n. critique E. Abitbol, avait paru supposer que la protection de la vie privée du mineur relevait de l'autorité parentale dans les limites de l'a. 371-2, al. 1. Pour une vue plus personnaliste, Civ.¹ 27 mars 1990, *Bull.*, n° 72. Mais il faut observer qu'en certains cas l'atteinte à la vie privée de l'enfant ricoche sur la vie privée des parents parce qu'elle met en cause l'éducation qu'ils lui ont donnée, Civ.¹ 23 oct. 1990, D. 90, *I.R.*, 270. Dans un esprit tout opposé, le tribunal pour enfants d'Evry (8 nov. 1982, D. 83, 218, n. critique P. Raynaud, qui montre le peu de pertinence des textes invoqués) a estimé qu'une mineure pouvait, au refus de sa mère, contre la lettre de l'a. 162-7 C.S.P., obtenir, avec l'autorisation du juge de l'assistance éducative, que soit pratiqué sur elle un avortement (*contra*, Bordeaux, 4 déc. 1991, D. 93, 129, n. Debaélé). Toute fille n'est pas émancipée par la grossesse comme elle l'est par le mariage. Peut-être eût-il fallu, en l'espèce, prendre acte du refus parental comme d'un engagement tacite de pourvoir aux frais de gésine et aux aliments de l'enfant à naître, ce qui eût, en théorie, supprimé l'état de détresse. Un arrêt, Bordeaux, 4 déc. 1991, D. 93, 129, tout en refusant d'autoriser l'I.V.G., relève le caractère abusif du refus des parents. Cf. A. Boissiro, Autorité parentale et I.V.G., *Dr. de l'enfance et de la famille*, 96 (1), 232.

La Chambre criminelle, 16 juin 1992, D. 93, 75, n. Prothais, a étonné en déclarant une fille de 15 ans irrecevable à se constituer partie civile contre l'auteur du viol dont elle avait été victime. Dans cette affaire, le juge d'instruction aurait dû nommer à l'adolescente un administrateur *ad hoc* (a. 87-1 C.Pr.C., on n'était ni sous l'empire ni dans les conditions de l'a. 388-2, l. 8 janv. 1993) — administrateur qui eût été habile à agir en son nom (cf. Crim. 28 févr. 1996, *J.C.P.*, 96, 2, 22707, *Rép. not.*, 96, 1354). Or, cela avait été négligé, et l'incapacité s'imposait. Avec un peu d'imagination, pourtant, n'aurait-on pu soutenir qu'une mineure, capable d'agir au civil en recherche de paternité (a. 340-2, al. 2), dans le cas de viol notamment, devait *a fortiori* en être capable au pénal.

2 | AUTONOMIE DU MINEUR DANS LES PROCÉDURES LE CONCERNANT

Elle fait l'objet, dans la loi du 8 janvier 1993, d'un chapitre distinct (a. 53-59), débouchant sur la reconnaissance de deux droits subjectifs. Il ne faut pas voir là des restrictions supplémentaires à l'autorité parentale ou au régime des tutelles, mais bien de véritables droits de l'enfant — droits de l'homme en réduction — suivant la Convention internationale de l'O.N.U. (a. 12), dont l'inspiration est à l'origine de cette partie de la loi. Pour mieux marquer ce caractère de droits inhérents à la personne, le législateur a inséré ses deux articles clés au chapitre du C.C. de la *minorité*, sous la définition même de l'*individu mineur* (a. 388).

a) *Le droit d'être entendu* (a. 388-1). — Le texte soumet l'exercice du droit à des *conditions* précises, mais en laisse le contenu dans le vague.

1° *Conditions d'exercice du droit* : Elles touchent au fond et à la forme.

— Quant au *fond*, le mineur doit être capable de discernement, question de fait abandonnée à l'appréciation du juge à qui le mineur a demandé d'être entendu. Le seuil des 13 ans, prescrit ailleurs, n'est pas impératif ici.

Le texte suppose une *procédure*, contentieuse ou gracieuse, qu'importe ?, mais une procédure déjà engagée (cf. le scénario décrit par l'a. 338-6 C. Pr. C., issu du décret d'application de la loi, le d. 93-1091 du 16 sept. 1993). Un procès se déroule entre d'autres, sur lequel va se greffer l'audition de l'enfant. On songe avant tout à un procès entre ses parents, plus concrètement à leur divorce.

Le texte continue : il doit s'agir d'une procédure *concernant l'enfant* (être *concerné* est une expression moins forte qu'*avoir intérêt* au sens de l'a. 31 C. Pr. C.).

La loi, comme la Convention internationale, a eu en vue surtout les procès de nature à réfléchir sur la *personne* de l'enfant, spécialement le procès de divorce ou d'après-divorce qui divise ses père et mère (l'a. 290-3° a été mis en corrélation avec l'a. 388-1 ; cf. *infra*, p. 610). Mais le champ d'application est bien plus large, englobant par ex. les actions où la propre filiation de l'enfant est en cause, recherches de paternité, contestations de reconnaissance, la procédure d'adoption

entamée par ses parents qui tend à lui donner un frère adoptif (cf. a. 353, al. 2), une instance relative au patronyme ancestral.

Il n'est pas sûr, au contraire, que l'a. 388-1 doive être étendu indistinctement aux procès où sont en jeu des questions patrimoniales, pour peu qu'ils aient quelques retombées sur la personne de l'enfant. Sans doute ne sera-t-il pas facile, dans l'instance en divorce, d'isoler de l'aspect personnel l'aspect pécuniaire (la prestation compensatoire, les règlements matrimoniaux), d'autant que de celui-ci peuvent dépendre la pension destinée à l'enfant, la poursuite de ses études. Par un autre raisonnement, on admettra le mineur à critiquer des opérations de gestion auxquelles procède son administrateur ou tuteur : l'intérêt est purement pécuniaire, mais il est direct. En revanche, des intérêts successoraux paraîtraient probablement trop lointains, et l'enfant serait mal venu à se mêler du partage judiciaire qui met son père ou sa mère aux prises avec des collatéraux (des enfants majeurs ne le pourraient davantage). La frontière, néanmoins, est délicate : l'enfant ne pourrait-il prendre la parole sur le changement de régime matrimonial (a. 1397) que préparent ses parents ? Certains tribunaux, bien avant 1993, avaient eu une pratique en ce sens et consultaient les enfants, même mineurs.

L'a. 388-1 exige que la procédure concerne l'enfant, il ne dit pas qu'elle doit aussi concerner l'un au moins de ses père et mère. Mais la condition paraît s'imposer. Le texte a été conçu pour fonctionner à l'intérieur de la famille, plus étroitement de la famille nucléaire ; il est placé au flanc de l'autorité parentale. Si la procédure concernait le mineur et un tiers, le mineur contre un tiers ou réciproquement, le mineur deviendrait partie ; il sortirait de l'a. 388-1 pour entrer sous le régime de la représentation, avec (s'il en était besoin) le renfort de l'a. 388-2.

— Quant à la *forme*, il convient d'appliquer les a. 338-1 à 338-9 C. Pr. C., venus du décret du 16 septembre 1993.

La Convention internationale admet elle-même que ses normes doivent s'accommoder aux règles de procédure de la législation nationale. Là où la procédure est entièrement écrite, l'enfant pourra-t-il être entendu ? Il pourra toujours déposer un mémoire. Nul doute que la Cour de cassation ne soit prête, s'il le faut, à l'entendre. L'a. 388-1 est applicable dans toutes les juridictions, même si c'est l'oreille du J.A.F. qui lui est prédestinée.

L'audition peut être ordonnée d'office par le juge, ou l'être sur la demande du mineur. La demande ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée (l'a. 371 serait-il un motif suffisant ?). Il

n'y a pas de recours (a. 338-3 C. Pr. C.) ; la demande pourra, cependant, être renouvelée devant la juridiction supérieure.

Le mineur peut être entendu aussi bien par le juge lui-même que par une personne que celui-ci a désignée à cet effet. En fait, ce sera souvent, dans le cas du divorce, l'assistante sociale chargée de l'enquête. Par là se trouve légalisée une pratique que les juges du divorce suivaient déjà, au détriment d'un contact *immédiat* qui semblait plus probant.

Le mineur peut se présenter seul. Mais il peut aussi se faire assister d'un avocat, et à cette fin il bénéficie de plein droit de l'aide juridictionnelle. Au lieu d'un avocat, ce peut être une autre personne (mineure ?) qu'il choisit ou que désigne le juge, si le premier choix n'est pas bon.

L'a. 388-1 n'envisage littéralement qu'un tête-à-tête entre le juge et l'enfant. Les parents peuvent-ils être invités ? Ils pourraient avoir à expliquer, nuancer, réfuter les propos de leur fils. Ils pourront le faire dans la suite de la procédure, s'ils arrivent à connaître ou à pressentir ce qui a été dit au cours de l'audition. Mais il sera peut-être trop tard. L'a. 388-1 risque ainsi de porter atteinte au principe du contradictoire, tel qu'il est inscrit à l'a. 16, al. 2, C. Pr. C. En faisant participer les parents à l'entretien, le magistrat concilierait avec les droits de l'enfant ce qui est un droit de l'homme.

2° *Contenu du droit* : Pour être entendu, le mineur doit pouvoir s'exprimer, s'exprimer librement (cette liberté est un droit primordial de l'enfant, selon la Convention internationale, a. 12, al. 1). Ce qu'il dit n'est pas une manifestation de volonté, n'a pas valeur d'acte juridique. Il n'est *pas partie*, l'a. 388-1 le relève expressément, et sa demande d'audition n'est pas une *intervention* au sens des a. 325 s. Il n'est pas non plus reçu comme témoin, ni assurément comme expert (expert en vie infantine). Il n'est rien de tout cela : c'est pourquoi ses dires n'ont pas à être consignés dans un procès-verbal (cf. au contraire les a. 194, 219, 282 C. Pr. C.). Sa position, à un étiage au-dessous du droit, n'en fait pas moins penser un peu à chacun de ces rôles. C'est une position originale, ce qui explique qu'ait été ouvert pour elle, au C. Pr. C., un titre distinct, IX *bis* (après le titre de l'intervention).

Le ton sera celui de la conversation. Le mineur exprime une opinion, moins qu'une opinion peut-être : de simples sentiments, qu'il appartient au juge d'affecter d'un coefficient de juvénilité. De quoi parleront-ils ? De la vie familiale, inévitablement, de l'exercice de l'autorité parentale, des relations des parents entre eux. En parler mènera, par

une pente naturelle, à critiquer (au sens étymologique, non agressif du terme), à contester, à discuter. La *communication*, qu'a voulue la loi, implique la *discussion*. Ce sont des notions qui s'éloignent du droit et qu'affectionne la morale moderne (ou post-moderne).

b) *Le droit d'être défendu* (a. 388-2). — Ce second volet de la réforme, bien que se raccordant au précédent, suscite beaucoup moins de questions. Le mineur est reconnu comme incapable en général et ne reçoit une capacité temporaire que pour faire fonctionner plus correctement son incapacité. La loi a eu en vue une difficulté classique dans la théorie de la représentation (cf. t. IV, n° 120, c), l'opposition d'intérêts entre le représenté et le représentant, plus précisément entre un incapable et ses représentants légaux. L'a. 389-3, al. 2, signalait déjà la difficulté et en offrait le remède : la nomination d'un administrateur *ad hoc*, à pouvoir spécialisé, chargé de défendre les intérêts propres du mineur dans la discussion d'un contrat ou la poursuite d'une instance. Mais, encastré dans le droit des tutelles, le texte semble bien supposer que les intérêts en contradiction sont des intérêts pécuniaires. L'innovation de 1993 se manifeste sur deux points :

- le mécanisme de l'a. 389-2, al. 2, est étendu à toutes les procédures, lors même que les intérêts en opposition seraient purement moraux ;
- le mineur est doté d'un droit personnel, autonome à mettre en mouvement le mécanisme.

B.G. — M. J. Gebler, La parole de l'enfant en justice, D., 89, chr. 118 ; Bonnard, La garde du mineur et son sentiment personnel, R.T., 91, 49 ; Castagnède, L'avis de l'enfant mineur dans le divorce de ses parents, D., 92, chr. 121 ; Benhamou, Réflexions en vue d'une meilleure défense en justice de l'enfant, D., 93, chr. 103, et G.P., 95, 2, Doctr. 881.

— Sur la loi de 1993, Massip, *Rép. not.*, 93, 1, 679, nos 38-43 ; Boulez, G.P., 17 juin 1993, Doctr. p. 9 ; Alt-Maes, Le discernement et la parole du mineur en justice, J.C.P., 96, 1, 3913 ; Fulchiron et A. Gouttenoire, D. 97, chr. 363 ; N. Descamps-Dubaele, *Le droit d'expression de l'enfant dans le procès civil*, Th. Lille II (ronéo), 1997.

GENÈSE DE LA LOI

Dès le printemps de 1991, une jeune personne qui n'avait guère plus de 10 ans, fit une entrée fracassante dans l'actualité en se faisant reconnaître, par application directe de l'a. 12 de la Convention fraîchement publiée, le droit d'intervenir (au sens de l'a. 325 C. Pr. C.) dans un incident du procès en divorce de ses parents (Trib. Lille, 14 mai 1991, D. 91, Somm. 62 ; décision reproduite avec d'autres, D. 93, 176, n. H. Fenaux). Sur ce point de l'application directe, le mouvement a tourné court, car

la Cour de cassation, arguant du style général du document, décida que la Convention internationale avait besoin, pour être utilisée par les individus, de la médiation d'une loi nationale (cf. *supra*, p. 83), tandis que le Conseil d'État, pour sa part, faisait une distinction selon que, dans leur rédaction, tels articles (la plupart) avaient l'air d'invoquer le Ciel, les autres d'adresser une injonction aux États (10 mars 1995, D. 95, 617, R.T., 96, 140, n. Hauser). Mais, maintenant, le C.C. a un texte : il convient de l'attendre à l'œuvre.

THÉORIE JURIDIQUE

La nature juridique de l'audition de l'enfant reste indécidée.

Dans une interprétation réductrice, on n'y verra que la reprise modeste d'une mesure dont disposait déjà le juge du divorce selon l'a. 290-3° : un recueil d'informations (cf. Montpellier, 3 févr. 1992, *J.C.P.*, 93, 2, 21904, n. A. Gouron-Mazel), et d'informations étroitement circonscrites sur des points où l'enfant a quelque chose à dire, où il peut faire part d'une expérience et de suggestions utiles, la garde, les visites, l'hébergement. Cependant, sans aller, tout à l'opposé, jusqu'à l'interprétation maximaliste, que condamne du reste le texte actuel – celle qui permettrait au mineur d'intervenir, en déposant des conclusions propres (cf. Lyon, 28 nov. 1991, *J.C.P.*, 92, 2, 21801, n. O. Matocq – on peut s'interroger si la loi n'a pas entendu conférer à l'audition un rôle plus actif, une fonction psychologique, psychothérapeutique, en vue de dénouer les tensions entre l'enfant et sa famille, entre l'enfant et les conflits internes de sa famille. Et comment les dénouer ? En le laissant s'exprimer librement, critiquer, argumenter, discuter. La communication instituée entre le mineur et le juge débouche sur la discussion. C'est de la morale, plutôt que du droit, que relève cette sorte d'instance de contestation par les jeunes qui a été installée le long des conflits familiaux. Non pas de la morale traditionnelle, par axiomes, mais de la morale de la discussion que préconise la philosophie moderne (ou post-moderne), à l'école de Jürgen Habermas. Dans le domaine de l'autorité parentale, la morale axiomatique, c'était l'a. 371 ; la morale de la discussion s'ouvrira à l'a. 388-1. Sur la pensée de Habermas, v. J.-M. Ferry, *Habermas, l'éthique de la communication*, 1987.

QUESTIONS D'INTERPRÉTATION

a) L'a. 388-1 exige littéralement que l'audition s'articule sur une *procédure*, c'est-à-dire, au sens technique, sur un procès, un échange de prétentions devant des juges, toutes sortes de juges. Mais le mot a aussi une acception non technique : dans les laboratoires, par ex., on parle de la procédure d'une expérimentation. Est procédure tout processus, toute démarche progressive orientée à un résultat. Il ne serait pas absurde de citer comme une procédure la conclusion, point par point, d'un contrat. Imaginons que les parents sont en pourparlers pour acheter une maison dans une autre localité, ce qui pourra avoir une incidence sur la résidence du mineur : ne pourrait-il demander à être entendu ? On admet bien que l'opposition d'intérêts qui motive la nomination d'un administrateur *ad hoc* peut se produire dans la passation d'un contrat (un partage amiable, par ex.) aussi bien que dans une instance judiciaire.

b) L'a. 388-1 paraît bien supposer une procédure *préexistante*, un conflit familial qui s'est *déjà* révélé, auquel l'enfant était jusque-là resté extérieur. Question épineuse : l'audition pourrait-elle être ordonnée ou demandée de manière indépendante afin de se créer elle-même sa procédure de référence, le J.A.F. se servant de sa mission générale de sauvegarde des intérêts des enfants (a. 247, al. 2) pour élever un conflit latent entre le mineur et sa famille ?

PRATIQUE JUDICIAIRE

Le juge n'est pas tenu de suivre l'avis du mineur, Civ.² 25 mai 1993, *Bull.*, n° 185 ; il doit, toutefois, en faire état dans sa décision, Civ.¹ 20 nov. 1996, D. 97, 192, *Dr. fam.*, 97, 26, n. Murat, Deux arrêts, Civ.² 25 oct. 1995, *Bull.*, n° 253, et 22 mai 1996, D. 97, 341, n. Massip, *Dr. fam.*, 98 (4), 4, n. A. Gouttenoire-Cornut, rappellent qu'il ne s'agit pas d'une intervention au sens technique, que le mineur n'est pas partie à l'instance en divorce. Il n'est pas partie, en tout cas, aux procédures relatives à l'autorité parentale, car les règles de droit qui instituent cette autorité ne lui sont pas destinées, Civ.¹ 4 janv. 1995, *Bull.*, n° 1. Peut-être l'intime connexité qui existe entre l'autorité des parents et la condition de l'enfant conduirait-elle à nuancer l'assertion (lecture de l'a. 371-2 : ... *pour* protéger l'enfant).

3 | L'ÉMANCIPATION

C'est une cessation anticipée de l'autorité parentale, en même temps que l'octroi d'une capacité presque entière au mineur.

► Sources

Il existe deux sortes d'émancipation :

1° L'émancipation *légale*, que l'a. 476 fait résulter de plein droit du mariage du mineur – de la mineure, car le texte n'intéresse plus que les filles, qui peuvent se marier à 15 ans, pratiquement pas les garçons, hors le cas exceptionnel d'une dispense d'âge.

2° L'émancipation *judiciaire*. Avant 1974, on disait *expresse*, en opposition à l'émancipation par mariage, qui était qualifiée de *tacite* (les père et mère étant censés y avoir consenti en consentant au mariage du mineur). La loi du 5 juillet 1974 a changé la nature de l'institution en lui donnant pour cause efficiente, dans tous les cas, une décision du juge des tutelles (a. 477, 478). Ce contrôle judiciaire a paru

plus nécessaire parce que, désormais, l'émancipation pouvait rendre majeurs des adolescents de 16 à 18 ans (au lieu de 18 à 21 ans précédemment).

Il reste que l'initiative continue d'appartenir à la famille (en quoi il subsiste un acte d'autorité parentale). Le juge ne peut prononcer l'émancipation d'office, ni à la requête du mineur. La demande doit émaner des père et mère, ou de l'un d'eux ou du conseil de famille. Quand le mineur est placé sous une mesure d'assistance éducative, l'autorisation du juge des enfants est requise du surcroît (a. 375-7).

Le juge, après avoir vérifié et apprécié les motifs du demandeur, entendu l'adolescent en personne, prononce l'émancipation ou la refuse. Sa décision, en forme de jugement, est susceptible de recours (a. 1215 C.Pr.C.).

► *Effets*

Dans le système primitif du C. Nap., l'émancipé était dans un état de demi-incapacité ou, réciproquement, de *demi-capacité*, qui se complétait d'un régime particulier d'assistance, le régime de la curatelle (le curateur ne représentait pas le mineur). La loi du 14 décembre 1964 a profondément transformé la condition de l'émancipé, en lui reconnaissant une autonomie presque entière.

I. — Gouvernement de la personne

a) *Principe*

Le mineur émancipé cesse d'être soumis à l'autorité parentale (a. 482, al. 1). Pleinement indépendant pour la conduite de sa vie, il a le droit de quitter la maison de ses parents et de se choisir un domicile séparé (arg. a. 108-2).

b) *Corollaire*

Les parents, n'ayant plus autorité sur leur enfant émancipé, ne sont plus de plein droit responsables, en leur seule qualité, du dommage qu'il pourrait causer à autrui (a. 482, al. 2) : la présomption de l'a. 1384, al. 4, cesse de leur être applicable, quand bien même subsis-

terait la communauté d'habitation. Mais ils pourraient encore être présumés responsables par application de l'a. 1384, al. 5, s'ils avaient, après l'émancipation, usé de l'enfant comme d'un préposé.

c) *Exceptions*

Le mineur émancipé continue d'être traité comme s'il ne l'était point lorsqu'il veut se marier (pratiquement, il ne peut s'agir que d'une mineure) ou se faire adopter par un tiers (a. 481, al. 2) ; il devra se pourvoir des mêmes consentements familiaux (a. 148 s. ; 348 s.). Ce sont là deux actes graves, et qui peuvent affecter les propres droits des père et mère.

La Cour de cassation a admis, ce qui était discutable, que les père et mère continuent d'être obligés à l'entretien et à l'éducation du mineur, selon l'a. 203, après l'émancipation.

Le C. Fam. (a. 40-10) prévoit que le service de l'Aide sociale à l'enfance peut prendre le relais d'une autorité parentale qui a cessé trop tôt.

II. — Gestion des biens

a) *Principe*

La situation est très claire : le mineur émancipé est seul à la tête de son patrimoine ; il n'a pas de curateur auprès de lui, et n'a jamais besoin de se soumettre aux formalités de la tutelle. Aussi capable qu'un majeur (a. 481, al. 1), il peut, sans limitation, s'obliger, disposer de ses biens, même à titre gratuit, même par testament (arg. a. 904, al. 1). Il peut exercer un métier, monter une entreprise non commerciale (artisanale, par ex.).

b) *Tempéraments*

1° Le mineur émancipé ne peut faire le commerce (a. 487, C. Com. a. 2), même avec une autorisation spéciale que ses parents lui donneraient. La solution était contraire avant la loi de 1974, mais c'est qu'il s'agissait alors de jeunes gens de 18 ans, non de 16.

2° De la combinaison des a. 481, al. 2, et 1398, il résulte que la mineure émancipée ne peut faire de contrat de mariage qu'avec l'assistance des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Savatier, nos 615 s. ; Beudant-Breton, III bis, nos 1711 s. — Goubeaux, nos 347 s.

HISTOIRE

L'Ancien Droit (où coexistaient l'émancipation romaine, cf. Monier, I, n° 203, en pays de droit écrit, et la mise hors de pain et pot, en pays de coutumes) avait plus de diversité, mais aussi de richesse (v. Brissaud, p. 121 s.), que le C.C. : nombreux cas d'émancipation tacite, et une plus grande considération peut-être de l'intérêt de l'enfant. Cf. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, I, p. 156 s. ; II, p. 370 s.

SOCIOLOGIE

Revigorée par la l. 14 déc. 1964, qui y avait vu un moyen de régler le problème de l'abaissement de l'âge de la majorité civile en le transférant de la loi générale de l'Etat à la loi particulière de chaque famille, l'émancipation expresse avait connu un franc succès : le nombre de cas était passé de 4 253 en 1961 à 29 352 en 1973. Le motif ordinaire était probablement que les parents, ayant besoin de la signature du mineur pour procéder à un arrangement de famille, estimaient plus simple et moins coûteux de l'émanciper que de mettre en mouvement les formalités de l'administration légale ou de la tutelle : il n'y avait point, pour autant, fraude à la loi. Des mini-enquêtes attestaient aussi, chez les « cadres », les intellectuels, un certain emploi pédagogique de l'institution : l'émancipation y était conçue comme une étape symboliquement préparatoire à l'indépendance, comme un apprentissage des relations contractuelles avec les tiers, la pleine capacité de droit se tempérant d'un contrôle de fait, d'autant mieux accepté par l'adolescent qu'il avait le sentiment de tenir sa capacité d'une concession gracieuse. Il est naturel que maintenant les parents hésitent davantage à faire un don de capacité à des enfants de 16 ans, quoique beaucoup de dispositions légales retiennent déjà cet âge comme un palier important. Se produisait-il beaucoup d'émancipations-expulsions ? C'est un geste ancestral ; ce pouvait être aussi une astuce pour faire tomber la présomption de l'a. 1384, al. 4. La source, ici encore, devrait se tarir — par le contrôle judiciaire des motifs. Ce renvoi des garnements incorrigibles à la société ne manquait pourtant pas de logique : on a tellement raconté que l'éducation, de nos jours, se fait par la société, plutôt que par père et mère. En fait, le nombre des déclarations d'émancipation est retombé de 2 941 en 1980 à 573 (pour 1 076 demandes) en 1989. L'inverse de l'émancipation, c'est l'organisation ou la prolongation d'une protection judiciaire pour les (trop) jeunes majeurs : 650 demandes en 1989. Cf. Vauvillé, *La pratique de l'émancipation judiciaire*, D. 90, chr., 283.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Cf. Vanderersch, *Etude critique de la théorie générale de l'émancipation*, Th., Lille, 1905 (bilan des réformes alors souhaitables, surtout à la lumière du B.G.B.).

Avec la majorité à 18 ans, l'émancipation expresse semblait perdre beaucoup de son utilité, et le législateur de 1974 a hésité à la maintenir (cf. *Congrès des notaires*, 1984, p. 555, 559). En revanche, certains souhaiteraient que le mineur lui-même pût demander son émancipation (cf. Dig. 37, 12, 5 ; mais le fils de famille romain n'était pas nécessairement un adolescent ; en ce sens, le projet *Sapin* de 1992). D'autres voudraient faire de la maternité naturelle, sinon de la cohabitation juvénile, un cas d'émancipation légale, à l'instar du mariage (la mère célibataire est déjà émancipée *parte in qua* par les a. 340-2, al. 2, et 342-6). A titre de curiosité, un arrêt sur un cas d'émancipation légale, Civ.² 23 oct. 1985, *Bull.*, n° 161.

Au demeurant, toutes les solutions qui viennent conférer à l'adolescent des capacités spéciales, au fur et à mesure qu'il approche de la majorité (ex. 16 ans pour faire un testament, 13 ou 15 pour consentir à son adoption) peuvent être interprétées comme des émancipations partielles (v. en ce sens Vallas, *Les émancipations légales du mineur*, Th., Lille, 1930). La loi de 1974, modifiant l'a. 1308, a créé, sans qu'on y prenne garde, un nouveau cas d'émancipation légale, tacite, pour le mineur agissant dans l'exercice d'une profession non commerciale (avec une demi-capacité, limitée aux actes d'administration). Les a. 389-3 et 450 coordonnent l'ensemble par une référence générale à la loi et à l'usage.

THÉORIE JURIDIQUE

L'histoire avait imprimé, et la l. 14 déc. 1964 avait conservé, à l'émancipation expresse la physionomie d'un acte souverain et même discrétionnaire d'autorité parentale, teinté de libéralité (aujourd'hui encore, du reste, le père qui *marie* sa fille à 15 ans ne lui fait-il pas tacitement abandon d'une année de jouissance légale ?). Le juge n'intervenait alors que pour authentifier la déclaration de volonté des parents. Depuis la l. 5 juill. 1974, au contraire, il dispose d'un pouvoir d'appréciation. L'émancipation a ainsi changé de nature : d'expresse, c'est-à-dire volontaire, elle est devenue judiciaire. Le changement pourrait influencer l'interprétation de l'a. 482, al. 2. Il découle de ce texte que, si les père et mère ne sont pas présumés responsables, en vertu de l'a. 1384, al. 4, du dommage causé par leur fils émancipé, ils peuvent néanmoins en être rendus responsables sur la démonstration d'une faute qu'ils auraient personnellement commise. Or, cette faute, avant 1974, pouvait consister à avoir émancipé un enfant sans maturité suffisante. Mais, aujourd'hui, ce ne sont plus eux qui *émancipent* l'enfant, c'est le juge (quoique les traces de l'ancien style n'aient pas été effacées de l'a. 375-7, al. 1). Donc, n'ayant plus le rôle causal, ils ne peuvent plus être recherchés par les victimes. L'Etat, derrière le juge, pourrait-il l'être à leur place, par la voie de l'a. 473, al. 2 (cf. t. I, n° 158) ? L'objection, c'est que la responsabilité civile requiert une relation directe de causalité entre la faute et le dommage. Tant que les parents étaient en cause, on tirait argument de la jurisprudence qui, sous l'a. 1384, al. 4, les admet à s'exonérer en prouvant qu'ils ont bien élevé leur fils (cf. t. IV, n° 242) : c'est reconnaître, observait-on, que peut avoir un rapport de cause à

effet avec le délit commis par le mineur une erreur des père et mère dans la stratégie générale de l'éducation – ici, cette ultime erreur qui a consisté précisément à faire cesser l'éducation trop tôt. Mais un tel raisonnement n'est pas transposable à la possible erreur du juge.

2 / Le patrimoine du mineur

Quoique la section précédente fût consacrée à la personne du mineur, il nous est arrivé de rencontrer celui-ci dans un rapport à l'argent :

- un rapport négatif, d'abord, le manque d'argent ; l'insolvabilité est un trait de la condition juridique du mineur, qui limite la portée pratique de la capacité que les lois contemporaines tentent de lui reconnaître ;
- mais un rapport positif aussi, un double flot de dimension modeste, en dépenses et recettes (recettes : un salaire régulier ou de « petits boulots », un argent de poche ou la pension paternelle).

Ce qui est exceptionnel, c'est un capital, au-delà de la propriété fragile des jouets ou du vélomoteur. Cela se rencontre, pourtant. De quelle provenance ? Les cachets d'une *star* en herbe, un billet de loterie, les dommages-intérêts perçus à la suite d'un accident – un héritage, enfin. L'héritage est le cas traditionnel : c'est en pensant à lui que se sont construites, articulées sur l'autorité parentale, deux institutions : l'une pour la *gestion*, l'autre pour la *jouissance* (c'est le mot) du capital.

1 | LA GESTION DU PATRIMOINE

Gestion est un terme neutre, l'idéal est la *conservation* : il importe qu'à sa majorité l'enfant retrouve le patrimoine qui lui est advenu, du moins en valeur ; c'est une protection due à l'enfant, comme l'autorité parentale (cf. a. 371-2 et 427). Si le patrimoine est advenu par héritage, une idée pourra s'ajouter de conservation des biens dans la famille, le désir de les conserver en nature, surtout les immeubles. Cependant, à une époque de fréquentes fluctuations dans l'économie et la finance, il

est parfois nécessaire d'aliéner certains biens, puis d'en remployer le prix. Pour autant, le patrimoine du mineur ne doit pas devenir un patrimoine de spéculation.

Nous n'entrerons pas dans le fonctionnement – complexe – de l'institution. Les règles en relèvent d'une théorie générale de l'incapacité et du pouvoir, applicable en parallèle aux cas des mineurs et des majeurs protégés. Nous nous en tiendrons à des indications de structure. La loi a prévu trois modes de gestion, correspondant à trois situations possibles de l'autorité parentale :

a) *L'administration légale pure et simple* : Les deux parents sont vivants et en état de gérer : ils géreront conjointement, en se contrôlant mutuellement sans qu'il soit besoin, en principe, d'une intervention judiciaire. De quel héritage le patrimoine a-t-il pu se constituer ? Par hypothèse, les père et mère sont hors de cause, mais on peut penser à un frère, à un oncle prédécédés. Aujourd'hui, on pensera surtout à une libéralité, donation ou legs, des grands-parents, adressée aux petits-enfants, *omissio medio*, en accord avec les enfants (cf. *supra*, p. 40).

b) *L'administration légale sous contrôle judiciaire* : Un des parents est mort. L'enfant, orphelin de père *ou* de mère, a dû recueillir au moins une part de l'héritage. Le parent survivant exerce l'autorité parentale, et il gérera seul le patrimoine, mais sous le contrôle d'un juge, le juge des tutelles, appartenant au tribunal d'instance (a. 393). Les actes les plus graves devront être autorisés par ce juge.

c) *La tutelle* : Les deux parents sont morts. L'orphelin a dû recueillir les deux héritages. L'autorité parentale est éteinte : le conseil de famille est censé dépositaire de son esprit (a. 449), mais c'est le tuteur, désigné le plus fréquemment par le conseil (à défaut de tuteur testamentaire ou d'ascendant tuteur, a. 404), qui assure au quotidien la garde et l'éducation (a. 450). Parent ou non, il est l'autorité de proximité, psychologiquement la plus essentielle.

Quant à la gestion du patrimoine, c'est le conseil qui autorise les actes engageant l'avenir (a. 457), mais le tuteur est mieux qu'un agent subalterne d'exécution : il représente le mineur et il a un pouvoir de principe pour tous les actes d'administration (a. 450).

Il y a des orphelins pauvres : pour eux, dans le désintérêt de la parenté éloignée, la tutelle finira par être déferée à la Direction de l'Aide sociale à l'enfance, la D.A.S.S. (a. 433 ; d. 6 nov. 1974). Il y a aussi des orphelins riches, peu ou prou. Dans les légendes médiévales, leur argent était convoité par des oncles cupides et la fatalité voulait qu'ils mourussent jeunes. De nos jours, ce dont souffrent financière-

ment les patrimoines d'orphelins, malgré les réformes qui les ont ouverts à plus de mobilité, c'est de se sentir en attente de la majorité, donc en dehors de l'économie de marché, parfois pour dix à vingt ans.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Congrès des notaires, *Le notariat et les personnes protégées*, 1984 ; Bauer et Fossier, *Les tutelles*, 1994 ; Massip, *Administration légale et tutelle des mineurs*, 1995. Sur la réforme de 1964, cf. G. Durry et M. Gobert, *R.T.*, 1966, 5, et *Mélanges Jean Foyer*, 1997.

HISTOIRE

Le droit romain (v. Monier, I, n^{os} 226 s.), malgré des conceptions générales souvent fort étrangères et à l'Ancien Droit et au C.C. (ex. : pas de conseil de famille ; procédé de l'*auctoritas*, selon lequel c'est, en principe, le pupille qui agit lui-même, le tuteur se bornant à l'assister), a fourni beaucoup de textes et d'idées, qui ont servi à construire la théorie moderne de la tutelle (ex. : tutelle testamentaire ; conservation du patrimoine du pupille ; responsabilité du tuteur). — Sur l'Ancien Droit, v. Brissaud, p. 159 s. ; Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, I, p. 150 s. On aura la vue la plus complète du dernier état de ce droit dans l'ouvrage du praticien Meslé, *Traité des minorités, tutelles, curatelles, gardes, gardiens*, Paris, 1752. On a soutenu que, dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, la clef de voûte de la tutelle était le juge plutôt que le conseil de famille (en ce sens, Chevrier, *R.H.D.*, 1943, 209), et il est vrai que l'idée suivant laquelle le prince est le père des orphelins était familière à nos vieux juristes (v. Meslé, *op. cit.*, chap. 7, n^o 2). Néanmoins, la conjecture est historiquement discutable (cf. Cardot, *Etudes E. de Lagrange*, 1978, 69). C'est, en tout cas, de l'Ancien Droit, et du principe de la conservation des biens dans les familles, que s'était inspiré le C.C. dans sa conception de la tutelle, fondée sur une division jalouse entre les deux lignes. Il n'avait pas reproduit l'accent de droit public qui se faisait sentir dans les projets de Cambacérès, et qui a pu inspirer en partie la loi du 14 décembre 1964 (a. 427).

SOCIOLOGIE

Une enquête (Houin, *R.T.*, 1950, 22 ; cf. pour Toulouse, Hébraud, *Recueil de l'Académie de Législation*, 1949, p. 100 s.) avait constaté dans l'ensemble le mauvais fonctionnement des tutelles familiales. Mais de quelle époque datait ce mauvais fonctionnement, que l'on imputait au relâchement des liens à l'intérieur de la parenté ? L'usage de ne pas constituer la tutelle là où il n'existe pas de patrimoine important paraît des plus anciens (v. Meslé, *op. cit.*, chap. 7, n^o 1), et il n'est pas incompréhensible.

DES CAS OÙ IL Y A LIEU
SOIT A L'ADMINISTRATION LÉGALE
SOIT A LA TUTELLE

Hypothèse	Solution
I. — ENFANT LÉGITIME	
Père et mère vivants, non divorcés ni séparés de corps, ne se trouvant pas dans l'un des cas de l'a. 373	Administration légale pure et simple (a. 389-1)
Père et mère divorcés ou séparés de corps exerçant en commun l'autorité parentale	Id.
Un des père et mère est décédé ou se trouve dans l'un des cas de l'a. 373	Administration légale sous contrôle (a. 389-2)
Père et mère divorcés ou séparés de corps, l'un des deux exerçant seul l'autorité parentale	Id.
Père et mère tous deux décédés ou se trouvant tous deux dans l'un des cas de l'a. 373	Tutelle (a. 390)
II. — ENFANT NATUREL	
Cas où l'autorité parentale est exercée en commun :	Administration légale pure et simple (a. 389-1)
— par la réunion des conditions de l'a. 372, al. 2 ;	
— à la suite d'une déclaration conjointe selon l'a. 374, al. 2 ;	
— en vertu d'une décision du J.A.F. selon l'a. 374, al. 3	
Cas où l'autorité parentale est exercée séparément par la mère ou par le père, si la filiation a été établie à son égard par reconnaissance volontaire ou possession d'état	Administration légale sous contrôle judiciaire (a. 389-2)
Cas où il n'y a de filiation établie que par une action en justice	Tutelle (a. 390)
III. — ENFANT ADOPTIF	
Un seul adoptant	Administration légale sous contrôle (a. 389-2)
Adoption par deux époux	Comme pour l'enfant légitime

La guerre de 1914 avait, estime-t-on, privé de leurs pères 700 000 enfants, ce qui aurait pu donner lieu à autant de tutelles. Aujourd'hui, l'administration légale sous contrôle remplace largement la tutelle, et les parents (même avec auto) se conservent mieux. Des démographes remarquaient, cependant, en 1993, que le recul actuellement observé de l'âge des géniteurs à la première naissance risquait de faire à l'avenir davantage d'orphelins.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Pour la critique classique, R. Rodière, *La tutelle des mineurs*, 1950. Pour la situation actuelle, *Le notariat et les personnes protégées*, 1984 (spéc. Salomé et Camoz, Camoz et Reliquet, p. 21, 191).

Au système du *C. Nap.*, fondé sur une conception familiale, qui plaçait le conseil de famille au centre de l'institution, sous un contrôle très discret du tribunal civil (gardien naturel de la liberté individuelle et du secret des familles), on opposait, avant 1964, le système des *codifications modernes* (B.G.B., C.C.S., C.C.It., de 1942), où, quoique le tuteur reste en général un parent, la *haute tutelle* appartient à un organisme judiciaire spécialisé (tribunal des tutelles, juge tutélaire), le conseil de famille étant d'ailleurs supprimé ou réduit à un rôle consultatif. Au système du *C. Nap.*, on reprochait son inefficacité pratique (beaucoup de tutelles n'étant pas constituées ; beaucoup de conseils de famille n'étant que des réunions de clercs de notaires ou d'avoués, mandatés par des membres de la famille qui ne voulaient pas se déranger). Au système de la haute tutelle d'Etat, on faisait toutes les objections que suscite d'ordinaire en France l'ingérence de l'autorité dans les affaires privées (sur les relations entre l'idée démocratique et la conception familiale de la tutelle, v. Rodière, *op. cit.*, n° 42). La réforme de 1964 ne s'est pas ralliée au système de la haute tutelle. Malgré quelques touches de droit public çà et là (ainsi, a. 395, 427, 433, 473), elle est d'inspiration familiale bien plus qu'étatiste. Elle a cherché à revigorer le conseil de famille en le concentrant sur les relations familiales effectivement et affectivement vécues, et elle l'a affranchi du contrôle obligatoire de l'homologation ; elle a fait une confiance systématique au conjoint survivant, ce qui a marqué sans doute un recul de la famille étendue, mais un triomphe aussi de la famille étroite, conjugale (suivant l'évolution signalée). Son juge des tutelles est là pour surveiller, pour donner l'impulsion ; ce n'est pas lui qui dirige.

La discussion législative ne devrait pas, d'ailleurs, se limiter à une opposition entre l'Etat et la famille. Il y a place pour une tierce solution, qui consisterait à faire gérer les patrimoines pupillaires par des professionnels des affaires, des administrateurs privés. A cette solution, une fois surmonté l'étonnement que provoque une apparence de commercialisation, on pourrait imaginer des avantages de rendement. L'a. 454, al. 3, qui permet de passer (sans doute avec une grande banque) un contrat de gestion de portefeuille pour le compte du pupille, peut être interprété comme une amorce. Si la combinaison entrait plus franchement dans les mœurs, notre conception de la tutelle s'en trouverait modifiée, infléchie peut-être vers les pratiques anglo-américaines du *trust*, que l'on a proposé de franciser en *fiducie* (cf. *Rép. not.*, 90, 1, 535).

THÉORIE JURIDIQUE

L'idée primitive d'une tutelle destinée à assurer les intérêts des héritiers présomptifs n'était pas aussi étrangère au C.C. de 1804 qu'elle l'est à notre sensibilité. Il n'était que de songer au rôle du conseil de famille où les deux lignes se surveillaient et à l'interdiction d'aliéner sans son autorisation les immeubles du mineur (c'est-à-dire, pratiquement, ceux qui lui étaient échus par succession de ses parents). La clef du système était bien plus la *conservation des biens dans les familles* que la protection de l'enfant. Le droit romain (v. Monier, I, n° 338) avait connu la substitution pupillaire, par laquelle le père de famille désignait un héritier à son enfant pour le cas où celui-ci décéderait avant d'être devenu capable. Les juriconsultes de l'Ancien Droit expliquaient par une sorte de substitution pupillaire les entraves mises par le droit à l'aliénation des biens du pupille (v. Meslé, *op. cit.*, chap. 17, n° 2). La dévolution d'une succession à un mineur paraissait avoir quelque chose de provisoire, qui ne se consoliderait que par l'arrivée du successible à la majorité. On pouvait seulement remarquer que cette conception était devenue moins nécessaire depuis que les mineurs, jadis si fragiles, ne mouraient pour ainsi dire plus (l'automobile mise à part). La loi de 1964, en tout cas, a rompu formellement avec le passé, et l'a. 427 définit la tutelle comme une institution de *protection* de l'enfant. Mais, à en croire certains juges des tutelles (*Congrès des notaires*, 1984, p. 560), le passé aurait laissé des traces : les notaires donneraient parfois l'impression de défendre les membres de la famille plutôt que les personnes protégées. La remarque, il est vrai, concerne probablement la tutelle et la curatelle des majeurs, beaucoup moins la tutelle des mineurs.

2 | LA JOUISSANCE LÉGALE

a) *Domaine d'application*

Ce domaine doit être précisé de trois côtés :

1° Quant au *titulaire du droit*. Le principe est donné par l'a. 383, al. 2 : la jouissance est attachée à l'administration légale. Ce qui renvoie à l'a. 389 et au tableau ci-dessus (p. 157) et conduit finalement aux conséquences suivantes :

Dans l'hypothèse type – famille légitime close sur elle-même – la jouissance légale appartient conjointement au père et à la mère. Sous le régime matrimonial de communauté, ce seront, perçus par l'un ou par l'autre, des revenus qui tomberont dans le patrimoine commun.

En cas de décès de l'un des parents (auquel doivent être assimilés les différents cas où il est empêché d'exercer l'autorité parentale, a. 373), l'autre est désormais titulaire de l'usufruit sans partage. Dans le divorce ou la séparation de corps, ou bien la jouissance légale continue de fonctionner comme avant au profit des deux ex-époux

conjointement ; ou bien elle est dévolue à l'un des deux à l'exclusion de l'autre, selon la modalité (a. 287) qui a été retenue par le juge pour l'attribution de l'autorité parentale ; la cause du divorce ou de la séparation est ici sans incidence (ce n'est pas un *avantage consenti* au sens des a. 267 s.).

Si un enfant naturel a des biens personnels, celui de ses parents qui les administre (a. 374) en a la jouissance ; et pareillement l'adoptant, dans le cas de l'enfant adoptif (a. 365, al. 3) ; la jouissance légale n'est pas un privilège de la famille légitime.

2° Quant aux *biens* sur lesquels la jouissance s'exerce.

En principe, elle porte sur l'ensemble du patrimoine ; c'est un usufruit à titre universel. Néanmoins, en raison de leur origine, certains biens en sont acceptés :

— Les biens que l'enfant acquiert par un travail et une industrie séparés (a. 387). Cela ne veut pas dire que le mineur a la disposition de ses salaires, s'il travaille au-dehors. En droit, ce sont les parents qui les encaissent comme administrateurs légaux, mais ils ont l'obligation de les capitaliser sans pouvoir en profiter personnellement ;

— Les biens donnés ou légués avec une clause expresse d'exclusion ; un tiers veut faire une libéralité à l'enfant, mais ne veut pas que les parents en profitent (a. 387).

3° Quant à la *durée*.

La jouissance légale s'éteint par trois sortes de causes :

— *Celles qui mettent fin de droit commun à l'usufruit* : décès des usufruitiers, abus de jouissance (cf. a. 618), renonciation des usufruitiers ;

— *Celles qui opèrent par extinction de l'autorité parentale*, puisque la jouissance en est un attribut : la mort de l'enfant, son émancipation (a. 384), donc son mariage, le retrait total de l'autorité parentale (a. 379) ;

— *Celles qui sont propres à la jouissance légale*. Le droit de jouissance cesse lorsque l'enfant atteint l'âge de 16 ans, sans qu'il y ait lieu d'attendre sa majorité (a. 384). L'intention de la loi est d'enlever aux parents l'intérêt pécuniaire qu'ils pourraient avoir à écarter l'idée d'une émancipation (ou même à entraver le mariage de leur fille !). Dans les deux dernières années de la minorité, l'excédent des revenus sur les charges devra donc être capitalisé au bénéfice de l'enfant.

La substitution de la tutelle à l'administration légale par application de l'a. 391, le défaut d'inventaire des meubles faisant partie de la succession échue au mineur (a. 386), le retrait de la jouissance légale prononcé directement (a. 379-1) sont encore des causes d'extinction.

b) Droits et charges inhérents à la jouissance légale

► Les droits

Les père et mère sont en principe les droits des usufruitiers : ils perçoivent les revenus, peuvent donner à bail les immeubles, etc.

On note cependant des dérogations aux règles de l'usufruit. Elles s'expliquent par l'idée que la jouissance légale est un attribut de l'autorité parentale qui est hors du commerce, comme la fonction dont elle est l'accessoire. Le droit de jouissance légale est incessible (opp., a. 595), insusceptible d'être hypothéqué (opp., a. 2118), insaisissable (opp., a. 2204), sauf à remarquer que l'excédent des revenus sur les dépenses sera saisissable au fur et à mesure qu'il tombera dans le patrimoine des parents. Le parent usufruitier est dispensé de donner caution (a. 601). On ne lui applique pas l'a. 599 aux termes duquel un usufruitier ne saurait réclamer d'indemnité pour les améliorations qu'il prétendrait avoir faites : on veut l'encourager à améliorer le patrimoine de l'enfant.

► Les charges

Ces charges, énumérées par l'a. 385, sont de deux sortes : les unes *extra-familiales*, les autres *familiales* :

1° *Charges extra-familiales*. — Ce sont d'abord toutes les charges dont sont tenus en général les usufruitiers. Il ne faut pas oublier que la jouissance légale est un usufruit à titre universel. Les usufruitiers à titre universel sont tenus de contribuer aux dettes qui grèvent le patrimoine sur lequel porte l'usufruit (a. 610, 612) ; l'a. 385-1° fait application de ces dispositions générales.

Ce sont encore des charges extra-familiales que celles qui sont visées à l'a. 385-3° ; car ce sont des dettes qui concernent un passif antérieur à l'acquisition des biens par l'enfant. Le plus souvent, en effet, les biens sur lesquels porte la jouissance légale sont échus au mineur par héritage. Dans cette succession, il peut se trouver un passif d'arrérages accumulés et impayés : l'a. 385-3° le met à la charge de la jouissance légale.

2° *Charges familiales*. — La jouissance légale doit supporter la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune

(a. 385-2°). C'est cette catégorie de charges qui donne son sens à la jouissance légale : il s'agit d'un usufruit à titre onéreux ; seul l'excédent du revenu sur la dépense sera un profit pour les parents.

Ceux-ci étaient déjà tenus, comme d'un devoir résultant de la procréation, de l'entretien et de l'éducation des enfants, en vertu de l'a. 203. Si l'enfant a des biens personnels, ils vont en être tenus à titre d'usufruitiers, et l'obligation fondée sur l'a. 385-2°, tant qu'elle durera, absorbera l'autre. Or, on remarque des différences entre elles :

— Les père et mère ne sont obligés de donner à l'enfant en vertu de l'a. 203 qu'une éducation proportionnée à leur fortune ; tandis qu'ils lui doivent, en tant qu'usufruitiers légaux, une éducation proportionnée à sa fortune personnelle.

— Un créancier des père et mère a le droit de saisir leurs biens sans être forcé de leur laisser de quoi acquitter le devoir d'éducation de l'a. 203 ; tandis qu'il ne pourrait saisir les revenus de la jouissance légale que déduction faite des sommes nécessaires à l'éducation de l'enfant.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Savatier, n^{os} 351 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 550 *bis*, p. 121 s. ; Legeais, *L'autorité parentale*, n^{os} 316 s.

HISTOIRE

En droit romain, le *pater familias* a l'usufruit du pécule adventice. Les biens adventices venant de lui, n'étant qu'une concession faite au fils de famille, il est logique que le père conserve sur eux des droits importants. — Dans le système féodal, la garde noble (la *garde*, c'est la tutelle des pays de coutumes) est également lucrative : le gardien paie de sa personne au lieu et place du mineur ; en retour, il jouit du fief, à charge d'entretenir l'enfant (v. Fr. Olivier-Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, I, p. 161 s.). La garde bourgeoise, privilège personnel des bourgeois de Paris, est calquée sur la garde noble (v. Olivier-Martin, *op. cit.*, p. 181 s.). En dehors de Paris, au contraire, la garde des biens roturiers n'est pas lucrative (v. Brissaud, p. 175 s.).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

La jouissance légale avait pu être dénoncée, dès le siècle dernier, au nom du droit de l'enfant, comme un archaïsme, débris du droit romain et de la garde noble, en discordance avec la conception moderne de l'autorité parentale (Acollas, I, p. 399). La

C.R.C.C. (*Travaux*, 1951-1952, p. 234 s.) avait supprimé purement et simplement l'institution, tout en admettant que le père serait dispensé de subvenir à l'entretien du mineur, dans la mesure où celui-ci aurait des revenus personnels. L'objection qu'on allait ainsi obliger le père à tenir des comptes compliqués pendant de longues années, n'avait pas paru décisive. L'aspect féministe de l'institution était, aussi bien, passé inaperçu. Or, pratiquement, la jouissance légale porte sur les biens de la succession de l'époux prédécédé, et joue le plus souvent au profit de la femme. Son utilité est d'épargner au survivant un brusque changement dans ses habitudes et son train de vie. Une fois la jouissance légale supprimée, n'y aurait-il pas plus fréquemment des clauses du contrat de mariage, ou des donations, pour attribuer au conjoint survivant l'usufruit de la succession du prédécédé, et un usufruit qui ne serait plus limité, comme la jouissance légale, aux 16 ans des enfants mineurs ? La l. 4 juin 1970 avait choisi de conserver l'institution, non sans en réformer l'esprit. Le goût de l'égalité abstraite a amené une réforme de plus (l. 23 déc. 1985) : le but est que la femme puisse profiter pour moitié de la jouissance légale sans attendre la mort du mari (en fait, elle en profitait déjà d'ordinaire par l'effet de la communauté conjugale).

THÉORIE JURIDIQUE

On se demande quelle est la nature juridique du droit de jouissance légale. Proudhon y voyait un *usufruit*, et la loi a parfois employé le mot (a. 601 ; ancien a. 389). De là, cette conséquence que les règles de l'usufruit seraient applicables, sauf textes contraires. On y a parfois vu un *droit de famille de nature extra-patrimoniale*, soudé à la puissance paternelle, et ne supposant aucun démembrement de la propriété. A cette idée peuvent se rattacher insaisissabilité et incessibilité, et il faudrait en déduire que les règles de l'usufruit sont totalement inapplicables ici. Jossierand (I, n^{os} 1109 s.) y a vu un droit réel de jouissance d'une nature particulière (d'où ce nom spécial de *jouissance*, le seul qu'ait retenu le titre de *l'autorité parentale*) : *droit réel de jouissance*, mais à *destination familiale*, ce qui aurait pour conséquence que les règles de l'usufruit ne pourraient lui être appliquées qu'autant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la nature familiale de l'institution (Civ. 27 janv. 1904, 1^{er} arrêt, D. 04, 1, 521). On pourrait soutenir encore que ce n'est pas en tant qu'individus, mais en tant que représentants de la famille-personne morale, que les père et mère exercent leur droit. Les enfants mineurs font apport, apport en jouissance, de leur patrimoine personnel à la société familiale. Aujourd'hui, il faudrait plutôt analyser la jouissance comme la contrepartie d'une *charge* (a. 388, al. 2), comme le *salaires* d'un administrateur.

TITRE II

Les enfants de leurs pères et mères

Ce titre II, si bref qu'il dût demeurer, était nécessaire pour faire apparaître l'enfant dans la seconde acception du mot : l'enfant de son père, de sa mère, l'enfant de..., sans souci encore de la preuve, ennuyeuse ou facile, de sa filiation. Si le droit le voulait, la possession d'état pourrait se vivre ainsi (cf. a. 311-2).

Cet enfant a passé le cap de ses 18 ans, en est peut-être maintenant fort éloigné. Il reste, pourtant, marqué par son enfance, plus que par une filiation dont il n'a été conscient qu'autant qu'elle a déterminé pour lui un mode de vie particulier. Et la relation d'affection-tension qui le liait à ses père et mère n'a pas disparu du jour au lendemain. Elle subsiste, devenant plus floue, ou même se transforme en changeant d'objet. Ici effacement d'un passé, là projection dans l'avenir, *l'ombre de l'autorité parentale* et *l'héritage à l'état virtuel* continuent de nouer l'adulte à ses père et mère. Le droit positif porte des reflets de ces images.

Chapitre I

L'OMBRE DE L'AUTORITÉ PARENTALE

Nous avons un texte général, l'a. 371 C.C., très ancien, qui semble élever les père et mère au-dessus du temps, et des textes contemporains qui, en des cas particuliers, permettent simplement de prolonger dans le temps des effets de la minorité.

► L'a. 371 C.C.

L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. C'est un article que l'on n'aime guère quand on est jeune. Paraphrase du Décalogue, il a échappé en 1970 à la vague de fausse laïcisation qui, en 1975, devait emporter l'adultère en tant que cause de divorce.

L'a. 371 pourrait être entendu comme un précepte purement moral, laissant à chacun la liberté d'en imprégner sa conduite. Néanmoins, les interprètes lui ont rattaché des conséquences juridiques, les unes directes, les autres au second degré.

a) *Conséquences directes.* — L'a. 371 peut d'abord servir à justifier (et dès lors, éventuellement, à renforcer) des dispositions préexistantes : ainsi, que les père et mère puissent faire opposition pour une cause quelconque au mariage de leur enfant majeur (a. 173, 179) ; qu'un contrat ne puisse être annulé pour crainte révérencielle à leur égard (a. 1114). Mais ce sont également des solutions nouvelles que la jurisprudence a déduites de l'a. 371 : elle sous-entend dans le texte la reconnaissance d'un devoir de piété filiale qui dépasse les limites strictes de l'obligation alimentaire, et par ex. que les enfants seront tenus

de payer les frais d'obsèques du père quand bien même ils auraient renoncé à sa succession.

b) *Conséquences au second degré.* — Longtemps l'a. 371 a été invoqué pour servir de base textuelle aux droits que réclamaient les grands-parents, notamment au droit de visite (l'a. 371-4 n'est venu qu'en 1970). L'argument *a fortiori* était le plus simple : si respect est dû aux parents, à plus forte raison aux grands-parents, plus vénérables encore par l'âge. Plus vénérables, mais pas forcément meilleurs connaisseurs de la psychologie infantile : leur influence est redoutable, et elle est parfois redoutée du père ou de la mère (ne pas oublier que la grand-mère, vue de l'autre côté, est aussi une belle-mère). Autre interprétation, plus subtile : le père ne s'acquittera pleinement du respect qu'il doit à un propre père que s'il impose à ses propres enfants de respecter (visiter) leur grand-père.

► Les prolongations de minorité

a) *Le décret du 18 février 1975.* — Non sans hypocrisie, après avoir proclamé à grand spectacle la libération juridique de tous les adolescents entre 18 et 21 ans, le pouvoir a institué pour certains d'entre eux un régime de *minorité prolongée* (le contraire de l'émancipation). Selon le d. 18 févr. 1975, jusqu'à l'âge de 21 ans, toute personne majeure ou mineure émancipée éprouvant de graves difficultés d'insertion sociale a la faculté de demander au juge des *enfants* la prolongation ou l'organisation d'une action de protection judiciaire, cette protection judiciaire pouvant se traduire par un séjour en internat. On a voulu permettre à l'assistance éducative (*supra*, p. 110) de fonctionner dans la zone d'âge imprudemment libérée ; mais la notion de base (*graves difficultés d'insertion sociale*) est indéfinie et paraît dépasser les critères de l'a. 375. La valeur du décret est, d'ailleurs, douteuse au regard de l'a. 34 de la Constitution ; et l'on ne dissipe pas le reproche en arguant que la protection judiciaire n'est applicable qu'avec le consentement du majeur-mineur, car il est de principe que l'état et la capacité des personnes ne peuvent être aliénés par convention. Plus sobrement, le C. Fam. (a. 46 *in fine*) se borne à prévoir pour ces majeurs imparfaits une prise en charge à titre temporaire par le service de l'Aide sociale à l'enfance.

b) *L'a. 295 C.C. (l. 11 juill. 1975).* — De la pratique des juges du divorce que la loi a entendu consolider (cf. *infra*, p. 606), ainsi que des travaux préparatoires, il apparaît que la formule purement négative,

« enfants majeurs qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins », recouvre deux hypothèses distinctes :

1° *Les enfants majeurs souffrant d'une infirmité physique ou mentale.* La pension qui leur avait été allouée, pendant la minorité, pour frais d'entretien et de rééducation, conserve sa force malgré les 18 ans accomplis, sauf révision selon le droit commun. Il est probable, du reste, que, tôt ou tard, sera organisé un régime de protection pour incapables majeurs, dans lequel pourront apparaître des traits de l'ancienne autorité parentale (a. 497, 506 ; cf. aussi l'a. 494, pour la transition d'un système à l'autre).

2° *Les enfants majeurs en cours d'études.* Des études ayant été commencées avant la majorité, si elles se poursuivent dans des conditions raisonnables, la charge en incombe aux parents. Ce qui veut dire du moins qu'entre époux divorcés celui auprès de qui l'étudiant devenu majeur continue de vivre peut exiger de l'autre le maintien de la pension précédemment allouée.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — J.-C. Schmitt et G. Levi (ouvrage collectif), *Histoire des jeunes en Occident*, 1998.

PHILOSOPHIE

Les juristes n'ont pas fini de s'inquiéter de l'a. 371, percée de la morale dans le droit. Deux œuvres contemporaines pourraient, au seul vu de leurs titres, témoigner des positions contrastées de notre époque : Sérioux, « Tes père et mère honoreras », *R.T.*, 86, 265, et Cl. Neirinck, *La protection de l'enfant contre ses parents*, Th., Montpellier, 1984. L'a. 371 avait trouvé dans le C.P. de 1810, a. 12, une représentation symbolique : avant d'avoir la tête tranchée, le « meurtrier de son père » avait le poing droit coupé (cela dura jusqu'en 1832). En 1992, les auteurs du N.C.P. ont tenu à effacer de la loi le mot même de *paricide*, parce qu'il était, expliquent-ils, stigmatisant.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le droit fiscal a fait une place au concept de minorité prolongée, en permettant (c'est une option) le rattachement au foyer d'un contribuable de ses enfants majeurs, même mariés (a. 6-3-2° C.G.I.). Comme dans la pratique judiciaire qui a abouti à l'a. 295, il s'est agi avant tout des enfants en cours (fin) d'études, mais la formule est plus large et peut couvrir d'autres cas de dépendance économique. Cf. D. Grillet-Ponton, D. 91, chr. 131.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Conséquences juridiques rattachées à l'a. 371.* — Ex. l'acquittement des frais d'obsèques à la charge des enfants malgré leur renonciation à la succession, Civ.¹ 14 mai 1992, D. 93, 247, *J.C.P.*, 93, 2, 22097. Enterrer le père mort comme nourrir l'enfant à sa naissance, il existe entre les deux devoirs de *pietas* une évidente symétrie. Autre ex., plus complexe, Civ.¹ 12 juill. 1994, D. 95, 623, n. Tchendjou, *J.C.P.*, 95, 2, 22425, n. Sériaux, *Rép. not.*, 94, 1511, n. X. Savatier, *R.T.*, 95, 408, n. Patarin. L'un des enfants qui, dans leurs dernières années de vie, a apporté aide et assistance à ses parents peut se faire indemniser par les autres sur le fondement de l'action *de in rem verso* (cf. t. IV, n° 312). L'enrichissement sans cause se prête souvent à des discussions (l'appauvri n'avait-il pas eu l'intention libérale, *nihil inde sperans*? N'aurait-il pas dû faire jouer, du vivant des parents, la solidarité entre codébiteurs de l'obligation alimentaire?). Mais la solution est équitable, et l'action *de in rem verso* est une action d'équité. D'anciennes coutumes connaissaient le droit du *juveigneur* : le dernier de la patrie, que les mœurs obligeaient à rester près des parents, était amené à se sacrifier pour eux en temps et en travail ; il recevait en compensation une part supérieure de l'héritage. C'était l'inverse du droit d'aînesse, et qui se justifiait moralement mieux.

b) *La minorité prolongée des étudiants.* — L'intention, qui avait été de consolider la jurisprudence, ne s'est pas traduite clairement dans le texte. Un majeur (en bonne santé) qui ne puisse subvenir à ses besoins, ce pourrait être un chômeur aussi bien qu'un étudiant, mais la loi n'a pensé qu'aux étudiants. Elle suppose que, pour ceux-ci, il y a un des parents qui est chargé à titre principal de leur entretien, sans doute celui chez qui ils résident, et l'exécution se fera souvent en nature. Mais l'autre doit y contribuer par une pension. A ces engagements doivent correspondre des pouvoirs. Sur les enfants majeurs subsisterait donc une autorité parentale spécialisée aux études et exercée conjointement par les deux parents. Le contentieux paraît se concentrer sur la pension. Les arrêts semblent voir surtout en elle la prolongation de celle qui avait été réglée par le juge du divorce, Civ.² 12 juin 1971, D. 71, 689, Civ.² 29 mai 1996, *R.T.*, 96, 602, ce qui évite de s'interroger sur les singularités de l'a. 295. Ils décident qu'elle n'a pas pris fin de plein droit à la majorité et que la cessation doit en être demandée, Civ.² 8 févr. 1989, D. 90, Somm. 115 ; Civ.² 17 déc. 1997, *J.C.P.*, 98, 4, 1335, n° 7 ; *R.T.*, 98, 360. Mais à qui doit-elle être payée ? Si la mère est chargée à titre principal de l'entretien du fils majeur, c'est à elle que le père doit verser sa contribution, non pas directement au fils (ce qui sauvegarde mieux l'autorité morale de la mère), Civ.² 22 oct. 1980, D. 81, *I.R.* 272, Civ.² 22 janv. 1992, D. 93, Somm. 127, *R.T.*, 92, 379. La solution s'impose quand bien même le fils ne vivrait plus avec la mère. Ne va-t-on pas, cependant, retomber dans l'obligation alimentaire, qui, en effet, n'exige pas la cohabitation ? A quoi la Cour de cassation répond que l'a. 295 ne l'exige pas non plus. Littéralement, sans doute, mais il la suppose en esprit. Étant bien entendu, toutefois, qu'est exclu le contresens, contre-bon-sens que l'on pourrait commettre en appliquant à des étudiants majeurs la notion de résidence habituelle de l'enfant selon la loi du divorce : l'étudiant peut bien avoir un studio dans la ville d'université, voire à l'étranger, tout en demeurant lié à la résidence originelle par les relations épistolaires ou même par la nostalgie. Sur un terrain différent, la Cour de cassation (Civ.² 17 juill. 1985, *G.P.*, 87, 1, 175, n. Massip) avait clairement marqué la différence de nature entre l'a. 203 prolongé

en 295 et l'obligation alimentaire : parce qu'elle est autre chose qu'une obligation alimentaire, l'obligation de l'a. 203 ne peut donner lieu à la riposte de l'a. 207, al. 2 (*contra*, Versailles, 27 nov. 1992, *G.P.*, 93, 1, Somm. 164 ; cf. D. Huet-Weiller, *R.T.*, 91, 732). Il faut s'entendre, toutefois : une faute générique, un manquement aux devoirs filiaux serait sans portée. Mais il en irait autrement d'une faute spécifique : la faible ardeur de l'étudiant aux études qui lui sont payées autoriserait les parents à « couper les vivres », suivant la formule mise au point par la bourgeoisie du XIX^e siècle.

L'HÉRITAGE A L'ÉTAT VIRTUEL

L'héritage de ses père et mère est le terme double de la carrière de l'enfant. Tout héritage a une valeur symbolique, atteste que vous êtes reconnu comme étant dans la famille, de la famille (cf. a. 334, al. 2). Dans l'héritage dévolu des père et mère à l'enfant, il y a un autre symbole, non plus pour l'enfant, mais pour les père et mère : la promesse qu'ils pénétreront dans un avenir, un temps, un siècle que leur condition humaine leur avait fermés. Par personne interposée ? Par eux-mêmes. Une théorie classique du droit des successions représente l'héritier comme le continuateur de la personne du défunt. L'affirmer de tous les héritiers serait discutable, mais l'expression semble faite pour l'enfant.

C'est sur la seule dévolution des parents à l'enfant ou, si l'on préfère, sur la seule successibilité de l'enfant que se concentre ce chapitre, sans que soit envisagée la très improbable réciproque, ni même l'ensemble du droit successoral (cf. *supra*, p. 64).

L'émolument aussi importe peu. Nous supposons volontiers qu'il y a des biens, afin de ne pas priver le scénario d'utiles accessoires. Mais, même si les père et mère sont des prolétaires, de ceux que suggère l'étymologie mythique du mot, ils illustrent très précisément le sens profond de l'héritage ; ce qu'ils poussent en avant, c'est leur *proles*.

Aussi bien, nous ne raisonnons pas sur une succession déjà ouverte ou même en imminence de s'ouvrir. L'enfant et ses père et mère sont en temps calme, où la chose est présente sans être actuelle. Nous faisons, au passage, l'économie de la réflexion devenue banale, peut-être excessive, que, par les progrès de la médecine, les plus vieux sont plus

vieux, bien que plus verts, le jeune moins jeune, qu'ils ne l'auraient été si l'hypothèse avait été proposée il y a trente ans. L'enfant *héritier présomptif* (l'expression est dans le C.C., a. 846), le père ou la mère de la succession de qui il s'agit, *de cuius successione agitur*, sont des types éternels.

1 | L'HÉRITIER PRÉSUMPTIF

C'est l'*heir apparent* du droit anglais. Il est deviné, perçu, reconnu dans la famille comme héritier, et un jour sa possession d'état (a. 311-2) se transformera sans y penser en la saisine de l'a. 724 (*saisine*, c'est possession). En attendant, il est à la fois l'enfant et l'héritier. Dans le langage populaire, on dit en s'amusant « mon héritier » pour « mon enfant » (surtout mâle, ajoutait naguère encore *Le petit Larousse*). Mais, à ce stade, l'enfant est seulement *appelé* à hériter (le mot est utilisé par le C.C. ex. a. 750), il n'a qu'une *vocation*. Des *droits* en peuvent-ils sortir ?

a) *La vocation de l'héritier présomptif*. — Elle a des contours variables selon le contexte familial.

Le schéma le plus simple est celui où le fils *unique* est appelé à succéder au survivant de ses père et mère.

Le C.C., cependant, on le remarquera au passage, ne raisonne pas sur le fils unique : d'instinct, il évoque des enfants au pluriel (a. 745). En tout cas, légitime, naturelle ou même adultérine, la filiation est indifférente : l'enfant unique a *vocation au tout*. Mais vocation seulement : le survivant des père et mère, en usant de la quotité disponible (a. 913), aura pu, en toute légalité, par donation ou testament, faire passer à d'autres une moitié de la succession.

On peut compliquer le schéma précédent en y introduisant des vocations concurrentes. Celle d'un conjoint successible (le survivant des père et mère ou un second conjoint), celles, surtout, de frères et sœurs. La loi de l'héritage dans la fratrie (a. 745), c'est la loi d'égalité, sans distinction de sexe ni de primogéniture, sans distinction non plus entre légitimes et naturels (a. 334), l'adultérin restant présent, mais dans une position atypique (a. 760 ; cf. *infra*, p. 313, 318, 453). Néanmoins, ici encore, le *de cuius* aura pu user de la quotité disponible, fût-elle plus réduite (un tiers, un quart, a. 913), et en l'attribuant à l'un des enfants, rompre l'égalité. En réaction à l'abolition historique du droit d'aînesse, il a « fait un aîné ».

b) *Les droits de l'héritier présomptif*. — 1° Sa vocation successorale ne lui confère aucun droit actuel. Ce n'est pas un droit conditionnel qui autoriserait son titulaire à faire des actes conservatoires (a. 1180) ; moins qu'un droit éventuel même, c'est une simple expectative, qu'une loi nouvelle pourrait supprimer sans encourir le reproche de rétroactivité. Il est vrai que la vocation de l'enfant se renforce de ce qu'elle est cuirassée, pour une fraction, en *réserve héréditaire*. La réserve est cette partie de la succession (une moitié, un tiers, un quart selon le nombre des enfants) que les libéralités du défunt n'auront pu ravir aux réservataires. Mais cette protection ne fonctionne qu'une fois la succession ouverte et la consistance du patrimoine établie. Du vivant des père et mère, l'enfant ne saurait attaquer, par ex., une donation par eux faite, qui manifestement semble devoir excéder la quotité disponible. Encore moins pourrait-il, car il y aurait de surcroît atteinte à l'intimité de la vie privée, critiquer leurs achats ou leurs ventes, leurs dépenses, etc. C'est tout au plus si, en des occasions de ce genre, des faits de prodigalité mettant précisément la famille en danger justifieraient la nomination d'un curateur (a. 508-1, renvoyant à l'a. 488, al. 3). Mais l'a. 371 ne devrait-il pas être opposé à l'action de l'enfant ?

2° Il arrive que l'enfant acquière un droit et même un droit de propriété sur un élément de l'héritage à venir : c'est l'effet d'une donation que lui aura faite l'un de ses parents. Mais, afin que l'égalité soit finalement rétablie, cette libéralité est présumée rapportable à la succession (a. 843) : au décès, la valeur en sera imputée sur la part successorale de l'enfant donataire. Celui-ci n'en aura pas moins eu dans l'intervalle la propriété et la jouissance du bien. C'est une combinaison très fréquente : l'*avancement d'hoirie*, l'anticipation de l'héritage. L'enfant peut s'installer plus tôt dans la vie, la vie active. Les père et mère l'y installent, c'est, pour eux, un moyen de contrôler le passage de leur enfant dans l'avenir.

2 | LE « DE CUJUS »

a) *A chacun la politique de son héritage*. — Chaque couple a sa politique familiale. Il l'a déterminée (nataliste ou pas) à son entrée en campagne (beaucoup parlent d'un *projet parental*). En fin de course, chaque *de cuius* peut avoir à se donner une *politique de l'héritage*, séparément, même s'il est habituel que ce soit à la suite d'une concertation ancienne avec l'autre parent. Quelle est l'alternative ?

— *L'égalité*. Elle vient aisément du cœur, rien n'étant plus naturel chez les parents qu'une égale affection pour tous leurs enfants. Peuvent s'y ajouter des références historiques : à la Révolution, à la haine du droit d'aînesse ; à des traditions mieux enracinées encore de prudence ; prenez garde aux zizanies.

— *La conservation du patrimoine*. A le voir morcelé, des souvenirs saignent. Et le morcellement est économiquement contre-productif à l'échelle de l'exploitation, de l'entreprise familiale ; voire, en se multipliant, à la hauteur de la nation.

b) *Les moyens d'une politique de l'héritage*. — 1° Entre les deux partis précitées, des compromis sont concevables, et déjà le C. Nap. en offrait un : le jeu de la *quotité disponible*, qui permet aux père et mère de réaliser par des libéralités une relative concentration du patrimoine entre les mains d'un seul enfant, sans pour autant entailler la réserve des autres.

2° *La législation successorale de 1938*. Ces lois, déjà signalées (*supra*, p. 69), qui ont marqué un tournant idéologique dans l'évolution de notre droit de la famille, ont créé de nouveaux moyens pour endiguer le morcellement des patrimoines. Quelques-uns sont destinés à être mis en œuvre *post mortem* par les héritiers (le maintien de l'indivision, a. 815 ; l'attribution préférentielle de l'exploitation agricole ou de l'entreprise, a. 832) ; mais d'autres sont à la disposition des père et mère et ont accru délibérément leur marge d'action. La substitution de l'égalité en valeur à l'égalité en nature comme principe a introduit plus de souplesse dans l'emploi des libéralités. La donation-partage (a. 1075), où se laissent entrevoir les derniers feux de l'autorité parentale, est ainsi devenue l'instrument par excellence de la transmission des entreprises. La législation de 1938 a été reconduite et amplifiée par tous les régimes qui se sont égrenés depuis, même si l'objectif initial (encourager les naissances) a été remplacé par une volonté de politique économique-sociale (une transmission chaotique serait destructrice d'emplois).

3° *Les conventions tendant à organiser l'héritage*. L'idée générale est celle d'une société dans laquelle le *de cuius* va entrer avec ses enfants : après sa disparition la société continuera entre les enfants sur les bases qu'il a lui-même établies. La pratique est répandue, mais les variantes nombreuses. Les unes sont tirées du droit commun : société civile (a. 1845) ; indivision conventionnelle (a. 1873-1), société en commandite par actions (l. 24 juill. 1966 sur les sociétés de commerce, a. 251 s., le *de cuius* est le commandité). D'autres relèvent plus spécialement du droit rural : groupement agricole d'exploitation en commun

(G.A.E.C., l. 62-917 du 8 août 1962), groupement foncier agricole (l. 70-1298 du 31 déc. 1970).

4° *L'exhérédation*. C'était, dans l'Ancien Droit, une arme absolue de la puissance paternelle sur l'enfant majeur : le père pouvait, par testament, l'exclure entièrement de l'héritage, et cette exclusion pouvait être prononcée d'une manière purement négative, sans qu'il y eût besoin de désigner qui en bénéficierait. On considère que, sous cette forme totale et directe, l'exhérédation n'est plus permise : reste la possibilité d'une exhérédation partielle et indirecte : l'attribution de la quotité disponible à un autre, l'exhéréde gardant sa réserve.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — O. Jallu, *Étude critique sur l'idée de la continuation de la personne*, Th. Paris, 1902, et Cazelles, *De l'idée de continuation de la personne*, Th. Paris, 1905. L'idée était romaine : l'héritier, à Rome, était chargé de la transmission des *sacra*, du culte des dieux lares. A la continuation de la personne, les auteurs de ces thèses, sous l'influence du B.G.B. tout nouveau, opposaient l'idée objective d'une succession aux biens, impersonnelle, dépouillée de tout mysticisme.

Dans une perspective tout autre que l'héritage patrimonial, cf. P. Huerre (psychologue et psychiatre), *L'adolescence en héritage, d'une génération à l'autre* ; le livre aide à comprendre la transmission psychologique qui est le dernier ressac de l'autorité parentale.

THÉORIE JURIDIQUE

Existe-t-il un droit de l'homme à l'héritage ? Des cousins, on n'oserait plus guère le soutenir. Mais des descendants ? Aucun des textes symboliques ne le consacre. Ce qu'on y lit pourrait concerner, à la rigueur, l'autre face de la question : le droit de laisser un héritage comme prolongement du droit de propriété. Mais la volonté humaine (expresse dans le testament, implicite dans la succession *ab intestat*) a-t-elle un pouvoir légitime au-delà de la mort ? La question est débattue en termes métaphysiques, religieux (l'immortalité de l'âme, le culte des morts, la peur des fantômes). En fait, le testament est une institution aussi vieille que le droit romain, et même le testament de Louis XIV a été cassé par les vivants.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Réserve héréditaire*. — Raffray et Sénéchal, *L'avenir de la réserve*, *J.C.P.*, éd. N., 86, 1, 249. L'institution a aujourd'hui deux adversaires, le libéralisme et le notariat, parce qu'elle entrave la libre circulation des biens. Il ne serait pas irrationnel de la

réduire en l'unifiant (cf. le rapport I. Théry, 1998, p. 235, réduction à la moitié). La réserve du C. Nap. avait, dans l'Ancien Droit, deux aïeules, dont chacune s'inspirait d'un esprit différent : la réserve (*stricto sensu*) des pays de coutume, où l'idée sous-jacente était d'une copropriété, d'une propriété communautaire de la famille sur la terre, la *légitime* des pays de droit écrit, traduisant un devoir alimentaire, de secours, de solidarité des morts aux vivants. Comme en d'autres occasions (ex. Introd., n° 77), ce fut la conception coutumière qui triompha en 1804. B. Beignier (La restauration de la légitimité, *Dr. fam.*, 98, n° 9) fait éclater la dualité comprimée de l'institution et de *lege ferenda* se prononce pour un retour à la légitime, plus moderne, plus détachée des sillons, plus souple aussi (le fait est que la réserve du C.C. est un grenier à contentieux). On peut se demander, toutefois, si, dans le cas décidément particulier des enfants, l'idée de copropriété n'a pas une force indéradicable (cf. Sériaux, *R.T.*, 94, 801) : l'enfant a vécu dans l'intimité du patrimoine, l'a souvent cogéré. Ce sont les parents eux-mêmes qui l'ont traité en copropriétaire.

b) *Exhérédation*. — L'ouvrage capital reste celui d'Édouard Lambert, *De l'exhérédation et des legs*, 1895. Sous l'Ancien Régime, Montesquieu (*Lettres persanes*, 129) avait fait l'éloge de ce relais du pouvoir. L'exhérédation devait être motivée, mais le droit romain, qui faisait loi, proposait aux parents une centaine de motifs légitimes. Abolir l'exhérédation devait entrer dans la stratégie *pro juventute* de la Révolution. Le décret du 9 fructidor an II, qui procède par questions et réponses, affirme, 23^e question, que l'exhérédation est implicitement abolie depuis le 14 juillet 1789 et qu'elle l'a été de surcroît par la loi du 17 nivôse an II sur les successions, a. 12, comme contraire à la liberté (l'exhérédation mise en question avait été encourue par un fils pour s'être marié sans le consentement de son père). Sous l'empire du C.C., c'est la *réduction à la réserve* qui fonctionne en guise d'exhérédation : elle est licite si elle porte seulement sur la quotité disponible ; Civ.¹ 3 déc. 1991, *Rép. not.*, 92, 468, n. X. Savatier ; illicite, si la réserve est entamée, Civ.¹ 10 mars 1970, D. 70, 585.

SECONDE PARTIE

La filiation

SECTION PRÉLIMINAIRE

Cette partie de l'ouvrage suit de très près le droit positif – loi et jurisprudence – de la filiation. Tel qu'il est devenu depuis la Seconde Guerre mondiale, c'est un droit des plus complexes, riche en controverses, argumentations, analyses casuistiques et constructions théoriques – à ce titre un merveilleux terrain d'exercice pour les juristes. Menacé, toutefois, depuis 1990 à peu près, par le développement des techniques biologiques, qui, allant droit au but, prônant des solutions brutales, ont rendu obsolète une bonne part du travail intellectuel antérieur.

► *Place du droit de la filiation dans le droit de la famille*

L'importance sociale du droit de la filiation n'est pas à la mesure de sa complexité juridique. Il ne touche guère, chaque année, que deux ou trois milliers d'affaires, en comparaison de 200 000 naissances illégitimes, catégorie la plus volatile, où l'on s'attendrait à beaucoup de doutes et de litiges. Il semble que la jurisprudence soit amenée à ne mettre en relief que des cas singuliers, déviants de quelque norme par une tare inédite. Ce qui excite la curiosité des médias et, par eux, un voyeurisme de l'opinion. Car ces affaires de clinique sont aussi des histoires de sexe, d'alcôve et de confessionnal. Le droit contemporain de la filiation a été ainsi le vecteur inconscient d'un mal non négligeable : il a contribué à ébranler le mariage et même les unions hors mariage. Le pays se divisant sur ce thème comme sur tant d'autres, malgré l'apparente technicité, les façades lisses étant réputées « de droite » et les brèches créditées d'un esprit « de gauche ».

Il est possible d'étudier le droit de la filiation sans participer aux émotions collectives qu'il suscite. Suivant une ligne que les lecteurs reconnaîtront pour l'avoir vue courir dans les chapitres précédents, la filiation est avant tout, à nos yeux, le moyen technique de désigner des titulaires pour le contrôle de la progéniture, de nommer ceux qui sont les plus aptes à assurer la socialisation de l'enfant, à le pousser en avant par l'autorité parentale et l'héritage.

On se demandera par quelle procédure peut être déterminée cette aptitude. Il n'existe point de diplômes *ad hoc*, ni de concours. L'autorité publique n'intervient qu'à titre exceptionnel et négativement, en excluant de la fonction certains candidats : telle est l'interdiction des droits civiques, civils et de la famille (a. 131-26-5° N.C.P.), qui est de faible envergure ; tel, plus sérieux, le retrait de l'autorité parentale (a. 378 s. C.C.), encouru ou prononcé pour des causes manifestes d'indignité (cf. *supra*, p. 109). Mais, positivement, s'il faut une désignation, au droit civil de la faire. Une réponse naïve consisterait à faire coïncider avec la vérité de la filiation l'aptitude à la mettre en œuvre : l'amour de l'enfant ne vient-il pas de la nature (qui sait la vérité), et la meilleure pédagogie n'est-elle pas donnée par l'amour ? La réponse, cependant, est vouée à tourner court : la vérité de la filiation est susceptible de bien d'autres critères que la voix de la nature ou, pour parler scientifiquement, que la vérité biologique, à preuve la simple présence de la filiation adoptive dans notre droit.

Ce n'est pas que la vérité biologique soit une contre-indication : c'est la manière dont elle aura été obtenue qui peut en être une. Les pères ou mères de laboratoire ne sont pas *a priori* récusables, mais ils le sont s'ils sont allés à la preuve biologique contraints et forcés. Dans la perspective de l'autorité parentale à exercer, le clivage décisif à opérer dans le droit de la filiation devrait passer entre les preuves non contentieuses (à l'état pur, sans contestations adventices) et les preuves contentieuses. On ne peut attendre d'une paternité ou maternité qui a été établie par un procès, donc à travers un conflit, des convictions éducatives, un projet d'avenir pour l'enfant. Il peut bien y avoir procréation, fait biologique ; la filiation est plus exigeante : elle ne se réalise pleinement qu'en situation de paix, sur des preuves non contentieuses. Le mariage ou la reconnaissance selon le type de filiation, la possession d'état dans les deux types, c'est-à-dire des actes ou des comportements volontaires, sont par excellence les bases de l'autorité parentale. La possession d'état n'est-elle pas l'aptitude à élever l'enfant démontrée par le fait même ? La loi du 8 janvier 1993, en construisant dans l'a. 372, al. 2, un nouveau modèle d'attribution de l'autorité

parentale sur l'enfant naturel (cf. *supra*, p. 100), a mis en lumière cette idée que le droit de la filiation n'a de sens que par rapport à l'autorité parentale.

► *Subdivisions du droit de la filiation*

La filiation se définit comme le lien de droit qui existe entre le père ou la mère et son enfant : paternité ou maternité, entre les père *et* mère et *leur* enfant. Mais déjà cette variante révèle la nécessité de distinctions : en droit, la filiation peut être *légitime*, *naturelle* ou *adoptive*.

1° La filiation *légitime* suppose que le père et la mère sont mariés l'un à l'autre. Rigoureusement, elle exigerait même que l'enfant ait été *conçu* pendant le mariage de ses père et mère, car c'est le moment de la conception qui, en théorie, devrait être décisif pour déterminer la qualité de la filiation. Cependant, l'enfant qui est *né* pendant le mariage de ses père et mère est légitime, lors même qu'il aurait été conçu avant le mariage, c'est l'enfant de fiancés (*infra*, p. 377). Hypothèse différente quand les père et mère ne se sont mariés qu'après la naissance de l'enfant, celui-ci, né enfant naturel, est (sous certaines conditions) *légitimé* ; c'est-à-dire assimilé, sauf quelques restrictions, à un enfant légitime.

2° La filiation est *naturelle* s'il n'existe pas de lien matrimonial entre le père et la mère. L'enfant est un enfant *naturel simple* quand ses père et mère, quoique n'étant pas mariés entre eux au moment de la conception (ou de la naissance), auraient pu l'être valablement. Quand l'un des parents se trouvait, au moment de la conception, marié avec une tierce personne, l'enfant naturel est *adultérin*. Quand il existait entre le père et la mère un empêchement à mariage pour parenté ou alliance, l'enfant naturel est *incestueux*. Toutefois, la l. 3 janv. 1972, qui a cherché à unifier la condition des enfants naturels, évite d'employer les expressions d'*adultérin* et d'*incestueux*, qui avaient pris une coloration péjorative, et elle se sert plutôt de périphrases pour désigner ces deux sortes d'enfants naturels, en tant que des règles particulières leur restent applicables (ex. a. 759 : les enfants naturels dont le père ou la mère était, au temps de leur conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne ; a. 334-10 : s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les a. 161 et 162 ci-dessus...).

3° La filiation est *adoptive* quand elle est créée artificiellement, par un jugement, sur le fondement d'un acte de volonté privée.

On relève, au livre I^{er} du C.C., que le titre VIII a pour rubrique *De la filiation adoptive*, tandis que le titre VII, où il est traité à la fois des filia-

tions légitime et naturelle, est étiqueté simplement *De la filiation*, comme si ces deux filiations-là constituaient la filiation par excellence. De fait, le sens commun voit la filiation avant tout dans les enfants selon la chair, qu'ils soient légitimes ou naturels, les enfants selon la nature ; la filiation adoptive lui paraît foncièrement différente, parce qu'elle n'a pas le support d'une réalité biologique. L'opposition est facile à saisir : nous la retiendrons pour division principale de la matière.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n° 424 s. ; M.-T. Meulders, Fondements nouveaux du concept de filiation, *Annales de Droit de l'Université de Louvain*, 1973, t. 33, 4, 285 s. ; G. Cornu, La filiation, *Arch.*, 1975, 29 s. ; Philippe, *Petites Affiches*, 4 janv. 1991 (réforme d'ensemble ?) ; F. Dekeuwer-Défossez, *R.T.*, 95, 249 (les mythes fondateurs) ; Corpart, *G.P.*, 95, 2, doct., 1422 (dissociation de la procréation et de la filiation) ; Malaurie, D. 98, chr. 127 (couple, procréation et parenté) ; Roy, *Petites Affiches*, 12 juin 1998 (filiations légales et réalités familiales).

THÉORIE JURIDIQUE

Nous disons *filiation par la chair* ; on dit plus communément *par le sang* (cf. Larribau-Terneyre, *Petites Affiches*, 16 mars 1994, mythe du sang), mais l'expression a l'air de se référer principalement à la filiation paternelle, le sang étant regardé comme le principe mâle (cf. a. 752, les frères *consanguins* sont les demi-frères par le père, en contraste avec les *utérins*, par la mère). *Filiation biologique*, l'expression s'est répandue avec l'essor de la science. Mais c'est accorder à la biologie plus que le droit ne lui concède, car, même dans cette filiation dite biologique, la part de la possession d'état et de la volonté est considérable (*charnel* a la vertu de convenir aux deux sexes et de n'exclure aucune association d'idées, ni la pure *copula carnalis* ni les instincts que l'on dit *tristes*).

L'opposition creusée par le C.C., comme par le sens commun, entre la filiation charnelle (légitime ou naturelle) et la filiation adoptive ne doit pas masquer que de l'une à l'autre existent des passerelles. Le droit, dans la filiation charnelle, s'épuiserait à prétendre toujours appréhender la vérité biologique : il doit souvent se contenter d'une vraisemblance (cf. a. 311-12), induite soit d'actes de volonté (l'abstention du désaveu, la reconnaissance d'enfants naturels, la légitimation), soit de comportements quotidiens (la possession d'état). Mais l'adoption, précisément, est destinée à constituer après coup ces comportements quotidiens, ces habitudes qui font une seconde nature, si bien que dans la filiation adoptive le tissu des relations familiales peut ne pas apparaître, en définitive, tellement différent de ce qu'il est dans une filiation charnelle vue au travers de la possession d'état. Jusqu'aux techniques de procréation artificielle (cf. *infra*, p. 213) qui créent un nouveau terrain — insolite — de rapprochement : la filiation est bien une filiation charnelle ; mais comme deux êtres de chair n'y suffiraient pas, appel est fait à un troisième, et c'est là qu'est l'artifice. A l'arrière-fond, le but est de porter remède à la stérilité, comme dans l'adoption.

TITRE I

*La filiation charnelle
(filiation légitime ou naturelle)*

Dans son titre VII, *De la filiation*, sans qualificatif, le C.C. ne traite que de la filiation charnelle, la filiation adoptive étant renvoyée au titre suivant. Aux deux types de filiation selon la chair, *légitime* et *naturelle*, il consacre des chapitres distincts, mais il les fait précéder d'un chapitre de *dispositions communes*, car il en existe, à première vue assez hétérogènes.

THÉORIE JURIDIQUE

A deux reprises au moins, dans la discussion de la loi du 8 janvier 1993, puis dans l'effervescence législative de 1998, la question a été soulevée, s'il ne serait pas juste et utile de ramener à l'unité les deux filiations (en ce sens, Hauser, Vers un droit commun familial, D. 91, chr. 56 ; F. Dekeuwer-Défossez, Modèles et normes en droit contemporain de la famille, *Mélanges Chr. Mouly*, 98, 292 ; en sens opposé, Murat, *Dr. fam.*, 98, n° 10). La loi allemande de décembre 1997 (cf. F. Furkel, *R.T.*, 98, 810) s'est engagée dans la voie de l'unification à tout prix, mais elle n'a guère réussi qu'à découronner la présomption de paternité et à enlever au mariage sa nature de projet. On ne disait pas, chez nous, si l'unification devrait se faire par le haut ou par le bas ; où était du reste le bas ? En 1993, il semble que c'était l'expression *enfant naturel* qui faisait souci. Elle a, pourtant, sa beauté. Fallait-il revenir, pour tout concilier, à l'*enfant légitime et naturel* qui désignait l'enfant légitime dans un certain style notarial de l'Ancien Régime ? Mais, réduit à des mots, le débat est des plus vains. L'unité des deux filiations, quant à leurs effets, est déjà assurée en général par l'a. 334, et s'il subsiste des inégalités çà et là, il ne sera pas difficile de les raboter. La grande inégalité qui subsistera est l'inégalité quant à la preuve, la preuve nécessaire pour faire valoir les égalités que l'on aura proclamées. La filiation en mariage se prouve d'un seul trait ; hors mariage, elle se fait en deux volets distincts. Il n'en serait autrement, et l'enfant hors mariage pourrait être dit légitime, si l'on instituait un contrat de concubinage avec présomption de paternité. Mais ce contrat ne saurait être obligatoire ; et loin de lui continueront de ramper des filiations à une ou deux inconnues.

Chapitre I

QUESTIONS COMMUNES AUX DEUX TYPES DE FILIATION

Du chapitre premier du titre *De la filiation* – la section III mise à part comme extérieure au droit civil – à l'analyse trois groupes de questions se dégagent, en correspondance élargie avec les sections I, II et IV : la *preuve* de la filiation, son *contentieux* et la *procréation médicalement assistée*. On n'en retiendra, du reste, pour l'instant, que ce qui touche à l'établissement de la filiation, non pas à ses effets.

I | LA PREUVE DE LA FILIATION

La théorie générale de la preuve – dans son diptyque, *charge* de la preuve et *moyens* de preuve (v. *Introduction*, n° 175) – ne peut être transportée ici qu'avec les modifications qu'imposent les particularités d'une matière où les faits à prouver sont d'une nature intime, partiellement secrète, en même temps que d'intérêt public.

I. — La charge de la preuve

a) *Schéma général*

On se demande avant tout *sur qui pèse la charge* ; mais le *degré de conviction requis* peut la rendre plus ou moins lourde.

1° *Sur qui pèse la charge ?* — Il faut transposer l'a. 1315, al. 1. Celui qui réclame une filiation (*réclamation d'état*), à laquelle il prétend avoir droit (et dont, par hypothèse, il est privé ; cf. a. 311-7), doit en prouver les différents éléments constitutifs (cf. pour la réclamation d'état d'enfant légitime, où cette décomposition de la preuve a été poussée fort loin (*infra*, p. 221). Celui qui conteste la filiation (*contestation d'état*) à laquelle un autre (qui, par hypothèse, en jouit ; cf. a. 311-7) prétend avoir droit, doit prouver que manque l'un des éléments de cette filiation (ex. pour contester une légitimation, *infra*, p. 327, il démontrera la nullité du mariage, ou la nullité de l'une des deux reconnaissances).

Il faut également transposer l'a. 1315, al. 2. Celui qui oppose à la réclamation ou à la contestation d'état un moyen de défense distinct doit en rapporter la preuve (ex. la preuve d'une fin de non-recevoir dans l'a. 340-1).

2° *Quel est le degré de conviction requis ?* — La preuve a dans sa vocation d'être une démonstration de vérité. Parmi les éléments sur lesquels repose la filiation, il en est pour lesquels ce degré de conviction est normalement atteint (ex. tel mariage a-t-il été célébré ou non dans telle mairie, à telle date ?) : il existe un acte public. Mais pour d'autres, et ce sont les plus caractéristiques, l'exigence ne peut être placée aussi haut : le « mur de la vie privée », les secrets d'alcôve projettent des ombres sur l'investigation. Sous cet angle, toutefois, l'inégale visibilité des choses a toujours imposé une distinction.

— La preuve de la *maternité* est dominée par la maxime du droit romain : *Mater semper certa est* (Dig. 2, 4, 5). Le fait physique de l'accouchement (pour ne rien dire de la grossesse qui a précédé) désigne la mère avec certitude. *Etiamsi vulgo conceperit*, ajoute la maxime : lors même qu'elle aurait conçu dans la promiscuité, la prostitution. La mère naturelle n'est pas moins certaine que la légitime. Il est vrai qu'aujourd'hui des techniques de procréation artificielle (cf. *infra*, p. 217) — le don d'embryon et surtout la « location d'utérus », le recours à une mère de substitution ou à une mère simplement « porteuse » — en dissociant la gestation de la conception, paraissent ébranler toutes les certitudes. Mais ces combinaisons, maintenant condamnées par la loi de bioéthique (a. 16-7), ne pouvaient que rester très marginales, et le droit ne paraît pas avoir abandonné pour elles le principe : que c'est l'*accouchement* qui désigne la mère, la sortie de l'enfant, hors du corps d'une femme.

— C'est à propos de la paternité qu'était évoqué, au temps du C. Nap., « le voile impénétrable de la nature ». Le droit essaie, néan-

moins, de le pénétrer par des moyens intellectuels (ex. des présomptions légales, a. 312 ; une appréciation des juges, a. 340). La force de conviction qui en résulte est graduée : il y a, semble-t-il, le père possible, le père vraisemblable, le père véritable. Mais la simple *possibilité* de la paternité n'est envisagée que dans l'action à fins de subsides (a. 342 s.) : ce serait une preuve trop faible pour servir de base à un rapport de filiation. A l'opposé, la *vérité* de la paternité n'est recherchée qu'exceptionnellement (a. 318 ; cf. inversement, l'*inexactitude*, dans l'a. 328) : il n'est nécessaire d'enquêter jusqu'à découverte du père véritable que parce qu'il y a lieu de détruire une paternité déjà établie. Entre les deux extrêmes, c'est la paternité *vraisemblable*, la *plus vraisemblable* (a. 313-2, 311-12 ; cf. inversement l'*invraisemblable*, a. 339, al. 2) qui paraît représenter la norme. Il y a, dans le droit de la filiation, surtout des vraisemblances. Les progrès de la biologie ont eu ici un effet ambigu : ils ont contribué à brouiller les pistes par le développement de l'insémination artificielle avec donneur (l'I.A.D.) ; en compensation, ils ont permis au droit, par l'examen comparatif des sangs (a. 340-1, 3°), d'accéder du moins à une certitude de non-paternité, et peut-être même, s'y ajoutant aujourd'hui la technique des empreintes génétiques, à une *quasi-certitude* de paternité.

b) *Intervention de présomptions légales*

La grande difficulté de prouver la filiation dans ses éléments les plus décisifs explique assez que la loi soit venue au secours des intéressés en instituant des présomptions. La présomption légale opère comme une dispense de preuve (a. 1352, al. 1), plus précisément un déplacement de l'objet de la preuve (cf. a. 1349) : au lieu d'avoir à prouver un fait qui se dérobe à l'observation, il suffira de prouver un autre fait, plus visible, dont le premier peut s'induire par un raisonnement empirique (cf. *Introduction*, n° 175). Dans la matière de la filiation, la présomption légale la plus célèbre est la présomption *Pater is est...* (a. 312, al. 1), mais elle est spéciale à la filiation légitime. Des présomptions communes aux deux sortes de filiation, on en trouve dans les a. 311 à 311-3 :

1° *Le temps de la conception*. — Il est important de savoir à quelle date un enfant a été conçu, car maintes conséquences en dépendent : la qualité d'enfant légitime ou naturel, d'enfant naturel sujet ou non à des restrictions de droits (a. 334, al. 3), la solution des conflits de paternité, les limites de la responsabilité pour relations sexuelles hors mariage. La loi renonce à découvrir directement cette date, mais, à partir d'un fait connu (la date de l'accouchement), elle

formule une induction quant au fait inconnu (a. 311, al. 1) : l'enfant est présumé avoir été conçu entre le 300^e et le 180^e jour, inclusive-ment, avant la naissance. Cette période de 121 jours est dite *période légale de la conception*. Elle a été fixée par la tradition en fonction de la durée des grossesses, non pas sur l'axe de la plus grande probabilité statistique, qui est de neuf mois, mais avec le souci équitable de couvrir aussi les cas exceptionnels, naissances prématurées et accouchements tardifs. On observera surtout que, dans son application, la période légale est loin d'avoir la rigidité d'une donnée scientifique.

— C'est une présomption *flottante*. Elle déplace son aiguille, suivant l'intérêt des parties, le long des 121 jours de la période légale. Toutefois, par l'effet d'une *présomption subsidiaire* (a. 311, al. 2), en cas d'opposition d'intérêts, elle se fixe au moment jugé le plus favorable à l'enfant.

— C'est une présomption *réfragable*, susceptible d'être combattue par la preuve contraire, et il en est de même de la présomption subsidiaire (a. 311, al. 3). Un intéressé pourra donc non seulement démontrer que, par extraordinaire, la grossesse a duré moins de six mois (l'enfant étant tout de même né viable) ou un peu plus de dix mois, mais encore essayer de fixer la présomption flottante sur une partie déterminée de la période légale. C'est de la médecine qu'il y a lieu d'attendre la preuve contraire (ex. si le poids du nouveau-né montre qu'il est né à terme, on ne saurait situer la conception dans les dernières semaines de la période légale).

2° La possession d'état, possession d'état d'enfant (a. 311-1 s.), légitime ou naturel indifféremment. — D'un ensemble de faits que leur extériorité rend aisément saisissables — les comportements des géniteurs prétendus, du restant de la famille, des tiers — mais non moins de l'enfant, sa réponse est une face de la possession — la loi conclut à un fait inconnu, le rapport de filiation. On ne remarque pas assez que la possession d'état d'enfant est aussi, vue par l'autre bout, une possession d'état de père et mère (de père, de mère). Autre remarque : la possession d'état n'est pas exclusivement extrapatrimoniale, affective : elle peut être pécuniaire (*pourvoir à...*), ou même patrimoniale (ex. à l'âge adulte, l'enfant a eu un comportement d'héritier présomptif). Nous retrouverons la possession d'état parmi les moyens de preuve. Mais, à cette place-ci, il convient d'insister sur l'idée qu'elle est avant tout une présomption, ainsi que le marque le C.C. dans sa rubrique, donc une dispense de preuve avant d'être un moyen de preuve. Celui qui est en possession de son état, si sa possession n'est pas contestée, ne demande rien et n'a rien à prouver. De même que la possession fait

présumer la propriété (cf. t. 3, n° 122), la possession d'état fait présumer la réalité juridique du rapport de filiation correspondant. Comme toute possession, c'est un fait qui est protégé pour lui-même, lors même qu'il serait contraire au droit dans le cas de l'espèce, étant considéré que, dans la très grande majorité des cas, il y est conforme. Mais la présomption n'est pas irréfragable : elle peut être contredite par un titre qui lui soit antérieur (cf. p. 250, 305).

II. — Les moyens de preuve

Ils varient selon la nature variable des éléments à démontrer (ex. dans l'a. 340, le n° 3 requiert un écrit, le n° 4 appelle des témoignages). Trois d'entre eux doivent être détachés des autres, non seulement pour leur importance, mais pour ce qu'ils ont de particulier à la matière de la filiation : le *titre*, la *possession d'état*, les *techniques biologiques*. Chacun des trois procédés met l'accent sur un aspect différent de la vérité (ou de la vraisemblance) dans ce domaine : la vérité officielle, la vérité vécue, la vérité scientifique.

► Le titre

C'est ici un acte authentique, preuve préconstituée de la filiation. Le mot est employé par les a. 320 s. pour désigner l'acte de naissance, titre de l'enfant légitime ; mais il convient aussi à l'acte de reconnaissance, titre de l'enfant naturel. Il y a, sans doute, cette différence entre eux que la reconnaissance manifeste la volonté de se rattacher l'enfant, tandis que l'acte de naissance ne fait que reproduire des déclarations sans manifestation de volonté. Mais les deux titres se rejoignent dans le commun postulat que les affirmations faites devant un officier public (l'officier de l'état civil) méritent une confiance, une *foi* spécialement forte, la foi due à l'acte authentique.

► La possession d'état

Posséder un état, c'est jouir en fait des avantages qui s'y attachent et, à l'inverse, en supporter effectivement les charges ; c'est aussi passer publiquement pour l'avoir (c'est une apparence de l'état). La notion était déjà dans le C. Nap. pour faire preuve de la filiation légitime. La loi de 1972 l'a étendue à la filiation naturelle et en a sensiblement accru l'utilisation pratique.

a) *Éléments constitutifs*

Suivant la tradition venue du droit canonique, l'a. 311-2 distingue dans la possession d'état trois éléments : *nomen* (al. 2), *tractatus* (al. 3 et 4), *fama* (al. 5 et 6). La *fama*, la réputation peut, d'ailleurs, se manifester dans plusieurs cercles : c'est le fait de passer pour le fils de X ou de Y, non seulement aux yeux de la société en général, mais aux yeux, plus jaloux, de la communauté familiale (le cercle de famille applaudit à grands cris ?), aux yeux, plus soupçonneux, de la bureaucratie. Le texte contient une description, non une définition. Aussi les juges du fond ont-ils un pouvoir souverain d'appréciation pour admettre la possession d'état en dehors des éléments énumérés ou pour la rejeter malgré la réunion de ces éléments.

Le *temps* est-il un élément de la possession d'état ? L'a. 311-1 dit seulement qu'elle doit être *continue* (cf. a. 2229). Ce n'est pas qu'une cohabitation de jour et de nuit soit requise ; des visites, des lettres peuvent traduire un *tractatus*, pourvu qu'elles ne soient pas purement épisodiques (cf. a. 350, al. 2). La longue durée rend la possession plus probante, mais il n'y a pas de minimum requis, car le tissu des relations entre parents et enfant commence à se tisser dès les lendemains de la naissance. Une difficulté plus sérieuse se présente quand des possessions différentes se sont succédé. Il peut en résulter que toutes soient entachées d'équivoque, donc inutiles (cf. a. 2229). Sinon, il est dans la logique de la notion de possession (arg. a. 311-7, 311-12, al. 2) que soit préférée la possession *actuelle* – à moins que celle-ci ne se soit constituée par violence (cf. 2233) ou fraude au détriment du précédent possesseur.

b) *Constatation*

Le possesseur n'a rien à prouver ; il continue à jouir de la situation de fait dont il jouissait déjà ; et c'est à ceux qui le disent dépourvu du droit dont il a l'apparence d'établir les faits qui seraient incompatibles avec le droit prétendu. La contestation, cependant, peut se nouer déjà, au premier degré, sur l'existence même de la possession d'état. Ce sera au soi-disant possesseur de justifier de sa possession, et il peut le faire par tous les moyens. Son action (a. 311-3, al. 2) n'est pas une action en réclamation d'état : c'est une action aux fins de constatation de la possession d'état (et par voie de conséquence seulement, de constatation de l'état que la possession fait présumer). Il peut aussi, en dehors de tout procès, se constituer une preuve écrite de sa situation, ce qui pourra lui être commode dans ses rapports avec les administrations : c'est l'acte de

notoriété délivré par le juge des tutelles (a. 311-3, al. 1), éventuellement après enquête (a. 1157 C. Pr. C. ; cf. a. 71, 72). La loi du 8 janvier 1993 a ajouté une phrase à l'a. 311-3 et sans doute une portée excessive à la possession d'état, en prescrivant que mention du lien de filiation ainsi constaté soit porté en marge de l'acte de naissance (a. 1157-1 C. Pr. C.). Rigoureusement, ni l'acte de notoriété ni l'éventuelle preuve contraire ne portent sur la filiation ; ils ne touchent qu'à l'existence de la possession d'état, la filiation n'entrera en débat qu'au second degré.

c) *Effets*

Le tableau général ici dressé des effets de la possession d'état ne présente que ceux de ces effets qui sont communs aux deux sortes de filiation :

1° *Effet probatoire*. — La possession d'état fait présumer, jusqu'à preuve contraire, le rapport de droit dont elle est l'extériorité (a. 320, 334-8), et par sa continuité dans le temps, elle peut, de surcroît, porter en elle la preuve de l'identité (à la limite, de l'identité entre le possesseur actuel et l'enfant à la naissance).

Corollaire : dans le doute, il faut décider d'après la possession d'état (*in pari causa melior causa possidentis* ; cf. t. III, n° 43). Tel est le sens de l'a. 311-12, al. 2. C'est la force de l'*uti possidetis*, formule de la procédure romaine, « Comme vous possédez, continuez à posséder », l'inestimable vertu historique du *statu quo*, qui rejoint la maxime profonde de Jhering, « Le droit doit être... tel qu'il est ».

2° *Effet créateur*. — La possession d'état prolongée pendant trente ans peut faire acquérir au possesseur une filiation que, par hypothèse, il n'avait pas, en éteignant l'action par laquelle cette filiation aurait pu lui être contestée (a. 311-7, *in fine*).

3° *Effet de consolidation*. — La possession d'état, quand elle corrobore le titre (acte de naissance, reconnaissance), le rend incontestable (selon des voies différentes pour la filiation légitime, a. 313, al. 2, a. 322, et naturelle, a. 339, al. 3).

4° *Effet d'exclusion*. — L'*absence* de possession d'état à l'égard du mari dont le nom n'a pas été indiqué dans l'acte de naissance écarte la présomption de paternité (a. 313-1).

► *Les techniques biologiques*

a) *En général*. — Le procédé se présente sous la forme procédurale d'un *avis de technicien* (a. 232 s. C. Pr. C.), plus particulièrement d'une

expertise (a. 263 s.). L'expert est ici un médecin ou (de plus en plus souvent) un laboratoire d'analyses de biologie médicale (a. L. 753 s. C.S.P.). Il est de principe que le juge conserve entière sa liberté d'appréciation à l'égard des conclusions du technicien (a. 246 C. Pr. C.). Mais en fait, il est enclin à suivre l'homme de science. D'où l'importance du recours à la biologie pour éclairer les questions de filiation ; par ex. pour préciser le temps de la conception et surtout pour déterminer la paternité ou la non-paternité probable. L'exécution des techniques biologiques ne se passe pas d'une certaine coercition corporelle. Les intéressés sont tenus d'apporter leur concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité (a. 10). Mais, à ce devoir civique, l'un des intéressés pourra opposer ici l'invulnérabilité du corps humain (a. 16-1). L'a. 11 C. Pr. C. indique, toutefois, le compromis possible entre les deux exigences : aucune contrainte physique ne sera exercée, mais le juge sera autorisé à tirer toutes conséquences de l'abstention ou du refus qu'il a rencontrés (cf. a. 198 C. Pr. C.) : il pourra, par ex., interpréter l'attitude du prétendu père comme un aveu tacite de paternité.

On en avait beaucoup discuté, dès avant 1972, à propos de la technique qui avait été la première à émerger des laboratoires : l'analyse comparative des sangs, dont on n'attendait alors qu'une preuve négative, l'impossibilité de la filiation alléguée. A ce titre, elle pouvait jouer – et continue de jouer un rôle dans les procès tendant au rejet d'une filiation (désaveu, contestation de reconnaissance, conflits de filiation). Mais la loi de 1972 l'avait aussi greffée nommément sur la recherche de paternité, en en faisant une fin de non-recevoir, capable d'arrêter l'action dès les premiers pas. En 1993, changement : la recherche de paternité ayant cessé d'être divisée en étapes, la fin de non-recevoir disparaît en tant que telle et va se fondre dans l'ensemble des mesures d'instruction.

Dans l'intervalle, cependant, la biologie avait fait un nouveau bond en avant, et les laboratoires se targuaient de pouvoir désormais extraire de l'analyse des sangs un diagnostic positif de paternité, crédible à 99 %. Mais les tribunaux qui voulaient en faire l'essai se heurtaient à la grille de l'a. 340, version de 1972. Jusqu'à ce que la loi de 1993 vînt casser la grille et autoriser la recherche de paternité par tous les moyens. Déjà, il est vrai, on savait que l'analyse des sangs n'était pas le dernier cri de la science, et qu'un nouveau procédé était disponible, quasi infaillible celui-ci : l'identification de la personne par ses empreintes génétiques. La première loi dite de bioéthique (94-653) du 29 juillet 1994 devait s'en saisir et prévoir pour lui, dans les a. 16-11, al. 2, et 16-12 C.C., un régime particulier.

b) *Régime particulier de l'identification par empreintes génétiques.* — Si ce régime est finalement plus restrictif que celui des autres techniques biologiques (et notamment de l'analyse des sangs), c'est que son emploi a paru comporter une atteinte plus grave à l'intimité de la vie privée. L'a. 16-11 rend hommage à la primauté de la personne (a. 16).

Quatre *conditions d'application* se dégagent des textes :

1° L'instance dans laquelle s'insère le procédé doit tendre soit à l'établissement ou à la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou à la suppression de subsides.

2° La mesure doit être ordonnée par le juge saisi, soit d'office, soit à la demande d'une partie ; comme pour toute autre mesure d'instruction (a. 147 C. Pr. C.), il dispose d'un pouvoir d'appréciation (il peut par ex. estimer inutile de recourir aux empreintes génétiques s'il est déjà assez informé par le procédé plus classique de l'analyse des sangs) ; il peut même rejeter la demande s'il lui apparaît qu'elle procède d'une intention vexatoire. Cette intervention nécessaire du juge est une sage garantie, à mettre au crédit de notre loi ; en Angleterre où la garantie n'existait pas en 1998, on a vu des laboratoires entreprenants proposer des tests génétiques à prix modéré, par annonces s'adressant à tous mâles anxieux de connaître la vérité.

3° Le consentement de l'intéressé (de celui à qui le procédé sera appliqué) doit être préalablement et expressément recueilli ; c'est une défense de la liberté individuelle, qui ne s'étend pas au procès pénal (arg. « en matière civile »).

4° La mise en œuvre du procédé doit être confiée à un laboratoire spécialement agréé, et le praticien qui l'exécute doit être inscrit sur une liste d'experts judiciaires.

Quelles vont être les *suites* ? Une première difficulté se présente si le consentement exigé n'a pu être recueilli, notamment parce que l'intéressé a refusé de se prêter à l'opération. L'exigence d'un consentement exprès exclut qu'il puisse y être contraint physiquement, ou même psychologiquement (malgré l'a. 10, al. 2) par la pression d'une astreinte. Reste le risque de l'a. 11 C. Pr. C., faute de quoi la technique infaillible apparaîtrait comme singulièrement impuissante : l'attitude du rénitent pourra être interprétée contre lui. On pourrait seulement objecter qu'il y a quelque paradoxe à se contenter d'un aveu tacite sur le fond du droit, alors que la loi exigeait tout à l'heure une volonté expresse sur le terrain de la procédure.

Les opérations techniques s'étant déroulées sans autre difficulté, la conclusion à laquelle elles aboutissent ne saurait, à elle seule, établir le point en débat. Paternité (et l'identité y est incluse) ou non-paternité,

ce n'est qu'un avis d'expert. Le juge n'est pas obligé de l'entériner. Il pourra ordonner une contre-expertise, et même après il gardera sa liberté d'appréciation. En pratique, toutefois, cette liberté ne pourra s'exercer efficacement que sur la manière dont les opérations ont été conduites, non sur la force probante du procédé. A la limite, la violation d'une vérité scientifique (surtout si cette vérité est entrée dans les mœurs) équivaut à la violation d'une règle de droit. C'est la jurisprudence dite copernicienne : un arrêt encourt la cassation, s'il a été rendu au motif que le soleil tourne autour de la terre (on cite l'exemple, mais cela ne s'est jamais vu).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n^{os} 438 s. — Sur la possession d'état : J. Lautour, *La possession d'état*, Th. Paris II, 1973, ronéo ; M. Rémond-Guilloud, *La possession d'état d'enfant*, R.T., 75, 459 ; R. Théry, J.C.P., 79, 1, 2927 ; C. Philippe, D. 91, chr. 47 ; J. Groslière, *La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique*, D. 91, chr. 149 ; Morgand-Cantegrit, *La possession d'état d'enfant*, Th. Lille (ronéo), 1993. — Sur la preuve biologique : Gridel, *Vérité biologique et droit positif de la filiation*, D. 93, chr. 191 ; C. Labrusse-Riou et al., *Le droit saisi par la biologie*, 1996.

HISTOIRE

a) La notion de *possession d'état* n'était pas inconnue du droit romain (Peterlongo, *Studi Albertoni*, II, 191 ; cf. la très remarquable loi *Si vicinis*, C. Just, 5, 4, 9). Elle avait été systématisée par le droit canonique (avec la trilogie *nomen, tractatus, fama*). Le *nomen* n'a pu avoir le sens que nous lui donnons aujourd'hui avec l'a. 321 — le fait de porter le nom du père — avant que ne se fût établi l'usage du nom patronymique. Ce que le Moyen Age entendait sous le premier élément de la triade, et la conception laissera des traces jusqu'au XVIII^e s., c'était une *nominatio* par le père : celui-ci désignait l'enfant comme son fils (démonstration savante et convaincante, A. Lefebvre-Teillard, *Mémoires de la Soc. pour l'hist. du droit des anciens pays bourguignons*, etc., 1988). Une sorte de reconnaissance volontaire venait colorer le *tractatus*. La possession d'état fut, d'ailleurs, rejetée dans l'ombre, lorsque le premier établissement des registres paroissiaux (ord. de Blois [1579], ord. sur la procédure [1677]) eut répandu une confiance (analphabète ?) dans un système d'écritures officielles. Mais on lui retrouva un intérêt après la Révocation de l'Édit de Nantes, quand il fallut sauver des déchéances de la bâtardise la masse des Huguenots qui étaient nés *contra legem* de mariages célébrés au « Désert ». Les Parlements firent largement appel à la possession d'état (cf. Merlin, *Rép.*, V^{is} *Légitimité, Religieuses*). Vers la fin de l'Ancien Régime, les protestants eux-

mêmes étaient divisés : les ruraux, les non-conformistes auraient continué à se satisfaire de la protection empirique de la possession d'état. D'autres étaient tentés, comme tous les Français, par la magie des papiers bien en règle : ce que leur procura l'Édit de 1787, instituant pour les protestants un mariage civil. Le souvenir de l'épisode ne fut pas, cependant, perdu. La Révolution, dans la loi du 2 brumaire an II (a. 8), fit à la possession d'état des enfants naturels une place qui aurait pu devenir considérable. En tout cas, sans préjudice de l'a. 197 (cf. *supra*, n^o 246), il semble bien que Portalis avait envisagé la possession d'état comme une preuve générale de la filiation. Mais sa leçon ne fut guère entendue que de Demolombe, dans un XIX^e s. captivé par les valeurs de l'école primaire (l'écriture, les signes abstraits), plutôt qu'attentif à ce qui est affectivement vécu. Sur l'esprit du droit révolutionnaire, v. l'étude remueuse de J. Mulliez, *Révolutionnaires, nouveaux pères ? forcément nouveaux pères ! Le droit révolutionnaire de la paternité* (in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1986, p. 373 s.), où l'accent est mis sur la liberté individuelle (dans le mariage, la reconnaissance volontaire, l'adoption) comme ressort du droit révolutionnaire de la famille.

b) L'existence des *groupes sanguins* avait été découverte dès 1901 par le biologiste autrichien Karl Landsteiner (1868-1943). Mais la possibilité d'en employer l'analyse aux fins de prouver la non-paternité ne s'est guère fait reconnaître en France que vers 1930. L'idée, paraît-il, n'était pas ignorée de la Chine mandarinale et continuerait même d'avoir ses pratiquants dans les campagnes obscures : les deux prélèvements sanguins sont placés côte à côte sur une coupelle ; si les sangs se mélangent, la parenté est prouvée. A 90 %, assuraient les mandarins ; et le procédé, peu coûteux, était compréhensible de tous.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Chacun sa vérité*. — Les législateurs et surtout les exégètes, suivant les temps et les lieux, ont mis l'accent sur tel ou tel critère de la vérité dans l'établissement des filiations. Mettons à part le critère dont on parle le moins, ce que l'on pourrait appeler la vérité de la *volonté*. Dans de nombreux cas (reconnaissance d'enfant naturel, légitimation, désaveu, *tractatus* de la possession d'état, et à l'inverse non-exercice du désaveu, refus du *tractatus*, abandon, etc.), l'enfant a finalement la filiation que d'autres ont voulue pour lui. Et l'on présume — parfois, sauf preuve contraire — que ceux de qui son état somme toute a dépendu ont vraiment voulu ce qu'ils ont déclaré vouloir. Il y a une présomption de sincérité, donc de crédibilité qui s'attache à la parole humaine (cf. Paris, 28 mars 1985, D. 86, I.R., 65). Quelques mots encore du *titre* (ou peuvent entrer, du reste, des ingrédients de volonté : acte de naissance, acte de mariage, en tant qu'ils s'incorporent à la filiation légitime). C'est à peine si nous y prêtons attention aujourd'hui, tant le titre nous semble artificiel, vide de toute véridicité. Ce qui n'est pas juste : il y a en lui la vérité de la foi civique. C'est un phénomène d'autorité : nous mentons moins aisément devant un officier public.

Mais, enfin, à l'heure actuelle, le débat est généralement ramené à deux termes : la vérité biologique et la vérité sociologique (cf. P. Raynaud, D. 83, 377). La première paraît être la vérité *vraie* : la filiation n'est-elle pas un phénomène biologique par nature ? De surcroît ce critère-là a le vent en poupe malgré les connotations politiques de la loi du sang, car il est appuyé par tous les progrès, présents ou escomptés, de la

biologie (cf. M.-J. Gebler, *Le droit français de la filiation et la vérité biologique*, Th. Nancy, 1970 ; l'ouvrage collectif (Assoc. Famille et Droit), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, 1982 ; J. Vidal, La place de la vérité biologique dans le droit de la filiation, *Mélanges Marty*, 1978, 1113 ; P. Raynaud, D. 84, 337). On ne conçoit guère de système juridique, pourtant, qui, fût-ce sans le dire, n'accorderait une place à la vérité sociologique (cf. Bénabent, n° 403 ; J. Vidal, La place de la vérité sociologique dans le droit de la filiation, *Mélanges Hébraud*, 1981, 887), aux habitudes prises, inter-individuelles, familiales, sociales – ce que nous synthétisons sous le nom de possession d'état. Le fait de vivre *comme si* le lien biologique existait crée un réseau de pratiques et de sentiments, une communauté psychologique qui peut être aussi forte que la communauté de sang. Et la *fama* n'illustre-t-elle pas l'aphorisme célèbre de Goffman, le psychosociologue de l'interactionnisme : « C'est le regard de l'autre qui me fait ce que je suis » ? Bref, il y a là toute une réalité qu'il serait peu réaliste de troubler, et ainsi la vérité sociologique, qui est aussi la vérité psychologique, rejoint la vérité juridique, car *quieta non movere* est une des maximes secrètes du droit.

La loi de 1972 n'a probablement pas entendu conférer prééminence à un critère sur l'autre, bien que lui ait été prêtée, on ne sait trop pourquoi, une préférence décidée pour « le biologique à tout prix ». Le lien du sang, c'est son avantage, est immuable, tandis que les sentiments sont mobiles. Mais qu'est-ce qui vaut mieux ? une affection qui pourra changer ou pas d'affection du tout ? Dans la réalité, les deux critères ne sont pas antagonistes. Le rapport affectif se renforce quand il est soutenu par la conviction qu'il correspond à la réalité biologique ; inversement, il peut être miné par la suspicion contraire. Dans cette vue, la possibilité du désaveu a été élargie. La contestation de paternité légitime a été ouverte à la mère, le Ministère Public a reçu le pouvoir d'attaquer les reconnaissances mensongères. Il n'a pas été institué, cependant, d'action générale tendant à faire coïncider, partout et toujours, le rapport de droit avec la vérité biologique. Comment cela eût-il été possible dans un droit qui encourage l'adoption, a toujours souri aux légitimations de complaisance et bénit maintenant l'insémination artificielle avec donneur (I.A.D.) ? Que l'on relise la loi de 1972 : le rôle de la possession d'état y a été considérablement accru. Aucune des deux thèses n'est, d'ailleurs, poussée par une idéologie assez cohérente pour s'imposer sans partage. Derrière le critère biologique, on trouve la science, mais aussi l'hérédité, ce qui ne satisfiera complètement ni les conservateurs ni les progressistes. Quant à la possession d'état, elle est *statu quo*, immobilisme, mais aussi triomphe de l'éducation sur la loi du sang (c'est, au fond, le thème de Brecht dans le *Cercle de craie caucasien*). Là-dessus peut surgir l'arbitrage d'une volonté, qui rend toute autre vérité inutile : l'adoption, volonté par excellence, s'est ainsi créé une vocation d'explication passe-partout, quand on ne sait si une filiation s'explique mieux par la biologie que par la sociologie ou inversement. Cf. Hirsoux, *La volonté individuelle en matière de filiation*, Th. Paris II, 1988 [ronéo].

Quand, en 1990, la Convention internationale sur les droits de l'enfant a fait irruption dans le paysage juridique français, non sans y déclencher des polémiques (cf. *supra*, p. 83 et *Introd.*, n° 141), elle apportait avec elle un nouveau motif d'intérêt pour les techniques biologiques, analyse des sangs et surtout empreintes génétiques, réputées moyens infaillibles de reconstituer les ascendances. Cet intérêt s'aviva lorsque l'on apprit qu'en Allemagne, vers le même temps, la Cour constitutionnelle fédérale avait érigé le droit de l'enfant à connaître ses origines en un droit fondamental, garanti

par la Constitution, en tant qu'aspect parmi d'autres d'un droit à l'épanouissement de sa personnalité. Cette faveur faite à la quête des origines – que l'on ne pouvait se tenir de rapprocher d'un système de nationalité axé sur le *jur sanguinis* (en attendant Schröder) – trouvait ses instruments adéquats dans les techniques biologiques, d'autant plus facilement que le droit allemand avait toujours accueilli sans complexe ces techniques, jusqu'à en permettre l'application par contrainte corporelle. Il y avait là une très grande cohérence. En en prenant mieux connaissance, les Français ont mieux saisi l'originalité de leur propre droit : un droit de la nationalité largement ouvert au *jus soli*, des réserves sur l'emploi des techniques biologiques, une place faite à la volonté individuelle comme à la vérité dite sociologique, ces singularités enfin, la notion de possession d'état, la pratique des reconnaissances et légitimations de complaisance – singularités que les Allemands comprennent mal. Cf. le très remarquable article de Reiner Frank, *Signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français*, *R.I.D.C.*, 93, 635. C'est le cas de dire : à chacun sa vérité – et de conclure que, pour la tranquillité de toutes les nations, il vaudra mieux fermer hermétiquement le droit de la famille à la compétence législative de l'Union européenne.

b) *Les techniques biologiques*. — En insérant au C.C. (a. 16-10 s.) la possibilité d'identifier une personne par ses empreintes génétiques, la l. 94-653 du 29 juill. 1994 a consacré le procédé, ainsi qu'*a fortiori* les autres techniques biologiques, et a mis ainsi hors de doute leur aptitude à faire apparaître la vérité d'une filiation. Mais, en entourant son emploi de multiples précautions, elle a montré qu'elle était consciente des résistances psychosociologiques qu'ils rencontraient dans la population. Il en est de deux sortes :

1° *Le scepticisme par ignorance scientifique*. Il s'en faut de beaucoup que les mentalités marchent du même pas que la science. Or, c'est aux mentalités que la force probante est suspendue. Ce n'est pas assez que les juges, devenus experts ou capables d'entendre les experts, soient convaincus par la nouveauté scientifique. Il faut aussi que soit persuadée par elle, et sans effort d'école du soir ni de télé, l'opinion populaire. Car, selon la théorie profonde d'Henri Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, 1964, la preuve judiciaire s'adresse aux justiciables bien plus qu'aux tribunaux, et aux ignorants bien plus qu'aux savants. Notre époque est scientifique, on ne peut affirmer qu'elle soit savante. De cette donnée les pouvoirs publics sont convaincus plus qu'ils n'en ont l'air, et pour en tenir compte, ils savent mettre de côté la doctrine qu'ils professent en général sur la nécessaire adaptation de la société aux progrès de la science. La biologie a eu beau démontrer, avec de plus en plus de force, que la vie commence dès l'instant de la fécondation, le législateur n'a point estimé que ce fût assez pour remettre en cause les permissions accordées à l'avortement : il lui a probablement semblé que le vulgaire avait des commencements de la vie une vision moins fine. Les Allemands, si fiers de techniques biologiques, ont aussi des policiers « physionomistes », qui identifient à la façon d'autrefois.

2° *La sensibilité de la sphère d'intimité*. On avait remarqué très tôt qu'un emploi inconsidéré des techniques biologiques (ce n'était alors que l'analyse des sangs, Merle, D. 52, chr. 165) pourrait être dangereux pour la paix des ménages. Il peut l'être aussi pour la dignité de la personne (a. 16), pour la liberté individuelle. Quelques cas trop médiatisés ont rendu l'opinion publique méfiante. Ex. en matière pénale : quand la gendarmerie soumet tout un canton au test sans pour autant débusquer le coupable ;

quoique la liberté de refuser fût réservée à chacune, l'inversion de la présomption d'innocence sautait aux yeux. Sans préjudice de la menace, fût-elle utopique, d'un fichier général des empreintes. Ex. en matière civile, l'affaire *Yves Montand* ; le prélèvement ordonné par justice sur un cadavre, contre le gré de la famille et contre le tabou de l'a. 225-17, al. 1, N.C.P., sans autre résultat que de confirmer la non-paternité qu'avait toujours affirmée le défunt, Paris, 6 nov. 1997, *Dr. Fam.* [12], déc. 97, n. P. Catala, D. 98, 122, n. Malaurie, D. 98, Somm. 161, n. H. Gaumont-Prat. Si cette pratique devait se développer, il faudrait interdire les incinérations, ce qui serait la violation d'un autre droit de l'homme. Il est probable, en revanche, qu'un succès éclatant (surtout au pénal) suffirait à déclencher l'enthousiasme d'une opinion versatile.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Questions d'état et questions de propriété.* — La doctrine moderne s'efforce de combattre le rapprochement que suggère le langage (*réclamation d'état, revendication d'enfants légitimes, possession d'état*) sur le terrain de la preuve comme du contentieux : ex. Ponsard sur Aubry-Rau, I, n° 190 ; Martine Rémond-Guilloud, *La possession d'état d'enfant*, R.T., 1975, 459. Les auteurs classiques, cependant, ne s'interdisaient pas l'analogie : ex. Aubry-Rau, I, § 52, texte et n. 2 (« une sorte de propriété »). La notion de *possession des droits (quasi-possession)* n'est pas du reste hétérodoxe. Civ.¹ 16 juin 1998, J.C.P., 98, 2, 10157, n. Gutmann, rejette l'idée, suggérée par l'a. 334-6, que la possession d'état serait un mode autonome d'acquisition du nom patronymique (cf. t. I, n° 44).

b) *Rapports entre les deux types de filiation quant à la preuve.* — Avant 1972, on considérait que les deux systèmes d'établissement de la filiation étaient rigoureusement séparés et de surcroît hiérarchisés. Cette conception ne saurait être maintenue en présence du principe d'assimilation inscrit à l'a. 334, car le droit à la preuve est un droit comme les autres.

1° *Absence de cloison étanche.* C'est l'enfant naturel qui est assimilé au légitime, non l'inverse. D'où :

- le système des preuves du chap. II ne peut être complété par emprunt au chap. III (ex. trib. Paris, 24 févr. 1975, D. 75, 379 : nullité d'une reconnaissance d'enfant légitime par les deux époux) ;
- le système des preuves du chap. III peut être complété par emprunt au chap. II (cela aurait pu suffire, avant la l. 25 juin 1982, à justifier l'extension de l'a. 320 à la filiation naturelle ; et l'a. 322, rapproché de l'a. 337, comme l'a. 322-1 peuvent acquérir un sens pour cette filiation).

2° *Absence de hiérarchie.* On enseignait, avant 1972, que, dans les conflits de filiations, le doute devait profiter à la légitimité (Ripert-Boulanger, I, n° 1628). On invoquait la normalité (sinon la moralité), la plus grande vertu probatoire de l'organisation matrimoniale, et aussi l'intérêt de l'enfant, la condition du légitime étant alors nettement meilleure que celle du naturel. Toutes ces raisons ne sont pas nécessairement périmées. Il subsiste un intérêt pécuniaire de l'enfant à la légitimité, quand la comparaison doit se faire avec la filiation naturelle ex-adultérine. Et l'intérêt de l'enfant n'est pas seulement pécuniaire. C'est un fait, en tout cas, que la loi de 1972 n'avait pas retenu la

faveur de la légitimité comme principe de solution, dans l'a. 311-12, ni directement, ni, hypothétiquement, sous couvert de l'intérêt de l'enfant. Et l'égalité dans l'encouragement à la procréation médicalement assistée (a. L. 152-2, al. 3, C.S.P.) est probablement plus probante encore, surtout venant d'une loi de bioéthique.

PRATIQUE JURIDIQUE

a) *Détermination du moment de la conception.* — Avant 1972, la Cour de cassation semblait pas admettre la preuve contraire contre les présomptions légales, ni pour allonger la durée extrême de la grossesse (Civ.¹ 9 juin 1959, D. 59, 557), ni même pour resserrer la période possible de la conception, fût-ce dans la filiation naturelle, où d'aucuns réputaient la règle plus malléable (Civ.¹ 7 juill. 1971, G.P., 71, 2, 693 ; *contra* Civ. 11 juill. 1923, D. 23, 1, 130). On pouvait penser qu'avec 300 jours le C.C. avait déjà fait bonne mesure. Cependant, la médecine, dont c'est une tradition (et une faiblesse) que de beaucoup s'intéresser à la singularité des cas cliniques, citait des grossesses de 302, 303 jours. Le Parlement, discutant de la loi de 1972, n'a pas voulu avoir l'air d'être en reste de science, d'où la réfragabilité introduite dans l'al. 3 de l'a. 311, et qui porte non seulement sur l'al. 1, mais sur l'al. 2, sur le principe de l'indifférence du moment à l'intérieur de la période légale de la conception. C'était, en théorie, ouvrir un grand pouvoir à l'expertise médicale. La Cour de cassation n'en a pas moins étendu cet al. 3 : Civ. 27 nov. 1979, D. 80, I.R., 121, G.P., 80, 1, 259 (en l'espèce pourtant, il s'agissait de l'a. 342-4 ; or, si nous fondons l'obligation aux subsides sur le risque accepté des relations sexuelles [cf. *infra*, p. 665], le moment précis devrait compter moins que l'acceptation globale). D'autres applications ont suivi : Civ.¹ 12 janv. 1983, D. 84, 97, et 201, 2 esp. Complication possible : d'après l'hypothèse récente d'un obstétricien de renom (Papiermik, *Le passeur de vie*, 1998), la durée de la grossesse varierait en fonction de l'ethnie de la mère. En pratique, néanmoins, il est rare que les présomptions de l'a. 311 soient attaquées, parce que l'administration de la preuve contraire est difficile. Si le meilleur indice d'une grossesse longue ou courte est le poids à la naissance, c'est une preuve périssable, et l'enregistrement qui a pu en être fait par la clinique, n'est-il pas enseveli dans le secret médical (cf. Mellenec et Belleil, G.P., 1976, 1, doctr., 30) ?

b) *Techniques biologiques* (contentieux de l'application). — Là où les résultats (négatifs) de l'analyse avaient été érigés en fin de non-recevoir (a. 340, 342-4), il n'était pas loisible aux juges de refuser de l'ordonner, si elle était réclamée par le défendeur : Civ.¹ 13 janv. 1959, D. 59, 45 ; Civ.¹ 28 avr. 1986, D. 86, 484 ; cf. Civ.¹ 19 nov. 1991, *Rép. not.*, 92, 1057. Et la Cour de cassation admettait même qu'ils pussent l'ordonner d'office, Civ.¹ 29 juin 1965, D. 66, 20, J.C.P., 65, 2, 14422. Mais le recours à l'examen comparatif des sangs n'a plus, depuis 1993, le sens d'une fin de non-recevoir : les juges peuvent alors s'en servir dans le cadre de leur pouvoir d'instruction (ex. Civ.¹ 28 avr. 1986, D. 86, 484 ; 18 févr. et 17 mars 1992, D. 93, 29, n. Massip). Le procédé peut avoir un rôle (négativement) probatoire en d'autres hypothèses que celles des actions en recherche : ainsi, dans l'a. 339, dans l'a. 312, al. 2 (ex. Civ.¹ 18 mai 1989, D. 89, Somm., 362). Dans cette zone, il semble, toutefois, que subsiste une marge d'appréciation judiciaire quant à l'opportunité de la mesure. A propos de l'a. 339, par ex., le juge n'est pas obligé de l'ordonner, s'il résulte déjà des débats que l'auteur de la reconnaissance est bien le père, Civ.¹ 12 févr. 1985, D. 86, I.R., 65 (mais il pourrait, à

l'inverse, l'ordonner d'office, Civ.¹ 14 févr. 1990, *Rép. not.*, 90, 1, 690, n. Massip). Cependant, de la mention du père véritable dans l'a. 318, Civ.¹ 24 févr. 1987, D. 87, Somm. 313, paraît avoir déduit, à la charge des juges du fond, une sorte de devoir d'acharnement biologique. Ce n'est pas, il est vrai, parce qu'une prise de sang est ordonnée qu'elle sera pratiquée effectivement. Le respect de la liberté individuelle exclut l'emploi de la coercition physique (à laquelle le droit allemand, par ex., n'est pas opposé, cf. R. Frank, *R.I.D.C.*, 95, 905). En France, on écarte même la pression psychologique de l'astreinte, Paris, 24 nov. 1981, D. 82, 355, n. Massip. Reste la menace que fait peser sur la partie rénitente l'a. 11 C. Pr. C. : les magistrats pourront tirer de son refus des conséquences défavorables (cf. a. 198 C. Pr. C.), l'interpréter comme un aveu. Encore la sanction n'est-elle nullement automatique, Civ.¹ 2 avr. 1968, D. 68, 705, *J.C.P.*, 69, 2, 15785.

En 1972, l'opinion scientifique n'accordait à l'analyse comparée des sangs qu'une fonction négative, en tant que preuve de non-paternité. Mais dix ou quinze ans plus tard les laboratoires avaient déjà mis au point un procédé plus efficace, qu'ils estimaient propre à apporter une preuve positive de paternité, avec une certitude presque absolue. La cour d'appel de Paris (21 févr. et 11 juill. 1986, D. 86, 323, D. 87, Somm. 317) ne dédaigna pas de faire un *scoop* : en conclusion d'une exégèse audacieuse – puisque l'action n'est pas recevable s'il est établi par l'examen des sangs que le défendeur ne peut pas être le père, il en résulte *a contrario* qu'elle est recevable s'il est établi par cet examen qu'il est le père – elle traita la preuve par expertise biologique en sixième cas d'ouverture à la recherche, rendant inutile l'énumération légale de l'a. 340. La cassation était inévitable (Civ.¹ 5 juill. 1988, D. 89, 227, n. Massip, *J.C.P.*, 89, 2, 21353, n. Agostini, *R.T.*, 88, 728, n. J. Rubellin-Devichi). Mais, depuis la l. 8 janv. 1993, il n'y a plus de limitation légale par les cas d'ouverture, et la preuve biologique pourra s'intégrer à cette liberté de la preuve. Une difficulté, néanmoins : la notion de quasi-certitude. La Cour de cassation semblait l'avoir accueillie un jour (Civ.¹ 9 mars 1983, *G.P.*, 83, 2, 561), mais c'était allusivement, et à propos des subsides, où la preuve pouvait s'accommoder de moins de rigueur. La quasi-certitude, n'est-ce pas le motif hypothétique, qui justifie, en thèse générale, la cassation (Boré, *La cassation en matière civile*, n° 2296) ? Qu'il faille faire du droit, spécialement en ce genre d'affaires (cf. a. 311-12), avec de simples vraisemblances, tous les sceptiques en conviendront. Seulement, cette approximation qui est sagesse tant qu'elle demeure au sein de l'intime conviction des juges se découvre arbitraire si on prétend l'ériger en règle de droit.

Mais, maintenant, avec l'examen des empreintes génétiques, chassant devant lui, sans l'éliminer, l'analyse comparée des sangs, c'est une certitude que plus d'un porte à 100 % qui est garantie (cf. Bottiau, D. 89, chr. 271 ; Galloux, *L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?*, *J.C.P.*, 91, 1, 3497, on notera, toutefois, le point d'interrogation au terme d'une étude approfondie). Les juges disposent de l'arme absolue. Si absolue qu'elle leur échappe des mains : d'une expertise qui, canonisée par son entrée au C.C., a l'air de sortir du commun, il leur sera difficile d'user avec la liberté d'appréciation de l'a. 246 C. Pr. C. La cassation serait encourue par un arrêt où ils déclareraient ne pas croire en l'infailibilité de la méthode. Tout ce qu'ils pourront penser et dire, c'est que la manière dont l'exécution a été conduite leur laisse des doutes (cf. Galloux, *loc. cit.*, n° 7). Ordonneront-ils alors une *réplication* du test ? C'est un peu, en épistémologie, ce que le droit appelle contre-expertise. Mais la réplication est scientifiquement délicate à

mettre en œuvre (cf. Darmon et Matalon, *A.S.*, 86, 209), surtout dans un domaine où tous les laboratoires seront réputés égaux, ayant reçu le même agrément de l'autorité administrative. Remarque désagréable à exprimer : du temps que la preuve par tous les moyens était la preuve par témoignages, le risque était couramment évoqué (notamment afin de justifier des adminicules) d'une subornation de témoins, eu égard à l'énormité des enjeux dans les procès d'héritage. Jamais on n'a émis des craintes de ce genre à propos des laboratoires d'analyse. Ils sont agréés par l'État, mais l'expérience des années 80-90 a montré que même les institutions contrôlées par l'État n'étaient pas à l'abri de dérives. Et il y a, plus banalement, les négligences, les erreurs.

c) *Possession d'état*. — Elle se prouve par tous moyens ; les juges du fond apprécient souverainement la force probante des faits invoqués : Req. 8 mai 1894, D. 94, 1, 400 ; Civ.¹ 20 déc. 1993, D. 94, 398 ; Civ.¹ 6 mars 1996, D. 97, 48, n. Massip. Si elle est établie, elle fait présumer la filiation, mais seulement jusqu'à la preuve du contraire, Civ.¹ 4 déc. 1990, *Rép. not.*, 91, 672 (en l'espèce, la possession d'état devait être mal établie, mais l'arrêt a l'air de dire qu'en tout cas elle eût été balayée par une expertise sanguine ; c'eût été le triomphe de la biologie, presque de la provocation). Il n'est pas nécessaire que chacun des éléments de la triade historique soit représenté dans le cocktail sociologique : Civ.¹ 5 juill. 1988, D. 89, 398. Encore faut-il que les faits retenus ne soient pas étrangers à la triade ; la Cour de cassation contrôle la notion que les cours d'appel se font de la possession d'état, Civ.¹ 12 juin 1990, *Bull.*, n° 157, afin d'empêcher une dérive analogue à celle qui guette le juge de l'action possessoire (cf. a. 2282 ; a. 1265 C. Pr. C.), l'interférence du fond (des critères de la légitimité, par ex.) avec une vision qui devrait rester purement phénoménologique de la situation : Civ.¹ 19 mars 1985, D. 86, 34, n. Massip. Pareillement, elle vérifie si la possession, telle qu'elle lui est décrite, présente bien les caractères d'une possession utile : exempte de vices, du vice d'équivoque surtout (Civ.¹ 23 juin 1987, D. 87, 613), et continue.

La continuité est accomplie par un étalement raisonnable des faits le long de la vie de l'enfant, Civ.¹ 1^{er} déc. 1987, D. 87, *I.R.*, 258 ; Civ.¹ 3 mars 1992, D. 93, 133, n. Massip ; Civ.² 30 juin 1992, D. 93, Somm. 161 ; Civ.¹ 2 juin 1993, *Rép. not.*, 93, 1369 ; Civ.¹ 6 mars 1996 (les divers éléments qui font la possession par leur ensemble peuvent s'être manifestés à des moments différents), D. 97, 48, n. Massip, *R.T.*, 96, 374, n. Hauser. Mais l'instabilité des couples modernes a souvent pour conséquence que deux possessions d'état se succèdent. Comme elles paraissent s'entacher mutuellement d'équivoque, la tentation est grande de les renvoyer dos à dos. Il se peut, cependant, que de l'une des deux se dégage une présomption meilleure et mieux caractérisée. La possession initiale – du premier âge – a parfois été préférée, pas forcément par nostalgie légitimiste (ex. Toulouse, 21 févr. 1983, D. 86, *I.R.*, 58, cassé par Civ.¹ 19 mars 1985, précité) : en ce sens, la maxime *Prior tempore, potior jure*, banalisée et vague, mais implicite, peut-être dans les a. 328 et 338 ; le sentiment diffus qu'autour du berceau tous les intéressés étaient encore innocents. Toutefois, la possession actuelle (à condition de n'être pas le hasard d'un moment, mais d'avoir déjà acquis quelque consistance) peut se prévaloir, en général, d'arguments plus solides (ex. Paris, 29 mars 1984, D. 86, *I.R.*, 57) : en ce sens, milite la nature de toute possession, c'est un fait qui n'est droit que par sa présence effective. Joignez-y la maxime *Quieta non movere*, qui se laisse transposer en un intérêt de l'enfant (dont on aperçoit des reflets dans les a. 311-12, 375-2 [le milieu actuel]). Au contraire, quand il s'agit d'établir rétrospectivement la possession d'état

d'un individu décédé depuis un siècle (affaire de généalogie, cf. *infra*, n° 300), il est naturel de prendre en considération le *consensus* familial de la génération qui a pu le connaître, non pas celui des générations postérieures : Civ.¹ 2 juin 1987, D. 88, 405, n. Massip, qui observe fort justement que, pour ces vieilles possessions d'état, plus compte la *fama* que le *tractatus* (la *fama* du *tractatus*).

L'action en constatation de la possession ne saurait se confondre avec les actions en réclamation d'état Civ.¹ 2 déc. 1958, D. 59, 293, n. Holleaux, R.T., 59, 719, n. Desbois ; cf. R. Savatier, D. 1974, 629 ; Agostini, D. 1976, 126 ; J. Rubellin-Devichi, R.T., 88, 720. Elle est donc soumise à la prescription trentenaire, conformément à l'a. 311-17 : Civ.¹ 10 févr. 1993, D. 93, 490, *Rép. not.*, 93, 718. Pour la même raison, elle est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime, Civ.¹ 10 mars 1998, D. 98, Somm. 355, R.T., 98, 665, *Dr. Fam.*, 98 (7-8), 13 (ce n'est pas une action *attribuée*, réservée à l'enfant ou à sa mère).

Quant à l'acte de notoriété, un arrêt d'Assemblée plénière (20 nov. 1992, D. 93, 265, n. Guiho) semble considérer que, tant qu'il n'en a pas été dressé, il n'y a pas de possession d'état. C'était l'annonce du dérapage qui s'est produit dans l'a. 311-3 avec la loi du 8 janvier 1993 (cf. *supra*, p. 191). La possession d'état est une réalité extérieure et antérieure à l'acte de notoriété, qui n'en est qu'un mode de constatation parmi d'autres. Celui-ci constitue une simple preuve, preuve non contentieuse, preuve de *prima facie*, qui ne vaut que jusqu'à preuve contraire, mais vaut jusque-là (Civ.¹ 7 févr. 1989, D. 89, 396 ; Civ.¹ 29 mai 1996, D. 98, Somm. 26, Civ.¹ 25 févr. 1997, *Rép. not.*, 97, 991 ; Paris, 3 oct. 1995, D. 96, Somm. 152). Quelle preuve contraire ? La preuve de l'absence de possession d'état (Paris, 28 juin 1988, D. 88, Somm. 401), du moins de possession caractérisée. Cependant, on propose d'y ajouter la preuve de la vérité biologique (v. D. Huet-Weiller D. 82, chr. 190 ; cf. R.T., 91, 511). Mais ce ne serait plus un démenti, ce serait une autre vérité. Le juge des tutelles doit, en tout cas, refuser de délivrer l'acte si les éléments allégués sont équivoques. Ex. de vigilance, juge 6° arr. Paris, 17 janv. 1975, D. 75, 458, n. Massip. Cf. M.-A. Guerriero, Les actes de notoriété après 1972, *Annales Université Sc. soc. Toulouse*, 1973 (XXI), 255 ; et sur la notion plus générale qui est à la racine de l'institution, Dupichot, La notoriété, cette inconnue, *Annales Fac. Dr. Clermont*, 1971, 7.

D'après la circulaire de la Chancellerie du 12 mars 1993 (D. 93, L. 290, J.C.P., 93, 3, 66093), qui commente le nouvel a. 311-3, c'est au juge des tutelles (à son secrétariat-greffe) de transmettre l'acte de notoriété à la mairie compétente aux fins de mention en marge de l'acte de naissance. Mais les modèles de mention en marge qu'elle propose en annexe, aussi bien du reste que le texte de l'a. 311-3, emploient une expression, le lien de filiation établi par la possession d'état, qui dépasse singulièrement les bases de l'acte de notoriété. C'est brûler les étapes, transformer sans contrôle le fait en droit, et le juge d'instance en juge des questions d'état, à l'encontre de la compétence exclusive que l'a. 311-5 attribue en ce domaine au tribunal de grande instance. Faut-il en déduire que, pour contester la mention en marge, il faudra intenter une action d'état, qu'une demande de rectification de l'acte d'état civil est insuffisante ? Le vrai est que cette même réforme trahit une incompréhension de ce qu'est la possession d'état, voire plus généralement la possession. Elle est symptomatique de la pente bureaucratique sur laquelle nous roulons, de notre goût policier pour les papiers bien en règle.

2 | LE CONTENTIEUX DE LA FILIATION

Le C.C. en traite dans la section *Des actions relatives à la filiation*. En analysant cette section, on y distingue, à côté de règles qui sont proprement de *procédure*, des règles de fond destinées à servir au juge de critères pour résoudre les *conflits de filiation*, et entre les deux des règles de nature mixte, qui, en définissant les caractères des actions, contribuent à modeler le rapport de filiation lui-même.

I. – Procédure

a) Compétence

Le tribunal de grande instance (non le J.A.F.) a compétence exclusive pour juger les instances relatives à la filiation (a. 311-5) Le juge des tutelles (juge d'instance) a cependant un certain pouvoir en ce domaine par la constatation des possessions d'état (a. 311-3). Les juridictions civiles, en tout cas, excluent des questions d'état les tribunaux administratifs et les tribunaux répressifs (a. 311-6).

b) Instance

Elle se déroule en chambre du conseil (a. 881-1 C. Pr. C.). Le dossier doit être communiqué au Ministère Public (a. 325-1 C. Pr. C.) : c'est qu'un intérêt public, par-delà les intérêts familiaux, s'attache à la vérité (pas nécessairement biologique) des filiations (cf. a. 339, al. 2).

c) Jugement

L'a. 1351 pose le principe de l'autorité relative de la chose jugée en matière civile : le jugement n'a d'effet qu'entre les parties au procès ; il est inopposable aux tiers, à ceux qui n'ont été ni présents ni représentés dans l'instance. Contrairement à ce principe, le jugement rendu dans une question de filiation est de plein droit opposable aux tiers ; sauf le droit qui appartient à ceux-ci de l'attaquer par une voie de recours spéciale, la *tierce opposition* (a. 311-10). C'est un système

d'autorité absolue de la chose jugée, mais d'*autorité absolue provisoire*. La tierce opposition (a. 582 s. C. Pr. C.) est ouverte aux tiers qui établissent que le jugement a porté atteinte à leurs intérêts. Elle leur est ouverte pendant trente ans (ou seulement deux mois, si le jugement leur a été notifié). S'ils réussissent, dans ce nouveau débat, à démontrer le mal-fondé du jugement, celui-ci sera rétracté, mais à leur égard exclusivement ; il conserve son autorité entre les parties à l'instance originelle (a. 591 C. Pr. C.).

d) *Intervention forcée*

Elle tend précisément à éviter l'incertitude prolongée qui peut résulter d'une tierce opposition possible. Le tribunal a le pouvoir d'ordonner d'office et directement la mise en cause des tiers intéressés (a. 311-10, al. 2), alors qu'en général l'intervention forcée est laissée à l'initiative des parties (cf. a. 66, 327, 331 C. Pr. C.). L'a. 311-11 prévoit cette intervention forcée dans un cas particulier, où il s'agit moins de consolider l'autorité du jugement à venir que d'essayer de démêler un écheveau embrouillé de faits, lorsque, dans une recherche de paternité, voire une affaire de subsides, il apparaît que la mère a eu des relations avec deux ou plusieurs individus.

II. — Caractères des actions

Les actions relatives à la filiation prennent place dans la catégorie plus vaste des actions concernant l'état des personnes ou *actions d'état* (ex. l'action en divorce, l'action en nullité de mariage sont actions d'état au sens large). Ce sont les actions d'état par excellence. Elles puisent dans leur objet des caractères originaux : elles sont *indisponibles*, tout en étant *prescriptibles* et *transmissibles* à cause de mort.

a) *Indisponibilité*

L'état, plus précisément le rapport de filiation, est hors du commerce, il ne peut faire l'objet de conventions privées (a. 1128). Ce qui s'explique rationnellement : l'état n'est pas un objet qui soit extérieur à la personne ; c'est la personne elle-même, considérée dans ses rapports familiaux.

1° *Signification du principe*. — Non seulement les actions relatives à la filiation ne peuvent être cédées à des tiers, mais — prohibition plus pratique — elles ne peuvent faire l'objet d'une transaction entre les parties, c'est-à-dire (a. 2044) d'une convention qui tendrait à mettre fin au litige par des concessions réciproques (cf. sur l'arbitrage, a. 2059, 2060). Plus généralement, les renonciations sont ici interdites (a. 311-9).

2° *Limites du principe*. — C'est l'état lui-même qui est indisponible. Les actions relatives aux *conséquences pécuniaires de la filiation* (ex. l'action par laquelle le soi-disant enfant légitime réclame la succession de son prétendu père décédé) sont susceptibles de renonciation et de transaction.

b) *Prescriptibilité*

Quoique en thèse générale indisponibilité et imprescriptibilité aillent de pair (la prescription extinctive opérant comme une sorte d'aliénation), la loi de 1972 les a dissociées dans les affaires de filiation. Il y avait de bonnes raisons de maintenir l'indisponibilité pour empêcher des trafics sur l'état des personnes ; de bonnes raisons aussi pour introduire une prescriptibilité afin de permettre aux situations de fait et notamment aux possessions d'état de se consolider par le temps.

1° *Principe* (a. 311-7). — Les actions relatives à la filiation s'éteignent par la prescription trentenaire (cf. a. 2262). Le point de départ est soit le jour où l'individu a été privé de son état, pour les actions en réclamation (ce qui coïncidera le plus souvent avec le jour de la naissance), soit le jour où il est entré en possession de son état, pour les actions en contestation. Il y a là une prescription véritable, susceptible d'interruption ou de suspension selon le droit commun (cf. t. IV, n° 355). Elle est, en particulier, suspendue en faveur des mineurs (a. 2252), ce qui aboutira à allonger de dix-huit ans le délai de beaucoup d'actions en réclamation d'état.

2° *Exceptions*. — Les trente ans ne sont qu'un maximum : certaines actions peuvent se clore par les délais plus brefs que prévoient pour elles des textes spéciaux (ex. a. 316, 318-1, 339, al. 3, 340-4).

c) *Transmissibilité à cause de mort*

À la mort du titulaire, l'action relative à la filiation passe aux héritiers sous les conditions que définit étroitement l'a. 311-8.

III. — Conflits de filiation

► *Conflits de paternité*

Ce sont les plus fréquents. Ils se produisent toutes les fois que, par le cumul de deux modes d'établissement, l'enfant semble pouvoir se rattacher simultanément à deux pères. C'en est un de trop, et il faut résoudre le conflit. La réponse est dans l'a. 311-12 : les tribunaux déterminent par tous les moyens de preuve la filiation la plus vraisemblable. Une lecture rapide pourrait faire regarder le texte comme obsolète : à quoi bon se contenter de la vraisemblance, alors que le juge dispose déjà de la vérité par les techniques biologiques ? Mais ces techniques sont sujettes à des limitations au-delà desquelles de simples vraisemblances peuvent retrouver crédit. Il y a, en outre, l'incise du texte lui-même : les conflits pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autre principe. L'exception vise des principes qui ont une valeur de fond, pas simplement probatoire : tels que la présomption de paternité ou l'acte de volonté dans la reconnaissance d'enfant naturel. Ce sont des principes qui ne peuvent être remis en cause que sous des conditions précises.

Compte tenu de cette relecture de l'a. 311-12, plusieurs types de conflit doivent être distingués. Remarques générales : le rôle subsidiaire de la possession d'état selon l'al. 2, en cas de doute irréductible, et le lot de consoulation offert à la partie qui, au contraire, serait privée de sa possession d'état par le jugement, un droit de visite (a. 311-13).

a) *Conflits entre filiations de même nature*

1° *Entre paternités légitimes*

C'est un conflit à l'ancienne résultant de l'inobservation du délai (« de viduité ») de trois cents jours, organisé (et assoupli) par les a. 228 et 261 s. La confusion des filiations que le délai avait justement pour but de prévenir va se trouver accomplie. L'enfant pourrait choisir en faisant jouer l'a. 311, al. 2 ; mais son choix pourrait être contesté par application de l'al. 3. On est ramené au critère de la paternité la plus vraisemblable (ce sera d'ordinaire celle du second mari ?), à moins que les parties ne soient d'accord pour laisser parler les tests biologiques.

2° *Entre paternités naturelles*

L'a. 338 impose l'ordre chronologique provisoirement : l'auteur de la seconde reconnaissance devra, pour la faire valoir, commencer par faire tomber la première (si, au lieu de reconnaissance, il s'agissait de jugement, il lui faudrait commencer par faire tierce-opposition, a. 311-10). Théoriquement, il n'est pas obligé de démontrer sa propre paternité, mais on peut supposer que l'autre la contestera. Il n'est pas inconcevable que les techniques biologiques, appliquées des deux côtés, aboutissent à prouver qu'aucun des deux hommes ne peut être le père. Les juges ne pouvant s'abstenir de donner un père à l'enfant, sont nécessairement renvoyés à ouvrir un procès de vraisemblance. La conclusion serait la même si les deux parties avaient récusé le recours aux techniques biologiques.

b) *Conflits entre filiations de nature différente*

Une distinction doit être faite, tenant compte de l'ordre dans lequel les deux filiations ont été établies.

1° *La paternité naturelle se trouve déjà établie*

Il faut supposer que l'on est dans un des cas exceptionnels prévus aux a. 323 et 328, soit que l'enfant recherche sa maternité légitime, soit que le ménage légitime le revendique comme sien. L'a. 328 donne un principe de solution qui doit être généralisé : la filiation naturelle déjà établie bloque, jusqu'à preuve contraire, l'établissement (judiciaire) de la filiation légitime. C'est un critère chronologique comparable à celui de l'a. 338.

2° *La paternité légitime se trouve déjà établie*

Normalement, la paternité légitime a toujours une antériorité virtuelle, puisqu'elle résulte de la présomption de l'a. 312, al. 1, inhérente au mariage. Si l'enfant est né dans les limites de temps où la présomption s'applique sans bavure, s'il a titre et possession d'état (cf. a. 322), ou même simplement possession d'état (a. 334-9 ; cf. a. 320), il ne peut se trouver au centre d'un conflit de paternité : la paternité légitime déjà établie frappe de nullité toute reconnaissance, arrête net toute recherche fondée sur l'a. 340 (a. 339-4). Pour qu'un conflit de filiations soit concevable, il faut partir de circonstances inverses de celles que nous venons de supposer :

— *L'enfant est né plus de 180 et moins de 300 jours après la dissolution du mariage.* En agissant sur la présomption de l'a. 311, il peut se placer hors du mariage et, du coup, valider la reconnaissance d'enfant naturel dont il a pu être l'objet. Mais son choix peut être contesté, et en définitive il appartiendra au juge de trancher selon la filiation la plus vraisemblable, à moins que la recherche de vraisemblance ne soit gagnée de vitesse par les techniques biologiques.

— *L'enfant est pourvu d'un acte de naissance d'enfant légitime, mais dépourvu de la possession-d'état correspondante.* Par argument *a contrario* — un des plus célèbres parmi les arguments de ce type — la Cour de cassation déduit de l'a. 334-9 que cet enfant peut être valablement reconnu comme enfant naturel par un tiers ; pareillement, il sera recevable à exercer contre lui l'action en recherche de paternité naturelle. Le résultat sera de faire éclater un conflit de filiations. Sous la même réserve que précédemment, les juges auront à le résoudre selon la paternité la plus vraisemblable. Ce sera bien souvent la paternité naturelle, car il est permis de nourrir des doutes sur la légitimité d'un enfant qui est par hypothèse élevé hors du foyer prétendu paternel, alors qu'un autre homme, au contraire, le regarde comme son fils naturel. Ce serait une raison pour faire prévaloir par provision la filiation naturelle, en attendant que le conflit soit porté devant le tribunal et réglé. En tout cas, si l'enfant, comme il arrive fréquemment, est élevé en fait par celui qui l'a reconnu, il pourra se contenter de cette possession d'état d'enfant naturel comme d'une preuve suffisante de filiation.

► *Conflits de maternité*

Le droit ayant mis hors la loi le cas des « mères porteuses » (a. 16-7 ; cf. *infra*, p. 217), les conflits concevables (rares) se rapportent aux hypothèses de l'a. 322-1 (supposition ou substitution d'enfant). Le juge tranchera selon la vérité biologique, si elle est possible et acceptée ; sinon, selon la vraisemblance de l'a. 311-12.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, nos 776 s. ; Beudant-Breton, nos 1240 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 545 C, 568 *quater*, 3°. V. aussi Planiol et Ripert, t. I, par Savatier, nos 23 s. (sur l'état des personnes). — C. Labrusse-Riou, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Filiation*, nos 222-235 (sur les conflits de filiation), 1995.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Conflits de filiation. — L'Ancien Droit n'ignorait pas ces conflits, imputables alors à l'inobservation des délais de viduité, et les romanistes avaient envisagé pour eux diverses solutions, y compris la double paternité ou le choix par l'enfant. Dans la seconde moitié du XX^e s. la facilité du divorce, le désordre des mœurs ont multiplié ces conflits et en ont fait surgir des types inédits. Cf. avant 1972, Berr, *R.T.*, 64, 635, et depuis F. Granet-Lambrechts, Th. Strasbourg (ronéo), 1981. La loi de 1972 avait craint le débordement de contentieux, mais plus encore le pullulement de solutions prétendant s'imposer comme autant de règles de droit en réponse à la diversité des cas. Aussi avait-elle voulu poser une norme simplificatrice, en renvoyant au juge toutes les difficultés qui n'avaient pas dans les textes *de principe* leur solution immédiate. Tel était le sens de l'a. 311-12 : la justice y était envisagée dans un rôle plutôt arbitral que juridictionnel, la recherche de la filiation la plus vraisemblable *in concreto*, avec pour corollaire, s'il y avait doute irréductible, le *statu quo*, la possession d'état *actuelle* (ce que corroborait l'article suivant, 311-13, le possesseur dépossédé au profit d'une filiation plus vraisemblable, pouvait être consolé par un droit de visite). Le possesseur qui avait besoin d'être consolé, ce ne pouvait être celui qui avait été en possession jadis.

Qu'entendre par *vraisemblable* ? Les commentateurs ont traduit : *presque vrai* ; et en conséquence, si la biologie propose la vérité, elle doit s'imposer *a fortiori*. Cependant, la loi de 1972 savait distinguer la vérité de la vraisemblance (arg. a. 318). Elle n'ignorait pas les techniques biologiques, dans leurs promesses peut-être, en tout cas dans leur effectivité de preuves négatives. Or, la preuve négative pouvait suffire à résoudre la plupart des conflits en termes de biologie. Mais ce n'est pas sur ce terrain que se place l'a. 311-12. Sans exclure la biologie (arg. *par tous les moyens*), il se contente d'une filiation qui ressemble à une vérité, qui soit plausible, raisonnablement acceptable (cf. l'a. 311, al. 2, l'intérêt de l'enfant n'est pas absent de la preuve de la filiation). Significative est l'impasse où la biologie est obligée de capituler lorsque ses tests démontrent qu'aucun des deux ne peut être le père. Il faudra bien que le juge donne un père à l'enfant. Il le lui donnera par une appréciation de fait, qui sera souveraine.

C'est dire que l'a. 311-12 n'aurait pas dû être traité comme une disposition parmi d'autres, participant au système de la filiation (et le compliquant un peu plus). C'est une norme extérieure au système, et tendant à le débarrasser d'une série de questions.

THÉORIE JURIDIQUE

a) Sur *l'état des personnes*, cf. t. I, n° 74. Il est plus facile de construire une notion générale de *l'état des personnes* qu'une notion générale des *actions d'état*. C'est peut-être ce qui a conduit la loi de 1972 à ériger les actions relatives à la filiation en catégorie autonome, au lieu d'en faire, comme le C. Nap., le prototype des actions d'état. Entre la réclamation d'état et l'action en divorce, par ex., aussi bien dans leur nature que dans leur régime (prescription ? tierce opposition ?), l'unité est des plus factices. Un meilleur clivage pourrait se dessiner entre les actions aux fins de jugement déclaratif (le cas ordinaire) ou de jugement constitutif (ex. divorce, légitimation par autorité de justice).

b) Bien que, dans un arrêt ancien (Civ. 23 avr. 1925, S. 27, 1, 97, D. 25, 1, 201), la Cour de cassation eût paru soumettre les décisions touchant les questions de filiation

aux principes généraux sur l'étendue de l'autorité de la chose jugée – on peut dire que, dès avant la réforme de 1972, le système de l'autorité absolue provisoire ou de l'opposabilité (inspiré de la C.R.C.C., *Travaux*, 1950-1951, p. 334 s.) était déjà dans l'air du temps (Cosnard, L'autorité des actes et des jugements d'état dans la législation française moderne, *R.T.*, 61, 15 ; cf. Civ.¹ 28 mars 1962, *J.C.P.*, 62, 2,12883). Non pas, d'ailleurs, qu'il soit sans problèmes (cf. Tomasin, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Th. Toulouse, 1975, n^{os} 109 s.) : ex. Civ.¹ 29 janv. 1975, *Bull.*, n^o 41 ; Civ.¹ 27 oct. 1981, *Bull.*, n^o 309 ; Civ.¹ 9 oct. 1991, pas d'indivisibilité, le seul effet de la tierce opposition est l'inopposabilité, *Rép. not.*, 92, 1, 307.

Rien de plus aisé que de justifier dogmatiquement un système d'autorité relative : il y a l'a. 1351 ; cf. Beudant-Perrot, IX, n^{os} 1349 s. Si l'on veut au contraire l'écarter, il faut une théorie : 1^o La plus ancienne est celle du *contradicteur légitime* (construite par le juriste d'Argentré, au XVI^e s., sur Dig. 40, 16, 3) : le jugement aurait eu autorité absolue à condition d'avoir été rendu avec le légitime contradicteur de l'action, c'est-à-dire le membre de la famille ayant le « premier et principal intérêt » (ex. dans l'action en désaveu, le mari). Le vague de la définition était le point faible de la théorie. Celle-ci avait correspondu, dans l'Ancien Droit, à une conception hiérarchique de la famille ; 2^o Dans la doctrine moderne, R. Savatier a fondé l'autorité absolue sur l'*indivisibilité* de l'état (Planiol-Savatier, n^o 37, cf. déjà Daguesseau, 47^e plaidoyer). Mais pour les juristes, il n'est jamais sûr qu'une situation ne puisse être intellectuellement divisée ; 3^o D'autres (Stoanovici et Barasch, *R.T.*, 1934, 547 s.) ont proposé de distinguer l'*existence de l'état*, qui s'imposerait à tout le monde, mais pourrait être combattue par toute preuve contraire, et les *effets de l'état*, qui seraient seuls soumis aux règles concernant l'autorité de la chose jugée ; 4^o Sous l'influence des publicistes (Duguit), on a soutenu que l'autorité relative des jugements (a. 1351) était un corollaire de l'effet relatif des conventions (a. 1165), en ce sens que seuls auraient une autorité relative les jugements rendus sur des rapports de droit (contractuels) à effet relatif, et que, inversement, les jugements rendus sur des situations statutaires (ayant un rayonnement *erga omnes*) devraient avoir autorité absolue (cf. Vizioz, *R.T.*, 1947, 350). Mais, s'il est plausible d'admettre que le C.C. a pensé à l'effet relatif des contrats en posant le principe de l'a. 1351, ce n'est peut-être pas dans le sens que l'on dit : ne serait-ce pas plutôt en considérant l'instance (toute instance, même en matière d'état) comme un contrat, le contrat judiciaire, né de l'échange des conclusions ?

c) Sur la *prescriptibilité* des actions relatives à la filiation et ses rapports avec la théorie de la possession d'état, R. Savatier, Parenté et prescription civile, *R.T.*, 1975, 3. Suspension : Civ.¹ 10 janv. 1990, D. 90, 193 (30 ans + 18, c'est long, mais avant 1972 c'eût été éternel).

d) Plus généralement, sur l'*indisponibilité* de ces actions, D. Huet-Weiller, D. 78, chr. 233, qui montre les inflexions (pas forcément indésirables) que le principe a reçus de la pratique judiciaire.

e) Chacun a-t-il un droit subjectif, voire un droit de l'homme, à percer le secret de ses origines (cf. M.-L. Rassat, *Mélanges Hébraud*, 1981, 583 ; J. Rubellin-Devichi, Droits de la mère et droits de l'enfant, réflexions sur les formes de l'abandon, *R.T.*, 91, 695 ; D. Coester-Waltjen, *Mélanges Déléyannis*, 1991, 239 ; Malaurie, Le secret et le droit, *Mélanges C. Mouly*, 1998, 112) ; J. Laurent-Merle, à propos de la loi sur l'adoption, D. 98, chr. 373) ? La loi elle-même a organisé plusieurs barrières de brouil-

lard : l'a. 57, tel qu'interprété dès le XIX^e s., n'oblige pas le déclarant à faire connaître le nom de la mère (cf. t. I, n^o 13) ; l'abandon de l'enfant au service de l'Aide sociale peut se dérouler dans un secret absolu (a. 62-4^o, 62-1 C. Fam.) ; les parents naturels ne sortent de l'ombre contre leur gré que par l'effet d'une action en justice (a. 340, 341) ; l'adoption a son propre système de secret (*infra*, p. 347). Et l'on a vu le projet de loi sur les droits de l'enfant se charger paradoxalement, en cours de débats, d'une glorification de l'accouchement sous X... (a. 341-1 ; cf. *infra*, p. 281). La Convention internationale sur les droits de l'enfant condamne apparemment ces dispositions de notre droit. Son a. 7 reconnaît à tout enfant (pourquoi pas à l'adulte ?) le droit de connaître ses parents, ce que l'on traduit largement : le droit de connaître ses origines. Il est vrai que le texte s'accompagne d'une réserve : *dans la mesure du possible* ; et sous cette réserve ce n'est pas seulement l'impossibilité de fait qui est visée (ex. un parent a disparu sans laisser de traces), mais aussi, semble-t-il bien, certaines impossibilités de droit (ex. admettrait-on l'enfant légitime à mettre en question la présomption de paternité qui le couvre ?). Cependant, même avec ces accommodements, on peut douter qu'il y ait sagesse à déchaîner un droit subjectif au milieu des institutions objectives de la filiation comme un chien dans un jeu de quilles.

Des auteurs (F. Chardin et X. Henry, Filiation légitime, *Juriscl.*, 1996 [9], n^o 104) ont esquissé une distinction très fine entre la filiation juridique fondée sur la vérité biologique ou la volonté, et le fait biologique, source d'un droit à connaître ses origines, mais sans conséquence automatique sur le lien de droit. Peut-être pourrait-on pousser plus loin le second élément et son caractère de fait en les plaçant ouvertement dans une zone de non-droit, cette zone où, par ex., les généalogistes amateurs se livrent à leur jeu de patience. Une zone où l'on peut rencontrer la poésie. Le secret de la naissance a le pouvoir d'exciter l'imagination : il lance l'enfant sur les routes à la recherche de son père. La mythologie grecque (la Télégonie, Télémaque, Thésée), les légendes germaniques ont chanté la quête du père. Cf. G. Sissa, L'enfant abandonné devenu roi, un mythe fondateur, in *Abandon et adoption*, numéro spécial de la revue *Autrement*, 1988, p. 55. L'insémination artificielle avec donneur ouvre maintenant un nouvel horizon aux rêves des enfants que leur légitimité laisserait mal à l'aise (a. 16-8).

Très bien, mais l'étonnant est que tout le battage sur le droit de l'enfant à connaître ses origines n'ait pas suscité une recherche antithétique sur son droit à *ne pas les connaître*, à ce qu'on ne les lui révèle pas, à plus forte raison à ce qu'elles ne soient pas révélées au public. C'est un droit de l'homme à construire, en référence à la sphère d'intimité (cf. t. I, n^o 86). Peut-être aussi une protection pratique à futur : est-ce que je sais ce qu'un Pouvoir changeant pourra faire un jour de ma généalogie ? Cf. aux fins de réconciliation si possible la polémique entre démographes, Hervé Le Bras, *Le démon des origines*, 1993, et Michèle Tribalat, *Faire France*, 1995, ainsi que le dossier de *Pop.*, 98, 537, sur la variable « ethnique » comme catégorie statistique.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'a. 311-12*. — La pratique montre que, faute de vérité, il faut savoir se contenter de vraisemblance : Riom, 24 juin 1993, D. 94, Somm. 117 ; Limoges, 15 juin 1995, D. 96, Somm. 153, n. Granet-Lambrechts. Les juges du fond induisent la plus grande vraisemblance de l'ensemble des circonstances de fait, qu'ils apprécient souverainement,

Civ.¹ 6 mars 1996, D. 96, 529, n. Lemouland. En l'espèce, c'est le refus de deux des intéressés de se prêter à une analyse des sangs qui a paru la circonstance décisive (cf. *supra*, p. 192). Mais, à l'inverse de ce qui arrive d'ordinaire, ce n'est pas au rénitent (le mari) que l'enfant a été rattaché, mais à un concubin qui consentait à l'opération. S'il y consentait si facilement, c'est qu'il était sûr de son fait : Civ.¹ 22 avr. 1997, D. 98, Somm. 27, n. F. Granet : le conflit s'élevait entre une présomption de paternité et une possession d'état d'enfant naturel. A la fille qui se prévalait de sa filiation naturelle, la cour d'appel avait reproché de n'avoir pas démontré d'abord la non-paternité du mari de la mère, comme elle l'aurait pu selon l'a. 334-9 *a contrario*. A quoi l'arrêt, qui casse, répond que les juges d'appel auraient dû rechercher sans attendre quelle était des deux paternités la plus vraisemblable. On peut apercevoir dans la décision une tendance intéressante à reconnaître une valeur propre au procès de vraisemblance de l'a. 311-12.

b) *L'argument a contrario de l'a. 334-9.* — Si toute reconnaissance est nulle quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la *possession d'état*, toute reconnaissance est valable quand l'enfant n'a pas une filiation légitime déjà établie par la *possession d'état*. Le retournement du texte paraissait s'imposer avec la force d'une mécanique élémentaire d'interprétation. L'argument s'est, cependant, heurté à la très vive résistance d'une grande partie de la doctrine (J. Vidal, *L'enfant adultérin... a contrario*, *J.C.P.*, 1973, 1, 2539 ; G. Champenois, *La l. 3 janv. 1972 a-t-elle supprimé la présomption Pater is est... ?*, *J.C.P.*, 1975, 1, 2686 ; Raynaud, D. 1975, chr. 257 ; Martine Rémond-Gouilloud, *R.T.*, 1975, 476), et quelques décisions aussi l'ont rejeté (trib. Béthune, 23 avr. 1974, D. 74, 635, n. Huet-Weiller ; trib. Paris, 13 janv. 1975, D. 75, 596, n. Huet-Weiller). Mais, dans un arrêt de principe (Civ.¹ 9 juin 1976, D. 76, 593, n. Raynaud, *J.C.P.*, 76, 2, 18494, n. Cornu, *Rép. not.*, 76, art. 31207, n. Massip, *G.P.*, 76, 2, 708, n. Viatte ; cf. Weill et Terré, *Les grands arrêts de la jurispr. civ.*, 180), la Cour de cassation a nettement consacré la thèse adverse (cf. Paris, 5 févr. 1976, *Rép. not.*, 76, art. 31180, n. Paire) : la reconnaissance est valable lorsque la légitimité de l'enfant repose seulement sur un acte de naissance (contenant indication du mari), que ne corrobore aucune possession d'état (cf. dans le même sens, Massip, n° 98, et D. 1975, chr. 77 ; Colombet, n° 158 ; Weill et Terré, *Grands arrêts*, n° 51). La controverse est du reste appelée à perdre de son importance, au fur et à mesure que l'a. 313-1 entrera dans la pratique : inscrit sans l'indication du nom du mari, l'enfant ne sera plus couvert par la présomption de paternité.

Quels sont les éléments du débat ? Outre parfois le désir moralisant de restreindre la loi de 1972, outre une hostilité technicienne à la possession d'état, il y a derrière le rejet de l'argument *a contrario* le postulat (pour autant discutable) d'une supériorité de principe de la filiation légitime. Plus spécieuse est l'objection que l'interprétation *a contrario* aboutit à placer une contestation de paternité légitime entre les mains d'un tiers, alors que la loi a entendu en réserver l'exercice au mari ou à ses héritiers, et très subsidiairement à la mère. Mais l'objection n'est pas sans réplique : 1° la contestation de paternité de l'a. 318 émane, en réalité, de la femme autant que de l'amant, de compte à demi ; 2° et surtout la validité attribuée à la reconnaissance du tiers n'a pas pour effet immédiat de faire tomber la présomption de paternité légitime, mais seulement d'élever entre les deux paternités un conflit que les juges auront à régler. Peut-être n'a-t-on pas, non plus, prêté assez d'attention à la signification juridique dont est revêtu, en l'espèce, le défaut de possession d'état. Il ne s'agit pas d'un fait accidentel : l'enfant est sans pos-

sion d'état d'enfant légitime, parce que le mari au moins lui a refusé cette possession d'état. De même que le *tractatus* peut faire présumer la filiation, le refus du *tractatus* peut faire présumer la non-filiation : c'est ici un désaveu virtuel.

3 | LA PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE (P.M.A.)

Cette section règle en deux articles (311-19 et 311-20) le régime de l'opération en droit civil. Elle doit être complétée, pour le régime de droit médical, par un chapitre (Assistance médicale à la procréation) du C.S.P. (a. L. 152-1 à L. 152-19).

Ces textes sont issus des deux lois dites de *bioéthique* (94-653 et 654, 29 juill. 1994). Leur but le plus immédiat a été de donner un statut légal à la pratique de l'insémination artificielle, surtout de l'insémination avec (tiers) donneur (I.A.D.), qui rencontrait des objections d'ordre éthique. Le domaine décrit par l'a. L. 152-1 est, il est vrai, plus large et reste ouvert : « Toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. » On ne saurait, néanmoins, y faire entrer les maternités de substitution. Le recours aux « mères porteuses » (où il n'y a pas, du reste, toujours procréation, s'il y a assistance médicale) avait soulevé des tempêtes à la fin des années 80 ; il fut très nettement condamné par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 1991 ; et les discussions semblent avoir été closes par l'a. 16-7 C.C. qui déclare nulle toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui (cf. a. 227-12, al. 3, N.C.P.).

L'exposé ci-dessous se concentrera sur la technique de P.M.A. la plus accréditée : l'insémination artificielle, saisie par les deux bouts : ses *conditions d'accès* et les *effets de sa réussite*.

► Conditions d'accès

a) *Conditions générales (a. L. 152-2).* — 1° Quant à la *finalité de l'opération*. Il y a dans la loi une préférence de principe pour la procréation naturelle : l'opération n'est pas admise pour des raisons de simple convenance ; elle est un ultime remède. A titre principal, il doit s'agir de remédier à une *infertilité* dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Secondairement, l'objet peut être d'éviter à l'enfant éventuel la transmission d'une maladie particulièrement grave.

2° En la *personne* du couple. L'homme et la femme doivent être vivants (exclusion de l'insémination posthume), en âge de procréer

(pas trop âgés) et, quant à l'état conjugal, soit mariés, soit concubins capables de prouver une communauté de vie d'au moins deux ans (certificats à l'appui).

3° Un *double consentement*, préalable à l'opération.

4° Une *habilitation du praticien* (a. L. 152-9).

b) *Conditions particulières à l'insémination artificielle avec tiers donneur (I.A.D.)*. — La loi ne cache pas sa préférence de principe pour la procréation endogène, qui se passe à l'intérieur du couple. La procréation exogène n'est admise qu'en désespoir de cause (a. L. 152-5). Aussi, en raison de la gravité des conséquences (un « sang étranger » va entrer dans la famille), des conditions supplémentaires sont-elles posées, qui sont des conditions de forme (a. 311-20 C.C. ; 1157-2, 1157-3, d. 24 févr. 1995, C. Pr. C.).

Les époux ou les concubins demandeurs expriment leur consentement à la P.M.A. par déclaration conjointe devant soit le président (ou son délégué), soit devant un notaire. Ceux-ci se contentent d'enregistrer les déclarations et d'en dresser un acte authentique : ils n'ont pas le pouvoir d'apprécier si ce projet parental est raisonnable, encore moins de le rejeter. Rien n'est encore définitif : jusqu'à la réalisation de l'opération, le décès de l'un ou de l'autre, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps, la cessation de la vie commune entre concubins, peuvent rendre caducs les consentements ; chacun peut aussi révoquer le sien par écrit adressé au médecin. Sous réserve de cette phase intermédiaire, il semble que le double consentement soit le ressort essentiel du passage à la P.M.A., et on pourrait l'analyser comme formant un contrat — contrat solennel qui a pour objet l'engagement réciproque de coopérer sans remords à un projet problématique. Les demandeurs, en tout cas, ne sauraient prétendre que leur consentement n'a pas été éclairé. Il l'a été, non seulement par les avertissements que le magistrat ou le notaire a dû leur donner (a. 1157-3), mais déjà par les entretiens que l'équipe médicale a dû avoir avec eux (a. L. 152-10).

► Effets de la P.M.A. en cas de réussite

a) *Procréation endogène*. — L'enfant est légitime ou naturel selon que ses parents étaient ou non mariés. La P.M.A. n'a aucun effet sur son statut.

b) *Procréation exogène (avec tiers donneur)*.

1° *Effet négatif* à l'égard du tiers. Aucun lien de filiation ne peut être établi entre lui et l'enfant. L'a. 311-19 fait écho à l'a. 16-8. Réciproque-

ment, aucune action en responsabilité ne peut être exercée à son encontre, sauf (si par son sperme une maladie a été transmise à l'enfant) à reporter la responsabilité sur le laboratoire intermédiaire. Le droit du donneur à s'enfermer dans l'anonymat va de pair avec la gratuité de son geste (a. 16-6). En le consacrant, les lois françaises de 1994 n'en ont pas moins répudié le droit de l'enfant à connaître ses origines, tel qu'il a été proclamé par la Convention de l'O.N.U. (cf. *supra*, p. 81). « Autant que possible », concède, il est vrai, la Convention. Quel traité pourrait, du reste, obliger un État souverain à l'impossible ?

2° *Effet positif* : l'enfant a juridiquement pour père et mère le couple des demandeurs, la P.M.A. s'effaçant sans laisser de trace dans son état (sauf à en laisser éventuellement dans un dossier médical ; cf. a. 16-8, al. 2). Tel est le principe : l'application en est, cependant, variable selon la situation du couple.

— *Couple marié* : l'acte de naissance est établi comme celui d'un enfant né du mariage des demandeurs. Toute action en contestation ou réclamation d'état est interdite ; une fin de non-recevoir s'élève, notamment, contre le désaveu de paternité (cf. *infra*, p. 231). Théoriquement, toutefois, le mari serait encore autorisé à démontrer que l'enfant n'est pas réellement issu de la P.M.A., mais d'un adultère à côté (un vrai adultère), ou bien que son consentement est nul, ayant été vicié par erreur ou dol — des preuves bien difficiles.

— *Couple hors mariage*. L'enfant est un enfant naturel, sa filiation, n'est pas établie de plein droit. On peut penser que les concubins, sur la pente où ils sont, s'empresseront de le reconnaître. Si l'homme s'y dérobait (a. 311-20, al. 4 et 5), il engagerait sa responsabilité envers la mère et l'enfant, et sa paternité, dit le texte, serait judiciairement déclarée. Encore y faudra-t-il une action exercée par la mère ou par un tuteur. Une fois la paternité reconnue, en tout cas, l'action en contestation de l'a. 339 se trouvera bloquée, à l'exemple de l'action en désaveu.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Extraits d'une littérature immense : J. Rubellin-Devichi, Les procréations assistées, état des questions, *R.T.*, 87, 457 et 90, 452 ; Sériaux, *D.* 85 et 88, chr. 53 et 201 ; Kayser, *D.* 87 et 89, chr. 189 et 193 ; P. Raynaud, *D.* 88, chr. 109 ; M.-T. Meulders-Klein, Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant, *R.T.*, 88, 645 ; la *R. Droits* (13), 1991 ; les *Arch.*, le vol. Droit et science, 1991 ; L. Baudouin et C. Labrusse-Riou, *Produire l'homme, de quel droit ?*, 1987 ; Terré, *L'enfant de l'esclave*,

génétique et droit, 1987; Edelman et al., *L'homme, la nature et le droit*, 1988; G.-M. Fauré, *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit*, Th. Montpellier I (ronéo), 1992 (irait assez libéralement à la rencontre du désir); Malaurie, *L'homme, être juridique*, D. 94, chr. 97.

On mettra entre parenthèses les Actes du Colloque pluridisciplinaire *Génétique, Procréation et Droit*, 1985, moins pour leur contenu que pour le rôle de politique législative auquel le Colloque avait été appelé. Organisé par le garde des Sceaux Robert Badinter afin de préparer une intervention du législateur, c'est un fait qu'il eut pour première conséquence d'en faire ajourner tout projet. C'était sagesse, sans doute et la couverture du livre était magnifique : la création d'Adam du doigt de Dieu le Père, d'après Michel-Ange. Peut-être eût-il fallu compléter, en quatrième de couverture, par la création d'Ève, le premier clone, et qui a si bien réussi.

Depuis les lois de bioéthique : *Petites Affiches*, numéro spécial Bioéthique, 14 déc. 1994; J. Rubellin-Devichi, *J.C.P.*, 94, 1, 3771; G. Raymond, *J.C.P.*, 94, 1, 3796; Jamin, *R.T.*, 95, 974; Massip, *Rép. not.*, 95, 65 et 129; Byk, *J.C.P.*, 95, 1, 3848; Granet-Lambrechts, *R. dr. san. et soc.*, 95, 1; Edelman, D. 95, chr. 205; F. Nicolas-Maguin, D. 95, chr. 75; Mémeteau, D. 94, chr. 355; F. Dreifus-Netter, *R.T.*, 96, 19; C. Labrusse-Riou et al., *Le droit saisi par la biologie*, 1996, spéc. 2., Cadou, n° 29 s.; F. Dekeuwer-Défossez et al., *Les filiations par greffe. Adoption et P.M.A.*, Lille II, 1997; et les manuels, Bénabent, *La famille*, 1997, n° 4101; Cornu, *La famille*, 1996, n° 299 s.

N.B. — On pouvait hésiter légitimement sur la place où traiter de ce type inédit de filiation. Qu'en 1994 on l'eût rattaché aux filiations charnelles n'était pas péremptoire, car la décision avait été dictée visiblement par cette considération formelle que, le procédé pouvant déboucher indifféremment sur une filiation légitime ou naturelle, il relevait naturellement des questions communes pour lesquelles un compartiment existait déjà. A l'analyse, la P.M.A. se rapproche beaucoup de la filiation adoptive : toutes deux ont la même utilité pratique, sont astreintes au même secret des origines. Ce sont deux sortes de *filiation par greffe*, selon la formule expressive du Colloque précité. Néanmoins, dans la P.M.A., la part de la biologie est plus grande; dans l'adoption, la part de la volonté. Dans la P.M.A., l'enfant tombe sans transition du corps de la mère dans le berceau préparé, tandis que, dans l'adoption, l'enfant vient d'ailleurs, avec un passé déjà, et l'institution ne se passe pas d'un premier accompagnement par les parents adoptifs. Une fonction pédagogique est caractéristique de l'adoption.

HISTOIRE

La stérilité étant sentie comme une malédiction (économique) dans les sociétés primitives, la stratégie familiale fut très tôt, à défaut de procréation artificielle, employer l'artifice pour détourner de son cours la procréation naturelle. Saraï, qui se croit stérile, appliquant une coutume que l'on dit mésopotamienne, jette son mari Abram dans les bras d'Agar sa servante (Genèse, XVI, § 2 s.). Pour pallier l'infertilité du mari, la femme avisée attire près d'elle le mâle choisi pour cette fonction spécifique, et elle se hâtera de l'oublier. C'est le thème du *Chemineau* de Jean Richepin (1897) et déjà au XVII^e s. d'un conte en vers de Charles Perrault (*L'esprit fort*). Fort, il l'est, car, ayant appris la chose, il conclut en droit : « Cet enfant est à moi, puisque je l'ai payé. » Ce qui a fait accepter assez facilement P.L.A.D., c'est que l'opinion y a vu au fond la suite

d'une coutume (cf. Cornu, 1993, n° 300) : coutume par l'épaisseur du nombre (le nombre maintenant acquis de réussites), mais aussi par l'épaisseur de l'ancienneté, la vieille ruse paysanne, les mythes ou la vérité de l'Ancien Testament.

DÉMOGRAPHIE

Sur la stérilité et les divers types de remèdes, V. Toulemon, *Pop.*, 95, 1212. — Sur les statistiques (nombre d'A.M.P. tentées, réussies), sur les coûts pour les intéressés, pour la société, beaucoup plus d'informations seraient utiles. — Chaque année (1998), en France, 7 000 naissances par P.M.A.

THÉORIE JURIDIQUE

Le droit à l'enfant a été présenté comme la justification théorique de la procréation assistée : droit de donner la vie, il implique le droit d'user, pour la donner, de tous les moyens qui ne nuisent pas à autrui; et corrélativement le devoir, pour les États, de permettre et même de faciliter l'accès à ces moyens. On aurait tort de confondre le droit à l'enfant avec un droit sur l'enfant, l'enfant à naître, qui aurait pour conséquence le droit à la contraception et à l'avortement. Loin de là : le droit à l'enfant — bien que ceux qui le mettent en avant n'y aient guère songé — pourrait être victorieusement opposé à tous les systèmes de contrôle des naissances, de l'Occident néo-malthusien à l'Inde ou à la Chine. La théorie ne précise point à quel moment de son existence l'être humain est saisi de ce droit : est-ce un droit inné (naturel s'il en fut) ou acquis ? l'avons-nous dès la nubilité ou seulement après des appels infructueux à la nature ? C'est assurément autre chose que le droit à l'amour. Il faudrait surtout expliquer ce qui peut fonder un tel droit, droit de l'homme et plus encore de la femme, qui ne figure dans aucune des nomenclatures classiques. Ceux qui combattent l'hypothèse (ex. Verspiere, revue *Études*, 85, 633; P. Raynaud, D. 88, chr. 109) ont beau jeu de montrer qu'un désir — le désir d'enfant n'est pas niable — fût-ce un désir fou, ne saurait par autopersuasion se métamorphoser en droit subjectif. Si, au lieu du désir, on invoquait le besoin, peut-être donnerait-on au droit un fondement plus solide. Seulement, qu'est-ce que le besoin d'enfant ? A court terme, le besoin de jouer à la poupée, ou d'exercer sur nos créatures une autorité (ça ne durera pas) qui nous revanchera de celle qui s'exerce sur nous — plus noblement, un besoin affectif. A plus long terme, le bâton de vieillesse (mais la Sécurité sociale n'y suffit-elle pas aujourd'hui ?). A terme très, très long, indéfini, et peut-être touchons-nous ici au ressort le plus profond, c'est le droit à une postérité — manie d'aristocrate, persiflait Diderot, « postéromanie » ? non —, le droit à une immortalité charnellement collective, le droit d'Abraham (Genèse, XXII, § 17).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'épisode des mères de substitution*. — C'est du contentieux des associations qu'est venue, d'abord, l'indication la plus claire. Les associations de « mères porteuses » furent déclarées illicites en raison de leur objet : ainsi jugé pour les « Cigognes »

d'Alsace (trib. adm. Strasbourg, 17 juin 1986, D. 88, 304, n. J.-Y. Plouvin, et Cons. d'État, 22 janv. 1988, D. 88, I.R., 45), puis pour l'« Alma mater » de Marseille (Aix, 29 avr. 1988, J.C.P., 89, 2, 21191, n. Pédrot, et Civ.¹ 13 déc. 1989, D. 90, 273, rapport Massip, J.C.P., 90, 2, 21526, n. Sériaux). Du même coup fut condamné le contrat (de type innommé) que l'association proposait aux couples. Ce contrat est illicite, parce que la mère porteuse y prend, en violation de l'a. 353-1 (2°) C.P. (le tribunal administratif y ajoutait l'a. 1128 C.C.), l'engagement d'abandonner un enfant à naître. Restait à prendre parti plus directement. L'occasion en fut donnée à la Cour de cassation par un arrêt quelque peu provocateur de la Cour d'appel de Paris (15 juin 1990, J.C.P., 91, 2, 21653, n. critique B. Edelman et C. Labrusse-Riou). La cour d'appel proclamait licite, non contraire à l'ordre public, le recours à une mère de substitution et concluait qu'en conséquence rien de ce côté ne s'opposait à l'adoption plénière, par l'épouse du père, de l'enfant dont la mère porteuse avait accouché dans l'anonymat. L'arrêt fut frappé de pourvoi dans l'intérêt de la loi par le procureur général près la Cour de cassation (type de pourvoi qui ne saurait préjudicier aux parties, cf. *Introduction*, n° 143, si bien qu'en toute hypothèse l'adoption, d'ailleurs conforme à l'intérêt de l'enfant, ne pouvait être remise en question). C'était une grande affaire ; elle fut portée devant l'Assemblée plénière, qui, après avoir entendu à titre d'*amicus curiae* le P^r Jean Bernard, président du Comité national d'Éthique, cassa l'arrêt de Paris par arrêt du 31 mai 1991 (D. 91, 417, rapport Chartier, n. D. Thouvenin, J.C.P., 91, 2, 21752, communication J. Bernard, concl. Dontenville, n. Terré, R.T., 91, 518, n. D. Huet-Weiller). Où était la violation de la loi ? Essentiellement dans l'atteinte portée aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes ; secondairement dans un détournement de l'institution de l'adoption (cf. *infra*, p. 361). De la position prise par la Cour de cassation, on peut induire sans témérité qu'à ses yeux c'est l'accouchement seul qui continue de désigner la mère, et que celle-ci a toujours le droit, sinon le devoir, de garder pour elle l'enfant. L'accueil de la doctrine a été généralement favorable (v. cep. les réserves de F. Terré sur le fond et la procédure). A la vérité, nous devons peut-être comprendre l'arrêt solennel, avant tout, comme un acte de politique judiciaire. Acte d'autant plus significatif qu'il s'appliquait à un type de maternité assistée moins acrobatique que d'autres : la mère *gestatrice* était en même temps la mère *génératrice*, un de ses œufs ayant seulement été fécondé avec le sperme du mari d'une femme stérile. Ce n'était, après tout, que la recherche d'une symétrie avec l'I.A.D. acceptée. Mais il fallait essayer de baisser le rideau — pour un temps (cf. Hauser, R.T., 96, 377).

b) *La P.M.A. à titre posthume*. — L'affaire la plus romanesque (*Corinne Parpalaix*, trib. Créteil, 1^{er} août 1984, J.C.P., 84, 2, 20321, R.T., 84, 703) ne concernait pas l'I.A.D. : le sperme provenait du mari lui-même ; seulement, celui-ci était mort et ce qui était en cause, c'était le pouvoir *post mortem* de la volonté humaine en ce domaine (cf. t. I, n° 20). La veuve obtint que les paillettes de sperme congelé lui fussent restituées aux fins d'insémination, mais ce ne fut pas assez pour qu'un enfant en sortît. Dans des affaires semblables, le tribunal de Toulouse (26 mars 1991, D. 92, Somm. 61, J.C.P., 92, 2, 21807, et 11 mai 1993) a refusé, au contraire, la restitution. Le jugement de 1993 retient expressément l'argument qu'une entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public (cf. Hauser, R.T., 91, 310).

c) *Le désaveu après insémination artificielle*. — A une époque où, disait-on, 2 000 enfants déjà naissaient chaque année par ce procédé, rarissimes étaient, en

regard, les décisions connues : trib. Nice, 30 juin 1976, D. 77, 45, n. D. Huet-Weiller, J.C.P., 77, 2, 18597, n. M. Harichaux-Ramu, R.T., 77, 745, n. Nerson ; trib. Paris, 19 févr. 1985, D. 86, 223, n. E. Paillet ; dont on pourra analogiquement rapprocher Toulouse, 21 sept. 1987, J.C.P., 88, 2, 21036, n. E. S. de La Marnière, où était en cause une reconnaissance d'enfant naturel (le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par Civ.² 10 juill. 1990, D. 90, 517, n. D. Huet-Weiller). Dans les deux jugements cités, le désaveu a été admis, et pareillement, dans l'affaire de Toulouse, la reconnaissance a été annulée (la cour d'appel stigmatisant de surcroît l'I.A.D. au nom du droit naturel et de la morale). En sens contraire, un jugement (trib. Bobigny, 18 janv. 1990, D. 90, 332, n. Saujot, J.C.P., 90, 2, 21592, n. Guiho, R.T., 90, 454, n. Rubellin-Devichi) a considéré que le recours à l'I.A.D. ne justifiait pas automatiquement une action en désaveu. Au moins pour le désaveu, l'intérêt de la question est assez restreint, car, en toute hypothèse, les délais (négligeons le *ius singulare* de l'a. 322 *a contrario*) consolideront rapidement la légitimité de l'enfant. Si le mari agit dans les six mois de la naissance il est permis d'imaginer que cette brusque volte-face, plutôt qu'à l'amertume (qui aurait pu venir à la longue) d'avoir introduit chez soi un enfant étranger, est due à la découverte d'une fraude, la comédie d'une insémination artificielle ayant servi à masquer une insémination plus naturelle.

La sagesse était peut-être de laisser aux tribunaux une marge d'appréciation (cf. J. Rubellin-Devichi, *Mélanges Vincent*, 1981, 378). Mais, quand ils jugeaient préférable de paralyser le désaveu, en avaient-ils les moyens ? La pratique, du temps que l'adultère était une cause péremptoire de divorce, n'avait pas eu besoin de texte pour faire de la connivence une fin de non-recevoir (ex. Paris, 18 juill. 1893, D. 93, 2, 471 ; cf. G. Lagarde, R.T., 51, 66). On aurait pu également penser à invoquer un abus du droit de désavouer. Mais il y a dans le désaveu un tel caractère de magistrature patriarcale : on aurait pu nous objecter que l'exercice en est discrétionnaire, insusceptible d'abus.

Si le législateur devait intervenir (v. cep. les hésitations surprenantes de la loi allemande de 1997, F. Furkel, R.T., 98, 810), ce ne pouvait être que pour interdire l'action en désaveu. Ainsi fait, dans l'a. 311-20 C.C., par la première loi du 29 juillet 1994, du moins en principe. Car le mari recouvre l'action s'il soutient que l'enfant n'est pas issu de l'I.A.D., ce qui suppose, en faisant abstraction du donneur invisible, la démonstration d'une autre paternité (cf. Paris, 29 mars 1991, D. 91, 562, J.C.P., 92, 2, 21857). En outre, le texte énumère des cas où le consentement que les époux avaient dû donner conjointement à l'insémination se trouve *privé d'effet*, si l'événement s'est produit avant la réalisation de l'insémination. Ce qui signifie : 1° dans les rapports du mari avec l'enfant, que le droit à désaveu est rétabli ; 2° dans les rapports des époux avec le laboratoire, que celui-ci ne peut plus procéder à l'opération. Quels sont ces cas ? Le décès de l'un des époux (s'il s'agit du mari, ses héritiers recouvrent accès à l'a. 316-1) ; une demande introduite en divorce ou séparation de corps ; une séparation de fait constatée ; enfin la révocation du consentement (cette révocation, qui peut émaner de l'un ou de l'autre conjoint, doit être faite par écrit et notifiée au médecin en charge de l'I.A.D.). Ce sont des cas de caducité, non de nullité. Le droit commun des actes juridiques devrait suffire à faire admettre que le consentement pourra toujours être annulé, pour erreur, dol ou violence. L'homme, en revanche, ne manquerait pas d'audace s'il alléguait le défaut de cause pour revenir en arrière (il s'était cru infertile, et un heureux événement est venu par la suite lui révéler qu'il ne l'était pas).

En faisant entrer l'I.A.D. dans le système juridique, la loi de 1994 lui a imprimé des caractères nouveaux. Le consentement est devenu un acte solennel (a. 1157-2, C. Pr. C.), authentifié soit par un magistrat (un président de tribunal au choix, non pas le « J.A.F. de famille »), soit par un notaire (les notaires sont-ils là par analogie avec leur pouvoir traditionnel de recevoir la reconnaissance d'enfant naturel, a. 335 ? Ou par l'effet de leur ambition, plus récemment manifestée, d'accéder à une quasi-magistrature dans des actes de juridiction gracieuse ?). Par une concession remarquable à ceux qui réprovaient le sens général de la loi, le recours à l'insémination est précédé de deux sortes d'interpellations du couple, implicitement dissuasives : 1° des entretiens avec l'équipe médicale pluridisciplinaire (a. L. 152-10 C.S.P. ; cf. a. L. 162-4, en matière d'avortement) ; 2° un avertissement du magistrat ou du notaire sur les conséquences juridiques de la décision (a. 1157-3 C. Pr. C.).

Chapitre II

LA FILIATION LÉGITIME

La doctrine classique a procédé ici à une *analyse* rationnelle de la situation, analyse qu'il est utile de connaître, parce qu'elle est propre à faciliter la compréhension d'une matière ardue. Mais c'est en s'inspirant d'une vue plus synthétique et plus pratique à la fois que le C.C. semble avoir dessiné son *schéma* de la filiation légitime. Et bien que la loi du 3 janv. 1972 oblige à en repenser certains éléments, c'est ce schéma implicite qui nous servira de guide dans nos développements.

SECTION PRÉLIMINAIRE

► *Analyse rationnelle*

Si nous décomposons le raisonnement par lequel on peut arriver à démontrer que *X* (individu dont l'état est litigieux) est l'enfant légitime de *Primus* et de *Prima*, nous y apercevons l'enchaînement de cinq démonstrations successives. Il faut prouver :

- 1° Qu'un mariage a été célébré entre *Primus* et *Prima* ;
- 2° Que *Prima* est accouchée d'un enfant ;
- 3° Que *X* s'identifie avec l'enfant dont *Prima* est accouchée ;
- 4° Que *X* a été conçu des œuvres de *Primus* ;
- 5° Que la conception (du moins, en logique pure ; car selon le droit positif [a. 314, al. 1] il faudra dire : l'accouchement) a eu lieu pendant le mariage.

Il convient de reprendre ces cinq démonstrations en précisant, pour chacune d'elles, quels sont les moyens de preuve admissibles. L'ordre suivi est essentiel ; notamment, il est important que la preuve de la maternité précède celle de la paternité, puisque c'est seulement à partir de la mère que le père peut être déterminé.

1° *Preuve du mariage*. — En principe, elle se fera par l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil (a. 194). Sauf à observer que c'est justement pour le cas

où la preuve du mariage est destinée à servir de support à la preuve de la filiation légitime, que l'a. 197 prévoit une atténuation du principe et l'utilisation de la possession d'état.

2° *Preuve de l'accouchement* (premier aspect de la preuve de la maternité). — C'est un fait matériel qui, en théorie, devrait pouvoir être établi après coup par témoignages et présomptions. Mais la loi, considérant l'importance des intérêts engagés, a organisé pour lui un système de preuve écrite préconstituée, de preuve par titre, le titre étant l'acte de naissance. En conséquence, l'accouchement sera prouvé : — normalement, par l'acte de naissance ; — subsidiairement, par la possession d'état, présomption d'une espèce privilégiée ; — exceptionnellement, par témoignages appréciés en justice.

3° *Preuve de l'identité* (second aspect de la preuve de la maternité). — Le système de la preuve préconstituée par l'acte de naissance est ici sans application. L'identité sera prouvée : — normalement, par la possession d'état ; — exceptionnellement, par témoignages et présomptions de l'homme.

4° *Preuve de la conception par le mari de la mère* (preuve de la paternité). — A vue de paysan, le fait ne peut être établi directement. La preuve de la paternité résultera indirectement d'une présomption légale : tous les enfants nés d'une femme mariée sont présumés avoir le mari pour père. Le mari pourra écarter cette présomption par une action judiciaire, le désaveu de paternité.

5° *Preuve de la date de la conception*. — Le fait, ici non plus, ne peut être directement prouvé, et c'est une seconde présomption légale qui établira si la conception a pu avoir lieu (non pas nécessairement a eu lieu) pendant le mariage : la présomption relative aux durées des grossesses.

► Schéma du C.C.

Quoique construite sur les textes, l'analyse qui vient d'être présentée est assez étrangère à leur esprit.

S'il y a, dans la loi, des allusions à un tel découpage de l'objet de la preuve (ex. a. 197, 325, 341), nulle part il n'a été posé en règle. Si quelque méthode a été envisagée pour la constatation de la filiation, c'est à une méthode de démonstration globale que l'on a pensé, bien plutôt qu'à une succession de démonstrations partielles : du titre, de la possession d'état, du débat judiciaire, la preuve de la filiation paraît bien sortir d'un seul jet (a. 319, 320, 323).

Ce n'est pas que de la structure du C.C. toute division soit absente. Sous le déroulement des articles, on voit se dessiner — non sans interférences assurément — une certaine séquence : la présomption de paternité dans sa définition non contentieuse, puis dans son contentieux ; les preuves de la filiation légitime dans leurs notions non contentieuses, puis dans leurs contentieux. La symétrie ne fait que rendre plus nette la coupure : d'un côté la *présomption de paternité*, de l'autre les *preuves de la filiation légitime*. C'est la *summa divisio* qu'annonçaient déjà expressément les rubriques. Mais comment l'expliquer ? Il ne faut pas, bien entendu, y chercher une projection de la distinction entre filiations paternelle et maternelle : dans la filiation légitime, une telle dissociation, érigée en principe, serait un contre-sens. Si la loi sépare avec tant de résolution — malgré l'apparent paradoxe — la présomption de paternité et les preuves de la

filiation légitime, c'est qu'il lui semble que les deux institutions, ici effet essentiel du mariage, à l'élément contingent de l'état des personnes, sont habitées par des génies différents.

Régler la présomption de paternité, c'est donner un prolongement à ce qui a été dit dans les titres précédents *du mariage et du divorce*, c'est achever d'organiser ou de liquider les rapports entre époux ; statuer sur les preuves de la filiation légitime, c'est essayer de construire la filiation comme un droit individuel. Cet ordre n'est point sans logique.

B.G. — P. Graulich, *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, 1952 ; F. Bouvier, A la recherche de la paternité (synthèse), *R.T.*, 90, 394 ; F. Chardin et X. Henry, *Filiation légitime*, *Juriscl.*, 1996 (9).

1 / La présomption de paternité

Dans l'a. 312, al. 1^{er}, le C.C. a traduit la maxime du droit romain : *Pater is est, quem nuptiae demonstrant*. C'est une règle essentielle au mariage, et celui-ci pourrait être défini comme l'union qui attribue de plein droit à l'homme les enfants de la femme — ou comme la volonté exprimée par l'homme d'accepter d'avance pour siens tous les enfants que la femme mettra au monde. Le mariage n'a certes pas le monopole de la procréation, mais il a en exclusivité cette disponibilité toujours présente, à donner un père à l'enfant — automatiquement.

De ce que l'enfant a pour mère telle femme mariée, fait connu, la loi tire, quant au fait inconnu de la paternité, la conséquence que le mari est le père et il en résulte une dispense de preuve au profit de tous les intéressés. C'est la définition même des présomptions légales selon les a. 1349 et 1352. Il convient de déterminer l'*étendue* de cette présomption et sa *force*, car elle n'est point irréfutable.

1 | ÉTENDUE DE LA PRÉSOMPTION DE PATERNITÉ

Il s'agit de préciser quelles sont les catégories d'enfants que couvre la présomption. Si celle-ci a un domaine propre, il existe, à l'entour, des situations marginales, où elle est tantôt étendue (bien qu'avec une moindre force), tantôt refoulée (mais non sans possibilité de retour).

- *Le principe (domaine propre de la présomption de paternité) : l'enfant conçu pendant le mariage (a. 312, al. 1)*

Il faut combiner la présomption de paternité avec la présomption légale de durée de la grossesse (a. 311). Comme cette seconde présomption n'est pas elle-même irréfragable (cf. *supra*, p. 188), la présomption de paternité peut avoir, à l'occasion, des frontières flottantes. Le principe n'en est pas moins clair : est présumé avoir pour père le mari tout enfant né au plus tôt 180 jours après la célébration, au plus tard 300 jours après la dissolution de l'union.

La dissolution (a. 315) est, au premier chef, la dissolution par *décès* : la veuve ne peut continuer de donner des enfants au mort. Du décès, l'a. 315 rapproche l'absence déclarée. Le jugement déclaratif d'absence, en effet, dissout le mariage (a. 128 ; cf. t. I), mais le délai de 300 jours courra rétroactivement du jour, à déterminer, de la disparition. Au reste, dès auparavant, dans la période de présomption d'absence, si les enfants dont la femme vient à accoucher et qu'elle fait inscrire à l'état civil avec l'indication du nom du mari, sont théoriquement couverts par l'a. 312, al. 1, cette couverture est d'une particulière fragilité, puisque, sur la base d'un jugement constatant la disparition et le manque de nouvelles (a. 112), l'action en désaveu pourra facilement être exercée par un représentant du présumé absent avec une autorisation du juge des tutelles (a. 113, 389-6 et 464, al. 3, combinés).

La dissolution visée fit aussi la dissolution par *divorce*. La séparation de corps, au contraire, ne dissout pas le mariage : elle n'en a pas moins pour conséquence de mettre fin à la présomption de paternité, mais il se peut que celle-ci reprenne vigueur (cf. *infra*). Quant à la séparation de fait, laissant intacts les liens de droit, elle ne paralyse pas la présomption : elle est seulement une cause possible de désaveu selon l'a. 312, al. 2, ou l'occasion du comportement prévu à l'a. 313-1.

- *L'extension : l'enfant conçu avant mais né après la célébration du mariage (a. 314, al. 1)*

L'enfant qui est né dans les 179 premiers jours du mariage a manifestement été conçu, selon les critères de l'a. 311, à un moment où la mère n'était pas encore mariée avec celui qui est maintenant son mari. Théoriquement, il devrait être considéré comme naturel, puisque c'est le moment de la conception, non de la naissance, qui

est décisif pour fixer la qualité d'une filiation. Cependant, de tout temps, cet enfant a été assimilé à un enfant légitime par une sorte d'anticipation de la légitimité. C'est que, presque toujours, cet enfant a bien pour père celui qui est devenu le mari, mais qui, lors de la conception, n'était encore que le futur ; la paternité n'est pas douteuse, mais seulement la paternité en mariage, la légitimité. L'enfant est ce que les coutumes germaniques appelaient un enfant de fiancés (*Brautkind*) : si l'on songe que les fiançailles escomptent le mariage, qu'il y a déjà un consentement à mariage dans les promesses antérieures à la célébration, on comprend que, sentimentalement, l'enfant des fiançailles soit assimilé à l'enfant du mariage. Le droit positif fait tenir la situation en deux propositions :

a) *L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est rattaché au mariage, sauf dénégation du mari.*

1° *L'enfant est rattaché au mariage.* — D'une façon moins discutable que pour les enfants conçus en mariage, le fondement de ce rattachement peut être trouvé dans la volonté tacite du mari au moment de l'union : s'il a épousé la femme enceinte, on peut penser que c'est en connaissance de cause, et qu'il a tacitement accepté l'enfant comme sien, en donnant le consentement prévu par l'a. 146. La proposition n'est pas exprimée directement dans la loi, mais elle résulte virtuellement de l'a. 314, al. 2, qui suppose que l'enfant dont il s'agit pourra être désavoué de la même manière que l'enfant conçu en mariage.

2° *L'enfant pourra, cependant, être aussi désavoué par simple dénégation du mari, ce qui suppose une fragilité exceptionnelle de la présomption de paternité.*

b) *L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage a la qualité d'enfant légitime.*

On s'était demandé s'il n'avait pas plutôt celle d'enfant naturel légitimé : manifestement conçu hors mariage, donc comme enfant naturel, il aurait été légitimé par le mariage subséquent de ses deux parents, conformément à l'a. 331, en une sorte de légitimation tacite ou légale. Cette thèse, courante au siècle dernier, avait été repoussée par la Cour de cassation dans une série d'arrêts des années trente, proclamant la légitimité originelle de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage. Ce n'était donc pas la conception, c'était la naissance en mariage qui faisait la légitimité. La solution a été consacrée par la l. 3 janv. 1972 (a. 314, al. 1). Il en résulte que l'enfant a eu la qualité d'enfant légitime dès sa conception, et non pas seulement du jour du mariage de ses parents ; sa légitimité, à la différence d'une légitimation, est rétroactive.

► Les exclusions

Il est deux cas où, bien que la conception se situe pendant le mariage, la présomption de paternité est écartée d'emblée, sans qu'il soit besoin de désaveu, mais peut être rétablie sur la constatation de certains faits. On oscille ainsi avec la loi entre deux séries de circonstances, les unes défavorables, les autres favorables à la paternité du mari.

1^{er} cas : l'enfant conçu pendant une période où les époux étaient dispensés du devoir de cohabitation (a. 313). Le devoir de cohabitation peut avoir cessé, soit par une séparation de corps prononcée, soit même par l'effet d'une mesure provisoire qui a autorisé les époux, pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce, à résider séparément (il n'y a pas à tenir compte, en revanche, d'une *séparation de résidence* même approuvée par un jugement en application de l'a. 215, al. 2). Malgré le maintien du devoir de fidélité, la suppression du devoir de cohabitation, et de surcroît les hostilités judiciaires engagées entre les époux, rendent peu vraisemblable que cet enfant soit issu des œuvres du mari.

Toutefois, la présomption recouvre sa force :

— A la demande soit de l'un des époux, soit de l'enfant lui-même devenu majeur (dans les deux années qui suivent sa majorité), sur la preuve qu'il y a eu entre eux *réunion de fait*, reprise de relations intimes (a. 313-2, al. 2, 1. 8 janv. 1993) ;

— De plein droit, si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime (a. 313, al. 2), ce qui donne à penser soit que le mari est convaincu de sa paternité malgré les apparences, soit qu'il a décidé de fermer les yeux et d'accueillir à son foyer l'enfant adultérin.

2^e cas : l'enfant dont la naissance a été déclarée sans l'indication du nom du mari (a. 313-1). Dans l'acte de naissance la mère est seule indiquée, soit sous son nom de jeune fille, soit même sous son nom de femme mariée, mais sans que le mari soit distinctement mentionné comme père ; ou bien est désigné pour père un autre homme. Il est probable que, si la déclaration a été ainsi faite, c'est sur le désir de la mère, qui apparaît ainsi comme pourvue paradoxalement d'un pouvoir indépendant pour manier la présomption de paternité. Avec des motifs variables : soit qu'elle ait voulu en catastrophe cacher la naissance au mari, soit que, vivant séparée de fait depuis plus ou moins longtemps, elle ait jugé plus honnête de ne pas la lui faire endosser. Avant 1972, cette dissimulation, jointe à d'autres circonstances (ancien a. 313, al. 1), autorisait l'action en désaveu, au titre du *revel* de la naissance. Mais, par ignorance, pauvreté ou asthénie, l'action était rarement

intentée, si bien que nombre de ces enfants et leurs mères se trouvaient empêtrés dans des situations fausses, reliés par la présomption de paternité à des pères factices. Il était rationnel d'écartier la présomption de paternité dans des circonstances aussi suspectes. Elle est, depuis 1972, écartée de plein droit, ce qui a réduit sensiblement le domaine de l'a. 312, du désaveu classique. Toutefois, il peut se révéler que la conduite de la mère était plus mystérieuse que d'abord on n'avait cru, et l'a. 313-1 est corrigé tout de suite par un a. 313-2, qui ouvre une *action en rétablissement de la présomption de paternité*. L'action est ouverte à la femme comme au mari, mais elle a, pour celui-ci, un intérêt plus direct, c'est déjà une revendication de paternité (cf. *infra*, p. 242). Elle est ouverte également à l'enfant, qui dispose même d'un délai particulier pour l'exercer (les deux années qui suivent sa majorité). Le rétablissement aura lieu :

— A la demande d'un époux, sur la preuve d'une réunion de fait entre les époux (a. 313-2, al. 2), qui rend vraisemblable la paternité du mari, la réunion de fait pouvant être prouvée par tous les moyens (biologiques y compris).

— De plein droit, si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime (arg. *a contrario* : ... quand il n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère, a. 313-1).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n^{os} 537 s. ; Massip, n^{os} 23 s. ; Colombet, n^{os} 89 s. Cf. Colombet, *Essai sur l'évolution de la présomption de paternité légitime*, Th. Paris, 1961 ; G. Champenois, *J.C.P.*, 1975, 1, 2686 ; M.-C. Boutard-Labarde, *R.T.*, 83, 457 ; F. Bouvier, *R.T.*, 90, 394.

HISTOIRE

La maxime célèbre de l'a. 312 est du juriste Paul (sous Alexandre Sévère, 222-235 apr. J.-C.), Dig. 2, 4, 5 : *pater... is est quem nuptiae demonstrant*, à propos d'une étroite question de procédure. Le Digeste avait un peu plus haut (1, 6, 6) mieux à offrir, un fragment d'Ulpien qui était plus direct : *Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur* (cf. *infra*, p. 239, Histoire). Pourquoi canonistes et civilistes ont-ils préféré se servir de Paul plutôt que d'Ulpien ? V. l'explication, subtile et savante, d'A. Lefebvre-Teillard, *R.H.D.*, 91, 331. Cf. Tisset, *Contribution à l'histoire de la présomption de paternité*, Th. Montpellier, 1921 ; M.-T. Allemand-Gay, Le droit de la filiation légitime sous la Révolution, in *Histoire du droit social (Mélanges Jean Imbert)*, 1989.

SOCIOLOGIE

Les contestataires de la famille se sont, par prédilection, attaqués à la paternité : ex. A. Mitscherlich, *Vers la société sans pères* (dans une vision psychanalytique), trad. de l'allemand, 1969. Cf. G. Mauco, *La paternité*, 1971. V. une réaction, qui devait venir, en faveur des pères, E. Sullerot, *Quels pères ? quels fils ?*, 1992.

THÉORIE JURIDIQUE

On a donné pour fondement à la *présomption de paternité* une *volonté tacite du mari*, qui, dans le consentement à mariage, aurait accepté d'avance comme siens tous les enfants que la femme viendrait à mettre au monde. Ce fondement volontariste a été défendu par A. Colin dans un article célèbre (*R.T.*, 1902, 282 s. ; cf. Colin - La Morandière, I, n° 1264), critiqué par Gounot (*Le principe de l'autonomie de la volonté*, Th. Dijon, 1912, p. 255), Bonnacase (*Supplément*, I, n°s 369 s.), Planiol-Rouast (n° 770), comme une exagération de la philosophie individualiste du XIX^e s. et de la théorie du mariage-contrat. Il est certain que c'est un hommage assez vain à la liberté que d'imaginer une volonté tacite sous ce qui est un effet impératif de la loi, car personne n'admettrait le pacte exprès contraire, par lequel le mari déclarerait d'avance ne pas reconnaître comme siens les enfants que pourrait avoir la femme. La supposition d'une volonté tacite peut paraître rendre compte de l'institution du désaveu, mais d'un désaveu qui opérerait par simple dénégation plutôt que du désaveu par preuve contraire qui reste la règle de notre droit et c'est au moment de la naissance de chaque enfant, plutôt qu'au moment du mariage, qu'il serait logique de placer l'acceptation dont le désaveu est l'antithèse. Cependant, si discordante aux idées modernes que puisse sembler la thèse volontariste, elle a, paradoxalement, reçu appui de certaines jurisprudences du XX^e s. : arrêts proclamant légitime et non pas seulement légitimé (v. *infra*) l'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage (hypothèse où c'est la volonté du mari qui paraît bien créer la présomption de paternité), et surtout arrêts permettant au mari de revendiquer comme siens tous les enfants nés de la femme durant le mariage, lors même que celle-ci n'aurait pas essayé de les lui rattacher (ce qui a fait davantage apparaître la présomption de paternité comme un droit du *pater familias*, fondé sur sa volonté plutôt que sur l'intérêt de l'enfant, cf. *infra*, p. 237).

En dehors de la thèse volontariste et de l'opposition qu'elle a suscitée, l'explication la plus classique, reproduite de l'Ancien Droit (Daguesseau, 23^e plaidoyer), relie la présomption de paternité, comme un corollaire de la présomption d'innocence (la femme doit être présumée innocente du délit d'adultère), au devoir de fidélité de la femme. On peut trouver préférable de se référer au devoir de cohabitation (cf. Planiol-Rouast, n° 770) : ce qui est le plus déterminant pour fonder la présomption, ce n'est pas que la femme n'ait pu avoir de relations sexuelles qu'avec son mari, c'est qu'elle ait dû en avoir avec lui. Dans un esprit quelque peu différent, on aurait pu invoquer, plutôt que le devoir de cohabitation sexuelle, le fait de la cohabitation vulgaire, de la communauté de vie et d'habitation : la loi fait confiance au mari qui est sur les lieux et valide (d'où, dans le cas contraire du mari invalide, le désaveu de l'ancien a. 312, al. 1) pour assurer l'ordre et la police de sa maison... Le texte romain d'où les nôtres sont issus (Dig. I, 6,

6 ; cf. C. Just. 5, 4, 9) insiste sur cette idée que l'enfant est né *in domo* (« tout ce qui naît dans la basse-cour est du coq »).

La l. 3 janv. 1972 a apporté dans la question un éclairage nouveau. En permettant à la mère de paralyser la présomption (a. 313-1) ou de la contester après coup (a. 318), elle suggère l'idée d'une convention, unilatéralement réversible. En tout cas, elle tend à estomper, sinon à éliminer, ce qui peut subsister de patriarcal dans l'institution. L'admission du désaveu par toutes preuves contraires (a. 312, al. 2) donne, d'ailleurs, à penser que l'adéquation de la paternité juridique à la vérité biologique est désormais l'objectif dominant (mieux vaut que cette vérité éclate tout de suite qu'après des années de suspicion), et ce pour le plus grand intérêt de l'enfant. Par où l'on rejoint le fondement *empirique* de la présomption de paternité comme de toutes les autres présomptions légales : savoir, le *plerumque fit*, le cours ordinaire des choses. L'immense majorité des enfants issus des femmes mariées ont les maris pour pères (d'autant que les couples adultères ne désirent point tellement avoir des enfants, et que, de surcroît, les facilités nouvelles de la contraception et de l'avortement leur permettent de n'en point avoir). Quant au tout petit nombre d'adultérins qui pourra se glisser dans la légitimité entre la présomption et le désaveu, le meilleur est de n'en rien dire (repos des familles).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'enfant né dans les 179 premiers jours du mariage est-il légitime ou légitimé ?* — Depuis 1972, l'a. 314, al. 1, règle la question sans équivoque en faveur de la légitimité d'origine. Mais c'était auparavant une belle question, qu'il peut être instructif de rappeler, comme exercice d'argumentation juridique, et aussi parce que l'exemple fait toucher du doigt les difficultés et les limites d'un droit purement jurisprudentiel.

Au XIX^e s., la discussion s'était déroulée sur le terrain exégétique. L'argument tiré de la rubrique du chap. I^{er} du titre VII du C.C. (de la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage) était à deux tranchants (*ou = ou au contraire ? ou = c'est-à-dire ?*). La thèse de la légitimation s'appuyait sur l'a. 312, qui, texte de base, fait de la conception le moment décisif de la présomption de paternité. La thèse de la légitimité faisait valoir que l'a. 314 parlait de désaveu, ce qui ne s'entendait bien que d'un enfant légitime, non d'un légitimé, pour lequel il eût été plutôt question d'une action en contestation de légitimation. Au XX^e s., on a plutôt agité des considérations humaines et sociales. La Cour de cassation a invoqué la dignité du mariage et l'unité de la famille, qui seraient compromises si, entre enfants nés au même foyer et jouissant de la même possession d'état, des distinctions étaient établies selon la date de la conception. Mais d'autres soutenaient, tout à l'opposé, que ses solutions risquaient d'ébranler la famille légitime, en brouillant la vérité et la sincérité qui en sont le plus sûr fondement (cf. Rouast, *R.T.*, 1927, 137 ; *R.T.*, 1940-1941, 223). Il y a eu plusieurs grands arrêts.

1^o Arrêt *Degas*, Civ. 8 janv. 1930, S. 30, 1, 257 : l'enfant conçu avant le mariage d'un homme alors engagé dans les liens d'un mariage précédent est déclaré légitime, alors que le caractère adultérin de sa filiation eût empêché (en 1879) de le légitimer. La Chambre civile prend ici le contre-pied de sa solution du XIX^e s. (Civ. 28 juin 1869, S. 69, 1, 446).

2^o Arrêts *Héranval*, Civ. 4 janv. 1935, S. 36, 1, 17, D. 35, 1, 5 et Ch. réun. 8 mars 1939, S. 41, 1, 25, n. Batiffol, D.C. 41, 37, n. (très favorable) Julliot de La

Morandière. La législation des accidents du travail attribue une rente à l'enfant mineur de la victime, si celle-ci vient à mourir des suites de l'événement, à la condition qu'il s'agisse d'un enfant légitime déjà conçu, ou d'un enfant naturel déjà reconnu, avant l'accident. Il est naturel que l'ouvrier, gravement blessé, épouse sa maîtresse enceinte, pour essayer par cette régularisation de lui faire acquérir, ainsi qu'à l'enfant, le maximum de droits. En l'espèce, le mariage avait été célébré le lendemain de l'accident, et l'enfant était né 244 jours après le mariage. On pouvait le réputer conçu après le mariage (donc d'emblée légitime), mais alors il n'était plus réputé conçu avant l'accident. On pouvait le réputer conçu avant l'accident, mais alors il n'était plus au moment de l'accident qu'un enfant naturel non encore reconnu (la légitimation ne rétroagissant pas). Pour lui conférer le droit à la rente, il fallait admettre tout à la fois qu'il avait été conçu avant l'accident, donc avant le mariage et que, dès sa conception, il avait eu la qualité de légitime. Ce que la Cour de cassation a admis.

3° Arrêt *Dewalle*, Civ. 2 juill. 1936, D. 36, 1, 118. Hypothèse analogue d'accident du travail — mais, le père étant mort avant la naissance de l'enfant, celui-ci n'était même pas né en mariage. Conçu avant la célébration, né après la dissolution, il n'en a pas moins été appelé à bénéficier de la légitimité, et d'une légitimité rétroactive à la date de la conception. Ce qui a conduit les auteurs à parler des trois *sources de la légitimité* : la conception en mariage (thèse classique), la naissance en mariage (*Degas et Héranval*), la gestation en mariage (*Dewalle*).

b) *L'a. 313-1*. — A partir du texte, plusieurs situations sont imaginables (cf. Nerison et J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 81, 378). Mais la plus fréquente, et qui a motivé l'intervention législative en 1972, est celle où la mère est seule déclarée dans l'acte et seule à élever l'enfant. De Civ.¹ 3 juin 1980, D. 81, 119, n. Massip, il résulte que l'a. 313-1 ne cesse pas d'être applicable lors même que l'acte mentionnerait le mari, s'il ne le mentionne pas *en qualité de père*. On s'est étonné de la solution. Elle se déduit, pourtant, de deux règles de droit : 1° la femme mariée a l'usage du nom de son mari (a. 264), et ce n'est que la désigner pleinement que de la désigner comme épouse de X ; 2° il entre dans la définition de l'acte de naissance de l'enfant légitime que le mari y soit indiqué *comme père* (a. 57).

c) *L'a. 313-2, al. 2*. — La *réunion de fait* peut être prouvée par tous les moyens, Civ.³ 3 oct. 1978, *J.C.P.*, 79, 2, 19134 ; Civ.¹ 20 nov. 1990, *Rép. not.*, 91, 292 ; Civ.¹ 29 juin 1994, *G.P.*, 95, 2, Somm. 422. C'est moins qu'une *réconciliation* (Civ.¹ 31 janv. 1978, D. 78, *I.R.*, 182), mais plus que le simple fait d'*habiter le même logement* (Civ.¹ 18 mars 1981, D. 82, *I.R.*, 254 ; Civ.¹ 16 juill. 1992, D. 93, Somm. 45). Si, dans l'intervalle, un tiers avait reconnu l'enfant, le rétablissement de la présomption de paternité fera nécessairement tomber cette reconnaissance, Civ.¹ 25 juin 1991, *G.P.*, 92, 1, 139. Cas de l'enfant majeur, Civ.¹ 3 juin 1998, D. 98, Somm. 354.

2 | FORCE DE LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ

Dans la conception traditionnelle, qui était celle du C. Nap., la présomption de paternité apparaissait comme l'affaire exclusive du

mari. Dans une conception nouvelle, qui est celle de la l. 3 janv. 1972, il doit, au contraire, en partager le maniement avec la *mère*. Le ressort de cette transformation a été *l'intérêt de l'enfant* : la loi suppose que son intérêt est d'avoir une filiation de droit conforme à la vérité biologique (plus justement peut-être, de n'être pas enfermé dans une relation mensongère, génératrice de conflit) ; or, l'intervention de la mère semble donner à la vérité une chance supplémentaire de s'affirmer.

I. — La présomption de paternité entre les mains du mari

La présomption de paternité est, pour le mari, à la fois une *obligation*, suite d'un engagement qu'il a implicitement contracté par le mariage, et un *droit* qu'il exerce sur l'enfant et qu'il peut faire respecter par les tiers.

► La présomption de paternité comme obligation du mari

Le mari est tenu de traiter l'enfant comme *son* enfant, et son enfant légitime ; ses héritiers, après lui, en sont semblablement tenus. Sans doute la présomption n'est-elle pas, à leur égard, irréfragable : le mari peut s'en dégager par un *désaveu*, les héritiers par une *contestation de paternité légitime*. Mais, désaveu ou contestation, la voie est exceptionnelle, et elle est placée sous le contrôle des juges. Étudier l'action en désaveu ou en contestation dans ses *causes*, sa *procédure*, ses *effets*, c'est indirectement mesurer la force de la présomption de paternité.

a) Causes du désaveu ou de la contestation

On distingue deux sortes de désaveu selon le degré d'effort probatoire exigé du demandeur pour renverser la présomption : le *désaveu sur simple constatation de date* et le *désaveu par preuve contraire*.

a) *Désaveu sur simple constatation de date* (a. 314, al. 3). — L'enfant en question est un enfant conçu avant, mais né après la célébration du mariage. En sociologie, c'est *l'enfant de fiancés* (cf. *supra*, p. 225, *infra*, p. 377), vraisemblablement l'enfant du couple, et la norme est que le mariage rétroagisse sur lui. Mais il peut y avoir eu malencontre. Même dans cette hypothèse, il faudra, pour en sortir, une *action en justice*. Toutefois, l'office du tribunal se réduit ici, en principe, à une vérifica-

tion de dates, ce qui fait quelquefois parler de désaveu *par simple dénégation*, comme si le mari était alors seul juge et maître de la condition juridique de l'enfant. Et il est bien vrai qu'il n'a pas à faire la preuve de sa non-paternité. Un débat, rouvrant la porte à l'appréciation judiciaire, pourra néanmoins se nouer sur l'une ou l'autre des deux fins de non-recevoir que le texte permet d'opposer au désaveu :

- le mari avait connu la grossesse de la femme avant le mariage (il avait accepté les risques) ;
- il s'est, après la naissance, comporté comme le père, ce qui s'entend d'un aveu exprès aussi bien que tacite (ex. d'aveu tacite : il a envoyé des faire-part, payé les dragées du baptême).

Cependant, ces fins de non-recevoir n'ont pas elles-mêmes un effet absolu. Le mari peut encore les neutraliser en démontrant que, malgré tout, il ne peut pas être le père (a. 314, al. 2) : il se reporte subsidiairement, en quelque façon, sur le désaveu par preuve contraire, celui de l'a. 312. Il n'était pas de trop de lui laisser cette faculté, car l'aveu allégué a pu lui être surpris dans l'émotion de la naissance, et surtout la femme a pu l'amener au mariage en le trompant sur l'origine de la grossesse (reste qu'en pareil cas l'action à fins de subsides, a. 342-3, continuera de planer sur lui).

b) *Désaveu ou contestation par preuve contraire* (a. 312, al. 2, 325, 326). — Le terme de *désaveu* est habituellement réservé à l'hypothèse la plus typique (a. 312, al. 2) : le mari rejette loin de lui la présomption de paternité, alors qu'elle collait déjà à sa personne parce qu'elle résultait d'une maternité évidente. L'expression de *contestation de paternité* se réfère à des hypothèses plus exceptionnelles : l'enfant a dû rechercher en justice sa filiation maternelle, ou il aurait besoin de la rechercher (a. 325, 326) — ou bien encore la présomption de paternité ne repose que sur l'acte de naissance, le titre nu que ne corrobore aucune possession d'état (jurisprudence arguant *a contrario* de l'a. 322). On rencontre aussi l'expression *contestation de légitimité* (a. 316-1, 316-2), comme synonyme traditionnel (sinon rigoureux) de *contestation de paternité légitime*, pour désigner le désaveu manié par les héritiers du mari. Désaveu ou contestation, en tout cas, l'action tend à faire tomber la présomption de paternité en rapportant la preuve contraire, ou plutôt, selon la formule exacte de l'a. 312, en justifiant de faits propres à démontrer que le mari ne peut pas être le père. Mais la jurisprudence va droit au but : la non-paternité.

1° *La voie légale*. — Le mari doit produire des faits significatifs. Avant 1972, la loi en énumérait plusieurs, limitativement. Ils conser-

vent leur valeur sous l'empire du droit actuel, mais il n'y a plus de limitation.

— *Les faits significatifs*. Le mari peut invoquer une impossibilité corporelle (par suite d'impuissance accidentelle ou même naturelle, vieillesse extrême, prostration imputable à la maladie) ou une impossibilité matérielle, par suite d'éloignement (peu importe la distance, pourvu qu'elle n'ait pas été franchie), d'incarcération, de séparation de fait solidement établie.

De l'impossibilité matérielle, on est passé, comme en d'autres domaines (cf. a. 1348), à l'impossibilité morale, psychologique, telle l'inimitié insurmontable régnant entre les époux.

En face de ces faits classiquement retenus comme significatifs, on doit en camper deux, auxquels non moins classiquement valeur probante est déniée (le Digeste, grand connaisseur du cœur féminin les écartait déjà).

— *L'aveu*, ou plutôt la déclaration faite par la femme que l'enfant n'est pas de son mari. Elle peut l'avoir lancée dans un mouvement de colère pour outrager l'autre gratuitement, ou bien (réaction plus moderne), adultérin ou pas, elle veut garder l'enfant pour elle seule. Différent et jugé probant, au contraire, parce que matérialisé dans des manœuvres plus ou moins répétées, l'aveu implicite consistant à dissimuler au mari la naissance ou même auparavant la grossesse (cf. l'ancien a. 313).

— *L'adultère* de la femme, établi distinctement. Le fait est ambigu, car elle a bien pu, dans la période critique, avoir des relations sexuelles avec son mari aussi bien qu'avec son amant. On n'évitera pas, pour autant, de parler de l'adultère : il est contenu dans le désaveu.

Jusque-là, on le remarquera, tout s'est déroulé entre mari et femme. Avec le recours aux techniques génétiques, l'enfant, dérisoirement partie au procès, va être traité en pièce à conviction. Il en était déjà ainsi dans cette biologie rustique où l'on se contentait d'observer, *de prima facie* la couleur de la peau (encore ne peut-on exclure des phénomènes d'atavisme). En 1972, l'analyse des sangs avait déjà été intronisée dans sa fonction négative qui suffisait au désaveu, et l'on commençait à escompter sa fonction positive. Bientôt est arrivée la technique des empreintes. Tous ces faits scientifiques ont refoulé, sans l'éliminer, l'empirisme antérieur. Mais à quelle fin ?

— *L'objet de la démonstration* : qu'il ne peut être le père. A peine d'absurdité, pourrait-on dire, s'il ne peut pas être, il n'est pas. Mais ce ne serait exact que si toutes les causes d'impossibilité étaient tranchantes : il en est (ex. l'impuissance accidentelle), mais d'autres sont suscep-

tibles de nuance et d'appréciation (ex. la vieillesse). D'où une interprétation légitime : il peut, il pourrait bien n'être pas le père. Ce qui laisse une part (et c'est probablement conforme à l'esprit de l'institution) à l'intime conviction, puis à la décision ultime du mari.

2° *Le raccourci jurisprudentiel*. — L'a. 312, al. 2, dans sa rédaction de 1972, aurait pu suggérer l'idée que le désaveu devait s'accomplir en deux étapes, les faits significatifs jouant le rôle que remplissent en d'autres points des droits de la filiation (a. 323, 340, al. 2, 341, al. 3) les présomptions et indices graves (dits parfois *adminicules*) : par une première vraisemblance, elles ouvrent accès à la démonstration de fond, filtrant du même coup l'emploi (lourd, vexatoire), des techniques biologiques. Mais la Cour de cassation a rejeté nettement cette division intellectuelle. Elle fait un tout du désaveu : la preuve y tend d'emblée à la non-paternité et elle peut être faite par tous les moyens (de préférence, en fait, par analyse des sangs, et s'il le faut, empreintes génétiques).

3° *Fin de non-recevoir*. — Bien que l'expression n'y soit pas, on peut regarder comme telle l'interdiction du désaveu résultant de l'a. 311-20 dans le cas de consentement donné à l'I.A.D. (cf. p. 214).

b) Procédure du désaveu ou de la contestation

1° *Désaveu*. — C'est essentiellement un procès, et théoriquement, entre le mari et l'enfant. Un acte extra-judiciaire, un acte d'huissier, par lequel le mari notifierait (à la mère) son intention de désavouer, pourrait bien servir à prolonger le délai imparti pour agir en justice, mais ne tiendrait pas lieu de l'action (a. 316-2).

Dans ce procès, qui est soumis au droit commun des procès (devant le tribunal de grande instance et non devant le J.A.F.), des particularités concernent la personne des parties et le délai de l'action.

— Le *demandeur* est, en principe, le mari, et lui seul (ou, en son nom, le tuteur, s'il est majeur protégé en tutelle). Après sa mort, ses héritiers peuvent intenter l'action, à la double condition qu'il soit mort étant encore dans le délai utile et que l'enfant ait émis des prétentions sur la succession ouverte (a. 316-1).

— Le *défendeur* est l'enfant. Normalement mineur, il sera représenté par un administrateur *ad hoc*, qu'aura nommé le juge des tutelles (cf. a. 389-3), non pas un conseil de famille (sa famille est encore incertaine). Mais la mère doit être appelée dans l'instance (a. 317) : son honneur est en jeu, et elle est le mieux en situation de défendre la légitimité de son enfant. On la voit quelquefois, néanmoins, se joindre au

mari, pour contester elle aussi la paternité contre l'administrateur *ad hoc* : il y a alors *désaveu d'accord*, comme il existe des divorces d'accord.

— Le *délai* pour agir est de six mois, à compter de la naissance. Le point de départ est retardé, cependant, quand il y a eu surprise du mari ou des héritiers (a. 316, 316-1). La brièveté du délai (délai préfix, non pas prescription extinctive, en contraste avec la prescription trentenaire applicable généralement aux actions d'état, a. 311-7) marque le caractère exceptionnel du désaveu et la force originelle de la présomption de paternité légitime.

2° *Contestation de paternité légitime*. — En analysant l'al. 1 de l'a. 325, il apparaît que l'action est, au fond, un désaveu par preuve contraire, puisque l'on y voit le mari dénier sa paternité par tous les moyens, comme dans l'a. 312, al. 2. Ce qu'il y a ici de particulier, c'est que l'enfant auquel le mari a affaire n'était pas, ou n'est pas, en possession de sa maternité, mais doit, ou a dû, ou devra la rechercher en justice. Trois hypothèses distinctes sont envisagées dans les a. 325, al. 1 et 2, et 326.

— L'a. 325, al. 1, suppose que le mari intervient comme défendeur, aux côtés de la prétendue mère, dans le procès en réclamation d'état (= de maternité) intenté par l'enfant. Il est rationnel que celui-ci, se prévalant d'une filiation légitime, agisse indivisiblement contre les deux parents prétendus. Mais le mari peut dissocier les deux filiations, en greffant sur la preuve de la maternité de sa femme, la preuve de sa non-paternité. Sa contestation revêt la forme procédurale d'une exception (moyen de défense) ; aussi n'est-elle soumise à aucun délai propre.

— L'a. 325, al. 2, suppose que l'enfant a fait établir en justice sa filiation maternelle sans mettre en cause le mari (probablement à l'insu de celui-ci). Le mari pourra alors agir à titre principal contre l'enfant, en contestant sa paternité par tous les moyens. Il a six mois pour le faire, à compter du jour où il a eu connaissance du jugement statuant sur la maternité.

— L'a. 326 (*désaveu préventif*) suppose que l'enfant est actuellement sans filiation maternelle ou n'a du moins à l'égard de la mère qu'une filiation d'enfant naturel (ex. la situation de l'a. 313-1) : il n'a pas, cependant, engagé d'action en réclamation d'état d'enfant légitime. Ces circonstances troubles n'en font pas moins craindre au mari que l'enfant dont il s'agit n'agisse un jour en réclamation d'état (a. 323). Pour éviter le dépérissement des preuves et sortir immédiatement de l'incertitude, il prendra les devants et contestera sa paternité

par tous les moyens. Son action doit être exercée dans les six mois du jour où il a appris l'existence du suspect.

— Selon la Cour de cassation, l'a. 322, interprété *a contrario*, donne à conclure que, si l'acte de naissance n'est pas corroboré par une possession d'état, la paternité assignée par l'acte peut être contestée. Cette contestation est ouverte au mari de la mère, mais aussi à la mère, à l'enfant lui-même, aux héritiers du père prétendu. Elle n'est sujette à d'autre délai que la prescription trentenaire. Mais, quand au fond, il faudra démontrer la non-paternité du mari. La preuve, comme dans le désaveu, pourra être faite par tous les moyens.

c) Des effets du désaveu ou de la contestation

De ces différentes espèces de désaveu ou de contestation sortiront, légalement constatées à l'égard de la mère, des filiations adultérines (cf. a. 334-8, al. 2). Il en est autrement, toutefois, dans le cas de l'a. 314, où, la mère étant généralement libre au moment de la conception, l'enfant désavoué sera le plus souvent enfant naturel simple.

Le jugement est déclaratif, donc rétroactif : la légitimité disparaît *ab ovo*, dès l'œuf, entraînant dans sa disparition l'obligation qu'aurait eue le père de pourvoir aux besoins de l'enfant : les tribunaux lui ouvrent une action en remboursement.

► La présomption de paternité comme droit du mari

Dire que la présomption de paternité, étant un droit pour le mari, s'impose au respect des tiers, implique deux conséquences : qu'il n'est pas au pouvoir des tiers de la faire tomber, et que, s'ils l'ont méconnue en fait, le mari a une action pour en obtenir le rétablissement.

a) Les tiers ne peuvent faire tomber la présomption

Supportant la preuve contraire de la part du mari, la présomption est irréfragable en principe, à l'égard de tout autre que lui. Ce qui veut dire, notamment, que ne peuvent la combattre, de son vivant, ses propres héritiers (ainsi, ses enfants légitimes), non plus que l'enfant lui-même (qui voudrait en vain se délivrer d'une filiation mensongère). Pas davantage ne peuvent la combattre, hors l'exception de l'a. 318 (*infra*, II), la mère de l'enfant et son complice (véritable père, par hypothèse). Ces différents intéressés n'ont pas reçu de la loi une action en contestation de paternité doublant l'action en

désaveu. Ils n'ont pas davantage le droit de critiquer comme abusive l'attitude du mari qui s'abstient d'exercer l'action en désaveu, car il y a là, pour lui, une faculté discrétionnaire, dont il est libre de ne pas user.

b) Le mari peut faire rétablir la présomption méconnue en fait

La présomption de paternité peut se trouver paralysée parce que la filiation maternelle, qui aurait dû en être la condition, n'a pas été elle-même constatée, l'enfant ayant été inscrit sous de faux noms, ou sans aucune indication de la mère. L'action en réclamation d'état (en recherche de maternité légitime) est alors ouverte à l'enfant par l'a. 323. Mais l'a. 328 admet que, réciproquement, ses prétendus père et mère légitimes, agissant séparément ou conjointement, ont le même droit. Ainsi, le prétendu père, c'est-à-dire le mari de la prétendue mère, peut demander qu'un enfant, actuellement non rattaché à sa femme, soit déclaré né de celle-ci durant le mariage, partant conçu de lui-même (*revendication de paternité* ; cf. *infra*, p. 242).

II. — La présomption de paternité entre les mains de la mère

En fait, dès la naissance de l'enfant, la mère pouvait se jouer de la présomption en utilisant l'a. 313-1 (cf. *supra*, p. 226). Mais, ici, son pouvoir est organisé, et elle n'est plus seule.

Il arrive que le mari, quoique convaincu de sa non-paternité et en situation d'en faire la preuve, s'abstienne d'intenter l'action en désaveu, à seule fin (vexatoire) d'empêcher la mère et son complice de légitimer l'enfant après divorce et remariage. Pour porter remède à ce qui était un abus de la présomption légale, la loi de 1972 a accordé à la mère une action en contestation de paternité. Mais, dérogeant dans l'intérêt de l'enfant au principe que le mari est seul maître d'accepter ou de rejeter celui-ci, cette action de la mère est enserrée dans des conditions strictes (a. 318 à 318-2).

a) Condition de but

L'enfant ne peut sortir d'un foyer qu'à condition d'entrer dans un autre : la contestation de paternité est liée à la légitimation. Il faut donc que la légitimation soit *possible*, et elle devra être *effective*.

1° *Légitimation possible*. — Il faut que le mariage dont l'enfant procédait apparemment ait été déjà dissous, soit par divorce (cas le plus usuel), soit par décès du mari. Il faut que la mère se soit ensuite remariée avec l'homme qui, par hypothèse, est le véritable père. La porte est alors ouverte à une légitimation, qui ne peut plus être celle de l'a. 331 (légitimation par mariage subséquent), mais qui sera celle de l'a. 331-1 (légitimation *post nuptias*).

2° *Légitimation effective*. — Contestation et légitimation sont soudees procéduralement : déjà dans la demande (a. 318-1, al. 1), puis dans le jugement (a. 318-2).

b) Condition de temps

La mère ne peut introduire l'action en contestation avant son remariage ; mais elle doit le faire dans les six mois qui suivent (la rapidité est un gage de sincérité). Il faut, en outre, que l'enfant ait moins de sept ans (la loi voudrait lui épargner le trouble psychologique inhérent à un changement d'état entraînant changement de nom).

c) Conditions de fond

L'action a un objet complexe ; elle réunit deux débats de fond, distincts du moins en théorie (en pratique, ils peuvent retentir l'un sur l'autre) :

1° La mère doit démontrer que le mari ne peut être le père de l'enfant. Cette démonstration négative, qui peut se faire par tous les moyens, est semblable à celle de l'a. 312, al. 2 ;

2° Le second mari doit démontrer que lui-même est le père de l'enfant (arg. a. 318 : ... le véritable père, c'est une condition de l'action). S'il l'est, il n'aura pas de peine à le prouver par les empreintes génétiques. Mais la pratique révèle que, parfois, ce second mari n'est pas un père plus biologique que le premier. Il faut alors se rabattre sur les vraisemblances, arbitrer entre des possessions d'état. Malgré le renvoi que l'a. 318-1 semble faire à l'ensemble de l'a. 331-1, il n'est pas besoin que l'enfant ait eu la possession d'état d'enfant commun depuis le nouveau mariage (cf. *infra*, p. 326).

C'est parce qu'il y a lieu à un double débat, où la mère et son second mari ont tour à tour le rôle principal, que la demande (indivisiblement en contestation de paternité et en légitimation) doit émaner conjointement des deux époux.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n^{os} 624 s. — Cf. Pascale Salvage-Gerest, Le domaine de la présomption « Pater is est » dans la l. 3 janv. 1972, *R.T.*, 1976, 233 s. ; Josette Groslière, *Le désaveu et le contentieux de la présomption de légitimité*, D. 1976, chr. 195, et *R.T.*, 90, 229 (infidélité de la femme mariée) ; Boutard-Labarde, *R.T.*, 83, 457 (contestation de paternité légitime).

HISTOIRE

Cf. Lanfranchi, *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, 1952-1964. — Certains textes romains ont été importants dans l'élaboration de la théorie du désaveu : Dig. 1, 6, 6 (cf. et opp. a. 312), avec sa définition (*filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur*) qui est à l'origine de la rubrique « enfants légitimes ou nés dans le mariage » et, par là, semble justifier d'avance la jurisprudence Héranval (*supra*, p. 229) ; Dig. 48, 5, 12, 9 (à rapprocher de l'a. 313, al. 1), sans préjudice du titre entier *De agnoscendis et alendis liberis*, Dig. 25, 3. Pas plus que le Droit romain, la jurisprudence canonique qui s'en inspira n'éprouva le besoin de limiter strictement les cas de désaveu. On le lui reprocha quand fut venu le goût de la légalité (cf. A. Lefebvre-Teillard, n^{os} 232, 290). Mais la loi de 1972 lui a donné rétrospectivement raison.

SOCIOLOGIE

En 1990, 141 actions en désaveu furent accueillies, 82 rejetées. En fait, l'a. 313-1 a fait disparaître beaucoup d'occasions de désaveu (il a y bien recel de la naissance, mais l'enfant n'étant pas déclaré sous le nom du mari, le désaveu frapperait dans le vide). L'étude par enquête semble encore à faire (dans quelle mesure le désaveu n'est-il pas suivi du divorce ? classes sociales ? fréquence des « désaveux d'accord » ?). L'institution s'articule sur la loi du sang, il y a en elle un aspect de purification ethnique auquel ne s'arrêtent guère les tenants de la vérité biologique. L'attitude des maris oscille entre la colère et le pardon (pour ne rien dire de l'ignorance). Le pardon doit être fréquent. Sur la psychologie de la femme, les juristes du Droit romain et de l'Ancien Droit avaient fait une observation dont s'est servi notre droit positif : que son affirmation la plus véhémente de l'origine adultérine de l'enfant est souvent la moins probante, étant dictée par la colère et la haine à l'égard du mari, et que l'aveu tacite résultant de la dissimulation est bien plus significatif (cf. trib. civ. Avesnes, 21 déc. 1950, D. 51, 88 : l'aveu de la femme est inopérant ; Paris, 15 oct. 1954, D. 55, 140 : injure, cause de divorce, retenue contre une femme, qui avait tenté de jeter dans l'esprit du mari un doute sur sa paternité). A l'inverse, beaucoup de désaveux rentrés sont à l'origine de haines pseudo-paternelles.

En 1990, 47 contestations de légitimité à la requête de la mère furent accueillies, 27 rejetées.

L'a. 314 recouvre le phénomène des *conceptions pré-nuptiales*, tel que les démographes l'étudient (avec un critère moins indulgent : naissance dans les huit premiers mois du mariage) : ex. Calot et Deville, Nuptialité et fécondité selon le milieu socio-culturel, *Économie et statistiques*, oct. 1971, 14-15 ; F. Prioux, *Pop.*, 76, 593 s. Cf. *supra*, p. 225, *infra*, p. 377.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Deux reproches majeurs avaient été adressés au système français de désaveu : l'étroitesse des causes, le monopole du mari. La loi de 1972 a satisfait entièrement au premier (a. 312, al. 2) ; partiellement au second (a. 318 ; mais, à aller plus loin, on courrait le risque d'une contestation lancée par la femme *ab irato*). On propose quelquefois de porter le délai pour agir de six mois à un an, surtout par comparaison avec les dix ans de l'a. 339. Mais un délai préfix pour dire oui ou non à l'enfant (surtout depuis que la jurisprudence privilégie un recours foudroyant aux techniques biologiques) se compare mal à ce qui est, plutôt qu'un délai pour agir, une épreuve de la possession d'état.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Fondement du désaveu*. — Il a été étudié par la doctrine en liaison avec le fondement de la présomption de paternité (cf. *supra*, p. 228). Pour A. Colin (*R.T.*, 1902, 287 s.), le désaveu est le retrait de la reconnaissance anticipée des enfants légitimes qui a été donnée dans le consentement à mariage (étant exceptionnelle, cette rétractation doit être enfermée dans des règles strictes). Empiriquement, il est aisé de justifier le désaveu par l'intérêt du mari et des enfants réellement légitimes, comme de justifier ses limitations par des valeurs sociales telles que la sécurité des familles et la paix des ménages (cf. Planiol-Rouast, n° 782). Mais, avant 1972, c'était du monopole du mari que l'institution tirait sa physionomie la plus originale. Pour expliquer ce magistère exclusif, il ne fallait pas dire que le mari était le mieux informé du fond des choses. Il ne suffisait même pas de dire que l'immixtion d'autrui dans un domaine aussi intime eût été moralement fâcheuse. Le vrai est qu'il subsistait un droit du *pater familias* sur tous les enfants mis au monde par la femme. Le rôle du mari dans le fonctionnement du désaveu continuait d'attester énergiquement la qualité de chef de la famille qui lui avait été retirée en général. Ne nous imaginons pas, d'ailleurs, que toutes ces idées auront disparu comme un rêve grâce à la loi de 1972, car, si le mari n'a plus un rôle exclusif dans le désaveu, il y garde le rôle principal.

b) *Nature de l'institution organisée par l'a. 318*. — Est-ce avant tout une contestation de paternité, qui ouvre la voie à une légitimation ? N'est-ce pas plutôt une légitimation, qui fait tomber par voie de conséquence la première présomption de paternité ? Suivant l'une ou l'autre analyse, on est conduit à attribuer le rôle moteur, dans l'opération, soit à la mère seule, soit indivisiblement à la mère et à son nouveau mari. La description de l'a. 318 donne appui à la première interprétation ; celle de l'a. 318-1, à la seconde. Rationnellement, il faut convenir que c'est la femme qui est au cœur de l'affaire. Enjeu possible de la discussion : si la présence du nouvel époux n'est pas aussi essentielle que le laisserait supposer l'a. 318-1, la contestation pourra être exercée après

son décès, la femme agissant de concert avec les héritiers (en ce sens, Paris, 11 juill. 1978, D. 79, 422, n. Massip, réformant trib. Paris, 14 mai 1974, D. 77, 152, n. critique J. Fauchère).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Des causes déterminées de désaveu reconnues par le C.C. avant 1972*. — Dans le régime de liberté des preuves qui a été institué, elles ne commandent plus l'application du désaveu. Leur casuistique peut, cependant, se retrouver çà et là sous *les faits* que le mari invoque à l'appui de sa démonstration.

L'*adultère* de la femme occupait une place à part. Bien qu'il fût visé en tant que cause dans l'ancien a. 313, il n'avait pas à être prouvé distinctement (Civ. 8 juill. 1812, S. chron. ; Civ.² 15 mars 1955, D. 55, 427). Mais sa présence hantait les débats : comme l'avait observé Henri Desbois (*J.C.P.*, 41, 2, 1683), il y avait toujours eu là, pour les tribunaux, un élément irremplaçable de conviction. Dans le *recel* (la dissimulation) de la naissance, la volonté de dissimuler avait été jugée essentielle (Civ.¹ 30 oct. 1961, D. 61, 702 ; cf. Desbois, *R.T.*, 65, 624). Non pas que le recel fût retenu par la loi comme une fraude qu'il se fût agi de sanctionner. C'était un aveu, qu'il s'agissait d'interpréter (Civ.¹ 27 janv. 1953, S. 54, 1, 6). Aussi la jurisprudence avait pu en donner une notion large et, notamment, assimiler au recel de la naissance celui de la grossesse (Req. 7 janv. 1850, D. 50, 1, 5 ; Req. 19 nov. 1929, S. 30, 1, 99). Le recel, en outre, pouvait être suffisamment constitué par un silence persistant gardé sur l'accouchement (Dijon, 10 oct. 1929, D.H. 29, 594). Mais le silence gardé un certain temps sur la grossesse n'était pas aussi révélateur (Req. 18 déc. 1894, D. 95, 1, 223), même dans le cas de séparation de fait, où l'on aurait pu concevoir pourtant une sorte de devoir d'information entre époux (Douai, 16 févr. 1948, D. 48, 380). La tâche du juge était toujours d'interpréter la psychologie de la femme. Le recel de la naissance continue, en tout cas, d'avoir un effet pratique : il retarde le point de départ du délai pour agir, Dijon, 29 nov. 1990, D. 91, Somm. 173 ; Versailles, 29 avr. 1997, D. 98, Somm. 25.

b) *Liberté des preuves de la non-paternité*. — La Cour de cassation a posé très clairement le principe que la preuve de la non-paternité peut se faire par tous les moyens, et elle l'applique immédiatement pour valider le recours à l'analyse des sangs, Civ.¹ 18 mai 1989, *G.P.*, 90, 1, 91, n. Massip, D. 89, 89, Somm. 362, n. Huet-Weiller — ou aux empreintes génétiques, Civ.¹ 10 mai 1995, D. 96, Somm. 149 ; *Rép. not.*, 96, 326. Les juges disposent d'une grande liberté d'appréciation dans le maniement des techniques biologiques. Ils peuvent les ordonner d'office, Civ.¹ 10 mai 1995, D. 96, somm. 149, *Rép. not.*, 96, 326. Ils peuvent aussi en graduer l'emploi : ils ne sont pas tenus de recourir aux empreintes génétiques, s'ils s'estiment suffisamment éclairés par une expertise sanguine déjà pratiquée, Civ.¹ 12 janv. 1994, D. 94, 449, n. Massip. Il apparaît bien, en effet, qu'en mettant les empreintes à part des autres techniques (a. 16-10 s.), la loi en a fait l'*ultima ratio*, non point parce que la plus fiable, mais parce que la plus attentatoire à l'intimité de la vie privée. Hiérarchie remarquable ; mais pourquoi ne pas la prolonger dans l'autre sens, et pourquoi monter à l'analyse des sangs lorsque l'on est déjà assuré de la non-paternité par l'analyse des faits ? Dans l'affaire qui a abouti à l'arrêt précité du 18 mai 1989, les juges d'appel avaient rejeté la demande

d'expertise formée par le mari, au motif que n'existait ni la moindre présomption ni le moindre commencement de preuve de l'impossibilité de paternité qu'il alléguait. Mais la Cour de cassation a cassé, condamnant ainsi l'idée que l'accès aux techniques biologiques serait défendu par un préalable d'administratives. On cherche, néanmoins, par quel moyen paralyser une demande d'expertise, humiliante pour la femme, lancée *ab irato* par le mari. L'abus du droit peut-être : non pas de désavouer, mais de porter la preuve à un maximum inutile. La jurisprudence qui s'est ainsi affirmée depuis 1989, outre qu'elle n'épouse pas exactement la lettre de l'a. 312, met mal à l'aise par la brutalité avec laquelle elle met immédiatement l'enfant en cause. Ce n'est plus le fameux droit de l'enfant à connaître ses origines : c'est le droit du mari à connaître et faire apparaître l'origine impure de l'enfant.

c) *Le désaveu préventif*. — Cf. Landreau, *Le désaveu de paternité spécial de l'a. 325*, Th. Aix, 1963. Ce fut un arrêt de 1921 (Civ. 20 juill. 1921, D. 21, 1, 233, n. Savatier) qui consacra le désaveu préventif comme variété spéciale de désaveu, procédant de l'a. 325, fondée sur la libre preuve de la non-paternité, et affranchie des délais stricts de l'a. 316. A quoi une partie de la doctrine avait opposé le principe de procédure subordonnant l'action en justice à un intérêt né et actuel ; joint que l'action du mari paraissait bien tendre à faire déclarer une filiation adultérine, ce qu'interdisait alors l'a. 342. Mais l'a. 342 a été abrogé, et les actions préventives ont été de plus en plus couramment admises par les procéduriers (cf. Hébraud, *R.T.*, 55, 542, Cornu-Foyer, *Procédure civile*, 1996, n° 82, p. 359). Pour une application de l'a. 326, v. Civ.¹ 17 janv. 1990, D. 90, 337, n. Guiho, *J.C.P.*, 90, 2, 21524, n. D. Huet-Weiller, *Rép. not.*, 90, 688, n. Massip.

d) *Les revendications de paternité*. — Cf. G. Champenois, *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*, Th. Paris, 1971. On en discutait déjà au XIX^e s., mais comme d'un problème d'interprétation des a. 322-330 : la réclamation d'état est-elle réversible ? et de même que l'enfant peut rechercher sa mère, la mère et (à ses côtés ou sans elle) le mari peuvent-ils rechercher l'enfant ? L'affirmative avait été admise (ex. Req. 22 août 1861, S. 61, 1, 929). Au XX^e s., avec la multiplication des légitimités douteuses et des confits de paternités, le problème se raviva et l'on fut plus attentif à ses aspects humains.

La jurisprudence avait maintenu la solution du siècle dernier, mais en mettant l'accent sur les droits du père présumé et sur son pouvoir de briser la reconnaissance d'enfant naturel faite par un tiers (Req. 6 mai 1941, arrêt *Albano da Re*, D.C. 41, 108, *J.C.P.*, 41, 1829 ; Civ. 27 mars 1950, D. 51, 435, *J.C.P.*, 50, 2, 5561 ; Civ.¹ 15 nov. 1960, arrêt *Erlanger*, D. 60, 738, *J.C.P.*, 61, 2, 11923 ; Civ.¹ 14 mars 1961, 2^e arrêt *Mouchotte*, *J.C.P.*, 61, 2, 12125, *R.T.*, 61, 659, n. Desbois). Ce n'était plus la réclamation d'état inversée, c'était réellement une revendication de paternité, où la présomption de paternité l'emportait *automatiquement*. Il n'est même pas nécessaire que les père et mère s'attaquent d'abord à la reconnaissance émanant du tiers, Civ.¹ 25 juin 1991, *G.P.*, 92, 1, 139. *Contre* ces revendications de paternité, on faisait valoir : le caractère personnel des actions en réclamation d'état (mais ce caractère, que l'on déduisait des a. 322-330, vise seulement à exclure de l'exercice de l'action les créanciers de l'enfant et à restreindre le droit de ses héritiers) ; l'exagération du rôle du mari dans le fonctionnement de la présomption de paternité (cf. Hébraud, S. 45, 2, 52). *Pour* : il était irrationnel que le père légitime n'eût aucun moyen d'établir sa paternité dans les hypothèses où un père naturel avait à sa disposition la reconnaissance (Planiol, Rouast,

n° 765) ; tout ce qui tend à accroître, même de façon simplement quantitative, les légitimités, contribue à renforcer l'ordre social (Lagarde, S. 47, 2, 81).

Quelques arrêts ont soumis la revendication à un contrôle judiciaire, en ce sens du moins qu'elle devrait être repoussée si elle apparaissait de *prima facie* comme hautement invraisemblable : soit qu'il y ait eu impossibilité absolue de cohabitation entre les époux à l'époque de la conception (Civ. 18 oct. 1949, *J.C.P.*, 49, 2, 5141 ; Civ.¹ 14 janv. 1959, arrêt *Decagny*, D. 59, 157), soit que le mari, ou même la femme, aient manifesté par leur attitude qu'ils ne croyaient point à la légitimité de l'enfant (1^{er} arrêt *Mouchotte*, Civ.¹ 28 mai 1957, D. 58, 89, n. Tallon, *J.C.P.*, 58, 2, 10603, n. J. Savatier ; Lyon, 3 juin 1958, D. 59, 580, n. Nerson). Mais il n'est pas sûr que, dans ses arrêts précités de 1960-1961, la Cour de cassation n'ait pas entendu abandonner cette réserve du contrôle des juges (cf. Mousseron, *J.C.P.*, 1961, 1, 1637).

e) *L'action en contestation de paternité ouverte à la mère*. — Par deux arrêts (Civ.¹ 16 févr. 1977, D. 77, 328, importante n. D. Huet-Weiller ; *R.T.*, 77, 317, n. Raynaud), la Cour de cassation a insufflé à cette action la plus grande énergie, sans doute parce qu'elle la regarde comme porteuse de vérité biologique. Du second arrêt, décidant que la possession d'état d'enfant commun à l'égard du nouveau couple n'est pas une condition nécessaire à l'application de l'a. 318, il sera question plus utilement à propos de la légitimation (*infra*). *Le premier arrêt concerne une autre possession d'état, la possession d'état d'enfant légitime que l'enfant peut avoir acquise à l'égard du mari initial* : il n'en résulte, déclare l'arrêt, aucune fin de non-recevoir à l'action en contestation exercée par la mère. La Cour de cassation a surtout été sensible au silence du texte, qui aurait pu, en effet, faire de l'absence de possession d'état une condition de l'action et qui ne l'a pas fait : la recherche directe du père véritable a, dans l'économie de la loi, absorbé toute autre considération. A l'appui de l'arrêt, on peut encore invoquer l'analogie du désaveu : le mari, dans l'a. 312, al. 2, n'est pas empêché de désavouer l'enfant par la possession d'état qui le relie à celui-ci (l'analogie étant, toutefois, affaiblie par cette donnée de fait que le bref délai de l'a. 316 n'a pas dû laisser à la possession d'état le loisir de tisser bien loin sa trame). Au vrai, ce que l'on pourrait objecter de plus troublant à la première Chambre civile, ce serait l'a. 322, al. 2, pour peu qu'on le lise, ainsi qu'elle le fait elle-même dans ses arrêts du 27 févr. 1985 (*v. infra*), *comme applicable à une paternité dissociée de la maternité. La conjonction du titre et de la possession d'état a bien l'air alors d'élever un obstacle littéral devant la contestation de paternité. A une condition, néanmoins* : qu'il y ait une possession bien caractérisée. Assez souvent la discussion pourrait se reporter sur ce point. Les faits de *tractatus* constatés dans les rapports du premier mari avec l'enfant seront entachés d'équivoque s'ils ont été accomplis en exécution du droit (-devoir) de garde ou de visite établi par le juge du divorce : c'est toute la différence de la détention à la possession (cf. t. III, n° 123). Ou bien (et la remarque vaudrait également dans le cas du désaveu) il ne s'agira que des premiers temps qui ont suivi l'accouchement : période ambivalente où il faut avoir soin de ne pas interpréter comme aveux tacites de paternité des attitudes de simple humanité. L'a. 314, *in fine*, donne bien à entendre qu'en s'acquittant de ses obligations de maître de maison envers le nouveau-né venu d'ailleurs, le mari ne prend pas forcément la qualité de père. Le mari pourra d'ailleurs demander à être défrayé de son hospitalité provisoire : la contestation de paternité de la mère ayant un effet rétroactif, ce qu'il avait payé en qualité de père n'a plus de cause, il y a lieu à l'action *de in rem verso* (cf. t. IV,

n° 307) : Civ.¹ 1^{er} févr. 1984, D. 84, 388, n. Massip ; Civ.¹ 13 févr. 1985, D. 85, 462. L'a. 342-8, al. 2, est interprété comme donnant, pour les subsides, une solution opposée. Il n'y a pas rétroactivité. Mais c'est que, dans l'hypothèse visée par le texte, les subsides qui ont été versés ne l'ont pas été sans cause : la cause demeure, qui était le fait incontesté des relations sexuelles, avec le risque qui leur était inhérent. Ce règlement du sort de l'enfant ne prend pas toujours, cependant, l'aspect d'un règlement de comptes au contentieux : on peut voir l'action de l'a. 318 introduite par requête conjointe de la mère et des deux maris successifs : trib. Fontainebleau, 27 sept. 1978, *J.C.P.*, 79, 2, 17079 ; Bourges, 28 mai 1984, D. 86, 236.

Mais, père véritable, quelle vérité ? La fascination de la biologie a peut-être entraîné trop loin Civ.¹ 6 déc. 1983, D. 84, 337, n. approbative P. Raynaud, *R.T.*, 84, 697. L'arrêt n'admet pas que la *vérité vraie* puisse être constituée par la possession d'état qui a pu se tisser entre l'enfant et le second mari, plus exactement entre l'enfant et son nouveau foyer. En l'espèce, l'examen comparatif des sangs démontrait que pas plus le second mari que le premier ne pouvait être le père de l'enfant. Ne retombait-on pas dans un conflit négatif de filiation, à résoudre par la possession en ultime instance, conformément à l'a. 311-12, al. 2 ? En ce sens, Paris, 2 déc. 1977, D. 78, 141, n. approbative Massip ? En tout cas, la preuve de la non-paternité du premier mari, de la paternité du second peut être administrée par tous les moyens (Civ.¹ 5 févr. 1985, *G.P.*, 85, 2, 625), y compris l'examen des sangs (Civ.¹ 24 févr. 1987, D. 87, Somm. 313).

2 / Les preuves de la filiation légitime

En suivant la section du C.C. qui porte cet intitulé (a. 319 s.), on s'aperçoit qu'elle traite successivement de deux ordres de preuves : *de preuves non contentieuses* et *contentieuses*, de preuves utilisables en dehors de tout procès (a. 319-321), de preuves dont l'utilisation même suppose un procès (a. 322-328). Ce n'est pas que les preuves de la première catégorie ne puissent donner lieu à une instance judiciaire si leur existence ou leur portée est discutée, mais ce sera accidentel et viendra après coup, tandis qu'il est de l'essence de la seconde catégorie de preuves qu'elles soient administrées et vérifiées en justice.

1 | LES PREUVES NON CONTENTIEUSES DE LA FILIATION LÉGITIME

Elles sont au nombre de deux : le *titre* et la *possession d'état*, que l'on peut considérer isolément ou dans leurs différentes combinaisons.

I. — Le titre

Pour les enfants légitimes, le titre (l'écrit faisant preuve) est et ne peut être que l'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil (a. 319). Un acte, même notarié, par lequel, plus ou moins longtemps après la naissance, deux époux affirmeraient reconnaître un enfant pour leur, serait totalement dénué d'effet : il n'y a pas de reconnaissance d'enfant légitime (opp. a. 334-8, al. 1) ; ce serait un moyen de déguiser une adoption en dehors des conditions légales.

Par acte de naissance, au sens de l'a. 319, il faut essentiellement entendre *un acte de naissance contenant l'indication de la filiation, au moins l'indication de la mère*. Il n'en est pas nécessairement ainsi, même pour un enfant légitime, malgré l'a. 57, car l'obligation du déclarant ne porte que sur le fait matériel de l'accouchement, non sur l'identité de l'accouchée (arg. a. 56), de sorte que l'officier de l'état civil ne peut exiger l'indication de celle-ci.

a) Capacité probatoire du titre

A supposer qu'il fasse connaître au moins le nom de la mère, l'acte de naissance fera, à lui seul, preuve de la filiation. L'a. 319 envisage cet effet probatoire comme un effet global ; il ne distingue point entre les trois éléments dans lesquels la doctrine décompose ici la filiation. Il a semblé au législateur, sans doute, que la seule production de l'acte de naissance permettait de répondre pour l'essentiel aux trois questions posées.

1^o *Preuve de l'accouchement* ? C'est le domaine propre de l'acte de naissance. Le déclarant affirme, sous sa responsabilité pénale, que telle femme est accouchée d'un enfant. Si cette affirmation est contraire à la vérité, elle constitue, en même temps que le délit de simulation (a. 227-13 N.C.P.), celui de faux en écriture authentique (a. 441-4 N.C.P.). Mais, quoiqu'il y ait faux au sens pénal, la fausseté de l'affirmation du déclarant pourra être établie par tous les moyens, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'inscription de faux, car cette procédure n'est nécessaire que pour contester, dans l'acte authentique, les déclarations vérifiées par l'officier public lui-même *propriis sensibus* (par ses propres sens) ; or, il n'entre pas dans la mission de cet officier de vérifier la réalité de l'accouchement. Ainsi, l'acte de naissance fait pleine foi de l'accouchement, mais seulement jusqu'à preuve contraire.

2° *Preuve de l'identité* ? Il est bien évident que ce n'est pas parce qu'un individu exhibe un extrait d'acte de naissance qu'il prouve être le même que celui dont, il y a plus ou moins longtemps, la naissance a été constatée : n'importe qui peut se faire délivrer de ces extraits (d. 3 août 1962, a. 10), et un tel papier n'a aucune vertu pour identifier le porteur. Partant de là, la doctrine considère en général que, malgré l'a. 319, l'acte de naissance, qui fait preuve de l'accouchement, ne fait pas preuve de l'identité entre la personne dont l'état est présentement litigieux et l'enfant dont la prétendue mère a autrefois accouché. A défaut de possession d'état conforme, et le titre étant seul invoqué, ce qui est ici l'hypothèse, l'identité devrait être établie distinctement, mais elle pourrait l'être par tous les moyens : fragments d'une possession d'état incomplète, présomptions ou indices, et même témoignages, sans qu'il y eût à exiger, pour rendre ceux-ci admissibles, les adminicules de l'a. 323, al. 2. Mais c'est justement à cet endroit, parmi les présomptions de l'homme, que l'acte de naissance peut venir se situer comme preuve de l'identité. Il est acquis qu'une femme a mis au monde un enfant. On nie que le réclamant soit cet enfant. Alors, où est l'enfant ? S'il est mort, il faut produire son acte de décès ; s'il est disparu, il faut éclairer les circonstances de sa disparition. L'existence d'un acte de naissance inutilisé, qui est en quelque manière resté suspendu dans le vide, jointe à l'apparition d'un individu du même sexe, d'un âge à peu près correspondant, qui n'a pas d'acte de naissance, élève une présomption assez forte d'identité, et le fardeau de la preuve paraît incomber à ceux qui nient, bien plus qu'à celui qui affirme. Telle a dû être la pensée des rédacteurs de l'a. 319 : que, par le seul fait de son inutilisation antérieure, un acte de naissance (non neutralisé par un acte de décès) fait présumer l'identité du réclamant jusqu'à preuve contraire. On pourrait s'étonner qu'il faille tout ce raisonnement subtil pour dégager l'identité de ses ombres, alors qu'existent des techniques biologiques qui permettraient de l'établir péremptoirement. Mais, outre que, sur le terrain non contentieux où nous sommes, l'intéressé peut vouloir tenir la biologie à l'écart, c'est un fait que les tests sanguins ou génétiques n'opèrent que par comparaison. Or, les points de comparaison peuvent manquer. Devra-t-on en arriver à faire par anticipation des prélèvements sur tous les nouveau-nés ?

3° *Preuve de la paternité* ? L'acte de naissance d'un enfant légitime fait connaître normalement le père aussi bien que la mère. La mention de leur qualité d'époux, simple énonciation, ne saurait prouver le mariage, condition de la légitimité, cette preuve ne pouvant résulter,

en principe, que de l'acte de célébration (a. 194). Mais, si la désignation expresse du père est usuelle, elle n'est pas du tout indispensable pour que l'acte de naissance démontre la paternité. Il suffit que, dans l'acte, soit indiquée pour mère une femme mariée : serait-elle nommée exclusivement sous son nom de jeune fille et sans aucune allusion à son état conjugal, voire avec une allusion à un état conjugal tout différent, la présomption de paternité se met en marche et commence à désigner le mari. Seulement, tandis qu'avant 1972 cette désignation était définitive (sauf désaveu), depuis 1972 elle n'est que provisoire et risque de s'effacer si elle n'est pas plus ou moins vite corroborée par une possession d'état (a. 313-1).

b) *Force probante du titre nu*

Malgré l'étendue de ce qu'il est capable de prouver, l'acte de naissance isolé, détaché de la possession d'état, n'est qu'une preuve précaire : ni les tiers, ni l'enfant lui-même ne sont liés par la filiation qu'il attribue, et ils peuvent toujours en alléguer la fausseté (arg. *a contrario* a. 322).

Qui plus est, depuis la loi de 1972, la force probante du titre nu s'est trouvée indirectement diminuée par plusieurs solutions nouvelles, contreparties d'une force accrue conférée à la possession d'état :

1° Il résulte de l'a. 313-1 que l'acte de naissance d'où le nom du mari est absent n'emporte plus présomption de paternité, s'il n'est pas appuyé par la possession d'état d'enfant légitime (supposer que l'enfant n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère, c'est supposer qu'il n'a pas de possession d'état d'enfant légitime, celle-ci étant nécessairement bilatérale, a. 321).

2° Selon la Cour de cassation, si la filiation légitime n'est établie que par l'acte de naissance, même contenant mention du mari, mais sans l'appui d'une possession d'état, l'existence du titre n'empêche pas un tiers de reconnaître valablement l'enfant pour son enfant naturel, sauf règlement ultérieur du conflit de filiations (a. 311-12 ; cf. *supra*, p. 206) – ainsi décidé par argument *a contrario* de l'a. 334-9 – et elle n'empêche pas non plus le mari de la mère de contester la paternité qui lui est attribuée – ainsi décidé par argument *a contrario* de l'a. 322 cette fois. Mais, par l'absence de possession d'état, la contestation de paternité est seulement rendue recevable. Il restera au mari à faire la preuve de sa non-paternité. Il pourra la faire en justifiant de faits propres à démontrer qu'il ne peut pas être le père (cf. a. 312, al. 2) : à ce stade, c'est une sorte d'action en désaveu.

3° Il résulte de l'a. 342-1 qu'un titre nu d'enfant légitime ne fait pas obstacle à ce qu'une action à fins de subsides soit intentée au nom de l'enfant, comme s'il n'avait pas de filiation paternelle établie.

II. — La possession d'état

Pour déterminer s'il existe une possession d'état d'enfant légitime, il faut se référer à la description des a. 311-1 et 311-2. Ces textes sont communs aux deux sortes de filiation, mais ils peuvent et doivent être adaptés à chacune des deux. On les adaptera à la filiation légitime en leur appliquant l'élément discriminant prévu à l'a. 321 : la possession d'état d'enfant légitime est un rapport essentiellement double, un rattachement paterno-maternel.

Alors que, dans les autres domaines, mariage (cf. *infra*, p. 435, 689) ou filiation naturelle (cf. *infra*, p. 304), l'opinion dominante ne lui concédait que des effets restreints ou discutés, la possession d'état a toujours été, pour la filiation légitime, une preuve particulièrement énergique : envisagée isolément, comme c'est le cas ici, elle suppléait, elle supplée entièrement le titre. Tel est le sens de l'a. 320, qui n'a pas été modifié en 1972, et que nous devons analyser.

a) *A défaut de titre*

C'est-à-dire, non seulement dans l'hypothèse de l'a. 46, quand les registres n'ont pas été tenus ou ont été détruits, mais toutes les fois que, pour une raison quelconque, l'enfant est dans l'impossibilité de représenter un acte de naissance faisant preuve de sa filiation légitime (soit que la naissance n'ait pas été déclarée, soit qu'elle ait été déclarée sans qu'il sache où, soit qu'elle ait été déclarée sans indication de la mère). Dans tous ces cas, la possession d'état est admise à faire preuve.

b) *La possession d'état suffit*

Que prouve-t-elle au juste ? Toute la filiation, comme le titre. A la fois l'accouchement et l'identité (la possession d'état est la preuve par excellence de l'identité, puisque, tissu d'habitudes constitué jour après jour, elle relie, quand on la parcourt à reculons, l'individu à son passé, à son enfance, à son berceau). A la fois la filiation paternelle et la filiation maternelle. Il n'est pas besoin de faire appel pour expliquer ce

résultat à la présomption de paternité ; c'est l'effet direct d'un caractère propre à la possession d'état d'enfant légitime, l'indivisibilité (a. 321) : un individu ne peut logiquement apparaître comme l'enfant *légitime* d'une femme mariée, s'il n'apparaît en même temps comme l'enfant de son mari.

Avec quelle force la possession d'état prouve-t-elle la filiation légitime ? C'est une présomption qui n'est pas irréfragable, dès lors qu'elle est isolée du titre (arg. *a contrario* a. 322). *L'individu qui a une possession d'état sans avoir de titre* peut se contenter de sa possession d'état : elle vaut titre à son profit. Mais il n'y est pas tenu, et il peut rechercher en justice une autre filiation, qu'il prétend être véritablement la sienne. Réciproquement, la filiation indiquée par sa possession d'état s'impose au respect des tiers. Cependant, ceux-ci sont admis à faire la preuve contraire, en démontrant par ex. que les père et mère apparents n'ont jamais eu d'enfant ou que leur enfant est déjà décédé, ou, d'une manière plus positive, en rapportant un acte de naissance qui attribue à l'intéressé une autre filiation que celle que sa possession d'état semblait lui assigner.

III. — Les combinaisons du titre et de la possession d'état

Trois hypothèses, selon que le titre et la possession d'état concordent, se contredisent ou manquent tous deux.

a) *Titre et possession d'état conforme*

L'a. 322 formule un *principe* ; l'a. 322-1, introduit en 1972, y apporte une *exception*.

1° *L'a. 322.* — Une seule des deux preuves aurait suffi. En particulier, la possession d'état, à elle seule, eût prouvé l'accouchement et l'identité. La présence d'un titre concordant, qui atteste que, dès l'origine, tout s'est passé dans une atmosphère de régularité, a pour effet de rendre la filiation inattaquable : l'enfant est protégé contre toute contestation de l'état qu'il possède, et à l'inverse contre la tentation de s'en chercher un autre. C'est à l'abri de ce principe d'immobilité que la très grande majorité des familles vivent en paix.

2° *L'a. 322-1.* — Le principe est écarté sur la preuve de faits précis, des plus rares, mais graves, parce qu'ils vicient la possession d'état à la

racine, d'un vice qui, en lui-même, resterait impénétrable. Ces faits sont au nombre de deux :

— La *supposition d'enfant* (le N.C.P., a. 227-13, l'appelle *simulation*) : la prétendue mère n'est pas réellement accouchée, et elle se procure le nouveau-né d'une autre femme, qu'elle fera déclarer à l'état civil comme son propre fils.

— La *substitution d'enfant* : dans une maternité, une confusion se produit, par négligence ou malice, entre les nouveau-nés de deux mères, accouchées le même jour ou à peu près.

Les faits de supposition ou substitution, faits matériels, peuvent être prouvés par tous les moyens. Si la preuve est faite d'une supposition, la filiation qui avait été faussement attribuée à l'enfant est détruite, sans que, pour autant, sa véritable filiation soit toujours établie. Si la preuve est faite d'une substitution, elle implique logiquement le rétablissement des deux filiations véritables.

Les événements visés par l'a. 322-1 ne peuvent rationnellement concerner que des enfants en très bas âge, ce qui limite la portée de l'exception. La supposition ne se conçoit qu'avant la fausse déclaration d'état civil. La substitution peut avoir eu lieu après ou avant la déclaration, mais il doit s'agir d'un enfant trop jeune encore pour être conscient de son état et conserver la mémoire de son identité. C'est ainsi qu'était interprété l'a. 345, al. 1, de l'ancien C.P., qui punissait les crimes de supposition et de substitution d'enfant (cf. dans le nouveau C.P., l'a. 227-13) : l'a. 322-1 est inséparable de l'interprétation pénale.

b) *Titre et possession d'état en conflit*

Le titre contredit la possession quand il indique une filiation différente de celle que l'enfant possède (non quand il n'en indique aucune). L'hypothèse est anormale et rare.

1° *Préférence accordée au titre*. — C'est la solution de principe. Elle se rattache à une maxime générale du droit : *foi est due au titre*. Il s'y ajoute une considération pratique : si un ménage a ainsi élevé comme sien un enfant que l'état civil attribuait à d'autres, la probabilité est qu'il l'a fait par charité, amitié, ou pour déguiser une adoption, donc que ce n'est pas son enfant. La contradiction du titre rend la possession d'état moins significative (cf. a. 197, *in fine*), l'entache, en quelque manière, de précarité (au sens de ce mot dans la théorie de la possession ; cf. t. III, n° 120). La foi due à l'acte de naissance n'est, cependant, que provisoire : l'enfant pourra faire juger qu'il a un autre

état, et notamment que celui qu'il possède lui appartient réellement ; le mari, de son côté, d'autres éventuellement, peuvent contester la filiation que lui confère son titre (arg. *a contrario*, a. 322).

2° *Préférence accordée à la possession d'état*. — On la rencontre dans des solutions, déjà présentées, résultant de la loi de 1972. Il s'agit de véritables exceptions au principe dans le cas de l'a. 334-9 *a contrario* ou de l'a. 322-1 (*supra*, p. 208, 250). Dans le cas de l'a. 313-1, au contraire, l'exception n'est qu'apparente (*supra*, p. 226) : non seulement l'acte de naissance sans indication du nom du père n'est qu'un titre imparfait, mais, la présomption de paternité se trouvant écartée, il est réduit à n'être plus qu'un titre de maternité naturelle (a. 313-2, al. 1 ; cf. a. 337).

c) *Sans titre ni possession d'état*

C'est la situation de l'a. 313-1. Par sa possession d'état unilatérale, l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de la mère, filiation naturelle, nécessairement (adultérine, cela apparaîtra à la réflexion). Mais il pourra agir en réclamation d'état d'enfant légitime selon l'a. 323, et le mari pourra prendre les devants par l'action préventive de l'a. 326.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n° 571 s. ; J. Bigot, Indivisibilité ou divisibilité de la filiation après la réforme de 1972, *R.T.*, 1977, 243 s.

a) *Indivisibilité des preuves de la filiation légitime*. — C'est un principe, affirmé directement pour la possession d'état dans l'a. 321, et indirectement pour le titre dans la norme de rédaction de l'a. 57 (double mention du père et de la mère). Le principe a été non pas renversé, mais atténué par la loi de 1972 : l'acte de naissance d'un enfant de femme mariée peut être rédigé unilatéralement (a. 313-1) ; sa possession d'état doit être testée distinctement au regard de chaque époux (a. 313-1, 324-9 ; et aussi a. 322 *a contrario*, cf. *infra* b). On pourrait dire, il est vrai, que la possession d'état, que le titre se ramènent alors à une possession d'état, à un titre d'enfant naturel ; et en pratique, il est probablement de bonne méthode de raisonner comme s'il en était ainsi. Mais, dans une perspective de théorie, la situation de l'enfant de femme mariée mériterait une étude autonome. La preuve unilatérale dont il dispose n'est pas dépourvue de toute légitimité virtuelle. Elle est en attente (sous condition suspensive ?) d'une bilatéralisation par l'intervention éventuelle d'une autre preuve (ex. dans l'a. 313-1, le défaut de mention concernant le mari peut être neutralisé par une possession d'état d'enfant

légitime, et à partir de là il pourra y avoir lieu à rectification de l'acte de naissance ; cf. *infra*, p. 260).

b) *Portée de l'a. 322 a contrario*. — Il est certain qu'avant 1972 la réclamation et la contestation d'état n'étaient envisagées, dans ce texte, que sous les espèces d'une réclamation ou contestation *de maternité* : la paternité ne faisait éventuellement que suivre, amarrée par la présomption de l'a. 312. Mais les atténuations apportées par la loi de 1972 au principe de l'indivisibilité de la filiation légitime incitent à une relecture détachée de l'orthodoxie antérieure. Sous ce point de vue, l'a. 322, al. 2, *a contrario*, peut être entendu comme autorisant le mari à contester directement sa paternité, lorsque l'enfant lui est relié par un acte de naissance mentionnant les deux parents, mais non point par une possession d'état d'enfant légitime. Pour saisir quel peut être, en pratique, l'intérêt du mari trompé à se rabattre sur ce cheminement un peu tortueux, alors qu'il paraissait avoir devant lui la voie toute plane de l'action en désaveu, il faut supposer qu'il a laissé s'écouler les délais de cette action : il ignorait probablement la naissance, ce qui va bien avec l'hypothèse d'une non-possession d'état. En droit, cependant, comment fonder ce type, longtemps inconnu, de contestation de paternité légitime ? Les arguments rationnels ne manquent pas, *a pari* ou *a fortiori*. L'a. 325 permet au mari de contester sa paternité hors délai, parce qu'elle est rendue suspecte par les circonstances qui ont enveloppé la maternité : n'existe-t-il pas ici des circonstances analogues ? La femme a reçu de l'a. 313-1 le pouvoir d'agir sur la filiation paternelle par une réduction de l'acte de naissance : ne serait-il pas juste de reconnaître au mari le droit de demander pour son compte cette réduction ? Il résulte de l'a. 334-9 *a contrario* qu'un tiers est en droit d'ébranler une filiation paternelle, quand elle n'est pas appuyée par une possession d'état d'enfant légitime : pourquoi pas le mari lui-même ? En face, que peut-on objecter ? Que, lorsque la loi a enfermé une action, comme c'est le cas de l'action en désaveu, dans d'étroites conditions d'exercice, il n'est pas permis à l'intéressé d'échapper à la déchéance encourue par lui en se raccrochant à une autre action, plus générale (cf. ce qui a été parfois jugé à propos de la subsidiarité de l'action *de in rem verso*, IV, n° 121) : *specialia generalibus derogant*. L'objection, cependant, n'est pas décisive, si l'on arrive à assigner à chacune des deux actions une spécialité. Or, l'action en désaveu est d'une tout autre nature que l'action fondée sur l'a. 322 : ce n'est pas une véritable action d'état, c'est un effet du mariage. La fonction aussi est différente : dans le désaveu, le mari exerce une prérogative conjugale pour prévenir ou extirper les premiers enracinements de l'enfant adultérin ; sous l'a. 322, il agit comme un intéressé quelconque afin de discuter la véracité du titre, compte tenu éventuellement de tous les comportements qui ont pu s'accumuler depuis la naissance.

La Cour de Paris — entraînée peut-être par l'exemple d'*a contrario* que la Cour de cassation venait de donner en 1976 sur l'a. 334-9 (*supra*, p. 212) — s'était engagée sans faiblir dans l'interprétation nouvelle (24 janv. 1978, D. 79, 85, 15 et 19 déc. 1978, D. 80, 181, n. approbatives Massip, 17 déc. 1982, D. 83, 377). Mais la doctrine, dans sa majorité, était franchement hostile (ex. P. Raynaud, D. 83, 377 ; D. Huet-Weiller, D. 83, *I.R.*, 325 ; Nerson et Rubellin-Devichi, *R.T.*, 83, 720). Là-dessus la Cour de cassation s'est prononcée, et par deux arrêts fortement motivés, où elle prend soin d'aller au-devant de certaines critiques, elle a donné sa consécration au nouveau modèle de contestation de paternité (Civ.¹ 27 févr. 1985, D. 85, 265, n. approbative G. Cornu,

J.C.P., 85, 2, 20460, n. approbative E. Fortis-Monjal et Paire ; Grimaldi, *Rép. not.*, 86, 1, Doctr., 251 ; *R.T.*, 86, 579, n. J. Rubellin-Devichi ; cf. Civ.¹ 14 mai 1985, *Bull.*, n° 152 ; Civ.¹ 5 nov. 1991, D. 92, Somm. 315, n. F. Granet, Lambrechts. Le dérapage aurait consisté à faire de l'absence de possession d'état une preuve de non-paternité quant au fond, alors que c'est seulement une condition de recevabilité. Le piège fut très tôt évité, Civ.¹ 19 janv. 1988, *G.P.*, 88, 2, 855, *Rép. not.*, 90, 299.

L'interprétation « à l'envers » de l'a. 322, comme celle de l'a. 334-9, n'en a pas moins rencontré beaucoup d'oppositions en doctrine : ex. D. Huet-Weiller, Requiem pour une présomption moribonde, D. 85, chr. 123 (cf. cep. D. 88, Somm. 398, sous Metz, 5 janv. 1988) ; P. Raynaud, Le démantèlement de la présomption de paternité légitime, D. 85, chr. 205 ; F. Granet (non sans nuances, il est vrai, et avec des propositions de réforme), *J.C.P.*, 85, 1, 3219). Il faut surtout éviter de passionner idéologiquement le débat. A supposer l'institution du mariage en péril, le péril viendrait d'ailleurs : des grandes masses, non des décisions de justice, qui, même cristallisées en jurisprudence, ne sont que des réponses à un type de besoin clinique, trop particulier pour que la loi ait pu le deviner et le satisfaire. Objectivement, statistiquement, les jurisprudences dites « laxistes » (d'autres diront « libérales » — celle-ci comme sa jumelle de l'a. 334-9 ne sauraient ébranler la « paix des familles » en tant que phénomène collectif, pour la bonne raison qu'elles ne touchent guère que des familles passablement agitées déjà. Pas davantage elles ne sauraient ruiner la présomption *Pater is est...*, car, pour quelques milliers d'erreurs de nids (à tout compter, dans les deux filiations, 1 796 demandes en 1987), il y a, en France, neuf millions de foyers où la maxime fonctionne en toute sérénité. D'accord pour exalter la présomption : mais comment la portera-t-on plus haut ?, en y cadénassant des légitimités louches ? ou en la purifiant de ces poids morts ?

Le désir, s'il en subsiste, de cantonner l'*a contrario* jurisprudentiel se reportera plus utilement sur la notion de possession d'état. L'absence de possession d'état est un « idéal type » : ce que l'on découvre le plus souvent dans les dossiers, c'est une possession discontinue ou équivoque. On pourrait soutenir que l'ouverture à l'*a contrario* étant une exception, elle doit être refermée en cas de doute, au bénéfice de la légitimité. Mais il ne serait pas inouï de rétorquer que la possession d'enfant légitime ne se conçoit qu'exempte de doute, si bien qu'une possession incertaine équivaut à l'absence de possession. Où l'on s'accorde, cependant, c'est pour dénier effet aux manipulations par lesquelles l'un des intéressés s'efforcerait de ruiner la possession d'état primitive afin de laisser la place à la contestation de paternité. Ainsi décidé par Civ.¹ 30 juin 1992, D. 93, Somm. 161, *Rép. not.*, 13, 300 (contre la mère) ; Civ.¹ 15 juin 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 22352, D. 94, Somm. 115, *Rép. not.*, 94, 328, *R.T.*, 93, 806, n. Hauser (contre le mari complaisant).

c) *L'enfant de l'a. 313-1*. — La présomption de paternité est écartée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une action en justice, Civ.¹ 7 juin 1989, D. 89, Somm. 362 et 90, 33, n. D. Huet-Weiller et Massip. Il se peut que l'enfant n'ait pas de possession d'état même du côté de la mère auquel cas il sera sans père ni mère connus (arg. a. 337). La possession d'état *a parte matris*, pourvu qu'elle soit caractérisée, suffira à lui donner une filiation maternelle, naturelle, il va de soi (cf. Douai, 12 janv. 1977, D. 79, *I.R.*, 242). Mais, avec son acte de naissance même imparfait, sa possession d'état même unilatérale, il dispose d'assez d'éléments pour être encouragé à engager une action en

réclamation d'enfant légitime (a. 323), et le mari d'assez de sujets de crainte pour agir en contestation préventive de sa paternité (a. 326) : Civ.¹ 17 janv. 1990, D. 90, 337, n. Guiho, *J.C.P.*, 90, 2, 21524, n. D. Huet-Weiller, *Rép. not.*, 90, 688, n. Massip.

2 | LES PREUVES CONTENTIEUSES DE LA FILIATION LÉGITIME

L'enfant qui ne possède aucun état, ou qui en possède un, mais non corroboré par un titre conforme, peut agir en justice pour faire constater la filiation légitime qu'il prétend la sienne (a. 323). C'est l'action d'état par excellence (arg. a. 322, 325, 326 ; cf. *supra*, p. 203) : l'enfant réclame, revendique en quelque sorte un état de la jouissance duquel il est privé (cf. a. 311-7), privé notamment par le fait de sa mère, qui l'a fait inscrire dans l'indication du nom du mari (a. 313-1). On dit aussi : recherche de la maternité légitime, car la demande ne paraît porter directement que sur la filiation maternelle, mais, comme la mère est par hypothèse une femme mariée, la filiation paternelle se trouve virtuellement impliquée dans l'objet de la demande par l'effet de la présomption de paternité. C'est donc bien l'état, dans son ensemble, qui est réclamé.

Réciproquement, les tiers peuvent agir contre l'enfant qui a une possession non corroborée d'un titre conforme, ou un titre sans possession concordante, pour faire juger que cette possession, ou ce titre, ne répond pas à la réalité (arg. a. 322, al. 2). C'est l'action en contestation d'état, dont l'objet est d'enlever au défendeur le bénéfice de sa possession, ou d'anéantir le titre dont il se prévaut.

Les actions en *réclamation* et en *contestation d'état* ont ceci de commun que c'est toujours la vérité de la filiation qui fait la matière du procès. Dans un autre type d'action, la *contestation de légitimité*, c'est, au contraire, la seule qualité de la filiation qui semblerait être mise en doute.

I. — Réclamation d'état

a) *Modes de preuve admissibles*

S'agissant d'un fait matériel, il est rationnel que la preuve de la filiation puisse se faire par tous les moyens, y compris les témoignages, y compris également aujourd'hui les techniques biologiques. C'est ainsi qu'il faut lire l'a. 323. On remarquera qu'il envisage une preuve globale de la filiation, sans distinguer entre accouchement et identité.

Toutefois, il y aurait danger à ouvrir trop largement la preuve testimoniale dans un domaine où la subornation de témoins serait à la fois très payante (la dévolution d'une succession considérable peut être en jeu) et peu risquée (les événements à constater étant occultes, la partie honnête aurait du mal à organiser sa contre-enquête). Aussi l'a. 323 (remanié par la l. 8 janv. 1993) ne donne-t-il accès à la preuve par tous moyens qu'autant que la réclamation d'état a déjà été rendue vraisemblable par d'autres preuves, objectives, non influençables, et autant que possible, antérieures au procès. Ces preuves sont traditionnellement qualifiées d'*adminicules*, c'est-à-dire de preuves d'*appui* selon l'étymologie latine. Ce qui n'est pas très exact, car il s'agit moins d'un état qui s'ajouterait que d'un préalable, d'un cas d'ouverture, auquel est subordonnée la liberté de la preuve. Parmi ces adminicules, le C. Nap. faisait entrer le commencement de preuve par écrit, entendu largement (a. 324), plus largement que dans l'a. 1347 (cf. t. IV, n° 96). La loi de 1993 en a rayé la mention, mais il pourra reparaître à titre de *présomption* ou d'*indice*.

De droit commun, les présomptions (dont les indices ne sont qu'une variété) sont mises sur la même ligne que les témoignages (a. 1353) ; ici, elles servent d'*adminicules* aux témoignages ou maintenant aux techniques biologiques (que le législateur de 1993 n'a admises qu'avec des précautions, destinées à protéger l'intimité de la vie privée ; cf. a. 340). On pourra ainsi retenir comme indices une ressemblance frappante entre le demandeur et ses parents prétendus, la marque des langes dans lesquels il avait été abandonné, les subsides envoyés à ses parents nourriciers, etc. Les présomptions ou indices doivent être assez *graves* (conseil de prudence donné au juge).

Les adversaires du réclamant peuvent, selon le principe du contradictoire, discuter les preuves offertes et proposer la preuve contraire (cf. a. 16, C. Pr. C.), par tous les moyens (sans adminicule). L'a. 325 analyse la preuve contraire dans ses deux objets successifs : preuve de la non-maternité, puis, en cas d'échec sur ce premier point, preuve de la non-paternité. Cette dernière preuve constitue une sorte de désaveu par voie d'exception, qui se greffe sur l'action en réclamation d'état. C'est pourquoi elle est réservée au mari.

b) *Procédure*

Action relative à la filiation, la réclamation d'état est soumise aux a. 311-4 s. L'action est ouverte *en général* à l'enfant lui-même (majeur ou mineur), sous les conditions de preuve de l'a. 323. Défendeurs par

vocation sont les père et mère prétendus (ou leurs héritiers). Recherche de maternité légitime, l'action pourrait théoriquement être formée contre la mère seule. Mais le mari serait ensuite recevable à faire tierce opposition au jugement accueillant la demande (a. 311-10), afin d'empêcher la présomption de paternité de jouer contre lui. Aussi est-il plus pratique de mettre simultanément en cause les deux époux, pour faire constater globalement la filiation (cf. a. 325, al. 1).

Dans le *cas particulier* de l'a. 313-1, où c'est la mère elle-même qui a choisi de bloquer la présomption de paternité, on avait douté que la réclamation d'état fût ouverte à l'enfant, l'a. 313-2, al. 2, ne visant d'autres demandeurs que les conjoints. Pour mettre fin au doute, la l. 8 janv. 1993 a expressément reconnu à l'enfant qualité pour exercer cette action spéciale, mais à la condition d'agir dans les deux années suivant la majorité.

L'a. 328 permet aux époux d'exercer l'action en réclamation d'état, de concert ou séparément, et de demander à établir qu'est en réalité leur enfant légitime un enfant qui, présentement, ne leur est pas rattaché par son acte de naissance, ni par sa possession d'état. Ainsi, la femme peut faire juger contre le mari (ou ses héritiers) qu'est issu d'elle, donc légalement de lui, un enfant déclaré à l'état civil sans indication de filiation ; le mari peut faire juger contre un tiers qu'est issu de sa femme, donc légalement de lui, un enfant que ce tiers a reconnu comme enfant naturel. Si l'on dit couramment qu'ils *revendiquent* l'enfant, c'est par métaphore, car l'action n'a pas pour objet l'enfant lui-même (lors même qu'il serait mineur), mais l'établissement du rapport de filiation. Ces revendications de maternité ou de paternité sont assujetties, quant à la preuve, aux mêmes règles restrictives que les recherches de maternité légitime, dont elles ne sont que la reproduction inversée. Et si l'enfant a déjà une autre filiation établie, il faudra que les revendiquants commencent par en démontrer l'inexactitude, ce qui est possible, par ex., pour une filiation naturelle dans les termes de l'a. 339, non pas au contraire pour une filiation légitime, si elle se trouve couverte par l'a. 322, al. 2.

II. — Contestation d'état

Dans tous les cas où l'état de l'enfant n'est pas irréfragablement protégé par la conformité du titre et de la possession d'état (a. 322, al. 2), l'action en contestation d'état est ouverte. A la différence de l'action en réclamation d'état, elle est ouverte à tous les intéressés,

que l'intérêt invoqué soit purement pécuniaire (ex. héritiers) ou purement moral (ex. parent éloigné qui entend interdire l'usurpation du nom de la famille) ou à la fois pécuniaire et moral (ce qui se rencontre ordinairement : ascendants, descendants des prétendus père et mère, et aussi enfant lui-même dont la filiation est en cause). L'enfant aura souvent intérêt à contester l'état qu'il possède ou qu'indique son titre, comme un prélude nécessaire à la réclamation d'un autre état.

Pour le surplus, il convient d'appliquer à l'action en contestation d'état les mêmes règles qu'à l'action en réclamation, et notamment l'a. 323 : la preuve testimoniale n'est pas permise *de plano* au contestant, car le danger est le même, il y faut un adminicule.

L'action en contestation d'état se distingue de l'action en désaveu, en ce qu'elle s'attaque avant tout au fait de la maternité, n'atteignant la paternité que par contrecoup, tandis que le désaveu dénie la paternité, en laissant la maternité intacte.

III. — Contestation de légitimité

C'est une catégorie, d'ailleurs disparate, d'actions relatives à la filiation, dont la doctrine a dégagé l'existence.

1° Au sens strict, la contestation de légitimité est une action où le demandeur, sans nier que l'enfant soit issu des œuvres des deux parents prétendus, nie que ceux-ci aient été mariés au temps de la naissance – soit qu'ils n'aient jamais été mariés (c'est l'éventualité à laquelle fait allusion l'a. 197), soit que, le mariage ayant suivi la naissance, les conditions de la légitimation n'aient pas été remplies. Distincte de la contestation d'état, puisqu'elle met en question le *mariage* et non la filiation, la contestation de légitimité n'est pas soumise aux exigences de preuve de l'a. 323.

2° Dans un sens élargi, l'a. 316-1 appelle *contestation de légitimité* ce qui est au fond une *contestation de paternité* (cf. a. 318), le désaveu entre les mains, non plus du mari, mais de ses héritiers. C'est que le mot de *désaveu*, comme celui d'*aveu*, ne paraît convenir exactement qu'à un fait personnel.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n^{os} 659 s. ; Massip, n^{os} 23 s.

HISTOIRE

V. Baraduc, *De l'origine historique des preuves de la filiation, des enfants légitimes*, Th. Paris, 1906. — Les règles du C.C. ont été tirées de la jurisprudence des Parlements, surtout de la jurisprudence du Parlement de Paris au XVIII^e s. (qui avait été souvent guidé en cette matière par les conclusions de Daguesseau). Cf. Merlin, *Rép.*, V^o *Légitimité*, sect. 3.

SOCIOLOGIE

La filiation maternelle d'un enfant légitime peut être douteuse principalement dans deux sortes d'hypothèses :

1^o Il y a eu substitution, fortuite ou volontaire, d'un enfant à un autre. C'est le thème folklorique et littéraire de l'enfant changé au berceau, qui permet à chacun de caresser cette évasion qu'il n'est pas lui-même (maintient-on mieux cette porte ouverte à l'imagination en permettant la preuve de la substitution ou, au contraire, en l'interdisant ?), cf. a. 322-1. L'incertitude de la filiation peut être une manière (dérisoire) de compenser les inégalités dans une société aux classes figées (de même que la mététempyose a pu consoler une société hindoue figée dans ses castes). Il est significatif que la Restauration ait vu éclore une série de réclamations d'état, à prétentions aristocratiques : Req. 27 janv. 1818, Req. 5 avr. 1820 ; trib. Toulouse, 13 mai 1818, S. chron. (en 1818 aussi, la justice pénale riva à sa possession d'état antérieure de petit paysan Mathurin Bruneau, l'un des faux Louis XVII). Le tohu-bohu de la Révolution (ex. guerres de Vendée) avait pu, en fait, contribuer à déraciner des enfants (cf. En l'année 1817, *Mélanges P. Raynaud*, 1984, p. 93). Dans une tonalité différente, le fantasme des substitutions fut longtemps entretenu par les périls que couraient les innombrables enfants « mis en nourrice » à la campagne (ex. Crim. 30 nov. 1876, S. 77, 1, 433 ; Bordeaux, 25 août 1825, S. chron.). On aurait pu penser qu'à l'ère Nestlé le fantasme se serait évaporé, mais d'autres circonstances sont venues le raviver (cf. *infra*, Politique législative).

2^o L'enfant, en fait, est adultérin, et la mère a cherché elle-même à brouiller les pistes. La permissivité des mœurs avait multiplié les cas au milieu du XX^e s. ; une certaine libéralisation du droit pourrait maintenant les rendre moins fréquents (ex. les lois sur la contraception, l'avortement, les a. 313-1 et 318).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Désiré tant qu'il n'existait pas (cf. C.C. It. 1942, a. 238, 239), l'a. 322-1 a été critiqué dès qu'il est apparu (cf. Brill, D. 1976, chr. 81). Une espèce (trib. Lille, 10 mars 1955, *G.P.*, 1955, 1, 389) avait attiré l'attention sur les risques de substitution

dans les cliniques d'accouchement (le mythe de Salomon entre les deux mères ; cf. *Flexible droit*, 1998, p. 390 ; également le ressort d'un film fameux, *La vie est un long fleuve tranquille* [1988], où l'enfant Groseille a été échangé contre l'enfant Duquesnoy ; le film n'était pas exempt d'arrière-pensées sur l'incommunicabilité de l'éducation entre classes sociales). Il n'y avait, explique-t-on maintenant, qu'à astreindre les cliniques à prendre les empreintes digitales des bébés. Peut-être, mais si le personnel est négligent ? Il fallait procurer aux mères cette tranquillité d'esprit que, si par extraordinaire une erreur se produisait, la loi ne leur fermerait pas brutalement tout recours. La supposition d'enfant avait, elle aussi, retrouvé une actualité : ce n'était plus le moyen, pour une femme stérile, de capter un héritage de la ligne paternelle ; c'était, pour un couple sans enfant, un procédé d'« adoption sauvage », sur lequel on se rabattait devant les lenteurs et les impasses de l'adoption régulière. Un effet dissuasif est escompté de l'a. 322-1, la menace de la contestation d'état double désormais la menace pénale (a. 345, al. 1, C.P.) et de surcroît la débloque, car le nouvel a. 311-6, remplaçant l'ancien a. 327, le Ministère Public n'est plus obligé d'attendre le jugement sur la filiation pour engager les poursuites.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *La preuve de l'identité*. — L'opinion la plus commune (V. Planiol-Rouast, n^o 742 ; Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 544, texte et n. 6) est que la preuve de l'identité n'est pas comprise dans l'a. 319, mais que, s'agissant d'un fait matériel, elle pourra se faire par tous les moyens, notamment par témoignages, sans qu'il y ait lieu aux exigences préalables de l'a. 323, al. 2 (en ce sens, semble-t-il, Req. 14 févr. 1872, S. 72, 1, 384 [pouvoir souverain des juges du fond] et, plus explicite, Caen, 8 mars 1866, S. 66, 2, 348). A l'opposé, en considérant les risques d'une subornation de témoins, on a parfois proposé de n'admettre la preuve testimoniale qu'en présence d'un commencement de preuve par écrit. C'est se placer sur le terrain de l'ancien a. 323, al. 2 (puisque'il n'est pas certain que le titre s'applique au réclamant, c'est, dit-on, comme si, *quant à lui*, il y avait défaut de titre). Mais l'ancien a. 323 mettait sur le même pied que le commencement de preuve par écrit les présomptions ou indices graves. Or, un acte de naissance pour lequel aucun individu ne s'est représenté, autre que le réclamant, constitue une présomption grave des prétentions de celui-ci (cf. Merlin, *Rép.*, V^o *Légitimité*, sect. 2, § 4, n^o 5 ; Demolombe, V, n^o 203). C'est le raisonnement qu'avait construit Daguesseau dans ses conclusions célèbres sur le procès de Marie-Claude Chamois (22^e plaidoyer) ; et par ce même raisonnement des arrêts du début du siècle dernier, tout en se référant à l'a. 323, avaient finalement autorisé l'enquête sur l'identité (Req. 27 janv. 1818, Bordeaux, 25 août 1825, S. chron. ; Aix, 22 déc. 1852, S. 54, 2, 321 ; *adde* Req. 5 avr. 1820, S. chron., en observant que si la preuve par témoins fut écartée cette fois-là, c'est que l'acte de naissance se trouvait neutralisé par un acte de décès). Ainsi, avec un détour en moins ou en plus, les deux thèses semblent devoir se rejoindre pratiquement dans l'admission de la preuve testimoniale. Mais cette preuve testimoniale est-elle nécessaire ? Et la présomption tirée de l'acte de naissance n'est-elle pas suffisante sans ce complément, sauf aux adversaires du réclamant à apporter la preuve contraire ? Aux deux thèses également, on peut reprocher de ne pas s'attacher assez à la formule glo-

bale de l'a. 319 pour y reconnaître, impliqué, le rôle essentiel de l'acte de naissance aussi bien comme présomption d'identité que comme preuve de l'accouchement.

b) *Le principe de l'a. 322.* — On soutient que ce principe, garantie de la paix des familles, a été vidé de sa substance par l'a. 322-1 (M.-L. Rassat, *R.T.*, 1972, 49 ; Bl. Héno, Le déclin des fins de non-recevoir *J.C.P.*, 1975, 1, 2706 ; Brill, *loc. cit.*, 84), parce que la supposition et la substitution d'enfant étaient justement les deux seules hypothèses qui permettaient de jeter un doute sur une maternité fondée en titre et en possession. C'est perdre de vue que les deux vocables employés par l'a. 322-1 avaient reçu de la tradition pénale un sens étroit (cf. Crim. 4 mars 1875, D. 76, 1, 508 ; Vitu, *Droit pénal spécial*, II, 1982, n^{os} 2145 s.), auquel la loi de 1972 a bien dû se référer. Peut-être même a-t-elle voulu rétrécir davantage, et l'allusion à la rédaction de l'acte de naissance pourrait s'entendre comme impliquant non pas que la substitution serait concevable tout le long de la vie de l'intéressé, ce qui serait absurde, mais, au contraire, qu'elle n'est concevable qu'autour de la déclaration d'état civil, c'est-à-dire dans les tout premiers mois, l'âge limite n'étant plus celui où se produit la fameuse nappe d'oubli dont parlent les psychologues (vers les sept ans de la loi belge), mais, beaucoup plus tôt, celui où les traits se sont formés, qui serviront de repère à l'identification. Il suit de là que l'a. 322 continue de mettre obstacle à ce que soient allégués des faits d'abandon, d'enlèvement, de disparition, qui se situeraient au-delà de l'enfance. Et surtout il conserve cette fonction qui a toujours été sa fonction primordiale (l'al. 1 n'est pas moins important que l'al. 2) — même si, dans la subtilité des analyses, on estimait que c'est question d'identité pure, plutôt que de filiation : la fonction sociale d'empêcher un aventurier d'usurper l'état d'un disparu.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'action en réclamation d'état.* — La loi de 1972 pouvait avoir de bonnes raisons de refuser à l'enfant de l'a. 313-1 la réclamation d'état de l'a. 313-2 : sa mère avait décidé en connaissance de cause, et que pouvait-il savoir d'une réunion de fait entre les conjoints ? La jurisprudence, cependant, l'avait accueilli sur le terrain de l'a. 323 : Civ.¹ 17 janv. 1990, D. 90, 337, *J.C.P.*, 90, 2, 21524, *Rép. not.*, 90, 688, en fermant les yeux sur le fait qu'il était pourvu d'une filiation maternelle. Depuis 1993, le nouvel a. 313-2 lui est à la fois plus favorable quant à la preuve et moins quant au délai. La loi de 1993 paraît avoir brouillé les cartes, cf. Civ.¹ 8 juin 1998, D. 98, Somm. 354).

b) *Distinction de l'action en rectification d'un acte de l'état civil et de l'action en réclamation ou en contestation d'état.* — Sur les intérêts pratiques, v. Planiol-Savatier, n^o 221. Sur les critères, Rouast, D. 28, 1, 65 ; J. Mazeaud, *J.C.P.*, 48, 2, 4080, 4241 et 4252. La pierre de touche est le cas de l'enfant né d'une femme mariée et déclaré sous le seul nom de sa mère, sans indication du mari de celle-ci (ou même avec l'indication d'un tiers) comme père. S'il demande à ajouter le nom du mari de sa mère à son acte de naissance, y est-il recevable par voie de rectification ? Req. 9 janv. 1854 (S. 54, 1, 689) et Req. 13 nov. 1882 (S. 83, 1, 272) ne l'avaient pas admis, considérant que c'eût été là apporter un changement dans les rapports de famille de l'enfant. Plus tard, au contraire, deux arrêts, Civ. 26 oct. 1927, D. 28, 1, 65 et 25 févr. 1948, S. 49, 1, 26, *J.C.P.*, 48, 2, 4494, avaient estimé ouverte la voie de la rectification. On comprend leur analyse : le rapport de famille attribuant à l'enfant pour père le mari de la mère

préexistait à l'action en rectification, puisqu'il résultait *ipso facto* de la loi : donc il n'est pas modifié. Cependant, que l'on propose un critère quelque peu différent ; que l'on déclare exclure de la voie de la rectification tout ce qui tend à altérer non pas seulement le rapport même de filiation, mais la situation juridique prise dans son ensemble, le *statu quo ante* relativement à la filiation, et la solution de 1927 paraîtra contestable. L'inscription de l'enfant sans indication du mari de la mère constituait un recel de la naissance, ouvrant la porte au désaveu (ancien a. 313, al. 1). Il y avait là, dans l'état de l'enfant, une donnée qui se trouvait modifiée par la rectification. L'argument garde sa force malgré la l. 3 janv. 1972 ; car, si le recel de la naissance a cessé d'être un cas distinct d'ouverture de l'action en désaveu, il n'en reste pas moins un de ces faits qui peuvent contribuer à démontrer la non-paternité du mari (a. 312, al. 2). Il y a place, du reste, depuis 1972, pour un raisonnement plus péremptoire encore : l'addition du nom du mari apparaît comme un rétablissement possible de la présomption de paternité qu'avait écartée l'a. 313-1, donc comme une altération de l'état préexistant. Toutefois, il n'en est ainsi que si le mari est désigné dans l'acte *comme père* (a. 57). S'il est seulement cité en passant, comme l'éponyme de sa femme, l'effet de paternité ne se produit pas, et l'on est sur le terrain de la simple rectification. C'est ce qu'a décidé, non sans étonner, Civ.¹ 3 juin 1980, D. 81, 119. Cf. Civ.¹ 14 mai 1985, D. 86, *I.R.*, 59, n. D. Huet-Weiller (cf. *supra*, p. 230). Ce qui sera toujours malaisé, c'est de dégager une formule générale pour rendre raison de la distinction entre les deux types d'action. Ex. l'action s'attaque à l'acte lui-même ou à l'état des personnes (Demolombe, I, n^o 332) ; la filiation est, ou non, déjà régulièrement établie (cf. Ripert-Boulanger, I, n^o 1726) ; les faits sont, ou non, incontestés et incontestables (Colin - La Morandière, I, n^o 767) ; la demande tend à une modification matérielle ou à une modification juridique, etc.

c) *Autre distinction : l'action en reconstitution de généalogie* : elle suppose, une succession étant ouverte, qu'un prétendu héritier, pour établir sa parenté avec le défunt, cherche à prouver les rapports de filiation successifs qui le relie à celui-ci ou, en ligne collatérale, à un ancêtre commun. Ce qui caractérise cette action, c'est de porter sur des rapports de filiation qui remontent à des temps éloignés et ne mettent pas en jeu l'état du successible lui-même (en ce sens, Civ. 9 mars 1926, S. 26, 1, 337, n. Vialleton, D. 26, 1, 225, n. Rouast). Aussi l'établissement de la généalogie n'est-il pas soumis aux règles de la réclamation d'état (ce que l'éloignement dans le temps rendrait souvent pratiquement impossible, ne fût-ce qu'à cause de la fin de non-recevoir de l'a. 311-8). C'est assez pour le demandeur de reconstituer la chaîne des situations apparentes. La faveur qui lui est consentie n'est donc pas très considérable tant qu'il ne s'agit que de filiations légitimes, puisque, de droit commun déjà, la preuve de la filiation légitime se fait par la possession d'état, qui est une apparence. C'est surtout lorsque, dans l'arbre généalogique, se rencontre une filiation naturelle (pour laquelle la possession ne pourrait être probante), que la distinction devient intéressante. Cf. Savatier, n. D. 1953, 99.

LA FILIATION NATURELLE

La filiation naturelle se définit (compte tenu de l'a. 314, al. 1) par la *naissance hors mariage*. Elle représente une exception par rapport à la filiation légitime : une exception statistique, parce que les enfants naturels, dans toutes les sociétés, ne sont qu'une minorité, en France (même aujourd'hui) demeurent une minorité ; une exception juridique, surtout, parce que les règles qui lui sont applicables, que ce soit pour ses *modes d'établissement* ou pour ses effets (la *condition juridique des enfants naturels*), ne se conçoivent que par dérivation de la filiation légitime. L'exception peut, d'ailleurs, retourner au principe : ce passage d'une filiation à l'autre est la *légitimation*. L'institution de l'*action à fins de subsidies* pourrait être comprise, à l'inverse, comme recouvrant un dégradé de la filiation naturelle, mais nous avons préféré y voir un effet attaché aux relations sexuelles hors mariage (*infra*, p. 656).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Nerson, Réflexions sur la notion de filiation illégitime, *Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967, 575 s. ; W. Goode, *The Family*, 964, p. 20 s.

HISTOIRE

A. Lefebvre-Teillard, L'enfant naturel dans l'Ancien droit français, *Recueils de la Soc. Jean-Bodin* (t. 36 ; *L'enfant*, 1976), 251 s. et son *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1996, spéc. nos 235 s., 258 s. ; Crane Brinton, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy, 1789-1904*, Harvard, 1936 ; Rose et Lewis Coser,

The Principle of Legitimacy and its Patterned Infringement in Social Revolutions, in *Cross national Family Research* (suggestive interprétation américaine), 1972, 119 s.; Laslett *et al.*, *Bastardy and its comparative history*, 1980. — Pour le XVIII^e s., les estimations de la démographie historique (cf. Y. Blayo, *Pop.*, numéro spécial de nov. 1975, p. 65 s.; L. Flandrin, *Familles*, 1976, p. 179, 191 s.) font état de taux d'illégitimité (sur la définition, v. *infra*, Sociologie) à la fois très bas et en ascension extrêmement rapide : de 1,2 pour 1740-1749 à 2,2 pour 1780-1789 et 4,2 pour 1800-1809. A cette ascension on est tenté de chercher des causes idéologiques : la déchristianisation, la Révolution. Mais des causes matérielles ont dû aussi intervenir : le déracinement des paysans par suite de l'essor démographique, l'élévation de l'âge au mariage (joint à cela peut-être un enregistrement plus attentif des naissances illégitimes). Le législateur de 1804 a-t-il eu conscience du phénomène ? En a-t-il été influencé quand il a prohibé la recherche de la paternité ? Il serait téméraire de l'affirmer. — Il y eut, dans le premier quart du XIX^e s., excitée par la législation éphémère de la Révolution, toute une littérature juridique sur les enfants naturels, qui atteste que le phénomène était pris très au sérieux : ex. Vermeil, *Code des enfants naturels*, an X ; Loiseau, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, 1811 ; Rolland de Villargues, *Traité des enfants naturels*, 1811.

SOCIOLOGIE

a) *Mesure du phénomène moderne.* — Le taux d'illégitimité est le rapport du nombre des naissances hors mariage au nombre total des enfants (légitimes + naturels) nés vivants. Ce taux peut être suivi à travers les statistiques de l'état civil depuis le début du XIX^e s.; cartes de France dans H. Le Bras et E. Todd, *L'invention de la France*, 1981, 158 s. V. un très important article, A. Nizard et M. Maksud, *Pop.*, 77, 1159 s. De 6,90 % (ou peut-être seulement 5 %) pour la période 1815-1830, il monte à 7,47 (1850-1870), 8,07 (1870-1900), 8,70 (1925-1930), montée qui est mise en relation avec l'industrialisation du pays (pointe de guerre en 1917, 14,2 %). Puis on assiste à une décade : 6,7 % (1936), 6,4 (1955), 5,9 (1962-1965) — et, à partir de 1965, à une remontée continue et très forte : 8,5 (1976), 12,7 (1981), 28,2 % (1989), 31,8 % (1991), 39 % (1997). L'influence de la loi de 1972 n'est pas niable, qu'elle se soit exercée directement ou à travers le phénomène de la cohabitation juvénile, lui-même stimulé pour partie par cette loi. Une part importante de ces enfants nés naturels ne le resteront que quelque temps. Mais quelle part ? Une statistique précise des légitimations par mariage subséquent nous fait défaut, qui aplatiserait sans doute la courbe ascendante de l'illégitimité. Encore que, pour les années récentes, des sociologues aient cru observer une moindre propension des cohabitants à revenir au mariage dès l'arrivée du premier enfant. Cf. J.-C. Deville et E. Naulleau, Les nouveaux enfants naturels et leurs parents, *Économie et statistique*, I.N.S.E.E. (145) 1982 ; *Pop.*, 84, 178. Au demeurant, le taux d'illégitimité est une mesure qui appelle des analyses plus fines : 1^o parce que, tel qu'il est construit, il est influencé par les variations propres de la natalité légitime, croissant ou décroissant si elle décroît ou croît ; 2^o parce que c'est une moyenne nationale qui peut recouvrir des disparités considérables, géographiques ou sociales (ex. en 1969, Paris, 14,4 % ; Aveyron, 2,5 % ; Vendée, 2,6 % ; en 1991, 25 % en Alsace, 36 % en Normandie). Pour l'Europe, cf. *Pop.*, 98, 1002, 1016.

b) *Interprétation du phénomène en général.* — Une thèse classique en anthropologie voit dans l'illégitimité, ou plutôt dans l'union libre qui en est la source, un phénomène de *déviance* (déviances aussi la divortialité, la délinquance...) : l'union sexuelle ritualisée par le droit et les mœurs (le mariage) constitue la norme sociale ; l'enfant né en dehors de la norme est frappé d'un stigmate par la société. Au sein de cette thèse, cependant, on note une divergence entre sociologues : pour les uns (ex. W. Goode), les parents naturels eux-mêmes perçoivent leur situation comme déviante, ils n'y donnent aucune approbation, ils portent respect au mariage ; pour les autres (Rodman), le milieu déviant a sa propre échelle de valeurs, il secrète une contre-norme, un contre-droit, au regard duquel redevient légitime ce que le droit étatique tient pour illégitime (bref, on serait en présence d'un phénomène de pluralisme juridique). Beaucoup de recherches sont américaines et ont pris pour terrain les îles Caraïbes, où l'illégitimité s'observe — comme un phénomène massif — dans des couches populaires vivant culturellement très loin d'un droit européen (cf. J. Despeignes, *Le droit informel à Haïti*, Th. Paris, 1972 ; S. H. Vieux, *Le placage, droit coutumier et famille en Haïti*, 1989). Le phénomène européen est différent.

Au début du siècle, on supposait souvent qu'il avait sa plus grande fréquence dans le prolétariat, et aussi, par contestation de la société, dans une frange de la classe intellectuelle (écrivains, artistes, politiciens). Mais la statistique des naissances renseigne peu sur l'appartenance socioprofessionnelle des géniteurs (quand on les connaît). Quelquefois c'était avec une autre signification que l'illégitimité était analysée comme un *phénomène de classe* : elle aurait eu sa cause dans une inégalité de classe entre les deux parents, parce que de cette inégalité résultait un empêchement à mariage non moins contraignant que ceux de la loi, bien qu'il ne fût édicté que par les mœurs : les pères naturels se retrouvaient à égale dose dans toutes les catégories sociales, au lieu que les mères naturelles venaient pour la plupart du prolétariat. La thèse expliquait, sans doute, le *concupinatus* romain, et elle pouvait se transposer au mariage morganatique des droits germaniques (c'était l'union d'un noble et d'une roturière, mais les enfants, sans accéder au rang du père, n'étaient pas bâtards pour autant). En réalité, c'était plutôt sur des mœurs bourgeoises du XIX^e s. qu'avait porté l'observation des sociologues : sur le fils de famille qui « entretenait » passagèrement une maîtresse modeste, en attendant de se marier dans son milieu natif.

Mais ce schéma est aujourd'hui obsolète. Dans la seconde moitié du XX^e s., c'est la cohabitation juvénile qui a envahi la France, phénomène massif, qui relève d'une autre analyse (*infra*, p. 678).

c) *Phénomènes de réaction dans la société.* — On s'attendrait à découvrir constamment dans l'histoire, comme par une conséquence du rapport de forces, une réaction de discrimination et de rejet à l'encontre des bâtards. C'est pourtant un fait que, dans certaines conjonctures qui se sont rencontrées de l'Antiquité grecque à notre époque, la société dominée par les enfants légitimes en est venue à creuser elle-même des brèches dans le principe de légitimité qu'elle continue de proclamer très haut. Quelle est l'explication ? Plusieurs sont possibles, et elles ont pu se combiner. 1^o Il arrive que la société (ou son état-major politique) ait la volonté de rompre la continuité du statut social. C'est le modèle révolutionnaire ; chez nous, celui de l'an II : la loi ruine les droits acquis par l'inflation de nouveaux droits, pulvérise les héritages par le pillage des héritiers. 2^o La société chérit les valeurs de l'individualisme, place la réussite du *self-made-man* au-dessus de l'hérédité ; donc, il faut donner à chaque enfant

son égalité au départ. Il y a eu de cela dans les réformes du début de ce siècle (ex. en 1907, en France, la légitimation des enfants adultérins). 3° Dans une société qui a l'eudémonisme pour philosophie, le bonheur du légitime est gâté par le malheur de ceux qu'il voit. On gracie les condamnés les jours de fête ; or, la société de consommation vit dans une fête perpétuelle. La poussée de réformes, dans les sociétés occidentales après 1968, pourrait bien s'analyser ainsi. 4° La société des légitimes par instinct, ses dirigeants par calcul, ont un comportement empirique. Ils sentent ou jugent le phénomène de l'illégitimité comme inoffensif, parce qu'il concerne des milieux où la transmission des biens et des privilèges des parents aux enfants est dénuée d'importance (concubinage prolétarien) ou provisoirement inactuel (cohabitation juvénile). Joint que ces milieux restent suffisamment minoritaires pour que le système de stratification sociale ne soit pas menacé par leur promotion.

1 / Les modes d'établissement de la filiation naturelle

La filiation naturelle s'établit par d'autres modes que la filiation légitime. Un parallèle, même simplifié, révèle des différences importantes :

1° Tandis que le titre de la filiation légitime est l'acte de naissance, qui n'est que la constatation obligatoire d'un fait, le titre de la filiation naturelle est la reconnaissance, qui est un acte juridique, une manifestation de volonté, au moins en ce sens que c'est un acte facultatif ;

2° Tandis que la *possession d'état* est, pour la filiation légitime, admise depuis toujours comme l'équivalent du titre, son rôle dans la filiation naturelle est plus diversifié et, pour partie, a été longtemps controversé ;

3° Tandis que, par l'effet de la présomption de paternité, la filiation légitime ne peut être établie au regard de la mère sans qu'elle le soit immédiatement au regard du père (sous peine de n'être plus légitime), la paternité et la maternité naturelles sont essentiellement *divisibles*. Les intéressés ignorent souvent cette divisibilité : aussi l'officier public qui reçoit un acte de reconnaissance a-t-il le devoir d'informer l'auteur que son acte ne s'étendra pas à l'autre parent (a. 335, l. 5 juill. 1996).

On est ainsi amené à se demander si, parmi les modes d'établissement de la filiation naturelle, il en est qui sont plus appropriés à la maternité qu'à la paternité, ou inversement. En droit, la reconnaissance, la possession d'état, la recherche judiciaire peuvent

s'appliquer à l'un ou à l'autre type de filiation indifféremment. En fait, toutefois, la recherche en justice est plus nécessaire pour la paternité, qui de prime abord est invisible ; la possession d'état est plus précoce quant à la maternité (la première possession est d'allaitement) ; la reconnaissance s'impose souvent aux pères naturels par défaut de possession d'état (c'est la mère qui élève l'enfant).

Philosophiquement, la reconnaissance se détache des autres modes d'établissement en ce qu'elle est un acte de volonté, qui en fait l'analogie de la présomption de paternité incluse dans le mariage. A cela près que, dans le mariage, la décision est prise une fois pour toutes dans un élan de confiance, tandis qu'ici elle se prend naissance par naissance (ou même réflexion par réflexion). La reconnaissance apparaît ainsi comme rationnellement liée à l'absence de mariage : elle ne saurait avoir d'équivalent dans la filiation légitime.

1 | LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE, MODE D'ÉTABLISSEMENT TYPIQUE DE LA FILIATION NATURELLE

La *reconnaissance* d'enfant naturel (a. 333 s.) est le mode d'établissement le plus général de la filiation hors mariage. Le plus général non seulement parce qu'il est commun aux filiations paternelle et maternelle, mais encore parce qu'il peut opérer d'emblée dans toutes les hypothèses, sans nécessiter le préalable ou le soutien d'une autre preuve (opp. a. 337), ni l'intervention d'un jugement (a. 340, 341), avec l'avantage considérable d'une preuve écrite, et même authentique.

C'est sur la base de la reconnaissance en tant qu'acte de volonté – et même, mieux, de deux reconnaissances, distinctes mais conjuguées – que peut se construire *parentalement* une famille naturelle, en analogie, fût-elle lointaine, à la famille légitime. La construction analogique était amorcée dans la loi du 14 décembre 1964 sur la tutelle (ancien a. 389-2-3°) ; elle s'était estompée dans le remaniement de 1985 ; elle a réapparu dans la loi du 8 janvier 1993, mais noyée dans la cohabitation (a. 372, al. 2).

S'il faut voir dans les règles de la filiation des procédés pour sélectionner les éducateurs les plus aptes, la reconnaissance se recommande en ce qu'elle comporte, dès le départ, une prise de responsabilité.

I. — Conditions de validité de la reconnaissance

Dans la reconnaissance, la volonté du père ou de la mère se porte sur le rapport de filiation, et l'assume. Il ne s'agit ni d'amour ni d'affection, mais, comme dans l'a. 146, de volonté. C'est une manifestation de volonté, donc un acte juridique, soumis aux conditions générales des actes juridiques (ex. théorie des vices de consentement), mais aussi à des conditions particulières (de *fond* et de *forme*), les seules qu'il convienne de relever ici.

► Conditions de fond

Elles peuvent être envisagées soit du côté du *parent* qui souscrit la reconnaissance, soit du côté de *l'enfant* qui en est l'objet.

a) Du côté de *l'auteur de l'enfant*, tout peut être ramené à cette idée que l'acte a un caractère éminemment *personnel*.

1° La reconnaissance doit procéder de la volonté propre du père ou de la mère. Cela n'empêcherait pas un mandat (cf. a. 36), mais exclut la représentation légale. Si donc l'intéressé est incapable, il ne pourra être suppléé par son administrateur légal ou tuteur ; il devra et pourra agir lui-même, pour peu qu'il ait une capacité naturelle dont le droit se contente ici (ex. mineur adolescent ; majeur en tutelle pendant un intervalle lucide).

Autre conséquence : les deux parents sont, dans leur décision, indépendants l'un de l'autre. La reconnaissance du père est valable sans le consentement de la mère (sauf à celle-ci à la contester ensuite selon l'a. 339) – et réciproquement (à plus forte raison). Celui des deux qui souscrit une reconnaissance ne le fait que pour son compte personnel, et il n'établit le rapport de filiation qu'à son endroit (aussi bien, dans la filiation naturelle, paternité et maternité ne sont pas liées). A ce principe d'indépendance, il est, toutefois, un tempérament : par interprétation *a contrario* de l'a. 336, la jurisprudence a admis que la reconnaissance faite par le père avec mention du nom de la mère pourrait, corroborée par un aveu de celle-ci (même tacite, sous les espèces du *tractatus* d'une possession d'état), valoir établissement de la filiation maternelle.

Avant 1972, le caractère personnel de la reconnaissance se reflétait en ceci, qu'elle se bornait à établir une relation entre deux individus, le père ou la mère et l'enfant. Depuis 1972, l'enfant reconnu entre dans la famille de son auteur (a. 334, al. 2), notamment quant aux droits

successoraux. Il n'en résulte pas, cependant, que l'adhésion de toute la famille soit requise pour que l'acte lui soit opposable. Inversement, un membre de la famille ne pourrait *reconnaître* l'enfant dans le degré de parenté qui virtuellement les unit (ex. le frère du père ou de la mère ne pourrait reconnaître l'enfant dans une relation d'oncle à neveu naturel). Il ne le pourrait certainement pas du vivant du procréateur, mais pas davantage après la mort de celui-ci, en se réclamant d'un titre d'héritier. L'observation concerne surtout les grands-parents : ils ne sauraient se rattacher l'enfant naturel directement – *omisso medio* – en qualité de petit-fils.

2° Le caractère personnel de l'acte peut semblablement expliquer que, lorsque l'un des auteurs de l'enfant, et qui veut le reconnaître, se trouve marié à une tierce personne, le consentement de celle-ci ne soit pas nécessaire à la validité de la reconnaissance. L'intrusion juridique de l'enfant naturel peut, pourtant, affecter les intérêts du conjoint. Mais c'est d'une autre manière que le droit assurerait – assure encore dans un cas, leur protection. Car il y a deux cas à distinguer, et une évolution s'est produite à leur sujet.

— Il peut s'agir d'un *enfant naturel simple*, le père ou la mère, célibataire au temps de la conception, ne s'étant marié que depuis. En pareil cas, avant 1971, selon l'ancien a. 337, la reconnaissance faite pendant le mariage était partiellement privée d'effet : elle ne pouvait nuire ni au conjoint ni aux enfants légitimes issus de l'union. On en donnait pour motif que, le foyer légitime s'étant fondé dans la confiance que chacun des époux était libre d'attache antérieure, cette confiance ne devait pas, par la suite, être trompée. Néanmoins, la sanction de la tromperie était supportée par l'enfant innocent. Aussi le texte, de plus en plus critiqué, avait-il été amenuisé par des jurisprudences restrictives, jusqu'à ce qu'une loi du 31 décembre 1971 vienne l'abroger purement et simplement.

— Il peut s'agir d'un *enfant adultérin*, que le parent coupable voudrait reconnaître pendant le mariage même en violation duquel l'adultère a été commis. Avant 1972, les droits du conjoint et des enfants légitimes étaient garantis de la façon la plus radicale par l'ancien a. 335, qui frappait d'interdit la reconnaissance d'enfant adultérin. La loi de 1972 a levé l'interdit, mais il est significatif que, souhaitant d'autres garanties pour la famille légitime, elle ne les ait pas cherchées, hormis quelques points spéciaux (a. 333-2, 334-7), dans un mécanisme de consentement préalable – se bornant à restreindre les effets de la reconnaissance par une diminution des droits successoraux de l'adultérin (a. 334, al. 3 ; cf. *infra*, p. 313).

b) L'enfant apparaît comme objet, plutôt que sujet, de la reconnaissance ; sa volonté, quel que soit son âge, n'est pas une condition de l'acte. La reconnaissance peut, du reste, porter sur un enfant simplement conçu ; sur un enfant qui est décédé en laissant lui-même une descendance, légitime ou naturelle (appui dans l'a. 332), voire sur un enfant décédé sans postérité (sauf peut-être, en pareille hypothèse, à annuler l'acte pour fraude à la loi, s'il était prouvé qu'il n'a été inspiré que par un motif de cupidité, le désir de recueillir l'héritage).

La reconnaissance est faite, par définition, pour des *enfants naturels dont la filiation n'est pas déjà établie*.

1° *Tous les enfants naturels* peuvent, en principe, être reconnus, quelle que soit la qualité de la filiation naturelle : simple, adultérine ou incestueuse. Pour les enfants adultérins ou incestueux, la licéité de la reconnaissance est une innovation de 1972, et elle a une portée bilatérale. Ce n'est pas seulement le parent célibataire, quand il y en a un, qui peut reconnaître l'enfant adultérin, c'est aussi bien le parent marié. Ce n'est pas seulement l'un des deux parents, mais les deux, qui peuvent reconnaître l'enfant incestueux, bien que le rapprochement des deux reconnaissances révèle l'empêchement à mariage ; à ce libéralisme, toutefois, une exception (a. 334-10) : dans le cas de l'inceste absolu (cf. *infra*, p. 424), une seule reconnaissance est permise.

2° *Seuls peuvent être reconnus des enfants naturels dont la filiation n'est pas déjà établie du même côté, paternel ou maternel*.

— Une reconnaissance antérieure fait obstacle à une nouvelle reconnaissance (a. 338). Le service de l'état civil admet, toutefois, que la seconde reconnaissance reste inscrite sur les registres à titre conservatoire : inefficace pour l'heure, elle pourra recevoir effet si la première reconnaissance vient à être anéantie sur une action en contestation.

— Une possession d'état d'enfant légitime fait obstacle à une reconnaissance d'enfant naturel (a. 334-9). *A contrario* peut être valablement reconnu un enfant légitime dont la filiation n'est fondée qu'en titre, mais il y aura un conflit de paternités (cf. *supra*, p. 208).

► Conditions de forme

La loi exige que l'acte de reconnaissance soit reçu en la forme authentique (a. 335), afin que son irrévocabilité soit assurée, et aussi afin que soit mieux sauvegardée la liberté psychologique de l'auteur. C'est un acte solennel ; mais, pourvu qu'il y ait authenticité, réception par un officier public compétent, plusieurs possibilités sont ouvertes :

1° *Acte de l'état civil*. — Cette forme est la plus usuelle. Ce peut être une déclaration spéciale insérée dans l'acte de naissance (mais qui ne se confond pas avec l'acte de naissance : l'acte de naissance peut procéder de toutes les personnes désignées par l'a. 56 ; tandis que la reconnaissance est l'œuvre exclusive de celui qui se dit le père ou la mère de l'enfant). Ce peut être un acte séparé, d'ailleurs inscrit sur les mêmes registres que les actes de naissance (a. 62). Mention en doit être faite en marge de l'acte de naissance de l'enfant (dans la mesure où cet acte peut être localisé). La mairie qui procède à cette mention doit, en outre, en aviser l'autre parent, par lettre recommandée, si elle peut le joindre (a. 57-1, l. 5 juill. 1996). La mention se limite à l'identification de l'auteur de la reconnaissance, tandis que l'acte de reconnaissance lui-même peut contenir, en outre, tous renseignements utiles sur la naissance, sans préjudicier néanmoins au secret de la maternité (a. 62, l. 8 janv. 1993).

2° *Acte notarié*. — Ce peut être un acte notarié rédigé spécialement à cette fin (le modèle pour princes) ou un acte notarié ayant un autre objet principal, en particulier un testament notarié.

3° *Déclaration faite en justice*. — (Ex. en réponse à un interrogatoire, lors d'une comparution personnelle.) Consignée par le greffier, qui est un officier public, cette déclaration, dans laquelle le père (ou la mère) reconnaît le lien de parenté qui l'unit à l'enfant, satisfait aux conditions de l'a. 335, au moins quant à la forme.

II. — Effets de la reconnaissance

Elle a des effets :

1° *Absolus*. — Ceci peut s'entendre de deux manières :

— En tant que *preuve* de la filiation, la reconnaissance de l'enfant naturel, comme l'acte de naissance du légitime, établit (a toujours pu établir) la filiation *erga omnes*.

— En tant que *création* d'une parenté, tandis qu'avant 1972 elle ne créait qu'une relation de parenté interindividuelle, entre le père (ou la mère) et l'enfant, elle a aujourd'hui des effets généraux, faisant entrer l'enfant dans la famille de son auteur (a. 334, al. 2).

Sauf aux tiers à la contester sous les conditions de l'a. 339.

2° *Rétroactifs*. — L'enfant est réputé avoir été rattaché dès le jour de sa naissance à celui qui ne l'a reconnu que plus ou moins longtemps après (d'où, par ex., les successions que l'on aurait liquidées dans l'intervalle sans tenir compte de ce lien de parenté, devraient faire l'objet d'une nouvelle liquidation). En réalité, ce n'est pas la reconnaissance, qui rétroagit, c'est la filiation préexistante qui aurait dû pro-

duire ces effets dans le passé. La reconnaissance, sous ce rapport, est déclarative, non constitutive de droits.

Cependant, sur des enfants majeurs, cette filiation arrivant à l'improviste peut être troublante. Elle le serait, en particulier, si elle devait leur imposer un changement de patronyme. Par une restriction au principe de rétroactivité, ils ne seront obligés au changement que s'ils y consentent (a. 61-3, al. 2, l. 8 janv. 1993).

3° *Irrévocables*. — Celui qui a reconnu l'enfant ne peut revenir là-dessus et faire cesser les effets de sa reconnaissance par un acte contraire (cependant, quand la reconnaissance est contenue dans un testament, acte essentiellement révocable, a. 895, il faut admettre que la révocation du testament, a. 1035 s., entraînera révocation de la reconnaissance). Que la reconnaissance soit irrévocable ne signifie pas, du reste, qu'elle ne puisse être remise en question : elle peut être attaquée.

III. — Moyens d'attaquer la reconnaissance

Deux voies sont possibles :

► *Demande en annulation*

Il faut appliquer ici le droit commun des nullités.

1° *Nullité absolue* : ex. si la reconnaissance porte sur un enfant légitime en possession de son état (a. 334-9) ; si elle a été faite par acte sous seing privé.

2° *Nullité relative*, pratiquement pour vice du consentement, et en particulier pour dol ou violence, la maîtresse ayant usé de ruse ou de chantage pour déterminer l'amant à reconnaître l'enfant. Mais ne serait pas violence illégitime la menace de recourir à une voie de droit (cf. t. IV, n° 43), telle qu'une recherche judiciaire (avec test biologique à la clef). En fait, la question de validité se nuancera toujours d'une question de sincérité, et un tribunal ne sera guère disposé à annuler une reconnaissance pour dol ou violence s'il est intimement convaincu qu'elle correspond tout de même à la vérité, de sorte que l'action en nullité pour vice du consentement ressemble fort à une action en contestation.

► *Demande en contestation*

Le demandeur, comme dans le cas précédent, poursuit l'anéantissement de la reconnaissance. Seulement, à cette fin, il invoque non

pas une imperfection intrinsèque de l'acte juridique, mais une discordance de l'acte avec le réel. Il entend démontrer que l'auteur de la reconnaissance n'est pas véritablement le père (ou la mère) de l'enfant. Vue sous cet angle, l'action en contestation de reconnaissance (a. 339) se rapproche de l'action en contestation d'état (a. 322 s.) ou même de l'action en désaveu (a. 312, al. 2). Il existe, cependant, entre elles des différences, qui paraissent se résumer dans une plus grande fragilité, une plus grande précarité de la reconnaissance, donc dans une plus grande facilité pour l'action qui tend à la contester.

a) *Ouverture de l'action* (a. 339, al. 1, 2)

Elle est ouverte à tous ceux qui y ont intérêt, l'intérêt justificatif pouvant être moral aussi bien que pécuniaire. Les intéressés se rangent pratiquement en deux groupes.

1° Ceux qui défendent contre l'enfant intrus la famille de l'auteur de la reconnaissance. Avant 1972, on admettait déjà à agir les père et mère de l'auteur, même de son vivant ; après sa mort, ses héritiers. Depuis 1972, puisque la reconnaissance est opposable à l'ensemble de la famille (a. 334, al. 2), tous les parents (légitimes ou naturels) de celui qui a fait la reconnaissance peuvent avoir intérêt à la contester.

L'auteur de la reconnaissance occupe dans ce groupe une place à part. Sa contestation ne ressemble-t-elle pas à une révocation ? On l'avait objecté. Cependant, ce qu'interdit la règle de l'irrévocabilité, c'est un retrait discrétionnaire, hors du contrôle du juge. Ici, il n'est question que d'autoriser le soi-disant parent à rapporter la preuve, judiciairement débattue, que la filiation reconnue par lui n'existe pas dans la réalité, qu'il n'est pas le père (qu'elle n'est pas la mère) : la preuve par l'analyse des sangs ou les tests génétiques sera, s'il le faut, opérante dans sa fonction négative (la moins contestée). L'expérience atteste que, bien souvent, sous l'empire de la passion du moment (sans qu'il y ait dol ou violence), un homme reconnaît par *complaisance* (et même légitimera ensuite) l'enfant naturel que sa maîtresse a pu avoir d'une liaison antérieure. Le regret survient ensuite et s'exaspère : il peut créer un climat délétère. Mieux vaut y mettre fin. L'auteur de la reconnaissance est donc admis à prouver par tous les moyens que l'acte est mensonger. Toutefois, cette révocation de fait peut s'accompagner d'une responsabilité. Le va-et-vient d'état civil imposé aux enfants peut leur avoir causé un tort moral. Les tribunaux leur ouvrent une action en dommages-intérêts contre l'auteur de la reconnaissance, la faute de celui-ci se situant soit dans le mensonge initial,

soit dans la manière dépourvue de ménagements dont il en est sorti, soit plutôt dans la combinaison des deux.

2° Ceux qui défendent la personnalité de l'enfant contre un rattachement mensonger. Outre le premier intéressé, qui est l'enfant lui-même, nous trouvons là ceux qui se prétendent les père et mère véritables, et aussi celui (ou celle) qui prétend être l'autre, l'autre parent, et en savoir long, partant, sur la filiation alléguée.

Un intérêt de moralité publique autorise le procureur de la République à contester les reconnaissances. Il n'est, toutefois, recevable à agir que sous une restriction, destinée à empêcher l'inquisition des parquets dans les affaires privées : il faut que l'in vraisemblance de la filiation déclarée résulte sinon de l'acte de reconnaissance lui-même, du moins de l'ensemble des actes (de l'état civil) dont le Ministère Public a le contrôle. L'a. 339, al. 2, a principalement pour but de remédier au scandale, qui s'est vu, d'une reconnaissance où l'écart d'âge entre le père et le fils était seulement de quelques années (il est vrai que l'a. 344 montre que la loi n'exclut pas des fictions d'écart d'âge).

La l. 5 juillet 1996 sur l'adoption a étendu le droit d'action du Ministère Public : il pourra agir en contestation d'une reconnaissance faite en fraude des règles régissant l'adoption. Quelle était la fraude dénoncée ? Celle-ci, par ex. : informé d'un accouchement sous X..., le mari, dans un couple stérile, s'empressait de reconnaître l'enfant, et la femme demandait ensuite l'adoption – adoption de l'enfant (adultérin) de son conjoint, ce qui lui permettait notamment de court-circuiter l'a. 348-5.

b) *Extinction de l'action* (a. 339, al. 3)

Suivant l'a. 311-7, l'action en contestation se prescrit par trente ans à partir de la reconnaissance (cf. *supra*, p. 205). Toutefois, elle peut se trouver éteinte plus tôt par une sorte de prescription acquisitive de l'état : si l'enfant reconnu a joui de sa filiation par possession d'état pendant dix ans, elle ne peut plus lui être contestée par la famille, par les tiers, ni surtout par l'auteur de la reconnaissance (ainsi enfermé, éventuellement, dans la reconnaissance de complaisance qu'il avait souscrite). En revanche, l'enfant lui-même, l'autre parent, les parents véritables conservent le droit de faire tomber la situation mensongère.

c) *Fin de non-recevoir* (a. 311-20)

Le consentement que les concubins avaient donné à l'I.A.D. interdit, en principe, toute action en contestation (cf. *supra*, p. 215).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n^{os} 725 s.

HISTOIRE

A côté de l'action en déclaration de paternité, l'Ancien Droit pratiquait la reconnaissance volontaire. Mais les formes en étaient beaucoup moins nettement arrêtées que dans le C.C., et les exigences moindres sous le rapport de l'affirmation de la volonté (aveu sous seing privé, aveu tacite au moins par la possession d'état) ; à l'égard des filles mères, déclarations de grossesse ou d'accouchement imposées par l'Édit de Henri II, etc. Comme l'observe A. Esmein (*Le mariage en droit canonique*, II, p. 38), la reconnaissance d'enfant naturel était plutôt un simple fait qu'un acte juridique. Ce qui était aveu, et parfois un peu traqué, comme d'un fait criminel, est devenu, dans les rêves révolutionnaires, acte de volonté joyeuse et d'une gravité antique. Au fond, si notre conception de la reconnaissance réunit les deux contradictoires de la confession et de l'admission, c'est peut-être que deux courants de pensée y confluent : l'un venu de la pratique de l'Ancien Droit en matière de séduction, l'autre de la philosophie volontariste du XVIII^e s.

SOCIOLOGIE

C'est peut-être le lieu de lire, chez le philosophe Jean Lacroix (*Force et faiblesses de la famille*, 1948) ce qu'il a écrit de l'aveu, *fondement de l'être familial* (p. 45 s.). Voici, en effet, une famille qui est fondée authentiquement sur l'aveu...

Sur les difficultés d'une statistique des reconnaissances, V. A. Nizard et M. Maksud, *Pop.*, 77, 1188 s. (avec des estimations). Contrairement à une légende (le père qui sème et s'enfuit), les reconnaissances paternelles n'ont jamais été rares, 35 % des illégitimes vers 1850, 47 % vers 1900, et elles ont beaucoup augmenté au XX^e s. (progrès des mœurs et des ressources ; peut-être effet comminatoire de la loi de 1912). On remarquera au passage que la loi du 25 mars 1896, qui avait augmenté les droits successoraux de l'enfant naturel (du tiers à la moitié) n'avait pas eu apparemment d'effet dissuasif. Les reconnaissances paternelles à la naissance sont passées de 23 % en 1971 à 40 % en 1981, puis à 70 % en 1992, ce qui montre, ajoute l'I.N.S.E.E., qu'il s'agit bien d'un choix délibéré. Mais il faudrait suivre et rechercher dans quelle mesure ces reconnaissances ne préparaient pas une légitimation. — En 1996, 1 601 actions en contestation ou en nullité. — Sur les reconnaissances de complaisance, cf. *infra*, p. 328, légitimation de complaisance.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) La *solemnité* de la reconnaissance est en cohérence avec l'ensemble des actes de l'état civil. Du côté de la maternité, ce formalisme pouvait être critiqué comme superflu, mais depuis 1972, il y a l'a. 337, et même la possession d'état suffit. Du côté de la

paternité, à l'opposé, les critiques actuelles tendraient plutôt à un renforcement de la solennité, car l'expérience montre que beaucoup de ces pères ne se sentent guère responsabilisés par une signature rapidement apposée sur un registre municipal. On préconise une déclaration qui pourrait être une promesse de (bien et convenablement) élever l'enfant, déclaration qui serait faite devant le maire, en présence de deux témoins, mieux que des témoins, d'ailleurs, garants, suppléants de l'autorité parentale. Objection : la publicité de la cérémonie dissuadera de la reconnaissance les pères qui ont leur quant-à-soi, les plus individualistes, tandis que les autres s'y abandonneront, comptant bien se reposer sur leurs suppléants.

Techniquement, un point faible du système est l'imperfection de la publicité (v. F. Dekeuwer-Defossez, D. 86, chr. 305) : la reconnaissance pouvant être faite dans une commune quelconque sans indication de la commune (et de la date) où la naissance a été déclarée, l'acte de naissance de l'enfant n'en recevra pas mention. La l. 8 janv. 1993 (a. 62) n'y apporte pas de remède pratique (cf. Roehrig, *Rép. not.*, 92, 1, 694).

b) Le caractère *unilatéral* de la reconnaissance peut sembler empreint d'esprit autoritaire et avoir quelque chose d'anachronique à une époque de « concertation ». La l. 5 juill. 1996 sur l'adoption a essayé de le corriger en organisant entre les deux parents un va-et-vient d'information dont les officiers d'état civil sont les pivots (a. 57-1, 335). Mais c'est un palliatif incertain. Des législations étrangères réputées progressistes (C.C.S. 305 ; l. allemande de décembre 1997, F. Furkel, *R.T.*, 98, 809) ont suggéré des réformes plus radicales :

1° Subordonner la reconnaissance paternelle à l'accord de la mère. — Seulement, que craint-on au juste ? Que le père, en agissant à l'insu de la mère, ne veuille la prendre de vitesse pour s'emparer de l'enfant ? Mais les règles de l'autorité parentale y pourvoient déjà (a. 374), et c'est à la mère qu'elles sont le plus favorables. Que l'auteur d'une reconnaissance, fautive par hypothèse, en quête d'un enfant à adopter, ne cherche à se soustraire au contrôle de celle qui pourrait le mieux déjouer la machination ? Le danger existe peut-être : c'est à ce motif, en tout cas, que le Ministère Public a reçu un nouveau pouvoir pour contester les reconnaissances mensongères (a. 339, l. 5 juill. 1996). Mais, en revanche, à exiger l'accord de la mère, n'y aurait-il pas un danger ? Par animosité pour l'amant avec qui elle a rompu, elle pourrait bien s'opposer à une reconnaissance véridique et avantageuse pour l'enfant.

2° Subordonner toute reconnaissance (peut-être uniquement celle du père) au *consentement de l'enfant*. L'idée, pédocentrique, a de quoi séduire, et elle avait été proposée dans les travaux préparatoires de la loi de 1972. Toutefois, si ce consentement est requis quel que soit l'âge de l'enfant, ce sera pratiquement, pendant les premières années, celui de la mère, et l'on retombe dans les problèmes précédents. Il est vrai que l'on pense plutôt à un consentement personnel, à partir d'un certain âge. On évoque une analogie avec l'adoption (a. 345, *in fine*). Mais la reconnaissance d'enfant naturel est la reconnaissance d'un fait, indéniable par hypothèse, alors que l'adoption serait plutôt la méconnaissance de ce même fait. Tout ce que l'on peut concéder à la thèse, c'est qu'en des cas pathologiques, il arrive que l'institution de la reconnaissance soit *détournée* de sa fonction, viciée par l'intention de s'enrichir ou de nuire : une jurisprudence tant soit peu imaginative devrait pouvoir paralyser des combinaisons de ce genre par un appel à la théorie de l'abus de droit.

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Portée de l'acte de naissance*. — Ce n'est pas une preuve directe de la filiation. Tel est le principe, implicite dans l'a. 334-8, en contraste très net avec l'a. 319. Néanmoins, l'acte de naissance de l'enfant naturel peut jouer un rôle en combinaison avec d'autres éléments (avec la possession d'état, a. 313-1, 337 ; avec un jugement, ainsi le jugement de désaveu prouve le caractère adultérin, mais la maternité a déjà été prouvée par l'acte de l'état civil). Synthèse de ces effets fragmentaires par P. Raynaud, *Mélanges Marty*, 1978, 903.

b) *Nature juridique de la reconnaissance*. — C'est l'objet d'une controverse classique. L'étude fondamentale est d'Ambroise Colin (*R.T.*, 1902, 256). Cf. Véron, *Volonté du « père » et reconnaissance d'enfant* (*R.T.*, 1967, 521).

1° *Les deux natures de la reconnaissance*. — Selon les points de vue, on peut l'envisager comme une *admission* ou comme une *confession*. On peut y voir une *admission*, c'est-à-dire un acte juridique, créateur d'effets de droit, constitutif, par lequel le père (ou la mère) fait entrer l'enfant dans un rapport de famille, l'accepte comme sien (par une espèce d'adoption). C'était l'inspiration révolutionnaire. On peut y voir une *confession*, c'est-à-dire l'aveu de la filiation, d'un fait préexistant, qu'elle constate, sans rien créer — une preuve, non un acte juridique.

Des *solutions* du droit positif peuvent être rattachées à chacune des deux natures. C'est parce qu'elle est un *acte juridique* que la reconnaissance peut être attaquée par voie de nullité, et que, faite pendant le mariage avec une tierce personne, elle était privée de certains de ses effets par l'ancien a. 337 (s'il n'y avait eu qu'un aveu déclaratif, on aurait dû dire que, le fait avoué étant antérieur au mariage, le conjoint ne pouvait se plaindre). C'est, au contraire, parce qu'elle est un *aveu* que la reconnaissance a des effets absolus, rétroactifs (déclaratifs), irrévocables (cf. a. 1356, al. 4) ; et qu'elle peut donner lieu à une action en contestation (une preuve de la filiation doit être adéquate à la vérité biologique, tandis qu'un acte juridique, acte de volonté créatrice peut se passer du support de cette vérité).

Si l'on fait le *bilan*, la reconnaissance semble participer des deux natures. Cependant, l'idée de *confession* paraît prépondérante ; et surtout, d'instinct, le droit est défiant envers la volonté privée là où l'enfant est en cause. Les arrêts qui font rétroagir la reconnaissance au jour de la naissance insistent sur son caractère déclaratif : Civ.¹ 29 juin 1977, 17 juill. 1980, D. 77, *I.R.*, 436 et 81, *I.R.*, 298. Joint à cela que, depuis Ambroise Colin, l'institution de l'adoption ayant pris un développement propre, on éprouve peut-être moins que lui le besoin d'une pseudo-adoption.

2° *La doctrine* a parfois cherché à ramener la nature de la reconnaissance à l'unité, soit dans un sens, soit dans l'autre. La thèse de l'admission n'a été que rarement soutenue en France (peut-être Colin y inclinait-il dans l'article précité) ; mais elle l'a été largement en Italie. On peut lui objecter que la filiation a des effets propres avant toute reconnaissance (filiation naturelle de fait ; cf. *infra*, p. 310, 320). Mais l'idée de confession n'est pas aussi claire qu'on le suppose. D'abord, confession, aveu, de quoi ? De la maternité ou de la paternité ? Il semble que, de la part de l'homme, ce ne puisse être que l'aveu d'avoir eu des rapports sexuels avec la mère à l'époque de la conception, l'aveu d'une faute que l'aveu lui-même tente de réparer, la faute ayant consisté à livrer l'enfant à un état incertain. Et puis il y a quelque exagération dans l'opposition de

nature que l'on met entre l'aveu et l'admission : l'aveu est, sinon un acte juridique, du moins un acte de volonté lui aussi ; c'est une adhésion de la volonté à la vérité, mais il y faut une volonté au sens juridique, donc libre et réfléchie. A moins que l'on se reconstruise l'opposition comme une différence de degré quant à la volonté requise, en se demandant si la reconnaissance est un aveu juridique ou un aveu psychologique (lequel pourrait être provoqué, surpris, demi-conscient ; la jurisprudence se satisfait d'un aveu psychologique, quand elle admet que peuvent valoir reconnaissance les déclarations échappées à un individu au cours d'une instruction pénale ou d'une enquête civile ; v. sur le principe, Req. 13 juill. 1886, S. 87, 1, 65, D. 87, 1, 119).

Les auteurs modernes ont cherché à s'évader de l'antinomie classique. V. Motin, *La nature juridique de la reconnaissance d'enfant naturel*, Th. Rennes, 1934, qui l'analysait comme un « acte de déclaration », comparable à la déclaration du nouveau-né à l'état civil, idée à laquelle, en 1972, l'a. 337 a apporté un renfort imprévu ; Merle, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Th. Toulouse, 1949, n° 16 s., qui découvrirait la solution dans un approfondissement de la notion d'acte déclaratif, à rapprocher de la théorie italienne de l'acte d'*accertamento* (cette sorte d'acte a pour objet de rendre certains les droits préexistants, ce qui est non pas seulement les constater, mais ajouter à leur efficacité juridique). Enfin, en songeant que le père ou la mère avait le devoir de conscience de reconnaître l'enfant, nous nous demanderions si la reconnaissance ne pourrait pas être expliquée par la notion de paiement, d'acquiescement d'une obligation naturelle (c'est encore un Italien, le subtil Carnelutti, qui observait que l'enfant naturel est naturel au même sens que l'obligation du même nom ; cf. t. IV, n° 9).

c) *Reconnaissance forcée*. — De ce que les anciens a. 340-342, avant 1972, étaient placés dans la même section que ceux qui concernaient la reconnaissance volontaire, sous la rubrique générale « de la reconnaissance des enfants naturels », on avait déduit parfois que le jugement constatant une filiation naturelle constituait aussi une reconnaissance, *reconnaissance forcée* (cf. Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 567, texte et n. 15 ; Beudant-Breton, III, n° 1090). Ce qui suggérait une similitude de nature entre la reconnaissance volontaire et la déclaration judiciaire. Pourquoi, du reste, l'a. 374 préciserait-il *volontaire*, si l'autre n'était pas aussi une reconnaissance ? Partant, les règles écrites pour le premier mode auraient pu être étendues au second. Néanmoins, alors qu'un mineur peut faire une reconnaissance volontaire sans l'assistance de son père, il ne peut défendre seul à une action en recherche de paternité (Civ. 31 oct. 1934, D. 35, 1, 52 ; Civ. 8 janv. 1957, D. 57, 464). — Sur un tout autre sens dans l'a. 311-20 *in fine*, v. *supra*, p. 215.

Quels sont les arguments ? Pour l'assimilation, on fait valoir : que la forme judiciaire peut servir à revêtir un acte juridique du droit privé, ex. contrat judiciaire ; jugement d'adjudication qui réalise une vente, etc. (mais, dans ces hypothèses, à la différence de ce qui se passe dans la recherche de filiation, il n'y a pas véritablement litige, pas de juridiction contentieuse). Contre l'assimilation : que le droit judiciaire est autonome ; que la volonté du juge, non celle de l'auteur de l'enfant, est la cause efficiente du jugement déclaratif ; que ce jugement a ses caractères propres, tout différents de ceux d'une reconnaissance volontaire (il n'a pas l'effet absolu des actes de l'état civil [a. 311-10 : possibilité de la tierce-opposition] ; en revanche, une fois les voies de recours épuisées, il n'est susceptible ni d'annulation ni de contestation ; sur l'exercice de l'autorité parentale, les effets sont différents, a. 372, al. 2, 374, al. 2).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Forme de la reconnaissance*. — Admission ou confession, l'acte peut n'être pas explicite et appeler une interprétation. Il semble que les juges le traitent, dans leur façon de l'interpréter, tantôt comme un acte de *volonté* (ex. Civ. 24 mars 1993, D. 94, 346, défaut du défendeur dans un procès de filiation, cette dérobade aurait pu être tenue pour aveu tacite, selon l'a. 11 C. Pr. C., mais, la volonté manquant, on n'y a pas vu de reconnaissance ; Versailles, 25 juin 1992, D. 93, Somm. 169, prévalence d'une reconnaissance anténatale sur une reconnaissance ultérieure, celui qui reconnaît de confiance *veut*) — tantôt comme un *aveu* (ex. Civ. 1^{er} juill. 1981, D. 82, 105, déclarer que le défunt était mon petit-fils, c'est reconnaître, quoique obliquement, que son père est mon fils, je laisse échapper un état de conscience), ainsi que toute la jurisprudence sur les aveux de paternité constatés en justice, ainsi Civ. 1^{er} juill. 1981, *G.P.*, 82, 1, 258, 2^e esp.). Le formalisme n'est, d'ailleurs, jamais qu'un formalisme atténué (ex. Civ. 17 févr. 1982, D. 83, *I.R.*, 331). L'atténuation ayant, toutefois, une limite : un écrit sous seing privé est inefficace (ex. Civ. 23 mars 1994, *R.T.*, 94, 537), s'agirait-il même d'un testament olographe déposé chez un notaire (Civ. 2 févr. 1977, *Bull.*, n° 63). L'idée peut être d'empêcher une dérive de l'état civil hors de l'authentique. Sur les reconnaissances devant notaire, v. De Garate, *G.P.*, 94, 2, doct. 1166.

b) *Reconnaissance du père avec indication du nom de la mère*. — L'a. 336 est un bon thème d'exercice pour l'apprenti exégète. Il a : 1° une signification directe, obvie, simple application du principe que la reconnaissance a un effet individuel, purement personnel à celui des deux parents qui l'a faite ; 2° Une signification dérivée, qui est un exemple jurisprudentiel frappant d'argument *a contrario*. Il faut, selon la jurisprudence, retourner le texte ainsi : la reconnaissance du père, *avec* l'indication et *avec* l'aveu de la mère, n'a *pas seulement* effet à l'égard du père, c'est-à-dire a effet à l'égard de la mère. Cette interprétation *a contrario* est nettement démentie par les travaux préparatoires du Code (v. la critique de Planiol, dans Ripert-Boulanger, I, n° 1787) : la jurisprudence entend, par aveu de la mère, l'*aveu*, fait par une femme, *de sa maternité*, alors que, dans l'intention du législateur de 1804, il s'agissait de l'*aveu*, fait par la mère de l'enfant, *que l'auteur de la reconnaissance est bien le père* (aveu = confirmation, approbation de la reconnaissance). Le système jurisprudentiel n'en est pas moins justifié par son utilité pratique : dans un faux ménage, le père va déclarer la naissance à l'état civil ; on lui fait reconnaître l'enfant dans l'acte de naissance ; il n'y cache point le nom de la mère, et s' imagine que cela suffit pour établir la filiation des deux côtés. La mère élève l'enfant ; quand elle meurt, on s'aperçoit qu'il n'y a pas de lien légal, donc pas de droit de succession. C'est là que la jurisprudence va venir au secours de l'enfant : les soins qu'il a reçus de la mère (*tractatus* de la possession d'état) constituent un aveu maternel, aveu tacite qui, s'ajoutant à l'indication du père, établit la maternité par le jeu de l'a. 336 (ex. Civ. 25 nov. 1913, S. 14,1, 954 ; Civ. 29 juin 1939, S. 40, 1, 121 ; Civ. 4 nov. 1969, D. 70, 622, n. M.-J. Gebler). L'utilisation du texte paraît, du reste, s'être raréfiée. Encore fallait-il une *reconnaissance du père* : la déclaration faite par un tiers (fût-il un proche) n'aurait pu convenir (Civ. 8 mars 1948, D. 48, 213 ; Civ. 2 nov. 1965, D. 66, 83). Mais depuis 1972, cette déclaration d'un tiers pourrait tirer de l'a. 337 une efficacité comparable.

c) *Objet de la preuve dans l'action en contestation de reconnaissance.* — Quand cette action est intentée par l'auteur de la reconnaissance, elle évoque assez le désaveu. Celui-ci ne peut avoir lieu par simple dénégation, quoique l'expression soit parfois employée. Pareillement, la reconnaissance ne peut être contestée par simple dénégation de son auteur : ce serait une rétractation ; or, la reconnaissance est irrévocable. L'accord de la mère n'ajouterait rien à la dénégation de l'homme : l'état est indisponible, Civ.¹ 16 juin 1992 et 4 juill. 1995, D. 93, Somm. 50 et 96, Somm. 153. Peut-être aurait-on pu retourner la situation par une analyse inversée : la mère, aurait-on soutenu, constituait la reconnaissance du prétendu père par tous les moyens, l'aveu de celui-ci étant un de ces moyens. On peut, du reste, se montrer plus ou moins exigeant quant à l'objet de la preuve. Autrefois, par imitation de l'a. 312, al. 2, la jurisprudence aurait pu demander une certitude de non-paternité (l'impossibilité physique de cohabitation), et aujourd'hui, elle peut obtenir cette certitude par un recours facile à l'expertise des sangs : ex. Civ.¹ 2 mai 1994, D. 94, 545. Cependant, la pratique se satisfait, en général, d'une démonstration empirique de l'in vraisemblance de la paternité reconnue : Civ. 30 juill. 1951, D. 51, 701 ; Civ.¹ 21 févr. 1966, D. 66, 338 ; Civ.¹ 10 juin 1981, *Bull.*, n° 203 ; Civ.¹ 14 févr. 1990, *Rép. not.*, 90, 1, 690 ; Civ.¹ 4 juill. 1995, D. 96, Somm. 152. La multiplication des reconnaissances de complaisance (cf. J. Savatier, *J.C.P.*, 51, 2, 6046) a rendu la jurisprudence plus accueillante aux contestations : n'est-il pas moral d'aider le « complaisant » à sortir du piège où il s'est enfermé ? Mais il serait également moral de ne pas encourager son infidélité à la parole qu'il avait dû donner à sa partenaire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation (8 mars 1988, D. 89, 528, *J.C.P.*, 88, 2, 21162), en décidant que la reconnaissance mensongère ne constituait pas un faux punissable au sens de l'a. 147 C.P. (= 441-4 N.C.P.), a débarassé l'action en contestation de la dissuasion qu'aurait constituée la menace de poursuites. De son côté, il est vrai, la jurisprudence civile dissuade le faux père de contester en le déclarant passible de dommages-intérêts envers les enfants, si la contestation réussit, pour le dommage moral, le traumatisme que leur cause cette brusque rupture ; Civ.¹ 4 mars 1981, *Bull.*, n° 81 ; Civ.¹ 21 juill. 1987, D. 88, 225 ; Civ.¹ 6 déc. 1988, D. 89, 317 ; Paris, 20 nov. 1997, D. 98, Somm. 356. Faute de préjudice, il n'y a pas lieu à dommages-intérêts, toutefois, lorsque l'enfant fictif avait toujours connu la vérité, Civ.¹ 5 nov. 1996, D. 97, Somm. 157, *Rép. not.*, 97, 722. Une solution s'impose dans tous les cas : le père qui obtient la mise à néant de sa reconnaissance (et de la légitimation qui s'en est suivie) ne saurait réclamer le remboursement de ce qu'il a payé pour l'entretien de l'enfant : Civ.¹ 21 juill. 1987, précité ; Versailles, 29 mai 1985, D. 87, Somm. 318. Son paiement avait une cause, l'engagement tacite de l'a. 203 (et peut-être même quelques années de bonheur).

2 | LE RÉGIME PARTICULIER DE LA MATERNITÉ NATURELLE

Quoique le C.C. ait fait de la reconnaissance la preuve par excellence de la maternité aussi bien que de la paternité naturelle, il faut convenir que la nécessité d'un acte de volonté solennel pour que

l'enfant soit rattaché à sa mère ne se justifie guère objectivement. L'accouchement est un fait évident qui rend la maternité certaine, quand bien même la conception aurait eu lieu dans la promiscuité, dans la prostitution (*mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit*). Aussi, à défaut de reconnaissance, d'autres modes de preuve (*atypiques*) sont-ils admis à établir la filiation maternelle. Toutefois, ils peuvent se trouver bloqués par l'attitude de la mère, si celle-ci a demandé à accoucher dans l'*anonymat*.

ÉTAT DES QUESTIONS

Énonçant la règle *Mater semper certa est* (dig. 2, 4, 5), le juriste Paul (au tout début du III^e s. après J.-C.) marque lui-même le contraste avec la position de l'homme, lequel n'est désigné comme père (entendez : avec le même automatisme) que par le mariage, la présomption de paternité qui y est incluse.

Cette certitude de la filiation maternelle explique plus d'une position du droit : 1° La préférence accordée à la mère dans l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant naturel (a. 334, al. 2) ; 2° A l'occasion des conflits de lois que doit résoudre le droit international privé, dans le tourbillon des trois lois (père, mère, enfant) théoriquement applicables, le choix de la loi de la mère en principe (a. 311-14), comme représentant le point le plus fixe (et cela même en matière de filiation légitime, car le procès sur la filiation légitime laisse craindre adultère sous roche).

La certitude de la filiation maternelle a, néanmoins, été ébranlée de nos jours par les possibilités nouvelles de la génétique. Que les combinaisons dont il s'agit soient déclarées illicites n'empêchera pas que ne se pose une question de filiation. A raisonner sur le cas extrême (et bien rare, le droit est-il sage de s'occuper des *apax*, des cas singuliers ?, Dig. 1, 3, 6), le prêt ou la location d'utérus, lorsque la femme mène à terme la gestation d'un œuf implanté, conçu et fécondé par d'autres, il est clair que n'existe pas de lien génétique entre cette femme et l'enfant dont elle accouche : aux géniteurs de le reprendre. Beaucoup considéreront, cependant, que neuf mois de grossesse et les douleurs finales ont créé entre la gestatrice et le fruit de ses entrailles des rapports physiques, physiologiques, affectifs qui font une autre espèce de maternité. Et puis, il y a le fait brutal, saisissant : la sortie du ventre de la femme. On n'y retourne pas..., disait jadis une phrase toute faite. Il est des moments où une réalité grossière peut suffire à la vie, où l'ignorance a plus de force que la science.

I. — L'accouchement dans l'anonymat

Dès le XIX^e s., il avait été admis par la pratique et la jurisprudence que les médecins et sages-femmes, tenues selon l'a. 56 C.C., de déclarer les naissances, ne l'étaient pas de déclarer le nom de la mère de l'enfant naturel et que ce nom pouvait n'être pas mentionné dans

l'acte de l'état civil. Après qu'en 1923 eut été introduite l'adoption des mineurs, l'attention se porta davantage sur cette source d'enfants adoptables : la l. 7 févr. 1924 légalisa la faculté de ne pas désigner la mère (ni le père) dans l'acte de naissance de l'enfant naturel (a. 57) ; l'Assistance publique (qui deviendra l'Aide sociale à l'enfance) fit consacrer par le C. Fam. de 1939 sa tradition d'abandon/accueil dans le secret. Les textes du C. Fam. ont été souvent remaniés (a. 47, 61, 62, 81), et en dernier lieu, très fortement, par la l. 5 juill. 1996, et c'est à propos de l'adoption que nous les retrouverons (*infra*, p. 347).

C'est comme un système indépendant de ces précédents que la l. 8 janv. 1993 a institué l'accouchement dans l'anonymat, vulgairement dit *accouchement sous X...* Le nouvel a. 341-1 dispose que, lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission (dans l'hôpital ou la clinique), ainsi que de sa propre identité, soit préservé. Le secret ne porte pas sur le fait brut de l'accouchement, ni sur la naissance d'un enfant. Un acte de naissance sera dressé : seulement, le déclarant s'abstenant de désigner la mère, il ne sera fait aucune mention de celle-ci. Le législateur a dû penser qu'en insérant la règle dans l'écrin du C. Nap. il lui conférerait valeur historique, voire semi-constitutionnelle.

a) *Conditions d'application.* — L'autonomie du système se manifeste par plusieurs traits :

— *Ratione loci*, tandis que les règles du C. Fam. ne concernent que les établissements hospitaliers, publics ou privés conventionnés, l'a. 341-1 est applicable en quelque lieu que l'accouchement se soit accompli, établissement privé non conventionné, maison quelconque, ou même *hall* de gare.

— *Ratione temporis*, tandis que la remise de l'enfant à l'Aide sociale avec demande de secret peut être faite bien après la naissance, la demande d'anonymat de l'a. 341-1 doit être exprimée *lors de l'accouchement*, ni avant (il n'y a pas de grossesse suivie sous X...), ni une fois que la déclaration de la naissance a été inscrite sur les registres de l'état civil.

— *Ratione personae*, tandis que la remise de l'enfant à l'Aide sociale peut être faite par un tiers aussi bien que par la mère, c'est uniquement de celle-ci que doit émaner la demande d'anonymat. Il y a là un acte de volonté, qui n'est soumis à aucune exigence de preuve. Si, oublieux de la demande, le déclarant avait tout de même fait inscrire la filiation maternelle dans l'acte de naissance, l'anonymat pourrait, sans doute, être rétabli par voie de rectification (cf. *supra*, p. 260), mais le remède n'est pas très adéquat.

— *Ratione materiae*, l'objet de la demande est purement négatif, une non-révélation. La non-désignation de la mère dans l'acte de naissance ne pourrait être accompagnée des renseignements dits « non identifiants » qu'autorise l'a. 62-4° C. Fam. Il est vrai que la l. 5 juill. 1996, loi d'amour, elle aussi, permet à la mère anonyme d'indiquer les prénoms qu'elle souhaite voir donner à l'enfant et qu'une combinaison de prénoms rares peut être un signe de reconnaissance.

b) *Conséquences.* — L'essentiel en est caché dans la réserve de l'a. 341.

1° L'anonymat demandé par la mère s'impose à l'enfant, non pas simplement en fait par l'impossibilité de preuve devant laquelle il le place, mais par une impossibilité de droit : l'a. 341-1 crée une fin de non-recevoir qui bloquera l'action en recherche de maternité naturelle. On se demande si, par analogie, il ne peut pas bloquer aussi l'action en réclamation d'état (d'enfant légitime), de l'a. 323, car, bien que placé au chapitre *de la filiation naturelle*, le texte, lu isolément, pourrait convenir pareillement à une femme mariée.

2° Du silence de la loi on induit que la mère n'est pas liée par l'anonymat qu'elle a demandé : elle en sortira automatiquement si elle reconnaît l'enfant ou si elle se décide à l'élever, lui donnant ainsi une possession d'état. En fait, on ne voit pas comment elle pourrait en être empêchée, à moins qu'entre-temps l'enfant n'ait acquis (ex. par adoption) une autre filiation.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Dans les *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1994, les articles de F. Dreifus-Neitter et B. Trillat, p. 107 et 520 ; C. Neirinck, *J.C.P.*, 96, 1, 3922 (le fait et le droit) ; J. Rubellin-Devichi ; *J.C.P.*, 99, 1, 101, « Défense comme d'une liberté de la femme ». — Cf. sur les effets juridiques de l'anonymat en général, J.-Chr. Saint-Pau, *L'anonymat et le droit*, Th. Bordeaux, 1998.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le principe du secret, au XIX^e s., avait été admis par la pratique administrative dans l'intérêt de l'enfant : à une époque où accoucher d'un bâtard était déshonneur pour la mère, on craignait que, pour y échapper, elle ne recourût à l'avortement ou à l'infanticide. D'autres, en sens contraire invoquaient l'ordre social. La maternité, écrivait Planiol, ne peut être tenue secrète que par une véritable suppression d'état (entendez : une infraction pénale, a. 345 C.P. ; cf. dans le nouveau, a. 227-13). Mais Planiol avait un penchant peu privatiste à s'accommoder d'institutions de police. Et le principe du secret

a reçu de nouvelles impulsions : l'idéologie de la liberté individuelle, l'idée, défendue dans un féminisme de pointe, que la femme ne doit pas sacrifier à la maternité l'épanouissement de sa personnalité. Il est probable, pourtant, que ce ne sont pas ces motifs qui ont déterminé le Parlement à voter l'a. 341-1. Plus décisive a dû être l'action des organismes d'adoption. Pour accroître le stock des enfants adoptables (de 7 à 900 en 1993), on est passé légèrement sur les objections : la Convention de l'O.N.U. et le droit naturel des enfants à connaître leurs auteurs (cf. *supra*, p. 211, et t. I, n° 109) ; l'égalité des sexes, sérieusement mise à mal par un système où l'homme est exposé à la preuve par tous les moyens, tandis que la femme a le droit de se replier dans le secret.

Techniquement, la superposition de plusieurs strates de textes, C.C., C. Fam., l. 8 janv. 1993, l. 5 juill. 1996, rendrait utile une harmonisation.

THÉORIE JURIDIQUE

Quelle est la nature de la demande d'anonymat ? les uns, mettant l'accent sur la liberté de la mère, verront dans l'acte une renonciation, non pas seulement à l'autorité parentale (malgré l'a. 376), mais à la maternité elle-même (cf. J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 91, 704). En contrepartie, interdiction de revenir sur cette abdication. Analyse différente : c'est une exclusion qui est prononcée contre l'enfant, l'inverse de ce qu'est la reconnaissance. Étrange, mais en compensation, il devrait exister une faculté, pour la mère, de se repentir ou de faire grâce. Cependant, y a-t-il même un acte juridique ? ou un fait ? *Il n'y a personne* : X... ne peut avoir de consentement, de capacité. Sur cette impasse de la non-identité, v. Civ.¹ 5 nov. 1996, cassant Agen, 14 déc. 1995, *J.C.P.*, 97, 2, 22749, et la note J. Ardeeff. Au passage, la cour d'appel avait qualifié d'abandon d'un droit essentiel de la personnalité la remise de l'enfant à l'Aide sociale par la mère, mineure non assistée. La mère, dit un arrêt (Riom, 16 déc. 1997, D. 98, Somm. 301), est considérée par la loi comme n'ayant jamais accouché : en conséquence, la reconnaissance, même prénatale, du père est privée de toute valeur, car, bien qu'antérieure à la décision de la mère, elle ne devait prendre corps qu'au jour de la naissance.

II. — Les modes atypiques d'établissement de la maternité naturelle

► *L'indication du nom de la mère en combinaison avec la possession d'état*

A la différence de la reconnaissance qui, émanant de la mère elle-même, vaut de sa part aveu et acceptation, ce que l'on entend par *indication du nom de la mère* vient, par hypothèse, d'une autre personne (celle qui a déclaré la naissance au service de l'état civil). Cette indication est donc *a priori* beaucoup moins probante. Elle peut, toutefois, se trouver fortifiée par deux circonstances : 1° si elle est contenue dans un acte authentique, ce qui confère à la déclaration une certaine gra-

vité ; 2° si une possession d'état d'enfant naturel vient s'y ajouter, qui en est comme une ratification tacite par la mère. Trois solutions peuvent être rattachées, en tout ou en partie, à ce raisonnement.

a) *L'a. 337.* — C'est l'application la plus directe : l'acte de naissance portant indication de la mère *vaut reconnaissance*, lorsqu'il est corroboré par la possession d'état. La disposition a été introduite pour tempérer, dans l'intérêt des enfants naturels, le formalisme de l'a. 335. Quoique les mères célibataires soient aujourd'hui plus entourées d'informations et de conseils qu'il y a cent ans, il arrive encore qu'elles négligent de faire dresser un acte de reconnaissance, s'imaginant que la déclaration de naissance avec indication du nom maternel suffit à établir la filiation. Avant 1972, au décès d'une mère qui l'avait pourtant élevé, l'enfant apprenait avec étonnement qu'il lui était étranger, sans droit sur la succession, sauf à mettre en mouvement la lourde machinerie d'une recherche judiciaire. Sans aller, comme beaucoup de législations européennes, jusqu'à faire du seul acte de naissance une preuve suffisante de la maternité naturelle, la loi de 1972 l'a déclaré efficace dans le cas où l'existence de rapports possessoires entre l'enfant et la mère rendait plus criante l'injustice du système ancien. Cependant, depuis qu'en 1982 la possession d'état a été expressément rangée parmi les modes d'établissement de la filiation naturelle (a. 334-8), on se demande si l'a. 337 est encore utile : si l'enfant peut se contenter de la possession d'état, à quoi bon l'acte de naissance ?

b) *L'a. 313-1.* — Ce texte, rapproché du précédent, peut être lu comme s'il en était l'adaptation particulière au cas de l'enfant adultérin *a matre* (indication du nom de la mère dans l'acte de naissance + possession d'état = reconnaissance). Mais une autre explication rejoint celle-ci : que la présomption de paternité légitime, toutes les fois qu'elle est refoulée, laisse sur le terrain la preuve d'une maternité naturelle (a. 313-2, al. 1).

c) *L'interprétation a contrario de l'a. 336.* — C'est toujours le même schéma (indication du nom de la mère + possession d'état...). Néanmoins, ici encore, l'explication n'est pas unique : l'établissement de la filiation maternelle peut être compris comme un effet de couple attribué à l'acte du père.

► *L'effet nécessaire des règles relatives à la présomption de paternité*

Lorsqu'un enfant, issu d'une femme mariée, se trouve rejeté hors de la présomption de paternité du mari, sa filiation maternelle, qui est

une filiation naturelle (adultérine) n'en demeure pas moins établie, quoiqu'il n'y ait pas eu d'acte de reconnaissance. On était en marche vers la démonstration d'une filiation légitime. La démonstration a tourné court à hauteur de la paternité, mais dans sa partie concernant la maternité, elle reste acquise à l'enfant, bien que les preuves employées (acte de naissance, possession d'état) ne soient pas celles de la maternité naturelle. La solution aurait pu s'induire d'une nécessité pratique et rationnelle, si les a. 313-2, al. 2, et 334-8, al. 2, ne lui donnaient aujourd'hui un fondement légal.

Plusieurs cas doivent être distingués :

a) *Enfant ayant fait l'objet d'une action en désaveu ou en contestation de paternité*

C'est le cas classique, celui qui a mis en évidence l'ensemble du mécanisme. Avant 1972, à une époque où tout établissement de la filiation adultérine était interdit, il avait bien fallu admettre que l'enfant ne pouvait être détaché du mari s'il n'avait été préalablement rattaché à la femme. On parlait à ce propos d'un effet réflexe, d'un *effet nécessaire* du jugement de désaveu.

b) *Enfant conçu pendant une période où les époux étaient dispensés du devoir de cohabitation*

L'hypothèse (a. 313) se différencie de celle du désaveu en ce que la présomption de paternité légitime est renversée de plein droit, sans qu'il soit besoin d'un jugement, sur la seule vérification des dates. L'a. 313-2, al. 1, n'en assimile pas moins les deux hypothèses. La maternité se trouve établie par l'acte de naissance (lors même qu'il mentionnerait le nom du mari, la comparaison des dates démentant précisément cette mention), puis par la possession d'état d'enfant naturel que suppose par antiphrase l'exclusion de la possession d'état d'enfant légitime (a. 313, al. 2).

c) *Enfant inscrit à l'état civil sans indication du nom du mari*

La présomption de paternité est écartée de plein droit (a. 313-1), et très clairement, la filiation maternelle est établie (a. 313-2, al. 1) par la combinaison de l'acte de naissance et de la possession d'état d'enfant naturel (cf. *supra*, I, b). Mais l'acte de naissance doit, par définition, être d'un certain type : désigner la mère sous son nom de jeune fille.

► *La recherche judiciaire de la maternité*

C'est un dernier recours qui s'offre à l'enfant naturel (a. 341) – qui s'offrait déjà à lui dans le système de 1804, où la recherche de la paternité naturelle, au contraire, était interdite (a. 340). L'intérêt de l'institution a fortement diminué, en 1972, grâce au nouvel a. 337, car, auparavant, c'étaient le plus fréquemment des enfants déclarés au nom de la mère et élevés par elle qui étaient ainsi contraints de s'adresser à un tribunal pour établir leur filiation. Cette espèce d'instance en validation du titre et de la possession d'état est devenue inutile. Il subsiste, en revanche, des hypothèses plus tourmentées : l'enfant a été abandonné par la mère dès la naissance, de sorte qu'il n'a pas de possession d'état ; ou bien, ayant une possession d'état, il ne dispose que d'un acte de naissance muet sur le nom de la mère. Dans ces limites, le texte, même rajeuni par la l. 9 janv. 1993, n'est pas appelé à une application très fréquente.

À l'opposé de l'action en recherche de paternité, l'action en recherche de maternité est ouverte à l'enfant sans autre délai que la prescription trentenaire de l'a. 311-7. Les seules restrictions concernent les *modes de preuve* admissibles.

Ces restrictions étaient beaucoup plus marquées dans le C.C. de 1804, ce qui mettait entre la maternité légitime et la maternité naturelle une différence de plus (bien peu justifiable, puisque le fait à prouver est matériellement toujours le même). Une loi du 15 juill. 1955, consolidée ici par la loi de 1972, avait rapproché sur ce terrain les deux sortes de maternité. La loi de 1993 en supprimant toute référence à la possession d'état a précisé les contours de l'hypothèse : il faut supposer un enfant qui est dépourvu de possession d'état.

Pour faciliter la preuve exigée de l'enfant, doctrine et jurisprudence l'avaient décomposée, au XIX^e s., selon le schéma théorique déjà rencontré dans la filiation légitime : preuve de l'accouchement et preuve de l'identité. Cette analyse pourra retrouver un argument nouveau dans la rédaction de 1993 (la preuve qui doit en être rapportée est la preuve du fait visé à l'alinéa précédent, c'est-à-dire l'identité).

a) *Preuve de l'accouchement*

Elle se fait :

1° Par l'*acte de naissance*, qui fait pleine foi de l'événement, pourvu que le nom de la mère y soit indiqué (il y avait déjà là, avant 1972, un

tempérament au principe que l'acte de naissance ne prouve pas la filiation naturelle).

2° A défaut d'acte de naissance, ou si l'acte ne mentionne pas le nom de la mère (sans qu'elle ait cependant demandé l'anonymat), *par tous les moyens*, librement, l'exigence d'admicules ne concernant que la preuve de l'identité.

b) Preuve de l'identité

Elle pourra se faire par témoins, à condition que l'accès aux *témoignages* ait été filtré par des *admicules*, présomptions ou indices graves, comme dans la filiation légitime (cf. *supra*, p. 255), que les juges du fond apprécient souverainement.

c) Fin de non-recevoir

L'anonymat de l'accouchement avait été demandé par la mère (a. 341-1).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n°s 670 s.

SOCIOLOGIE

En 1990, 42 demandes, dont 10 rejets.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Établissement de la filiation maternelle de l'enfant naturel par l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance.* — Deux réformes ont longtemps été préconisées, qui, sans être solidaires, avaient en commun le souci de mettre plus d'ordre dans la constatation de l'état des personnes.

1° On demandait que l'acte de naissance portant indication du nom de la mère pût à lui seul faire preuve de l'accouchement dans la filiation naturelle, comme il en avait toujours le pouvoir dans la filiation légitime, la reconnaissance n'étant plus désormais nécessaire que pour établir la paternité. Quels étaient les arguments ? Rationnellement, la matérialité du fait à prouver étant la même, quelle que soit la filiation, le mode de preuve ne devrait pas être différent ; humainement, il est dur d'imposer à la mère, aux

fins de reconnaissance, une cérémonie de relevailles à la mairie ; politiquement, enfin, il est désirable que le C.C. ne se laisse pas distancer par les législations étrangères, lesquelles se sont en général ralliées à la solution libérale. On répliquait : sociologiquement, la déclaration à l'état civil n'offre pas des garanties équivalentes d'un cas à l'autre (c'était surtout vrai au siècle dernier : le père légitime allait lui-même triomphalement déclarer son fils, tandis que, pour les bâtards, il ne fallait point compter sur leur auteur, mais seulement sur la sage-femme ou la logeuse, personnes des plus suspectes en ce temps-là ; l'événement s'enveloppait d'un mystère propice à toutes les fraudes) ; et pratiquement, pour finir, quand tous les enfants naturels seront rattachés à leurs mères, avec quoi ferait-on des enfants adoptifs ? Or, une déclaration de naissance ne fait pas un foyer. Cette dernière crainte, exprimée par les œuvres d'adoption, contribua à bloquer la réforme. La Commission internationale de l'état civil s'était prononcée pour l'acte de naissance, et elle avait préparé en ce sens une convention (Convention de Bruxelles, 12 septembre 1962). Le gouvernement français l'avait signée : fallait-il la ratifier et en faire passer la substance dans le C.C. ? Ce fut une âpre polémique. En 1970, une proposition de loi consacrant le système international fut votée par l'Assemblée nationale, repoussée par le Sénat. Le projet qui allait devenir la loi du 3 janvier 1972 en a repris l'idée, mais en la tempérant par l'exigence d'une possession d'état (d'un peu de chaleur vitale). C'est une *loi de compromis*, à juger comme telle.

2° Certains demandaient que, dans l'acte de naissance, le déclarant eût l'obligation de révéler le nom de la mère naturelle. Il n'y est pas obligé en droit positif. On en avait discuté jadis — avec maintes nuances, d'ailleurs (cf. Demolombe, I, n°s 297 s.) ; mais la pratique s'était fixée en faveur de la liberté (cf. Crim. 1^{er} juin 1844, S. 44, 1, 670), et elle avait été consolidée par l'a. 57, al. 1, dans sa rédaction de 1922-1924, avant de l'être par le C. Fam., a. 47. Le débat législatif persistait, néanmoins. La loi du 8 janvier 1993 l'a clos avec quelque solennité dans le nouvel a. 341-1.

THÉORIE JURIDIQUE

L'a. 337 suscite plusieurs questions :

1° Quelle est la *cause efficiente* de l'établissement de la filiation ? l'acte de naissance ou la possession d'état ? A la lettre, c'est l'acte de l'état civil qui a valeur de reconnaissance, la possession d'état n'en est que la ratification. Pourtant, si l'on interprète l'a. 337 comme la consécration d'une reconnaissance tacite, il peut sembler réaliste de chercher cette volonté tacite dans le comportement personnel de la mère, plutôt que dans la démarche impersonnelle d'un tiers. Un inconvénient possible, c'est que la possession d'état est un continuum dont l'achèvement est malaisé à dater, tandis que l'acte de naissance constitue un point fixe. Mais, en fait, cet inconvénient est sans conséquence dans la plupart des cas, parce que l'effet de reconnaissance, en quelque moment qu'on en situe la cause, rétroagira uniformément au jour où l'enfant est né.

2° La filiation établie par l'effet de l'a. 337 est-elle une *filiation volontairement reconnue* au sens des a. 374 et 389-2, 3° ? L'assimilation s'impose ; mais il faut convenir qu'elle s'explique mieux par la possession d'état que par l'acte d'état civil.

3° La formule *vaut reconnaissance* doit-elle être comprise comme l'affirmation d'une complète identité de nature, ou comme une simple équivalence d'effet, résultant

d'une espèce de fiction (à interpréter strictement) ? L'intérêt pratique du choix résiderait en ceci, que, si l'indication du nom de la mère constitue une véritable reconnaissance, elle est sujette aux mêmes actions en nullité et contestation que les reconnaissances ordinaires, tandis que, si elle reste une mention d'acte de naissance, il faut lui appliquer le régime (fou ; cf. t. 1) qui a été sporadiquement élaboré pour la nullité et la contestation des actes de l'état civil. La première analyse semble la plus exacte. Cependant, par quel mécanisme expliquer qu'une reconnaissance, acte de caractère personnel, découle de la déclaration faite par un tiers ? On pourrait invoquer la représentation. Suivant le principe de l'a. 36, il est admis que la reconnaissance d'enfant naturel peut être accomplie par mandataire (Civ. 12 févr. 1868, sol. impl., D. 68, 1, 60-61). En l'espèce, le déclarant n'est pas mandataire, mais il est gérant d'affaire, institué par la loi (cf. a. 491-4) ; la mère, par la possession d'état, ratifie tacitement la gestion d'affaire et la transforme rétroactivement en mandat (cf. t. IV, n° 299).

4° La loi du 25 juin 1982 a fait naître une question : en proclamant, dans l'a. 334-8, que la possession d'état est à elle seule un mode d'établissement de la filiation naturelle, n'a-t-elle pas submergé l'a. 337 ? Abroger celui-ci pourrait sembler logique. En pratique, pourtant, le combiné acte de naissance + possession d'état conserve une utilité (cf. J.C.P., 99, 1, 101, n° 4-1°) : la possession d'état sera plus vite et plus aisément admise si elle se manifeste dans le prolongement d'un acte de naissance. Il est vrai qu'alors c'est l'acte de naissance qui paraît corroborer la possession d'état : il y a inversion. Les interprètes, en tout cas, pourraient profiter du remue-ménage pour appliquer au texte des lectures renouvelées, qui en feraient sortir des solutions de progrès (dans le sens « européen »). Première lecture : *foi provisoire* est due au titre, en attendant que la possession d'état peu à peu se soit constituée. Seconde lecture, plus audacieuse : l'acte de naissance vaut reconnaissance à lui seul, la possession d'état n'est requise que pour prouver l'identité du réclamant avec l'enfant mentionné dans l'acte.

PRATIQUE JUDICIAIRE

De cette action, relativement rare, ex. récents : Civ.¹ 13 janv. 1998 et 24 mars 1998, D. 98, Somm. 358, J.C.P., 98, 4, 1460 et 2141.

3 | LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ NATURELLE EN JUSTICE

L'Ancien Droit, dans son dernier état, permettait assez facilement la recherche de la paternité naturelle ; mais c'est que l'enfant naturel dont la filiation était établie, n'acquerrait par là qu'une créance d'aliments, point de droits successoraux. La législation révolutionnaire accorda aux enfants naturels des droits de succession, mais elle prohiba la recherche de la paternité. Le système fut repris par le Code

civil de 1804 : la recherche de la paternité naturelle était interdite, sauf les cas d'enlèvement et de viol.

Cette interdiction fut critiquée au XIX^e siècle comme moralement choquante, permettant au fils de famille débauché de fuir ses responsabilités, et socialement injuste, laissant sans recours la misère de la fille-mère. La jurisprudence avait bien tempéré la rigueur légale en utilisant les ressources du droit commun : tantôt validant comme novation d'une obligation naturelle l'engagement pris par le père de pourvoir à l'entretien de l'enfant, tantôt autorisant la mère dolosivement séduite à réclamer à son séducteur, en vertu de l'a. 1382, réparation du préjudice subi (y compris le préjudice causé par la charge de l'enfant). Mais ces tempéraments ne trouvaient pas toujours à s'appliquer, et au début du siècle, la modification de l'a. 340 était une des réformes du C. C. que réclamait le plus vivement l'opinion de gauche. Il fallut cependant composer avec une résistance tenace du Sénat, et la l. 16 nov. 1912 n'introduisit la recherche de la paternité qu'avec de nombreuses précautions de fond et de procédure. Cette loi n'en fut pas moins interprétée assez libéralement par la jurisprudence. La loi de 1972 reprit le dossier. Sa véritable novation consista à étendre l'institution à la filiation adultérine. A cause de quoi peut-être, elle s'abstint délibérément, malgré les demandes, d'admettre la preuve de la paternité par tous les moyens. C'est ce dernier pas qu'a franchi la loi du 8 janvier 1993. Est-ce bien, il est vrai, le dernier ? Le Sénat, cette fois encore, a inséré dans la nouveauté une restriction dont on ne peut encore mesurer l'impact.

I. — Conditions de fond

Il n'est pas inutile, pour comprendre l'état actuel du droit, d'en rappeler l'état antérieur.

a) *Avant la loi du 8 janvier 1993.* — La mère (l'enfant), pour aboutir à faire déclarer judiciairement la paternité, devait avancer théoriquement en trois étapes : il lui fallait justifier d'un cas d'ouverture à l'action, renverser les fins de non-recevoir que pouvait lui opposer le défendeur, père prétendu ; convaincre enfin le tribunal de la vérité de la filiation.

1° *Les cas d'ouverture.* — C'étaient des faits rendant sinon vraisemblable, du moins non invraisemblable, la paternité alléguée, donnant à penser que le défendeur pouvait bien être le père. L'a. 340 en énumérait cinq :

- enlèvement ou viol durant la période légale de la conception ;
- séduction par manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles ;

- lettres ou écrits émanant du père prétendu et propres à établir la paternité de manière non équivoque ;
- état de concubinage impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues ;
- participation à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père.

2° *Les fins de non-recevoir*. — Que l'une d'elles fût prouvée, l'action devait s'arrêter comme irrecevable. L'a. 340-1 en énumérait trois :

- l'inconduite notoire de la mère ou les relations qu'elle aurait eues avec un autre individu identifié (*exceptio plurium concubentium*) ;
- l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant, par l'effet soit de l'éloignement, soit d'une impuissance accidentelle (plus anciennement, il y avait eu là des causes de désaveu de la paternité légitime) ;
- la non-paternité établie par un examen des sangs ou toute autre méthode médicale certaine.

3° *Le débat au fond*. — Argument étant tiré du verbe « pouvoir » (la paternité hors mariage *peut* être judiciairement déclarée), il était admis que le tribunal gardait un pouvoir d'appréciation : il n'était pas lié par la preuve d'un cas d'ouverture et aurait pu, tout en constatant par ex. un concubinage tel que défini par la loi, ne pas déclarer la paternité s'il n'en avait pas été intimement convaincu. Il était lié, au contraire, par l'effet mécanique de l'analyse des sangs et n'aurait pu, par ex., passer outre au résultat négatif de celle-ci. Dans la pratique, toutefois, les trois phases de démonstration que la doctrine aimait distinguer se fondaient en une même recherche globale.

b) *La loi du 8 janvier 1993*. — La liste des cas d'ouverture et celle des fins de non-recevoir ont été rayées de la loi. L'a. 340 énonce simplement deux règles, dont la première enjambe l'alinéa d'où elle part.

Première règle : la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée sur la preuve qui en est administrée librement.

Il faut beaucoup de complaisance pour interpréter ainsi le texte. Pris à la lettre, le premier alinéa ne signifierait pas grand-chose de plus que ce qui était déjà inscrit à l'a. 334-8, al. 2 : que la filiation naturelle peut être établie par l'effet d'un jugement.

Le verbe « pouvoir » se retrouve (elle *peut* être...), impliquant la même *faculté d'appréciation*. Ce qui ne veut pas dire *arbitraire* : les juges statueront rationnellement sur la base d'une preuve. Le second alinéa se soude ici au premier. Il faut prouver. Mais *quoi et comment* ?

1° Il faut prouver la *paternité* du défendeur. Le droit n'a jamais confondu la paternité avec la paternité par le sang, biologique, génétique. Il n'est que de lire l'a. 334-8 : la paternité peut être établie par

une reconnaissance – un acte de volonté –, par la possession d'état – tout un tableau psychosociologique. Ce ne sont pas en soi des phénomènes biologiques. On ne voit pas pourquoi le jugement, qui est mis sur un pied d'égalité avec la possession d'état et la reconnaissance, serait rivé plus qu'elles à la présence d'une paternité biologiquement vérifiée. Le paradoxe est même que les textes actuels en sont plus détachés que les textes précédents, qui permettaient du moins au défendeur de recourir à une expertise biologique pour bloquer toute recherche par d'autres voies.

2° Biologique ou pas, le second alinéa de l'a. 340 met en relief la nécessité de prouver la paternité, mais il ne précise pas par quels *moyens* se fera la preuve. Ce qu'il dira en terminant des présomptions et indices se situe dans une autre planète. Puisque les moyens ne sont pas précisés, ils ne sont pas limités. La traduction du silence est la liberté : la preuve de la paternité (ou non-paternité) peut se faire par tous les moyens.

Les techniques biologiques – analyse des sangs, tests d'identification génétique – figurent à l'évidence, parmi les moyens admissibles. Les examens d'empreintes génétiques, avec la quasi-infaillibilité dont ils sont crédités, avaient hanté constamment le législateur de 1993. Ils ont reçu leur réglementation de la première loi de bioéthique du 29 juillet 1994 (a. 16-10 à 16-12 C.C., a. L. 145-15 C.S.P.). Trois dispositions restrictives : 1° ils ne peuvent avoir lieu qu'ordonnés par le juge et, en matière civile, seulement dans une procédure concernant la filiation ; 2° ils ne peuvent être pratiqués que par des laboratoires agréés, inscrits sur une liste d'experts judiciaires ; 3° le consentement de l'intéressé doit avoir été préalablement et expressément recueilli. Le refus de se prêter à l'épreuve semble invincible : le corps humain n'est-il pas inviolable (a. 16-1) ? Cependant, le juge reste libre d'interpréter comme un aveu tacite l'attitude du père prétendu (cf. l'a. 198 C. Pr. C.). Celui-ci, il est vrai, pourrait peut-être se plaindre auprès de la Cour de Strasbourg d'une atteinte indirecte à sa vie privée (cf. l'a. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme).

D'autres moyens de preuve, plus paisibles, sont recevables. L'aveu judiciaire, notamment, non pas parce que, de droit commun, l'aveu est regardé comme la « reine des preuves », mais parce qu'ici, recueilli et authentifié par le greffier dans l'instance en recherche de paternité, il équivaut à une reconnaissance volontaire (cf. *supra*, p. 271), lors même qu'il aurait été provoqué par l'interrogatoire du juge, sur la comparution personnelle du père prétendu.

Seconde règle : l'administration de la preuve de la paternité est subordonnée à l'existence de présomptions ou indices graves.

Par une similitude de vocables et de style, la formule finale du nouvel a. 340 évoque des dispositions qui se rencontraient déjà dans le C. C. de 1804, et qui ont été reproduites en 1972, puis en 1993 même : dans les a. 323 et 341. Quant au fond, aussi, le schéma est comparable : deux types de preuve sont juxtaposés s'articulant entre eux ; une preuve de la filiation à titre principal, dont les moyens ne sont pas précisés, et, à côté, des présomptions ou des indices. Ce sont ces preuves « à côté » qui étaient qualifiées traditionnellement *d'adminicules* – bien à tort (cf. *supra*, p. 255), car elles n'ont pas pour rôle d'étayer, de conforter une preuve principale déjà en place, mais de filtrer par des précautions l'accès du chantier où pourra s'édifier la preuve principale. Partout la rédaction suggère cet ordre chronologique : le débat de vraisemblance avant le débat de vérité. La Cour de cassation, en 1997, semble bien avoir reconnu cette division.

Mais pourquoi des précautions ? Dans les hypothèses traditionnelles, qui concernent la filiation maternelle, ce que redoute la loi, c'est d'avoir la preuve par témoins pour preuve principale, et elle souhaite se rassurer en exigeant préalablement une preuve objective assez ancienne pour n'avoir pu être manipulée en vue de l'instance. Dans l'a. 340, la crainte peut avoir un objet tout différent : non plus une preuve principale qui réussirait trop bien à prouver – trop merveilleuse pour être vraie ; mais une preuve principale qui, au contraire, pourrait bien échouer à prouver, révélant le néant de la demande. Elle échouera à prouver, mais elle aura d'abord fait des ravages sur le défendeur innocent et sur les siens, parce qu'elle a dans sa nature de violer l'intimité de la vie privée et de faire exploser la paix des familles. Exiger une première vraisemblance est un garde-fou.

L'interprétation de l'a. 340, en sa seconde règle, pourra être influencée par la tradition des *adminicules*. Il est de ces *adminicules* qui valent indifféremment pour les deux filiations : ainsi, la ressemblance physique (frappante) de l'enfant à l'un ou l'autre de ses parents. C'est l'archéologie des empreintes génétiques, et l'on a pu longtemps s'en contenter. Il serait, néanmoins, excessif de traiter comme présomption *grave* ce qui ne peut être guère plus qu'une impression marquée d'amateurisme. La gravité des présomptions doit être à la mesure de la gravité de l'enjeu : le test des empreintes, avec

ses effets éventuellement dévastateurs. Il y faut des données offrant plus d'épaisseur, plus de consistance. Dans une interprétation moins réductrice, l'a. 340 affirmera son autonomie à l'égard des a. 323 et 341 et cherchera des analogies dans son propre passé. On ne saurait écarter, sous le couvert des présomptions et indices graves, une retrouvaille des cas d'ouverture. D'autant moins qu'irrésistiblement deux de ces cas ont refait surface dans l'esprit du législateur de 1993 à l'a. 330-4. Ce n'est pas que l'on doive s'attendre à une reproduction pure et simple. Certains cas – les deux, notamment, de l'a. 330-4 – paraîtront plus actuels que d'autres. Et la liste pourra s'allonger de cas inédits : pourquoi, par ex., jugées (cf. a. 342-8) ou non jugées, les relations sexuelles sans concubinage ne créeraient-elles pas la présomption ? Réciproquement, les faits que l'a. 340-1 décrivait comme fins de non-recevoir, effacés de la lettre, pourront ressurgir en esprit, non plus avec l'automatisme qui était le leur, mais à titre de contre-arguments troublants, à peser pour ce qu'ils valent, capables d'affaiblir, voire de neutraliser les présomptions. La recherche de paternité continue d'être une procédure en deux temps.

Contraction jurisprudentielle :

la preuve de la paternité pouvant être faite par tous moyens, elle peut être faite par les présomptions et indices graves qui auraient été nécessaires pour la rendre admissible

C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation en 1997. Les présomptions et indices ne sont plus considérés comme des préalables (garde-fous, filtres), mais comme des preuves autonomes, suffisantes par elles-mêmes. Qu'est-ce qui les caractérise ? C'est de n'être pas des preuves par techniques biologiques, de dispenser de celles-ci.

II. — Procédure

C'est, en principe, la procédure de droit commun, celle de tous les procès civils, portés devant le tribunal civil (de grande instance) du domicile du défendeur. Il y a, cependant, quelques particularités à signaler (a. 340-2 à 340-7).

a) Quant aux parties

Activement l'action n'appartient qu'à l'enfant (on ne pourrait établir la filiation naturelle contre lui). S'il est majeur, il agit lui-même.

S'il est mineur, la demande est formée en son nom par sa mère, *en sa seule qualité de mère*, même si elle n'a pas la tutelle ; à défaut de la mère, par le tuteur (avec l'autorisation du conseil de famille, a. 464, al. 3).

Passivement, l'action est intentée contre le prétendu père ; s'il est décédé, contre ses héritiers ; s'ils ont renoncé, contre l'État ; mais ils doivent être appelés à la procédure. Si le défendeur est mineur, il doit être personnellement partie à l'instance, en présence de son représentant légal (l'un de ses propres parents ou son tuteur).

Par un ricochet de textes, l'a. 311-20 *in fine* fait apparaître un cas des plus embarrassants : le concubin, après avoir consenti à l'I.A.D. refuse de reconnaître l'enfant et la mère elle-même se dérobe à exercer l'action. Il faudra nommer un tuteur, qui agira ; s'il ne veut, la charge passera au Ministère Public.

b) Quant au *délai* pour agir

Pendant la minorité de l'enfant, la mère a deux ans pour agir à compter de la naissance. Cependant, si le père prétendu a vécu en état de concubinage avec la mère pendant la période légale de la conception, ou s'il a participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père, le délai ne court pas tant que le concubinage ou la participation se poursuit : la mère était dans l'impossibilité morale d'agir plus tôt. Si l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci, parvenu à ses 18 ans, dispose d'un nouveau délai personnel de deux années.

Suivant la Cour de cassation, l'action a été enfermée dans ces délais pour des motifs d'ordre public qui se rattachent au repos et à l'honneur des familles, en même temps qu'à la difficulté, dans une telle matière, de prouver des faits trop anciens. Elle déduit de là que ces délais sont non pas des délais de prescription extinctive, mais des délais préfix (cf. t. IV, n° 358), qui ne sont susceptibles d'aucun allongement et ne pourraient même être regardés comme suspendus en vertu de la maxime *Contra non valentem agere non currit praescriptio*, lorsque les intéressés ont été empêchés d'agir par force majeure.

c) Quant à l'*office du juge*

Plusieurs dispositions ont pour but d'économiser les procédures, en regroupant autour de l'action déjà engagée tout ce qui peut s'y rapporter. Si le défendeur allègue que la mère a eu, dans la période

litigieuse, des relations avec un tiers, les juges peuvent l'inviter à appeler ce tiers au procès (a. 311-11) : c'est un cas d'intervention forcée (a. 66, 332 C. Pr. C.). Tout en rejetant la demande, parce que la paternité ne leur semble pas démontrée, ils peuvent allouer des subsides à l'enfant, si les débats ont du moins fait apparaître, dans les conditions des a. 342 s., l'existence de relations sexuelles entre la mère et le défendeur (a. 340-7). En accueillant, au contraire, la demande, ils peuvent, par le même jugement, statuer sur l'attribution du nom et sur l'exercice de l'autorité parentale (a. 340-6), conformément aux a. 342-3 et 374-1. Enfin, dans la même hypothèse, ils peuvent prononcer des condamnations au profit de la mère, bien que celle-ci ne soit pas personnellement partie au procès (a. 340-5) : dommages-intérêts, frais de maternité et d'entretien (« frais de gésine », disait l'Ancien Droit).

d) Quant à la *protection du défendeur*

Même intentée à tort, l'action peut l'éclabousser. C'est pourquoi la loi a interdit la reproduction des débats (non du jugement) dans la presse (1. 29 juill. 1881, a. 39), et elle a soumis aux peines du chantage (a. 400 C.P.) la demanderesse convaincue de mauvaise foi (sanction insupportable en fait).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — R. Savatier, *La recherche de la paternité*, 1927 ; Planiol-Rouast, n°s 885 s. ; Esmein, sur Aubry-Rau, IX, § 569 ; Beudant-Breton, n°s 1095 s. — Après 1972, D. Huet-Weiller, I, n°s 776 s. — Sur la loi de 1993, G. Sutton, Une loi en patchwork, D. 93, chr. 163 ; Massip, *Rép. not.*, 93, 1, 627. — Sur la question corrélative des examens génétiques, v. Follana-Massot et B. Lassalle, *Dr. pros.*, 93 (2), 349.

HISTOIRE

V. surtout Anne Lefebvre-Teillard, L'enfant naturel dans l'ancien Droit français, *Recueil de la Soc. Jean-Bodin* (t. 36 : *L'enfant*, 1976), 251 s., et P. Nicoleau, *De la preuve judiciaire de la paternité naturelle*, Th. III^e cycle [ronéo], Bordeaux, 1984 (étude extrêmement fouillée, de l'Ancien Droit à la loi de 1912). — Le dernier état de l'Ancien Droit est important à connaître, puisque c'est en réaction contre lui que s'est établi le système de la Révolution (1. 12 brum. an II), puis du C.C. Du tableau qu'en donne Fournel (*Traité de la séduction*, 1781) se dégagerait plutôt l'impression que les deux

actions admises dans la jurisprudence, l'une tendant à assurer provisoirement les frais de gésine, l'autre à pourvoir définitivement aux aliments de l'enfant, fonctionnaient paisiblement sans les scandales que dénonçait l'avocat général Servan en 1770. En fait, la démographie historique l'a montré, le taux d'illégitimité était très faible au début du XVIII^e s. (2 à 3 %), mais il y avait eu une hausse sensible de 1750 à 1800 (cf. Dupâquier, *Pop.*, numéro spécial sept. 1977, p. 314). D'où peut-être, sur l'opinion publique, une impression dépassant la réalité, dont se faisaient encore l'écho les tout premiers exégètes (ex. Toullier, *Droit civil*, II, n° 937 : les actions des filles-mères étaient devenues le fléau des familles). D'où peut-être l'esprit apparemment restrictif de l'an II et de 1804. On a tôt fait alors d'opposer à la charité de l'Ancien Droit le pharisaïsme de la bourgeoisie voltairienne soucieuse de couvrir le dévergondage de ses fils. Qu'en est-il au juste ? Pour rééquilibrer le paysage, il faut d'abord y réintroduire un décret de la Convention, le d. 28 juin – 8 juill. 1793, sur l'organisation des secours à accorder annuellement aux enfants (où l'on trouve une ébauche des allocations familiales et des primes à la natalité). Ce texte prévoyait (titre I, § 2) que la Nation se chargerait de l'éducation physique et morale des enfants connus sous le nom d'enfants abandonnés (a. 1^o) et qu'elle fournirait aux frais de gésine de la fille-mère (a. 7). Ainsi, les droits alimentaires étaient maintenus, mais la charge en était transférée du géniteur désigné par la mère à la collectivité publique. En revanche, la loi du 12 brum. an II faisait pour la première fois accéder les enfants naturels à l'héritage, mais seulement dans les situations qui permettaient d'escompter ou de constater un rapport affectif du père à l'enfant. La Révolution retrouvait ici sa philosophie générale du droit de la famille, où la valeur suprême était l'amour (cf. Mulliez, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1986, p. 373 s.). Il faut relire l'a. 8 : sous l'expression gauche de preuves de la possession d'état, ce sont, en réalité, les deux sources psychosociologiques de la filiation naturelle qui sont consacrées : la volonté, revêtue ou non de forme, du père ou de la mère, et la possession d'état elle-même. C'est déjà, bien qu'en plus sommaire, la conception que reprendra la loi du 16 novembre 1912 après l'éclipse de 1804.

SOCIOLOGIE

Pour 1994, il est fait état de 598 actions engagées ; c'est plus qu'en 1990 (212 actions) ; peu, toutefois, au regard de quelque 200 000 naissances illégitimes. L'importance directe de la recherche de paternité a toujours été surestimée. Ce qui ne doit pas faire négliger son importance indirecte, sa force comminatoire : parce qu'ils craignent d'être traînés en justice, un certain nombre de pères naturels sont incités à reconnaître volontairement leurs enfants. Comment expliquer, cependant, la faible fréquence de l'action ? On ne peut plus incriminer l'étroitesse des cas d'ouverture, mais il faut encore compter avec l'ignorance et la pauvreté des mères naturelles. Probable aussi que beaucoup de mères abandonnées répugnent à engager une procédure qui aboutira à conférer au père déserteur des pouvoirs (fussent-ils réduits) sur l'éducation de l'enfant. Et depuis 1980, l'attrait pour la maternité sans paternité a pu s'accroître dans quelques cercles intellectuels (fantasme de la parthénogenèse ; fascination de l'I.A.D.).

Mais, à l'heure actuelle, il faut surtout faire entrer en ligne de compte la cohabitation juvénile, à laquelle doit être attribuée la très grande majorité des naissances hors mariage. Elle n'a pas besoin de l'a. 340, car il est de son éthique implicite que le coha-

bitant reconnaisse spontanément l'enfant, à moins qu'il ne soit convaincu de sa non-paternité. C'est l'équivalent de ce qu'est, pour la filiation légitime, l'attitude de non-désaveu de la plupart des maris.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *La loi de 1972.* — A la veille de cette loi, la réforme de 1912 ne rencontrait plus de contradicteurs, même si quelques auteurs (cf. Rouast, C.R.C.C., *Travaux*, 1950-1951, 296) s'étaient effrayés, témoignages à l'appui, de l'allure punitive, du caractère de peine privée que l'a. 340 avait souvent pris dans le manèment judiciaire. Les critiques allaient plutôt en sens inverse, regrettant l'étroitesse des cas d'ouverture, souhaitant même, à la limite, que la paternité naturelle pût être déclarée sur la seule preuve que le défendeur avait eu commerce avec la mère pendant la période légale de la conception (cf. C.R.C.C., *Travaux*, 1950-1951, *passim*). La question se posa avec acuité pendant la préparation de la loi de 1972. Un trait de plume aurait suffi pour inscrire dans l'a. 340 la flexibilité que l'on était en train d'inscrire dans l'a. 312, al. 2 : l'admission de la preuve par tous les moyens. Mais, comme il arrive souvent, la réflexion vint dissoudre l'instinct. Quels étaient les éléments de réflexion ?

1^o *Le droit comparé.* Un kaléidoscope. Fallait-il aller jusqu'au droit musulman, dont on pressentait déjà le génant voisinage ? Il se passe d'enfants naturels. Ils n'ont droit qu'à être lapidés, aurait dit Mahomet. Il arrive, cependant, qu'on les tire d'affaire en supposant un mariage (ex. Civ.¹ 3 juin 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10181) : Le vieux droit germanique suggérerait d'attribuer à l'enfant naturel un droit purement alimentaire, mais largement accessible ; le législateur retint l'idée et en fit l'action à fins de subsides. Mais le postulat de l'égalité conduisait à une réforme plus incisive : que l'on fit entrer l'enfant naturel dans le cercle des héritiers (fût-ce à titre symbolique, là où il n'avait guère de capital à espérer). Chassé-croisé : au même moment, l'Allemagne fédérale accomplissait sa propre réforme du droit de la filiation naturelle (loi du 19 août 1969 ; cf. Pédamon, D. 70 chr. 153 ; Harscheid et Müller-Freienfels, in *Annales de la Fac. de droit de Strasbourg*, 1972, p. 45, p. 97 ; Fr. Furkel, *R.I.D.C.*, 1975, 321), et elle abandonnait les droits alimentaires pour le droit à l'héritage. Toutefois, admettant la preuve de la paternité par tous les moyens, elle y introduisait le bémol d'un moyen de défense, les doutes sérieux (B.G.B., § 1600 a, al. 2), bémol qui a été maintenu par la réforme de décembre 1997. En outre, ce que trop souvent on laissa dans l'ombre, c'est que les enfants naturels, même naturels simples, n'avaient alors dans la succession de leur père que des droits marginaux en présence de la veuve et des enfants légitimes, une « créance tenant lieu de droit successoral » (§ 1934 a ; cf. Fromont et Rieg, *Introduction au droit allemand*, 1991, 289). Depuis lors, la loi de décembre 1997 en a fait de véritables héritiers, mais le droit allemand continue d'admettre des pactes de famille emportant renonciation à la réserve.

2^o *La philosophie de la famille.* Est-il raisonnable de faire d'un contentieux, d'un combat, la pierre angulaire d'une authentique famille ? Le droit aux aliments, qui est un droit naturel, trouve sa satisfaction spécifique dans l'action à fins de subsides. C'est sur le droit à l'héritage que se concentre la raison pratique de l'a. 340. Mais vient-il de la nature ? Il ne figure pas, en tout cas, parmi les droits de l'homme proclamés en 1789. La philosophie classique le fonde tantôt sur l'affection présumée du défunt, tantôt sur

la cohésion du groupe. Or, il est clair qu'ici manque tout fondement. Le père prétendu se désintéressait de l'enfant, et il a fallu le ramener de force à se souvenir du passé. L'enfant et sa mère vivaient en étrangers au groupe, et ce n'est pas un procès qui les y intégrera. René Savatier (*Le droit, l'amour, la liberté*, 1937, n° 99) avait préconisé d'octroyer moins de droit à ceux qu'il appelait les *enfants naturels de justice*, par opposition aux *enfants naturels de propre mouvement*. Sur le terrain de l'exercice de l'autorité parentale, même la loi du 8 janvier 1993 tient compte de la distinction (a. 372, al. 2, 374, al. 2).

3° *La conception générale des sources de la paternité naturelle*. En remontant de la loi de 1912 à la loi de l'an II, une continuité idéologique se dessinait, marquée par une préférence pour la vérité psychosociologique sur la vérité biologique. Non pas parce que celle-ci aurait été impossible à connaître, mais parce qu'elle n'aurait pu être approchée qu'au prix d'inquisitions et d'atteintes à la liberté. Dès lors que le minimum moralisateur de devoirs – les devoirs alimentaires – était imposé à tous les géniteurs hors mariage et même à ceux qui avaient pris le risque d'être de ces géniteurs (mission dont allait se charger l'action à fins de subsides), le législateur pouvait, en sûreté de conscience, s'en tenir à la conception libérale et individualiste qui avait inspiré la loi de 1912. La loi du sang n'avait-elle pas révélé les excès dont est capable la biologie qui fait du droit ? Dans le droit de la nationalité, ceux-là mêmes qui ont voulu faire sauter l'a. 340 déclaraient odieux le tout génétique et exaltaient une possession d'état.

Ainsi parlait le *statu quo*, force tranquille.

b) *Après 1972*. — Le fait nouveau a été l'entrée en fanfare de la preuve positive par l'examen des sangs, puis de la preuve, plus subversive encore, par les empreintes génétiques, dont la police aussi escomptait merveilles. *De lege ferenda*, la majeure partie de la doctrine pensa que l'a. 340 était désormais dépassé et que la preuve biologique, par empreintes génétiques, devait être reçue comme preuve unique dans la recherche de la paternité (cf. J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 86, 383, D. Huet-Weiller, I, 1989, n° 777 ; Cornu, 1992, n° 261).

c) *La loi du 8 janvier 1993*. — Sur l'a. 340, à cause de la restriction qui y a été introduite, la réforme n'a été, pour ses promoteurs, qu'un demi-succès. Ils avaient mal évalué le rapport des forces. Les intéressés directs étaient en nombre infime et hors jeu pour la plupart. Du côté de la liberté de la preuve, on trouvait le gouvernement, regonflé par la déclaration de 89 miniaturisée qu'était la Convention de l'O.N.U. (« tout enfant a le droit de connaître son père »), les médias, grands traqueurs de filiations secrètes par vocation de romanciers, les juristes convaincus de la vérité de la vérité biologique. En face, la multitude des gens sans qualité, familles légitimes ou même naturelles (mais fondées sur la reconnaissance et qui en ont la vanité), toute la paix des familles, qui ne se confond pas avec la paix bourgeoise. L'infaillibilité des tests génétiques, maladroitement brandie, fit que même ceux qui n'avaient rien à cacher commencèrent à prendre peur.

Il se peut que l'esprit réformateur ait un jour regain de jeunesse et fasse lever la restriction indésirée (cf. J. Rubellin-Devichi, *J.C.P.*, 93, 1, 3659, 17 ; F. Granet, D. 94, chr. 21 ; v. cep. G. Sutton, D. 93, chr. 163). A rebours, on pourra en venir à regretter les fins de non-recevoir, à se demander si, contre les héritiers, vingt ans après, la recherche de paternité a encore un sens (v. Hauser, *R.T.*, 93, 109 ; cf. *supra*, p. 198, l'affaire *Yves Montand*).

THÉORIE JURIDIQUE

a) Il était bon d'analyser de plus près le *texte de 1912* (peu altéré en 1972) – bien plus fortement pensé qu'on ne l'avait cru et qui avait mis en œuvre, de façon perspicace, tout un fonds coutumier. Les éléments dont il se servait pour *objectiver* l'action n'avaient pas pour fonction de rendre plus vraisemblable la filiation biologique. La plupart des faits énumérés – tous, en réalité, sauf deux, le viol et l'abus d'autorité, qui s'expliquaient par une considération de pénalité (au demeurant, contestable) –, la plupart de ces faits avaient en eux-mêmes une signification familiale. Imparfait, ébauchée, avortée, sans doute : aussi fallait-il que le juge intervint. C'est d'elle, cependant, que le jugement tirait son pouvoir exceptionnel d'introduire l'enfant dans la famille, à l'égal d'une reconnaissance expresse et formaliste.

— Tantôt il s'agissait de comportements qui devaient avoir le mariage pour dénouement naturel : que le dénouement eût manqué n'empêchait pas que subsistât une racine matrimoniale. Il en était ainsi de la séduction par promesse de mariage ou fiançailles (la vieille notion du *matrimonium per verba de futuro*), et même de l'enlèvement, pour peu que le cas fût relu dans le prolongement de l'a. 356 C.P.

— Tantôt il s'agissait de comportements dépourvus d'intention nuptiale, mais qui rejoignaient les fondements rationnels que l'on peut assigner à une famille naturelle : soit la reconnaissance volontaire (l'écrit non équivoque, la participation à l'entretien de l'enfant sont, au fond, des reconnaissances, mais restées impuissantes par défaut de forme ou de fond), soit le ménage de fait (le concubinage).

L'ensemble était cohérent et fonctionnait de manière tolérable parce qu'il était soutenu, dans la sensibilité populaire, par quelques concepts élémentaires : l'autonomie de la volonté, le respect des engagements une fois assumés, la cohabitation vécue. Le même consensus n'est pas acquis d'avance à n'importe quelle ouverture de l'action.

b) *Responsabilités sous-jacentes*. — Analyse originale de l'a. 340 dans : P. Nicoleau, *Le rôle de la faute dans la preuve judiciaire de la paternité naturelle*, Th. Bordeaux, 1991 : la faute du père aurait été latente sous les cas d'ouverture, la faute de la mère sous les fins de non-recevoir. Le père est au moins en faute de n'avoir pas reconnu l'enfant volontairement, et la réparation en nature, c'est la reconnaissance forcée. Certains chercheront les responsabilités ailleurs : dans une société qui enseigne la contraception et diffuse les contraceptifs, n'y a-t-il pas faute des géniteurs à n'avoir pas su s'en servir ? et l'on peut se demander de quel côté sont les torts prépondérants. La loi supposera toujours que c'est du côté de l'homme (quoique ce soit peut-être moins juste depuis l'entrée en force de la « pilule ») ; l'idée n'était pas étrangère à l'action à fins de subsides (cf. *infra*, p. 654).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Loi de 1993*. — Ce qui frappe, c'est l'esprit d'économie de la jurisprudence. Le procédé d'identification par les empreintes génétiques est coûteux, compliqué, senti comme vexatoire : les juges s'en dispensent si une autre méthode, telle que l'analyse des sangs, suffit déjà à donner un résultat probant, Civ.¹ 7 juin 1995, D. 96, Somm. 156, *Rép. not.*, 96, 326.

Sur les présomptions et indices, v. les décisions analysées par J. Rubellin-Devichi *et al.*, *La famille*, 1996, n° 1523, S. Bernigaud, *J.C.P.*, 95, 1, 3618. Ces présomptions doi-

vent être prises au sérieux (arg. *graves*) : les rechercher n'est de la compétence ni du juge des référés ni du juge de la mise en état, Toulouse, 21 juin 1994, D. 95, 98, *J.C.P.*, 96, 2, 22585 ; trib. Toulouse, 27 mars 1996, *J.C.P.*, 97, 22787. La promotion des présomptions s'est complétée avec l'arrêt de la 1^{re} Chambre civile, 11 févr. 1997, D. 97, 502, n. Massip, D. 98, Somm. 29, n. F. Granet, et *R.T.*, 98, 356, n. Hauser. *Dr. Fam.*, 97, n° 57, n. Murat : de preuves-filtres elles sont devenues preuves de fond de la paternité (ou non-paternité) ; en ce sens, de nouveau, Civ.¹ 27 janv. 1998, D. 98, Somm. 356. La division, intellectuelle et pratique, de la recherche en deux débats (vraisemblance et vérité) paraît bien avoir trouvé une consécration dans un autre arrêt de 1997, Civ.¹ 21 mai 1997, D. 98, Somm. 295, n. Bossu.

b) *Souvenir des cas d'ouverture*. — L'hypothèse étant plausible que, métamorphosés plus ou moins en présomptions (cf. *R.T.*, 96, 138, n. Hauser), ils continueront d'inspirer les tribunaux, il a semblé utile de présenter ici, en attendant que se dessinent des tendances nouvelles, un tableau allégé des solutions antérieures — cas par cas.

— *Séduction dolosive*. Probable que la loi de 1912 avait entendu limiter le cas aux promesses délibérément fallacieuses. Mais Req. 24 mai 1944, *G.P.*, 44, 2, 82, avait étendu le texte aux promesses faites de bonne foi, pour peu qu'elles eussent été rompues par la suite *sans motif légitime*. Cette dernière condition avait elle-même disparu depuis (Civ.¹ 1^{er} déc. 1954, D. 55, 253), et la séduction par promesse de mariage s'était détachée du reste de l'alinéa, en ce qu'elle était devenue un cas de séduction non fautive (cf. Holleaux, D. 60, 354).

— *Écrit non équivoque* (avant 1972, c'était l'aveu non équivoque). La Cour de cassation avait toujours contrôlé la présence du caractère non équivoque (Civ.¹ 22 mai 1967, D. 67, 581 ; 12 févr. 1968, *J.C.P.*, 68, 2, 15484 ; Civ.¹ 9 juill. 1991, *Bull.*, n° 237). Il y aurait, à travers les arrêts, une étude de psychologie juridique à faire. Il n'était pas nécessaire que l'aveu, l'écrit non équivoque contint cet acte de volonté, cette assumption de l'enfant comme sien, qui entre toujours, au moins pour une part, dans la reconnaissance formaliste. L'expression de l'affection paternelle suffisait (Civ. 22 mai 1950, *J.C.P.*, 50, 4, 113), mais elle n'était pas indispensable. Il n'était même pas besoin que le prétendu père eût fait allusion à la personne de l'enfant. C'était assez qu'il eût connu la grossesse sans manifester de soupçon sur la fidélité (Civ. 23 janv. 1939, S. 39, 1, 103). Les agitations d'une âme inquiète, en présence de la situation, pouvaient même être retenues comme révélatrices (Lyon, 29 juin 1952, S. 52, 2, 53). On suit le glissement de l'aveu juridique, aveu-volonté, à l'aveu psychologique, aveu-indice (cf. pour la reconnaissance volontaire, *supra*, p. 277). L'interprétation paraît sensiblement plus lointaine quand il s'agit de conseils d'avortement (Civ. 2 mars 1949, D. 49, 207 ; Paris, 1^{er} déc. 1960, *J.C.P.*, 61, 2, 11950) : il n'est pas difficile de les imaginer venant d'un amant qui n'est pas le père (à moins de supposer l'idée antique d'un droit de propriété du père sur le fœtus) ; mais, plus que l'analyse raisonnée des vraisemblances, la haine de ce genre de faits expliquait peut-être la solution. On ne pouvait, en tout cas, se contenter d'une vague allusion (Civ.¹ 9 févr. 1966, D. 67, 245, n. Malaurie). Aujourd'hui serait probablement jugée révélatrice une phrase du genre : « Tu m'avais pourtant affirmé que tu prenais la pilule. »

— *Concubinage*. La preuve pouvait en être rapportée par tous les moyens (Civ.¹ 9 juin 1976, *Bull.*, n° 212 ; Civ.¹ 3 janv. 1980, *Bull.*, n° 5 ; Civ.¹ 4 avr. 1991, *J.C.P.*, 92, 2, 21851, n. S. Mirabail). Sur la notion même, dès les lendemains de la loi de 1912, un

conflit s'était élevé entre la conception étroite (conception « sénatoriale », défendue par le rapporteur de la loi au Sénat), exigeant apparence matrimoniale, vie maritale, communauté de ménage, et la conception large, se contentant de relations suffisamment habituelles (cf. sur les faits de familiarité que l'Ancien Droit retenait comme « preuve conjecturale » de la paternité, Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, 1^{re} partie, chap. IX, § 2). C'est Civ. 7 févr. 1922, S. 22, 1, 321, n. Cassin, D. 22, 1, 36, qui avait fait prévaloir en jurisprudence la conception large. Il était vain de discuter sur le mot « concubinage », qui n'a pas de définition légale. L'argument le plus décisif était peut-être un argument pratique : que, dans beaucoup de liaisons solides et même affichées, la disparité des conditions sociales empêchait l'amant de faire ménage commun avec la maîtresse. Une fois la conception restrictive écartée, la Cour de cassation avait senti le besoin de contenir l'a. 340, 4^e, pour éviter que de brèves rencontres ne fussent, après coup, érigées en concubinages, et elle avait élaboré une formule qui devint classique : le concubinage implique des relations intimes, *stables et continues* (Civ.¹ 11 juin 1968, D. 68, 591 ; Civ.¹ 23 mars 1977, D. 77, *I.R.*, 433 ; Civ.¹ 10 nov. 1981, et 23 févr. 1982, D. 82, *I.R.*, 258), ce qui ne veut pas dire fréquentes (Civ.¹ 23 nov. 1977, *Bull.*, n° 440). Les conditions de continuité et de stabilité auraient pu se condenser dans une exigence morale de fidélité (ex. Poitiers, 21 janv. 1952, D. 53, 210). Mais la Cour de cassation avait tourné le dos à cette analyse : l'infidélité de la concubine était sans conséquence sur la notion de concubinage (Civ.¹ 23 févr. 1982, D. 82, *I.R.*, 258 ; Civ.¹ 1^{er} juill. 1986, D. 87, Somm. 318). Par là fut perdue de vue la signification première de ce cas d'ouverture, où il y avait une présomption de paternité, approximativement adaptée de l'a. 312 à l'union libre. Le dérapage était amorcé de la paternité structurée à la paternité par tous les moyens.

— *Entretien, éducation, établissement de l'enfant en qualité de père*. On discutait, en doctrine, le fondement de ce cas d'ouverture : élément (*tractatus*, cf. a. 311-2) d'une possession d'état objectivement constatée entre l'enfant et le défendeur (en ce sens, Planiol-Rouast, n° 907) ? ou bien aveu tacite de paternité (en ce sens, Ripert-Boulangier, 1, n° 1512) ? On s'expliquait mal, s'il y avait aveu tacite, que la loi eût pris tant de précautions, au n° 3, pour exiger un aveu écrit. Outre que le rattachement à la possession d'état faisait apparaître un classement logique dans les cas d'ouverture : 1, 2 = délits ; 3 = aveu ; 4, 5 = états de faits, habitudes, possessions. La Cour de cassation avait donné des solutions qui, du moins à première lecture, s'accordaient mieux avec l'idée d'aveu tacite qu'avec celle de possession d'état. Civ. 11 juill. 1935, D.H. 35, 473 : la contribution à l'entretien de l'enfant peut n'avoir pas été publique (il est vrai que, pour certains enfants naturels, on concevait une possession d'état sans *fama*). Req. 30 janv. 1943, D.H. 34, 180 ; Civ. 20 juin 1955, D. 55, 701 : le prétendu père pouvait s'être borné à remettre un capital, une fois pour toutes (alors que le *tractatus* de la possession d'état évoquerait plutôt une continuité de soins, une longue patience ; mais la solution trouva en 1972 un renfort dans la notion d'*établissement*). Inversement, Civ. 1^{er} mars 1949, S. 49, 1, 178, D. 49, 207 : des envois d'argent faits *proprio motu* par le père du prétendu père ne peuvent être pris en considération (cela va de soi, s'il s'agit d'aveu, car l'aveu est personnel ; le fait pourrait, au contraire, n'être pas absolument inopérant, pour corroborer un *tractatus* venant du père lui-même, car l'accueil de la famille est un élément de la possession d'état, a. 311-2). Dans la formule légale, la participation à l'éducation pouvait être détachée de la participation à l'entretien, Civ.¹

17 mai 1982, *Bull.*, n° 183 ; elle pouvait donc être probante même si elle était purement morale et affective, sans support financier, Civ.¹ 22 nov. 1989, D. 90, 295, *J.C.P.*, 91, 2, 21667. La solution était compatible avec l'aveu comme avec le *tractatus* de la possession d'état. Même conclusion pour Civ. 29 mars 1950, D. 50, 593, et Civ.¹ 9 juin 1976, D. 76, *I.R.*, 259. Ces arrêts décidaient que la participation à l'entretien pouvait consister en des secours versés après la mort du défendeur, pourvu que ce fût sur son ordre (en 1976, sous la forme d'une police d'assurance-vie) : les uns pouvaient voir là un aveu quasi testamentaire, les autres regarder comme le plus sublime *tractatus* cette main du père tendue au fils à travers le tombeau (cf. trib. Paris, 9 janv. 1978, D. 78, 465). — Une équivoque planait souvent sur les prestations du prétendu père : était-ce bien *en qualité de père* qu'il les avait faites ? Aux juges du fond d'apprécier : Civ.¹ 17 oct. 1978 et 8 mai 1979, D. 80, *I.R.*, 66, 1^{re} et 3^e esp. ; Civ. 25 janv. 1983, *Bull.*, n° 34. On aurait pu imaginer un critère objectif, « les actes qui ne peuvent être accomplis qu'en qualité de père » (par décalque de l'a. 778), mais c'eût été clore trop vite la liste des gestes significatifs. Par un critère subjectif, on se donne plus de liberté, la liberté floue des recherches psychologiques : ce sera la conviction d'être le père, *l'animus patris*, comme il y a *l'animus domini* dans la théorie de la possession (cf. Malaurie-Aynès, n° 620). En fait, rien de tel que des actes de puissance paternelle pour traduire, sans confusion avec le paternalisme, la qualité de père (ex. Civ.¹ 17 oct. 1978, précité). L'enfant lui-même faisait partie du tableau (Civ.¹ 17 mai 1982, *Bull.*, n° 183) : la qualité de père se révélait, comme par reflet, dans les sentiments du fils (Civ.¹ 3 juin 1975, *J.C.P.*, 75, 4, 239).

4 | LA POSSESSION D'ÉTAT

La possession d'état d'enfant naturel n'est qu'une adaptation de la notion générale (a. 311-1 ; cf. *supra*, p. 189). L'adaptation se remarque surtout dans la divisibilité (opp. a. 321) : la filiation naturelle étant essentiellement divisible faute de lien conjugal entre les deux auteurs, la possession d'état correspondante doit *a priori* se constater de façon distincte du côté paternel et du côté maternel. Ainsi adaptée, la possession d'état produit des effets importants dans la filiation naturelle, tantôt *par elle-même*, tantôt *en combinaison avec d'autres données*.

► Le rôle de la possession d'état par elle-même

Depuis la loi de 1972, bien que la possession d'état n'eût pas été nommée dans l'a. 334-8, son rôle en tant que mode d'établissement de la filiation naturelle pouvait s'induire de l'esprit général de la réforme, ainsi que de plusieurs textes, notamment des a. 311-1 à 311-3. Ces articles, en effet, l'avaient inscrite d'emblée parmi les « présomptions relatives à la filiation » sans aucune discrimination entre les deux ordres. Des controverses s'étant néanmoins manifestées, une loi du 25 juin 1982 a

complété l'a. 334-8 : il est maintenant certain que la filiation naturelle, soit paternelle, soit maternelle, est légalement établie par la possession d'état. Mais celle-ci ne vaut que comme présomption : elle peut être contredite par un titre qui élèvera un conflit de filiation.

La possession d'état, ici comme dans la filiation légitime, est une *preuve extra-judiciaire* de la filiation. Plus exactement, il est de sa nature de présomption d'être une dispense de preuve : l'enfant (ou le parent) en possession n'a pas à prouver son état, tant qu'il reste en possession. Il pourra seulement avoir besoin d'établir la possession elle-même, et cela à deux degrés (a. 311-3 ; 1157 C. Pr. C.) : d'une manière non contentieuse, et il fera dresser un acte de notoriété ; d'une manière contentieuse, devant le tribunal de grande instance, soit en défendant à une contestation, soit en prenant l'initiative d'une action qui n'est pas une recherche de paternité ou de maternité naturelle, mais une action aux fins de constatation de la possession d'état et, par conséquent, de constatation de la filiation.

► Le rôle de la possession d'état en combinaison avec d'autres données

Dès avant 1972, alors que lui était presque unanimement déniée la position de principe que l'a. 320 conférerait à la possession d'état d'enfant légitime, la possession d'état d'enfant naturel avait cependant donné lieu à des applications fragmentaires. La loi de 1972 a multiplié ces spécialités. Si l'on fait l'inventaire du tout, on observe que, dans notre système des preuves de la filiation naturelle, la possession d'état est appelée à des fonctions variables.

a) Preuve d'appui

1° Elle prouve l'*identité* de l'individu qui veut se prévaloir d'une reconnaissance avec l'enfant mentionné à l'acte ;

2° Elle vaut *aveu* de la mère au sens de l'a. 336 ;

3° Elle entre comme élément dans l'*action en recherche* de maternité (a. 341) ;

4° Elle corrobore l'*indication de la mère dans l'acte de naissance* (a. 337) ;

5° Elle consolide la *reconnaissance* contre certaines contestations (a. 339).

b) *Preuve subsidiaire*

Dans les *conflits de paternités* naturelles, elle est, à défaut de tout autre, l'ultime élément de décision (a. 311-12).

c) *Preuve préalable*

1° L'*exclusion de la présomption de paternité* peut être conditionnée par une possession d'état unilatérale, donc d'enfant naturel (a. 313-1) ;

2° La *légitimation par autorité de justice* est subordonnée à une possession d'état d'enfant naturel (a. 333).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur la l. 25 juin 1982, D. Huet-Weiller, D. 82, chr. 185, et *Traité*, I, nos 752 s. — J. Groslière, D. 91, chr. 149.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Ce que l'on pouvait dire avant 1972.* — Les développements par lesquels Demolombe (v, nos 477 s.) s'était efforcé de démontrer que la possession d'état pouvait établir la filiation naturelle, et des deux côtés, parce qu'elle constituait une véritable reconnaissance, et la plus probante de toutes étant quotidienne — demeurent, par le style et le fond, un des modèles du genre, et ce n'est pas perdre son temps, aujourd'hui encore, que de les lire. En regard, on placera la sécheresse exégétique des arrêts *Boissin* (Civ. 17 févr. 1851, S. 51 1, 161, D. 51, 1, 113) et *Miquel* (Civ. 3 avr. 1872, S. 72, 1, 126, D. 72, 1, 113), qui avaient proclamé l'inefficacité de la possession d'état (*Boissin*), fût-ce pour corroborer un acte de naissance où aurait été indiqué le nom de la mère (*Miquel*). Plus que le silence des a. 334 à 342 (d'avant 1955) sur la possession d'état, ce que l'on aurait pu faire valoir dans le sens de la Cour de cassation, c'est que la notion de possession d'état, de prime face, est mal adaptée à la filiation naturelle (*nomen* : mutabilité du nom de l'enfant ; *tractatus* : les secours fournis à l'enfant procèdent souvent d'une intention de bienfaisance équivoque ; *fama* : cette filiation s'enveloppe volontiers de secret, et point de cercle de famille où l'enfant ait à être reçu). La possession d'état n'était pas, pourtant, douteuse dans les espèces concernées. Dans ces conditions, permettre à des collatéraux de venir à l'improviste dépouiller de la succession de sa mère un enfant naturel qui avait toujours vécu auprès d'elle, sous prétexte qu'à cette situation affective manquait le contreséing formaliste d'une reconnaissance expresse — c'était un peu une jurisprudence de « l'ordre moral ». La revanche est venue avec la l. 15 juill. 1955. Du moins, on l'a cru. Mais le nouvel a. 341, al. 3, n'était pas

l'équivalent de l'a. 320 : faire de la possession d'état la base d'une déclaration judiciaire de maternité n'était pas la même chose que de la reconnaître comme une preuve directe et non contentieuse de la filiation. On a dit que la possession d'état avait besoin elle-même d'être prouvée ; et que, partant, il était plus pratique de la faire vérifier préalablement en justice (v. C.R.C.C., *Travaux*, 1950-1951, p. 288 s.). Mais c'était oublier la possibilité, admise sous l'a. 320, de la prouver sans procès par un acte de notoriété. C'était surtout perdre de vue le génie de la possession, si bien saisi par Demolombe : celui qui possède n'a rien à rechercher, rien à établir. Le vrai est qu'habituellement comme nous sommes à tout attendre d'un recours à la justice, nous sommes déconcertés quand nous rencontrons (cf. dans la théorie des nullités, la notion d'inexistence) un droit que les justiciables réaliseraient tout seuls.

b) *Le débat après 1972.* — Les interprètes ne tardèrent pas à soulever le problème : si, au-delà des nombreuses applications spéciales qu'elle avait faites de la notion, la loi nouvelle n'avait pas entendu, implicitement, attribuer à la possession d'état un rôle général de preuve dans la filiation naturelle. Les commentateurs se divisèrent. Pour la *négative* : Colombet, n° 47-2 ; Nerson, *R.T.*, 1975, 100 ; Martine Rémond-Guilloud, *R.T.*, 1975, 471 ; Raynaud, D. 80, chr. 1. Pour l'*affirmative*, R. Savatier, *R.T.*, 1975, 3, et *J.C.P.*, 1976, 2, 18289 ; Massip, 2^e éd., n° 48 bis ; Agostini, D. 1976, 129. Les juridictions du fond se divisèrent pareillement. *Contre* la possession d'état : Aix, 17 juin 1974, *aff. Picasso*, D. 74, 629 ; trib. Paris, 25 mars 1975, *aff. Pagnol*, D. 76, 126. *Pour* : Paris, 8 déc. 1981, D. 82, 151.

Saisie de la question dans une affaire *Law-King*, la Cour de cassation décida d'abord que la possession d'état ne pouvait entrer dans aucun des modes d'établissement prévus à l'a. 334-8 : Civ.¹ 8 mai 1979, D. 79, 477, n. D. Huet-Weiller, *J.C.P.*, 80, 2, 19301, n. Paire, *G.P.*, 79, 2, 426, n. Massip, Nerson, *R.T.*, 79, 791 ; cf. Jeandidier, D. 81, chr. 41. Le texte pourtant, prévoyait que la filiation naturelle pût être établie par des jugements : or, la possession d'état, au contentieux, est véhiculée par un jugement ; et hors contentieux, elle est portée par ses propres forces de possession. La résistance des juges du fond fit venir l'affaire devant une Assemblée plénière (9 juill. 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 19993, concl. Cabannes, *G.P.*, 82, 2, 513, n. Massip ; *R.T.*, 82, 584), laquelle, après réflexion, se prononça pour l'efficacité de la possession d'état. Il est vrai que, quelques jours plus tôt, avait été promulguée la l. 25 juin 1982. Mais il faut savoir terminer une guerre ; et il n'était pas mauvais que les vertus humbles de la preuve par les faits fussent reconnues à la cime de la hiérarchie judiciaire.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Des auteurs regrettent que le législateur du 25 juin 1982 se soit attardé sur la possession d'état, alors qu'il aurait eu tellement mieux à faire du côté des preuves biologiques (Nerson et Rubellin-Devichi, *R.T.*, 82, 584). Mais, une fois de plus, la fascination exercée par la jurisprudence et ses cas singuliers risque de faire perdre de vue la fonction quantitative des lois. Plus qu'à résoudre le contentieux, une législation de la filiation doit servir à stabiliser l'état des personnes et à garantir la paix des familles. Pour l'année 1987, en regard des 2 000 affaires de filiation portées en justice, où, la paternité

étant douteuse, les preuves biologiques, à les supposer accessibles et sûres, auraient pu être décisives — il fallait placer la cohorte des naissances : plus de 180 000 enfants naturels (outre 600 000 légitimes) qui n'auraient jamais besoin de la vérité biologique, parce que, sans avoir même à y penser, ils vivraient tranquillement à l'ombre de la vérité sociologique.

THÉORIE JURIDIQUE

a) L'enfant (ou son auteur) doit avoir une action en rétablissement de la possession troublée en fait ou en droit. Quelle est la nature de cette action ? Ce n'est pas une action en recherche de paternité ni même de maternité (malgré l'a. 341, al. 1 et 3 ; cf. *supra*, p. 202, 204). C'est une action *déclarative d'état* ou en *constatation de la filiation* (cf. Savatier, Agostini, *loc. cit.*). La loi n'a pas fixé *ne varietur* les types d'action en matière de filiation naturelle.

b) Il y a un intérêt à décider, pour l'application des a. 374 et 389-2, si une filiation prouvée par la possession d'état est une filiation volontairement reconnue. Faut-il voir l'essence de la possession d'état dans le complexe objectif des habitudes ou dans l'aveu tacite des parents ? Cette seconde analyse, qui était celle de Demolombe, exprime mieux, sans doute, ce qu'il y a d'affectif dans le *tractatus*. Peut-être faut-il s'y tenir lors même que la possession a dû être constatée en justice (fût-ce dans le cas de l'a. 341, al. 3), car le jugement ne fait alors que déclarer la reconnaissance tacite antérieure.

2 / Condition juridique des enfants naturels

La réforme de 1972 est quelquefois présentée comme ayant eu pour but de promouvoir l'enfant naturel simple au rang de l'enfant légitime, et l'enfant adultérin ou incestueux au rang qu'occupait auparavant l'enfant naturel simple. Cette présentation est, cependant, trop schématique. En un sens, ce sont tous les enfants naturels qui ont été assimilés en 1972 aux enfants légitimes, et le *principe d'assimilation* inscrit à l'a. 3, al. 1 et 2, a la même valeur de principe pour les deux degrés d'illégitimité qu'il était traditionnel de hiérarchiser. Mais il subit des *restrictions*, et si, parmi ces restrictions, il en est qui sont *communes à tous les enfants naturels*, parce qu'elles tiennent à la logique même de la filiation hors mariage, il en est d'autres qui sont *particulières aux enfants naturels ci-devant adultérins ou incestueux*, ayant été spécialement édictées par la loi en vue de la protection de certains intérêts.

I | LE PRINCIPE D'ASSIMILATION

Il a deux aspects, correspondant aux deux premiers alinéas de l'a. 334 : *l'égalité, l'entrée dans la famille.*

a) L'égalité des droits et des devoirs

Pour certains droits et devoirs, il est vrai, on n'avait jamais douté que la condition de l'enfant naturel fût identique à celle du légitime : l'obligation alimentaire réciproque, notamment, avait toujours été regardée comme une sorte de domaine de droit naturel où la qualité de la filiation n'avait que faire. Rien de nouveau sur ce point. Mais le changement apparaît ailleurs. Il apparaît par contraste avec l'ancien a. 338 : « L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime ; les droits des enfants naturels seront réglés au titre *Des successions.* » C'était, en effet, surtout dans la matière des successions que se manifestait, de façon très tangible, la discrimination dont l'enfant naturel avait à souffrir : ainsi, en concurrence avec ses demi-frères et demi-sœurs issus d'un mariage, il ne pouvait prétendre, sur l'héritage paternel ou maternel, qu'à la moitié de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime ([ancien] a. 758 s.). La loi de 1972 a aboli cette inégalité chiffrée (a. 757, tirant la conséquence de l'a. 334, al. 1), comme elle a aboli l'incapacité corrélative ([ancien] a. 908) qui empêchait l'enfant naturel de recevoir librement de son père ou de sa mère des donations ou des legs.

b) L'entrée de l'enfant dans la famille de son auteur

Avant 1972, la filiation naturelle ne produisait d'effets juridiques qu'entre l'enfant et son père ou sa mère : elle ne créait qu'un rapport interindividuel, sans intégration au groupe familial. L'enfant naturel n'était donc pas lui-même parent ou allié des parents ou alliés de ses père et mère — à telle enseigne que la l. 14 déc. 1964, ayant voulu constituer le conseil de famille sur des bases identiques pour les deux sortes de filiation, avait dû employer une circonlocution (a. 408) et appeler à y siéger non pas les parents ou alliés *du mineur*, mais ceux de *ses père et mère.*

L'a. 334, al. 2, a renversé le principe : l'enfant naturel est de plein droit relié à la famille, aux familles de ses père et mère par le même ensemble de droits et de devoirs qu'un enfant légitime.

1° Dans les *relations extra-patrimoniales*, l'appartenance au groupe se traduit par l'application du système général des empêchements à mariage (a. 161-163), des règles générales de composition du conseil de famille (a. 408). Mais c'est plus spécialement du côté des père et mère de chacun des deux géniteurs, c'est-à-dire des grands-parents naturels, que le droit nouveau se fait sentir. Des prérogatives en découlent pour eux, qui leur étaient déniées avant 1972 : le droit de visite inconditionnel de l'a. 371-4, le droit de consentir au mariage de leurs petits-enfants selon l'a. 159, la vocation à la tutelle légale des ascendants selon l'a. 402.

2° Dans les *relations patrimoniales*, l'obligation alimentaire réciproque entre l'enfant naturel et ses grands-parents, douteuse avant 1972, est depuis lors certaine. Mais c'est surtout l'admission de l'enfant naturel dans le système de la succession *ab intestat* – exactement aux mêmes conditions que l'enfant légitime qui est le signe palpable de son intégration à la famille. Alors qu'auparavant ([ancien] a. 757) il ne succédait qu'à ses père et mère ([ancien] a. 758) et éventuellement, comme par charité, à ses frères et sœurs ([ancien] a. 766), il peut aujourd'hui hériter de tous les parents de l'un et l'autre de ses auteurs jusqu'au dernier degré successible (ainsi, de ses oncles et tantes, cousins et cousines). Réciproquement, tous ses parents, non plus seulement ses père et mère, pourront venir éventuellement à sa succession.

La condition préalable pour que fonctionne le principe d'assimilation, plus généralement pour que la filiation naturelle produise des effets juridiques, c'est qu'elle ait été établie par l'un des *modes de preuve* admis du droit positif. Quoique l'a. 756 paraisse relever cette condition avec une force particulière dans le cas de la filiation naturelle, elle n'a rien d'une restriction qui serait propre à l'illégitimité. L'enfant légitime aussi doit, pour exercer ses droits, établir d'abord sa filiation. Ce qui est exact, c'est que, hors les hypothèses rares où il lui faut réclamer son état, il se présente avec une filiation légalement établie d'avance (fût-ce quelquefois à titre provisoire) par le jeu des a. 319 s., tandis que l'enfant naturel, sous réserve du rôle accordé à la possession d'état, doit attendre d'un acte de volonté de chacun de ses géniteurs ou d'une action en justice l'établissement de sa position familiale. En l'absence d'une reconnaissance volontaire ou d'un jugement, il n'existe qu'un fait, une *filiation naturelle de fait*.

2 | RESTRICTIONS COMMUNES A TOUS LES ENFANTS NATURELS

Elles sont imposées par la nature même de l'illégitimité, qui est l'absence de mariage. Au lieu que l'enfant légitime ne peut être relié à l'un de ses père et mère sans être relié à l'autre (cf. a. 321), l'enfant naturel peut fort bien n'avoir de lien juridique qu'avec un seul de ses auteurs. La filiation naturelle a des effets essentiellement *divisibles*. De surcroît la manière même dont elle est établie peut conduire à *diversifier* ses effets, alors que les effets de la filiation légitime sont indépendants du mode d'établissement. Il y a là deux restrictions indirectes, mais générales, apportées au principe d'assimilation.

a) *Divisibilité des effets de la filiation naturelle*

L'habitude du mariage est telle que les parents naturels peuvent imaginer, en toute bonne foi, que ce que chacun fait de son côté – la reconnaissance qu'il fait en son nom – a un effet immédiat à l'égard de l'autre. Aussi la loi du 5 juillet 1996 sur l'adoption a-t-elle essayé d'établir entre eux, si possible, une communication et demande-t-elle que soit *rappelé* à l'auteur de la reconnaissance le caractère divisible du lien de filiation naturelle (a. 57-1, 335). Cette divisibilité imprime une originalité à la situation familiale de l'enfant naturel (sauf à observer que, par quelques traits, elle se rapproche de l'enfant du divorce pendant sa minorité ; pour l'un comme pour l'autre, on parle aujourd'hui de famille *monoparentale*).

1° *Constitution unilatérale de la famille*. — La famille naturelle se constitue côté par côté, et lors même que la filiation serait établie des deux côtés à la fois, c'est de deux familles unilatérales que l'enfant relève, deux demi-familles si l'on veut, distinctes, et qui ne se ressemblent pas en la personne des père et mère, faute d'un lien conjugal entre eux. C'est pourquoi des consentements familiaux, qui sont *a priori* bilatéraux, dans la famille légitime, se retrouvent normalement unilatéraux dans la famille naturelle (cf. a. 158, 348-1). Pareillement, des dispositions qui intéressent l'enfant mineur, mais qui ont été conçues en fonction d'un lien *de droit* entre père et mère, ne sont pas transposables de la filiation légitime (a. 220, al. 1, 372-1) à la filiation naturelle. Enfin, suivant une règle qui n'est pas une défaveur, mais très

clairement une mesure de protection, les biens de l'enfant naturel, durant sa minorité, donnent lieu à l'administration légale sous contrôle judiciaire (a. 389-2, 3°), voire à la tutelle (a. 391), jamais à l'administration légale pure et simple, parce que celle-ci suppose que les père et mère peuvent se contrôler mutuellement.

2° *Constitution matriarcale de la famille.* — C'est un système tout à fait étranger à la famille légitime. Il peut se rencontrer en fait ou en droit. En fait, parce que fréquemment la mère est la seule à reconnaître l'enfant naturel ou du moins la première à le reconnaître, ce qui fait jouer en sa faveur telle disposition fondée sur l'ordre chronologique des reconnaissances (ainsi, quant à l'attribution du nom, a. 334-1). En droit, parce que, dans un secteur capital, l'exercice de l'autorité parentale (a. 374, al. 2), la loi confère d'emblée à la mère prééminence, sur le père.

Il arrive, cependant, que les père et mère de l'enfant naturel, non seulement le reconnaissent tous deux, mais vivant ensemble, l'élèvent ensemble. La famille naturelle s'étant ainsi spontanément bilatéralisée *de facto*, il devient plausible de calquer davantage les effets de la filiation naturelle sur le modèle légitime ; c'est ce que prévoient quelques textes (a. 334-1, *in fine*, a. 334-2, al. 1, a. 374, al. 2 ; et surtout, depuis la l. 8 janv. 1993, a. 372, al. 2), où l'hypothèse implicitement visée est celle de l'union libre des parents (cf. *supra*, p. 689).

b) *Diversité des effets de la filiation naturelle*

Lorsqu'il a fallu recourir à une action en justice pour établir la filiation, cette attitude de fuite devant les responsabilités laisse mal augurer de l'aptitude du parent malgré lui à s'occuper soit de la personne, soit des biens de l'enfant. Aussi la loi fait-elle produire des effets différents à la reconnaissance *volontaire* (a. 372, al. 2) et à la « reconnaissance *forcée* » (a. 374, al. 2, 390, al. 2).

3 | RESTRICTIONS PARTICULIÈRES AUX ENFANTS NATURELS DITS ADULTÉRINS OU INCESTUEUX

Dans le Code de 1804 et même encore un siècle et demi plus tard, ces deux catégories d'enfants avaient une condition fort inférieure à celle des enfants naturels simples : 1° Quant à l'établissement de leur

filiation, ils ne pouvaient ni bénéficier d'une reconnaissance volontaire ni agir (même après la réforme de 1912) en recherche de paternité ou de maternité (ancien a. 342) ; 2° Quant à leurs droits, dans les cas exceptionnels où leur filiation se trouvait constatée par l'effet réflexe d'une autre institution (ex. pour l'enfant adultérin du chef de la mère, par suite d'un désaveu), ils ne pouvaient prétendre à titre successoral qu'à des aliments (ancien a. 762). Le champ d'application des droits alimentaires fut, cependant, élargi par la l. 15 juill. 1955, qui ouvrit à tous les enfants adultérins et incestueux une action à cette fin, mais à cette fin seulement, sans déclaration de filiation. Parallèlement, les tribunaux avaient atténué la portée des interdictions qui pesaient sur l'établissement des filiations illicites : quand il n'y avait adultère que d'un côté, l'enfant adultérin pouvait être valablement reconnu par celui des deux parents qui était libre d'engagement conjugal ; dans le cas de l'enfant incestueux, seule était annulée la seconde reconnaissance, celle par laquelle venait le scandale. La loi de 1972 s'est avancée beaucoup plus loin, sans aller, toutefois, jusqu'à absorber entièrement dans la filiation naturelle simple ces filiations dont la définition se complique de la violation d'une norme.

a) *Enfants dits adultérins*

Si la loi n'emploie plus l'expression d'*enfants adultérins* (dont la brièveté reste d'ailleurs commode), ce n'est point par vain euphémisme ; c'est qu'au fond ces enfants dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une tierce personne, sont réellement des enfants naturels simples.

L'unité de la filiation naturelle est évidente en ce qui concerne la *preuve* : l'enfant de l'a. 334, al. 3, peut établir sa filiation par les mêmes modes de preuve, reconnaissance volontaire ou jugement, que l'enfant naturel simple, et aussi librement (en particulier, il peut être reconnu sans le consentement du conjoint de son auteur ; opp. l'a. 333-2, qui donne une règle contraire pour la légitimation par autorité de justice).

Mais, même en ce qui concerne les *effets*, cette unité de la filiation naturelle, malgré les apparences, se retrouve encore en toile de fond. Car les restrictions annoncées par l'a. 334, al. 3, ne tiennent pas à une infériorité congénitale : elles résultent d'un heurt fortuit, sur l'échiquier familial, entre l'enfant naturel et les victimes de l'adultère. Aussi ne saurait-on parler d'un statut assigné une fois pour toutes et qui aurait une existence par lui-même. Il n'y a que des positions hypothétiques et

contingentes, qui se définissent seulement par relation à autrui. Dès que l'enfant de l'a. 334, al. 3, n'est plus dans une de ces *positions de concurrence* avec le conjoint et les enfants légitimes, il recouvre sa *condition générale* d'enfant naturel simple.

1° *Les positions de concurrence*. — La présence de l'époux au préjudice de qui avait été commis l'adultère, semblablement la présence d'enfants issus de l'union légitime, ont pour effet de refouler partiellement les droits de l'enfant naturel (lesquels auraient dû *a priori* être des droits d'enfant légitime). Le signe le plus visible en est une réduction des droits successoraux *ab intestat* (a. 759-760), et corrélativement une incapacité de recevoir au-delà par voie de libéralités (a. 908). Ainsi, en concours avec ses demi-frères et demi-sœurs légitimes, l'enfant de l'a. 334, al. 3, a bien vocation à recueillir une part en capital de l'héritage paternel ou maternel, mais il n'aura que la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. La loi empêche partiellement un droit de se former, parce qu'il se formerait au détriment de droits regardés comme acquis (le conjoint et les enfants légitimes représentent les droits acquis).

La même relation d'antagonisme non fautif explique, dans le statut de l'enfant adultérin, des mesures significatives, qui tendent à séparer, non pas à comprimer : le consentement du conjoint est indispensable pour que l'enfant puisse être élevé au foyer conjugal (a. 334-7), pour qu'il puisse faire l'objet d'une légitimation par autorité de justice (a. 333-2). C'est pareillement un objectif de séparation que poursuit la combinaison des a. 762 s. : l'auteur de l'enfant a la faculté de lui attribuer d'avance sa part héréditaire, afin que plus tard il ne se retrouve pas en indivision avec le conjoint et les enfants légitimes.

2° *La condition générale d'enfant naturel (simple)*. — Si l'on n'est plus dans la situation exceptionnelle de l'al. 3, il faut revenir aux al. 1 et 2. Ce qui signifie :

— Que, du côté de celui de ses auteurs qui, par hypothèse, était libre d'engagement matrimonial au temps de la conception, l'enfant autrefois adultérin a sans difficulté tous les droits et devoirs d'un enfant naturel (simple) ;

— Que, du côté de celui de ses auteurs qui, au contraire, était engagé dans les liens d'un mariage au temps de la conception, il a encore tous les droits et devoirs d'un enfant naturel (simple), pour peu qu'il ne se trouve pas dans un cas de concurrence expressément réglé par la loi. La formule laisse une marge importante à l'application du droit commun. Ainsi, les a. 374, 389-2 s'appliquent sans effort. Même en matière successorale, c'est un enfant naturel simple qui se présente,

toutes les fois que l'héritage en cause n'est pas celui du père ou de la mère de qui procédait l'adultérinité. Ses cohéritiers ne seraient pas fondés à invoquer contre lui son origine adultérine : cela ne les regarde pas. Qui plus est, même dans la succession de son père ou de sa mère, l'enfant pourra encore échapper aux restrictions des a. 759-760 : il suffit que le conjoint soit précédé, qu'il n'y ait pas ou qu'il n'y ait plus d'enfants issus du mariage.

b) *Enfants dits incestueux*

Dans le droit de la filiation naturelle, l'inceste se limite à un cercle plus étroit que dans le droit du mariage (cf. *infra*, p. 422) : il n'y a d'inceste que l'inceste absolu, dans la ligne directe et entre frères et sœurs (a. 334-10). L'expression même d'*enfants incestueux* a pu, d'ailleurs, être rayée de la loi, car, en droit, cette catégorie n'a pas d'existence propre.

— La filiation n'étant établie que du chef d'un seul de ses auteurs, l'enfant a, à l'égard de celui-ci, même si l'autre est connu en fait, la condition d'un enfant naturel simple.

— L'a. 334-10 s'opposant à l'établissement de la seconde filiation, l'enfant restera de ce côté enfant sans filiation établie, ce qui emporte présomption de filiation naturelle simple. Il pourra, néanmoins, si c'est l'homme qui se trouve en question pour cette seconde filiation, exercer contre lui l'action à fins de subsides, car les subsides, ne reposant pas sur la preuve de la procréation, ne dévoilent pas l'inceste.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Massip, n°s 64 s., 103 s., 151 s. ; cf. Guilberteaud, *La famille de l'enfant adultérin*, D. 1974, chr., 177 ; Nerson, La situation juridique des enfants nés hors mariage, *R.T.*, 1975, 397. Sur les enfants incestueux, A. Breton, *Études Marc Ancel*, 1976, 309 ; Corpart, *G.P.*, 95, 2, 888.

HISTOIRE

Sur la condition des bâtards, v. Anne Lefebvre-Teillard, L'enfant naturel dans l'Ancien Droit français, *Recueils de la Soc. Jean-Bodin* (t. 36 ; *L'enfant*, 1976), 251, et pour le droit révolutionnaire, son *Introduction* (1996), n°s 250, 259 ; M. Garaud, *La Révolution française et la famille*, 1978, 91 s., 177 s. Cf. P. Laslett *et al.*, *Bastardy, and*

its Comparative History, Cambridge, Mass., 1980 ; F. P. Lévy, *L'amour nomade, la mère et l'enfant hors mariage* (XVI^e-XX^e s.), 1981.

a) *Droits successoraux*. — La double règle que les bâtards ne pouvaient ni succéder ni laisser une succession avait probablement des racines dans la conscience collective : l'enfant qui n'était pas né à l'ombre du sacrement de mariage était rejeté hors de la famille et même hors de la société. Mais, en fait, les mœurs devaient corriger le droit, et le droit lui-même était plus nuancé que la maxime ne le donnerait à croire. Quelques coutumes (Artois, Flandres ; sous l'influence germanique ?) admettaient le bâtard à l'héritage de sa mère ; il lui arrivait de recevoir des legs de ses parents, des legs plus qu'alimentaires, et la jurisprudence du royaume avait fini par les valider. Les lois de brumaire et nivôse an II accueillirent les enfants naturels à égalité de vocation *ab intestat* avec les enfants légitimes. De cette égalité (comme d'ailleurs de l'institution de l'adoption), la Révolution espérait une division accrue des patrimoines, une méthode pour résoudre en douceur la question sociale (cf. in Farjat *et al.*, *Liberté et droit économique*, Bruxelles, 1992, p. 67). Toutefois, le droit révolutionnaire n'accueillit les adultérins qu'avec réserve : il leur accorda bien, dans la succession de leurs parents, le tiers de la portion qu'ils auraient eue s'ils avaient été légitimes, mais c'était à titre d'aliments, non d'héritage. Pourquoi cette défiance ? C'est que, si la filiation naturelle simple est en marge du mariage, l'adultérine va contre le mariage — or, le mariage civil est une institution fondatrice de la République. Et faire des adultérins avait été naguère plaisir aristocratique, monarchique. Le C. Nap. excluait absolument les adultérins, et quant aux naturels simples, il réduisait leur droit de succession, en présence d'enfants légitimes, au tiers de la part qu'ils auraient eue si légitimes ils avaient été. Ce tiers fut élevé à la moitié par une loi de la III^e République (25 mars 1896). Entre-temps, la jurisprudence leur avait spontanément reconnu la qualité de réservataires.

b) *Droits alimentaires*. — C'était à eux qu'aboutissaient, faute de droits successoraux, les « actions en recherche de paternité » de l'Ancien Droit, qui n'étaient guère plus que des actions à fins de subsides. Les officialités, primitivement compétentes, admettaient ces actions sur un fondement pénal (toute conjonction hors mariage étant illicite) : la prise en charge matérielle de l'enfant figurait parmi les dommages-intérêts que pouvait réclamer la fille séduite. Les tribunaux laïcs reprirent à leur compte les solutions ecclésiastiques, mais, aux XVII^e-XVIII^e s., ils en gommèrent quelque peu le fondement ; on justifia plutôt l'action de la fille-mère par une présomption, une fiction de promesse de mariage qui aurait été normalement impliquée dans la séduction. Mais qu'en était-il quand l'homme était marié ? Son état civil, explique Fournel (*Traité de la séduction*, 1781, 1^{re} partie, chap. 3, a. 1, § 2), ne détruit point l'obligation naturelle de nourrir l'enfant. Cependant, les choses n'allaient peut-être pas toujours aussi facilement que cet auteur le suppose, et d'autres textes donnent à croire que la déclaration de paternité n'était pas alors possible, et que les enfants étaient à la charge de l'hôpital du lieu. En tout cas, la fille-mère, complice de l'adultère (à moins qu'elle n'eût ignoré que son amant fût marié), ne pouvait réclamer de dommages-intérêts pour elle-même (on ne pouvait, en effet, présumer une promesse de mariage).

Une rupture avec la tradition apparaît dès les premières années du XIX^e s. : la Cour de cassation s'en tient à la constatation legaliste que la recherche de la paternité est interdite, même à des fins alimentaires, depuis la 1. 12 brum. an II, réduite tortueusement à n'être plus qu'une disposition transitoire : ex. Civ. 3 vent. an XI, Civ.

26 mars 1806, S. chron. Mais il n'est pas exclu que les juges du fond — les juges de paix en particulier — aient réinterprété l'Ancien Droit à travers le nouveau droit commun de la responsabilité civile : ex. Paris, 13 vent. an X, Montpellier, 28 janv. 1806, S. chron., ainsi que la décision cassée par Civ. 5 niv. an XII, S. chron. Sous le Second Empire, la Cour de cassation se rallie à cette utilisation de l'a. 1382, retrouvant ainsi, ou presque, le fondement pénal des officialités : Civ. 26 juill. 1864, S. 65, 1, 33 (à propos d'enfants adultérins, avec des attendus *culpabilisants* pour le père, fort riche). Les arrêts se multiplieront avec la III^e République : ex. Req. 17 juill. 1911, D. 15, 1, 52 ; quitte à se recentrer après 1912 sur le cas des adultérins. Preuve que la défense des intérêts bourgeois n'explique pas toute la jurisprudence de l'époque.

PSYCHOLOGIE

Le désespoir, la révolte des bâtards sont des thèmes de la littérature universelle. Ex. l'*Ion* d'Euripide (« Fruit d'une union illégitime, je serai nul et méprisé ») ; Edmund dans *Le roi Lear* ; et toute l'œuvre d'André Gide, à en croire G. D. Painter, *André Gide*, trad. franç., 1968. La psychologie s'y est attachée très tôt (ex. H. Kipp, *Die Unehelichkeit, ihre psychologische Situation und Problematik*, Leipzig, 1933), puis la psychanalyse (le complexe de Phaéton, Maryse Choisy).

Ces recherches montrent qu'à l'encontre de ce qui fut parfois soutenu lors de la préparation de la loi de 1972, il ne suffit pas, pour libérer les enfants naturels de leurs frustrations, de les combler d'avantages sociaux. Des droits civils, singulièrement des droits successoraux, sont indispensables, ayant valeur symbolique. L'intolérable souffrance, c'est d'être enfant (adultérin) reconnu, et de n'être pas appelé à l'héritage : l'impossibilité d'hériter est ressentie comme le signe de la non-filiation irrémédiable.

En vis-à-vis, il conviendrait d'étudier la psychologie des parents naturels. Ce qui a été fait souvent pour la mère (ex. B. Marbeau-Clemens, *Les mères célibataires et l'inconscient*, 1970 ; Pr. Mors. Rains, *Becoming an unwed Mother*, 1971), moins souvent pour le père (hormis les confidences de Montherlant, ex. *Les jeunes filles*, 1936). S'il a existé une honte d'être bâtard, il a pu paraître aristocratique d'avoir des bâtards. C'est le ressort qui explique pour partie qu'il y ait toujours eu tant de reconnaissances paternelles (l'autre partie s'expliquant par la menace de l'a. 340 et du scandale). Aujourd'hui, dans la *cohabitation*, si l'on en vient aux enfants, la reconnaissance fait partie de la règle du jeu : une présomption morale de paternité est assumée à chaque naissance (alors que, dans l'a. 312, elle est de droit et contractée d'avance).

Malgré les affirmations d'égalité dans la loi, la majorité de l'opinion reste sceptique (cf. Charbit, *Pop.*, 89, 1176) : l'enfant naturel n'a pas la même sécurité, il n'est pas reconnu socialement...

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Enfant naturel (simple)*. — Il est classique de présenter en tableau les diverses solutions apportées au problème : 1^o *Infériorité quant à la preuve de la filiation* (notamment, prohibition absolue de la recherche de paternité), *égalité quant aux effets* (notamment, succession *ab intestat*). Le système de la Révolution (1. 12 brum. an II, premiers

projets de C.C. de Cambacérés) a souvent été interprété ainsi. Objection au système : la loi octroie à l'enfant un avantage vidé de portée pratique, d'autant que la crainte qu'il ne réduise par trop les droits successoraux de la famille légitime détournera son père, dit-on, de le reconnaître volontairement ; 2° *Égalité quant à la preuve* (reconnaissance sans forme, possession d'état, recherche de la paternité sur simple déclaration de la mère), *infériorité quant aux effets* (simples droits alimentaires). C'était, au fond, le système de l'Ancien Droit ; on donnait à l'enfant naturel un avantage immédiat, mais si limité que l'on pouvait se montrer accommodant sur la preuve ; 3° *Inégalité, mais atténuée*, tant pour les effets que pour la preuve de la filiation. C'était le droit positif d'avant 1972 : la part de l'enfant naturel est assez forte pour que la famille légitime le honnise, mais la recherche de sa maternité et surtout de sa paternité lui permet de s'imposer (objection à ce droit de succession d'un enfant qui a dû rechercher son père en justice : où est le fondement habituel du droit de succession, l'affection présumée du défunt ?) ; 4° *Inégalité à l'égard du père, égalité à l'égard de la mère*. L'enfant n'est rattaché qu'à sa mère et à sa famille maternelle, mais il leur est rattaché pleinement – envers le père, il n'a qu'une créance d'aliments. C'était le système de quelques coutumes (Nul n'est bâtard de par sa mère) ; c'était encore celui du B.G.B. avant la réforme de 1969 ; 5° *Égalité à l'égard des deux parents et sur tous les terrains*. C'est l'idéologie égalitaire poussée à ses conséquences ultimes. Elle représente, en cette fin du XX^e s., le droit commun de l'Europe (aux États-Unis, c'est une règle constitutionnelle, mais la portée en est assez théorique, cf. M.-L. Engelhard-Grosjean, *Études E. de Lagrange*, 1976, 131).

Là même où il est libéralement affirmé, le principe d'égalité est sujet à des réserves : 1° Quant à la preuve, c'est l'inégalité structurelle tenant à ce que l'établissement de la filiation naturelle ne peut être ni automatique ni indivisible, faute de présomption de paternité. 2° Quant aux effets, le droit de succéder *ab intestat* étant le principal, ce droit est fragile si les parents peuvent l'écarter ou le réduire au détriment de l'enfant naturel, en lui imposant un pacte sur succession future ou en usant du testament.

En France, l'égalité ou presque (la restriction la plus apparente concernant l'adultérin) a été atteinte en plusieurs étapes : 1804, 1896, 1912, 1972, 1993, sur les deux terrains. La loi de 1972 avait dû se débattre entre deux vagues d'opinion publique (deux moitiés de France) : l'une proclamant la famille en danger (H. Mazeaud, *Une famille dans le vent*, D. 71, chr. 99), l'autre réclamant l'absolue justice (cf. Michèle Gobert, ... avant une indispensable réforme, *J.C.P.*, 68, 1, 2207). Le projet de loi avait été mal accueilli par la Cour de cassation, était passé péniblement au Conseil d'État. La jurisprudence qui s'en est suivie, assez libérale sur le terrain de la preuve, a peu utilisé en revanche le principe d'égalité inscrit à l'a. 334, al. 1. Il est vrai qu'aujourd'hui bien plus qu'autrefois – sans préjudice des assouplissements qui sont venus des lois successorales de 1938 (*supra*, p. 176) – toutes sortes de combinaisons (l'assurance sur la vie, les facilités du don manuel) permettent de rompre *de facto* l'égalité entre héritiers. C'est surtout pour les adultérins que vaut la remarque.

b) *Enfant ci-devant adultérin*. — De l'extérieur (droit comparé, Conseil de l'Europe) une forte pression idéologique s'exerce sur le droit français pour qu'il élimine l'inégalité qu'il a conservée (en la réduisant) dans le plan successoral. À l'intérieur, la doctrine éclairée se prononce dans le même sens (cf. Nerson, *R.T.*, 82, 589 s. ; Vareille, *R.T.*, 91, 475 ; I. Théry, *Rapport*, 1998, 227), et aussi, semble-t-il, l'opinion publique. Il n'est que de savoir poser la question : est-il juste qu'un enfant (mieux vaut dire enfant qu'héritier)

soit privé d'une part de succession parce que son père a commis un adultère ? Le principe de la personnalité des délits et des peines est de droit naturel en Occident. Chez nous, il est vrai, on en serait plus touché s'il n'était pas ressassé par un État de droit qui, à la différence de la Charte de 1814, n'a pas été capable d'abolir la confiscation générale et, chaque année, laisse prononcer des condamnations à des amendes confiscatoires sans prendre garde qu'elles peuvent jeter dans la misère des milliers d'enfants innocents de pères assurément coupables. Il est probable que la notion abstraite de l'enfant adultérin recouvre des images et même des réalités très différentes, ce qui aboutit à brouiller un dénombrement trop référendaire. Il y a l'adultérin *sur mort mariage* : le mariage est déjà rompu irrémédiablement par une séparation de fait – cet adultérin a de bonnes chances d'être légitimé après divorce et remariage ; mais, s'il ne l'a pas été, pourquoi la loi ne le légitimerait-elle pas, en tirant les conséquences d'un *divorce virtuel* ? Il y a, à l'opposé, l'adultérin *sur vif mariage* (sauf exception, adultérin *a patre*) : le mariage continue d'aller bien, peut-être fort bien ; mais, en marge, le mari procréé des bâtards, qu'il fait élever dans la clandestinité. À son décès, ils surgissent. Un sentiment de pitié pour le conjoint (subsidièrement pour les enfants légitimes) ne fait-il pas alors contrepoids à la logique de l'égalité ? Il serait difficile, sans doute, de discriminer dans un texte les deux catégories, mais le droit commun pourrait se charger de le faire. Compte tenu des circonstances de l'adultère et de sa dissimulation, l'époux victime pourra faire valoir contre l'époux coupable, représenté par la succession, un droit à dommages-intérêts pour le préjudice moral et même matériel qu'il a subi. C'est une dette personnelle du prédécédé (a. 1417, al. 2) qui se réalisera en un bien propre du survivant (a. 1404, al. 1). Y avait-il dans le supplément de part accordé à la légitimité par la loi de 1972 autre chose qu'une évaluation forfaitaire de ce droit à réparation ?

Un projet de loi portant réforme des successions *ab intestat*, déposé à l'Assemblée nationale en 1992, avait fait accéder par prétériton l'enfant adultérin à la pleine égalité. Le gouvernement de l'époque avait été poussé en avant par la logique (ainsi qu'on aime dire) de la non-discrimination (logique n'est pas raison) et plus immédiatement par la Convention de l'O.N.U. sur les droits de l'enfant (1989 ; *supra*, p. 81). Les objections les plus classiques avaient peu retenu son attention (le mariage affaibli, la légitimation des adultérins vidée de son intérêt). En revanche, des arguments inattendus avaient semblé, un instant, le faire réfléchir : que l'héritage n'est pas un Droit de l'homme garanti aux enfants ; que la loi, volonté générale, ne doit pas avoir moins de pouvoir que la volonté privée (la volonté du père, libre présentement de donner à l'un des enfants le double de la part de l'autre) ; qu'il n'est pas bon de mettre en place un schéma de famille polygamique dans lequel des immigrés musulmans pourraient se couler aux dépens de l'intégration. Le droit comparé n'avait pas manqué à l'appel, mais, comme il advient souvent, l'appel avait été sélectif : les textes égalitaires étaient bien là, mais on laissait dans l'ombre la liberté testamentaire qui, en Angleterre, pouvait les renverser, ou la position de « succédané d'héritier » qui, en Allemagne, marginalisait même l'enfant naturel simple (avant une loi de décembre 1997, cf. F. Furkel, *R.T.*, 98, 818 et aussi 819). Déjà, il est vrai, la Cour bruissait de chuchotements, et nul n'osait plus rappeler la réprobation dont l'histoire républicaine avait enveloppé la promotion du duc de Maine, après s'être montrée indulgente envers le duc de Vendôme (cherchez le père).

En 1995, changement de décor, c'est l'alternance politique, et le projet, remis sur les rails, réembarque la règle de la demi-part. Le parcours ne sera pas exempt de cahots. La

Cour de cassation peut-elle contribuer à l'éclairer ? Un arrêt s'est opposé à ce que la loi française fût, sur ce point, réformée par le biais des traités : Civ.¹ 25 juin 1996, *J.C.P.*, 97, 2, 22834, n. Malauric, *Rép. not.*, 97, 310, n. Massip, *R. Dr. de la famille*, 96, n° 26, p. 16, n. Beignier, *R.T.*, 96, 873, n. Hauser. L'argument était précisément tiré de la Convention de l'O.N.U. en faveur de l'égalité. L'arrêt fait bonne justice du mot *enfant* et de l'effet attendrisseur que l'on manie si aisément dans les prétoires : l'*enfant* adultérin peut être un bourgeois bedonnant aussi bien qu'un gosse famélique, et la Convention protège l'enfant, non les adultes sous prétexte qu'ils ont été des enfants.

Un autre argument pour l'égalité, c'était une autre Convention, l'euro-péenne des Droits de l'homme, en son a. 8, le respect de la vie privée et familiale, lu à la lumière de l'a. 14, le principe de non-discrimination. La Cour de cassation répond que la vocation successorale n'a rien à y faire. A la lettre c'est juste. Mais il est notoire que la Cour de Strasbourg a tordu cet a. 8 en interprétations de toutes sortes. Si l'on craint qu'elle ne l'interprète contre la loi française, il faudrait lui montrer, ce qui serait topique, la réversibilité de son propre raisonnement. L'arrogance des légitimes trouble les adultérins dans leur vie privée ? Soit, mais l'entrée en force des adultérins trouble dans leur vie privée les légitimes. De ce conflit, les pères fondateurs de la Convention ont inscrit la solution à l'a. 12 : c'est le primat (sinon le monopole) de la famille fondée sur le mariage. Et que dirons-nous de l'a. 14, de l'égalité des droits ? Qu'une vocation successorale, même réservataire, n'est pas un droit : une loi nouvelle peut nous l'ôter. La Cour répliquera peut-être que la France a bien le droit d'abolir l'héritage, si elle en a envie, mais que, la conservant, elle doit maintenir l'égalité entre les héritiers. Il faut alors prier la Cour de se placer sur un autre terrain : que penseriez-vous d'une loi qui proclamerait la liberté testamentaire (à la vérité, il y en a plus d'une en Europe) ? Il est probable qu'elle la jugerait *conforme*, parce que c'est une liberté. Chacun sait bien, pourtant, à moins d'être aveugle à l'histoire, qu'une telle loi contiendrait en elle toutes les inégalités successorales à l'infini.

THÉORIE JURIDIQUE

Une filiation naturelle qui n'est pas *légalement établie* peut-elle produire des effets de droit ? Certainement pas de droits successoraux (a. 756) ; certainement une incapacité de recevoir à titre gratuit (a. 908-1) et surtout des empêchements à mariage (arg. a. 342-7, bien que la filiation n'y soit envisagée qu'hypothétiquement). Faisant la synthèse de ces effets – et d'autres – la doctrine étudie la *filiation naturelle de fait* (cf. Esmein sur Aubry-Rau, IX, § 567, texte et note 13-2 ; Ponsard, n. D. 61, 553) ; manifestation (bien que modeste) d'un phénomène plus général, la montée des situations de fait à la vie juridique (cf. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, 1990, spéc. n° 258). Mais, depuis 1972, les enfants adultérins pouvant être reconnus et la possession d'état suppléant la reconnaissance, il y a de moins en moins de raisons pour que l'on rencontre la filiation naturelle de fait.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Égalité et différence. — Civ.¹ 8 juin 1982, D. 83, 19, n. Beaubrun, *J.C.P.*, 83, 2, 20018, n. Henry, marque une intention assez claire de restreindre l'application du prin-

cipe d'égalité inscrit à l'a. 334. L'arrêt refuse de traiter l'enfant naturel né avant le mariage comme l'enfant légitime d'un premier mariage ; en conséquence, il lui dénie l'action en retranchement de l'a. 1527, al. 2, qui permet à l'enfant du premier mariage de faire réduire un avantage matrimonial excessif (l'attribution par contrat de mariage de la communauté universelle au conjoint survivant). Il est bien vrai que, littéralement, le texte parle d'enfants d'un précédent *mariage*, et l'expression précédent *lit*, qu'il emploie plus loin, ne l'élargit sans doute pas (le *lit*, pour beaucoup, ce n'est que le *thalamus*, le *lit nuptial*). Mais il y avait, en sens contraire, l'analogie et, plus décisif encore, l'a. 334, qui corrige d'office les inégalités oubliées. Tout ce que l'on peut concéder à l'interprétation restrictive, c'est que le premier mariage ayant reçu une publicité d'état civil et une extériorisation de fait, le second conjoint a accepté la situation en connaissance de cause, tandis que la naissance des enfants naturels a pu être ignorée de lui.

Ainsi rejetés de l'a. 1527, al. 2, les enfants naturels pourront, néanmoins, trouver protection sous l'a. 1397 (cf. *supra*, p. 23), car, en pratique, l'attribution de la communauté universelle au survivant s'opère plutôt en fin de parcours, par changement de régime matrimonial : pour peu que leur existence ait été dissimulée au tribunal chargé de l'homologation, ils pourront attaquer pour fraude le contrat de mariage qui les dépouille, Civ.¹ 14 janv. 1997, D. 97, 273, rapport X. Savatier, *Rép. not.*, 97, 420, n. Champenois, Paris, 31 oct. 1996 (recours en révision recevable), D. 97, 251, *Rép. not.*, 97, 424.

Deux autres arrêts des années 80 ont manifesté la tendance de la Cour de cassation à édulcorer le principe de l'a. 334 :

— Civ.¹ 16 nov. 1982, D. 83, 17, n. D. Huet-Weiller, *J.C.P.*, 83, 2, 19554, rapport Ponsard, n. M. Gobert, décidant que, si d'après l'a. 334-3 l'enfant naturel peut demander un changement de nom, cela ne doit s'entendre que d'une permutation entre le nom paternel et le nom maternel, non d'une adjonction de l'un à l'autre. Un motif tire l'œil : « On ne peut ouvrir à l'enfant naturel une possibilité qui n'appartient pas à l'enfant légitime. » C'est pousser l'égalité à l'absurde par l'abolition d'une différence qui tient à la nature des choses. La filiation de l'enfant naturel est divisible, divisible aussi sa possession d'état (arg. *a contrario*, a. 321) : d'où la possibilité d'un double *nomen* (cf. a. 334-6 ; v. t. I).

— Civ.¹ 26 avr. 1988, D. 88, 469, *J.C.P.*, 89, 2, 21246 et 21355 : la restriction apportée par la loi aux droits de l'enfant adultérin s'applique dans toutes les successions où il est en concurrence avec des enfants légitimes protégés, donc dans la succession d'un grand-père (la succession ne se situe plus, pourtant, dans le cercle familial directement atteint par l'adultère).

3 / La légitimation

La légitimation est une institution par l'effet de laquelle un enfant naturel (simple ou adultérin ou incestueux) acquiert les droits d'un enfant légitime. Sous sa forme traditionnelle, issue du droit cano-

nique, elle procède du mariage et requiert qu'après la naissance de l'enfant naturel les deux parents se soient épousés. Il ne s'agit plus que de faire abstraction de l'ordre chronologique des événements pour rattacher la naissance hors mariage à ce mariage postérieur. Du moins, si l'enfant à légitimer est un enfant naturel simple. Si c'est un enfant incestueux, il faut raisonner en outre comme si les dispenses, qui sont finalement venues lever l'empêchement au mariage, avaient été obtenues avant la naissance. Et si c'est un enfant adultérin, l'effort demandé au raisonnement juridique et au sentiment moral est plus considérable encore, puisqu'il faut accepter de méconnaître les droits du précédent mariage. Aussi, à la différence de la légitimation des *enfants naturels simples*, qu'organisaient déjà l'Ancien Droit et le Code civil de 1804 (a. 331-333), à la différence même de la légitimation des *enfants incestueux*, que la jurisprudence du XIX^e siècle avait admise (malgré l'apparente prohibition de l'ancien a. 331) sans attendre l'approbation du législateur (qui devait intervenir en 1907) – la légitimation des *enfants adultérins* ne s'est introduite que tardivement, en plusieurs étapes législatives (l. 7 nov. 1907, 30 déc. 1915, 25 avr. 1924), et non sans des retours (l. 14 sept. 1941, annulée par l'o. 3 mai 1945, puis pratiquement rétablie par la l. 5 juill. 1956). La légitimation des adultérins prend une signification particulière quand on la replace dans la suite des événements qui ont marqué la ruine du premier ménage : adultère, divorce, remariage du conjoint coupable avec son complice. L'institution est, en fait, liée au divorce et lui a communiqué une impulsion supplémentaire. Dans une société dominée par l'intérêt de l'enfant, la perspective de la légitimation fait juger le divorce avec faveur.

Dans la théorie législative, on conçoit qu'un acte de souveraineté de l'État ait la puissance de conférer à un enfant naturel des droits d'enfant légitime. Le droit romain avait ainsi connu une légitimation par rescrit du prince ; mais le C.C. de 1804 n'avait pas reproduit ce modèle. La loi de 1972 s'en est, au contraire, inspirée. Cependant, c'est l'autorité judiciaire qui a reçu le pouvoir d'accorder la légitimation (comme elle avait déjà celui d'accorder l'adoption). Nous avons donc aujourd'hui deux espèces de légitimation selon que le centre de gravité en est le *mariage* ou l'*autorité de justice* (a. 330).

I | LÉGITIMATION PAR MARIAGE

Qu'amant et maîtresse, après plus ou moins de temps, « régularisent » leur liaison, c'est une conclusion qui n'est pas rare. Le droit s'y intéresse lorsqu'il y a des enfants, pour faire rejaillir sur eux le bénéfice de ce retour à l'ordre, pour les légitimer par le mariage de leurs parents.

I. — Conditions de la légitimation

Ces conditions peuvent être regroupées sous trois chefs : la *filiation* de l'enfant, le *mariage* des parents, l'*ordre chronologique* des faits.

► La filiation de l'enfant

Il s'agit d'une filiation naturelle, mais peu en importe la qualité : simple, incestueuse ou adultérine. Les enfants adultérins, notamment, peuvent, depuis 1972, être légitimés par mariage sans conditions particulières.

Il faut, en tout cas, que la filiation soit établie, et à l'égard des deux parents. La possession d'état ou un jugement sont, à ce sujet, aussi efficaces qu'une reconnaissance volontaire (a. 329). Le jugement aura été rendu, par ex., à la suite d'une action en recherche de paternité, ou en désaveu, ou plus spécialement en contestation de paternité selon l'a. 318-1.

► Le mariage des parents

Il paraît aller de soi que le mariage doit être possible entre le père et la mère. Or, cette condition entraîne pratiquement des conséquences restrictives quant à la légitimation des enfants adultérins ou incestueux.

— Les *incestueux* ne sont légitimables qu'autant que l'empêchement pour parenté ou alliance est de ceux qui peuvent être levés au

moyen d'une dispense (ex. : entre oncle et nièce) et pourvu que la dispense ait été obtenue.

— Les *adultérins* ne sont légitimables que si celui de leurs parents qui avait commis l'adultère a été, depuis lors, dégagé des liens du mariage, soit par la mort du premier conjoint, soit par un divorce.

Quoique légalement impossible, le mariage a pu être célébré en fait. La nullité dont il est atteint, quand bien même elle opérerait rétroactivement en l'absence de bonne foi des époux, n'empêchera pas l'effet de légitimation de se produire au bénéfice des enfants (a. 202 ; cf. *infra*, p. 618).

► *L'ordre chronologique des faits*

Si la légitimation est toujours le résultat de deux facteurs, elle se diversifie selon l'ordre dans lequel les deux facteurs se succèdent : constatation de la filiation + mariage = légitimation par mariage subséquent ; mariage + constatation de la filiation = légitimation *post nuptias*.

Première combinaison : légitimation par mariage subséquent (a. 331, al. 1). — C'est le cas type, de beaucoup le plus usuel. Il est de son essence que l'établissement de la filiation soit antérieur au mariage. L'enfant, toutefois, peut encore être reconnu au dernier moment, lors de la cérémonie, dans un acte distinct de l'acte de mariage (a. 331, al. 2).

Dès que la célébration du mariage s'ajoute à la filiation établie, la légitimation s'ensuit comme un effet automatique, et qui s'impose à tous. Elle a lieu : — sans manifestation de volonté des époux, voire à leur insu, et leur volonté contraire ne l'empêcherait pas ; — sans manifestation de volonté de l'enfant, fût-il majeur (ce n'est pas une adoption) ; — sans manifestation de volonté, sans *prononcé* de l'officier de l'état civil (il peut ignorer l'existence de l'enfant ; s'il la connaît, l'a. 331-2, al. 2, lui prescrit, il est vrai, de faire mentionner la légitimation en marge de l'acte de naissance, mais cette formalité d'état civil n'est pas nécessaire pour que se produise l'effet légitimant du mariage).

Deuxième combinaison : légitimation post nuptias (a. 331-1 et 318-1). — Créée en 1915, cette légitimation a reçu en 1972 un emploi nouveau, en liaison avec la contestation de paternité ; si bien que nous possédons aujourd'hui comme deux variantes de la combinaison.

a) *Le droit commun de la légitimation* *« post nuptias »*

Il arrive que des parents naturels négligent de reconnaître leur enfant *avant* le mariage — surtout lorsqu'en fait ils l'élèvent publiquement — parce qu'ils ignorent que l'effet légitimant est subordonné à une reconnaissance formaliste. Une telle situation était sans remède avant que n'eût été imaginée la légitimation *post nuptias*. Les deux conditions du cas type se retrouvent ici chronologiquement inversées, avec une condition supplémentaire, destinée à empêcher des fraudes.

1° *Le mariage des parents ;*

2° *La constatation de la filiation* (par reconnaissance volontaire, ou plus extraordinairement à la suite d'une action en recherche de paternité ou maternité) ;

3° *Une vérification judiciaire*. Quelle est la fraude redoutée ? Que des époux, dont l'union se révèle stérile, ne veuillent se servir de la légitimation *post nuptias* comme d'une espèce d'adoption, plus libre et plus étendue que l'adoption véritable, pour se rattacher un enfant étranger, en le présentant comme un enfant qu'ils auraient eu avant le mariage (le danger s'est estompé, du reste, depuis 1915, précisément avec les facilités données à l'adoption et avec l'introduction de l'adoption plénière). Pour empêcher ce genre de fraude, il faut exiger la preuve que, dès le début du mariage, les époux connaissaient l'enfant qu'il s'agit maintenant de légitimer, et le traitaient comme leur enfant. Tel est le sens de l'a. 331-1, quand il dispose que la légitimation *post nuptias* résultera d'un jugement constatant que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun.

b) *La légitimation « post nuptias »* *sur contestation de paternité*

La loi de 1972 ne permet à la mère de contester la paternité du mari (a. 318) qu'en faisant de la contestation une étape préparatoire à la réinsertion de l'enfant dans sa parenté réelle. Il faut donc qu'au moment où l'action en contestation s'engage, la nouvelle famille soit déjà constituée par le remariage de la mère avec le père véritable. De là, ici encore, la nécessaire antériorité du mariage. La séquence est, néanmoins, quelque peu modifiée par rapport au droit commun :

1° *Constatation de la filiation maternelle ;*

2° *Mariage des parents ;*

3° *Introduction de la double demande en contestation de paternité et en légitimation.*

A ce stade, deux remarques :

- la demande doit être introduite dans les *six mois du mariage* et avant que l'enfant n'ait atteint l'*âge de sept ans* (les deux délais étant d'ordre public, leur expiration peut être relevée d'office par le juge ou par le Ministère Public) ;
- la demande a un contradicteur unique et nécessaire qui est le premier mari (tandis que, de droit commun, le tribunal est saisi par une simple requête des parents).

4° *Jugement* accueillant indivisiblement (a. 318-2) la double demande. Le juge n'a pas à apprécier l'opportunité de la combinaison au regard de l'intérêt de l'enfant. Son office est d'établir, négativement, par tous moyens, que le premier mari ne peut pas être le père, positivement, que le second mari est le véritable père de l'enfant (a. 318). La comparaison des sangs ou des empreintes génétiques pourra décider entre les deux. Il n'y a pas lieu d'exiger que l'enfant ait eu la possession d'état d'enfant commun depuis le second mariage : l'a. 318-1 ne renvoie à l'a. 331-1 que pour les conditions de recevabilité ; or, la possession d'état est, dans l'a. 331-1, une condition de fond. Il n'y a pas lieu non plus d'exiger que le second mari ait reconnu l'enfant par un acte distinct : la demande qu'il a lui-même formée équivaut à une reconnaissance.

II. — Effets de la légitimation

Ces effets doivent être rattachés au mariage, même dans la légitimation *post nuptias*, car le jugement qu'elle suppose n'est pas un jugement constitutif (arg. a. 332-1, qui ne distingue pas). Une proposition les résume : l'enfant légitimé, jusqu'alors enfant naturel, acquiert la qualité de légitime. Avant 1972, on relevait dans l'a. 333, un *si* qui faisait penser à une fiction légale. Le texte actuel pose franchement le principe de l'assimilation. Il est vrai que l'assimilation revêt aujourd'hui une moindre importance, puisque l'enfant naturel, même non légitimé, a en général les droits et les devoirs de l'enfant légitime. La remarque, néanmoins, ne concerne pas l'enfant adultérin, dont la condition reste marquée d'infériorité (notamment quant aux droits successoraux) : pour lui, il est toujours capital d'être légitimé. Et même pour l'enfant naturel simple, à y regarder de plus près, la légitimation conserve un intérêt pratique – outre l'intérêt moral, honorifique, qu'il ne faut pas sous-estimer. C'est qu'il existe, au-delà des droits et des

obligations, un statut de l'enfant naturel qui est nécessairement différent de celui du légitime, faute de pouvoir s'appuyer comme lui sur le mariage des parents. Dans ces limites, la légitimation par mariage continue d'opérer un changement de statut. C'est ainsi que, si l'enfant est mineur, l'administration légale pure et simple se substituera à l'administration sous contrôle judiciaire ou à la tutelle ; que le nom paternel se communiquera à lui de plein droit, sans égard à l'a. 334-1. Si, au contraire, l'enfant est majeur, le changement de patronyme ne pourra lui être appliqué sans son consentement (a. 331-2 et 332-1, l. 8 janv. 1993).

Le principe d'assimilation inscrit à l'a. 333 doit être entendu sous deux réserves, où se trahit la part d'artifice inhérente malgré tout à la légitimation :

a) *La légitimation n'est pas rétroactive*

La vie du légitimé, à la différence de celle du légitime, va juridiquement rester coupée en deux : jusqu'à la légitimation, il a été ineffaçablement enfant naturel (ex. il ne peut prétendre aux droits d'enfant légitime dans les successions qui se sont ouvertes pendant cette période, même si elles n'ont pas encore été liquidées) ; il n'est enfant légitime qu'à partir de la légitimation (plus précisément, de la célébration du mariage).

De la non-rétroactivité de la légitimation, il découlait que si l'enfant était déjà décédé au jour du mariage, il n'avait jamais été légitime. Toutefois, s'il était mort en laissant des descendants illégitimes ou naturels), ceux-ci profitaient de la légitimation (ancien a. 332). La loi du 8 janvier 1993 a rendu inutile cette faveur particulière : la légitimation bénéficie à l'enfant lui-même (a. 331). C'est une exception directe au principe de non-rétroactivité.

b) *La légitimation est susceptible d'être contestée*

A défaut de textes directs, un cadre rationnel a été dégagé, où l'on a replacé la matière. Il est admis que la légitimation ne peut être contestée globalement par ce qui serait une contestation de légitimité. Mais elle peut l'être obliquement par l'attaque de l'une des bases sur lesquelles elle repose : soit le mariage, soit les reconnaissances – l'une ou l'autre des reconnaissances. Toutefois, quant au mariage, ce n'est qu'une vue théorique, puisque du mariage annulé les effets persistent toujours au bénéfice des enfants (a. 202), la légitimation étant un de

ces effets. Pratiquement, c'est donc par la voie d'une action – en annulation ou en contestation – dirigée contre les reconnaissances – au moins contre l'une des deux – que la légitimation sera contestée. Dans la légitimation *post nuptias*, le jugement n'est pas regardé comme couvrant la nullité ou la fausseté de la reconnaissance, du moins s'il a été rendu sans contradiction, car il n'a alors qu'un caractère gracieux. Cela dit, il convient de se rappeler que la contestation de la reconnaissance d'enfant naturel est ouverte plus largement que le désaveu de paternité légitime. Notamment, l'action en contestation s'éteint beaucoup moins vite que l'action en désaveu (cf. a. 339 et a. 316). De là, une précarité particulière dans le statut de l'enfant légitimé. Mais cette possibilité, facilement accordée, même au prétendu père, de contester la légitimation paraît d'autant plus nécessaire que l'expérience atteste de très nombreuses *légitimations de complaisance*. En revenant sur sa complaisance, le pseudo-parent impose aux enfants qu'il avait légitimés un nouveau changement d'état civil qui leur cause un préjudice au moins moral. La jurisprudence leur ouvre une action en dommages-intérêts. Il peut, cependant, y avoir faute partagée avec l'autre (et vérifiable) parent.

2 | LÉGITIMATION PAR AUTORITÉ DE JUSTICE

C'est la légitimation sans mariage après la légitimation par mariage. Non pas qu'il y ait deux voies parallèles, indifféremment ouvertes au choix des parents : la légitimation sans mariage n'est qu'une solution de secours pour le cas où le mariage serait impossible. C'est, en outre, une solution individuelle, non de ménage : étant indépendante du mariage, elle peut être mise en œuvre par l'un des deux parents sans avoir d'incidence sur l'autre.

I. — Conditions de la légitimation

A côté des *conditions de fond*, les *conditions de procédure* prennent du relief, parce que le bénéfice de la légitimation est suspendu à une appréciation judiciaire (a. 333).

► Conditions de fond

a) Condition préalable : l'impossibilité du mariage entre les deux parents

La notion d'impossibilité peut être interprétée avec plus ou moins de rigueur. Elle recouvre sans objection des cas d'impossibilité absolue, de fait ou de droit : l'autre parent est mort ou disparu, non identifié – ou bien déjà marié à une tierce personne. A l'inverse, il faudrait écarter d'emblée le requérant qui alléguerait une répugnance personnelle à l'institution du mariage, ou l'obstacle mondain tenant à la disparité des classes – impossibilités toutes relatives. Des hypothèses intermédiaires sont plus sujettes à discussion : l'autre auteur de l'enfant refuse d'épouser le requérant, ou même tous les deux s'y refusent, séparés qu'ils sont par une brouille mortelle.

b) Conditions relatives à la filiation de l'enfant

Cette légitimation, comme la précédente, suppose une filiation naturelle, peu en importe la qualité : simple, incestueuse ou adultérine (arg. a. 333-2) – et une filiation naturelle établie, du moins à l'égard du requérant, peu en importe le mode d'établissement (a. 329). L'établissement de la filiation doit, cependant, être corroboré par une condition supplémentaire : l'enfant doit avoir la possession d'état d'enfant naturel à l'endroit du requérant. Ce n'est pas sans rappeler l'a. 331-1, en tant qu'il exige la possession d'état d'enfant commun pour la légitimation *post nuptias*. Mais la condition, ici, ne tend pas seulement à empêcher des adoptions déguisées ; elle est aussi une garantie d'attachement à l'enfant.

c) Conditions relatives à la volonté des intéressés

Quoique le jugement soit le moment décisif, la volonté du parent légitimant est indispensable et impliquée dans la requête qui déclenche la procédure. Ce peut être la volonté isolée du père ou de la mère, ou leur volonté conjointe (a. 333-1) : d'accord pour légitimer, ils ne le sont pas pour se marier, et ils se placent d'entrée de jeu dans la situation de parents divorcés. L'un des deux peut légitimer pour son compte personnel sans la volonté, voire contre la volonté de l'autre ; non point toutefois à l'insu de celui-ci, car, pourvu qu'il soit connu et puisse être touché par une signification, le vœu de la loi (a. 333-3) est qu'il soit associé à la

procédure afin d'y formuler ses observations. Mais cela n'est pas obligatoire, et, du reste, le tribunal pourrait passer outre à son opposition déclarée. L'enfant lui-même, l'autre parent, le conjoint (actuel) du légitimant sont dans une position analogue : ils doivent autant que possible être consultés, quoique leur consentement ne soit pas nécessaire. Un droit de veto péremptoire n'a été institué par la loi (a. 333-2) que dans le cas de l'enfant adultérin : en faveur du conjoint (ou de l'ex-conjoint divorcé) au préjudice de qui l'adultère avait été commis. C'est que les droits successoraux de ce conjoint risquent d'être sérieusement altérés par la promotion de l'adultérin au rang de légitime.

► Conditions de procédure

a) Instance

Le tribunal de grande instance est saisi par une requête individuelle ou conjointe (a. 333-1 ; a. 1150 C. Pr. C.). Le requérant n'a pas, à proprement parler, de contradicteur. Néanmoins, les personnes admises par l'a. 333-3 à présenter des observations officieuses pourraient intervenir comme parties au procès, transformant en contentieux la juridiction gracieuse.

b) Jugement

Le tribunal doit vérifier les dires du requérant quant à l'impossibilité du mariage, à l'existence de la possession d'état, à la réalité de la filiation. Il a, le cas échéant, à peser les intérêts en conflit, si en réponse à la requête se sont manifestées des observations.

Le jugement de légitimation sera mentionné en marge de l'acte de naissance (a. 333-6 et 331-2). Constitutif d'un état nouveau, sa date fixe le point de départ des effets de la légitimation (a. 333-4, al. 1).

II. — Effets de la légitimation

Ces effets sont, en général, les mêmes que ceux de la légitimation par mariage : l'enfant naturel, y compris l'adultérin, est assimilé, mais pour l'avenir seulement, à l'enfant légitime. Néanmoins, l'absence d'arrière-fond matrimonial réduit sensiblement l'étendue de l'assimilation. Il en est ainsi lors même qu'il y a *légitimation conjointe* ; à plus forte raison, là où la légitimation est *unilatérale*.

a) *Légitimation conjointe*

Le légitimé a les droits et les devoirs d'un enfant légitime à l'égard de l'un et de l'autre de ses deux auteurs, ce qui, sur le terrain des successions et libéralités, représente un gain net pour un adultérin. S'il est mineur, l'exercice de l'autorité parentale se réglera comme pour un enfant légitime – toutefois, puisqu'il n'y a pas de foyer commun, comme pour un enfant légitime de parents divorcés (a. 333-5). S'il est majeur, il ne prendra le nom paternel que s'il y consent.

b) *Légitimation unilatérale*

Ses effets sont paradoxaux : l'enfant, qui est enfant légitime dans ses rapports avec le père, reste enfant naturel dans ses rapports avec la mère – ou réciproquement. Or, l'application cumulative des deux statuts n'est pas toujours concevable : l'attribution du nom patronymique, par exemple, ou l'exercice de l'autorité parentale excluent tout cumul. Ce sont les effets de la filiation naturelle qui doivent alors l'emporter, car le parent légitimant n'a pas le droit de modifier, par son action unilatérale, la situation juridique qui s'était antérieurement constituée à l'égard de l'autre parent. L'a. 333-4 pose le principe et en tire une conséquence logique en ce qui touche le nom. Le cumul se conçoit, au contraire, pour les droits successoraux : l'enfant aura les droits d'un enfant légitime dans la succession de son père, ceux d'un enfant naturel (il faut le supposer adultérin pour que l'exemple offre un intérêt) dans la succession de sa mère – ou réciproquement. En somme, la légitimation unilatérale a surtout la valeur d'un bénéfice successoral.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n° 822.

HISTOIRE

Sur la légitimation en droit romain, V. H. Janeau, *De l'abrogation des liberi naturales à la légitimation par rescrit du prince*, Paris, 1947, qui voit dans l'abrogation [sorte d'adoption] appliquée aux enfants naturels la forme la plus ancienne de la légitimation, beaucoup plus traditionnelle que la légitimation par mariage subséquent. Sur la légitimi-

mation dans l'Ancien Droit, v. Brissaud, p. 140 s. Ce que l'Ancien Droit aurait eu de plus suggestif à offrir au C. Nap., et qui a été écouté en 1972, c'était la légitimation par lettres royaux, suite de la légitimation par rescrit du droit romano-byzantin. Toutefois, elle ne faisait que couvrir le vice de la naissance, elle ne rendait pas le bâtard capable d'hériter. V. Delbez, *De la légitimation par lettres royaux*, Th. Montpellier, 1923. Une disposition qui n'a pas été assez relevée dans le projet de C.C. de Cambacérés (liv. I, t. 4, a. 9) : Nul enfant ne peut être reconnu valablement par un père engagé dans le lien du mariage à l'époque de la conception, à moins qu'il n'épouse la mère après la dissolution de ce mariage, et avant la naissance de l'enfant (déjà la légitimation de l'adultérin en liaison avec le divorce rapide).

SOCIOLOGIE

La légitimation est à la fois phénomène des classes populaires et phénomène aristocratique (cf. le roman de La Varende, *La dernière fête*, 1953). Le développement de la cohabitation juvénile a dû contribuer au développement de la légitimation, bien que l'on manque de données précises. A. Nizard et M. Maksud (*Pop.*, 77, 1200) estimaient que, de 1900 à 1971, la proportion des légitimés est passée de 27 à 55 % des enfants nés dans la condition d'enfants naturels. La légitimation de complaisance est une coutume ancienne, ouvrière (cf. *R.T.*, 50, 21), paysanne aussi, populaire en tout cas : l'homme qui épouse une fille-mère a le devoir (selon les mœurs, la morale) d'endosser l'enfant qu'elle a eu d'une aventure oubliée. Cette coutume est plus latine que germanique, le droit allemand étant attaché au primat de la filiation par le sang ; et il se peut qu'elle se perde chez nous, malgré ses vertus sociales, tant les gens auront entendu parler de la vérité biologique et du droit de l'enfant à connaître ses origines. — En 1996, il y a eu 308 demandes de légitimation *post nuptias*, 92 de légitimation par autorité de justice.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Remise en cause par voie de conséquence.* — Ceux qui militent pour l'abolition de la distinction entre les deux filiations concluent logiquement à la suppression de la légitimation qui n'aura plus de raison d'être. Mais, abstraction faite des critiques qu'encourt plus radicalement l'idée même d'unifier les deux filiations (v. cf. *supra*, p. 183), la disparition de la légitimation par mariage subséquent, institution bien implantée chez nous, ne passerait pas inaperçue. Le mariage apparaîtrait découronné de l'un de ses attributs, le pouvoir de légitimer. Et ce qui serait plus grave peut-être, ce type particulier de mariage qu'est aujourd'hui le mariage légitimant perdrait sa signification psychologique de retour aimable à la norme (républicaine ou canonique, indifféremment). C'est bien le mariage qui, au fond, est en cause.

b) *Problèmes plus classiques.* — 1° *Le principe* : faut-il admettre ou non l'institution ? *Pour* : l'intérêt des enfants ; l'influence moralisatrice par l'encouragement à régulariser l'union libre. *Contre* : l'incitation au désordre immédiat par la certitude que tout pourra s'arranger plus tard. La thèse favorable l'emporte aujourd'hui sans

conteste : l'Angleterre, longtemps hostile, a admis la légitimation par une loi de 1926. Bien entendu, le problème s'estompe si le législateur confère aux enfants naturels la même condition qu'aux légitimés, ce qu'a fait en France la loi de 1972.

Mais il rebondit à propos des *adultérins* : faut-il admettre leur légitimation ? La législation permissive, du XX^e s., qui culmine dans la loi de 1972, a été désapprouvée, dès ses débuts, par les juristes attachés à la conception traditionnelle de la famille (ex. Planiol-Rouast, n° 981). L'autre camp invoque l'intérêt des enfants en tant qu'individus. Le centre des oscillations a été, dans la légitimation des adultérins *a patre*, la condition, d'abord exigée, qu'il n'y eût point d'enfant issu du premier mariage. On voulait empêcher par là qu'un homme pût avoir deux enfants à peu près du même âge qui fussent également légitimes quoique nés de mères différentes, ce qui aurait paru la consécration d'une sorte de polygamie. Cette condition, imaginée par la loi du 30 déc. 1915, supprimée par une loi (de Vichy) du 14 septembre 1941 (loi dite du *jardinier* ; cf. P. Coste-Floret, D. 1942, chr. 1), rétablie par l'o. du 3 mai 1945, a été abolie de nouveau, non sans de vifs débats, par la loi du 5 juillet 1956 (cf. Ripert, D. 1956, chr. 133). L'argument tiré du principe monogamique mérite considération (v. cep. Esméin, D. 1955, 490). L'instinct polygamique, qui s'exprime dans la légitimation des adultérins, est en désaccord profond avec la civilisation occidentale. Tout ce que l'on peut dire pour rendre présentable la solution qui a finalement triomphé, c'est que la plupart des adultérins sont conçus à un moment où le mariage est déjà rompu *de facto*, où toute communion affective a disparu entre les époux, si bien que le scandale le plus éclatant — la concurrence chronologique entre les deux descendance — est relativement rare.

2° *Subsidiairement* : faut-il permettre la légitimation *en dehors du mariage*, par acte de l'autorité publique ? Il y avait en ce sens un appel de l'histoire (cf. *supra*) et du droit comparé (B.G.B. 1723 s. ; C.C.S. 260 s. ; C.C.It. 282 s.). L'innovation de la loi de 1972 a, pourtant, été critiquée. On a craint qu'elle ne porte tort à l'institution du mariage (Raynaud, D. 74, chr. 167 ; Guiho, *Études J. Lambert*, 1975, 545) ; que, sous sa variante unilatérale, elle n'apporte une espèce de consécration à la famille segmentaire, monoparentale, qu'elle ne marque l'avènement d'une société sans père ou sans mère (plutôt sans père) ? Mais, dès 1966, dans la réforme de l'adoption (cf. *infra*, p. 339), le risque en avait déjà été pris — allégrement (peut-être parce qu'on voyait bien qu'il n'est pas sérieux). Et certes, ce qui a été d'un grand poids, en 1972, pour faire accepter la légitimation par autorité de justice, c'est la constatation qu'une part notable des adoptions prononcées (15 % ?) déguisaient des légitimations de ce genre. Il est vrai que certains attribuent à l'adoption, dans cet emploi, une supériorité psychologique : elle sauvegarderait mieux les apparences.

3° La logique dans l'assimilation de l'enfant légitimé à l'enfant légitime pourrait commander de faire remonter les effets de la légitimation au jour de la naissance, voire de la conception (par analogie avec l'a. 334). Cette *rétroactivité*, dont il avait parfois été discuté dans l'Ancien Droit, a cependant été écartée en 1972. Sans doute afin de ne pas accroître outre mesure le choc des nouveautés législatives. Il est plus étonnant que les auteurs de la l. 8 janvier 1993, décidés à remanier l'a. 331, n'en aient pas profité pour procéder à une remise en cause générale. Mais peut-être ont-ils été gênés par le désir qu'ils avaient sur un autre terrain, celui du patronyme, de maintenir à l'enfant majeur le bénéfice du *statu quo* (a. 331-2 et 332-1).

THÉORIE JURIDIQUE

Mécanisme de la légitimation. — Quelle qu'en soit la variété, la légitimation est, au fond, une opération successive, où le droit se forme par degrés : l'établissement de l'une, puis de l'autre filiation, le mariage, éventuellement des demandes en justice, des jugements... Mais les théoriciens cherchent la cause efficiente. Dans une conception moniste, et teintée de droit public, on répond : c'est toujours la loi, agissant tantôt à travers le mariage, tantôt à travers le jugement — la loi, non point la volonté des parents (cf. Béquignon-Lagarde, n. S. 45, 2, 53) : la preuve en est que ceux-ci ne sauraient stipuler que leur mariage n'emportera pas légitimation. La qualification d'*effet légal* du mariage s'est ainsi répandue, et elle explique, en droit international privé, la compétence de la loi qui régit ce genre d'effets (cf. a. 311-16). La loi, disent certains, est ici au lieu et place du sacrement. Et de citer la décrétale *Tanta vis*, par laquelle le pape Alexandre III à la fin du XII^e s., avait fait de la légitimation le droit commun de la chrétienté : *tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. Pourtant, nos anciens jurisconsultes (ex. Daguesseau, 47^e plaidoyer), raisonnant d'après les canonistes, professaient une conception plus volontariste du mariage, et ils aboutissaient, en matière de légitimation, à des conclusions d'un psychologisme remarquable : la légitimation, selon eux, reposait sur la présomption que le mariage avait été contracté *de vœu et de désir* dès le temps de la conception des enfants (cf. *supra*, p. 375, l'idée que le consentement à mariage est antérieur à la cérémonie). Une telle doctrine paraît aller contre la légitimation des adultérins. En revanche, elle devrait conduire à attribuer à la légitimation un effet rétroactif. La loi du 8 janvier 1993 a fait une brèche dans le principe de non-rétroactivité (a. 331), mais la faisant par une incise, en forme de concession comme à regret, elle ne se prête pas à une généralisation.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Légitimations de complaisance.* — On se demande si le pseudo-parent (surtout le pseudo-père) peut faire tomber la légitimation à laquelle il a, en quelque manière, été partie. L'affirmative paraît certaine si l'on considère qu'il s'agit, en réalité, de contester la reconnaissance mensongère servant de support à la légitimation, et que, selon l'a. 339, l'action en contestation est toujours ouverte à l'auteur d'une reconnaissance. Cependant, il avait été parfois décidé que, si l'auteur d'une reconnaissance a, en thèse générale, le droit de la contester, il perd ce droit lorsque, sur la reconnaissance, s'est établie une légitimation qui la consolide (trib. civ. Amiens, 20 mai 1949, *G.P.*, 49, 2, 105 ; trib. civ. Meaux, 11 janv. 1950, *J.C.P.*, 50, 2, 5572, n. J. Savatier ; Bordeaux, 22 nov. 1950, *J.C.P.*, 50, 2, 5936). On pouvait invoquer en ce sens le droit acquis à l'enfant (et au conjoint ?) par un acte qui a plus d'extériorité que la simple reconnaissance (unilatérale, parfois secrète). On pouvait faire valoir aussi l'intérêt de l'enfant, et qu'il faut enfermer les pseudo-parents dans la légitimation qu'ils ont consentie comme dans une adoption plénière (arg. a. 359). Mais l'expérience montre qu'une légitimation de complaisance suivie de regrets est génératrice de tensions, et que le bonheur de l'enfant, pour ne rien dire de celui du pseudo-père, sera mieux assuré par une rupture

franche que par la prolongation d'un mensonge. Cf. J. Savatier, *Les légitimations de complaisance*, D. 1950, chr. 9 ; Goguet, *Reconnaissances et légitimations de complaisance*, Th. Dijon, 1958 ; P. H. Bolle, *Les légitimations de complaisance en droit français et suisse*, Th. Neuchâtel, 1969. La Cour de cassation (Civ. 30 juill. 1951, *J.C.P.*, 51, 2, 6526, n. J. Savatier) a été sensible à ces raisons, et elle a admis la possibilité de mettre la légitimation à néant en faisant tomber l'une des reconnaissances qui lui avaient servi de support : c'est tout autre chose qu'une contestation de paternité légitime (Civ.¹ 6 oct. 1982, *G.P.*, 83, 2, 552). Question subsidiaire : lorsque le pseudo-parent, durant plusieurs années, a traité l'enfant comme son enfant légitime, n'a-t-il pas créé une possession d'état qui corrobore le titre et rend inattaquable la situation de l'enfant (a. 322) ? En ce sens, avait décidé Req. 10 nov. 1849, D. 50, 1, 113. La réponse actuelle (de compromis) est depuis 1972 dans l'a. 339, al. 3. Quant à la responsabilité éventuelle du pseudo-parent qui attaque sa reconnaissance, v. *supra*, p. 273 et 280.

b) *De la légitimation post nuptias sur contestation de paternité.* — Le même jour qu'elle déclarait la contestation recevable quand bien même l'enfant serait en possession d'état de légitime à l'égard du mari (cf. *supra*, p. 243), la Cour de cassation (Civ.¹ 16 févr. 1977, 2^e esp., D. 77, 328, n. D. Huet-Weiller ; *J.C.P.*, 77, 2, 18663 ; *R.T.*, 77, 317, n. Raynaud) a décidé que la possession d'état d'enfant commun n'était pas une condition nécessaire de cette sorte de légitimation (cf. *semblablement*, Civ.¹ 3 juill. 1979, D. 80, *I.R.*, 63 et en doctrine, Massip, n. D. 73, 620 et 77, 133 ; Vidal, *J.C.P.*, 75, 2, 18112, n. 6 et 7 ; Souleau, *Rép. not.*, 74, a. 30547 ; Nerson, *R.T.*, 73, 762, et 80, 384 ; mais *en sens contraire*, trib. La Rochelle, 16 avr. 1975, D. 75, 715, n. Huet-Weiller, et en doctrine, Marty-Raynaud, n° 174, Vialard, D. 1974, 228 ; H. Mazeaud, *J.C.P.*, 1977, 1, 2859 et D. 81, 138, diatribes très acerbes). Pour exiger la possession d'état d'enfant commun, on invoquait, outre les travaux parlementaires (qu'en d'autres hypothèses on s'empresse de récuser), le renvoi de l'a. 318-1 à l'a. 331-1. Mais le renvoi, à y regarder de plus près, ne concerne que les *termes* de la demande, non les conditions du jugement. C'est une simple catégorisation de la demande, et en même temps l'affirmation d'une analogie légale. L'analogie doit s'établir avec la légitimation *post nuptias*, et non pas, comme on aurait pu y songer, avec la légitimation par autorité de justice. Ce qui implique, notamment, que la légitimation de l'a. 318 produit ses effets à la date du mariage (a. 322-1), non pas à la date de la décision (a. 333-4). Dans la mesure où elle est soudée à une contestation de paternité, elle peut même rétroagir à la date de la naissance de l'enfant pour effacer la filiation légitime qu'il avait eue provisoirement — ce qui ouvre au premier mari une action en remboursement de ce qu'il avait dépensé pour l'entretien de son ex-fils : Civ.¹ 1^{er} févr. 1984, 13 févr. 1935, D. 84, 388, D. 85, 462.

c) *Légitimation par autorité de justice.* — Cf. Nerson, *R.T.*, 80, 385. 1^o *L'impossibilité du mariage comme condition de la légitimation.* Les analogies que l'on peut découvrir en d'autres domaines (théorie générale de la force majeure ; impossibilité de manifester sa volonté, a. 373-1^o ; impossibilité de se constituer une preuve écrite, cf. t. IV, n° 96) ne sont que d'un faible secours pour l'interprète. Le cas « en or » est celui où l'autre parent est mort : pour peu qu'il ait exprimé de son vivant une intention matrimoniale, on est déjà presque dans les termes du mariage posthume (a. 171). A l'opposé, on hésitera à tenir pour une impossibilité l'incapacité d'un majeur en tutelle : que n'essaie-t-on d'obtenir pour lui le consentement du conseil de famille (a. 506) ? Si

L'un des parents se trouve présentement marié avec un tiers, l'impossibilité est évidente, Civ.¹ 17 janv. 1978, D. 78, 521, n. E. Poisson-Drocourt, *J.C.P.*, 78, 2, 18819, n. D. Huet-Weiller, et peu importe que le mariage eût été possible dans le passé (trib. Nanterre, 17 déc. 1976, D. 77, *I.R.*, 275, *R.T.*, 77, 764). Le cas le plus pratique est le plus embarrassant : celui où les intéressés ne peuvent parce qu'ils ne veulent. Il y a lieu, sans doute, de scruter les circonstances (en ce sens, Paris, 1^{er} juill. et 7 déc. 1976, D. 77, 297, *Rép. not.*, 77, a. 31382, n. Massip ; cf. a. 31517, n. Souleau). Si les père et mère n'invoquent d'autre motif que leur souci d'indépendance, ce n'est pas impossibilité, c'est simple convenance : Paris, 10 janv. 1974, D. 74, 497, *J.C.P.*, 74, 2, 17668. Si, au contraire, il apparaît qu'aucune communauté de vie et d'affection n'est plus concevable entre eux, pourquoi leur imposerait-on, pour légitimer l'enfant, le détour d'un mariage que suivrait un divorce à bref délai ? Des décisions (Paris, 13 févr. 1979, D. 80, 164, *R.T.*, 81, 385, n. Nerson ; trib. Créteil, 18 juin 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19870, n. Boulanger) se contentent de cette impossibilité « raisonnable », mais d'autres insistent sur la nécessité de circonstances *extérieures* à la volonté des parents (trib. Paris, 22 oct. 1986, D. 87, Somm. 313 ; Aix-en-Provence, 25 juin 1991, D. 93, Somm. 162), de crainte, sans doute, qu'une impossibilité psychologique de vie commune ne soit par trop facile à simuler de concert. On remarque, pourtant, que dans l'a. 233, la loi fait crédit à la double déclaration du couple pour conclure à l'impossibilité de la vie commune et, par conséquent, du mariage. Quand celui qui accepterait d'épouser se heurte au refus de l'autre, l'impossibilité, malgré son origine psychologique, semble bien absolue, car le consentement au mariage ne saurait être contraint (trib. Roanne, 12 juin 1975, D. 75, Somm. 123 ; v. cep. trib. Paris, 18 mars 1975, D. 76, Somm. 4). Il n'est pas jusqu'au refus du requérant lui-même qui ne puisse être justifié : nul ne s'étonnera que la mère juge moralement impossible d'épouser l'homme qui l'a violée, ou même celui qui l'a abandonnée plus ou moins longtemps.

2^o *Office du juge*. Bien que les conditions légales soient remplies, la légitimation peut n'être pas prononcée, si le tribunal estime qu'elle serait sans utilité pour l'enfant, ce qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, Civ.¹ 9 avr. 1981, *Bull.*, n^o 375 ; Civ.¹ 3 févr. 1987, D. 87, *I.R.*, 36.

TITRE II

*La filiation adoptive**Chapitre unique*

La filiation adoptive est une filiation purement juridique, reposant sur la présomption d'une réalité non pas biologique, mais affective : à la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre elle et une autre personne un rapport de père (ou de mère) à enfant. C'est une filiation d'imitation : le droit cherche à imiter la filiation légitime ; la condition de l'enfant adoptif tend à imiter celle de l'enfant légitime ou, plus exactement (car l'adoption ne rétroagit pas), celle de l'enfant légitimé.

L'imitation peut être, d'ailleurs, plus ou moins poussée, les effets de l'adoption plus ou moins étendus. C'est ainsi que notre droit positif connaît deux sortes d'adoption (au sens large du terme) : l'*adoption simple* et l'*adoption plénière* : celle-ci qui a pris, en 1966, la suite de la *légitimation adoptive*, s'efforce de porter au plus haut degré la ressemblance avec la légitimation.

A ces deux variétés de l'institution correspondent, dans le C.C., deux chapitres distincts du titre VIII du Livre Premier. Ce titre a peu conservé de son état primitif de 1804. La matière a été profondément remaniée par des lois du xx^e s., dans l'esprit d'une époque où l'enfant est au centre du droit de la famille : par la loi du 19 juin 1923, qui avait permis pour la première fois l'adoption des mineurs ; par le décret-loi du 29 juillet 1939 et la loi du 8 août 1941, qui avaient introduit, également pour les mineurs, la légitimation adoptive ; par des textes éphémères (o. 23 déc. 1958, l. 1^{er} mars 1963) qui avaient rebrassé en vain le tout ; par la loi du 11 juillet 1966, qui a eu le mérite d'une certaine simplification et qui a implanté les nouvelles appellations

(adoption plénière ou simple) ; par la l. 22 déc. 1976, qui a accordé à l'institution des facilités additionnelles ; enfin, par la l. 5 juillet 1996 (loi *Mattei*), qui a eu plus d'ambition. Le développement de l'adoption a fait naître une activité d'intermédiaire entre la demande et l'offre d'enfants adoptables : ces intermédiaires, obligatoires en droit (a. 348-5) ou en fait, sont les œuvres d'adoption, rebaptisées par la loi de 1996 (peu élégamment) *organismes autorisés pour l'adoption*.

On ne recourt pas à l'une ou à l'autre forme d'adoption suivant le seul désir que l'on a de doser les effets de l'institution. Lorsque l'enfant à adopter est trop âgé, l'adoption simple est seule permise. L'adoption plénière n'a plus, cependant, le caractère d'exception qui continuait à marquer la légitimation adoptive. La loi du 11 juillet 1966 l'a placée en tête, comme le modèle dont l'adoption simple n'est plus que le diminutif et, pour ainsi dire, le reflet (cf. a. 351).

1 / L'adoption plénière

Un jugement va, sur la demande d'une personne, lui rattacher par un lien de filiation légitime, excluant désormais tout autre lien de filiation, un enfant (moins de 15 ans) qui n'était point son enfant légitime. Tel est le schéma le plus dépouillé. Dans le schéma peuvent s'insérer des situations très différentes : ce sont deux époux qui, sans enfant, recueillent un très jeune enfant abandonné à l'Aide sociale et l'unissent à eux comme s'il était né de leur mariage (telle était, avant 1966, la signification de la légitimation adoptive) ; mais ce peut être aussi bien une personne célibataire qui entend donner une forme juridique au besoin de maternité ou de paternité qu'elle éprouve ; ou encore c'est un conjoint, épousé en secondes noces, qui souhaite consolider en un rapport de parenté le rapport d'alliance qu'il a déjà avec des enfants du premier lit.

1 | CONDITIONS DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Il en est qui sont requises en la personne de l'*adoptant*, d'autres en celle de l'*adopté*, d'autres encore *dans les rapports entre adoptant et adopté*.

► Conditions requises en la personne de l'adoptant

Les unes, qui sont générales, relèvent du droit civil. D'autres, particulières à certaines catégories d'enfants adoptables, viennent du droit administratif : la l. 5 juill. 1996 les a mises en relief.

a) *Conditions de droit civil*. — Le C.C. permet également l'*adoption individuelle*, par une seule personne, célibataire ou mariée (si l'autre conjoint n'entend pas prendre part lui-même à l'adoption), et l'*adoption conjointe, conjugale*, émanant de deux époux qui consentent l'un et l'autre à jouer le rôle d'adoptants (a. 346, al. 1). Ces deux variétés d'adoption plénière ne suivent pas entièrement les mêmes règles.

1° Règles propres à l'adoption individuelle (a. 343-1)

L'adoptant doit avoir plus de 28 ans au jour de la demande, et s'il est marié, il doit se pourvoir du consentement de l'autre époux (à moins que celui-ci ne soit hors d'état de manifester sa volonté au sens de l'a. 373-1°, ou qu'il n'y ait entre eux séparation de corps).

2° Règles propres à l'adoption conjugale (a. 343)

Elle est ouverte aux époux sans condition d'âge ; mais si l'un d'eux ou les deux se trouvent n'avoir pas plus de 28 ans, une autre condition est exigée : il faut que le mariage ait duré deux années (ce qui crée une présomption, fût-elle fragile, de stérilité, peut-être aussi de stabilité du couple).

3° Règle commune aux deux variétés d'adoption plénière

De sa raison d'être la plus profonde, qui est d'apporter une consolation aux ménages stériles, l'adoption avait conservé ce principe : qu'elle n'était pas permise à ceux qui avaient déjà des descendants légitimes (sauf dispense du Président de la République depuis 1966). Mais le principe a été inversé par la loi de 1976. Si l'adoptant a déjà des enfants (ou des petits-enfants) par la chair, légitimes ou naturels, leur présence ne fait pas obstacle à l'adoption. Les juges auront, toutefois, à apprécier (a. 353, al. 2) si l'interférence de nouveaux liens ne risque pas de compromettre la vie familiale, telle qu'elle était antérieurement vécue. Il est plausible de retenir l'accord donné par les enfants à l'entrée de ce nouveau frère comme la preuve que l'harmonie familiale n'en est pas troublée. Mais les enfants peuvent être fort jeunes, et il

n'est pas assuré que plus tard ils ne regretteront pas leur geste. Il appartient au tribunal de faire des pronostics sur cet avenir.

b) *Condition de droit administratif, l'agrément.* — C'est une procédure tendant à vérifier si les candidats-adoptants ont bien les qualités requises pour élever correctement les enfants qu'ils se proposent d'adopter (d. 98-771 du 1^{er} sept. 1998). Elle avait été introduite par une l. 6 juin 1984, à la demande de l'Aide sociale, soucieuse de mieux connaître ceux à qui elle confiait ses pupilles. Elle fut ensuite étendue à l'adoption des enfants étrangers (l. 25 juill. 1985). Pupilles de l'État, enfants étrangers, ce sont les deux seules catégories pour lesquelles l'agrément est requis par l'a. 353-1, tel que rédigé par la l. 5 juill. 1996 (ce sont, du reste, sur les statistiques de l'adoption plénière, les catégories les plus nombreuses). L'agrément est accordé par le président du Conseil général, après avis d'une commission départementale, mais il est valable au plan national (a. 63 C. Fam.). C'est un acte administratif ; aussi, en cas de refus, est-ce devant les tribunaux administratifs que les candidats à l'adoption doivent porter leurs recours.

Il faut bien marquer les limites de cette procédure parallèle. 1^o Par l'agrément, les candidats reçoivent un brevet d'aptitude théorique à adopter, nullement la promesse d'un enfant adoptable *hic et nunc* (il s'en faut de beaucoup). 2^o A l'inverse, le refus d'agrément ne mettra pas nécessairement obstacle à l'adoption. Le tribunal judiciaire a le devoir de s'assurer qu'une procédure d'agrément a eu lieu, mais, quand bien même elle n'aurait pas abouti, il peut passer outre, s'il estime que les adoptants sont aptes à accueillir l'enfant et que l'adoption est conforme à son intérêt (a. 353-1).

► Conditions requises en la personne de l'adopté

Pour définir les catégories d'enfants théoriquement *adoptables*, la loi prend en considération leur *âge* et leur *situation familiale antérieure*. S'y ajoutera, pour passer à l'adoption effective, le préalable d'un *accueil* au foyer de l'adoptant.

a) *L'âge de l'enfant* (a. 345). — 1^o *Condition de fond.* L'adoption plénière est faite pour des enfants, et plus jeunes ils sont, mieux cela vaut pour sa réussite.

La loi fixe donc un maximum.

— En *principe*, l'enfant doit avoir moins de 15 ans.

— Par *exception*, il peut être adopté pendant toute sa minorité et les deux années qui suivent lorsque, avant d'avoir atteint ses 15 ans, il

avait été accueilli par les futurs adoptants (ils ne remplissaient pas les conditions légales pour adopter, mais ils les ont remplies par la suite), ou lorsqu'il avait dès avant 15 ans fait l'objet d'une adoption simple.

2^o *Critère de capacité.* Si l'enfant a plus de 13 ans, il doit donner son consentement personnel à l'adoption. Au-dessous de cet âge, mais capable de discernement, il pourra être entendu selon les règles de l'a. 388-1 (cf. a. 60, al. 2, C. Fam.). Très jeune, il n'est qu'objet de l'opération et ne pourra, pourtant, devenu adulte, la contester.

b) *La situation familiale antérieure.* — Ce doit être une situation négative, une situation d'abandon. De ce point de vue, l'a. 347 énumère trois catégories d'enfants adoptables. C'est par les deux dernières qu'il convient de commencer, car elles se détachent par une disponibilité plus directe à l'adoption.

1^o *Les pupilles de l'État.* C'est, cruellement parlant, le vivier de principe (a. 63 C. Fam.). On entend par là les enfants confiés au service de l'Aide sociale à l'Enfance (jadis, l'Assistance publique), dans les divers cas spécifiés par l'a. 61 C. Fam., modifié par l. 5 juill. 1996 : ainsi, les enfants trouvés, les enfants expressément abandonnés au service, certains orphelins de père et de mère (sous-entendez : pauvres, quoique la loi préfère ne pas le dire), les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale). La qualité d'enfant adoptable est ici créée par un arrêté du président du Conseil général, sous réserve d'un recours possible devant le tribunal de grande instance de la part des parents et alliés ou même de toute personne justifiant d'un *lien* avec l'enfant. Elle est suivie de la rédaction d'un « projet d'adoption » théorique (a. 63-1 C. Fam.).

2^o Les enfants qui ont fait l'objet d'une *déclaration judiciaire d'abandon* (cf. a. 1158 s. C. Pr. C.). Cette déclaration peut avoir lieu, selon l'a. 350, lorsque, l'enfant ayant été recueilli par un particulier, par un établissement ou par le service de l'Aide sociale, les parents s'en sont manifestement désintéressés pendant l'année qui a précédé l'*introduction de la demande*. Ils doivent être considérés comme s'en étant désintéressés lorsqu'ils n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires au maintien de liens affectifs. Le texte cite des faits qui ne devraient pas constituer une marque d'intérêt suffisante (la demande de nouvelles, la velléité de reprendre l'enfant). Ces faits ne sont même pas assez significatifs pour interrompre le délai d'une année. La formule laisse, néanmoins, à l'appréciation des juges une part qu'élargit la réserve introduite par la l. 5 juill. 1996 pour le cas de grande détresse des parents (morale ou pécuniaire).

3° *Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption.* C'est poser en thèse que tout enfant, même légitime, même vivant au foyer de ses père et mère, a vocation à être donné en adoption. Le postulat est que les liens de famille sont amovibles par abdication et transfert, ce qui contredit le principe que l'état des personnes n'est pas aliénable (a. 311-9).

Il faut bien voir que le consentement familial n'est pas seulement requis comme élément constitutif de l'acte juridique d'adoption, mais aussi, et préalablement, comme signe d'abandon et, partant, de disponibilité à l'adoption. Au lieu que, dans les deux cas précédents, c'est une décision (administrative ou judiciaire) de l'autorité publique qui crée la qualité d'enfant adoptable, ici c'est un acte de volonté privée, c'est un consentement familial.

Ce consentement, quant au fond, émane des titulaires de l'autorité parentale : le père et la mère (s'ils sont tous deux en état de consentir, leur dissentiment vaut refus) ; à défaut, le conseil de famille (a. 348, 348-2, 349).

En la forme, le consentement est donné par acte authentique, soit devant notaire, soit devant le greffier du tribunal d'instance (a. 348-3) ; il peut aussi être consigné dans un procès-verbal d'abandon dressé par le service de l'Aide sociale à l'Enfance (a. 62 C. Fam.).

Voulant empêcher le trafic des nouveau-nés, la loi interdit que, pour eux, l'abandon se fasse par remise directe aux adoptants : si les enfants ont moins de 2 ans, hors l'hypothèse de l'adoption intra-familiale, le consentement à adoption n'est valable que si l'adoptable a été remis d'abord effectivement au service de l'Aide sociale ou à un organisme autorisé (a. 348-5).

Le consentement est donné, en principe, pour une adoption déterminée avec désignation de l'adoptant ; mais l'a. 348-4 permet qu'il soit donné en blanc, à l'intermédiaire (Aide sociale ou organisme autorisé) qui reçoit la faculté d'élire l'adoptant.

Le consentement comporte, de droit, un délai de repentir de deux mois, avant l'expiration duquel l'enfant ne peut être placé aux fins d'adoption (a. 348-3, al. 2 ; 351, al. 1). Quand bien même le père et la mère auraient été appelés tous deux à consentir, la rétractation d'un seul suffit à bloquer la procédure. Même après les deux mois écoulés, d'ailleurs, les parents peuvent encore demander en justice la restitution de l'enfant, ce qui rendra caduc leur consentement. Mais cette restitution ne peut être ordonnée par le tribunal qu'autant que l'enfant n'a pas déjà été placé aux fins d'adoption (a. 348-3, al. 3).

Si l'un des deux parents, voire les deux (ou le conseil de famille) refusent leur consentement à l'adoption, le tribunal peut passer outre (a. 348-6). Il faut pour cela que ces refusants se soient antérieurement désintéressés de l'enfant au risque de compromettre sa santé ou sa moralité, et, en outre, que leur refus soit abusif. Le critère de l'abus devrait être l'intention de nuire à l'adoptant, intention trahie par cette circonstance que le refusant n'a pas d'intérêt avouable à refuser (ce sont les critères habituels de l'abus du droit ; cf. t. IV, n° 230). Toutefois, dans une interprétation plus large, on inclinera à dénoncer l'abus dès que le refus semblera contraire à l'intérêt de l'enfant.

c) *L'accueil au foyer de l'adoptant.* — Cet accueil matérialise la volonté d'adopter. Il est conçu, en outre, comme un stage, un temps d'épreuve, car l'adoption ne sera possible que lorsqu'il aura duré six mois (a. 345, délai de rigueur). Sur un point, il fixe la condition des parties : si l'enfant recueilli meurt en cours de procédure, l'adoption pourra, néanmoins, être prononcée (a. 353, l. 5 juill. 1996) — adoption posthume comme il y a un mariage posthume (a. 171).

► *Conditions requises
dans les rapports entre adoptant et adopté*

Anxieuse de singer la nature, la loi exige, pour que la paternité (ou la maternité) de l'adoptant ne soit pas par trop invraisemblable, une différence d'âge de quinze ans au moins entre l'adopté et lui (a. 344). Encore cette différence est-elle réduite à dix ans quand il s'agit d'adopter un enfant du conjoint, et elle peut même être réduite encore par une décision laissée à l'appréciation du tribunal.

Il n'est pas requis que l'adoptant et l'adopté soient étrangers l'un à l'autre. La lecture de l'a. 348-5 montre que la préexistence d'un lien de parenté ou d'alliance n'est pas un empêchement à la création de ce nouveau lien. *L'adoption* est dite alors *intrafamiliale*. L'oncle et la tante (pour raisonner sur une hypothèse qui ne soit pas trop étonnante) peuvent de la sorte devenir père et mère de l'enfant et prendre en main son éducation. S'il en est ainsi lorsque le rapport de famille antérieur était un rapport de droit, la solution vaut, à plus forte raison, quand il n'existait qu'un rapport de fait (ex. enfant naturel non reconnu). On ne doute plus, en particulier — et ce fut même un emploi assez fréquent de l'institution jusqu'à l'introduction de la légitimation par autorité de justice, institution concurrente — qu'un enfant naturel, voire adultérin, puisse être adopté par son père ou par sa mère.

Est spécialement prévue (a. 344, 346, al. 2 ; cf. a. 365), presque recommandée, l'adoption, par un époux, des enfants que son conjoint a pu avoir d'un autre lit. Par hypothèse, l'enfant a déjà père et mère, et cela pourrait lui suffire. La voie de l'adoption plénière sera donc fermée en principe (demeurant la ressource de l'adoption simple). Il est, toutefois, des cas (a. 345-1, l. 5 juill. 1996) où il semble que cet *autre* parent ne soit qu'un fantôme qu'il vaut mieux essayer d'oublier, afin de faciliter l'intégration de l'enfant à un foyer bi-parental. Il en est ainsi lorsque le parent-fantôme :

- n'a pas de paternité ou maternité légalement établie ;
- a été l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ;
- est mort, hélas ! — à moins qu'il n'ait laissé des ascendants au premier degré, grands-parents de l'enfant, qui ne se soient pas manifestement désintéressés de lui (cf. a. 350, al. 1), capables partant d'entretenir le souvenir.

2 | PROCÉDURE DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Avant même que ne s'engage la procédure réglée par le C.C. (a. 351-354) et par le C. Pr. C. (a. 1165 s.), la préparation de l'adoption peut avoir nécessité des actes juridiques de nature indécise entre le droit administratif et le droit privé ; ex. pour l'application de l'a. 347-2° : établissement d'un procès-verbal d'abandon par une préposée de l'Aide sociale (a. 62 C. Fam.), admission de l'enfant comme pupille de l'État par arrêté du président du Conseil général (a. 61). Outre le détour qu'il a fallu faire aux fins d'agrément (a. 63).

La procédure de droit privé — pour ne plus s'occuper que d'elle — comprend deux phases, juridiquement distinctes depuis 1966 : *le placement en vue de l'adoption plénière et le jugement d'adoption plénière*. Mais ces deux phases ne se retrouvent pas dans tous les cas. Quand l'adoption plénière se fait par accord direct entre les deux familles, la procédure peut s'ouvrir immédiatement sur la phase judiciaire. L'enfant aura dû, sans doute, être accueilli au foyer des futurs adoptants pendant six mois au moins, et le tribunal aura à vérifier cette condition (a. 345, al. 1). Mais ce séjour ne constitue pas par lui-même une situation juridique protégée. La phase du placement paraît n'avoir de signification propre que dans les cas où l'enfant avait d'abord été recueilli par le service de l'Aide sociale ou par un organisme autorisé d'adoption.

Placement en vue de l'adoption plénière

Ce placement ne consiste pas simplement dans un acte matériel, la remise effective de l'enfant à ses futurs adoptants. Cette remise n'est prise en considération qu'autant qu'elle a eu lieu sur la base d'un élément de droit : soit le consentement valablement et définitivement donné à l'adoption, soit la situation de pupille de l'État, soit la déclaration judiciaire d'abandon (a. 351). Or, pour que le consentement soit définitif, il ne doit plus être sujet à rétractation (a. 348-3, al. 2). Le placement n'est donc pas possible tant que ne s'est pas écoulé le délai de repentir de deux mois ouvert aux parents par la chair. Il n'est pas non plus possible, même après l'expiration du délai, s'il se rencontre que les parents ont déjà demandé la restitution de l'enfant, ainsi qu'ils en ont encore le droit (a. 348-3, al. 3).

Le placement, quand il a eu lieu dans les conditions de la loi, n'est pas une simple situation de fait, un essai officieux de l'adoption projetée. C'est une possession d'ores et déjà protégée pour elle-même, juridiquement protégée contre les retours de la parenté charnelle. Dès cette préadoption, et sans attendre le jugement, l'enfant ne peut plus être restitué à sa famille d'origine (cf. a. 348-3, al. 3) ; et sa filiation ne peut plus faire l'objet d'une reconnaissance ou d'une déclaration judiciaire (a. 352, al. 1).

Il résulte indirectement de l'a. 345 que, pour aboutir à la requête d'adoption, le placement doit avoir duré au moins six mois. À l'inverse, il pourrait, semble-t-il, durer indéfiniment, n'étant le désir des futurs adoptants de rendre le plus tôt possible leur position absolument claire. C'est que le placement conserve un certain caractère de précarité ; il peut cesser spontanément, sans doute par la restitution amiable de l'enfant à l'organisme qui l'avait placé, ou bien encore en conséquence du jugement qui viendrait à refuser de prononcer l'adoption ; ses effets sont alors rétroactivement résolus (a. 352, al. 2).

Jugement d'adoption

Le tribunal de grande instance est saisi par une requête de l'adoptant (a. 1168 C. Pr. C.) et doit dans les six mois entamer l'instruction de l'affaire. *L'office du juge* consiste essentiellement à vérifier la légalité et l'opportunité de l'adoption. L'opportunité est

identifiée à l'intérêt de l'enfant (a. 353, al. 1), et ne se réfère pas aux autres intérêts concevables (intérêt de la famille par le sang, des parents de l'adoptant, de l'adoptant lui-même), hormis le cas où existent des descendants légitimes (a. 353, al. 2 : l'adoption ne peut-elle compromettre « la vie familiale » ?). En fait, les juges ont, sauf appel, un pouvoir discrétionnaire, car ils n'ont pas à motiver la décision qui *prononce* l'adoption (a. 353, *in fine*).

La juridiction exercée ici est purement gracieuse (a. 1167 C. Pr. C.) ; il n'y a pas de défendeur, pas d'autre contradicteur possible que le Ministère Public.

Les parents par la chair, n'ayant pas été parties au jugement d'adoption, peuvent l'attaquer par la voie de la tierce opposition pendant trente ans (a. 586, al. 1, C. Pr. C.). Mais, pour rendre plus stable la situation de l'enfant dans sa nouvelle famille, et parce que l'expérience avait montré que beaucoup des procès intentés par la parenté d'origine ne l'étaient qu'à des fins de chantage, l'a. 353-2 a considérablement limité l'ouverture de la tierce opposition : elle n'est ouverte qu'en cas de dol ou de fraude imputable aux adoptants personnellement (et non point par ex. à l'organisme qui a servi d'intermédiaire). Dans l'hypothèse spécialement prévue par l'a. 350, où l'enfant avait dû faire antérieurement l'objet d'une déclaration judiciaire d'abandon, les parents d'origine avaient eu déjà la faculté d'exercer la tierce opposition contre ce premier jugement, et l'on remarque que cette voie de recours leur avait été ouverte alors plus largement : pour tout cas de dol ou de fraude, et aussi pour erreur sur l'identité de l'enfant (a. 350, *in fine*).

3 | EFFETS DE L'ADOPTION PLÉNIÈRE

Le principe, inscrit dans la loi (a. 358), est que cette adoption produit tous les effets d'une filiation légitime, ce qui s'entend d'une filiation légitime à titre originaire. Néanmoins, par des côtés importants, les effets sont plutôt ceux d'une légitimation, car l'enfant adoptif, comme le légitimé, n'acquiert ses droits d'enfant légitime que plus ou moins longtemps après sa naissance. Et même toute ressemblance n'est pas exclue avec la filiation naturelle, puisque, comme celle-ci, la filiation adoptive peut n'être qu'une filiation unilatérale, qui ne relie l'enfant qu'à un seul auteur (supposé).

De toute manière, l'adoption va contre la vérité biologique, et elle n'accomplira ses fins qu'en refoulant plus ou moins cette vérité sous un voile. Le *secret* est un postulat de l'adoption.

► Le postulat du secret

Il se situe à deux niveaux : derrière le *secret de l'opération* elle-même, il y a, plus profondément, le *secret des origines* de l'adopté. Il faut avoir déjà percé le premier pour s'attaquer au second.

a) *Le secret de l'opération*. — L'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil (a. 1170, 22 C. Pr. C.). Le jugement sera prononcé en audience publique (a. 1174), mais il n'est pas motivé (a. 353, *in fine*).

A partir de là, le secret se transporte dans les actes de l'état civil (a. 354). L'acte de naissance originaire, sans être éliminé des registres, sera considéré comme nul. En compensation, le jugement est transcrit sur le registre des naissances, et la transcription tiendra lieu d'acte de naissance à l'adopté. Les extraits d'actes de naissance qui lui seront désormais délivrés lui attribueront les adoptants pour père et mère sans aucune référence à la filiation réelle ni même au jugement d'adoption (d. 15 févr. 1968 sur l'état civil, a. 12). Seuls la date et le lieu de sa naissance réelle, s'ils sont connus, ne sont pas changés, bien qu'ils puissent éveiller la curiosité. Le secret de l'adoption est spécialement protégé par la loi sur la presse (29 juill. 1881, a. 29 *quater*) contre les excès du journalisme d'investigation.

b) *Le secret des origines*. — Il préexistait à l'adoption : celle-ci s'est déployée sur un enfant né de père et mère inconnus. C'est quelque chose de plus que l'absence de filiation légalement établie, de plus opaque : l'établissement de la filiation est bloqué par un obstacle de fait (cas de l'enfant trouvé, a. 58) ou de droit (anonymat licite de l'accouchement, *supra*, p. 281, ou de la remise de l'enfant à l'Aide sociale). Il faut faire halte sur cette dernière hypothèse, qui concerne la catégorie la plus dense d'enfants adoptés. Elle est décrite aux a. 62-4° et 62-1 C. Fam., qui ne sont que l'aboutissement d'une série de textes et de pratiques hospitalières remontant au XIX^e s. La règle est que, lorsque l'enfant est âgé de moins de 1 an, les père et mère (ou le tiers qui a servi d'intermédiaire) ont le droit de demander le secret de leur identité. A cette règle, la l. 5 juill. 1996 a apporté deux correctifs, en guise de concessions à une revendication qui s'était manifestée (véhiculée notamment par la Convention de l'O.N.U. sur

les droits de l'enfant, cf. *supra*, p. 211), tendant à faire proclamer comme un droit fondamental le droit de l'être humain à connaître ses origines.

— *Atténuation* : les déclarants peuvent « donner des renseignements » qui seront recueillis dans le procès-verbal de la remise. Non sur eux-mêmes, mais sur le lieu, le milieu, l'environnement dans lequel l'enfant a été mis au monde. Ces renseignements seront conservés sous la responsabilité du président du Conseil général et pourront être mis à la disposition de l'enfant devenu majeur, de ses descendants après sa mort, ou même à la disposition du mineur capable de discernement, s'il a l'accord de son représentant légal (c'est-à-dire de l'adoptant).

— *Exception véritable* : les père et mère qui avaient obtenu le secret de leur identité peuvent le lever, mais seulement en faveur du représentant légal de l'enfant mineur, de l'enfant lui-même devenu majeur, de ses descendants après sa mort.

► Situation juridique de l'adopté

La loi s'efforce de le débarrasser de son passé juridique, en même temps que de lui conférer toutes les apparences de la légitimité. Il perd son nom pour revêtir celui de l'adoptant. S'il est adopté par deux époux, il prend le nom du mari, et même, s'il est adopté sans le concours du mari par une femme mariée, on essaiera de lui faire porter le nom qui peut sembler paternel (a. 357). Pour achever de faire peau neuve, il pourra changer de prénoms. De sa famille originaire, il ne garde que des empêchements à mariage (l'indélébile tabou de l'inceste ; a. 356), mais point de rapport alimentaire, ni de vocation successorale.

Une exception, toutefois – demi-exception plus exactement – dans le cas de l'adoption des enfants du conjoint (a. 356, al. 2). Ils conservent leur filiation originaire, par conséquent leurs droits successoraux, à l'égard de ce conjoint (qui n'est autre que leur père ou leur mère) et de sa famille. *A contrario*, ils perdent leur filiation, par conséquent leurs droits successoraux, à l'égard du premier conjoint de ce conjoint (leur autre auteur par la chair) et de sa famille. De sa famille, cela peut avoir quelque importance ; du conjoint lui-même, au contraire, il n'y a guère de succession à attendre : ou sa parenté n'est pas établie (a. 345-1-1°) ou sa succession a déjà été ouverte (a. 345-1-3°). L'objectif très clair est d'intégrer davantage ces enfants

au foyer constitué par le second mariage. Ce qui se traduit par une anomalie supplémentaire : sous réserve du maintien unilatéral de la filiation originelle, l'adoption, quoique individuelle, sera traitée ici comme une adoption conjugale (notamment, l'autorité parentale sera exercée en commun).

L'enfant est tout entier dans sa nouvelle famille, et il s'y trouve comme s'il était issu du mariage des adoptants en cas d'adoption conjugale ; ou en cas d'adoption individuelle, comme si, enfant naturel, il avait fait l'objet d'une légitimation par autorité de justice (a. 358). Dans cette famille, il a les mêmes empêchements à mariage, les mêmes créances et obligations alimentaires, les mêmes droits successoraux, les mêmes héritiers présomptifs qu'un enfant légitime. Pareillement, s'il est mineur, il est traité comme enfant légitime, soit quant à l'autorité parentale qui s'exerce sur lui, soit quant à l'ouverture de l'administration légale ou de la tutelle pour la gestion de ses biens (quand l'adoption émane d'un seul adoptant, il y a lieu à l'administration légale sous contrôle judiciaire, a. 389-2).

► Comment opère en droit l'adoption plénière

1° *L'adoption plénière n'a pas d'effets rétroactifs*, en ce sens qu'elle ne remonte pas au jour de la naissance, si bien que la vie de l'adopté, comme celle d'un légitimé, demeure coupée en deux. Le jugement d'adoption a seulement été doté d'une rétroactivité limitée, purement procédurale, au jour du dépôt de la requête (a. 355).

2° *Mais l'adoption plénière a des effets définitifs*. Elle est irrévocable (a. 359), à la différence de l'adoption simple, non seulement tant que l'adopté est mineur, ce qui n'eût été qu'une mesure de protection de l'enfance, mais même après sa majorité, quelle que soit la profondeur de la mésintelligence entre adoptant et adopté, la gravité des torts et griefs de l'un ou de l'autre. Si l'adopté est mineur, des palliatifs existent selon les causes : retrait total ou partiel de l'autorité parentale, recours à l'assistance éducative. Et peut-être faut-il lire comme une atténuation générale de l'irrévocabilité l'a. 360 (l. 5 juill. 1996) : pour des motifs graves, l'enfant qui a été adopté par adoption plénière est admis à être adopté, à se faire adopter, par adoption simple ; cette adoption simple, apparemment de la part d'un autre adoptant, mettra fin à la première filiation adoptive, comme elle aurait pu mettre fin à une filiation charnelle. La loi n'interdit pas, en effet, les adoptions successives (cf. a. 346). Mais le procédé ici envisagé est bien alambiqué.

Irrevocable, l'adoption plénière ne peut non plus être annulée, sous prétexte par ex. que les consentements qui lui servent de base n'auraient pas été valablement donnés, car elle résulte du jugement et non d'un acte privé. Restent les voies de recours, tant que les délais n'en sont pas expirés, notamment l'éventualité, mais très étroite, de la tierce opposition (a. 353-2).

3° Enfin, *l'adoption plénière a des effets absolus*. Elle ne se borne pas à relier l'adopté à l'adoptant par un rapport individuel ; elle le fait entrer dans la famille de l'adoptant, dans les deux familles des adoptants, s'il y a adoption conjugale. L'adopté va, comme s'il était né de la nature, devenir un parent pour les parents de l'adoptant, avec les droits et les devoirs, avec les vocations successorales correspondantes. La famille de l'adoptant n'a aucun moyen d'écartier ce parent imprévu. Le point est surtout remarquable pour les ascendants, les grands-parents par adoption, qui peuvent avoir désapprouvé l'initiative de l'adoptant ; ce petit-fils artificiel s'impose désormais à eux, à la fois comme créancier d'aliments et comme héritier réservataire.

2 / L'adoption simple

Elle conserve en elle une part de ce qu'était, d'esprit et de fonction, l'adoption d'avant 1923, l'adoption des majeurs, sans rupture des liens originaires : souvent intra-familiale, d'oncle à neveu, de cousine à cousin, pour assurer la transmission du nom patronymique, maintenir le patrimoine de la *gens*. L'euphorie de l'adoption plénière après la loi de 1966, fit croire un instant que l'adoption simple allait être marginalisée. Il n'en a rien été, au vu des statistiques. C'est que l'adoption plénière a vite trouvé ses limites : les complications hérissantes de fond et de procédure, et surtout la disproportion écrasante entre l'offre et la demande de jeunes enfants adoptables. Alors que l'adoption simple, de son côté, se découvrait de nouveaux emplois :

— comme solution d'attente, avant une adoption plénière qui a été retardée (a. 345, al. 2 ; on entrevoit notamment par derrière le cas assez fréquent de parents nourriciers qui, après s'être contentés de l'adoption simple, se décident à l'autre sur le tard, et ils le pourront tant que le pupille n'aura pas vingt ans ;

- comme solution de secours (a. 1173 C. Pr. C.), risquant d'échouer sur l'adoption plénière, les demandeurs se rabattent sur l'adoption simple (le postulat est que la simple est possible partout où la plénière le serait, a. 1169), mais non l'inverse, à cause du butoir des quinze ans) ;
- comme solution de rebond (a. 360, l. 5 juill. 1996, d'intention assez obscure), après une plénière qui a mal tourné, l'adopté peut être admis à repartir dans une adoption simple.

1 | CONDITIONS DE L'ADOPTION SIMPLE

Il convient de transposer ici, comme y invite le renvoi de l'a. 361, les a. 343 à 344 et 346 à 350.

► *Conditions requises en la personne de l'adoptant*

L'adoption simple peut être, comme l'adoption plénière, une adoption individuelle ou conjugale ; elle suppose le même minimum d'âge et la même durée du mariage. Elle non plus n'est pas empêchée par la présence d'enfants du sang.

► *Conditions requises en la personne de l'adopté*

La différence capitale est là. Parler de catégories d'enfants adoptables est sans portée pratique pour l'adoption simple, car toute personne, majeure ou mineure, est susceptible d'une telle adoption. Il ne se pose qu'une question de consentement. L'adopté, à partir de 13 ans, doit consentir personnellement à son adoption, mais il y faut, en outre, le consentement des père et mère ou du conseil de famille, selon les mêmes distinctions que dans l'adoption plénière. Au-dessous de 13 ans, il n'est besoin que de ce consentement familial. Il n'est point exigé ici que l'enfant ait fait un stage au foyer de l'adoptant.

► *Conditions requises
dans les rapports entre adoptant et adopté*

Les deux adoptions se rejoignent : l'adoptant doit avoir quinze ans de plus que l'adopté ou davantage, mais peu importe qu'il soit déjà son parent ou allié.

2 | PROCÉDURE DE L'ADOPTION SIMPLE

Le préalable du placement ne se retrouve pas ; on en vient d'emblée à la phase judiciaire, ouverte par la requête de l'adoptant. Le tribunal a le même office que dans l'adoption plénière : vérifier la légalité et l'opportunité de l'opération (pourrait-il rejeter la demande d'adoption simple s'il estimait que l'adoption plénière, dont les conditions seraient d'ailleurs réunies, correspondrait mieux à l'intérêt de l'enfant ? l'inverse seul est prévu par l'a. 1173 C. Pr. C.).

3 | EFFETS DE L'ADOPTION SIMPLE

L'esprit de l'institution est bien toujours d'imiter la filiation légitime, d'assimiler l'adoptif à un légitime, ou du moins à un légitimé. Mais la loi, comme les intéressés eux-mêmes, se contente d'une imitation plus lâche que dans l'adoption plénière.

► *Situation juridique de l'adopté*

Comment concilier le changement voulu dans l'adoption avec la permanence inscrite au fond des choses ?

L'adopté reste lui-même, tel que son passé, déjà plus ou moins long, a pu le modeler. Aussi garde-t-il, du moins en première ligne, son nom patronymique originaire (a. 363), signe de sa personnalité. Mais c'est surtout entre les deux parentés que la conciliation s'avère délicate. Notre droit positif a combiné deux idées quelque peu contradictoires.

1° *L'adopté reste dans sa famille d'origine* (a. 364, al. 1). — C'était le principe de l'adoption selon le C. Nap., et il survit dans l'adoption

simple, quoiqu'il y ait perdu beaucoup de sa portée avec l'adoption des mineurs, celle-ci dépouillant les parents par le sang de l'entière autorité parentale (a. 365).

Le principe a une première signification, qui est naturelle (commandée par la loi de nature ?) et se laisserait difficilement éliminer : l'adopté demeure soumis aux empêchements à mariage résultant de ses rapports primitifs de parenté et d'alliance (a. 364), lié par un rapport alimentaire avec ses père et mère (encore que ceux-ci ne soient désormais tenus de lui fournir des aliments qu'à défaut de l'adoptant ; a. 367).

Mais le principe a une autre signification, plus importante, qui s'explique par cette considération que l'adoption doit servir avant tout à l'avantage de l'adopté : l'adopté conserve dans sa famille tous ses droits successoraux antérieurs, en les cumulant avec ceux qu'il acquiert par l'adoption (a. 364, al. 1). Réciproquement, si l'adopté meurt sans descendants, son patrimoine se divise entre les deux familles, chacune reprenant d'ailleurs en nature les biens qui étaient venus d'elle à titre gratuit (a. 368-1 ; succession dite *anormale*, anormale, elle déroge à la norme de l'a. 732).

2° *L'adopté, jusqu'alors étranger à l'adoptant, devient l'enfant de celui-ci* par l'effet du jugement. — Il acquiert un droit sur le nom de l'adoptant. Ce nom s'ajoute au sien ou même peut y être substitué à la demande de l'adoptant (a. 363 ; au-dessus de 13 ans, le consentement personnel de l'enfant est exigé). Entre l'adoptant et l'adopté existe une obligation alimentaire réciproque (a. 367). L'adopté, enfin, est soumis à des empêchements à mariage dans le nouveau cercle familial où il est entré (a. 366). Mais, au-delà de cette situation abstraite d'enfant, peut-on préciser davantage ?

C'est, en principe, un enfant *légitime*. Avant 1972, le signe très palpable en était l'étendue de ses droits successoraux (a. 368) : il avait la vocation et la réserve héréditaires d'un enfant légitime, doubles alors de celles d'un enfant naturel. La différence, qui a été effacée en général, subsiste néanmoins dans l'hypothèse particulière où l'adoption a eu lieu en présence d'enfants légitimes, car l'adopté aura des droits doubles de ceux qu'aurait un enfant naturel (adultérin) dans une semblable position de concurrence. Si l'enfant adoptif est mineur, en tout cas, son incapacité sera traitée, en principe, comme celle d'un enfant légitime, soit quant à l'autorité parentale, soit quant à l'ouverture de l'administration légale ou de la tutelle pour la gestion des biens (a. 365).

Il a, pourtant, quelque chose de l'enfant *légitimé*, en ce que ses droits d'enfant légitime ne lui viennent que plus ou moins longtemps

après sa naissance. Et même quelque chose de l'enfant *naturel*, puisqu'il ne dispose souvent que d'une filiation unilatérale, ce qui a, notamment, pour conséquence que ses biens sont alors gérés selon le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire.

► *Comment opère en droit l'adoption simple*

Il faut relever, dans son mécanisme, certains caractères généraux, qui sont autant de restrictions à ses effets.

1° *L'adoption simple n'a pas d'effets rétroactifs.* — Pas plus que ceux de l'adoption plénière, les effets de l'adoption simple ne remontent dans le passé au-delà du dépôt de la requête. La période antérieure, dans la vie de l'adopté, continue à appartenir entièrement à la famille d'origine.

Dans l'acte de naissance de l'adopté se marque cette dualité de son existence : il garde son acte de naissance originaire, mais avec la mention du jugement d'adoption (a. 362).

2° *L'adoption simple se sépare de l'adoption plénière par des effets moins définitifs.* — Sans doute, épuisées les voies de recours contre le jugement (et la tierce opposition est restreinte ici comme dans l'adoption plénière, a. 353-1), la régularité des opérations ne peut plus être attaquée. On ne peut davantage revenir en arrière si, l'adopté ayant fait ultérieurement l'objet d'une reconnaissance volontaire ou d'une déclaration judiciaire de filiation, il se révèle que d'autres consentements auraient dû être requis (a. 369). Mais l'adoption peut être exceptionnellement révoquée pour faits nouveaux (a. 370).

La *révocation*, qui n'est pas rétroactive, est prononcée en justice, à la demande de l'une des parties, ou, si l'adopté est mineur, du Ministère Public. L'action est personnelle ; cependant, il a été jugé que si elle a été introduite par l'adoptant avant son décès, elle peut être poursuivie par ses héritiers. La révocation ne peut avoir lieu par consentement mutuel, et suppose des motifs graves, souverainement appréciés par le tribunal. Dans la pratique, ce sont surtout des motifs imputables à l'adopté (inconduite, ingratitude, etc.), ce qui explique que la révocation ne puisse être demandée que si l'enfant a plus de 15 ans. Mais on pourrait retenir aussi des torts et griefs imputables à l'adoptant, qui a méconnu ses devoirs de parent (encore qu'il soit alors souvent préférable, pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'adopté, de ne recourir qu'au retrait de l'autorité parentale ou à une mesure d'assistance éducative).

3° *L'adoption simple se sépare encore de l'adoption plénière par des effets moins absolus.* — Sans doute, l'adoption même simple n'est plus ce qu'elle était autrefois : un contrat à effets purement relatifs, ne faisant naître de rapport de famille qu'entre les parties à l'acte, l'adoptant et l'adopté. L'adoption simple, comme la plénière, fait entrer l'adopté (et ses descendants légitimes ou naturels) dans la famille de l'adoptant (a. 368) et donne ainsi un nouveau membre à la famille de l'adoptant, en particulier un petit-fils aux père et mère de l'adoptant. Mais ce petit-fils ne s'impose pas à eux avec la même force impérative que dans l'adoption plénière, car il n'a pas à leur égard la qualité d'héritier réservataire, de sorte qu'il ne tiendra qu'à eux de l'exclure de leur succession.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Les changements rapides de la législation ont frappé de péremption une bonne part des ouvrages même modernes (Planiol-Rouast, n^{os} 1003 s.). — Pour le droit actuel, v. D. Huet-Weiller, *Traité*, I, n^{os} 886 s. ; M. Morin, *L'adoption*, 2^e éd., par J.-P. Dumas, 1977 ; P. Salvage-Gerest, *L'adoption*, 1992. — Sur la loi de 1996, F. Boulanger, D. 96, chr., 307 ; J. Rubellin-Devichi, *J.C.P.*, 96, 1, 3979 ; Massip, *Rép. not.*, 97, 193. — Sur le statut des œuvres, J.-P. Dumas, *Rép. not.*, 89, 1, 457. Sur l'adoption simple et sa révocation, M. Le Bihan-Guénolé, *J.C.P.*, 91, 1, 3539.

HISTOIRE

Sur l'adoption en Droit romain, Y. Thomas, *Adoption et nature*, *R. hist. Fac. droit*, 1988 (6), 44. Définition de Théophile, qui paraphrase Justinien : un acte imitant la nature, inventé pour la consolation de ceux qui n'ont pas d'enfants. L'éclipse de l'institution dans l'Ancien Droit (cf. Ourliac-Malafosse, III, p. 79 s.) ne paraît pas avoir été aussi totale qu'on l'avait cru autrefois (A. Lefebvre-Teillard, n^o 230 ; F. Roumy, *L'adoption dans le droit savant du XII^e au XVI^e s.*, Th. Paris II, 1994) : pratiques d'*affiliation*, d'*affrèrisement*, pour rétablir une égalité entre enfants de différents mariages ; actes notariés d'adoption dans les pays de droit écrit encore aux XIV^e et XV^e s. ; adoption lyonnaise des orphelins légitimes (Gonnet, Th. Paris, 1935) jusqu'à la Révolution, qui la supprima comme une organisation de caste (mais on trouverait des analogues dans d'autres villes ; ex. enfants pauvres de l'hôpital Saint-André à Bordeaux : « ... quand seront parvenus en âge, seront baillés à quelques gens de bien, soit pour apprendre quelque métier, servir ou être pris comme enfants adoptifs... », Statuts de Bordeaux) — sans parler des situations intermédiaires d'enfants recueillis (orphelin et tuteur, apprenti et maître ; cf. *Mémoires* de Mme Campan, chap. V, le cas du petit

Jacques, quasi adopté par Marie-Antoinette). Cependant, toutes ces manifestations fragmentaires d'une même idée n'arrivaient pas à faire une institution de l'adoption.

C'est, au contraire, cette institution que la Révolution a voulu délibérément faire passer dans les mœurs et les lois françaises, soit par un phénomène d'imitation de l'Antiquité, comme il y en eut tant d'autres à l'époque, soit par un dessein de division des fortunes, car l'adoption, ouverte à ceux qui avaient déjà des enfants légitimes, devait leur permettre de se donner pour héritiers supplémentaires (mais non pas, d'ailleurs, à part entière) des enfants pauvres. Cf. M. Garaud, *La Révolution française et la famille*, 1978, 93 ; Fulchiron, Nature, fiction et politique, in *La famille, la loi, l'État*, 1989, 304. En fait, il n'y eut que des projets, dont le plus achevé se trouve dans le premier C.C. de Cambacérés (titre VII). Ce que l'on ne relève pas assez, c'est que la Convention avait trop le sens de la liberté individuelle pour accepter l'adoption des mineurs, telle que nous la pratiquons maintenant : l'adoption devait être ratifiée par l'adopté, expressément ou tacitement, dans l'année de sa majorité.

Le même scrupule individualiste explique que, dans le système de 1804, seuls les majeurs pussent être adoptés : la « tutelle officieuse » d'un mineur (anciens) a. 361 s.) pouvait préparer son adoption, mais elle ne pouvait devenir adoption qu'à sa majorité et de son consentement. Si, du reste, l'institution de l'adoption fut finalement retenue par le C.C., il est notoire que ce fut sous l'influence personnelle de Bonaparte, qui y voyait, pour ses rêves d'hérité, une solution de rechange au divorce (il songeait à adopter Eugène de Beauharnais, son beau-fils, fils de Joséphine, et les graveurs du temps l'ont représenté faisant hommage à celle-ci du titre de *l'adoption*).

Sur l'adoption de 1804 à 1923, V. Planiol-Rouast, n° 1005 (adoption de neveux, cousins, etc., afin qu'ils aient à payer un moindre impôt successoral, combinaison aujourd'hui limitée par l'a. 786 C.G.I.). Mais il y avait des adoptions *de fait* de mineurs : ex. Paris, 17 déc. 1909, S. 10, 2, 181. Il y en a encore, d'ailleurs : enfants recueillis, v. *infra*, p. 358 ; et *supra*, p. 42, enfants pris en charge.

SOCIOLOGIE

Les « parentés artificielles » sont très fréquentes dans les sociétés primitives (ex. Océanie, *R.T.*, 1949, 408, *A. S.*, 67, 142 ; M.-N. Charles, *Dr. pros.*, 97 (1), 89 ; Afrique noire, *R.I.D.C.*, 93, 129) : la parenté y est conçue comme un lien mystique plutôt que physiologique, l'adoption y a précédé la paternité. Cf. S. Lallemand, Bonnan *et al.*, r. *Droit et cultures*, 92 et 93 (n°s 23 et 25). — Sur l'adoption comme frère en Grèce (à l'origine du contrat), Michaelides-Nouaros, *R.T.*, 1973, 88 s.

L'adoption moderne a suscité nombre d'études psychologiques, médicales, pluridisciplinaires : ex. B. Trillat *et al.*, Abandon et adoption, liens du sang, liens d'amour, *R. Autrement*, 1988 ; B. Trillat, La demande d'enfant, in *R. Information sociale*, 91 (12), 32 (l'ensemble du numéro porte sur l'adoption). Synthèses classiques, celles des D^s Clément Launay, *L'adoption, ses données médicales et psychosociales*, 6^e éd., 1978, et Michel Soulé, *L'adoption, données médicales, psychologiques et sociales*, 1978 — une expérience de la D.D.A.S.S. ; Mirentchu, Galaïna, *L'adoption, voyage au bout d'un désir*, 1989 ; A. Meunier, *Le choix d'adopter* (le parcours psycho-sociologique des adoptants), 1997.

Pour une étude proprement sociologique, M.-P. Marmier, *Sociologie de l'adoption*, Th. Paris, 1967, et *Sociologie du droit de l'adoption*, 1972. En 1992, près de 9 000 personnes adoptées, 52 % par adoption plénière (4 531), 48 % par adoption simple. L'institution est bloquée dans son développement par le déséquilibre entre l'offre et la demande d'enfants adoptables. Ce déséquilibre a conduit à l'importation d'enfants des pays pauvres (en 1992, on estimait qu'un enfant sur deux adoptés en France était né à l'étranger. L'Amérique latine, Brésil en tête, en Europe la Roumanie avaient beaucoup exporté : des réactions défensives s'étaient parfois manifestées dans ces pays (cf. Jacques Foyer, C. Labrusse *et al.*, L'adoption d'enfants étrangers, *Famille, droit et société*, 1986 ; F. Monéger, Les enlèvements internationaux d'enfants, *J.C.P.*, 92, 1, 3605).

Un champ différent mériterait d'être exploré, qui relèverait de la sociologie politique, voire cosmopolitique. Le désir d'enfant est de toutes les époques, mais l'émergence d'une législation est plus que la somme de désirs individuels. Le mystère, c'est cette vague législative qui, entre les deux guerres mondiales déjà et plus violemment encore après la seconde, a déferlé sur des sociétés où l'adoption des mineurs avait été jusque-là soit ignorée, soit somnolente. Une corrélation initiale avec les grandes tueries (1914, 1940) est vraisemblable ; et si l'euphorie de l'institution a persisté alors que la paix est revenue dans les pays riches, c'est que les pays pauvres n'ont pas cessé d'engendrer des guerres et des orphelins. Plus généralement, cependant, sans non plus négliger la force des intérêts, moraux ou matériels, qui sont désormais impliqués dans l'institution (œuvres, *lobby*), on peut penser qu'aujourd'hui le ressort le plus efficace du phénomène devrait être cherché dans une pression nataliste (nataliste avec modération) exercée par la société sur les ménages sans enfants, *labellisés* comme *stériles, infertiles* — pression diffuse, aiguillée par des symboles (les désavantages fiscaux, sociaux), avivée par les médias (l'enfance y est toujours attirante, dangereusement attirante quelquefois).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Une fois la loi musulmane mise à l'écart (qui ignore et condamne l'adoption), on ne peut que souligner la vigueur moderniste de l'institution en droit comparé (cf. L'adoption dans les principales législations européennes, *R.I.D.C.*, 85, 507 s.). Mais des idées de réforme surgissent sans trêve, comme si cette législation, trop psychologique, trop subjectivée, avait peine à trouver son équilibre, faute de racines profondes dans l'histoire de l'Occident.

a) *Question de principe*. — L'adoption, un bien ou un mal ? C'est un mal, puisqu'elle s'enracine dans ce mal qu'est un abandon d'enfant ; un bien répondront quelques-uns, si, par sa grâce, elle a sauvé cet enfant de l'avortement. La bénédiction qu'est pour l'homme une descendance, ce n'est pas à l'homme, objectera-t-on, de se l'attribuer ; la réplique est qu'il y a, tout de même, des adoptions dans la Bible (la fille du Pharaon n'avait-elle pas adopté Moïse ?). Voilà une institution, poursuivront les pessimistes, qui ne prospère jamais tant que lorsque la morale familiale dépérit ; peut-être — mais la plupart des adoptants n'adoptent que parce qu'ils ont fait le projet d'une famille moralement soudée.

La question doit être débattue aujourd'hui plus empiriquement. Il est trop tard — ou trop tôt — pour contester dans son principe une institution qui est installée dans le

droit à la satisfaction de tous (ou presque). Pour s'en passer, il faudrait en préalable obtenir une déréglementation massive de la vie familiale, dans les multiples contacts qui lui sont imposés avec l'école, la médecine, la police, etc. ; moyennant quoi ceux qui, actuellement, butent sur la nécessité d'avoir un cadre juridique pour déployer leur élan de charité ou éteindre leur soif d'affection pourraient, sans crainte, se contenter d'agir et d'aimer dans le non-droit de la *philia*.

Force est de constater qu'à l'heure actuelle l'adoption est arrivée à un tel point d'organisation et de complexité, avec autour d'elle tout un corps soudé de spécialistes, de fonctionnaires, d'associations, et tant de convictions, d'intérêts, de textes, que tout retour en arrière vers plus de simplicité – l'état tranquille d'avant 1966 par ex. – lui est comme physiquement interdit. Les mêmes causes lui interdiraient-elles la fuite en avant, en direction des solutions de l'ultralibéralisme, l'adoption ouverte à l'anglo-saxonne, de gré à gré entre l'offre et la demande d'enfants ? c'est moins certain.

Dans une perspective différente – pour attirer au secours des adoptables les bonnes volontés que l'adoption, même simple, effraie – on a proposé de construire des *formes alternatives*, moins contraignantes de l'institution ; M.-T. Meulders-Klein *et al.*, *Adoption et formes alternatives d'accueil, Droit belge et droit comparé*, Bruxelles, 1991. Ce sont des succédanés : le recueil, le placement familial, le « parrainage ». Comme ils font l'économie de l'effet le plus obsédant de l'adoption plénière – la paternité ou maternité assumée –, ils ne demandent pas le même esprit d'aventurier et peuvent attirer une clientèle plus large. De ce fait, il leur faut moins de droit. Il leur en faudra tout de même. Pour côtoyer de plus près ce qui existe déjà dans le C.C., on pourrait se contenter, chez nous, d'aménager la délégation d'autorité parentale (a. 376-1 s.), en la renforçant (ex. l'enfant porterait le nom du délégataire à titre de nom d'usage). Et pour livrer un nouveau champ à l'imagination réformatrice, demandons-nous ce qui adviendrait exactement si les tribunaux reconnaissaient l'existence d'une possession d'état d'enfant adoptif, faisant présumer une adoption régulière derrière le recueil de fait.

La couleur politique n'est pas toujours discernable dans les attitudes législatives. On a pu, toutefois, imputer aux partis avancés une inconséquence, au moins apparente, dans leur faveur pour l'adoption : l'extinction naturelle des familles aurait fait revenir les biens à la masse ; l'adoption, au contraire, est un embourgeoisement ; un dévouement qui veut avoir ses enfants à soi a moins de valeur sociale que celui qui accepte de se porter sur tous les enfants de la collectivité. Mais, en un sens opposé (cf. la morale du *Cercle de craie caucasien*, de Brecht : « Chaque chose appartient à qui la rend meilleure, l'enfant au cœur aimant, afin de grandir mieux, la voiture au bon conducteur... »), exalter la filiation adoptive, c'est une manière d'ébranler la famille bourgeoise dans un de ses fondements, de ruiner la justification qu'elle donne de ses privilèges de naissance par l'hérédité biologique.

b) *Secret et révélation*. — Les psychologues, les pédiatres pensent, en général, qu'il est plutôt préférable de ne pas cacher à l'enfant adoptif sa condition réelle (cf. Launay et Schalow, *Doit-on révéler à l'enfant adopté les conditions de sa naissance ?*, *Sauvegarde de l'enfance*, 1951, 370 ; M. Soulé, *Le secret sur les origines*, 1984). Il est probable que la plupart des parents adoptifs suivent ces conseils, d'autant que la transparence, l'authenticité sont des valeurs très vivantes dans le milieu moderniste où ils se recrutent. D'autres, cependant, peuvent rester attachés au secret, du moins vouloir garder la maîtrise du moment et de la manière d'en sortir. Ce qui justifie notre droit positif de

maintenir une clôture autour de l'opération, même si cette clôture n'est pas hermétique. Et elle ne l'est pas. Les jugements ne sont pas secrets et, qui plus est, le jugement d'adoption est transcrit sur les registres de l'état civil (a. 354) : à condition d'en découvrir la date, l'adopté pourra se faire délivrer copie de la transcription. C'est déjà assez de l'acte de naissance pour éveiller la curiosité si d'aventure il indique un lieu de naissance situé dans un pays étranger, voire dans une région que les adoptants ne fréquentent guère. Car la Cour de cassation tient *mordicus* à ce que figure à l'acte le lieu de la naissance réelle : Civ.¹ 12 nov. 1986, D. 87, 157, 20 nov. 1990 et 19 nov. 1991, *Bull.*, n^{os} 253, 315, *Rép. not.*, 91, 290. Le législateur pourra juger intempestif ce zèle pour la vérité. Mais doit-il s'attarder à combler les failles du système, alors que le postulat du secret fait l'objet d'assauts beaucoup plus incisifs ?

Lorsque fut mise en chantier la réforme qui allait aboutir à la loi du 5 juillet 1996, le droit de connaître ses origines, reconnu à l'enfant par l'a. 7 de la Convention de l'O.N.U. (*supra*, p. 211), avait déjà pénétré dans les esprits. La Commission spéciale de l'Assemblée nationale n'y fut pas insensible. Mais de l'a. 21 de la Convention, consacré à l'adoption et la consécration, on pouvait induire qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre le droit de l'individu et l'institution. On pouvait donc se contenter d'ouvrir quelques fenêtres dans le mur du secret. La pression venait surtout des défenseurs des droits de l'homme, mais elle était appuyée par des associations regroupant d'anciens pupilles de l'Aide sociale, peut-être aussi plus sourdement par les généalogistes chasseurs d'héritages. Un premier pas a été la faculté offerte – suggérée – aux père et mère par l'a. 62 C. Fam. de « donner des renseignements » tout en gardant l'anonymat. La loi s'est ici servie implicitement d'une distinction qui avait été présentée entre renseignements *identifiants* et *non-identifiants*. Les non-identifiants n'ont d'autre sens que de permettre à l'enfant adoptif de rêver, de rêver en couleur, en remplaçant l'image virtuelle de ses parents dans un paysage, un métier, une maison... Les identifiants, au contraire, s'ils étaient autorisés, lui seraient donnés pour agir. Mais quelle action ? La question se répète, et cette fois elle n'est plus théorique, pour la levée du secret, la seconde innovation (a. 62-1). Ce n'est pas l'établissement d'une filiation : personne ne prétend que l'adoption plénière va se transformer en une sorte d'adoption simple, reconstituant des liens avec la famille d'origine. Pourtant, le *jus penitendi* des parents n'est pas innocent : autre chose eût été leur présence identifiée avant que ne s'engageât le processus d'adoption ; autre chose leur irruption en nom dans l'adoption accomplie. Les adoptants n'ont-ils pas le droit de s'y opposer ?

c) *Les adoptions d'enfants étrangers*. — La France a signé en 1995 une convention de coopération internationale, dite *Convention de La Haye* du 29 mai 1993, par laquelle les États signataires (indifféremment importateurs ou exportateurs d'enfants adoptables, mais les États musulmans restant sur la réserve) ont défini les conditions auxquelles les adoptions devraient satisfaire pour être internationalement reconnues (cf. B. Sturlèse, *J.C.P.*, 93, I, 3710 ; R. Frank *et al.*, *L'enfant et les Conventions internationales*, Lyon, 1996). Mais la Convention ne résout pas les conflits qui peuvent s'élever entre la loi de l'adopté et celle de l'adoptant. Comme il arrive le plus fréquemment, ce conflit a trouvé des solutions dans la jurisprudence : Civ.¹ 7 nov. 1984, D. 85, 459, n. E. Poisson-Drocourt ; Civ.¹ 31 janv. 1990, D. 91, 105, n. F. Boulanger, *J.C.P.*, 91, 2, 21635, n. H. Muir-Watt. Schématiquement, on peut dire que la Cour de cassation avait ici essayé de répartir rationnellement les rôles : à la loi personnelle de l'adopté tout ce

qui concernait l'existence du consentement donné à l'adoption ; à la loi personnelle de l'adoptant les effets de l'institution. Mais un arrêt plus récent a paru s'affranchir du respect dû à la loi de l'adopté. Il admet — dans des circonstances, il est vrai, assez particulières — que des époux français ont pu valablement adopter un jeune Marocain, bien que sa loi personnelle (musulmane) ignorât, voire prohibât l'adoption : Civ.¹ 10 mai 1995, D. 95, 544, 2^e esp., n. V. Larribau-Terneyre, *J.C.P.*, 95, 1, 3855, n. Y. Favier. La Cour de cassation montrait ainsi qu'elle n'était pas insensible à une certaine *favor adoptionis*, érigée en principe parce qu'identifiée d'avance au plus grand intérêt de l'enfant. Cette faveur domine le nouvel a. 353-1. Cette faveur se retrouve dans Civ.¹ 16 déc. 1997, *Dr. Fam.*, 98 (5) 10, n. Murat, venant après un arrêt de tonalité opposée, Civ.¹ 1^{er} juill. 1997, D. 98, 187, n. E. Poisson-Drocourt, *J.C.P.*, 97, 2, 22916, n. Garé. Le débat s'était déplacé, du reste, de la loi marocaine elle-même et de ses prohibitions vers la détermination de l'instance qui, au Maroc, pouvait être, néanmoins, compétente pour consentir à une adoption.

Le législateur de 1996 a renoncé à élaborer des règles de conflit : il s'est borné à établir ce que des auteurs (D. Holleaux *et al.*, *Dr. internat. privé*, 1987, n° 271) appellent une *règle matérielle*, que le juge national n'aura qu'à appliquer directement, sans le circuit du droit international. Les internationalistes pourront reprocher à cette technique un nationalisme latent, menaçant d'isolement le droit français ; ils redoutent que des adoptions prononcées aussi sommairement ne soient pas reconnues dans les pays d'origine. Mais il n'est pas interdit à un législateur, qui doit opérer par voie générale, d'assumer des risques, après les avoir mesurés à l'aune des probabilités sociologiques. A tort ou à raison, celui de 1996 a calculé que la grande majorité des adoptés de cette catégorie n'auraient guère l'occasion d'aller remettre leur titre en jeu à l'étranger. L'adoption internationale n'est pas séparable, *hic et nunc*, d'une politique d'intégration.

d) *L'adoption en présence d'enfants selon la chair*. — Ce fut un des points où la faveur de l'adoption se manifeste passionnellement. Il existait des modèles chez le législateur anglais (n'avait-il pas lu Emily Brontë, *Les Hauts de Hurlevent* ?), ainsi qu'aux États-Unis (le climat psychologique, toutefois, n'est-il pas différent sous un régime successoral de liberté testamentaire ?). La l. 11 juill. 1966 avait permis ce genre d'adoption moyennant dispense du chef de l'État. De Gaulle se montra avare de dispenses ; ses successeurs, beaucoup plus libéraux. On ne sait guère comment les tribunaux, depuis la l. 22 déc. 1976, usent du pouvoir qui leur est désormais confié. La Cour de cassation (Civ.¹ 2 mai 1990, *Rép. not.*, 90, 1, 960, n. Massip) leur reconnaît un pouvoir souverain d'appréciation (en l'espèce, les enfants légitimes s'opposaient à l'adoption ; cf. Paris, 26 févr. 1985, adoption refusée, *J.C.P.*, 86, 2, 20561, 1^{er} esp., n. F. Boulanger).

THÉORIE JURIDIQUE

Avant l'o. 23 déc. 1958, il existait un *contrat* d'adoption, et le tribunal ne faisait que l'homologuer. Toutefois, l'idée qu'un accord de volontés privées pût suffire à faire naître un état de famille avait suscité les mêmes résistances qu'en matière de mariage, et plusieurs auteurs avaient placé dans le *jugement d'homologation*, où s'exprimait la volonté de la puissance publique, la cause efficiente de l'adoption (en ce sens, Bonne-case, *Supplément*, I, n° 438). La solution s'impose aujourd'hui, en présence des textes

qui parlent d'une adoption *demandée et prononcée* : l'adoption a la nature d'un jugement. Le caractère constitutif l'emporte, mais les aspects déclaratifs ne manquent pas : vérification des consentements, constatation des avantages, appréciation de l'accueil au foyer, de la conduite antérieure des parents par le sang.

Cette analyse laisse subsister une question : si les consentements requis continuent à former un *contrat*, un accord de volontés, bien qu'aucun *instrumentum* de contrat ne soit plus dressé (pour l'affirmative, Esmein, *G.P.*, 59, 1, Doctr. 22). Une certaine terminologie publiciste (cf. t. IV, n° 17) autoriserait à parler d'un *acte collectif*, où les volontés concourent au même but sans s'accorder directement. L'analogie pourrait être cherchée encore du côté des consentements à mariage, non pas les consentements des futurs (dont l'échange peut, à la rigueur, être conçu comme contrat), mais, du temps où le futur pouvait être mineur aussi bien que la future, les consentements des deux familles. Il y avait forcément un accord entre elles. Seulement, cet accord restait en dehors du droit, ne constituait pas une convention juridique.

Tous ces consentements qui se conjoignent n'ont pas, du reste, le même contenu. Donner un mineur en adoption pourrait être regardé comme un acte paroxystique de puissance paternelle (une cession de l'enfant), si la loi n'avait paru en faire parfois une obligation (a. 348-6). Dans le consentement de l'adoptant, il y a : 1° un acte relatif à l'état (création d'un lien de parenté ; cf. Calais-Auloy, *R.T.*, 1961, 25 ; collation d'un statut qui, dans l'ensemble, est un statut de légitimité) ; 2° un acte relatif au patrimoine (acte de disposition, non sans analogie avec le legs universel ou l'institution contractuelle ; cf. a. 1082 ; acte coloré de gratuité). Est-il permis, malgré l'unité d'intention, de dépecer l'opération ? En ce sens, Req. 21 avr. 1931, S. 31, 1, 377.

De la l. 11 juill. 1966, l'adoption a reçu une nouvelle nature. Les conséquences de la transformation dépassent l'institution même de l'adoption et concernent toute la théorie de l'état des personnes. Par la liberté qu'elle ouvre aux individus, fût-ce sous le contrôle du juge, de créer un rapport de parenté, et de parenté légitime, sans mariage ni procréation, l'adoption plénière apparaît comme un instrument de remodelage de la famille. Les détournements de l'institution sont proches.

Quid du nouvel a. 360 ? Substitution d'adoptant ? Réponse du Digeste, 1, 7, 34 : *non enim moribus nostris convenit filium temporalem habere*.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Détournement de l'adoption*. — S'il y a détournement dès que l'institution est employée à une autre fin que sa fin légale, qui est de *créer* une filiation, on peut dire que le phénomène a commencé très tôt, dès que des parents naturels ont demandé à adopter leurs propres enfants. La question, qui fut célèbre (cf. *Introduction*, n° 149), est vidée depuis plus d'un siècle (Civ. 1^{er} avr. 1846, D. 46, 1, 81) dans le sens de l'affirmative (pas d'incapacité sans texte, et puis, si la légitimation par rescrit pouvait être utile, c'était un moyen de la remplacer). Le débat n'a pas été rouvert en jurisprudence (ex. Paris, 4 mai 1984, D. 85, 278, *R.T.*, 86, 740), bien que la solution de 1846 ait perdu l'utilité qu'elle avait alors pour l'enfant naturel, depuis que celui-ci a acquis, en 1972, l'égalité des droits successoraux et de nouvelles possibilités de légitimation. Néanmoins, la préférence des parents naturels peut encore s'expliquer : l'adoption permet de garder le secret sur la conduite passée des adoptants, et elle est plus solide que

la reconnaissance (susceptible d'être contestée) qui sert de base à la légitimation. Mais notre époque a vu surgir des combinaisons plus déconcertantes. Il en était qui étaient insoutenables, parce que tout semblant de filiation en était absent : l'adoption simple pour créer un lien de droit entre concubins, entre homosexuels (cf. Raynaud, D. 83, chr. 39). Mais d'autres sont plus spécieuses : c'est bien un rapport de filiation qui est demandé à l'adoption plénière, mais cette filiation, réduite à une abstraction, un *artefact*, va être utilisée non pour elle-même, mais pour restructurer une famille étendue, établir entre deux de ses membres un rapport plus étroit. L'a. 343-2 offrait un tremplin, et il n'est pas contesté que l'enfant trouve parfois son avantage dans une *famille recomposée* (cf. M.-F. Roujou de Boubée, D. 88, 153, P. Salvage-Regest, *J.C.P.*, 88, 2, 21076). L'adoption, cependant, n'est pas bonne « à tout faire » (Hauser, D. 87, chr. 205), et les bonnes mœurs ne sont pas devenues inertes au point de ne pas condamner un procédé qui affiche des résultats contre nature (le grand-père, père de son petit-fils, l'enfant frère de son ex-père), ces tribunaux, au coup par coup, ont réagi, en s'appuyant tantôt sur la théorie de l'abus du droit (Civ.¹ 7 mars 1989, D. 89, 477, il y avait intention de nuire, l'adoption plénière avait été machinée pour couper de force l'enfant de sa famille originaire), tantôt sur la théorie de la fraude à la loi (*Umgehung des Gesetzes*), détournement de l'esprit d'une institution (Riom, 9 juillet 1981, *J.C.P.*, 82, 2, 19799, adoption entre concubins ; cf. Raynaud, D. 83, chr. 39). Cette notion du détournement d'adoption a servi d'argument de renfort dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991 (v. *supra*, p. 218 ; cf. *R.T.*, 91, 517). Par sensibilité plus que par raisonnement, une cour d'appel (Paris, 10 févr. 1998, *J.C.P.*, 98, 2, 10130, n. critique C. Philippe) a, néanmoins, estimé qu'il y avait de justes motifs de prononcer l'adoption (simple, il est vrai) d'un jeune frère de 13 ans par sa sœur aînée, abaissant même à cette fin à 13 ans la différence légale d'âge. Quel était l'intérêt ? faire de l'enfant un héritier réservataire ? Mais on peut déstabiliser une institution à force d'y cultiver l'atypique : il existe une responsabilité de politique judiciaire.

b) *Conflits entre les adoptants et les parents selon la chair*. — Le contentieux en est souvent dramatisé. Témoin l'affaire *Novack*, qui eut son heure de célébrité (Civ.² 6 juill. 1960, D. 60, 510, *J.C.P.*, 60, 2, 11815 ; Montpellier, 4 mars 1964, *J.C.P.*, 64, 2, 13641). La loi de 1966 sortit de là, mais elle ne mit pas fin aux difficultés. Les tribunaux se montraient parfois circonspects pour admettre qu'il y eut bien abandon (ex. Civ.¹ 3 févr. 1971, 2 arrêts, *J.C.P.*, 71, 2, 16893 ; Civ.¹ 23 oct. 1973, D. 74, 135, *J.C.P.*, 74, 2, 17689 ; Civ.¹ 20 juill. 1976, *J.C.P.*, 77, 2, 18581 ; cf. A.-M. Fournié, Le contentieux de l'abandon, *J.C.P.*, 74, 1, 2640). D'où la loi de 1976 (modifiant l'a. 350) qui a eu pour ambition d'augmenter l'effectif des enfants adoptables (cf. Patureau, D. 78, chr. 167 ; Nerson, *R.T.*, 80, 100).

La pratique judiciaire a du moins été amenée à projeter quelques précisions sur la notion d'*abandon* dans l'a. 350 (cf. *R. Droit de l'enfance et de la famille* (Vaucresson), 1991 [2], 63, 109). Il est maintenant établi que l'on ne saurait se contenter d'un désintérêt objectif : le désintérêt doit avoir été conscient et volontaire : Civ.¹ 29 oct. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19366 ; Civ.¹ 28 mai 1980, *Bull.*, n° 158 ; Civ.¹ 20 nov. 1985 (motifs), *R.T.*, 86, 731, n. J. Rubellin-Devichi ; Civ.¹ 19 juill. 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21443, n. Salvage-Regest ; Civ.¹ 17 déc. 1996, *Rép. not.*, 97, 727, n. Massip, *Dr. Fam.*, 97, n° 156, n. Murat. « Volontaire », toutefois, ne signifie pas « fautif » ; la déclaration d'abandon n'est pas conçue comme une sanction de la conduite des parents par le

sang : Reims, 28 févr. 1977, *J.C.P.*, éd. N., 80, 2, 16 ; cf. M. Maymon-Goutaloy, D. 87, 355 s. N'empêche que, si la volonté est une condition nécessaire du désintérêt, on est fondé à s'interroger sur de possibles vices du consentement : ainsi, la situation de détresse canonisée par l'a. L. 162-1 C.S.P. et la nouvelle rédaction de l'a. 350 n'équivaut-elle pas à une violence ? Civ.¹ 6 mars 1985, D. 86, 193, décide que c'est à ceux qui invoquent le caractère involontaire du désintérêt d'en rapporter la preuve. La décision est « dans la logique » de l'a. 1315, al. 2 ; cependant, si l'on fait réflexion que les père et mère ont l'obligation légale d'élever leurs enfants (a. 203) et que la très grande majorité s'y conforment, ne pourrait-on soutenir qu'il y a ici une présomption en faveur de la nature, présomption d'innocence aussi ?

L'effort d'analyse qui s'est déployé sur l'a. 350 est, du reste, rendu un peu inutile par une autre position jurisprudentielle : quand bien même les conditions d'application du texte seraient réunies, *l'intérêt de l'enfant* peut encore justifier le rejet de la requête aux fins de déclaration d'abandon. Et de la sorte les juges du fond retrouvent une sérieuse marge d'appréciation. En ce sens, Civ.¹ 6 janv. 1981, D. 81, 495 ; Civ.¹ 15 déc. 1981, D. 82, *I.R.*, 94 ; cf. Civ.¹ 22 juill. 1986, *Bull.*, n° 218, *R.T.*, 86, 730 ; Pau, 13 mai 1996, *Dr. Fam.*, 97, n° 155. On pourrait objecter que c'est anticiper, au risque d'un désordre dans la procédure, l'intérêt de l'enfant n'étant pris en compte par la loi (a. 353) qu'au stade ultérieur du jugement d'adoption. Réponse possible : la référence à l'intérêt de l'enfant, même inexprimée dans les textes, doit être sous-entendue partout où un mineur est en cause, c'est une clé dont les tribunaux sont porteurs *ex officio* (comme ils sont porteurs, en un champ plus vaste, de ces autres clés, l'ordre public et les bonnes mœurs).

De fait, le critère de l'intérêt de l'enfant est de nouveau mis à contribution sous l'a. 348-6, quand il s'agit d'apprécier si c'est abusivement ou non que les parents (ou le conseil de famille) refusent de consentir : ex. Civ.¹ 16 déc. 1980, D. 81, 514 ; Civ.¹ 18 nov. 1997, *Rép. not.*, 98, 722, *Dr. Fam.*, 98, n° 20 ; Rennes, 16 mars 1993 (pour le refus du conseil de famille d'un pupille de l'État), D. 95, 113. L'adoption est un acte grave, et sans traiter le droit d'y consentir, à l'instar du droit de consentir au mariage, comme un droit discrétionnaire (*supra*, p. 84), ce que la loi a exclu, on pourrait se faire de l'*abus* qui autorise à passer outre une notion exigeante : non pas une simple méconnaissance de l'intérêt de l'enfant, mais une hostilité aveugle aux adoptants, un désir cupide de tirer profit du mineur.

c) *Contentieux administratif de l'agrément*. — Le Conseil d'État ne semble pas considérer qu'adopter soit un droit fondamental de l'homme (déjà, sous l'empire du C. Nap., ancien a. 11, n'avait-on pas enseigné que l'adoption était trop artificielle pour qu'adopter fût un droit naturel ?). C'est uniquement en fonction de l'intérêt de l'enfant que sera appréciée la légalité du refus d'agrément. Il y a ainsi des exclus de l'adoption : les homosexuels, non pas à cause de leur qualité, mais *in concreto* à cause de leurs conditions de vie qui ne présentaient pas des garanties suffisantes « sur un plan familial, éducatif et psychologique » : C. d'État, 9 oct. 1996, D. 97, 117, n. Malaurie, *J.C.P.*, 97, 2, 22766, concl. Chr. Maugué (l'affaire ne manqua pas d'être rappelée, en 1998, contre les propositions de P.A.C.S., v. *infra*). Sont aussi exclus les Témoins de Jéhovah : non pas en raison de leur hérésie, certes, mais parce qu'ils pourraient s'opposer à une transfusion du sang nécessaire à l'enfant : C. d'État, 24 avr. 1992, D. 93, 234, *R. Dr. sanitaire et soc.*, 92, 712. Cela revient, tout de même, à imputer à l'individu la doctrine de son

groupe. Le danger invoqué n'est que virtuel, et de surcroît, le Conseil paraît oublier que l'État a mis en place des moyens, et qui fonctionnent, d'assistance éducative notamment, pour briser le refus des parents.

d) *Les effets de l'adoption plénière.* — C'est, en résumé, négativement, la rupture des liens avec la famille d'origine ; positivement, l'assimilation de l'enfant adoptif à un enfant légitime. Mais l'application judiciaire n'a pas toujours été aussi énergique. Là, on relève des accommodements récents ; ici, se sont manifestées des hésitations.

Malgré l'a. 356, al. 1, des récents arrêts ont admis qu'un droit de visite ou d'hébergement puisse être accordé à des grands-parents par le sang : Civ.¹ 5 mai 1986, D. 86, 496, R.T., 86, 737 ; Civ.¹ 21 juill. 1987, Bull., n° 235, R.T., 88, 319, n. J. Rubelin-Devichi. On a joué sur les textes : puisque, par l'a. 356, al. 1, ce ne sont plus des parents, ils peuvent, par l'a. 371-4, al. 2, se faire ouvrir (à titre exceptionnel) le droit de visite des non-parents. A noter, toutefois, qu'il s'agissait de ces adoptions intrafamiliales où l'opposition entre famille selon la chair et famille selon le jugement peut sembler surréaliste. Pas d'automatisme, d'ailleurs, Civ.¹ 16 juill. 1997, Rép. not., 98, 720, Dr. Fam., n° 173 : aux juges du fond d'apprécier ce que demande l'intérêt de l'enfant.

En dépit du principe d'assimilation, la jurisprudence a longtemps hésité à traiter, dans le plan successoral, l'enfant adoptif en tous points comme un enfant légitime, et notamment elle a refusé de lui étendre par analogie la protection spéciale dont bénéficie, en cas de secondes noces, l'enfant né d'un précédent mariage (a. 1098 ; cf. a. 1527, al. 2) : Civ. 11 déc. 1922 ; D. 25, 1, 121, n. H. Capitant ; Civ. 11 juin 1944, D. 46, 368, n. Lebrun, Civ.¹ 3 nov. 1960, Bull., n° 468. On butait sur les textes, mais aussi sur la différence de l'artifice à la nature. Un arrêt, Civ.¹ 8 nov. 1982, D. 83, 445, Rép. not., 82, 443, n. Y. Flour et Grimaldi, R.T., 83, 569, n. Patarin (cf. Civ.¹ 8 oct. 1985, Bull., n° 249) paraît amorcer un réexamen de la question. Comme l'enfant légitime, seul mentionné aux a. 760 et 915, l'enfant adoptif, par sa présence, réduit les droits de l'enfant adultérin (celui-ci a beau être plus naturel, il est moins légitime). Ici encore, il est vrai, on notera qu'il s'agissait d'une adoption intrafamiliale.

LIVRE II

Le couple

Dans la démarche délibérément régressive qui a été adoptée pour cette présentation du droit de la famille — partant de l'enfance, de l'éducation, de l'autorité parentale, regardés comme des moments essentiels de la vie sociale (ou même personnelle), puis se poursuivant à travers les systèmes de filiation, conçus comme des procédures de désignation des éducateurs — il n'est pas inattendu que, maintenant, les filiations remontent à leurs sources, les parents conjoints par leur fonction, la conjugalité. Parmi les phénomènes de conjonction sexuelle, il en est un que son extériorité, sa durée, sa gravité détachent des autres : le projet ritualisé, solennisé, juridique, qu'un homme et une femme offrent à la société, projet non seulement de *procréer* (créer en avant), mais d'en contrôler les conséquences, cette promesse d'éducation à deux que nous appelons *mariage*.

Mais pourquoi le *couple* ? La loi 94-654 de bioéthique a fait entrer le mot dans le C.S.P. (a. L. 152-2 et s.), non point toutefois dans le C.C. Il aurait pu y être senti comme un défi lancé aux gens mariés, car, notoirement, il connote aussi les autres — ceux qui ne le sont pas. Mais, justement, c'est son mérite que de ne pas les exclure. Ces gens-là ne veulent-ils pas participer, s'ils le peuvent, à la même grande œuvre ? Et l'étymologie ne met-elle pas entre tous les couples, par la *copula carnalis*, un dénominateur commun ?

Nous constatons de nouveau l'unité du droit de la famille. Le mariage, sur lequel va s'ouvrir le livre II, jette, par l'enfant, un pont de la filiation au couple. Non pas que l'enfant soit de l'essence du mariage. Loin de là. Mais ce qui est de son essence, c'est la présomption de paternité, cette disposition virtuelle à donner un père, un édu-

cateur à l'enfant. Le *mariage* est décidément un grand mystère. Car, après s'être affirmé en première partie de ce livre, il se reflétera à travers les deux parties suivantes, qui semblaient pourtant le nier. Le *démariage* (spécialement sous l'aspect du divorce), par sa complexité même, est un faire-valoir du mariage : si celui-ci n'était qu'une illusion, on en sortirait plus aisément ; les enfants font qu'il n'est pas une illusion. Et que dire du *hors-mariage* ? Il tâtonne à l'aveugle pour sortir du non-droit. Ses enfants l'embarrassent : ce sont eux, pourtant, qui pourraient le mieux lui apporter des reflets de mariage.

B.G. — V. sous la direction de Clotilde Brunetti-Pons, les travaux du Colloque de Reims, *La notion juridique de couple*, 1998, tout y appelle lecture et réflexion ; et C. Brunetti-Pons, *L'émergence de la notion de couple en droit civil*, *R.T.*, 98.

HISTOIRE

La notion de la *copula carnalis*, de la conjonction charnelle, avait joué un rôle considérable, au Moyen Âge, dans la formation de la théorie canonique du mariage. Elle avait sa source dans un verset de la Genèse (2:24) : « Et ils seront deux dans une seule chair. » Le texte avait été repris dans les Évangiles (Matt. 19:6 ; Marc, 10:9), comme une objection au divorce que permettait la loi de Moïse : il déchire cette chair. Et l'apôtre Paul s'en était servi dans un passage troublant (I Corinthiens, 6:16) : même enlacé à une prostituée, l'homme n'échappe pas à l'image du mariage que la Genèse lui a donnée une fois pour toutes dans le couple fondateur.

La théorie canonique, en ce qu'elle avait de biologique, a laissé quelques traces dans le C. Nap. (a. 314, la conception hors mariage est légitimée par le mariage subséquent ; a. 181, 185-2°, certaines nullités de mariage sont effacées par la grossesse de la femme). Mais, en thèse générale, l'a. 146 donne le ton : c'est le consentement qui fait le mariage, non la communauté de lit. La solution est idéaliste, spiritualiste en un sens. Elle avait, au XVIII^e s., reçu l'accord de la philosophie.

PREMIÈRE PARTIE

En mariage

C'est l'institution fascinante, fondamentale, fondatrice (c'est par elle, elle seule, semblent affirmer la Déclaration universelle et la Convention européenne des Droits de l'homme, que peut être fondée une famille). Même aujourd'hui, malgré l'accroissement des phénomènes de cohabitation, la grande majorité des Français entrent et vivent *en mariage*.

a) *Le mariage en crise ?* — Cf. la revue *Esprit*, 1972, p. 195 s. ; E. Sullerot, *Pour le meilleur et sans le pire*, 1984, et *Le grand remue-ménage, la crise de la famille*, 1997. De cette crise, qui aurait surgi après 1968, on aperçoit un symptôme à chaque bout : la plus grande fréquence de l'union libre et du divorce. Le premier symptôme est moins significatif que le second. Si l'union libre doit être stable, sa montée (d'ailleurs moins marquée chez nous qu'en d'autres pays ; ex. Suède) traduit un changement de forme plutôt que de fond, une désolennisation radicale, une privatisation. La crise du mariage serait alors une crise de l'État. Sur une étonnante proposition pour résoudre la crise, le *mariage aux effets limités*, M.-Th. Calais-Auloy, *R.T.*, 88, 255 (il serait tempéré d'une infidélité acceptée et pourrait être conclu pour vingt ans).

b) *Littérature.* — *Happy end* de service pour contes bleus, le mariage a fourni un ressort dramatique à bien des romans — étant observé de surcroît que, sans mariage, il n'y aurait point d'adultère. Au début de ce siècle, la *Socrate à Kreutzer* de Tolstoï (1889) fut le livre-phare du défaitisme matrimonial. L'ouvrage de Léon Blum, *Le mariage*, 1907, n'était qu'une suggestion pour le mariage à l'essai. Mais André Gide, qui le connaissait et s'y connaissait, notait (*Journal*, 1907, Pléiade, I, 228, 248, 250) : « Ce livre peut faire du mal... comme une autorisation..., il méconnaît la valeur de la résignation et de la contrainte. » Dans l'autre sens ? il y eut l'*Épithalame* de Jacques Chardonne, 1921. Mieux, il y a la *Famille*, de France Quéré, 1990. En 1998, on pourrait dire que l'antimariage a trouvé sa forme la plus insidieuse dans le mariage pour tous (concubins, homosexuels) : tout duo se veut droit, donc mariage. Mais l'interprétation pourrait être retournée : ces demandes de statuts sont des hommages au mariage. Il est décidément la norme.

Le C.C. n'a pas défini le mariage, et il a eu raison : chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes. Quoique le mariage dépende d'un acte de volonté dans chaque cas particulier, c'est un phénomène déterminé et nécessaire si l'on envisage les grands nombres. Il semble répondre à une nécessité, physique et morale, de l'espèce humaine. La nécessité physique n'est pas celle de la conjonction sexuelle et de la génération, car des rapports épisodiques entre homme et femme, à plus forte raison une union libre quelconque, un concubinage, pourraient tout aussi bien y satisfaire : il faut plutôt penser à l'éducation des enfants, incomparablement plus longue dans l'espèce humaine que partout ailleurs, ce qui postule entre les deux éducateurs, également utiles, une association durable. Quant à la nécessité morale, chaque homme l'éprouve dans le sentiment qu'il a d'être mortel : c'est, pour lui, une manière exaltante de lutter contre sa fragilité que de se lier pour la vie, c'est-à-dire jusqu'à la mort ; le mariage tire de là, même depuis qu'il est laïcisé, une sorte de gravité religieuse qui lui est propre, et qui le sépare de l'union libre.

En sociologie, le mariage se définit comme une union sexuelle ritualisée au départ, organisée dans la durée et emportant automatiquement rattachement à l'homme des enfants qui naîtront de la femme.

Politiquement, dans le système établi par la Révolution et consacré par le C.C., l'État a le monopole du mariage, et il n'en reconnaît qu'une forme.

Si le C.C. ne définit pas le mariage, il contient, cependant, les trois éléments d'une définition technique. L'a. 144 donne élégamment à entendre que le mariage est une conjonction des sexes ; l'a. 146 proclame avec énergie qu'il est un accord des volontés ; l'a. 165 ajoute qu'il comporte un rite, scellé par l'État. En combinant ces trois éléments essentiels, on retrouvera la définition très sobre d'Aubry et Rau : l'union de deux personnes de *sexe* différent, *contractée* avec certaines *solemnités*. On pourrait dire aussi, plus explicitement : l'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort (que l'engagement ne soit pas toujours tenu ne change rien au sens de l'acte initial) ; de l'accord des volontés sort un lien durable, le *lien conjugal*.

La nature juridique du mariage a été discutée sous deux points de vue.

a) On se demande si le mariage est un *contrat* ou une *institution*. Le C.C. le qualifie expressément de contrat (a. 1398), et la formule

« contracter mariage » lui est familière (ex. a. 144) C'est une opinion que les jurisconsultes du XVIII^e siècle avaient empruntée au droit canonique, et l'a. 146 semble la corroborer en mettant l'accent sur le consentement dans la formation du mariage. Ce n'est pas, cependant, un contrat ordinaire : il fait plus qu'engendrer de simples rapports de créancier à débiteur ; il crée une famille, l'état d'époux, la légitimité des enfants. C'est justement pour exprimer cela que, dans une conception moins individualiste, on représente le mariage comme une institution ; c'est-à-dire un tout organique, une espèce de corps social dépassant les volontés individuelles. On fait assez souvent dépendre d'un choix entre les deux analyses la réponse à la question du divorce : un contrat devrait pouvoir se dissoudre par le consentement mutuel des parties, ou même, étant à durée indéterminée (cf. a. 1780), par la volonté unilatérale de l'une d'entre elles ; l'institution, au contraire, devrait, suivant sa nature, être indissoluble du vivant des époux. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que l'on combine les deux idées et que l'on considère le mariage comme une institution ayant à sa base, sinon un contrat, du moins, notion plus large – un acte juridique, un accord de volontés.

b) Le mariage est-il un contrat, une institution, du *droit laïc* ou du *droit religieux* ? La matière matrimoniale a constitué, sous l'Ancien Régime, constitue encore aujourd'hui, une des plus célèbres questions mixtes, disputées entre le droit canonique et le droit civil, l'Église catholique romaine s'affirmant compétente pour légiférer sur le mariage parce que le mariage est à ses yeux un sacrement. Implicitement le C.C., dans le droit fil de la législation révolutionnaire, a envisagé le mariage comme une institution exclusivement laïque, et il n'a reconnu à sa célébration religieuse, de quelque Église qu'elle procédât, aucun effet juridique. Toutefois, il n'a pas non plus interdit cette célébration. Ainsi s'est établi, dans notre droit positif, un système de conciliation et de coexistence, le système de la double cérémonie : 1^o La cérémonie civile (à la mairie), qui est obligatoirement la première (a. 433-21 N.C.P.), et qui peut, si les époux le désirent, être la seule ; 2^o La cérémonie religieuse, qui ne peut que suivre l'autre et qui n'y ajoute rien en droit civil, qui n'est jamais que facultative, en ce sens que les époux ne peuvent être contraints à y recourir, mais qui peut, tout de même, se trouver obligatoire *dans leurs rapports entre eux*, en ce sens que, si l'un avait promis à l'autre avant le mariage de donner cette consécration religieuse à leur union, il commettrait une faute, cause de divorce (a. 242), en refusant ensuite de s'y prêter. La règle de l'antériorité du mariage civil est toujours en vigueur malgré la sépara-

tion des Églises et de l'État, et sa violation par le ministre du culte est pénalement sanctionnée ; toutefois, selon le N.C.P. (de 1994), a. 433-21, l'infraction n'est plus punissable que si elle est habituelle.

ÉTAT DES QUESTIONS

I. — BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE DU MARIAGE

Il faut bien séparer des ouvrages proprement juridiques les ouvrages sociologiques, psychologiques, philosophiques, etc., ici particulièrement abondants : le droit civil a peu d'institutions qui se prêtent autant que le mariage à être étudiées en dehors de la technique pure.

a) *Ouvrages proprement juridiques.*

1° *Histoire.* — Pour le très ancien droit romain, cf. Dumézil, *Les mariages indo-européens*, 1979. Le droit romain de la compilation justinienne conserve un intérêt pour ce que le droit canon en a recueilli et retransmis en partie au droit laïc ; cf. J. Gaudemet, *Originalité et destin du mariage romain*, *Mélanges Koschaker*, 1959, II, 545. Le droit canonique, au contraire, est essentiel, et nous avons sur lui un ouvrage de premier ordre : Adhémar Esmein, *Le mariage en droit canonique*, 2^e éd. par Genestal et Dauvilier, 1929-1935. Cf. Giet, *Aux sources de la doctrine canonique du mariage*, *Mélanges Le Bras*, 1965, II, 1237, et l'ample étude de J. Gaudemet, *Le mariage en Occident, les mœurs et le droit*, 1987. Pour le dernier état de l'Ancien Droit monarchique, v. Pothier (*Traité du contrat de mariage*, c'est-à-dire du mariage-contrat) ; avec sa nuance janséniste et gallicane. — La Réforme avait été une rupture (v. Calvin, *Institution chrétienne*, 1536, liv. IV, c. XIX, n° 34) : le mariage n'est pas un sacrement, le divorce est admis. Mais, en France, le mariage des protestants aura un statut de minorité jusqu'en 1685 (v. Bels, Th. Toulouse, 1968), sera ensuite refoulé dans la clandestinité (cf. *Coligny ou les Sermons imaginaires*, P.U.F., 1982, p. 104, l'amour sans la loi, p. 178). — Le droit révolutionnaire (spécialement l. 20 sept. 1792) est une source capitale : v. M. Garaud et R. Szramkiewicz, *La Révolution française et la famille*, 1978, 35 s., 167 s. ; Mulliez, *Droit et morale conjugale*, essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux, *Rev. historique*, sept. 1987, 35 s., spéc. 66 (liberté est le maître mot de la société nouvelle). Les racines de ce droit se trouvent dans l'École du droit naturel, mais aussi dans l'idéologie des Lumières. C'est à propos d'un débat sur le projet d'un mariage civil, en 1783, que Kant se posa la fameuse question : *Was ist Aufklärung ?* Cf. Conrad, *Les fondements du mariage civil moderne pendant la Révolution française*, *Rev. Savigny*, partie germanique, 1950, t. 67 ; Alfred Dufour, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel*, 1972. C'est par l'Édit de tolérance de 1787, sous Louis XVI, qu'un premier essai de mariage civil fut introduit en France, à l'usage des seuls sujets protestants, jusqu'alors privés de papiers officiels (v. A. Lefebvre-Teillard, *Bull. Soc. Hist. du Protestantisme fr.*, 1988, 241). L'empereur Joseph II avait montré la voie dans ses pos-

sessions (Autriche, Pays-Bas autrichiens ; cf. Hesquin, in *La tolérance civile*, Mons, 1982, p. 129).

2° *Droit moderne.* — Planiol-Rouast, n°s 66 s. Pour la conception de la démocratie chrétienne entre deux guerres, v. A. Coste-Floret, *La nature juridique du mariage*, Th. Montpellier, 1935. Mais il y a eu bien des turbulences depuis. V. Nerson et al., *Mariage et famille en question*, 2 vol., 1979.

b) *Bibliographie amexe.*

1° Sur la nuptialité en tant que phénomène *démographique*, un ordre de grandeur (cf. Prioux, *Pop.*, 98, 763) : en 1997, 284 500 mariages (contre 265 177 en 1987). Un maximum avait été atteint en 1972 : 416 500 (et la population de la France a augmenté depuis lors de 11,5 %). La forte régression est liée au développement de la *cohabitation juvénile* (cf. *infra*, p. 669) — pour partie, et le lien n'est pas facilement mesuré (cf. *Pop.*, 96, 710 ; 98, 1002, 1014). Ouvrages importants : L. Roussel, *Le mariage dans la société française*, 1975 ; L. Roussel et O. Bourguignon, *Génération nouvelles et mariage traditionnel*, 1978 ; Th. Hibert et L. Roussel, *La nuptialité, évolution récente en France et dans les pays développés*, I.N.E.D., 1991.

2° Sur le mariage en tant que phénomène ethnologique (dans les sociétés primitives), la bibliographie est énorme. Westermarck, *History of human marriage*, Londres, 1891 (trad. franç., 1934) ; H. Gunther, *Le mariage, ses formes, son origine*, trad. franç., 1952 ; P. Métais, *Mariage et équilibre social dans les sociétés primitives*, Th. lettres, 1957 ; Rouland, *Anthropologie juridique*, 1989, n°s 141 s. Ce genre de recherches n'a pas été sans exercer quelque influence sur les juristes en les habituant à l'idée que le mariage du C.C., comme toutes les autres institutions, ne répondait pas à des données immuables, mais pouvait et devait évoluer.

3° En tant que phénomène *sociologique* (dans les sociétés occidentales d'aujourd'hui), v. par ex. Roussel, *Mariages et divorces*, contribution à une analyse systématique des modèles matrimoniaux, *Pop.*, 80, 1025 ; J. M. Eckelaar et S. N. Katz, *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto, 1981.

4° Le mariage (même sans dot) a une face économique. D'où des stratégies matrimoniales tendant à la conservation et à l'accroissement du statut social : ex. P. Bourdieu, *Les stratégies matrimoniales dans le système de reproduction*, *Annales E.S.C.*, 72, 1105 ; M. Salitot-Dion, *Rôle du mariage dans l'accumulation des patrimoines chez les agriculteurs*, *Rev. franç. de sociologie*, 1975 (XVI), 59 s. ; M. Segalen, *Nuptialité et alliances*, *Mémoires d'anthropologie française*, 1976 ; Chr. Beroujon et al., *Patrimoine et familles*, C.N.R.S., 1981 ; Courgeau et E. Lelièvre, *Nuptialité et agriculture*, *Pop.*, 86, 303 ; F. Laroche-Gisserot, *Pratiques de la dot en France au XIX^e s.*, *Annales, E.S.C.*, 88, 1433 ; O. Ekert-Jeffé et C. Sofer, *Un point de vue d'économistes sur la nuptialité*, in *La nuptialité*, I.N.E.D., 1991, 19.

5° Le mariage est un phénomène de *psychologie*. Il est assez vain de prétendre retracer l'évolution de l'institution du mariage alors que l'on sait si peu de chose, au fond, sur l'évolution de l'amour. Tant de questions se posent. Citons : l'influence de l'esclavage féminin, par ex. en droit romain, — les rapports entre l'« amour courtois » et la conception médiévale du mariage (M.-O. Métrat, *Le mariage ou les hésitations de l'Occident*, 1977 : la mystique du couple serait d'origine courtoise et non chrétienne ; cependant, *duo erunt in carne una*, c'est dans la Genèse, 2 : 24), — le rôle de la féodalité

(Duby, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, 1981), – l'action de la Renaissance et de la Réforme (cf. E. V. Telle, *Érasme de Rotterdam et le septième sacrement : étude d'évangélisme matrimonial au XVI^e s.*, Th. lettres, Paris, 1952) – le passage des Lumières, époque de libertinage littéraire (ex. *Le Mariage de Figaro*), ce qui explique peut-être la réaction vertueuse et la misogynie de la Révolution, puis du C. Nap. (v. James Traer, *Marriage and the Family in Eighteenth-Century France*, 1980 ; et l'ouvrage curieux de Sarah Maza, *Vie privée, affaires publiques*, trad. franç., 1997). Cf., plus généralement, F. Ronsin, *Le contrat sentimental : débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, 1990.

6° Il existe un genre *politico-littéraire* d'essais sur le mariage, *La physiologie du mariage* de Balzac (cf. Bardèche, Th. lettres, 1940) est le modèle réaliste. Dans la seconde moitié du XIX^e s., un nouveau courant se fait jour, critique et libertaire (on préconise le mariage temporaire, le mariage à l'essai, le mariage amical, c'est-à-dire éliminant les enfants et l'indissolubilité, etc.). Le prototype en est sans doute *Religion, propriété, famille* (1869) par Alfred Naquet, promoteur (en 1884) du rétablissement du divorce. L'influence d'Engels (*L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'État*, 1884) ne fut pas moindre chez les socialistes et dans les débuts du droit soviétique.

7° Dans une matière qui touche de très près à la religion, surtout selon l'Église catholique romaine (v. l'Encyclique *Casti Connubii*, de Pie XI, 1930), les œuvres *théologiques* ne sont pas sans importance pour les juristes (cf. *Dictionnaire de théologie catholique*, V^o « Mariage », par Le Bras). La doctrine traditionnelle de l'Église catholique, depuis saint Thomas d'Aquin (et même saint Augustin), plaçait la fin primaire du mariage dans la procréation des enfants, et cette fin continue à figurer dans la définition du *Codex juris canonici* de 1983 (C. 1055, 1061), même si un accent pastoral est plutôt mis aujourd'hui sur la communauté de vie personnelle entre l'homme et la femme. A tout le moins on parle aujourd'hui de ces choses plus librement : ex. M. Bernos et al., *Le fruit défendu, les chrétiens et la sexualité de l'Antiquité à nos jours*, 1985, et l'ouvrage collectif *Sexualité et religions*, 1988. — Sur la conception protestante, v. R. Grimm, *L'institution du mariage, essai d'éthique fondamentale*, 1984, et v^o Mariage, in *Encyclopédie du protestantisme*, 1996.

II. — QUESTIONS PARTICULIÈRES

a) *Définition du mariage*. — Le droit romain n'avait pas craint de le définir : il avait l'art des formules chargées de sens. Ainsi, dans les *Institutes* de Justinien (manuel officiel à l'usage des étudiants), 1, 9, 1 : *vir et mulieris conjunctio* [union sexuelle], *individuum consuetudinem vitae continens* [communauté de vie, pour la vie, coutume, possession d'état]. Et au Digeste, du jurisconsulte Modestin (cf. Triantaphyllopoulos, *Mélanges Deliyannis, Nomos* (3), Thessalonique, 1991), Dig. 23, 2, 1 : *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. A la donnée sexuelle, la formule ajoute l'idée d'une société pour la vie, d'une communauté de biens, d'une communication de la citoyenneté, jointe à une conversion mutuelle au sein du couple. C'était trop pour un Code civil.

b) *Mariage-contrat ou mariage-institution ?* – La thèse du mariage-institution avait été lancée par l'historien Charles Lefebvre (Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?, *R.H.D.*, 1902, p. 300), puis a été développée par des auteurs de différents bords

(ex. Emmanuel Lévy, *Les fondements du droit*, p. 143 : « Le mariage est la procédure qui, consacrant l'union de l'homme et de la femme, crée la famille »), mais plus spécialement par des auteurs catholiques (ex. Bonnacase, *Philosophie du C. Nap. appliquée au droit de famille*, 1928, n^{os} 92-149). On y a vu un moyen de fonder juridiquement l'indissolubilité du mariage civil. Mais une institution est-elle plus qu'un cadavre, bon à dissoudre, dès lors qu'elle n'est plus apte à atteindre ses fins naturelles ? Civ.¹, 17 nov. 1958, D. 59, 18, pourrait laisser croire que le mariage est un contrat comme un autre ; l'a. 1304 lui serait applicable. Dans le remuement d'idées de cette fin de siècle, le libéralisme ambiant, la tendance à la privatisation des rapports de famille, pouvaient induire une préférence pour le contrat. Mais l'actualité est ambiguë : si le hors-mariage est reconnu comme contrat (tel le P.A.C.S., v. *infra*), le mariage n'a-t-il pas a *contrario* des motifs pour se fortifier en institution ?

c) *Mariage civil ou mariage religieux ?* — V. Basdevant, *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage, du Concile de Trente au C.C.*, Th. Paris, 1900 ; Laisney, *Mariage civil et mariage religieux*, Th. Paris, 1930. La sécularisation du droit civil par le C.C., in *Cristianesimo, Secolarizzazione e diritto moderno*, Milan, 1981, 1007 ; Terré, Le mariage religieux en droit français, in *Mariage civil et mariage canonique*, Tequi, 1985, 49 ; Dittgen, Les mariages religieux en France, in *La nuptialité*, I.N.E.D., 1991, 137, et pour l'Europe, *Pop.*, 94, 339. En 1989, 67 % des mariages civils n'impliquant pas de divorcés (à qui l'Église romaine aurait refusé le mariage sacramentel) étaient suivis d'une célébration catholique. — Le système de la double célébration (mariage civil obligatoire + éventuellement, mariage religieux facultatif), produit spécifique de la Révolution française, est passé dans le B.G.B. et le C.C.S., comme aussi plus tard, dans les législations d'inspiration soviétique (après l'avoir connu, elles semblent l'avoir gardé). Il est loin, cependant, d'être universel (cf. A. Diltgen, Civil Marriages in Europe, *R. Droit et Société*, 97 [36-37], 309). A la fois dans des pays protestants (ex. Angleterre) et dans des pays catholiques (ex. Espagne, Italie, depuis les accords de Latran et le C.C. ital. de 1942), on trouve un système pluraliste, où les intéressés ont le droit de choisir, suivant leur religion ou irrégion, entre les divers mariages confessionnels et un mariage laïc, tous engendrant à égal titre des effets reconnus par le droit civil. Ce système n'a, d'ailleurs, pas la même portée dans les pays protestants, où le ministre du culte (même catholique) n'intervient qu'avec les caractères d'un officier d'état civil, et dans les pays catholiques où cette intervention, s'agissant d'un prêtre de l'Église romaine, a pour conséquence de soumettre le mariage ainsi célébré à l'empire du droit canonique (d'où, compétence des tribunaux ecclésiastiques et logiquement, mais non pas nécessairement, impossibilité du divorce).

La marche nuptiale

Même si le mariage n'est pas un contrat, il s'en rapproche en ce que, dans les deux cas, la rencontre des consentements peut se faire par degrés (cf. t. IV, n° 24). Lorsque les futurs époux déclarent en présence de l'officier de l'état civil, vouloir se prendre pour mari et femme, ils se sont déjà accordés depuis plus ou moins longtemps : le double *oui* solennel, en mairie, n'est jamais que l'accomplissement d'un accord antérieur.

Dans l'usage, l'accord reçoit des noms variables, recouvrant des réalités plus ou moins affirmées. *Fiançailles* est le vocable de cérémonie, et malgré une teinte d'archaïsme, il peut être conservé comme non générique, parce qu'il évoque la confiance qui est, au fond, le ressort de tous les phénomènes ici rassemblés. La *promesse de mariage* (qui était dans l'ancien a. 340) a engendré le « promis » et la « promise », et ceux-ci, en retour, ont revêtu l'expression d'une nuance plébéienne. Mais la promesse est un moment sérieux dans la formation de tous les contrats. Les engagements ne peuvent-ils pas être aussi forts, matérialisés dans des faits qu'exprimés par des paroles ? Si les futurs passent à l'acte, si – style moderne – ils entament une cohabitation, ces *anticipations sur le mariage* peuvent bien être regardées comme pré-nuptiales, pourvu qu'elles aient été accomplies dans la croyance partagée que le mariage s'ensuivra.

Ainsi se déroule, préfaçant ce qui sera dit plus tard mariage de passion ou/et mariage de raison, une phase de préliminaires et de préparatifs, habitée par l'amour ou/et par des négociations. Une phase d'où l'*accompagnement de tiers* n'est pas exclu, venant inspirer ou troubler, inhiber ou aider le dialogue essentiel. Fallait-il en faire du droit ? L'esprit du C.C. avait été d'abandonner aux mœurs, au non-droit tout l'avant-mariage, afin que fût sauvegardée jusqu'au bout la liberté de

chacun. Ajoutez que tenir l'avant-mariage à distance du droit était, en 1804, une manière de donner sa pleine valeur à cette institution politique qu'était devenu, depuis la Révolution, le mariage civil.

1 | LES FIANÇAILLES, PROMESSES DE MARIAGE ET ANTICIPATIONS

Le *principe* est qu'elles ne sont pas le mariage et n'obligent pas, en droit, au mariage. Des *exceptions*, cependant, se sont imposées.

► *Le principe*

Même sorties de la sphère des projets vagues, même ritualisées par une cérémonie de famille, voire par la procédure légale de publication du mariage, les fiançailles, la promesse de mariage, ne constituent à aucun moment un contrat juridiquement obligatoire. C'est un accord purement moral, d'où ne peut résulter qu'un devoir de conscience, non une obligation juridique d'en venir au mariage. Cela signifie d'abord, bien entendu, que jamais le fiancé récalcitrant ne pourra être condamné par le juge à donner son consentement devant l'officier de l'état civil : l'a. 1142 aurait déjà suffi à exclure cette exécution forcée d'une obligation de faire éminemment personnelle. Mais la règle a une signification plus pratique : c'est que le fiancé qui, mis en demeure de se marier, se dérobe, n'est pas présumé en faute et ne pourra être condamné à *dommages-intérêts* sur la seule preuve de cette inexécution – comme il devrait l'être, en vertu de l'a. 1147, s'il s'agissait d'un contrat véritable (sauf à lui à établir l'absence de faute, c'est-à-dire le motif légitime de rupture). Il ne pourra y avoir lieu qu'à une responsabilité délictuelle, laissant au demandeur en *dommages-intérêts* la charge de prouver la faute dont il se plaint. D'une responsabilité contractuelle, au contraire, qui dispenserait le demandeur de cette preuve, il ne peut être question, parce qu'il n'existe pas de contrat.

C'est encore parce que les fiancés, les « promis », ne sont pas contractuellement liés et restent libres de leur décision jusqu'à la célébration du mariage, qu'ils ne peuvent se faire de leur situation un titre juridique à l'égard du public, à l'égard des tiers qui ont traité avec l'un ou avec l'autre séparément. D'autant plus qu'*a priori* les fiançailles ne se révèlent par aucun signe. Il en est différemment, néanmoins, lors-

qu'elles s'accompagnent d'une cohabitation. Ce qui n'est pas rare dans les mœurs actuelles, et les apparences en sont rendues équivoques. Il se peut qu'il y ait eu une promesse sincère et réciproque de mariage ; mais il arrive aussi qu'un voile ait été jeté *honoris causa* sur une cohabitation sans projet précis. A ces fiancés, vrais ou faux, les solutions élaborées pour les cohabitants, c'est-à-dire pour les concubins, peuvent alors être appliquées.

► *Les exceptions*

Le fait des fiançailles, le phénomène de mœurs va produire des conséquences de droit :

a) Les conséquences de droit peuvent s'expliquer par une *certaine rétroactivité* que la loi assigne au mariage. Il est des comportements des fiancés qui paraissent se dérouler sous la condition (suspensive) tacite *si nuptiae sequantur*, si mariage s'ensuit. Le mariage venu, ce qui s'était passé en fait sera validé en droit. Ainsi, le principe est que l'enfant de fiancés, le *brautkind*, conçu avant, donc hors le mariage, est un enfant naturel. Mais s'il est mis au monde après la célébration, il naîtra légitime (a. 314). En vertu d'un raisonnement comparable, la fiancée mineure (fiancée, le signe en est qu'elle fait devant notaire un contrat de mariage, a. 1394) a d'avance la capacité qu'il lui faudra bientôt pour consentir au mariage lui-même (a. 1398, 1095). Et semblablement les donations faites aux fiancés (« en faveur du mariage ») anticipent sur le mariage, puisque toute la descendance espérée est déjà comprise dans la libéralité (a. 1082).

b) Beaucoup de conséquences juridiques des fiançailles se ramènent à une *application du droit commun*. Les faits, d'abord saisis dans leur crudité, vont être qualifiés juridiquement, et l'on y attachera les solutions correspondantes du droit positif. Ce que les fiançailles ont de plus intéressant pour un juriste, c'est leur *rupture*. Tout le contentieux découle de là.

1° *Imputabilité de la rupture*. — C'est la clef. Mais la rupture n'est pas nécessairement imputable à celui qui en prend unilatéralement l'initiative. Il peut y avoir été poussé par de justes motifs : ex. la découverte d'une inconduite, d'un passé déshonorant (en revanche, il lui faudrait beaucoup d'impudeur pour alléguer comme juste motif la révélation d'une situation financière obérée). Très fréquemment, cependant, la cassure n'a d'autre cause que psychologique : l'amour s'est éteint – est-ce une force majeure ? Ou la peur s'est infiltrée d'un

fiasco du projet conjugal. L'exubérance de la divertialité, depuis les années 1980, a été telle que les tribunaux peuvent incliner à regarder la rupture des fiançailles, ce divorce intime, comme un bien relatif, puisqu'il évite l'autre (« mieux vaut chômer que mal moudre », disait le meunier du proverbe). S'il y a faute, elle n'est pas dans la rupture, qui est une liberté, mais dans les circonstances : l'abandon a été trop brutal, sans aucun essai de dialogue, ou bien, à l'inverse, la décision a traîné, laissant grossir le scandale.

2° *Restitution des cadeaux*. — Les cadeaux assez importants sont soumis, en principe, à l'a. 1088 (qui les suppose affectés d'une condition résolutoire tacite pour le cas où le mariage n'aurait pas lieu). Mais, alors que le texte ne distingue pas selon l'imputabilité de la rupture, la jurisprudence fait une distinction d'équité : la femme ne devra restituer qu'autant que les obstacles seront venus de son côté ; elle en sera dispensée, au contraire, s'il y a eu faute du futur (ou si c'est le décès de celui-ci qui a brisé le projet). Quant à la bague de fiançailles, elle a une condition hors série, parce qu'elle est le symbole des promesses échangées. Plutôt d'après les mœurs qu'en vertu de l'a. 1088, on décide qu'elle doit être restituée si les fiançailles ont pris fin par une mésentente réciproque, ou par la faute de la fiancée, ou par sa mort. Inversement, la fiancée abandonnée, qui n'a rien à se reprocher, peut garder la bague ; elle le peut aussi quand le fiancé vient à mourir (à moins que, par la suite, elle ne se marie avec un autre).

3° *Dommages-intérêts à la charge de l'auteur de la rupture*. — Ils ne sont pas dus de plein droit, puisque les fiançailles ne sont pas un contrat, dont l'inexécution devrait être présumée fautive. C'est à la partie qui les demande (pratiquement, à la fiancée éconduite) qu'il incombe de rapporter la preuve de circonstances particulières constituant une faute dommageable, selon le droit commun de la responsabilité délictuelle (a. 1382). Il n'est pas nécessaire que l'auteur de la rupture ait agi avec perfidie ; sa faute ne sera bien souvent que d'imprudance, de légèreté. La réparation demandée peut concerner un préjudice matériel (ex. dépenses déjà faites en vue du mariage), mais c'est plus ordinairement un préjudice moral qui est invoqué par la fiancée délaissée (trouble psychologique, atteinte à la réputation). Des dommages-intérêts ne peuvent, au demeurant, être obtenus que là où l'accord des intéressés était parvenu à un suffisant degré de consistance, assez près de la célébration. La preuve de l'accord peut être faite par tous les moyens, et l'interprétation des faits relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

4° *Ricochet sur la recherche de paternité naturelle*. — Cet effet indirect des fiançailles participe d'une certaine manière à la réparation des préju-

dices que la rupture laisse derrière elle. Selon l'a. 340 ancien (antérieur à la l. 8 janv. 1993), la mère de l'enfant naturel pouvait soutenir qu'elle avait été séduite au moyen d'une promesse de mariage, de fiançailles fallacieuses. C'était un des cas d'ouverture, des préalables qui conditionnaient la recherche de paternité. Depuis 1993, la paternité naturelle peut être établie librement ; néanmoins, la preuve n'en peut être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves (sous-entendez : dans le sens de la paternité). La constatation d'une promesse de mariage ou de fiançailles pourra jouer le même rôle qu'avant 1993 le cas d'ouverture : elle ouvrira la porte à la recherche de fond, notamment à l'emploi des techniques biologiques – emploi regardé comme trop violeur d'intimité pour être accessible sur simple demande. Sous l'a. 340, se retrouve ainsi, à travers le flou de l'appréciation judiciaire, l'image sociologique de l'enfant de fiancés, du *brautkind*, que nous avons rencontrée plus haut a), dans l'application automatique de l'a. 314.

c) Très exceptionnellement, les fiançailles interrompues peuvent produire certains effets du mariage en vertu d'un *acte de l'autorité publique*. C'est le cas du *mariage posthume*, introduit dans le C.C. (a. 171) par une loi de circonstance (31 déc. 1959). C'est un mariage dépouillé de ses effets pécuniaires (ex. du droit de succession). Demeure surtout l'effet de légitimité au bénéfice de l'enfant attendu. Les conditions d'application sont très étroites.

— Le projet de mariage doit être prouvé par les formalités officielles qui ont déjà été accomplies (publications, certificats pré-nuptiaux, par ex.).

— Il doit avoir été interrompu par la mort d'au moins l'un des futurs.

— La célébration du mariage doit être autorisée, sur la justification de motifs graves, par un acte (d'ailleurs discrétionnaire), du chef de l'État.

2 | L'ACCOMPAGNEMENT DES TIERS

► *L'accompagnement de l'entourage*

Les futurs seront seuls devant l'officier de l'état civil. Jusqu'à cette minute il est rare qu'ils l'aient été : autour d'eux ont probablement tourbillonné maintes influences (dois-je ? Ne dois-je pas ? La question

de Panurge à Pantagruel ; avec X plutôt qu'avec Y ?). Par persuasion ou dissuasion peuvent ainsi intervenir :

- la famille, plus justement les familles, le mariage va créer une alliance (*supra*, p. 35), cela se médite, se négocie ;
- les amis, ils pourront être témoins ;
- la société elle-même, ou plus étroitement, le milieu social, chaque partie intériorise déjà les interdits légaux ou coutumiers auxquels se heurte sa volonté.

Ici une remarque de méthode, que l'on pourrait faire aussi bien à propos d'un contrat ordinaire, d'une vente civile ou commerciale, par ex. : c'est bien avant sa signature, dans la phase des pourparlers, de l'avant-contrat (cf. t. IV, n° 24) que se noue la destinée du contrat. Quand une cause de nullité se révèle, dol, violence, violation de l'ordre public, c'est dans la période précontractuelle que la fatalité s'est produite : l'effet destructeur n'en retombe pas moins sur le contrat une fois formé. C'est, pareillement, dans la période préuptiale que les nullités de mariage ont leurs racines ; mais elles n'émergeront à la surface du droit qu'à travers l'échange des consentements. La célébration du mariage résume, assume tout le passé préuptial. Aussi, comme il est usuel dans les ouvrages, attendrons-nous le chapitre de l'entrée en mariage pour étudier les effets perturbateurs que peuvent exercer sur le mariage lui-même les moments qui l'ont précédé.

► *Les accompagnements professionnels*

Plusieurs corps de métiers peuvent être utiles au lancement d'un esquil – plusieurs sciences, médecine, droit, psychologie, *ars negociandi*.

a) *L'examen médical*. — C'est la seule intervention qui soit légalement obligatoire (a. 63, al. 2, et C.S.P. a. L. 155), avec des exceptions (a. 169) et un complément facultatif (a. L. 155 ; l. 27 janv. 1993, test de dépistage du sida). Cet examen, qui doit précéder de peu (deux mois au plus) la célébration, est destiné à éclairer chacun des futurs sur les affections (contagieuses ou héréditaires, spécialement) dont il pourrait être atteint. L'institution est organisée selon des principes individualistes : libre choix du médecin, examen séparé, secret absolu des résultats (les fiancés ne sont pas obligés de se donner réciproquement communication des constatations médicales, et le certificat délivré par le médecin atteste seulement que l'intéressé a été examiné en vue du mariage). Un résultat défavorable ne crée pas d'empêchement à mariage : la loi

fait seulement appel à la conscience du malade et au devoir de conseil du médecin. Mais le mariage reste libre. Encore faut-il que l'examen ait bien eu lieu. L'officier de l'état civil ne pourra procéder à la publication du mariage que si les deux certificats lui ont été remis : il y a empêchement prohibitif à la *publication*.

b) *Le contrat de mariage*. — C'est le contrat par lequel les futurs époux déterminent leur régime matrimonial, le statut qui régira leur association (société) conjugale quant aux biens (cf. a. 1387). Il est passé avant le mariage, mais n'entrera en vigueur qu'après la célébration (il pourrait, du reste, être passé également en cours de mariage, sous certaines conditions, a. 1395 s.). C'est un contrat solennel, supposant l'intervention d'un notaire et bien souvent ses conseils. Mais c'est un contrat facultatif : les époux mariés sans contrat sont placés automatiquement sous le régime matrimonial de la communauté réduite aux acquêts (a. 1400). C'est le régime légal, par opposition aux régimes conventionnels (ex. le régime de séparation de biens).

c) *Le conseil au mariage*. — Ce qui fut longtemps service d'ami, de parent, d'ecclésiastique s'est professionnalisé en ce siècle, encore que l'esprit caritatif ne soit pas toujours absent de la profession. Les conseillers conjugaux sont avant tout des psychologues. De leurs observations ils peuvent induire un pronostic sur l'avenir du couple et faire des suggestions pour en harmoniser le cours. Toutefois, recourir à eux pour une préparation au mariage est une mode moins française qu'anglo-saxonne. Chez nous, c'est plutôt après le mariage qu'on les voit sollicités, quand surgissent les dissensions et qu'il faut tenter de prévenir le divorce. C'est l'heure de la thérapie de couple, de la médiation familiale. Peut-être est-il tard.

d) *Le courtage matrimonial*. — Dès les temps anciens, il y a eu des marieurs, des marieuses surtout, bénévoles ou récompensés selon des coutumes non écrites. Mais, au XIX^e s., l'esprit d'entreprise s'empara de ce filon, et l'on vit fleurir des agences matrimoniales et des rubriques d'annonces matrimoniales dans les périodiques. La matière resta, cependant, sous le regard intermittent des tribunaux jusqu'à une loi du 23 juin 1989 et un décret du 16 mai 1990.

— *La jurisprudence* hésita longuement à reconnaître la validité de ce que l'on appelait la convention de courtage matrimonial, l'entremise, l'engagement de faire effort, moyennant rémunération, en vue de la conclusion d'un mariage. La liberté quasi politique du consentement à mariage semblait devoir l'emporter sur la banale liberté des conventions. Les tribunaux ont, pourtant, fini par autoriser l'honnête courtier à réclamer en justice le salaire promis – sauf à le

réduire s'ils l'estiment excessif eu égard à la peine prise. Cette jurisprudence conserve un intérêt pour les intermédiaires non professionnels, auxquels la loi de 1989 n'est pas applicable.

— *La loi de 1989* reconnaît la licéité du contrat en le réglementant. Par l'exigence d'un écrit détaillé, par une faculté de rétractation (cf. t. IV, n° 112), elle protège les aspirants au mariage contre des fraudes que la pratique avait dû faire éclater. C'est bien, mais ces textes n'en trahissent pas moins l'impudeur d'une époque. Le contrat, rebaptisé *offre de rencontres*, est à deux branches : en vue de la réalisation d'un mariage, mais aussi bien d'une union extramatrimoniale, que l'on espère stable, parce qu'il faut bien prendre ses distances d'avec le proxénétisme (a. 225-6-1° N.C.P.). Distances d'autant plus utiles à marquer qu'en son intitulé la loi se présente comme une loi de protection des consommateurs, ce qui évoque une étrange commercialisation (cf. a. 16-5 C.C.).

ÉTAT DES QUESTIONS

I. — LES FIANÇAILLES, PROMESSES ET ANTICIPATIONS

B.G. — Hauser, I, n° 461. qui met en relief la distinction des fiançailles traditionnelles et des fiançailles-cohabitation.

HISTOIRE

Dans le droit romain, c'est surtout l'époque du Bas-Empire qui retient l'attention, avec sa pratique de la *donatio ante nuptias*, où le christianisme avait sans doute repris une coutume hébraïque ; cf. L. Anne, *Les rites de fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Th. droit canon, Louvain, 1941 ; C. Dupont, Peine et relations pécuniaires entre fiancés et conjoints dans les constitutions impériales de 312 à 565, *Rev. internat. droits de l'Antiquité*, 76, 121. Dans le droit canonique antérieur au Concile de Trente, le mariage lui-même avait un caractère si consensuel que la distinction entre fiançailles et mariage perdit beaucoup de sa clarté (*sponsalia per verba de futuro, sponsalia per verba de praesenti*). Le droit monarchique des derniers siècles (ex. Pothier, *Mariage*, n°s 23 s.) est important, parce que, s'il continue selon la tradition canonique à définir les fiançailles comme un contrat juridiquement obligatoire (cf. A. Lefebvre-Teillard, *R. dr. can.*, 78, 210), il donne en faveur de la liberté maintes solutions où se dessinent déjà les traits du droit actuel : le fiancé récalcitrant ne peut être contraint à l'exécution, même indirectement par la pression de censures ecclésiastiques ; s'il est condamné à dommages-intérêts par le juge laïc, ce ne peut être (en dépit

de Beaumarchais et du *Mariage de Figaro*) sous la clause « si mieux n'aime épouser », qui serait attentatoire à la liberté nuptiale (arrêt du 10 mars 1713) ; il est interdit de recevoir par témoins la preuve des fiançailles (o. 26 nov. 1639). Toujours afin de sauvegarder la liberté, les dommages-intérêts, à ce qu'il paraît, étaient assez modiques (et plus facilement accordés pour le préjudice matériel que pour le préjudice moral, au rebours de la conception moderne).

SOCIOLOGIE

Les fiançailles ont été étudiées par les folkloristes (v. Van Gennep, *Manuel de folklore français contemporain*, I, 1, p. 226-273). Pour les sociologues, v. Claire Leplae, *Les fiançailles, étude sociologique*, Paris, 1947, enquête par questionnaire en Belgique ; Alain Girard, *Le choix du conjoint, une enquête sociologique en France*, 2^e éd., 1974 ; Bozon et Héran, La découverte du conjoint, *Pop.*, 87, 943, et 88, 121 (sur le rôle de la danse dans les classes populaires ; les scènes de rencontre dans l'espace social ; comment se construit la tendance à l'homogamie). V. cep. sur l'homogamie, la théorie critique de F. de Singly, *A.S.*, 87, 181).

Le vocable juridique, artificiellement unificateur, recouvre des phénomènes différents. D'un côté, on placera l'avant-contrat, chaste prélude du mariage, extériorisé par des faire-part et des fêtes, solennisé par la participation des familles (cf. la description de Colmar, 4 mars 1949, D. 49, 273), tel qu'il se pratiquait couramment — et pas seulement dans la bourgeoisie — au XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e, tel qu'il peut encore se rencontrer aujourd'hui, quoique plus discrètement. A ces fiançailles se rapporte visiblement une bonne part de la jurisprudence sur les dommages-intérêts en cas de rupture. Cependant, il y a toujours eu des fiançailles d'une autre sorte, caractérisées par une plus ou moins grande liberté sexuelle entre les promis (cf. Van Gennep, 258 s. ; Leplae, 232 s.). Destinées à se convertir en mariage actuel à la première grossesse, elles constituent dès le début un véritable pré-mariage, mariage à l'essai de sexualité et surtout de fécondité. Ce sont ces fiançailles-là qui émergeaient dans l'ancien a. 340-2° (cf. *supra*), sous un aspect apparemment pathologique, à travers les tromperies dont elles peuvent être l'occasion. Le phénomène a ses racines dans des coutumes rurales très anciennes : les conceptions pré-nuptiales, qui en sont l'indicateur — décelées elles-mêmes par les naissances des huit premiers mois du mariage ou même d'avant le mariage —, paraissent avoir été, sous l'Ancien Régime, plus fréquentes dans certaines provinces qu'on ne l'attendrait du climat moral et religieux de l'époque. Sans préjudice de quelques singularités folkloriques (cf. par ex. pour le pays de Monts en Vendée, Baudouin, *Le maraîchinage*, 1932), il pourrait s'agir, conjecture-t-on, d'un archétype déposé par les Germains : on tire argument de la faveur dont le *Brautkind*, l'enfant de fiancés, aurait de tout temps bénéficié dans les mœurs germaniques (cf. *Pop.*, 88, 1056 s. ; pour le droit scandinave, Arminjon, Nolde, Wolff, *Droit comparé*, II, n° 629) et, corrélativement, d'une plus forte densité de conceptions pré-nuptiales dans nos départements du Nord et de l'Est (cf. Hervé Le Bras et Emm. Todd, *L'invention de la France*, 1981, p. 161 s.).

Entre les deux modèles traditionnels ainsi mis en contraste, d'autres pourraient être observés (ex. Civ. 1^{re} 26 mai 1965, D. 65, 628 : la fiancée est reçue comme servante dans la future belle-famille, tel jadis Jacob aspirant à Rachel). Mais le fait saillant,

depuis 1968, a été, en tous pays occidentaux, la montée de ce que l'on a nommé la *cohabitation juvénile* (cf. Roussel et Bourguignon, *Génération nouvelles et mariage traditionnel*, 1978). Le phénomène, qui semble avoir débuté dans les classes favorisées de Paris et des grandes villes, est d'une autre nature que les expériences préconjugales tolérées en milieu paysan. Si toute intention d'essai n'en est pas absente – mais psychologique plutôt que biologique – son ressort décisif est d'ordre idéologique : le couple entend se libérer de l'État et se passer de lui aussi bien pour nouer que pour dénouer l'union. La cohabitation n'a pas éliminé du paysage les fiançailles vertueuses, même si elle a pu les faire apparaître comme archaïques. Mais elle a contribué à brouiller les catégories juridiques : qu'est-ce au juste qui a été rompu ? La durée des relations est un critère possible.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

On peut hésiter entre le système de prétérition du C.C. et une réglementation des fiançailles dont le B.G.B. (§ 1297-1302) et le C.C.S. (a. 90-95) ont donné l'exemple. La seconde méthode, qui avait séduit la C.R.C.C. (*Travaux*, 1946-1947, p. 449 s., 593), convenait mieux à la société germanique, où les fiançailles sont regardées comme une anticipation du mariage, une partie déjà du droit de la famille, alors que les mœurs dominantes en France y voient plutôt un arrangement privé, sans conséquences juridiques immédiates. Les effets des fiançailles (spécialement la responsabilité encourue en cas de rupture), peuvent d'ailleurs être réglés suivant des modalités diverses (Lefebvre, *Le problème de la rupture des fiançailles en droit comparé*, Th. Dijon, 1935). Mais, la politique législative devra toujours tenir compte de deux impératifs : ne pas laisser sans recours la fiancée abandonnée, cela procède d'une idée générale de protection de la femme ; ne pas porter la sanction à un point tel que sa menace amènerait le récalcitrant à se jeter dans le mariage, pour pouvoir enfin divorcer.

THÉORIE JURIDIQUE

La nature juridique des fiançailles a été longuement discutée, parce qu'elle paraissait commander le fonctionnement pratique du procès en responsabilité après rupture unilatérale ; le fardeau de la preuve se déplaçant de la fiancée abandonnée au fiancé qui l'avait abandonnée selon que l'on tenait pour la responsabilité délictuelle ou contractuelle. La thèse du contrat avait été défendue par Merlin et Toullier pour des raisons historiques (le silence du C.C. devait s'interpréter comme une référence à l'Ancien Droit), par Bonnecase (*Supplément à Baudry-Lacantinerie*, IV, n^{os} 425 s.) pour des raisons morales. Jossierand (*Le problème de la rupture des fiançailles*, D.H., 1927, chr. 24) avait proposé une conciliation : les fiançailles constituent un contrat, mais ce contrat, comme d'autres (cf. a. 1780, 1869), est susceptible d'être résilié par volonté unilatérale, étant entendu que l'abus du droit de résiliation peut engendrer une responsabilité. On peut se demander (cf. *Études Ripert*, I, p. 329-330) si la solution, aujourd'hui généralement acceptée, qui subordonne la condamnation de l'auteur de la rupture à la preuve d'une faute, était vraiment incompatible avec la reconnaissance d'un caractère juridiquement obligatoire aux fiançailles. Le recours à la responsabilité délictuelle, qui est la

responsabilité de droit commun, s'imposait dès lors que l'on n'était pas en présence de la notion stricte et technique de contrat. C'est ce que l'on admet (a. 266) pour la rupture injustifiée du mariage sans que celui-ci soit, pour autant, dépourvu de force obligatoire. Il semble que, des premiers accords à l'enregistrement définitif dans l'acte d'état civil, le mariage se constitue par un flot ininterrompu de consentements d'où dérivent des conséquences également juridiques, mais de plus en plus denses.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Dommages-intérêts* réclamés par un fiancé à la suite de l'accident mortel survenu à l'autre. La jurisprudence a oscillé, v. Civ. 19 oct. 1943, *J.C.P.*, 45, 2, 2893 ; Crim. 16 mars 1950, S. 50, 1, 182, qui dénie tout droit à dommages-intérêts à la fiancée ; *contra*, Crim. 5 janv. 1956, D. 56, 216, *J.C.P.*, 56, 2, 9146, Nîmes, 20 avr. 1961, G.P., 61, 2, 102, où les mariages étaient, il est vrai, imminents). Depuis lors, la solution admise pour la concubine (cf. *infra*) a réglé la question pour la fiancée : il serait absurde que celle-ci fût moins bien traitée que celle-là.

b) *Restitution des cadeaux*. — Est visée en particulier la bague de fiançailles : elle pourrait être gardée en dédommagement de la rupture, Paris, 3 déc. 1976, D. 78, 339, n. critique C.-I. Foulon-Piganiol ; mais si c'était un bijou de famille, elle doit être restituée, Civ.¹ 23 mars 1983, D. 84, 81, n. Breton, *J.C.P.*, 84, 2, 20202, n. Barbieri, car les bijoux de cette sorte sont censés n'avoir été confiés à la future belle-fille qu'à titre de commodat, prêt à usage ; cf. Le statut des bijoux, *Rép. not.*, 1950, art. 26885).

c) *Dommages-intérêts dus par un fiancé à l'autre en cas de rupture* (cf. Nerson, *R.T.*, 81, 129 ; 83, 317). — La fiancée abandonnée peut obtenir des dommages-intérêts ; la discussion porte seulement sur la preuve à faire. La jurisprudence avait été fixée par Civ. 30 mars 1838, S. 38, 1, 494, qui posait le double principe : que les promesses de mariage sont nulles en tant que telles, « comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages », mais que le préjudice causé par la rupture est un fait et peut donner lieu à réparation dans les conditions générales de la responsabilité civile (on remarque, cependant, que l'arrêt, qui parle du préjudice, est discret sur la faute : ne serait-ce pas que la faute suppose la violation d'une obligation préexistante, et d'où pourrait venir cette obligation ? d'une promesse ? on l'a niée ; d'une règle de mœurs, d'une coutume ?). Ainsi, il ne suffira pas à la délaissée de démontrer que le mariage lui avait été promis, et que la promesse n'a pas été tenue ; il lui faudra prouver une faute de l'autre : ex. Civ.¹ 4 janv. 1995, D. 95, 251, n. Benabent. Mais, bien souvent, la faute pourra être présumée, sinon par le seul fait de la rupture, comme c'eût été le cas s'il y avait eu contrat, du moins par la seule date de celle-ci, si elle est survenue très peu de temps avant le jour fixé pour le mariage (ex. Req. 12 nov. 1901, D. 02, 1, 46, la veille ; Req. 23 juin 1938, S. 39, 4, 23, le matin même). Lorsque la faute n'est pas dans la manière de rompre, elle se trouve dans l'absence de motifs justifiant la rupture. Mais la preuve (négative) devient alors plus lourde (ne serait-il pas rationnel d'en renverser le fardeau ? de mettre l'auteur de la rupture en demeure de fournir ses motifs, et s'ils étaient reconnus faux, en demeure d'en établir d'autres ? V. Esmein sur Aubry et Rau, 6^e éd., VII, § 452, texte et note 11 ; cf. analogies dans l'a. L. 122-14-3 C. Tr., sur l'obligation de motiver le licenciement d'un salarié). Paris, 14 déc. 1962, *J.C.P.*, 63, 2,

13041, retient la responsabilité de celui qui rompt dès lors qu'il ne peut donner de la rupture une raison légitime. Cf. Civ.² 22 févr. 1972, *J.C.P.*, 72, 2, 17111; Civ.¹ 18 janv. 1974 (mais il y avait en l'espèce un délit civil caractérisé), *J.C.P.*, 74, 2, 17794; Colmar, 12 juin 1970, D. 71, 406, n. Wiederkehr. Entre la rupture par pur caprice, qui est une faute (ex. Civ. 3 juill. 1944, D. 45, 81), et la rupture par manque d'amour, qu'il est sage de tenir pour licite (ex. trib. civ. Avranches, 27 avr. 1953, D. 53, 363; cf. Toulouse, 9 mars 1976, D. 76, Som. 88), la différence ne va pas sans subtilité.

Une preuve, en toute hypothèse, incombe préalablement à la demanderesse : celle des fiançailles elles-mêmes. La jurisprudence requérait ici autrefois, un commencement de preuve par écrit : Civ. 2 déc. 1907, D. 08, 1, 201. Une évolution dans le sens libéral s'est produite : Civ.¹ 26 mai 1971, preuve par une photographie du couple, D. 71, 501. Il paraît maintenant de droit positif que les promesses de mariage peuvent être prouvées par tous les moyens : Civ.¹ 6 nov. 1974, *Bull.*, n° 296; Civ.¹ 8 janv. 1980, *Bull.*, n° 5; Civ.¹ 15 mars 1988, *G.P.*, 89, 1, 374. L'interprétation des faits relève du pouvoir souverain des juges du fond (Civ.² 21 avr. 1982, *Bull.*, n° 59) : ex. Civ.² 28 avr. 1993, D. 95, 330 (une annonce matrimoniale et la correspondance qui s'en est suivie ne suffisent pas à former une promesse).

Questions subsidiaires : 1° Au fond, qu'est-ce qui a été rompu ? des fiançailles ou une cohabitation ? Paris, 8 déc. 1992, D. 94, 272. 2° La promesse de mariage faite par un homme marié doit-elle être tenue pour inefficace ? Oui, selon Paris, 25 oct. 1963, *J.C.P.*, 63, 2, 13455. Pas forcément, selon trib. civ. Toulouse, 9 mars 1948, D. 48, 221 (mais elle serait certainement nulle si elle impliquait un *votum mortis* à l'égard du conjoint, ce qui était le fondement d'un empêchement d'honnêteté publique en droit canonique).

II. — L'ACCOMPAGNEMENT DES TIERS

a) *Le certificat prénuptial.* — L'objectif est d'écartier du mariage l'individu atteint d'une maladie dangereuse, soit pour l'autre conjoint (maladies contagieuses), soit surtout (objectif d'*eugénique*) pour les enfants à naître. La *méthode individualiste* fait appel à la foi réciproque que se doivent les futurs époux : on oblige chacun d'eux à se faire examiner préalablement par un médecin, en l'autorisant à garder par-devers soi les résultats de l'examen (système français), ou tout au plus en exigeant de lui qu'il les communique à son partenaire. La *méthode autoritaire* pourrait consister à faire un empêchement dirimant de l'absence de certificat favorable. — L'idée d'un contrôle médical des mariages avait toujours rencontré en France beaucoup de défiance. S'il semblait que le divorce fût parfois accordé pour des causes physiologiques (ex. contamination vénérienne, Req. 18 janv. 1892, S. 92, 1, 180; impuissance, Civ. 7 mai 1951, D. 51, 472), c'était en réalité la dissimulation de la maladie ou de l'infirmité que les juges retenaient comme faute : c'était affaire de psychologie, non de physiologie. L'introduction du certificat prénuptial, du fait même de la date (1942-1943), ne pouvait qu'aggraver la suspicion, et Julliot de La Morandière avait préconisé l'abrogation. Ce qui a sauvé le système, c'est son libéralisme : il s'en remet à la réflexion intérieure de chacun des fiancés pour tirer les conclusions. Le médecin est lié par le secret professionnel à l'égard non seulement de l'autorité, mais de l'autre fiancé (cf. Givord,

D. 1952, 729; v. cep. Civ.¹ 16 juill. 1991, responsabilité médicale pour n'avoir pas informé les deux époux, *J.C.P.*, 91, 4, 366). L'évolution des mœurs a d'ailleurs rendu tous les systèmes dérisoires : on a beau contrôler le mariage, l'union libre demeure ouverte; et que pèse le risque d'avoir des enfants malformés, dès l'instant que l'avortement, en pareil cas, est devenu licite (a. 162-12 C.S.P.) ? L'émotion collective suscitée par le *Sida* a néanmoins fait resurgir l'idée d'un examen prénuptial dont les résultats devraient être communiqués d'un partenaire à l'autre (cf. C. Byk, *J.C.P.*, 91, 1, 3541). Mais la l. 27 janv. 1993 (a. L. 153 C.S.P.) s'est contentée de renforcer quelque peu la force persuasive du médecin.

b) *Le courtage matrimonial.* — G. Heidsieck, Le marché de la solitude et le droit, *J.C.P.*, 90, 1, 3432. — 1° *Sociologie.* — Le nombre des agences recensées aurait doublé de 1982 à 1992 (de 1 000 à 2 000). Sur les annonces matrimoniales à l'étranger, recherche allemande, *A.S.*, 68, 251. Pour la France, une analyse menée sur de grands magazines montrerait une évolution des mœurs derrière l'évolution des annonces, des plus dévergondées autour de 1980, assagies depuis 1990. A part le phénomène historique du *Chasseur français*, fort répandu dans la bonne bourgeoisie depuis le début du siècle : la direction tenait la main à ce que l'intention matrimoniale fût clairement exprimée (ex. Civ.² 28 avr. 1993, D. 95, 330).

2° *Politique législative.* — Paradoxalement, c'est par le courtage matrimonial, sous sa forme la plus commercialisée, que les préliminaires du mariage sont entrés en législation. Pour faire admettre la validité du courtage matrimonial, des avocats pétris de droit romain, avaient autrefois exhumé un texte d'Ulpien (Dig. 50, 14, 1) : *Proxenetica jure licito petuntur*, où il est d'ailleurs probable qu'étaient visés bien d'autres courtages que le matrimonial. La citation pourtant, a de l'accent, et elle tombe à pic sur la loi de 1989. Car le texte valide à égalité l'offre de rencontres, que ces rencontres soient programmées en vue d'un mariage ou d'un concubinage stable. Comme l'intention de stabilité n'est pas plus contrôlable que la stabilité elle-même n'est susceptible d'être garantie, on peut se demander si une légitimité ne risque pas d'être accordée à des activités que le N.C.P. réprime comme activités de proxénète : v. déjà sur l'emploi des agences matrimoniales pour camoufler le proxénétisme, Crim. 20 nov. 1952, D. 53, 302. Cf. Civ.¹ 21 févr. 1995, D. 95, *I.R.*, 97 : des offres de rencontres peuvent être imbriquées dans un club de loisirs, rendant ainsi justiciable de la loi de 1989 les formes de l'adhésion au club. Remarque importante : le client peut stipuler qu'il veut un partenaire de telle couleur, française de préférence, etc., sans tomber sous le coup de l'a. 225-2 N.C.P.

3° *Pratique judiciaire.* — La controverse classique semble avoir été close par Req. 27 déc. 1944, D. 45, 121, qui a admis assez franchement la licéité de la convention (cf. Dupichot, n. *G.P.*, 84, 2, 708; Civ.¹ 6 févr. 1996, sol. impl. *R.T.*, 96, 880). Licite, certes : *non omne quod licet honestum est*. La profession saura-t-elle donner d'elle une bonne image ? Civ.¹ 13 janv. 1998, *Dr. Fam.*, 98 (4), 7, n. Lécuyer (analyse de la faculté de rétractation).

TITRE I

L'entrée en mariage

La formation du lien matrimonial suppose la réunion d'un certain nombre de conditions de fond et de forme, d'*éléments constitutifs*, en l'absence desquels le mariage ne serait pas licite et pourrait même n'être pas valable.

Avec la notion d'*empêchement*, qui n'est pas dans le C.C., mais nous a été transmise par le droit canonique, on reprend la même idée sous un aspect négatif et non plus positif. Au sens large, les empêchements sont tous les obstacles à la célébration licite et valable d'un mariage. Au sens strict, qui est plus usuel, ce ne sont que les obstacles affectant les personnes et se traduisant par une défense de se marier qui leur est adressée (ex. précédent mariage non dissous, parenté au degré prohibé, mais non pas vice du consentement ou défaut de célébration publique). Les interprètes distinguent, à l'imitation du droit canonique, deux sortes d'empêchements : *dirimants* et *prohibants* (ou *prohibitifs*). Les empêchements *dirimants* sont ceux qui sont sanctionnés par la nullité du mariage (ex. précédent mariage, parenté au degré interdit). Les empêchements *simplement prohibitifs*, au contraire, ne sont pas sanctionnés par la nullité (ex. inobservation du délai de viduité ; défaut d'autorisation hiérarchique pour les militaires ; ce sont des prescriptions de pur droit positif, auxquelles la loi n'attache pas une gravité essentielle) : l'officier de l'état civil qui constate, avant le mariage, l'existence d'un tel empêchement, a le devoir de s'abstenir d'aller plus loin (c'est en ce sens qu'il y a empêchement prohibant) ; mais si, par erreur de droit ou de fait, ou même sciemment, il a procédé à la célébration, le mariage n'en est pas moins valable (la loi s'en tient à une simple prohibition, à une défense ; tout au plus, l'officier de l'état civil et les parties contrevenantes pourront-ils encourir des amendes ou des sanctions disciplinaires).

TABLEAU DES CONDITIONS
DE FOND ET DE FORME REQUISES
POUR LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE¹

Conditions requises à peine d'inexistence ²	{ différence de sexe, existence du consentement, <i>célébration par un officier de l'état civil.</i>
Conditions requises à peine de nullité absolue	{ volonté saine, puberté, absence de bigamie, absence d'inceste, fraude à la loi, <i>caractère public de la célébration,</i> <i>compétence territoriale de l'officier de l'état civil.</i>
Conditions requises à peine de nullité relative	{ intégrité du consentement, consentement familial soit pour le mineur, soit pour le majeur en tutelle ou en curatelle.
Conditions requises en dehors de toute sanction atteignant le mariage lui-même	{ GÉNÉRALES : <i>publication préalable,</i> existence d'une opposition, examen médical ; PARTICULIÈRES à certaines catégories de personnes : observation du délai de viduité par la femme en cas de second mariage, autorisation de l'autorité hiérarchique pour les mili- taires, etc.

1. Les conditions de forme figurent sur ce tableau en *italique*.

2. Ou de nullité absolue dans la doctrine qui n'admet pas la notion d'inexistence (cf. *infra*, p. 615).

Du droit canonique encore vient la notion de *dispense* (cf. *Introduction*, n° 126), exemption de la loi dans un cas particulier, pour des motifs justes et raisonnables. Le pouvoir de dispense, réservé autrefois au chef de l'État, ne lui appartient plus que dans le cas de l'a. 164 (dispense des empêchements pour parenté ou alliance). Dans les autres cas (a. 75, al. 2, dispense de la célébration à la mairie ; a. 169, dispense de publication et même depuis la l. 23 déc. 1970, a. 145, dispense d'âge, où la validité du mariage est pourtant impliquée), c'est le procureur de la République du lieu de la célébration qui est compétent. La dispense ne fait que lever pour l'avenir un obstacle à la célébration. Si un mariage avait été célébré au mépris d'un empêchement dirimant susceptible de dispense, la dispense obtenue après coup n'aurait pas pour effet de le valider.

On constate que la *théorie des nullités* se profile immanquablement dès que l'on considère les conditions requises pour la formation du mariage. Il est, d'ailleurs, classique d'étudier ces conditions en les groupant suivant les nullités, plus généralement les sanctions que leur absence peut entraîner.

Nous retrouverons plus tard les nullités de mariage en les replaçant parmi les divers modes de rupture du lien matrimonial (*infra*, p. 614). Pour l'instant, tout en gardant présent à l'esprit le tableau qui vient d'en être donné, nous ne les utiliserons pas pour classer les conditions de fond et de forme du mariage. Nous nous servirons d'une division moins juridique, plus concrète, en distinguant dans le mariage trois éléments : *biologique*, *psychologique* et *sociologique*.

L'ÉLÉMENT BIOLOGIQUE

L'élément biologique est le premier dans l'ordre naturel. Sous l'aspect plus poussé de la *copula carnalis* – idée germanique sous les termes latins – il jouait un rôle important dans le droit canonique : l'accouplement, qui fait des époux une seule chair, y était nécessaire à la perfection du mariage. Mais le C.C. répugnait à ce réalisme : en général, le corps humain y apparaît peu, et l'homme y est *personne*, c'est-à-dire volonté plutôt que corps. Par la force des choses, cependant, il a bien fallu prendre en considération le corps, donc le sexe, dans la formation du mariage.

A) Il est sous-entendu que les deux époux doivent être de *sexes différents*, *homme* et *femme* (arg. a. 144), faute de quoi le mariage serait *inexistant*. La *copula carnalis*, qui fait le *couple*, hors mariage aussi bien qu'en mariage, d'ailleurs, suppose la complémentarité, et d'abord une complémentarité d'organes (« assemblage se fait à tenon et mortaise », le clin d'œil grivois n'enlevait rien de sa vertu à la vieille norme des charpentiers). Il n'existe aucune base dans le C.C. pour un prétendu mariage d'homosexuels.

B) De chaque sexe, il est requis un minimum d'âge, la *puberté*, qui fait présumer élémentairement l'aptitude physiologique au mariage : 18 ans pour l'homme, 15 ans pour la femme (a. 144), étant bien compris que, jusqu'à 18 ans, la jeune fille, mineure, ne pourra se marier qu'avec le consentement de ses père et mère, ce qui est une autre question (v. *infra*, p. 404).

Au-dessous de l'âge de la puberté, le mariage peut être exceptionnellement permis si l'impubère obtient une *dispense* du procureur de la République (a. 145) ; pratiquement, le motif le plus fréquent est la grossesse de la femme qui vient démontrer d'une autre façon l'aptitude physiologique.

Le mariage contracté par un impubère est nul d'une nullité absolue, que tout intéressé peut, en principe, invoquer (a. 184), mais qui peut disparaître après coup, se couvrir (contrairement au droit commun de la nullité absolue). Elle se couvre de plusieurs manières (a. 185-186) : 1° par la grossesse de la femme impubère (c'est encore la démonstration directe de son aptitude physiologique) ; 2° par l'écoulement d'un délai de six mois après l'arrivée de l'impubère à la puberté (c'est un délai préfix, entraînant forclusion de l'action en nullité) ; 3° seulement en ce qui concerne les ascendants ou les parents appelés, en raison de la minorité de l'intéressé, à consentir à son mariage, par le seul fait du consentement ainsi donné (que l'on peut considérer comme une renonciation tacite à l'action en nullité).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n°s 92 s., 110 s. — Hauser, I, n°s 128 s.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Place de l'élément biologique dans le droit du mariage.* — A la différence du droit canonique (surtout du médiéval ; v. cep. dans le *Codex* de 1883, le c. 1061, § 1), le C. Nap. n'a pas trop aimé s'étendre là-dessus, réservant sa plus belle formule (a. 146) à l'élément psychologique, et quand il n'a pu éviter de rencontrer la *copula carnalis*, il a préféré la faire apparaître moins en elle-même que dans ses suites heureuses (a. 185-2°). Il ne faut pas se hâter de crier à l'hypocrisie. L'attitude du législateur de 1804 était ici en harmonie avec sa philosophie qui mettait au premier plan la volonté humaine (cf. *Introduction*, n° 72). Ajoutez-y une des mille et une formes de l'anticléricalisme : la crainte que l'accueil aux histoires d'alcôve n'entraîne la justice à une casuistique de confessionnal.

b) *Contrôle de l'État sur l'élément biologique.* — On peut négliger les législations d'inspiration raciste (lois aryennes de Nuremberg, en 1935, dans l'Allemagne nazie ; en Afrique du Sud, du temps de l'*apartheid*, empêchements au mariage entre Blancs et gens de couleur, ce dont le droit français lui-même connut l'équivalent sous l'empire du C.C. en vertu de règlements coloniaux qui ne furent abrogés qu'en 1833 ; cf. Req. 10 déc. 1833, S. 38, 1, 492, décidant que l'empêchement avait été simplement prohibitif). Plus sérieuse est l'inspiration médicale (v. *supra*, p. 386, certificat prénuptial).

L'âge de la puberté est fixé en fonction de données biologiques, mais aussi psychologiques et coutumières : il faut, pour le mariage, une certaine expérience de la vie, et l'allongement des études n'est point fait pour donner plus tôt le sens des responsabilités. Les unions précoces semblent plus sensibles au divorce (cf. *Le divorce en France*,

1970, p. 134) ; il est vrai que beaucoup ne sont contractées qu'avec l'intention de divorcer aussitôt après, le but de l'opération étant de légitimer des conceptions prénuptiales. En fait, la baisse de la nuptialité s'est accompagnée d'un retard dans l'âge moyen au 1^{er} mariage (28 ans, 8 mois, et 27 ans, 1 mois, en 1990).

La facilité actuelle des mœurs prive d'une bonne part de leur signification les seuils légaux d'accès au mariage. L'a. 144 n'en a pas moins été critiqué pour l'inégalité qu'il consacre entre garçons et filles. Mais faudrait-il rétablir la parité par le bas ou par le haut, ou sur la médiane de seize ans et six mois ?

c) *La différence de sexe.* — Longtemps la doctrine avait dû se contenter d'un arrêt peu probant (Civ. 6 avr. 1903, S. 04, 1, 273, n. critique A. Wahl), pour alimenter ses commentaires de l'a. 144 : la prétendue identité de sexe se ramenait, semble-t-il, à une malformation interne du sexe de la femme, et l'action en nullité avait été repoussée. Mais, depuis 1980 environ, deux phénomènes, sortant des cas d'espèce quoique restant très minoritaires, abondamment mis en scène par les médias, ont donné lieu à des discussions inédites. Il est probable que Bonaparte eût arrêté celles-ci, en faisant observer que l'État n'a pas de raison majeure de s'intéresser à des gens qui, même à deux, ne feront jamais beaucoup de soldats : mais nous ne vivons plus sous la pression des guerres.

1° *Les transsexuels.* — S'ils réclament une modification de leur état civil (cf. t. I, n° 76), c'est parfois dans la perspective de contracter ensuite un mariage avec une personne du même sexe que leur sexe originnaire. La Cour de cassation ayant approuvé plusieurs fois des juges du fond d'avoir rejeté des demandes en rectification de l'acte de naissance, la Cour européenne des Droits de l'homme, saisie sur plainte d'un intéressé, a condamné le droit français (25 mars 1992, D. 93, 101, n. Marguenaud, *J.C.P.*, 92, 1, 3593, II, 1, n. Murat, et *J.C.P.*, 92, 2, 21955, n. Garé). La Cour s'est fondée sur l'a. 8 de la Convention, al. 1^{er} (respect de la vie privée), sans beaucoup tenir compte des restrictions de l'al. 2 (défense de l'ordre, protection de la morale, des droits d'autrui [le partenaire éventuel]). Mais la Cour de cassation n'a pas voulu reprendre la résistance sur ce terrain-là et, très rapidement, dans des arrêts d'Assemblée plénière (11 déc. 1992, D. 93, *I.R.*, 1, *J.C.P.*, 93, 2, 21991, concl. Jeol, n. Mémeteau), au nom du respect de la vie privée, elle a donné gain de cause à un autre transsexuel qui réclamait aussi la modification de son acte de naissance, alors que la Cour européenne se serait contentée probablement (Marguenaud, *loc. cit.*) de mesures plus modestes (ex. la suppression du chiffre du sexe dans le numéro de la Sécurité sociale). Sur l'ensemble de ce contentieux, cf. Lombois, D. 92, chr. 323, Massip, 93, 1, 414 ; Hauser, *R.T.*, 93, 325. Alimentant le débat, la théorie psychanalytique, qu'il existe un sexe psychologique, lequel peut ne pas correspondre au sexe anatomique, Robert Stoller, *Recherches sur l'identité sexuelle*, 1978 ; Colette Ghiland, *Changer de sexe*, 1997, et l'ouvrage collectif (Éd. Assoc. freudienne internat.), *Sur l'identité sexuelle, à propos du transsexualisme*, 1996.

2° *Les homosexuels.* — En l'état, ils n'ont pas demandé l'accès au mariage, mais simplement d'être assimilés à des concubins hétérosexuels (v. *infra*, Post-scriptum). En aucun pays, du reste, même en Suède, ne fonctionne un véritable mariage homosexuel. Ce que l'on rencontre, outre des projets, c'est une extension à ces couples de droits particuliers reconnus aux concubins hétérosexuels, éventuellement par décalque du mariage. L'illusion peut venir de ce que, parfois, en Scandinavie, des pasteurs généreux — chargés en une autre qualité de célébrer les mariages — acceptent de bénir des couples du même sexe. Mais bénir une traversée n'est pas instituer un lien de droit.

Chapitre II

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

Il était dans la philosophie individualiste du C.C. de faire de l'élément psychologique, de la volonté des futurs époux, de la liberté de cette volonté, le centre de gravité de toute l'institution. Dans une décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a constitutionnalisé la liberté du mariage comme une des composantes de la liberté individuelle. Le C.C. de 1804, par l'accent énergique de son a. 146, le laissait entendre déjà : seul le consentement fait le mariage, non l'œuvre de chair, ni même la fondation effective d'un foyer. C'est pourquoi le mariage *in extremis* est valable, où l'un des *futurs* est sur le point de mourir. C'est pourquoi la l. 31 déc. 1959 a pu organiser le *mariage posthume* (a. 171), où, avec l'autorisation du chef de l'État (accordée discrétionnairement) et en vue d'atteindre certains effets limités du mariage (notamment, la légitimation d'un enfant), la volonté d'un vivant s'unit à l'intention matrimoniale d'un mort.

A l'a. 146, on peut attribuer une double signification : explicitement, il postule la *volonté des futurs époux* pour la formation du mariage ; implicitement, il en écarte, au moins en principe, la *volonté des familles*.

1 / La volonté des futurs époux

Le consentement dont parle l'a. 146, ce n'est ni l'amour, ni le désir sexuel, c'est la volonté — la volonté qui, bousculant les sentiments et les appétits, va droit au but, le but étant le mariage. Plus exactement, c'est la rencontre de deux manifestations de volonté, chacune se matérialisant

dans le *oui* final (a. 74, dern. al.). Que si l'un ayant répondu *oui*, l'autre répondait *non*, le mariage serait moins qu'inexistant, l'officier de l'état civil ne le célébrerait pas. Que si deux *oui* s'échangent, nous devons, derrière chacun d'eux, constater l'*existence* et l'*intégrité* d'une volonté.

1 | EXISTENCE DE LA VOLONTÉ

Pratiquement, est-il concevable que la volonté de l'un des époux ait pu faire défaut à l'instant décisif ? Si l'un des *oui* ne sort pas, l'officier de l'état civil arrêtera la célébration. Mais il ne suffit pas qu'il ait entendu un *oui* de chaque côté : pour exister réellement, la volonté doit être *consciente* et *sérieuse*.

a) Volonté consciente

Un individu serait incapable de se marier si sa volonté se trouvait abolie au moment de la célébration. Le mariage ainsi contracté sans volonté consciente serait nul d'une nullité absolue (c'est l'hypothèse que l'on a visée en 1933 lorsque l'on a remanié l'a. 184, pour y insérer un renvoi à l'a. 146).

On peut penser au consentement donné par le moribond dans un mariage *in extremis*, ou par un vieillard affaibli, aux confins de la démence sénile (cf. a. 490). Toutefois, il faudra prouver qu'il y a eu altération des facultés mentales, sinon au moment même de la célébration (arg. a. 489, al. 1), du moins à l'entour, rendant suspecte la lucidité du consentement qui s'est exprimé. Ces solutions ne concernent, du reste, que l'aliéné à qui aucun régime de protection n'a été appliqué, ou seulement ce régime sommaire qu'est la sauvegarde de justice. S'il est en tutelle ou en curatelle, l'exigence d'un consentement de l'organe protecteur s'ajoute à l'exigence d'une volonté personnelle, émise dans un intervalle lucide.

b) Volonté sérieuse

Cette condition, que connaissait déjà le droit canonique, a amené la jurisprudence contemporaine à mettre en question certains consentements à mariage comme *simulés*, *fictifs*. Les époux ont consenti consciemment à la célébration, mais sans réelle intention matrimo-

niale. Au-delà de la cérémonie, il n'y aura ni consommation de l'union sexuelle (ce seront des *mariages blancs*), ni communauté de vie. D'ordinaire, même, un divorce suivra rapidement. La volonté des contractants ne s'est portée sérieusement que sur des effets sinon extérieurs à l'institution, du moins secondaires au regard de sa finalité éthique. Elle s'est détournée de la formation du lien.

Les tribunaux en avaient d'abord déduit que, faute de consentement, le mariage était nul, et nuls avec lui les effets recherchés. Mais la Cour de cassation a raisonné différemment : les époux ont convenu entre eux de restreindre la portée de la célébration, pas plus que cette convention secrète n'est opposable à la loi, qui est d'ordre public (cf. a. 1321), la loi n'aura à en tenir compte. Le lien a donc été valablement établi, peu importe la suite, et valables sont aussi, en principe, les effets que tout mariage produit. Ce n'est, toutefois, qu'un principe, et il ne jouera que si l'effet attendu n'a rien que de licite (et même de favorable) selon les critères du droit civil. Si, à l'opposé, il se révèle que, par le biais du mariage, l'un des intéressés (étranger), de connivence avec l'autre (Français par hypothèse), a essayé d'atteindre un résultat prohibé par le droit public, ex. d'acquérir la nationalité française ou un titre de séjour, en court-circuitant la réglementation — les époux sont maintenus dans leur mariage de façade, mais ce mariage est amputé de l'effet interdit.

Cependant, la jurisprudence a bientôt été débordée par le phénomène de société : la poussée de l'immigration a fait surgir une pratique de *mariages de complaisance*, que des moyens purement civilistes auraient été impuissants à écluser. Le gouvernement, pour défendre sa maîtrise de l'immigration, a été conduit à légiférer (l. 24 août et 30 déc. 1993). Sur des bases nouvelles, en utilisant néanmoins des techniques du C.C., l'opposition et la nullité (v. *infra*, p. 402, 403).

2 | INTÉGRITÉ DE LA VOLONTÉ

La volonté du futur époux doit être exempte de vices. Cependant, l'a. 180 ne reproduit pas purement et simplement les a. 1109 s. (v. t. IV, n° 41) : il fallait adapter la théorie générale des vices du consentement à la nature particulière du mariage en tant qu'acte juridique. Le dol a été éliminé par prétérition (comme trop difficile à distinguer des manèges qui ne sont qu'un art de plaire). Restent la violence et l'erreur.

a) *La violence*

C'est elle que vise, sans le dire, dans l'a. 180, al. 1, l'exigence du consentement *libre*. Ce vice se présente rarement. On applique à sa définition les critères des a. 1111 s., y compris l'a. 1114 (quelque violence qu'elle ait été, la pression exercée sur l'un des futurs par ses parents pour le déterminer au mariage n'aurait pas été une cause de nullité ; mais, en cette fin de siècle, il est probable que les tribunaux feraient prévaloir par l'annulation la liberté du jeune).

b) *L'erreur*

L'a. 180, al. 2, prévoit deux cas, l'un qui remonte au C.C. de 1804, l'autre qui a été ajouté par la l. 11 juill. 1975 sur le divorce.

1° *L'erreur dans la personne*. — L'expression, empruntée au droit canonique, ne visait peut-être, à l'origine, que l'erreur sur l'identité *physique* (la substitution d'une femme à une autre sous le voile), hypothèse de roman. Pour lui donner une portée pratique, on l'a étendue à l'erreur sur l'identité *civile*, sur l'état civil : ex. l'un des futurs avait usurpé l'état civil d'une personne décédée, ou même avait dissimulé sa nationalité véritable (car la nationalité est un élément de l'état des personnes). Cette extension conserve son utilité après 1975, malgré l'addition d'un second cas d'erreur, car l'époux qui fait état d'une erreur sur l'identité civile de son conjoint sera dispensé de prouver que c'était là pour lui une qualité essentielle.

2° *L'erreur sur les qualités essentielles*. — Dans un arrêt célèbre, l'arrêt *Berthon*, la Cour de cassation (Chambres réunies 24 avr. 1862, S. 62, 1, 341, D. 62, 1, 153) avait rejeté l'action en nullité intentée par une fille de bonne famille qui avait, sans le savoir, épousé un forçat libéré : l'erreur sur les qualités n'était pas erreur sur la personne. L'arrêt avait frappé l'opinion par son interprétation étroite, mais la pratique postérieure ne s'y était pas toujours conformée. La question, au surplus, avait perdu de son acuité — par suite du rétablissement du divorce : à défaut d'annulation, en effet, le divorce pouvait être demandé lorsque l'un des conjoints avait dolosivement dissimulé ses tares à l'autre, une telle dissimulation étant regardée comme injure (au sens de l'ancien a. 232), ou comme violation fautive d'une obligation de sincérité inhérente au mariage (cf. l'actuel a. 242).

La loi de 1975 a clarifié l'état du droit en traitant l'erreur sur les qualités comme un vice distinct. Les difficultés se reportent sur l'appréciation de ce qui est *essentiel* (le critère a été reproduit par le

d. 90-422 du 16 mai 1990, pris pour l'application du texte sur le courtaage matrimonial, cf. *supra*, p. 381).

Dans une interprétation objective, on recherchera ce qui est *in abstracto* de l'essence du mariage. Il existe un minimum physiologique, qui est détruit par l'impuissance sexuelle, mais non point par la stérilité ; un minimum psychologique où il faut faire entrer l'intégrité des facultés mentales (quoique leur altération ne soit pas par elle-même un motif d'annulation, quand elle est assumée en connaissance de cause par le partenaire ; arg. a. 506, 514). On hésitera davantage à exiger un minimum moral ou social, des conditions d'honnêteté ou d'honorabilité qui seraient essentielles à tout mariage.

La pratique ne sera-t-elle pas influencée, cependant, par un rapprochement avec l'a. 1110, al. 1 ? Dans le droit commun des contrats, l'erreur sur la substance a été comprise, suivant une conception subjective, comme une erreur sur les qualités substantielles, c'est-à-dire, par référence à la théorie de la cause impulsive et déterminante, comme une erreur sur les qualités de l'objet qui ont déterminé une partie à contracter. Le rapprochement pourra conduire à examiner, dans chaque espèce, les circonstances de l'union, la personnalité des époux, et à retenir parfois comme ayant été essentielle au projet concret de mariage telle qualité qui ne l'aurait point été dans la moyenne des cas : ex. l'appartenance religieuse, l'absence de divorce antérieur, l'absence de descendance naturelle. Mais on ne saurait pousser trop loin dans cette voie, et il est probable qu'une règle d'éthique — la même qui a fait ici écarter la nullité pour dol — interdira de jamais considérer comme essentielle la situation de fortune ou l'importance des revenus.

c) *Sanction de la violence et de l'erreur*

C'est une nullité relative (cf. *infra*, p. 615). Seule la victime peut agir (a. 180), et elle perd ce droit si, après avoir recouvré sa liberté ou reconnu son erreur, elle continue pendant six mois à vivre avec son conjoint (a. 181 ; c'est, dit-on, une confirmation tacite de l'acte annulable).

3 | INTERVENTION DU MINISTÈRE PUBLIC

Quoiqu'elle soit appelée à émerger en d'autres parties du droit du mariage (les oppositions, les nullités), il n'est pas irrationnel de placer

avant tout cette intervention sous une rubrique évoquant la volonté des époux dans la formation de l'union. Car la fraude à la loi qui est la cible du ministère public s'analyse elle-même comme une intention, l'intention illicite de tourner la loi, de la détourner de sa raison d'être ; et le moyen technique par lequel l'attaque sera intégrée au droit civil du mariage consistera à faire apparaître le consentement comme simulé, fictif. Aussi bien l'a. 175-2 qui décrit l'enclenchement du processus lui attribue très clairement pour ressort l'a. 146.

Tel qu'il est issu des lois *Pasqua* (24 août, 30 déc. 1993), c'est un processus, encore mal rôdé, en plusieurs étapes. Il ne paraît pas avoir été modifié, en 1998, ni par la loi *Guigou* du 16 mars sur la nationalité, ni par la loi *Chevènement* du 11 mai sur l'entrée et le séjour des étrangers en France.

a) *Les mesures préventives.* — 1° Au premier degré, c'est le maire de la commune où les futurs époux entendent se marier qui agit de son propre mouvement. Si, au vu de la publication qu'il lui a été demandé d'opérer selon l'a. 63, des indices sérieux apparaissent faisant présumer que le mariage est susceptible d'être annulé en vertu de l'a. 146, il peut saisir le procureur de la République, en informant les intéressés de sa démarche. La loi attend ainsi de l'officier de l'état civil qu'il porte une première appréciation sur la validité juridique d'un projet de mariage et qu'il en fasse dénonciation au sein de la hiérarchie judiciaire à laquelle il appartient au titre du service public de l'état civil. Le mécanisme n'est pas sans rappeler celui qui a été instauré, en 1993, dans un domaine, plus anodin, celui du contrôle des prénoms extravagants (a. 57, al. 3).

2° Le procureur, saisi par la dénonciation, dispose d'un délai de réflexion de quinze jours, au terme duquel il a le choix entre deux décisions motivées (outre le classement sans suite). De sa décision il donnera connaissance au maire, ainsi qu'aux intéressés.

— Il peut former une *opposition* à mariage selon le droit commun (cf. *infra*, p. 426). Il le peut dans tous les cas où il pourrait poursuivre l'annulation du mariage (a. 175-1), ce qui est très large (a. 184).

— Il peut user d'un moyen qui lui est propre, le *sursis* à célébration, dont la durée ne peut excéder un mois, une opposition en la forme pouvant prendre le relais à l'expiration du sursis. Dans l'intervalle, un recours est ouvert aux futurs époux devant le président du T.G.I., en une espèce de référé de liberté matrimoniale (a. 175-2, *in fine*).

b) *L'action en nullité.* — Elle était déjà ouverte au ministère public par le C. Nap. en beaucoup de cas (a. 184), toute la matière

de ritu nuptiarum étant au fond d'ordre public. Les lois *Pasqua* n'y ont ajouté qu'un cas, a. 146-1, concernant des mariages contractés à l'étranger.

Mais ces lois ont institué un type nouveau d'action, à l'usage du ministère public avant tout, et spécialement dirigé contre les mariages de *complaisance*. C'est l'action en nullité pour fraude à la loi (a. 190-1), qui se juxtapose aux actions en nullité de type classique sans les éliminer.

Il existe une théorie générale de la fraude à la loi (cf. t. IV, n° 73), qui repose sur une maxime coutumière, *fraus omnia corrumpit* (la fraude fait échec à toutes les règles), et qui a été développée par la jurisprudence. La fraude à la loi est une ruse juridique : elle consiste, tout en respectant la lettre d'un texte, à en éluder l'esprit.

L'action de l'a. 190-1 aboutira à l'anéantissement du mariage en son entier et pas seulement de ses effets illicites ; le bénéfice du mariage putatif est acquis à d'éventuels enfants, ainsi qu'au conjoint de bonne foi (qualité qui ne lui sera pas facilement concédée, la complaisance étant si suspecte de rémunération).

Étant conçue dans un intérêt public, la nullité devrait être de nature une nullité absolue. Utilitairement, cependant, l'a. 190-1 lui a conféré deux traits de la nullité relative :

- elle ne peut être invoquée que par le ministère public et l'époux de bonne foi ;
- elle est éteinte (le texte ne dit pas *prescrite*) un an après la célébration.

2 / La volonté des familles

Le mariage, en même temps que deux individus, unit deux familles, puisqu'il a dans sa finalité de leur donner un prolongement. De ce point de vue, l'intervention familiale dans la formation du lien est naturelle et traditionnelle. Mais une intervention autoritaire, dans un domaine où la spontanéité a quelque chose d'essentiel, convient mal à un système de droit individualiste. Aussi le C.C. déjà et plus encore le législateur du XX^e siècle se sont-ils efforcés de fixer ici des limites à l'autorité familiale. La dernière étape a été atteinte avec l'abaissement de l'âge de la majorité civile à 18 ans par la l. 5 juillet 1974. Depuis

cette loi, le consentement familial ne veut plus rien dire pratiquement pour un garçon (hors le cas rarissime où il obtiendrait une dispense pour se marier avant 18 ans). L'institution n'a conservé de sens que pour les filles entre 15 et 18 ans. Il convient, toutefois, de prendre garde qu'il peut y avoir une intervention *indirecte* des familles, à côté de l'intervention *directe*.

1 | INTERVENTION DIRECTE DES FAMILLES

Garçon ou fille, une personne majeure de 18 ans peut se marier sans le consentement et même contre la volonté déclarée de ses parents (arg. a. 148 *a contrario*), sans prendre leur conseil et même sans les avertir. La majorité matrimoniale coïncide avec la majorité de droit commun (a. 488, al. 1), et ses effets sont absolus. A moins que le majeur ne se trouve placé (pour cause de troubles mentaux ou pour une cause assimilée, a. 488, al. 2, 3) sous un régime de tutelle ou de curatelle.

Ainsi, l'intervention directe des familles peut concerner soit le *mariage des mineurs*, soit celui des *majeurs en tutelle ou en curatelle*.

a) *Mariage des mineurs*

Le droit actuel se résume en deux principes :

— En aucun cas, les parents ne peuvent conclure le mariage sans la volonté des enfants ; le consentement personnel des futurs est irremplaçable (arg. a. 146) ;

— Un individu de moins de 18 ans ne peut se marier sans le consentement de ses parents ou de certaines personnes qui, à cet égard, représentent l'autorité parentale (a. 148 s.). Cette exigence a une portée pratique pour la fille : nubile dès 15 ans, elle a encore besoin du consentement familial. Pour le garçon, au contraire, son impuberté, légale, hors le cas exceptionnel d'une dispense, suffit déjà à bloquer ses projets.

C'est donc uniquement pour *empêcher* le mariage que la volonté des familles peut se manifester directement. Cette restriction à la liberté individuelle s'explique comme un effet de l'autorité parentale, effet qui persiste du reste même après l'émancipation (a. 481, al. 2). Le corollaire *pratique* est que le mariage d'une fille mineure requiert,

comme condition positive de sa validité, le consentement de certaines personnes.

1° *Des personnes qualifiées pour consentir au mariage d'une mineure.* La matière est passablement réglementaire (a. 148-150, 158-159, 365). On en trouvera l'essentiel dans le tableau ci-après.

Sur ce tableau deux remarques générales :

— Lorsque la loi appelle simultanément deux ou plusieurs membres de la famille à consentir au mariage (ex. le père et la mère, les quatre grands-parents), *le dissentiment entre eux vaut consentement* (a. 148, 150, al. 1), c'est-à-dire qu'un seul avis favorable au mariage l'emporte sur un avis ou même plusieurs avis contraires ; mais il est absolument nécessaire de provoquer ces avis, donc toutes les personnes doivent être également consultées ;

— Si une personne appelée par la loi à consentir est dans *l'impossibilité de manifester sa volonté* (par suite d'absence, disparition, aliénation mentale, rupture des communications, etc.), il faut apprécier la situation de famille comme si cette personne était décédée (a. 149, 150, 159).

2° *De la décision des personnes dont le consentement est requis.* — Si cette décision est de consentir au mariage, elle est soumise à un certain formalisme : le consentement doit être donné soit lors de la cérémonie, de vive voix, sur l'interpellation de l'officier de l'état civil, qui l'enregistrera, soit d'avance, en vue d'un projet de mariage déterminé, par acte authentique dans une des formes de l'a. 73. Le refus de consentir peut consister dans une simple abstention, mais s'il est besoin d'en rapporter la preuve afin que soit établi le dissentiment qui permettra le mariage, il faut que le projet soit notifié par notaire au parent intéressé (a. 154). Dans tous les cas, consentement ou refus, la décision est discrétionnaire, étant un acte d'autorité parentale, et elle ne peut faire l'objet d'un recours en justice. Il en est autrement, toutefois, quand elle émane d'un conseil de famille, car les décisions de ce conseil sont, en thèse générale, susceptibles de recours devant le tribunal civil (cf. t. I, n^{os} 151, 152 b).

3° *Sanction du défaut de consentement familial.* — C'est une nullité relative, le consentement de la famille étant requis pour la protection de la mineure. L'action en nullité peut être exercée : soit par la mineure elle-même, pourvu qu'elle agisse au plus tard dans le délai d'un an à partir de sa majorité ; soit par les personnes dont le consentement était requis, pourvu qu'elles agissent dans le délai d'un an à compter du jour où elles ont eu connaissance du mariage (a. 182, 183). Si, d'ailleurs, avant même ce terme, elles déclarent expressément

Filiation du mineur*	Situation de la famille	Personnes dont le consentement est requis
Enfant légitime	Les père et mère sont tous deux vivants (soit mariés, soit divorcés).	Le père et la mère.
	L'un des père et mère est décédé.	Le survivant des père et mère.
	Les père et mère sont tous deux décédés.	Les quatre grands-parents.
	L'un des grands-parents est décédé.	Les grands-parents survivants.
Enfant naturel	Tous les grands-parents sont décédés.	Les arrière-grands-parents, etc.
	Tous les ascendants sont décédés.	Le conseil de famille** (par délibération prise à la majorité des voix).
	Filiation établie à l'égard des deux parents.	Le père et la mère.
Enfant adoptif	Filiation établie à l'égard d'un seul des deux parents.	Celui à l'égard duquel la filiation est établie.
	Père et mère tous deux décédés.	Les grands-parents ou autres ascendants du côté desquels la filiation est établie.
	Filiation non établie ou ascendants tous décédés.	Le conseil de famille**.
Enfant adoptif	Un seul adoptant.	L'adoptant.
	Adoption par deux époux.	Les deux adoptants.

* En pratique, la fille mineure entre 15 et 18 ans.

** Le conseil de famille, dépositaire de l'autorité parentale, et non pas le tuteur.

approuver l'union, ou l'approuvent tacitement (ex. en recevant chez elles le jeune ménage), la condition qui manquait étant venue en quelque sorte s'ajouter aux autres après coup, le mariage est consolidé, l'action en nullité est éteinte *erga omnes* (a. 183).

b) Mariage des majeurs en tutelle ou en curatelle

Deux principes, ici encore :

— La volonté personnelle de l'incapable est indispensable, et une volonté qui soit lucide, même si l'on admet, ce qui est le postulat de la loi, qu'il faut moins de ressources intellectuelles pour se marier que

pour acheter ou pour vendre. Faute de cette volonté lucide, le mariage serait nul de nullité absolue (selon les a. 184 et 146).

— Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut se marier sans le consentement d'autres personnes, membres de sa famille ou en tenant lieu. La loi entend par là qu'il soit entouré de conseils et d'un garde-fou contre les entraînements.

Quand il y a tutelle, la situation du majeur se rapproche beaucoup de la minorité, puisqu'il lui faut, pour se marier, soit le consentement (conjoint) du père et de la mère, soit celui d'un conseil de famille spécialement réuni, qui devra entendre l'intéressé (a. 506 ; cf. t. I, n° 196). Dans la curatelle, le consentement requis est celui du curateur ; à son refus, un recours au juge des tutelles est possible (a. 514).

Le défaut de consentement familial est sanctionné par une nullité relative. L'a. 182 s'applique littéralement au mariage du majeur en tutelle, l'a. 183 pourrait s'y appliquer par analogie.

2 / Intervention indirecte des familles

Elles ont reçu de la loi le pouvoir de faire *opposition* au mariage, et elles ont parfois essayé de se donner un pouvoir analogue par le jeu de *conditions* apposées à des libéralités et restrictives de la liberté nuptiale.

a) Des oppositions à mariage (a. 172 s.)

Nous retrouverons l'institution à propos de l'élément cérémoniel du mariage, car c'est à la célébration qu'elle tend à faire obstacle. L'opposition est un acte juridique par lequel une personne qualifiée fait connaître à l'officier de l'état civil qu'il existe une cause de nullité ou un empêchement prohibitif concernant l'union projetée, et lui défend, en conséquence, de procéder à la célébration. Le maire a le devoir de surseoir, lors même que l'opposition ne serait pas justifiée, tant que les futurs époux n'en auront pas obtenu mainlevée par un jugement du tribunal : l'opposition régulièrement formée est, en elle-même, et indépendamment de son mérite quant au fond, un empêchement prohibitif au mariage. Or, c'est la famille qui est qualifiée pour faire ainsi opposition : certains collatéraux et le tuteur dans des

cas étroitement spécifiés et peu pratiques (a. 174-175), mais surtout les père et mère (à leur défaut, les grands-parents, etc.), dans tous les cas où il existe un obstacle *légal* au mariage (a. 173). En exigeant que l'opposition soit fondée sur un motif légal (a. 176), le C.C. semble restreindre considérablement le pouvoir d'opposition des ascendants. Toutefois, il faut prendre garde que, parmi les motifs légaux, il en est un, la démence du futur conjoint, qui peut être facilement allégué dans l'hypothèse d'un mariage passionnel — d'autant que les ascendants n'encourent aucune responsabilité pour abus du droit d'opposition (a. 179). Sans doute, l'inanité du motif invoqué éclatera devant le tribunal, qui donnera alors mainlevée. Mais cette procédure demandera du temps, et dans l'intervalle, la passion aura eu le temps de refroidir. L'opposition à mariage peut être ainsi, pour les ascendants, un ultime moyen de faire sentir leur autorité sur un enfant majeur.

b) *Des conditions restrictives de la liberté nuptiale*

Un aspirant au mariage reçoit de l'un de ses parents une donation ou un legs important sous la condition soit qu'il épousera telle personne déterminée, ou une personne appartenant à telle classe, telle confession, soit, à l'inverse, qu'il n'épousera pas telle personne déterminée, etc. Ces conditions vont influencer sur la volonté du gratifié et diminuer la liberté de son consentement nuptial : la crainte de perdre le bénéfice de la donation ou du legs le poussera à épouser X, le détournera d'épouser Y... La pression psychologique ainsi exercée n'est pas, cependant, assez directe pour entraîner la nullité du mariage lui-même pour vice de consentement.

Mais la combinaison est-elle en soi valable ? Elle l'est en principe. C'est seulement sur la preuve que, dans le cas particulier, le donateur ou testateur poursuivait une fin illicite ou immorale (ex. maintenir un enfant majeur en état de minorité matrimoniale) que la clause restrictive sera réputée non écrite (a. 900), si bien que le gratifié pourra s'y soustraire tout en conservant le bénéfice de la libéralité. On entrevoit des possibilités de conflit entre certains types de clause et les principes de non-discrimination (raciale, religieuse, etc.) qui font aujourd'hui partie d'une sorte de morale d'État (arg. N.C.P., a. 225-1).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 97 s., 119 s. Cf. Raymond, *Le consentement des époux au mariage*, Th. Poitiers, 1966 ; Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage*, R.T., 1973, 440 ; Lemouland, *L'intégrité du consentement au mariage, la théorie des vices du consentement*, Th. Bordeaux, 1984. — Hauser, I, n^{os} 199 s., 229 s. et R.T., 93, 328. — Plus spécialement sur les lois Pasqua *De ritu nuptiarum*, Fulchiron, J.C.P., 93, 1, 3708 ; P. Lagarde, R. crit. dr. internat. privé, 93, 555 et 94, 535 ; Jamin, R.T., 94, 431 ; F. Laroche-Gisserot, G.P., 94, 1, Doctr. ; Guiho, D. 94, chr. 1 ; P. Murat, J.C.P., 96, 1, 3903, n^o 2.

HISTOIRE

L'élément psychologique dans le *mariage romain* est intéressant à étudier pour les influences qu'il a exercées, et les réactions qu'il a provoquées, dans le droit canonique. Par-delà le droit canonique, notre propre C.C. y est impliqué. L'a. 146, aux résonances si pleines, ne fait que traduire la maxime *Consensus facit nuptias*, elle-même tirée d'Ulpian (Dig. 35, 1, 15 : *nuptias non concubitus, sed consensus facit*). Or, ce que les Romains, au moins à une certaine époque, entendaient sous le *consensus* allait peut-être beaucoup plus loin que le simple consentement destiné à faire naître un acte juridique et à engendrer des obligations (le consentement initial et « vinculatif ») ; ne pensaient-ils pas plutôt à un consentement, à un double sentiment *continuu*, dont la continuité même était nécessaire pour la persistance du mariage ? C'est la théorie de Manenti (proposée en Italie vers la fin du siècle dernier ; pour sa critique, V. Rasi, *Consensus facit nuptias*, 1946). Avec cette interprétation, le principe du divorce par volonté unilatérale se trouverait virtuellement dans l'a. 146.

De l'époque antérieure au Concile de Trente, où le mariage n'était pas un contrat solennel, le *droit canonique* était resté, dans les derniers siècles de l'Ancien Régime, et reste encore aujourd'hui plus ouvert que le nôtre à l'élément psychologique (vices du consentement plus nombreux : ignorance, erreur sur certaines qualités, simulation ; admission du consentement donné par mandataire ou sous condition, etc.). V. Cangardel, *Le consentement des époux au mariage en droit civil français et en droit canon*, Th. Toulouse, 1934 ; R. Deschamps, *Le consentement des futurs conjoints à mariage (droit français et droit canonique moderne)*, Th. Rennes, 1944 ; Naz, *Influence du dol sur le consentement à mariage en droit canonique*, *Mélanges Le Bras*, 1965, II, 1341. Notre a. 146, dans son consensualisme apparemment sans rivages, aurait pu absorber une part de ces solutions (on s'y essaiera un tout petit peu, en 1975, a. 180). Mais, en 1804, la psychologie était en déclin chez les canonistes, et ce fut plutôt le droit canon qui, dans l'Église concordataire, s'aligna à ce sujet sur le droit laïque. Le Code de droit canonique de 1983 continue à faire du consentement des parties une source du mariage, et de ce consentement une manifestation de volonté. Mais il s'agit du consentement initial, donné une fois pour toutes, à l'entrée en mariage. Après 1968, des canonistes de pointe, mais dont on ignore s'ils sont toujours représentatifs, suggéraient

d'identifier le consentement à l'amour conjugal et de faire de sa nécessité une exigence de toute la vie, ce qui était ouvrir la tranchée en direction du divorce (cf. Bernhard, *Rev. dr. canon.*, 1983, 278 s.).

Sur le point particulier du *consentement familial*, l'opposition a été longtemps des plus marquées entre le droit canonique et le droit laïc. Afin d'ouvrir largement l'accès au sacrement, l'Église avait admis la validité du mariage contracté par un mineur sans le consentement et même à l'insu de ses parents. Le Concile de Trente avait refusé de voir là un empêchement dirimant, alors qu'un peu partout en Europe, le pouvoir monarchique, appuyé sur ce point par la Réforme (Luther citait Juges, 14:2), s'était fait le champion de l'autorité paternelle. Le C. Nap. avait recueilli quelque chose de cet esprit (il ne s'agissait pas seulement, en effet, d'éviter des mésalliances à la noblesse ; dans la bourgeoisie aussi, un contrôle du chef semblait nécessaire, car la fondation d'une nouvelle famille entraîne des charges, risque de morceler la fortune, etc.). C'est pourquoi le consentement des parents était requis jusqu'à 25 ans pour les garçons, 21 ans pour les filles ; et au-delà, indéfiniment (c'était un débris de la *patria potestas* romaine qui avait surnagé), leur conseil devait être sollicité (sauf à ne pas le suivre) par un « acte respectueux » (ou même trois actes respectueux, jusqu'à 30 et 25 ans) : d'où des délais, qui permettaient à « l'enfant de famille » de réfléchir et peut-être d'abandonner son projet. Le système avait l'inconvénient de pousser au concubinage. Une évolution législative s'en est suivie, dont l'aboutissement a été de supprimer tout contrôle parental au-dessus de 21 ans (loi 2 févr. 1933), puis de 18 ans (l. 5 juill. 1974), et de l'affaiblir au-dessous de cet âge, en permettant au mineur de passer outre au refus du père avec l'assentiment de la mère (loi 17 juill. 1927). Par là, notre droit civil s'est notablement rapproché du droit canon (ce qu'avaient senti et critiqué certains cercles anticléricaux à propos de la loi de 1927, dont ils redoutaient que ne sortît, par l'intermédiaire des mères, un accroissement d'influence de l'Église). De son côté, le droit canon s'est avancé, dès 1917, puis en 1983, à la rencontre du C.C. : selon le canon 1071, § 1, du Code de 1983, si des mineurs veulent se marier à l'insu ou contre l'opposition raisonnable de leurs parents, le curé du lieu doit en référer à l'évêque, lequel, généralement, tiendra compte de l'opposition de la loi civile pour refuser l'autorisation.

L'abaissement de l'âge de la majorité depuis 1974 ne laisse plus guère à l'opposition de l'Église et de l'État que son intérêt historique en ce qui touche les mineurs. Mais l'intervention (oblique) de la famille dans le mariage *des majeurs* n'a pas perdu toute actualité. L'a. 1114 ne suffit pas toujours à laver du reproche de violence la pression insistante des parents : trib. Montpellier, 16 juill. 1946, *G.P.*, 46, 2, 183 ; trib. Versailles, 25 avr. 1979, *G.P.*, 79, 2, 532, *R.T.*, 81, 142, n. critique J. Rubellin ; Paris, 3 janv. 1996, *R.T.*, 96, 365.

SOCIOLOGIE

Du rôle de la volonté familiale, les règles chiffrées concernant la majorité matrimoniale ne sont que faiblement indicatives. Déjà pour l'Ancien Droit, on soupçonnerait, même sans Molière, que la liberté voulue par le droit canonique n'empêchait pas des mariages imposés en fait par les parents, spécialement aux filles. Bien que l'a. 146 ait pu avoir le sens d'une condamnation de cette pratique, il est peu probable qu'elle ait

disparu avec le C. Nap., au moins dans la bourgeoisie et à la campagne. La volonté familiale, quand elle eut cessé d'agir sous sa forme positive (mariages imposés), put continuer de se faire sentir sous sa forme négative (refus de consentir). Parmi les mariages de mineurs, combien étaient autorisés par les deux parents ou par un seul, on n'en a point tenté la ventilation sur les registres ; quant à savoir combien de projets échouaient par le refus conjoint des deux, il n'y faut point compter, puisque ce refus n'a pas laissé de traces dans les mairies. Et que connaître du mariage des majeurs (v. cep., pour la Belgique, Leplae, *Les fiançailles*, Paris, 1947, 152) ? quelle est la part de ceux auxquels manque l'agrément parental, et de ceux qui le recueillent (attesté par ex. par la signature *honoris causa* des parents au bas du contrat de mariage) ? quels sont les motifs principaux de refus ? Cf. *infra* (mésalliance). Pour la sociologie, d'ailleurs, les formes juridiques du consentement ou du refus comptent moins que les phénomènes non juridiques d'*influence*. La conclusion d'une enquête d'Alain Girard (*Le choix du conjoint*, 1974) est que, si la famille française ne marie plus ses enfants par voie d'autorité, elle continue à contrôler subtilement leur mariage par l'éducation qu'elle leur donne, ses modes de vie, ses relations, sa présence.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Erreur sur la personne*. — Malgré les assouplissements de la pratique postérieure à l'arrêt *Berthon* (v. *infra*, Pratique judiciaire), malgré les facilités du divorce pour cause anténuptiale, un élargissement de ce cas de nullité restait souhaitable. Il est venu de la l. 11 juill. 1975. Sur deux points, toutefois, le projet initial (projet 73) a été altéré : 1° Une condition a disparu : que par le défaut de la qualité espérée la *vie commune* ait été rendue *intolérable* (cf. C.C.S., a. 124). Sans doute, on peut induire de l'a. 181 que l'action en nullité s'éteint sur la constatation, faite après coup, que la vie commune n'était pas tellement intolérable, puisqu'elle a continué après la découverte de l'erreur. Néanmoins, l'inclusion expresse de la formule dans l'a. 180 eût été utile, en empêchant la définition des *qualités essentielles* de flotter entre deux extrêmes : d'un côté, une recherche trop abstraite de l'essence de l'institution ; de l'autre, une analyse trop subjective des mobiles, susceptibilités et repentirs de l'individu ; 2° Il avait été prévu que, si dans une action en divorce pour faute il apparaissait que la faute imputable consistait à avoir dissimulé l'absence d'une qualité essentielle (on songeait notamment à l'impuissance sexuelle, ayant empêché la consommation de l'union), le juge pourrait, au lieu du divorce, prononcer une annulation sur la base de l'a. 180. Il est des Français à qui le mot de divorce fait mal. Si le pseudo-époux pseudo-coupable est de ceux-là, pourquoi le lui infliger ?

Contrairement à ce que parfois on suppose, la conception classique du droit canonique serait à peu près aussi restrictive que celle de l'arrêt *Berthon* ; mais la tendance est à l'assouplissement casuistique. Pour des thèses novatrices, dynamiques, cf. L. de Naurois, *Mélanges Andrieu-Guitrancourt (Année canonique, 1973, XVII)*, p. 667 s., et *Revue de droit canonique*, 85, 288 s. : le mariage implique une reconnaissance mutuelle, une communication interpersonnelle, laquelle ne peut s'accomplir que par des signes extérieurs et des repères ; que ceux-ci soient faussés, il y a erreur sur la personne — ou bien encore : le consentement à mariage ne doit pas être compris comme un acte fermé

sur lui-même ; c'est un acte ouvert sur l'avenir, où peut être prise en compte l'aptitude à former une communauté de vie.

b) *Contrôle familial*. — Après l'abaissement de l'âge de la majorité, reste-t-il une réforme à faire ? Avant 1974, on demandait que le mineur pût recourir devant le tribunal civil contre le refus conjoint — invincible (v. Rouen, 26 juill. 1949, D. 49, 532, n. Lebrun) — des père et mère ; et la demande avait été rendue plus plausible, en 1964, par la réforme de la tutelle, qui a eu pour effet réflexe d'ouvrir un recours, en pareil cas, contre le refus du conseil de famille. La thèse pourrait être reprise désormais en faveur des filles de 15 à 18 ans. Elles sont jeunes, mais, puisqu'elles peuvent poursuivre leurs séducteurs sans le consentement de leurs parents (a. 340-2, al. 2, 342-6), pourquoi auraient-elles besoin de ce consentement pour se faire épouser ? Utilité, néanmoins, des « droits discrétionnaires » ? (D. Roets, D. 97, chr. 92).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Le consentement de l'a. 146*. — V. l'analyse délicate (Couple et lien affectif) de C. Labrusse-Riou, in C. Brunetti-Pons, *La notion juridique de couple*, 1998, 75. Ce sentiment est-il de la même substance que la volonté envisagée dans la théorie générale de l'acte juridique ? Ce ne peut être la volonté froide et raisonnable requise pour les autres actes. Le consentement est ici, par vocation, duo de sentiments et de passions, ce qui justifie que n'y soit pas applicable le régime ordinaire des vices du consentement (malgré le rapprochement suggéré dans l'a. 180). Si ce n'est pas l'amour qui est dans l'a. 146, c'est au moins l'affection (cf. J. et A. Pousson, *L'affection et le droit*, 1990). Il est, en tout cas, bien formaliste de faire tenir le consentement matrimonial dans les deux *oui* échangés devant le maire, ce qui a conduit ou devrait conduire à des solutions très étroites, par ex. pour la conception de l'erreur dans la personne (substitution au moment même de la cérémonie) ; pour le mariage de l'aliéné (il suffirait d'un bref éclair de lucidité au moment de la cérémonie). Ce consentement-déclat est évidemment peu significatif au point de vue psychologique et social : les futurs ont consenti bien avant, ils se sont « accordés ». Des premiers projets au *oui* final, il y a un continu psychologique auquel le droit attache des effets de plus en plus importants : d'où la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour rupture fautive des fiançailles, surtout de fiançailles proches du mariage la possibilité d'obtenir le divorce pour la dissimulation, antérieure au mariage, d'un fait déshonorant, parce qu'il y avait déjà, avant la cérémonie, une obligation conjugale de sincérité. Cf. *Études Ripert*, I, p. 328-329 ; Guyon, *R.T.*, 1964, 473.

b) *Le mariage posthume*. — Michèle Biégelmann-Massari, Mariage de raison ou mariage d'amour ?, *Pop.*, 96, 369. Deux idées ont contribué à le faire accepter : 1° L'autonomie de la volonté portée à son paroxysme : il ne faut pas que la volonté manque son but parce que la mort est venue trop tôt (ailleurs, cependant, l'idée n'a pas réussi à triompher du formalisme, et l'intention de tester, par ex., ne tient pas lieu du testament que le mourant n'a pas eu le temps de faire). 2° La force juridique des fiançailles, non pas des fiançailles-promesses, mais des fiançailles-procédure de mariage, ou, mieux, procédure de régularisation, dont l'ouverture crée un droit acquis à aller jusqu'au bout (cf. *infra*, p. 384, Les dommages-intérêts à la concubine « fiancée » en

cas d'accident mortel survenu au concubin). L'institution n'en est pas moins singulière (cf. Esmein, D. 64, 546 ; J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 86, 573), et deux conceptions s'y amalgament : 1° une fiction de mariage (la loi efface les conséquences de la mort en réputant le mariage accompli) ; 2° un bienfait du prince (la puissance publique attribuée à la femme et surtout aux enfants, comme dans la légitimation par autorité de justice, certains effets du mariage en l'absence de mariage). Le pouvoir du chef de l'État est discrétionnaire et exclut tout débat sur le consentement du défunt, Paris, 20 juin 1995, *R.T.*, 95, 865, Aix, 27 juin 1996, *J.C.P.*, 97, 1, 3996, n° 4. Le bienfait du prince dispense-t-il de l'observation des conditions de droit commun ? Cf. Civ.¹ 6 déc. 1989, D. 90, 225, n. critique Hauser, *J.C.P.*, 90, 2, 21, 557 : le défunt était en tutelle au moment de sa mort, et les règles de l'a. 506 n'avaient pas été observées ; la Cour répond (*praepostere*) que la tutelle avait disparu avec le décès, et semble considérer que l'autorisation présidentielle, relevant d'un pouvoir discrétionnaire, absorbe les autres formalités d'habilitation.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Mariage in extremis*. — V. Gendrel, *Le mariage in extremis, et thalami et tumuli fuit una dies*, 1958. C'est tout le contraire d'un *consortium omnis vitae*. Mais son effet moralisateur (droits de veuve à la concubine, légitimation des enfants naturels) a fait passer sur la contradiction. Seule question : y a-t-il bien eu consentement ? Aux juges du fond de l'apprécier souverainement, et puisque le consentement a été constaté dans l'acte de mariage avec la force probante de l'authenticité, à ceux qui allèguent son absence de la prouver. Dans Civ.¹ 22 janv. 1968, D. 68, 309, le marié, victime d'un grave accident du travail, était hors d'état de s'exprimer, mais l'adjoint au maire avait lu le *oui* en réponse à sa demande dans les larmes et le regard du mourant. Les juges avaient un cœur, et ils n'ont pas démenti. Ce qui montre que le consentement de l'a. 146 n'est pas tout à fait celui de l'a. 1108. Le droit musulman connaît semblablement une théorie des signes qui valent consentement dans la célébration du mariage, et le sourire moqueur n'y est pas l'équivalent du sourire joyeux. Dans Civ.¹ 2 déc. 1992, D. 93, 409, n. F. Boulanger, *R.T.* 93, 328, n. Hauser, l'approche du trépas se cumulait avec une santé psychique possiblement débile : l'arrêt ne s'en contente pas moins, derrière les juges du fond, d'une certaine présomption en faveur du consentement, donc du mariage, parce qu'au moment de la célébration le marié était lucide (Civ.¹ 28 mai 1980, *J.C.P.* 81, 2, 19552, s'était montré plus exigeant). Les faits, dans Civ.¹ 4 juill. 1995, D. 96, 233, n. F. Boulanger, étaient complexes : l'homme, divorcé, avait longtemps repoussé l'idée d'épouser sa concubine, au motif que ses convictions religieuses lui interdisaient, non pas de vivre en concubinage, mais de contracter une seconde union. A deux mois de la mort, cependant, il avait fini par y consentir, parce que sa concubine lui avait fait accroire que le prêtre de la paroisse ayant accepté de bénir leur mariage civil, il mourrait en paix avec l'Église. Mais, en réalité, cette bénédiction n'était qu'eau bénite, sans conséquence quant au lien matrimonial. Le mariage avait été contracté sur une fausse cause (a. 1131) : le consentement avait été aboli.

b) *Exigence d'un consentement sérieux*. — L'affaire *Cousin de Lavallière* mit en évidence un consentement qui ne l'avait pas été. Le bénéfice du mariage putatif fut refusé

aux enfants qu'un administrateur de la Guinée avait engendrés de ses unions avec deux « petites épouses » noires, parce que ces prétendus mariages (polygamiques de surcroît) devaient être regardés comme inexistantes et non pas seulement comme nuls ; Nîmes, 17 juin 1929, S. 29, 2, 129 et Req. 14 mars 1933, S. 34, 1, 161. L'arrêt de Nîmes contenait une formule remarquable : que les femmes dont il s'agissait n'envisageaient pas la fondation d'une famille au sens de la loi française (fonder une famille, c'est la définition que la Convention européenne, a. 12, donne du mariage, justement) ; elles n'attendaient de leur union qu'un établissement plus ou moins durable, leur assurant des avantages et une protection personnelle. Cf. *Études Ripert*, I, p. 340. Inutile d'ajouter que cette doctrine est aujourd'hui condamnée rétrospectivement pour esprit colonialiste (le phénomène avait été illustré au début du siècle par l'opéra de Puccini, *Madame Butterfly*). Plus techniquement, on avait objecté qu'une célébration ayant précédé l'autre, la première au moins aurait dû échapper au grief de la polygamie qui avait été soulevé. Mais c'était oublier que la théorie du mariage (en droit international privé, notamment) connaît une notion de la *polygamie virtuelle* : un mariage qui est unique pour l'instant, et le demeurera toujours peut-être, n'en est pas moins virtuellement polygamique s'il est placé sous l'empire d'une loi (ou d'une coutume) qui admet la polygamie.

La nullité du mariage pour simulation, fictivité du consentement a été admise traditionnellement par le droit canonique : il n'y a pas de consentement valable si l'un des conjoints entend se dérober aux obligations essentielles du mariage. Mais l'idée n'était pas passée dans le C.C. et les interprètes classiques, qui auraient pu la tirer d'une analyse de la notion de consentement dans l'a. 146, en avaient été dissuadés par la maxime : « Pas de nullité sans texte en matière de mariage. » Ce fut seulement après la Seconde Guerre mondiale que les tribunaux redécouvraient ce concept des « fins essentielles », et ils y furent entraînés par des considérations d'ordre public, de droit public, la défense de la nationalité française, la police des étrangers.

On était en présence de prétendus mariages — *mariages de complaisance* ou mariages rémunérés — dans lesquels, manifestement, l'unique intention avait été de faire acquérir plus aisément à l'un des conjoints la nationalité française de l'autre ou un titre de séjour. Au-delà de ce résultat, les intéressés n'entendaient assumer ni les droits ni les devoirs du mariage. Ce comportement était difficile à qualifier : fraude, simulation, ou, de façon originale, détournement d'institution ?, v. F. Boulanger, *J.C.P.*, 93, 1, 3665. Des décisions (Seine, 7 janv. 1948, *J.C.P.*, 48, 2, 4430 ; trib. civ., Melun, 20 janv. 1954, *G.P.*, 54, 1, 272 ; trib. Paris, 28 mars 1978, *J.C.P.*, éd. N. 80, 2, 144) avaient annulé pour défaut de consentement. Cependant, la nullité pour consentement fictif est-elle conciliable avec le mécanisme d'un mariage solennel (cf. pour le mariage canonique, A. Esmein, II, p. 218) ? La négative irait de soi s'il fallait considérer la volonté de l'officier de l'état civil comme cause efficiente du mariage. Mais, même pour qui place cette cause dans la volonté des futurs époux, il peut paraître déraisonnable de supposer que des consentements ainsi échangés en face d'un organe de l'État puissent n'être pas sérieux. Un auteur, Cl. J. Foulon-Piganiol, *R.T.*, 1960, 217 (cf. D. 65, chr. 9), avait parlé de mariage à effets conventionnellement limités, et pensait que devait être seule annulée la convention illicite adjointe au mariage. La Cour de cassation s'est engagée dans cette analyse, mais en distinguant selon que l'effet de mariage recherché par les mariés qui ne voulaient pas pour le surplus se marier entrait dans les finalités essentielles de l'institution (ainsi, la

légitimation de l'enfant commun), ou, au contraire, leur restait périphérique (ainsi, l'acquisition de nationalité). Au premier cas, le mariage est valable et l'effet recherché est maintenu (Civ. 20 nov. 1963, arrêt *Appietto*, D. 64, 465, n. Raymond, *J.C.P.*, 64, 2, 13498, n. J. Mazeaud) ; au second, le mariage est toujours valable, mais l'effet jugé accessoire est effacé (Civ. 17 nov. 1981, D. 82, 573, n. Guiho, *J.C.P.*, 82, 2, 19842, n. M. Gobert, *R.T.*, 83, 334. Les pseudo-époux sont, somme toute, pris à leur piège (cf. Paris, 25 sept. 1986, D. 87, 134, n. D. Mayer et Cale). Il ne faut pas objecter qu'une nationalité commune pourrait justement renforcer la communion affective et, partant, concourir à l'essentiel. Ce ne serait probant que si, en l'espèce, n'était pas d'avance mise hors jeu la communauté de vie où auraient pu s'accrocher des échanges psychologiques. On a préconisé, il est vrai, de déplacer franchement le problème — du consentement, où le droit canon l'avait placé, vers la réalité de la vie commune, qui est plus facile à cerner (cf. en ce sens, Hauser, D. 91, 268). A tout le moins ne pourrait-on admettre que la nullité, si nullité il doit y avoir, est couverte par la cohabitation continuée ? Le principe qu'il n'est pas ici de nullité sans texte ne devrait pas empêcher l'induction d'une extinction de la nullité par analogie (de l'a. 181).

Cette question des mariages de complaisance, dont un excellent historique a été donné par F. Laroche-Gisserot (*J.C.P.*, 91, 2, 21759), est devenue une question « sensible », parce qu'elle se pose en marge d'une législation de la nationalité qui est actuellement déstabilisée elle-même par la pression des phénomènes d'immigration. C'est ainsi qu'en 1993, dans une loi générale sur les conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers, une disposition avait été insérée qui ouvrait au maire et au procureur de la République la faculté de surseoir à la célébration quand il existait des indices sérieux laissant présumer que le mariage « n'était envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale ». Les mairies et les parquets, en tant qu'ils assurent le fonctionnement de l'état civil, forment un service judiciaire et sont sous le contrôle des juges, ce qui pouvait paraître une garantie, et la formule finale du texte s'inspirait d'arrêts de la Cour de cassation. Le Conseil constitutionnel n'en a pas moins, par décision du 13 août 1993, censuré cette disposition comme contraire au principe de la liberté du mariage qui est une des composantes de la liberté individuelle. C'est constater implicitement que le mariage est tout autre chose que l'union libre. Les traditionalistes s'en réjouiront. D'autant plus que la décision du Conseil, semble-t-il bien, laisse subsister le droit d'opposition que les arrêts ont reconnu depuis longtemps au ministère public par *a fortiori* de l'a. 184, qui lui permet d'agir en nullité (mieux vaut prévenir le mal que d'avoir à l'extirper), et dans l'a. 184 est visé l'a. 146, c'est-à-dire le défaut de consentement, le consentement fictif.

c) *L'erreur dans la personne au sens de l'a. 180.* — L'arrêt *Berthon* (Ch. réun. 24 avr. 1862, qu'il faut lire avec les conclusions du Procureur général Dupin, S. 62, 1, 341, D. 62, 1, 153) conserve un intérêt historique. L'espèce était plutôt défavorable, malgré les apparences, à la femme victime de l'erreur, car son mari était un « bon forçat », une sorte de Jean Valjean en règle de surcroît avec la justice, et d'ailleurs psychologiquement, si l'on songe aux mœurs de l'époque, l'erreur invoquée n'était-elle pas celle des beaux-parents, plutôt que de la fille ? La solution cependant, était rédigée en termes généraux : « ... le texte [sans doute : erreur dans la personne] et l'esprit de l'a. 180... n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne... ; la nullité... reste sans extension possible aux simples erreurs sur des condi-

tions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies. » A un siècle de distance, on a dit (Guiho, n. D. 74, 174) que l'arrêt était resté isolé. Pas entièrement : ex. Bordeaux, 21 mars 1866, S. 66, 2, 209 (enfant naturel pris pour légitime) ; Civ. 16 oct. 1903, S. 04, 1, 273 (conjoint impuissant) ; Seine, 18 janv. 1938, S. 38, 2, 119 (fille-mère) ; Seine, 6 déc. 1949, D. 50, 103 (femme de 35 ans qui s'était rajeunie de dix ans). Joint qu'un arrêt connu peut exercer un effet invisible, en dissuadant les avocats de faire engager des procès qui semblent perdus d'avance. Ce qui est exact (Cornu, D. 59, chr. 215), c'est que celui-ci n'a jamais eu assez d'autorité pour étouffer la tendance contraire. Sans préjudice de tout ce que les tribunaux réussirent à raccrocher à l'identité civile pour ne pas trop s'éloigner de l'*error in persona* (ex. l'usurpation d'état civil, Paris, 12 mars 1903, S. 04, 2, 47 ; Seine, 7 juill. 1948, sol. impl., D. 50, 441, 2^e esp. ; la nationalité, Seine, 4 févr. 1918, S. 20, 2, 129 ; le lien canonique antérieur non dissous, Seine, 4 avr. 1951, *J.C.P.*, 53, 7408 ; cf. Civ.¹ 2 déc. 1997, *R.T.*, 98, 659), il y eut un assez grand nombre de décisions franchement dissidentes, dont l'intérêt pratique demeure *a fortiori* depuis la l. 11 juill. 1975. Ex. de nullités ainsi admises : impuissance caractérisée (trib. Grenoble, 13 mars et 20 nov. 1958, D. 59, 495 ; trib. Avanches, 10 juill. 1973, D. 74, 174 ; Paris, 26 mars 1982, *G.P.*, 82, 2, 519 ; déficience mentale (Civ.¹ 29 janv. 1975, D. 75, 668 ; trib. Le Mans, 18 mars 1965, D. 67, 203 ; Paris, 31 janv. 1967, *J.C.P.*, 67, 2, 15036 ; trib. Rennes, 9 nov. 1976, D. 77, 539 ; Paris, 1^{er} déc. 1988, D. 89, *I.R.* 6 ; trib. Vesoul, 28 nov. 1989 [curatelle], D. 90, 590) ; passé moralement trouble (trib. Bressuire, 26 juill. 1944, D. 45, 94 ; trib. Paris, 8 févr. 1971, *J.C.P.*, 72, 2, 17244 ; trib. Paris, 23 mars 1982, *R.T.*, 83, 323) ; ancienne liaison indéterminable (trib. Le Mans, 7 déc. 1981, *J.C.P.*, 86, 2, 20573).

Au-delà de la casuistique, deux données plus générales méritent l'attention : 1^o La propension à utiliser un raisonnement emprunté à la théorie de la cause impulsive (cf. t. IV, n^o 58), mais plutôt pour restreindre que pour élargir : telle erreur bien classée (ex. sur l'identité civile, Paris, 12 juin 1957, D. 57, 571, *J.C.P.*, 57, 2, 10110 ; Paris, 7 juin 1973, D. 74, 174, *J.C.P.*, 74, 2, 17539 ; sur la nationalité, Lyon, 9 janv. 1979, D. 81, 241) restera sans effet ; 2^o Le souci moralisateur de ne pas laisser invoquer comme essentielles au mariage des qualités qui sont seulement celles d'un *beau* mariage. Le trib. du Mans (précité) énumère ainsi les qualités qui ne devraient pas (ou plus) être essentielles : la fortune, l'intelligence, le caractère, la race, la religion, la virginité (de la femme) — liste... idéaliste, probablement en avance sur l'état des mœurs.

b) *Clause de célibat*. — Cf. Coiret, *R.T.*, 85, 63. Qu'elle soit absolue ou relative (interdiction d'épouser une personne déterminée), la condition est validée, en principe, quand elle est apposée à une donation ou à un legs : Req. 11 nov. 1912, S. 14, 1, 185, D. 13, 1, 105. Après tout, peut-on dire, le gratifié reste libre de se marier, pour peu qu'il sache résister à l'appât d'un gain. Et s'il n'en est pas capable, il fera mieux de ne pas se marier. Toutefois, quand il est démontré que la clause était inspirée par un mobile illégitime (le disposant voulait empêcher le gratifié de régulariser une union libre, Paris, 8 mars 1924, *G.P.*, 24, 2, 103 ; ou bien qu'il était mû par une haine aveugle du partenaire éventuel, Civ.¹ 8 nov. 1965, *R.T.*, 66, 332), elle sera réputée non écrite (a. 900), et le gratifié pourra s'en affranchir tout en conservant le bénéfice de la libéralité (cf. D. 49, 468).

Par un contraste qui a été critiqué (Huet, Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, *R.T.*, 1967, 45), la jurisprudence s'est montrée plutôt plus rigoureuse

dans la défense de la liberté nuptiale quand elle a eu affaire au contrat de travail des hôtesses de l'air. La Cour de Paris (30 avr. 1963, D. 63, 428, *R.T.*, 63, 697, n. Cornu) a frappé d'une nullité de principe la clause de célibat qui y avait été insérée : le droit au mariage, déclare-t-elle, est un droit individuel d'ordre public, qui ne peut se limiter ni s'aliéner (cf. Despax, *J.C.P.*, 63, 1, 1776). La Cour de cassation (Soc. 7 févr. 1968, D. 68, 429, *R.T.*, 68, 557, n. Cornu) réserve, il est vrai, le cas où l'employeur justifierait de nécessités impérieuses tirées de la nature des fonctions ou de leurs conditions d'exercice.

Cette réserve serait sans application, et la nullité ne devrait pas soulever le moindre doute, s'agissant d'un autre emploi de la clause, qui se rencontrerait dans la pratique moderne du crédit : l'emprunteur célibataire s'engage à rembourser le prêt sans délai s'il vient à se marier. Sous couleur d'une *sûreté négative* (comme on dit), cette clause indirecte de célibat fait peser sur le débiteur une contrainte personnelle, extrapatrimoniale, qui est contraire à l'esprit libéral du droit des obligations. Ce qui n'exclut pas, d'ailleurs, une certaine naïveté : comme si une « danseuse » ne pouvait pas coûter plus cher au débiteur qu'une femme légitime.

Sur les entraves apportées parfois au remariage des veufs (clauses de viduité), v. *infra*, p. 435, au remariage des divorcés, v. *infra*, p. 575.

L'ÉLÉMENT SOCIOLOGIQUE

La société fait sentir le poids de sa contrainte par les *interdits* et les *rites* qu'elle impose.

1 / Les interdits matrimoniaux

Ici deux sortes d'interdits, de caractère sociologique, deux interdictions : de *la polygamie* et de *l'inceste*.

∧ 1 | L'INTERDICTION DE LA POLYGAMIE

Cette interdiction – avec son corollaire positif, l'institution du mariage monogamique – est une clef de voûte de la civilisation européenne. Il est interdit à un même homme d'avoir deux ou plusieurs épouses, à une même femme d'avoir deux ou plusieurs époux. Toutefois, cela ne s'entend que de la polygamie (ou bigamie) simultanée, non pas de ce que l'on a parfois appelé la polygamie (ou bigamie) successive, qui n'est que le fait de contracter un nouveau mariage *après dissolution* du premier.

a) *Interdiction de la polygamie simultanée*

Il existe un empêchement insurmontable à la célébration du mariage toutes les fois que l'un des futurs conjoints se trouve dans les liens d'un précédent mariage qui n'est pas dissous (a. 147). Autrement dit, pour contracter un mariage licite, il faut être soit célibataire, soit veuf ou divorcé. La loi s'efforce de prévenir la bigamie : 1° le conjoint au mépris duquel aurait lieu la nouvelle union peut y faire opposition (a. 172) ; 2° toute personne qui désire faire célébrer son mariage devant remettre à la mairie une expédition fraîchement délivrée (depuis trois mois au plus) de son acte de naissance (a. 70, al. 2), sur cette expédition figure, le cas échéant, la mention révélatrice d'un mariage antérieur (a. 76 *in fine*). Après la prévention, les sanctions : le fait de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier constituerait un délit pénal (a. 433-20, N.C.P.), s'il avait été volontairement commis ; et dans tous les cas, le nouveau mariage se trouvera nul, d'une nullité absolue que rien ne couvre, et que tout intéressé peut faire valoir, en particulier le premier conjoint (lequel y a toujours un intérêt, au moins moral ; a. 188).

b) *Validité des seconds ou subséquents mariages*

Le premier mariage étant dissous, il n'est pas interdit d'en contracter un autre (arg. la rubrique de l'a. 228), et cela non seulement quand la dissolution s'est produite par la mort de l'un des conjoints ou par son absence déclarée (que les a. 128 et 132 assimilent à la mort ; cf. t. I, n° 24), mais même quand elle est intervenue par divorce, et quoique, sociologiquement, des divorces suivis de remariages puissent réaliser dans le temps une sorte de polygamie. Le remariage des veufs et même des divorcés est donc libre en règle générale. Cependant, il donne lieu parfois à des dispositions restrictives, dont quelques-unes ont pu s'expliquer, à l'origine, par un esprit de défaveur à l'encontre des seconds mariages en tant que tels :

1° Les conditions insérées dans une libéralité en vue de décourager le remariage du gratifié sont validées en principe par la jurisprudence. Ainsi, en mourant, un mari peut léguer ses biens à sa femme sous la condition qu'elle ne se remariera pas. Bien entendu, la femme garde le droit de se remarier, mais, si elle se remarie, elle perdra le bénéfice de son legs. Cette *condition de viduité* ne serait réputée non écrite (a. 900) que s'il était établi que le mari, en l'écrivant, a été mû par un sentiment de haine, de jalousie aveugle, plutôt que par des motifs raisonnables.

2° Le *délai dit de viduité* (a. 228) est un délai avant l'expiration duquel il n'est pas permis à la femme de se remarier. Le délai est de trois cents jours – à compter soit du décès du premier conjoint, soit en cas de divorce à compter de l'ordonnance qui a fait cesser la cohabitation (a. 261-1). Le but est d'empêcher que, la femme venant à accoucher après la célébration du second mariage, l'enfant ne puisse, par le recouplement des présomptions de paternité, être attribué également aux deux maris successifs. C'est pourquoi la loi prévoit l'abrègement du délai là où la confusion de paternités n'est pas à craindre : de plein droit, si la femme a déjà accouché depuis le décès du mari ou produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse ; par décision du juge, dans tous les autres cas. C'est pourquoi encore l'empêchement est purement prohibitif : le mariage célébré avant l'expiration du délai reste valable, il ne servirait à rien d'annuler, la confusion étant désormais un fait accompli.

3° Si l'époux qui se remarie a des enfants de sa première union, la loi prend en leur faveur des dispositions spéciales, tant sur le terrain personnel (ex. tutelle, a. 418), que sur le terrain patrimonial (ex. régime des libéralités ou avantages matrimoniaux en faveur du second conjoint, a. 1098, 1527, al. 2). Mais ces dispositions ne s'expliquent plus aujourd'hui comme des *peines* des secondes noces : elles tendent à la *protection* des enfants du premier lit (mal aimés, craint-on, du second conjoint, c'est le mythe de Cendrillon ou de Blanche-Neige). Bien que la situation paraisse analogue lorsque l'un des époux a eu un enfant naturel avant le mariage, la jurisprudence ne lui étend pas la protection de la loi, malgré le principe d'égalité de l'a. 334 (cf. *supra*, p. 321).

2 | L'INTERDICTION DE L'INCESTE

C'est un interdit universel, un des tabous les plus profonds de l'humanité, que l'interdiction de l'union sexuelle, du mariage à l'intérieur de la famille (*endogamie*). Une prohibition qui, en s'inversant, devient une injonction positive : le commandement d'aller chercher femme ailleurs, au-dehors (*exogamie*). L'échange, y compris l'échange des femmes, est un besoin, un instinct des tribus primitives. Cet instinct sera assez tôt rationalisé sous l'effet, confusément eugénique, de l'expérience, les enfants nés d'unions consanguines présentant souvent des tare physiologiques. Cette considération ne valait évidemment que pour les mariages entre parents, non entre simples alliés. Mais c'est qu'un autre argument, de moralité cette fois, inter-

vient encore dans la prohibition de l'endogamie : il ne faut pas que la perspective d'un mariage possible (surtout d'un changement de partenaire après divorce) vienne susciter des passions troubles entre membres de la même famille, peut-être de la même maison.

► *Éclaircissements préalables*

a) Le mot *inceste* n'est pas dans la loi. Paradoxalement, ce tabou si profond n'est inscrit en termes généraux dans aucun texte, ni au C.C. ni au N.C.P. Et il n'est point constitutionnalisé : il plane très au-dessus des droits de l'homme. Le droit civil ne le saisit que fragmentairement, soit sous la forme d'empêchements à mariage, soit pour déterminer la filiation née de l'union interdite (cf. *infra*, p. 323).

b) L'interdiction de l'inceste se résume, en droit civil, dans l'interdiction de faire célébrer – ou, pour le maire, de célébrer – le mariage prohibé, et, s'il y a fait accompli, dans la nullité du mariage, pour le ministère public dans l'obligation de le faire annuler. En droit pénal, il n'existe pas une incrimination spéciale de l'inceste, mais, sur un comportement sexuel – viol ou autre agression – qui serait punissable entre personnes quelconques, la proximité familiale du coupable à la victime vient simplement greffer une circonstance aggravante (a. 222-24-4°, 222-28-2° N.C.P.).

c) L'interdiction de l'inceste en droit pénal ne coïncide pas avec l'interdiction du droit civil.

— Elle est plus étroite, en ce qu'elle ne vise pas les faits qui ont eu lieu entre personnes majeures de quinze ans, capables et consentantes, ni les faits imputables à des descendants, à des collatéraux ou à des alliés.

— Elle est plus large en ce qu'elle retient, outre le critère de la parenté (de l'ascendant), celui d'une *autorité* exercée en droit ou en fait sur la victime (ce qui permet d'atteindre éventuellement le beau-père dans une famille recomposée, malgré l'absence de lien biologique ou même de rapport juridique d'alliance).

► *Limites de l'interdiction en droit civil* (cf. tableau p. 423)

Elle est loin d'être générale et d'empêcher toute espèce d'endogamie au sens sociologique du mot : c'est ainsi que le mariage est permis de plein droit entre cousins germains, entre beaux-frères et belles-sœurs (même après divorce, depuis la l. 11 juill. 1975). Il y a trois zones d'interdiction à distinguer, suivant la rigueur des conséquences.

**TABEAU DES EMPÊCHEMENTS A MARIAGE
POUR CAUSE DE PARENTÉ OU D'ALLIANCE**

I = interdit sans possibilité de dispense
D = interdit en principe, mais possibilité de dispense
P = permis de plein droit

Rapport de parenté ou d'alliance	Famille légitime ou naturelle ou famille créée par l'adoption plénière	Situation résultant de l'allocation de subsides	Empêchements supplémentaires dérivant de l'adoption simple
Parenté	Entre père (mère) et fille (fils), grands-parents et petits-enfants, etc.	I (a. 161)	I (a. 366-1°)
	Entre frère et sœur	I (a. 162)I	D (a. 366-3° et 4°)
	Entre oncle (tante) et nièce (neveu), grand-oncle (grand-tante) et petite-nièce (petit-neveu), etc.	D (a. 163, 164-2°) P	P
	Entre cousins germains, etc.	P	P
Alliance	Entre beau-père (belle-mère) et bru (gendre), à paraître (marâtre) et belle-fille (beau-fils) :	D (a. 342-7) I (a. 342-7)	D (a. 366, <i>in fine</i>)
	1° Quand le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par <i>décès</i>	D (a. 342-7)	I (a. 366-2°)
	2° Quand le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par <i>divorce</i>	I (a. 342-7)	
	Entre beau-frère et belle-sœur :		
1° Quand le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par <i>décès</i>			
2° Quand le mariage qui produisait l'alliance a été dissous par <i>divorce</i>			

P (l. 11 juill. 1975) } P } pas de texte } P } de prohibition }

1° Une zone d'horreur, où l'interdit est absolu, zone de l'*inceste absolu*, dit-on souvent. Il s'agit de la proche parenté par le sang : en ligne directe et entre frères et sœurs. Aucune dispense n'est possible (arg. a. 164), et si des enfants sont nés des rapports sexuels, leur filiation (nécessairement naturelle) ne pourra jamais être établie qu'à l'endroit d'un seul des deux auteurs (a. 334-10).

2° Une zone intermédiaire, où se situe l'interdiction de se remarier avec sa bru ou son gendre, sa belle-fille ou son beau-fils (Phèdre et Hippolyte), mais seulement quand l'union d'où procédait l'alliance a été dissoute par le divorce. Aucune dispense, ici non plus, n'est possible (arg. a. 164-1°) ; en revanche, la filiation des enfants naturels éventuellement issus de l'union libre pourra être établie des deux côtés sans restriction (arg. a. 334-10, qui ne vise que la *parenté*, non l'alliance).

3° Une zone d'accommodement qui concerne le remariage entre alliés en ligne directe (hypothèse précédente), mais seulement quand la première union a été dissoute par décès, ainsi que le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu (a. 163). Une dispense est possible (a. 164) ; les enfants pourront avoir une filiation pleinement établie (arg. a. 334-10) ; aussi bien, ils pourront être légitimés ou légitimes.

Le système s'applique indifféremment dans la famille légitime et dans la famille naturelle, ainsi que dans la famille créée par l'adoption plénière, celle-ci étant assimilée pleinement à la légitimité. Il est transposable tel quel à la situation résultant d'une allocation de subsides (a. 342-7) – tel quel (y compris la faculté de dispense) : bien qu'à la base de l'institution des subsides il n'y ait qu'une *possibilité* de parenté (cf. *infra*, p. 660), la loi ne veut pas laisser courir aux intéressés le risque d'un mariage incestueux. Dans le cas de l'adoption simple, le système général applicable du côté de la famille d'origine se cumule avec une série particulière d'empêchements du côté de la famille adoptive (a. 366). Enfin, en marge de tous les empêchements pour cause d'alliance, une observation d'ensemble doit être inscrite : c'est que n'est jamais prise en compte la pseudo-alliance qui vient non d'un mariage, mais de relations sexuelles hors mariage, d'un concubinage, fût-il notoire, fût-il actuel (le concubin peut librement épouser la fille de sa concubine).

► Sanction de l'interdiction en droit civil

Tout mariage contracté en violation d'un empêchement pour parenté ou alliance est nul de nullité absolue, même si l'empêchement est de ceux qui peuvent être levés par une dispense. La dispense obtenue après coup n'éteindrait pas l'action en nullité.

2 / Les rites de mariage

Les rites ont ici un double objet : manifester la participation de la société à la fondation du nouveau foyer ; plus utilitairement, ménager aux époux eux-mêmes une preuve de l'événement. Les rites de mariage constituent à la fois une *forme* et une *preuve*.

1 | LA FORME DU MARIAGE

Elle paraît tenir surtout dans la *célébration* du mariage, mais, avant la cérémonie, une *formalité préparatoire* doit être accomplie, qui peut déclencher une *opposition*, imposant de surseoir.

a) Formalité préparatoire : la publication du mariage

Dans la tradition canonique des bans, cette *publicité* donnée au projet d'union a un double but : informer le milieu social qui est intéressé à la constitution d'une nouvelle famille ; le cas échéant, provoquer ses réactions sous les espèces d'*oppositions au mariage* ou d'*avis officieux*.

La publicité se fait au moyen d'une affiche apposée pendant dix jours continus à la porte de la mairie (a. 63, 64) – mairie de la célébration et, en plus, éventuellement, mairie du domicile (a. 166). Le procureur de la République a le pouvoir d'accorder une dispense (a. 169), soit de l'ensemble de la formalité, s'il y a urgence à célébrer le mariage (l'un des intéressés est mourant, mariage *in extremis*), soit de l'affichage seulement, si la publicité apparaît comme inopportune, s'agissant de régulariser une union de fait qui passait pour légitime. En ce dernier cas, la publication, sans l'affichage, change de caractère : c'est moins une publication qu'un avis donné à l'autorité publique, avec l'obligation d'observer un délai de dix jours (ce qui pourrait permettre au parquet de rechercher s'il n'existe pas d'empêchements au mariage projeté). Le défaut de publication préalable fait obstacle à la célébration ; c'est un empêchement prohibitif au mariage : l'officier de l'état civil a le devoir de s'abstenir, mais si la célébration avait eu lieu tout de même, le mariage ne serait pas nul.

b) *Éventualité d'une opposition à mariage*

La publication peut susciter des réactions dans le public, et cela de deux manières. Il se peut que des tiers, alertés par elle, dénoncent à l'officier de l'état civil, par voie d'*avis officieux* sans forme préétablie (lettre missive, déclaration orale), les empêchements au mariage qu'ils pensent déceler. Le maire n'est jamais obligé de s'abstenir sur un simple avis officieux. Il s'abstiendra, cependant, si les faits allégués lui paraissent suffisamment caractérisés, car, en certaines hypothèses tout au moins (ex. R. 645-3-2° N.C.P.), il engagerait sa responsabilité à célébrer un mariage au mépris d'un empêchement *connu de lui*.

Mais surtout des intéressés auront pu être déterminés par la publication à agir immédiatement pour bloquer le projet dans lequel ils apercevaient quelque chose d'illicite, plutôt que d'attendre le fait accompli et d'intenter après coup une action en nullité. C'est l'avantage de tout système préventif. En conséquence, une *opposition* va être formée (a. 172 s.). C'est un acte formaliste (acte d'huissier adressé à l'officier de l'état civil) qui n'est recevable que de la part de certaines personnes. Il convient de mettre à part le ministère public : il dispose de deux droits d'opposition, l'un traditionnel et étendu (a. 175-1 et 184), qu'il peut exercer en parallèle avec les particuliers intéressés, l'autre qui lui a été attribué en 1993 et qui a un caractère de droit public, ayant été intégré à la politique de maîtrise de l'immigration (v. *supra*, p. 402). En ce qui concerne les personnes privées, il faut rappeler (*supra*, p. 408) le caractère privilégié de la position des ascendants (a. 173) : ils peuvent faire opposition pour tout empêchement légal. Les autres titulaires du droit ne sauraient agir que pour des causes déterminées : le conjoint pour cause de bigamie (a. 172, le conjoint et non pas l'ex-époux divorcé, à moins qu'il ne conteste la validité du divorce) ; certains collatéraux et le tuteur pour défaut de consentement familial ou pour démence (a. 174, texte obscur ; a. 175).

L'opposition régulière en la forme produit d'emblée, indépendamment de son bien- ou mal-fondé, un effet suspensif : elle est en elle-même un empêchement prohibitif à la célébration (a. 68). Si elle n'est pas justifiée, il faudra que les futurs époux, pour s'en débarrasser, saisissent le tribunal aux fins d'en obtenir mainlevée (a. 177 s.). Toutefois, la procédure de cette demande en mainlevée est accélérée, et les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts, si leur opposition a constitué un abus de droit (a. 179).

c) *Célébration du mariage*

Le rituel de la cérémonie est fixé dans l'a. 75. On est au cœur même de la forme qui va donner son essence au mariage. La forme, la solennité, tient certainement à la présence du maire, organe qualifié de l'État. Mais, bien que la question soit controversée, il faut considérer que ce n'est pas lui qui crée le lien matrimonial, qui *marie* les parties, en prononçant au nom de la loi qu'elles sont unies par le mariage, et que c'est l'échange des volontés privées, l'échange des *oui* en sa présence, qui reste la cause efficiente de l'opération.

Des volontés privées échangées *en l'absence* d'un officier de l'état civil ne feraient pas un mariage : ce ne serait pas assez de dire, en pareil cas, que le mariage est entaché de nullité absolue ; rationnellement, il serait inexistant. Toutefois, la jurisprudence considère comme simplement nul, non comme inexistant (ce qui lui permet d'appliquer, après annulation, le bénéfice du mariage putatif) le mariage auquel a présidé un personnage légalement sans compétence, mais revêtu d'une apparence d'autorité qui a pu faire illusion aux futurs époux (ex., en certaines hypothèses, consul étranger, ministre du culte).

Il ne suffit pas que l'union soit célébrée par un officier de l'état civil, il faut encore que celui-ci soit territorialement compétent (a. 165). L'exigence de la *compétence territoriale* est double : 1° Le maire ne peut célébrer un mariage que sur le territoire de sa commune ; 2° Il ne peut célébrer un mariage qu'autant que l'un des deux futurs au moins a une attache territoriale avec cette commune. Le rattachement territorial qui fonde la compétence du maire peut découler soit d'un domicile acquis selon le droit commun, soit d'un séjour effectif d'un mois (a. 74). Les règles de compétence territoriale sont sanctionnées par la nullité absolue du mariage (a. 191). Mais cette nullité est facultative, soumise à l'appréciation du juge, qui ne la prononcera que s'il y a eu mauvaise foi des futurs et fraude faite à la loi ; elle peut, d'ailleurs, quoique absolue, se couvrir par la possession d'état (a. 196).

Une autre règle de forme est sanctionnée par la nullité absolue (a. 191), avec les mêmes atténuations, c'est la *publicité de la célébration*. Le local où le mariage est célébré doit être accessible au public (a. 165). Ce local est la mairie (a. 75, al. 1), en principe (sur les dispenses possibles, v. a. 75, al. 2), justement parce qu'elle est, dans la commune, le lieu public par excellence. Les tribunaux, du reste, n'annulent un mariage pour clandestinité que si les époux, en cachant leur union, ont voulu faire fraude à la loi, et la nullité, ici encore, se couvre par la possession d'état (a. 196).

Il importe de ne pas confondre la publicité de la célébration avec d'autres aspects de publicité qui peuvent intervenir à l'occasion du mariage. Il y a trois degrés possibles à distinguer dans la publicité *lato sensu* ou l'absence de publicité du mariage : 1° le *défaut de publication* préalable, qui n'entraîne pas la nullité du lien (mariage non publié) ; 2° le *défaut de publicité de la célébration*, sanctionné en principe par la nullité absolue (mariage clandestin) ; 3° le *défaut de publicité de l'état d'époux*, si les conjoints dans la suite de leur vie dissimulent leur situation légale (mariage secret) ; les mariages secrets produisent tous les effets juridiques du mariage, mais l'époux secret pourrait être rendu responsable envers les tiers si, par la fausse apparence créée, il leur causait préjudice.

2 | LA PREUVE DU MARIAGE

Cette preuve peut être utile soit aux *époux* eux-mêmes, soit aux *enfants* issus de l'union (ils ont à prouver le mariage de leurs parents pour prouver leur propre légitimité).

a) Les *époux* eux-mêmes sont soumis à la nécessité d'une preuve préconstituée. C'est le droit commun pour tous les événements qui relèvent de l'état civil, et le mariage en est un. Le principe (a. 194) que le mariage se prouve par les registres (avec, corrélativement, l'atténuation prévue selon l'a. 46 pour le cas où les registres auraient été perdus par force majeure ; cf. t. 1) peut donc être considéré comme une application de la théorie générale des actes de l'état civil. Il faut remarquer, cependant, que l'exigence de la preuve préconstituée se justifie ici plus fortement qu'ailleurs : 1° Parce que le mariage est un acte juridique, un acte de la volonté des époux, et que ceux-ci, par conséquent, avaient, en contractant, le pouvoir et le devoir de s'en ménager une preuve ; 2° Parce que le mariage doit être séparé du concubinage, et que seule une preuve contemporaine des volontés initiales écarte le soupçon d'une transformation *a posteriori* du concubinage en mariage. Ce dernier motif explique que la possession d'état d'époux, c'est-à-dire le fait, pour un homme et une femme, de s'être comportés comme gens mariés et d'avoir passé pour tels aux yeux du public, ne puisse constituer une preuve du mariage (a. 195).

b) Les *enfants* peuvent prouver le mariage de leurs parents de la même manière que ceux-ci : par les registres de l'état civil, moyen le

plus sûr. Mais ils peuvent aussi, exceptionnellement, aux fins d'établir leur propre légitimité, se prévaloir de la possession d'état d'époux dans laquelle avaient vécu leurs père et mère (a. 197, texte à replis, qui a besoin, pour être compris, d'une analyse logique). Le postulat de cette faveur est que les parents sont tous deux décédés (ce qui met l'enfant dans l'embarras pour se procurer leur acte de mariage : dans quelle commune la célébration avait-elle eu lieu ? il peut l'ignorer). Il faut, en outre, que l'enfant ait lui-même une possession d'état d'enfant légitime (c'est une condition distincte de la possession d'état d'époux en la personne des parents), et que sa possession d'état ne soit pas contredite par un acte de naissance qui lui attribuerait une autre filiation. Cela étant posé, le seul fait que les père et mère ont vécu publiquement comme mari et femme fera présumer la légitimité de l'enfant, donc implicitement leur mariage, jusqu'à preuve (difficile) du contraire. De nos jours, cet a. 197 est d'une application rare, mais peut-être a-t-il une portée qui dépasse le droit de la preuve (v. *infra*, p. 679).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 105 s. — Hauser, I, n^{os} 166 s., 290 s. — Sériaux, Concubinage formel et mariage informel, *Réflexions sur le rôle des formes dans la constitution du couple*, in C. Brunetti-Pons, *La notion juridique de couple*, 1998, 43 (dialectiquement, tout se brouille et s'efface, mais le C. Nap. a créé des habitudes de pensée).

HISTOIRE

Dans la mesure où l'élément sociologique du mariage représente une contrainte exercée par la société sur l'individu, on peut admettre que l'évolution historique s'est faite dans le sens de la liberté. Toutefois, cette vue est bien schématique. Le vrai est que l'évolution n'a pas été toute d'une pièce, et qu'il y a eu des oscillations.

a) *Le principe monogamique* a été transmis au C.C. par une ligne continue qui part du droit romain le plus ancien, ne fait que se renforcer à travers tout le droit canonique, et ne dévie pas le moins du monde avec le droit révolutionnaire (malgré son naturalisme affecté). Cependant, constamment, le mariage a eu à se défendre contre la concurrence d'unions de seconde zone (*concubinatus* du droit romain, dont le caractère reste mal élucidé ; *Nebenfrauen*, épouses *morganatiques* du droit germanique). Cf. Brisaud, p. 82 s. ; Gunther, *Le mariage*, trad. franç., p. 104 s. ; A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 125 s., 349 s. Aujourd'hui, c'est, de façon plus insidieuse, la légitimation des adultérins qui, par sa projection, semble parfois donner l'image d'un mariage concurrent. On n'en est pas moins autorisé à dire que le fondement de notre

droit demeure le principe monogamique, et que ce principe est romano-chrétien. Sauf à préciser que, chrétien, il est évangélique (par l'esprit du Nouveau Testament, d'ailleurs, plutôt que par un enseignement formel), mais non pas biblique, car la polygamie des patriarches lui apporte un évident démenti (d'où des hésitations – purement doctrinales – surtout lorsque la Réforme eut remis en honneur l'Ancien Testament ; ex. consultation de Luther pour justifier la bigamie de Philippe de Hesse). Au XVIII^e s. où la crainte de la dépopulation revenait de temps à autre, la polygamie fut quelquefois préconisée comme le remède (cf. *L'esprit des lois*, XVI, 2), en association avec le divorce, voire la répudiation (cf. C. Blum, *Pop.*, 98 [1-2], 93).

b) *Les remariages*. — Cf. M. Humbert, *Le remariage à Rome*, 1973 ; Bosquet-Denis, *Le remariage* (à la fois négation et affirmation du mariage), *R.T.*, 79, 524. Le droit canonique a donné un relief juridique à l'idée, assez spontanément populaire, que, dans un certain ordre de spiritualité, un remariage, même après décès du premier conjoint, contredit au principe monogamique (cf. A. Esmein, *op. cit.*, II, p. 119 s. ; Mollat, *La bénédiction des secondes nocces*, *Mélanges Le Bras*, 1965, II, 1337) : refus de réitérer la bénédiction nuptiale ; interdiction pour l'homme qui s'est marié successivement deux fois d'accéder aux ordres sacrés (bigamie quant aux ordres). Le C.C. avait contre les secondes nocces, surtout après divorce, quelques restrictions, du reste assez diversement explicables : a. 228, 295, 298. Le progrès du droit individualiste (dès la III^e République) a consisté soit à les réduire, soit à les supprimer, en partant du postulat qu'il est bon et méritoire de se remarier, à peu près à l'opposé du postulat canonique.

c) *Les empêchements pour parenté et alliance*. — Leur histoire (pour laquelle il est indispensable de se reporter à A. Esmein, I, p. 335 s.), n'est ce qu'elle est que par l'intervention puissante du droit canonique médiéval, qui porta le système à un point de rigueur jusqu'alors inconnu, même dans le droit romain christianisé. Aux X^e, XI^e s., le mariage est interdit – *sauf dispense* accordée par l'Église – entre parents au 7^e degré canonique, ce qui correspond au 14^e degré romain ou français. C'est un cousinage très éloigné, et souvent peu reconnaissable, même dans une société où les familles sont très enracinées. Il fallut en rabattre (au XIII^e s., l'Église limite l'interdit au 8^e degré français ; dans le C.Can. 1917, au 6^e degré : cousins issus de germains). Mais c'est à une nette rupture avec le droit canonique que se décide le C.C. On aurait tort de n'y voir que la conséquence d'une vague idée de liberté. On ne remarque pas assez : 1^o Que les empêchements retenus par le C.C. sont, à peu de chose près, ceux du Lévitique (18:7 s.), alors que l'interprétation canonique, négligeant ces dispositions concrètes de la Bible, avait mis l'accent sur la formule qui les annonçait (Lévitique, 18:6 : qu'aucun de vous n'ait de rapports charnels avec sa proche parente...) pour en tirer un principe général de prohibition ; le C.C. marque donc en un sens un retour (janséniste ?) à la lettre des Écritures par-delà la tradition ecclésiastique ; 2^o Que le système canonique s'était attiré l'hostilité résolue de tous les adversaires de l'Église romaine, parce qu'il avait paru aboutir pratiquement à mettre entre les mains du Saint-Siège (soit par le pouvoir de refuser les dispenses, soit après coup par la facilité à admettre la nullité) le sort de trop de mariages intéressant les grandes familles, entachés d'empêchement pour parentés lointaines. Au contraire, c'est le courant libertaire vague qui explique les relâchements ultérieurs, concernant les beaux-frères et belles-sœurs (jusqu'à la l. 11 juill. 1975, qui a supprimé le dernier besoin de dispense) ou les alliés en ligne directe.

d) *Le rite de mariage*. — Le droit canonique porte trace de pulsions successives (cf. Brissaud, p. 22 s.) : consensualisme (à partir du IX^e s.), formalisme (Concile de Trente, 1563). Le droit monarchique poussa à la solennisation. Il est certain que le C.C., tout comme le droit révolutionnaire, voulait faire du mariage civil un acte très énergiquement solennel, ne fût-ce que par nécessité de concurrence en face du mariage religieux : il fallait l'accréditer dans l'esprit public (sur les difficultés des premières années, cf. ex. *Rev. d'hist. de l'Église de France*, 1942, p. 231), et pour cela ne pas le laisser tomber au rang d'enregistrement d'état civil. Mais, dans le courant du XIX^e s., l'orientation a changé ; la cérémonie civile s'est implantée dans les mœurs, si bien que la concurrence du mariage religieux a pu sembler désormais innocente ; en revanche, cette concurrence est telle qu'elle a vidé le mariage civil de tout esprit religieux voire philosophique, tandis que, de leur côté, les services municipaux se bureaucratisaient par nécessité. D'où une désolennisation du mariage civil (les célébrations du samedi, à la chaîne). N'empêche que, dans ce champ conflictuel entre l'Église et l'État, un équilibre avait pu s'instituer, pacte tacite (républicain, dit-on), que les projets de P.A.C.S. et autres sont peut-être venus troubler sans le vouloir (v. *infra*, Post-scriptum).

SOCIOLOGIE

I. — *Interdits matrimoniaux*

a) *Polygamie*. — Le phénomène, ou plutôt les deux phénomènes, sociologiquement très distincts, *polygynie* et *polyandrie* (celle-ci beaucoup moins importante que celle-là), ont fait l'objet de nombreuses études pour les sociétés primitives (cf. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n^o 145). La persistance de tendances polygyniques ou polyandriques dans les sociétés de civilisation européenne n'a pas non plus été négligée (c'est, en particulier, un élément des fameuses enquêtes de Kinsey, de Simon et d'autres sur le comportement sexuel, ici ou là). Que soit inévitable, dans toute société monogamique, une frange de polygames résurgents est un fait qui n'emporte pas de conclusion législative invincible en faveur de la polygamie, ouverte ou voilée (facilité du divorce, attribution d'effets juridiques au concubinage, légitimation des enfants adultérins). Cf. Endréo, *Bigamie et double ménage*, *R.T.*, 91, 263. Bien entendu, la bigamie dont la loi française s'est préoccupée pour en faire un délit civil et pénal (rare, d'ailleurs, et faiblement typé en sociologie), cette bigamie dite de droit interne a peu de chose en commun avec la polygamie, institution licite du droit musulman (v. *infra*, Théorie juridique, b). La polygamie musulmane, en tant qu'institution du droit étranger, peut produire certaines conséquences juridiques en France, et le législateur français est amené à s'en inquiéter parce qu'elle est un obstacle à l'intégration des immigrés (v. E. Rude-Antoine, *Le mariage maghrébin en France*, 1990, article, in *L'immigration face aux lois de la République*, 1992, 118, *Les immigrés, la loi et la coutume*, 1997 ; cf. F. Monéger, *J.C.P.*, 90, 1, 3460).

b) *Remariage*. — L'idée que le remariage du veuf (*a fortiori* du divorcé) a quelque chose de contraire au principe monogamique, a laissé des traces dans la sensibilité et les mœurs des sociétés modernes ; cf. *Études Ripert*, I, p. 343). Un changement significatif, souvent inaperçu, s'est accompli dans la loi du 14 déc. 1964, par la substitution de l'administration légale sous contrôle à la tutelle (refoulement du conseil de famille et du subrogé tuteur, l'œil de la belle-famille). Les folkloristes attestent la persistance des

charivaris faits aux veufs et veuves qui se remarient (Van Gennep, *Manuel de folklore français contemporain*, I, 2, p. 616 s. ; I, 4, p. 2036 ; Le Goff, Schmitt et autres, *Le charivari*, 1981). Il y aurait, cependant, des distinctions à observer : la coutume est non seulement indulgente, mais favorable au lévirat (remariage de la veuve avec le frère du défunt, Deutéronome, 25:5) et plus encore à son symétrique (remariage du veuf avec la sœur du défunt, surtout en présence d'enfants du premier lit). Cf. Dupâquier et autres, *Mariage et remariage dans les populations du passé*, Londres, 1981 ; Roussel, Le remariage des divorcés (en baisse), *Pop.*, 81, 765 s. ; F. de Singly, Le second mari, *Pop.*, 83, 9 ; Cluzel, *Les pouvoirs publics et les veuves*, 1983 ; M.-C. Rondeau-Rivier, La haine des secondes nocces, *Dialogue* (87), 1987 (mais *haine*, c'est beaucoup dire, pour caractériser l'Ancien Droit, *méfiance* aurait suffi).

c) *Inceste*. — La répression pénale s'est intensifiée depuis 1980, et peut-être devrait-elle maintenant s'interroger sur elle-même (v. très lucide, Salas, *R. Esprit* [déc. 1996], 122). Le tabou primordial a été abondamment étudié par les ethnologues. V. surtout Cl. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, 1948, pour qui la prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille, qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille à autrui, la règle du *don* par excellence (en quoi, par parenthèse, se redécouvre une intuition de saint Augustin, dans le *De civitate Dei*, lequel justifiait les empêchements pour parenté par l'idée que le mariage doit être une semence d'amour, *seminarium charitatis*, donc doit unir de préférence des personnes antérieurement étrangères). D'autres auteurs, cependant, réintroduisent dans le tabou des facteurs biologiques : L. et R. Makarius, *A.S.*, 56, 173 (tabou du sang féminin) ; Godelier, cité par Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n° 142) ; Françoise Héritier (*Les deux sœurs et leur mère, Anthropologie de l'inceste*, 1994, 1997) a mis en lumière l'existence d'une transgression générationnelle en l'absence d'inceste biologique (« on ne couche pas avec la mère et la fille »).

Plus rares sont les enquêtes limitées au milieu français contemporain hors le droit pénal. Ex. Sutter et Tabah, Fréquence et répartition des mariages consanguins en France, *Population*, 1948, p. 607 s., étude faite d'après des statistiques des dispenses civiles et canoniques : il en résultait que : 1° les mariages entre oncles et nièces (clairsemés et en très nette régression) sont le plus souvent des régularisations, présupposant des situations d'une moralité douteuse ; 2° les mariages entre cousins sont surtout fréquents dans les « isolats », les zones d'isolement géographique (îles, pays de montagnes, etc.), ou psychologique (grands centres urbains) ; 3° il a existé une stratégie des mariages consanguins aux fins d'empêcher la division du domaine familial.

d) *Mésalliance*. — C'est le problème de l'égalité de fait à côté de l'égalité de droit (cf. t. I). En droit, il n'existe plus d'interdits ; en fait, il serait hypocrite de soutenir que l'inégalité de classe (ou de race) n'élève ici aucune barrière. Cf. Ghestin, L'action des parlements contre les mésalliances aux XVII^e et XVIII^e s., *R.H.D.*, 1956, 196 ; Leib, *Les mésalliances dans le roman aux XVIII^e et XIX^e s.*, Th. lettres, Paris, 1936.

II. — *Le rite de mariage*

Bozon, Sociologie du rituel du mariage, *Pop.*, 92, 409-432 (très suggestif) ; G. Raymond, Bicentenaire [du mariage civil], *Hommage Cornu*, 1994, 359. Cf. sur le rite en général, *Cahiers internationaux de Sociologie*, le n° XCII de 1992.

On ira voir le *Mariage civil*, composition de Gervex (1881) (Émile Zola y figure en spectateur) dans la salle des mariages du XIX^e arrondissement (Gervex mêlait l'allégorie républicaine au naturalisme). Les folkloristes relèvent l'impuissance de la cérémonie civile à s'enraciner dans le folklore national, malgré les tentatives de la Révolution, et d'autres depuis çà et là (Van Gennep, I, 2, 384 s.). L'influence de la cérémonie religieuse s'est longtemps fait sentir à travers la courbe de répartition des mariages civils le long des mois de l'année (ex. *Annuaire statis. de la France*, 1974, 28) : il se produisait des creux dans les temps canoniquement interdits (carême, notamment ; cf. pour l'Ancien Régime, Houdaille, *Pop.*, 78, 367) ; au contraire, les creux de mai (virginité) et de novembre (mort) semblent venir du tréfonds de l'Antiquité. Les creux n'ont pas complètement disparu. Mais l'attraction des congés payés (et du soleil) est devenue prépondérante : en 1995, 63 % des mariages ont eu lieu entre juin et septembre.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) Les *dispenses* requises pour le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs après divorce n'étaient pour ainsi dire jamais refusées ; si bien que ce formalisme, qui ennuyait tout le monde, a pu être supprimé sans inconvénient. Si les deux autres cas de l'a. 164 ont survécu, c'est sans doute parce qu'ils étaient d'une application bien plus rare, non point parce qu'ils paraissaient appeler un contrôle plus sévère. Michèle Biélgemann-Massari, *Pop.*, 96, 61. Sur la notion de dispense, *Droits* (25), 97.

b) L'institution des oppositions, qui était tombée en décadence, connaît à l'heure actuelle un regain de vigueur (qui peut ne pas durer) entre les mains du ministère public : il s'en sert pour se donner le temps d'examiner des projets de mariage qu'il soupçonne de couvrir des fraudes à la loi, à la loi sur la nationalité ou sur le séjour des étrangers en France. Dans le ressort du tribunal de Paris, en 1991, 2 000 dossiers transmis au parquet avaient donné lieu à 400 oppositions. Les parquets sont alertés par les mairies, les mairies par les publications. Celles-ci ont ainsi retrouvé pour partie une utilité, qu'elles avaient perdue en général comme moyen d'information du public.

c) L'antériorité du mariage civil sur le mariage religieux, verrouillée par Napoléon dans les a. 199-200 de l'ancien C.P., se justifiait alors par la présence dans certaines campagnes (ex. Bretagne, Poitou) de populations qui « réalisaient » mal la sécularisation opérée par le C.C. et continuaient à croire que le mariage religieux suffisait à produire les effets de droit. Elle se justifie aujourd'hui par la présence sur le territoire de populations immigrées (ex. Portugais, Maghrébins) dont les pays d'origine reconnaissent des effets de droit au mariage religieux. Cf. pour le maintien de la règle, Revet, *J.C.P.*, 87, 1, 3309. Le N.C.P. (a. 433-21), tout en la maintenant, n'en punit plus la violation qu'autant qu'elle a été habituelle, révélant un esprit de fronde, ce qui laisse aux ministres des cultes une marge de liberté pour des cas exceptionnels (ex. péril de mort) où l'urgence commanderait d'interventir les cérémonies.

THÉORIE JURIDIQUE

a) Sur le *remariage* en général, Bosquet-Denis, *R.T.*, 79, 524 ; M. C. Rondeau, Th. Lyon [ronéo], 1981.

b) Que la notion de *polygamie* – polygamie successive – ne soit pas absente du remariage, surtout après divorce, c'est ce qu'attestent certaines solutions auxquelles est arrivée la l. 11 juill. 1975, soit en droit civil (a. 264, deux femmes peuvent concurremment porter le nom du même mari), soit plus tangiblement encore en droit social (a. 11 à 14 de la loi, des pensions après décès se partagent entre les deux conjoints survivants, au prorata de la durée respective des mariages). Le droit français rencontre, d'ailleurs, la polygamie simultanée elle-même sur le terrain du droit international privé (cf. B. Bourdelois, *Le mariage polygamique en dr. internat., privé français*, 1993 ; B. Ancel, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Lille, 1995, 105 ; F. Monéger, La polygamie en question, *J.C.P.*, 1990, 1, 3460), car, si l'interdiction est d'ordre public interne, elle n'est pas d'ordre public international (cf. Cons. d'État, 11 juill. 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19629 ; Civ. 1^{re} 3 janv. 1980, pour les droits successoraux, D. 80, 549), et les juges français peuvent et doivent avoir égard aux systèmes juridiques étrangers qui admettent la pluralité de mariages. Ce qui a été l'occasion d'approfondissements théoriques : ex. le concept de *polygamie virtuelle* (quand le mariage, unique en fait, est cependant affecté en droit par la possibilité de mariages concurrents ; la distinction de la *polygamie parfaite ou imparfaite*, selon que la situation est acceptée par tous les intéressés ou refusée par l'une des épouses.

Depuis que le concubinage est entré en juridicité et a pris goût au droit, on a vu surgir, aux côtés de la bigamie, la notion du double ménage (mariage + concubinage, voire concubinage à têtes multiples) ; cf. Endréo, Bigamie et double ménage, *R.T.*, 91, 263.

c) Parmi les personnages de la cérémonie, il faut éliminer les deux (ou quatre) témoins qui ne sont là qu'avec un rôle probatoire, afin de certifier l'identité des parties, et d'attester que l'acte a été accompli. Mais des époux ou de l'officier de l'état civil, on s'est demandé à qui attribuer le rôle efficient. En d'autres termes, quelle est la parole décisive, qui fait le mariage : le dernier *oui* (celui de la femme), ou la déclaration du maire que les parties sont unies par le mariage ? L'intérêt pratique de la controverse apparaîtrait si l'une des parties décédait ou prétendait rétracter sa volonté entre le dernier *oui* et la déclaration du maire. Il est mince, mais l'intérêt théorique est considérable : les rapports de l'individu et de l'État y sont impliqués. Une opinion assez répandue (Colin - La Morandière, I, n° 948 ; Planiol-Rouast, n° 69 ; Lagarde, *R.T.*, 1948, p. 462) donne le rôle efficient au maire : il est plus qu'un notaire, il est le représentant de l'autorité publique, *de la loi* (a. 75, *in fine*) ; il ne se borne pas à enregistrer le mariage comme un autre acte de l'état civil (arg. d. 5 août 1962, a. 6 : les fonctions de l'officier de l'état civil sont indéléguables aux agents communaux en ce qui concerne les mariages), il célèbre l'union (arg. *il prononcera...*, ce qui évoque un effet créateur). On a pu répondre, cependant (ex. Ed. Lévy, L'union par le mariage, *Revue critique de droit*, 1932, p. 65 s.), que l'a. 146, texte fondamental, qui révèle l'essence du mariage, paraît bien mettre au premier plan le consentement des parties ; que le maire, prenant la suite du *prophus parochus* de la tradition canonique, n'est qu'un témoin privilégié ; que « au nom de la loi » (déjà dans l'Édit de tolérance de 1787) n'est là que pour rem-

placer « au nom de l'Église » ; que *prononcer*, ce n'est que déclarer ce qui est déjà accompli (que les parties *sont unies*, non pas qu'il les unit). On ajoute que la décadence du rite social rend plus nécessaire que jamais cette deuxième interprétation : la cérémonie civile est devenue tellement banale qu'elle ne se sauve que soutenue par l'échange des consentements. Il faut reconnaître, toutefois, que, si contrat il y a, il n'est point du type ordinaire, dont le contenu pourrait être modelé à leur guise par les contractants. Il serait plus juste d'évoquer l'*acte-condition*, tel que le décrivait Léon Duguit en droit public : l'acte juridique qui est la condition d'application de la loi – ici, la double manifestation de volonté qui va déclencher l'application au couple de l'état indivisible d'époux (perfection de la citoyenneté, dans l'esprit de la Révolution).

d) On aurait dû accorder plus d'importance à la *possession d'état d'époux* (cf. Seillan, *Mélanges Brèthe de La Gressaye*, 1967, 747 s.), spécialement à l'application qu'en a faite l'a. 197 (v. *infra*, p. 689).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) C'est à propos des oppositions à mariage que fut rendu, à l'aube du C.C., un arrêt, historiquement très remarquable, l'arrêt *Maupou* (Civ. 7 nov. 1814, S. chron.). La Cour de cassation y fit sentir à l'opinion publique que le C.C. avait été réellement un changement de société. Un grand bourgeois scandalisé parce que sa fille majeure s'était laissé enlever, peut-être assez follement, par un de ses domestiques, prétendit se servir de l'opposition comme d'un mécanisme neutre, propre à faire valoir, en dehors des empêchements légaux, des empêchements de moralité, de tradition, de bienséance, bref des préjugés d'ancien régime sur l'inégalité des personnes. L'arrêt le ramena de force aux principes d'égalité et de légalité. — Au demeurant, la matière des oppositions est, de nos jours, en léthargie. V. cep. trib. Paris, 13 déc. 1983, et Paris, 17 févr. 1984 (du père de la fille pour cause de doute sur le sexe du futur), D. 84, 350, n. M.-L. Rasset, *R.T.*, 85, 135, n. J. Rabellin-Devichi ; Versailles, 15 juin 1990 (du père de la fille pour cause de fictivité du mariage, qui n'aurait eu d'autre fin que de faire acquérir la nationalité française au futur [cf. *supra*, p. 433], mais comment juger un consentement qui n'a pas encore été donné ?), D. 91, 268, n. Hauser, *J.C.P.*, 91, 2, 21759, n. F. Laroche-Gisserot.

b) *Des restrictions aux remariages*. — Une catégorie classique, aujourd'hui, sur le déclin est représentée par les *clauses de viduité* (de veuvage, de deuil éternel) : un époux, en adressant un legs à son conjoint, y met la condition que celui-ci, s'il survit, ne se remariera pas. La jurisprudence traite cette clause de la même manière que la clause de célibat dans les libéralités : validité de principe (Req. 18 mars 1867, D. 67, 1, 332 ; Req. 30 mai 1927, D.H. 27, 448 ; trib. Châtelleraut, 8 févr. 1949, D. 49, 467), sauf au gratifié (pour s'exonérer de la condition, tout en conservant le bénéfice du legs) à démontrer que le testateur a été guidé par un mobile répréhensible (« jalousie posthume ») (Civ. 24 oct. 1939, D.H. 40, 1). Critique dans Huet, *R.T.*, 1967, 45 ; Bénabent, *R.T.*, 1973, 435.

La jalousie peut paraître avoir de sérieuses raisons quand elle est dirigée contre un remariage après divorce. Elle n'est pas, pour autant, plus licite, car elle enlève au divorce cet effet reconstituteur que beaucoup regardent comme la justification moderne du divorce. En fait, les libéralités entre époux sont rarement concernées par le

débat, car, soit par la révocabilité naturelle des plus usuelles d'entre elles (legs, donations faites pendant le mariage), soit par l'application des a. 267-269, il est probable que le conjoint gratifié sera privé de ses espérances bien avant d'être remarié. Mais la prestation compensatoire a ouvert un nouveau champ de discussion. Surtout quand elle est stipulée en forme de rente (a. 276), il arrive que les époux, dans le divorce sur requête conjointe conviennent qu'elle cessera en cas de remariage (ou même de concubinage). On invoque pour la validité l'esprit de liberté inhérent à ce divorce-contrat, une analogie tirée de l'a. 283. Il semble qu'à Paris la clause ait été couramment validée par les J.A.M. (cf. Massip, D. 79, chr. 122). Mais ailleurs elle a été condamnée comme tendant à peser sur la liberté du mariage (trib. La Rochelle, 19 oct. 1978, D. 78, *I.R.*, 435 ; Grenoble, 20 mai 1981, *J.C.P.*, 83, 2, 20088 ; Bordeaux, 8 févr. 1984, D. 85, *I.R.*, 173). La question se pose différemment dans le divorce pour faute, où la prestation compensatoire se retrouve, mais allouée par l'autorité du juge. Civ.² 2 mai 1984, D. 84, 579, 1^{re} esp., décide que la prestation ne peut être subordonnée à une condition de non-remariage, et elle en donne trois arguments de texte : l'a. 271 (la prestation a pour référence fixe le jour du divorce) ; l'a. 273 (la rente a un caractère forfaitaire) ; l'a. 276-1 (la rente peut être affectée d'un terme extinctif ; donc, *a contrario*, pas d'une condition). A l'arrière-fond, peut-être, la vieille idée que les jugements sont des actes de droit public, *actus legitimi*, qui ne sauraient être amollis par l'incertitude.

TITRE II

La vie en mariage

Le lien matrimonial produit une série d'effets juridiques. Quelques-uns ne seront cités ici que pour mémoire, parce qu'ils ressortissent à l'étude d'autres institutions. C'est ainsi que, de plein droit, le mariage : 1^o crée un rapport d'*alliance* entre chaque conjoint et les parents de l'autre (v. p. 35) ; 2^o *légitime*, s'il y en a, les enfants naturels que les époux avaient pu mettre au monde antérieurement à leur union (v. *infra*, p. 321) ; 3^o *émancipe*, le cas échéant, le conjoint mineur de 18 ans, ce qui *a priori* ne concerne plus que la femme (*supra*, p. 149).

Le C.C. a, en outre, rattaché au mariage, sous la rubrique *des obligations qui naissent du mariage* (a. 205 s.), des effets juridiques, les devoirs alimentaires qu'il est plus exact de faire dériver de la filiation (de toute filiation, même hors mariage) et de la parenté (de toute parenté, même naturelle). Sous cet aspect, nous les avons déjà rencontrées (*supra*, p. 47, 85).

Finalement, les effets du mariage que nous retiendrons pour étude sont ceux qui se présentent sous la forme de *rappports de droit entre les conjoints*, rapports de droit dont l'ensemble constitue, au profit ou à l'encontre de chacun des deux intéressés, l'*état d'époux*, l'*état de gens mariés*. C'est le point de vue sous lequel s'est placé le C.C. dans ses a. 212 s., au chapitre des *devoirs et des droits respectifs des époux*. Toutefois, ce chapitre est loin d'épuiser le sujet. Il devra être complété plus tard par l'étude des régimes matrimoniaux, des droits du conjoint survivant, surtout de ses droits successoraux, etc., toutes institutions qui sont aussi des effets du mariage.

L'énumération, néanmoins, appelle un tri : parmi ces effets du mariage, il en est qui touchent davantage à la personne, d'autres à

l'argent. D'où la distinction usuelle, qui va être reprise, des rapports *personnels* et des rapports *pécuniaires* entre époux.

Au préalable, pourtant, une remarque générale : depuis que le divorce s'est implanté dans les mœurs, avec l'image d'un remède qui serait quasiment à portée de la main de chaque époux, on peut se demander si la *vie en mariage* tout entière n'est pas frappée d'une sorte d'irréalité. A quoi bon s'efforcer d'analyser en détail les relations dont elle est tissée pour déduire de chacune des conséquences appropriées, alors que le divorce peut permettre une appréciation et une solution globales. Ou la vie en mariage est agréable à vivre, « tolérable » à tout le moins, et les conjoints s'accommoderont entre eux, organiseront leur *modus vivendi* sans recourir au droit ; ou elle est décidément insupportable, et ils finiront par divorcer. Pour peu que le divorce soit bien conçu, ils perdront même le souvenir de cette vie. A moins qu'il n'y ait des enfants...

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, I, n^{os} 965 s. — Marie Lamarche, *Les degrés du mariage*, Th. Bordeaux, 1997 (montre comment l'intention de *vivre ensemble*, qui peut être plus ou moins intense, agit sur le déroulement des rapports conjugaux).

HISTOIRE

Fr. Lebrun, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, 1975.

SOCIOLOGIE

Les rapports entre gens mariés ont été longtemps dépeints en termes d'équilibre et de complémentarité (Azaïs, dont Bonaparte aimait et soignait l'optimisme, y voyait une application de sa philosophie des compensations). A notre époque, les préoccupations féministes ont conduit parfois à des analyses moins sereines : à l'intérieur du couple, le rapport des forces peut être instable, et il s'y déroule une lutte pour le pouvoir domestique (cf. F. de Singly, *Fortune et infortune de la femme mariée*, 1987). Mais v. aussi Bozon, *Pop.*, 90, 327 s., 565 s. (l'écart d'âge, domination consentie). Enquêtes plus neutres : Ménages et modes de vie, *A.S.*, 84, p. 9-86 ; Organisation domestique, *Économie et Statistique* (I.N.S.E.E.), n^o 187, 1986.

THÉORIE JURIDIQUE

Avant que d'être un état de la personne, l'état d'époux peut être compris comme l'appartenance à un groupe, à une communauté, le *ménage* (cf. *supra*, le projet de reconnaître la famille comme personne morale). L'a. 159 C.C.S. attribuait au mariage pour premier effet de créer une entité distincte des époux, l'*union conjugale*, sorte de support d'un intérêt collectif, et dans la modernisation du droit matrimonial applicable depuis 1988, cette disposition a été délibérément maintenue (cf. Grossen, *R.T.*, 85, 831). Chez nous, une notion de droit positif telle que celle de l'intérêt de la famille (a. 217, 220-1, 1397) est plus claire si l'on peut percevoir derrière elle un groupe que si on la dissout en rapports individuels.

C'est un problème différent que de savoir si, dans le couple, les deux époux ne font juridiquement qu'une personne, comptant à eux deux pour une seule tête. Une maxime avait eu cours dans l'Ancien droit : *vir et uxor censentur in lege una persona* (d'où, par ex., un legs adressé au mari, à la femme et à un enfant par parts égales n'eût donné au mari et à la femme que la moitié en tout, au lieu du tiers à chacun). C'était une déduction évidente de la parole biblique *duo erunt in carne una* (Genèse, 2:24). Seulement, l'unité était obtenue non pas par la création d'une tierce personne, personne morale, incarnant un intérêt collectif supérieur aux intérêts individuels, mais par l'absorption d'une personnalité dans l'autre, de la personnalité de la femme dans celle du mari (telle étant la signification primitive et forte de la puissance maritale). On pourrait, çà et là, trouver dans le droit contemporain des résurgences plus ou moins claires de cette idée profonde de l'unité du ménage (ex. Comm. parit. canton. Limay, 2 juill. 1946, D. 47, 14 et la note Voirin ; Alger, 20 oct. 1948, D. 49, Som. 51). Mais le courant va en sens contraire, vers l'autonomie et la dualité des personnes et l'abolition de la puissance maritale (1938), puis de la notion du chef de la famille (1970), l'a rendu irrésistible (ex. C. d'État, 14 nov. 1952, S. 53, 3, 45 ; Crim. 26 févr. 1953, D. 53, 307). Cf. C. Labrusse, Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint, *R.I.D.C.*, 1967, 431.

L'envers de l'état de gens mariés est la condition de *célibataire*, très différente selon le sexe, malgré les efforts d'égalité. Il y a des recherches à mener dans les directions tracées par F. Terré, Les célibataires, *Mélanges Flattet*, Lausanne, 1985, 111 ; v. ainsi, chez F. de Singly et al., *La famille état des savoirs*, l'approche historique d'Y. Kniebihler, p. 75, et dans le Colloque de l'I.N.E.D., *La nuptialité*, 1991, S. Thave, p. 59 (Célibataires, mais pas seuls), et F. de Singly, p. 75 (Le célibat contemporain), et Kaufmann, Les ménages d'une personne (catégorie plus vaste que le célibat, isolement), *Pop.*, 94, 935. Mais dans la mesure (croissante de nos jours) où le célibat est le soubassement d'une cohabitation, d'une *vie maritale*, la condition des célibataires tend à rejoindre en fait – et partiellement en droit – celle des gens mariés (cf. *infra*, p. 669).

RAPPORTS PERSONNELS

Les effets que produit ici le mariage peuvent être regardés, parce que ce sont des effets *de droit*, comme des restrictions que chacun des époux a volontairement apportées à sa liberté personnelle. Par là s'affirme le contraste avec l'union *libre* (cf. *infra*, p. 669). Le joug du droit est cependant léger.

Ces restrictions à la liberté s'expliquent par deux idées générales. L'une relève du droit des obligations : le mariage crée entre les époux des *devoirs réciproques*. L'autre vient du droit des groupements : le mariage crée entre les époux une sorte d'*unité*, qui est le *ménage* (ou la famille, par-delà). L'ensemble du système est d'ordre public : les époux ne pourraient y déroger et tenter (par ex. dans leur contrat de mariage, a. 1388) de donner une autre structure juridique à la famille qu'ils fondent.

1 / La réciprocité des devoirs

Il faut d'abord se reporter au chapitre *des devoirs et des droits respectifs des époux* (a. 212 s). La rubrique même est significative : parlant de *devoirs* plutôt que d'obligations, elle suggère que la morale, à cet endroit, importe plus que la sèche technique, et plaçant les devoirs *avant* les droits, elle semble inviter chaque époux à se montrer exigeant envers lui-même plutôt qu'envers l'autre. C'est par les devoirs, non par les droits, que le mariage se définit le mieux.

Quoique, dans le chapitre, l'a. 212 ait l'air du texte fondamental, son énumération appelle quelques remarques. Le devoir de secours ressortit à l'ordre des rapports pécuniaires, qui ne sera étudié que plus loin. En revanche, le devoir de *communauté de vie*, inscrit à l'a. 215, al. 1, fait partie des rapports personnels, au même titre que les devoirs de *fidélité* et d'*assistance*. Mais aux devoirs expressément nommés par la loi, il convient d'ajouter tous ceux que les tribunaux font implicitement entrer dans le contenu du mariage, en considérant que leur violation peut constituer une faute, cause de divorce au sens de l'a. 242 (avant 1975, une injure, cause de divorce au sens de l'a. 232). C'est le lieu d'observer que le divorce (ou la séparation de corps) est le plus souvent la seule sanction pratique des devoirs d'ordre personnel entre époux.

1 | DES DEVOIRS EXPRESSÉMENT ATTACHÉS AU MARIAGE

Face à ces devoirs, les époux sont placés par la loi sur un pied d'égalité.

► *Communauté de vie*

Le mariage oblige essentiellement les époux à vivre ensemble. L'a. 215, al. 1, l'exprime aujourd'hui en une forme parfaitement symétrique, tandis qu'avant la l. 4 juin 1970, bien que l'obligation fût déjà réciproque, la formule employée laissait apparaître le mari comme le maître de maison : il était tenu de recevoir sa femme, celle-ci était tenue d'habiter avec lui.

a) *Contenu de l'obligation*

Sous cette expression de *communauté de vie*, à laquelle il est fait écho en d'autres endroits (et notamment au titre du *divorce*, ce qui est significatif, dans des formules antithétiques, *rupture de la vie commune*, a. 237 s., *vie commune intolérable*, a. 233, 242), l'a. 215 entend beaucoup de choses.

1° *Communauté de vie*, c'est d'abord, traditionnellement, une manière pudique de désigner les *relations sexuelles*, qui constituent le

devoir conjugal par excellence (*debitum conjugale*). D'autres expressions sont équivalentes : *cohabitation* (a. 181), *réunion de fait* (a. 313-2, al. 2), et même *relations* sans en dire davantage dans le cas hors mariage prévu à l'a. 342.

2° Non plus l'aspect charnel, mais un aspect matériel, économique de la notion est en cause dans une seconde acception qui est la *communauté de ménage* (acception évidente dans l'ancien a. 340-4°, lequel, hors mariage, opposait la communauté de vie aux relations sexuelles même stables et continues). Les époux ont le devoir de faire ménage commun, de vivre à *même pot et feu*, comme on disait au Moyen Age, de partager la vie comme on partage le pain. Il ne faut pas mépriser la sagesse ancestrale parce qu'elle a vu *aussi* dans le mariage une sorte de coopérative de consommation, une manière de vivre à moindres frais (non pas toujours à moindres impôts) que dans deux ménages de célibataires.

3° Vivre ensemble, c'est vivre sous le même toit, derrière la même porte, habiter en commun. La *communauté de résidence*, qui est la forme la plus extérieure de la communauté de vie, enferme, implique tout le reste. Aussi est-ce sur elle que l'a. 215 s'est contenté d'arrêter son regard, se dispensant ainsi d'inquisitions, qui seraient malaisées et malvenues, dans l'intimité des foyers : le logis étant commun, la présomption est que la table et le lit le sont également. C'est la résidence qui est ici prise en considération, notion concrète, réaliste, dans son opposition à ce rattachement abstrait qu'est le *domicile* (cf. t. 1, n° 55). Les époux peuvent avoir deux domiciles distincts : ils n'en sont pas moins tenus l'un envers l'autre à n'avoir qu'une résidence (a. 108), qui sera la *résidence de la famille*, c'est-à-dire du ménage et des enfants mineurs.

4° *Communauté de vie* n'est-ce pas enfin communauté *pour la vie* ? Telle est bien, philosophiquement, la définition du mariage, si on le compare à l'union libre, mais notre droit positif admet le divorce...

b) *Mise en œuvre de l'obligation*

Posée en termes abstraits par l'a. 215, al. 1, l'obligation se matérialise par l'établissement d'une résidence commune. Le choix en est fait par l'*accord* des deux époux (a. 215, al. 2) – accord qui n'est bien souvent que tacite, voulu en étant vécu. La communauté de résidence, telle qu'elle est perçue du dehors – question de fait – est un élément de la possession d'état d'époux (a. 195 s.), laquelle contribue parfois à la preuve du mariage, et à davantage peut-être (cf. *supra*, p. 429).

Avant 1975, à défaut d'accord, la décision du mari s'imposait, du moins à titre provisoire – le tribunal pouvant, dans un second temps, sur la demande de la femme, autoriser celle-ci à résider séparément (avec ou sans les enfants mineurs), s'il était prouvé que la résidence choisie par le mari présentait pour la famille des inconvénients graves. La loi de 1975 a rayé de l'a. 215, en même temps que la prééminence intérimaire du mari, toute référence à un recours judiciaire, laissant ainsi dans l'ombre la suite du désaccord.

Une sorte de droit commun des conflits conjugaux suffit à justifier l'intervention du tribunal de grande instance pour vider le différend (cf. a. 258). Cette intervention se conçoit sous la forme limitée d'une autorisation de résidence séparée – dont chacun des époux peut avoir besoin, s'il veut rompre le *statu quo* résidentiel contre le gré de l'autre. La mesure ressemble beaucoup à un diminutif de la séparation de corps – séparation au rabais, sans causes définies, mais qui, en revanche, n'est pas convertible en divorce (si ce n'est par la voie de l'a. 237, deux fois plus longue et sans automatisme).

c) *Suspension de l'obligation*

L'obligation de vie commune n'a jamais été regardée comme absolue. Une impossibilité physique ou même morale peut en justifier l'inaccomplissement. Si, *par sa faute*, l'un des conjoints rend la vie commune intolérable à l'autre, celui-ci est fondé à s'y refuser. La chose était souvent jugée dans le passé au profit de la femme (ex. elle recevait des coups, hypothèse populaire, ou le genre de vie qui lui était offert n'était pas conforme à son rang social, arg. ancien a. 214, al. 2, hypothèse bourgeoise). La solution doit être aujourd'hui bilatéralisée. Elle peut l'être, notamment, autour d'un type de conflit pratiquement important : la cohabitation imposée avec les beaux-parents dans des conditions désagréables, et sans effort suffisant pour chercher un logis autonome.

L'époux qui refuse de reprendre la vie commune tant que n'aura pas cessé la situation dont il se plaint, n'a pas à se faire autoriser préalablement par justice dans son refus : il n'a qu'à partir ou à ne pas rentrer ; trait pour trait, pourra-t-il dire, comme dans un contrat (cf. t. IV, n° 194, *l'exceptio non adimpleti contractus*). Ce n'est qu'un moyen temporaire qu'il oppose : le recours au tribunal lui deviendrait utile si, la situation se prolongeant, il désirait organiser plus durablement une séparation de résidence (cf. *supra*, b). Reste que son initiative de refus s'accompagne d'un risque : dans un procès ultérieur en

divorce, il pourra apparaître comme conjoint coupable (a. 242), coupable de désertion, d'abandon, s'il ne peut établir le motif légitime qui l'avait déterminé à partir.

d) *Inexécution de l'obligation*

En dehors des faits justificatifs auxquels il vient d'être fait allusion, rien ne saurait affranchir un époux du devoir de cohabitation, même pas la renonciation, expresse ou tacite, de l'autre (ce qui implique la nullité des pactes de séparation amiable ; cf. *infra*, p. 638).

Pourtant, l'obligation a beau être d'ordre public, il est difficile d'en assurer l'exécution physique ; et de ce point de vue, il n'y a pas à distinguer selon que la communauté de résidence, dont il faudrait imposer le respect, avait été concrétisée par une décision de justice ou par un accord des parties, auquel l'une d'entre elles voudrait maintenant se soustraire. La difficulté tient au caractère éminemment personnel des actes à accomplir : l'exécution directe, par la force physique, serait impensable, comme contraire à la liberté individuelle (cf. a. 1142). A l'heure actuelle, les juges n'acceptent plus guère de faire injonction à l'époux morose de reprendre la vie commune. Ils ne semblent même plus disposés à user contre lui de cette pression pécuniaire de l'astreinte, qui leur est pourtant ailleurs si familière (une condamnation à une forte somme par jour de retard, comme moyen de faire plier les volontés, cf. t. IV, n° 373). Reste, pour celui qui dans le couple est seul à *faire de l'argent*, la possibilité de couper les vivres à l'autre. Sans doute, le mariage subsistant, selon le principe de droit qui domine les séparations de fait, l'obligation persiste de contribuer à ses charges. Mais, compte tenu des circonstances, par une appréciation morale de la conduite respective des parties, on pourra considérer après coup que l'exécution de l'obligation a été licitement suspendue. En ultime instance, cependant, c'est au divorce (ou à la séparation de corps) qu'il faudra en arriver : soit que le juge retienne l'inexécution de l'obligation comme cause fautive (a. 242) à l'encontre du conjoint déserteur ; soit que, par un renversement de la situation, celui-ci puisse, après six ans, agir sur la base de l'a. 237 (cf. *infra*, p. 527), se faire de sa faute un titre (grevé de charges).

► *Fidélité*

Il y a dans le mariage une promesse. S'il n'est pas au pouvoir du droit de contraindre les époux à l'accomplir, il lui appartient cepen-

dant de leur interdire de s'en écarter. Telle est la signification du devoir de fidélité (a. 212). La violation, soit *physique*, soit *morale* de ce devoir est juridiquement sanctionnée.

a) L'infidélité physique

Elle est constituée par toute relation sexuelle avec un autre. C'est l'*adultère*. Infraction pénale jusqu'alors, l'adultère a été décriminalisé par la loi de 1975, mais il reste un délit civil, et il entraîne, en tant que tel, plusieurs sortes de sanctions :

1° C'est une *cause de divorce* selon l'a. 242. Avant 1975, l'adultère était une cause distincte, *nommée*, de divorce, et même une cause *péremptoire*, c'est-à-dire que le juge n'avait aucune faculté d'appréciation et devait prononcer le divorce dès que le fait matériel était prouvé, sans pouvoir tenir compte des circonstances psychologiques du cas. Depuis 1975, l'adultère n'est plus nommément prévu par le C.C., mais il peut être saisi sous la formule générale du divorce pour faute. Et même, tout à la fois en raison de sa gravité intrinsèque et parce qu'il est la violation du premier nommé des devoirs du mariage, il conserve un relief particulier dans la pratique des causes fautives. La cause, néanmoins, n'est plus péremptoire : les juges peuvent repousser la demande s'ils estiment que l'adultère commis par l'un s'explique, s'excuse (cf. a. 245, al. 1) – non pas se justifie – par certains comportements imputables à l'autre (un époux a été chercher hors de chez lui l'affection qui lui était refusée à domicile).

2° L'époux offensé qui ressent l'adultère comme une blessure, une atteinte à ses sentiments, peut demander réparation du préjudice moral qu'il éprouve (a. 1382). L'action en *dommages-intérêts* est dirigée contre le conjoint coupable et peut l'être aussi contre son complice, amant ou maîtresse. L'indemnité allouée ressemblera fort – peut-être plus que dans d'autres hypothèses de préjudice moral – à une peine privée. On ne confondra pas ces dommages-intérêts avec ceux de l'a. 266, lesquels tendent à réparer un préjudice distinct, celui qui découle de la *dissolution* du lien.

3° C'est encore, au fond, sanctionner l'adultère que de frapper le conjoint coupable en la personne – assurément innocente – de son *enfant adultérin*, dont la condition juridique sera inférieure à celle d'un enfant légitime ou même d'un enfant naturel simple. Cette condition, très dure dans le C.C. de 1804, a été améliorée par la législation du xx^e s., et la l. 3 janv. 1972 en a changé le sens. Le principe est que l'adultérin a des droits égaux à ceux du légitime, mais, sur un terrain

très circonscrit – la vocation successorale dans un seul cas de figure – ses droits sont réduits en faveur du conjoint-victime et des enfants légitimes, afin de compenser le préjudice que l'adultère leur a causé (a. 334 ; cf. *infra*, p. 453).

b) L'infidélité morale

La jurisprudence avait rendu le devoir de fidélité plus strict par une interprétation de l'ancien a. 232, en traitant comme injure, cause de divorce (mais cause facultative, laissant au juge un pouvoir d'apprécier, et non plus cause péremptoire), l'infidélité simplement morale, qui n'est pas allée jusqu'aux rapports sexuels, qui s'est bornée à des intrigues amoureuses. Cette jurisprudence peut revivre dans l'a. 242.

► Assistance

Il existe entre époux un devoir d'*aide* et de *soins* : d'aide dans le travail, de soins en cas de maladie ou d'infirmité (corollaires : les a. 493, 496 ; contradiction : l'a. 238 et l'idée même d'un divorce pour cause d'aliénation mentale). La mesure et les modalités du devoir sont affaires de mœurs et de circonstances. De son existence, on tire notamment cette conséquence que la femme ne pourrait prétendre à une indemnité du mari pour le travail qu'elle a pu fournir à son profit dans l'accomplissement des tâches ménagères ; que, plus généralement, un époux ne doit pas être regardé, en principe, comme lié à l'autre par un contrat de travail quand il l'aide dans l'exercice de sa profession, *a fortiori* quand il le soigne dans son infirmité : ce n'est que l'exécution d'une obligation préexistante qui découlait de l'union. Sauf exception (ex. a. 280-1, al. 2), on ne saurait comptabiliser ce genre d'aide.

2 | DES DEVOIRS IMPLICITEMENT ATTACHÉS AU MARIAGE

En analysant la jurisprudence très abondante à laquelle avait donné lieu avant 1975 l'a. 232 (à peu près remplacé depuis lors par l'a. 242), on voit apparaître, comme par reflet, toute une liste de devoirs et obligations résultant du mariage, dont la violation peut constituer, aux

yeux des tribunaux, une faute, cause de divorce. Ce n'est pas la loi qui les prescrit, c'est la morale conjugale, telle que l'apprécient les juges, et il faut reconnaître que ceux-ci en ont un sentiment élevé et délicat. Il ne peut être question que de citer des exemples : le devoir de sincérité, le devoir de patience, le devoir de maintenir avec l'autre conjoint une certaine communion spirituelle, le devoir de veiller à son propre honneur afin de ne pas laisser atteindre par contrecoup l'honneur de l'autre, qui est solidaire. Sans doute pourrait-on résumer ce code de morale conjugale en disant que chaque époux a le devoir de respecter la personnalité de l'autre. Ce n'est peut-être pas toujours réaliste.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 342 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, VII, § 470 s. ; Hauser, I, n^{os} 974 s.

I. — DES DEVOIRS RÉCIPROQUES EN GÉNÉRAL

On observe que les articles du C.C. qui y sont relatifs, dépouillés de leurs alinéas techniques, font l'objet, dans le rituel du mariage (a. 75, al. 1), d'une lecture à haute voix par l'officier de l'état civil, qui paraît *stipuler* (au sens du droit romain) de chaque époux au nom de l'autre : chacun, en disant *oui*, répond à la stipulation par une promesse. Il est probable que, dans beaucoup d'unions libres, la stipulation et la promesse se font sans public, sinon mentalement.

Pour la compréhension des a. 212 s., il n'est pas mauvais de se reporter à Pothier (*Contrat de mariage*, n^{os} 379-383), qui les a largement inspirés (contrat de mariage, entendez le mariage en tant que contrat, abstraction faite du sacrement, qui relève du droit canonique, non du droit civil). Que *l'amour conjugal* ne soit pas nommé dans l'a. 212 a de quoi surprendre les profanes, et le romancier Paul Hervieu, membre de la première Commission de réforme du C.C., en 1904, avait proposé de faire cette addition. L'idée reçut des techniciens un accueil sarcastique (peut-on aimer par devoir ? Cf. Bonnacase, *Philosophie du C. Nap. appliquée au droit de famille*, n^o 5). Il faut, pourtant, observer que c'est Pothier lui-même (*loc. cit.*), qui déclare que chaque époux est *obligé d'aimer* l'autre (cf. saint Paul, *Éphésiens*, 5:25 s.). Et la sanction ? La plus topique serait le divorce. Il est vrai que Civ.² 2 févr. 1972, D. 72, 295, a refusé de voir une cause de divorce dans le manque d'amour, la loi imposant aux époux non des sentiments, mais seulement le respect d'une fidélité objective. Il ne faut pas, toutefois, s'exagérer la portée de l'arrêt : son intention n'a été que d'affirmer la valeur des « mariages de raison », *contractés* par raison plutôt que par passion romantique. Pothier, qui était célibataire, rappelle sobrement le *devoir conjugal* (*debitum conjugale*)

dont chaque époux est tenu à la demande de l'autre (*loc. cit.*, n^{os} 380, 382), sans casuistique, en bon janséniste qu'il était. Il n'insiste pas sur l'exécution forcée, et il a bien raison : elle peut faire perdre beaucoup de son charme à la créance. Aujourd'hui, en tout cas, par interprétation de l'a. 332 C.P. (devenu a. 222-23 N.C.P.), le mari qui passerait aux actes contre le gré de la femme se rendrait coupable du crime de viol (Crim. 17 juill. 1984, mais les époux avaient des résidences séparées, D. 85, 7, n. D. Mayer, *R. sc. crim.*, 85, 82, n. Levasseur ; Crim. 5 sept. 1990, mais il y avait eu de graves violences, D. 91, 13, n. Angevin, *J.C.P.*, 91, 2, 21429, n. M.-L. Rassat, qui pense que, tout de même, en présence d'une contrainte pure de violence, le *debitum conjugale* aurait opéré comme fait justificatif, *R.T.*, 91, 301, n. Hauser ; Crim. 11 juin 1992, examine la question à l'état pur et décide que le mariage crée une présomption de consentement, mais seulement jusqu'à preuve contraire, D., 93, 117, n. M.-L. Rassat, qui recherche comment se fera la preuve ; *J.C.P.*, 93, 2, 22043, n. approbative Garé ; *R. sc. crim.*, 93, 107 et 330, n. Levasseur). Reste le remède du divorce : aussi bien le refus du devoir que l'excès de la demande sont des fautes conjugales au sens de l'a. 242. Regardons les sphères éthérées : notre époque, éprise d'information et de transparence, en a déduit une obligation de *sincérité* pendant le mariage (cf. Guyon, *R.T.*, 1964, 473), et même pendant le divorce (a. 259-3).

Quelle est, en général, la *sanction* des devoirs entre époux ? Pratiquement l'a. 242, donc le divorce ou la séparation de corps. Mais l'époux qui y recourt peut faire figure de Gribouille, puisqu'en rompant ou relâchant le lien il dispense pour l'avenir le coupable de tout ou partie des obligations déjà égratignées. Aussi conçoit-on techniquement la solution de Civ.¹ 9 nov. 1965, D. 66, 80, n. J. Mazeaud, bien que l'on y soupçonne une pointe d'hostilité idéologique au divorce : les devoirs entre époux (en l'espèce, celui qu'avait le mari de recevoir la femme au « domicile conjugal » peuvent n'avoir d'autre sanction que des dommages-intérêts ; l'unité du ménage (cf. *infra*, p. 454) n'empêche pas le droit commun de la responsabilité civile de s'appliquer entre époux (cf. Aix, 11 juin 1978, D. 79, 192, n. Prévault), et l'on notera que, sous un régime de communauté, l'indemnité allouée pour dommage corporel ou moral est appelée à rester propre au conjoint demandeur (a. 1404).

II. — DU DEVOIR DE COMMUNAUTÉ DE VIE

V. sur le principe, Le Picard, *La communauté de vie conjugale*, Th. Paris, 1929 ; M.-Chr. Maigne, *La communauté de vie*, *J.C.P.*, 1976, 1, 2803 ; Nerson, *R.T.*, 78, 870 ; Hénaff, *La communauté de vie du couple*, *R.T.*, 96, 551. Sur la notion de *cohabitation*, son rapport aux relations sexuelles, ses différents rôles, y compris dans le hors mariage, où le mot a pris un sens absolu pour désigner un type de concubinage, v. F. Dekeuwer-Défossez, in C. Brunetti-Pons, *La notion juridique de couple*, 1998, 61.

SOCIOLOGIE

L'observation des sociétés rurales a fait apparaître deux types de mariage, déterminant des relations différentes à l'intérieur de la famille, selon le lieu où va s'organiser la vie commune du nouveau couple. Il y a mariage *patrilocal* si la demeure de la famille

est celle du mari ; mariage *matrilocal* dans le cas inverse (le mari se fait *gendre*). On parle de mariage *néolocal* lorsque le domicile conjugal est indépendant, comme semble le préconiser la Genèse (2:24), dont les arrêts, sans doute, s'inspirent parfois (ex. Soc. 24 oct. 1960, *Bull.*, n° 923).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *La communauté de vie.*

1° Au sens du *devoir sexuel*. La non-consommation du mariage ou la limitation de rapports intimes imposées par l'un des époux à l'autre est une faute au sens de l'a. 242 : Civ.² 5 nov. 1969, D. 70, 223, Civ.² 4 oct. 1978, D. 79, *I.R.* 211 ; Amiens, 28 févr. 1996, *G.P.*, 96, 2, 445. Existe-t-il, par extension, un devoir de procréation ? Bordeaux, 1^{er} oct. 1991, *J.C.P.*, 92, 1, 3593, n° 1, n'a pas retenu comme cause de divorce le refus de l'épouse de se prêter à une fécondation *in vitro* ; mais Bordeaux, 7 juin 1994, *J.C.P.*, 96, 2, 22590, a vu un comportement fautif et injurieux dans le refus d'une femme de soigner sa stérilité.

2° Au sens de la *communauté de ménage et de toit*. L'abandon du domicile conjugal (il vaudrait mieux dire aujourd'hui : de la *résidence*, mais c'est la formule traditionnelle) est une cause de divorce bien typée (ex. Req. 19 janv. 1916, D. 16, 1, 249) – sauf à nuancer.

Un point reste important : que le devoir est subordonné à certaines conditions, et qu'un conjoint (spécialement la femme) peut être justifié, en certains cas, à ne pas le remplir. Ex. Req. 27 janv. 1908, D. 08, 1, 154 (mauvais traitements du mari) ; Toulouse, 30 janv. 1961, D. 61, 324. C'est une pratique bien fixée : si la femme (par hypothèse) est, au domicile conjugal, en butte au comportement violent ou injurieux du mari, elle est en droit de partir de sa propre autorité, à la condition d'apporter par la suite la preuve de son juste motif. Ex. Civ.² 15 janv. 1969, D. 70, 148, 1^{re} esp. ; Civ.¹ 16 févr. 1983, D. 84, 39 ; Civ.¹ 17 juill. 1985, *Rép. not.*, 86, 1991 ; Civ.¹ 19 nov. 1991, *Rép. not.*, 92, 720 ; Dijon, 11 févr. 1994, *R.T.*, 94, 836.

Supportable dans une certaine solitude à deux ? Ici se greffe le problème de la cohabitation du ménage avec de tierces personnes, notamment avec les parents de l'autre. Ex. Civ. 21 mars 1950, *J.C.P.*, 50, 4, p. 77 ; Civ.² 12 mars 1970, *Bull.*, n° 92 ; trib. civ. Péronne, 15 févr. 1951, *J.C.P.*, 51, 2, 6261, contre le devoir de cohabiter avec la mère du mari. Les inconvénients psychopathologiques de la cohabitation forcée sont bien connus ; c'est la sphère d'intimité individuelle qui est atteinte. Mais s'il y a pénurie de logements ?

2° La communauté de vie sous son aspect matériel, jointe à la nature instable de la possession mobilière (cf. t. III, n° 226 II b), détermine un phénomène physique, la confusion, la *mixture des meubles corporels* : comment chacun pourra-t-il prouver qu'il est le propriétaire exclusif de tel objet ? La possession est équivoque. La question se retrouve ailleurs que dans le mariage, partout où il y a habitation en commun (concubins, parents et enfants, employés de maison). Mais dans le mariage la cohabitation n'est pas seulement occasionnelle et de fait ; elle est un devoir et de longue durée. Aussi la loi est-elle intervenue. Dans les régimes de communauté, le mélange des meubles est pris en compte par le droit sous la forme de la présomption d'acquêt (a. 1402). Dans le

régime de séparation de biens, il a pour conséquence ultime le partage par moitié des meubles confondus (a. 1538, al. 3), donc la reconnaissance d'une sorte de communauté empirique de biens.

b) *Interférence de la pluralité de domicile* (a. 108). — Civ.¹ 8 mai 1979, D. *I.R.*, 495, déclare que la possibilité pour les époux d'avoir des domiciles différents ne les dispense pas de l'obligation de communauté de vie. C'est apparemment une simple paraphrase de l'a. 108. On peut, cependant, y apercevoir quelque chose de plus : la condamnation d'une thèse radicale, qui aurait pu être soutenue à partir de l'a. 215, al. 2, selon laquelle le commun accord sur le choix de la résidence devrait être constamment maintenu ; si bien que l'obligation de vivre ensemble – par conséquent de coucher ensemble – ne serait plus, depuis 1975, qu'une obligation purement potestative, facultative, morale, pour chacun des deux époux. Seulement, une fois cette thèse condamnée, que faire s'il y a désaccord ? Le recours au tribunal est inévitable, mais quel pourra être l'aboutissement ? Pour donner à l'engagement de communauté de vie sa pleine force, il faudrait que le juge pût fixer un lieu de résidence obligatoire pour les deux conjoints, ce qui, en fait, se ramènerait presque toujours à donner la préférence à l'un des deux projets en conflit. Quant à la sanction, ce sera le poids des torts et griefs dans un éventuel procès en divorce pour faute, ou bien le rejet d'une demande de contribution aux charges du mariage, ce qui était justement l'enjeu dans Civ.¹ 8 mai 1979, comme en beaucoup d'affaires analogues.

III. — DU DEVOIR DE FIDÉLITÉ

a) *Notion de l'adultère*. — Touche d'histoire in *Annales, H.S.S.*, 98. Bien que la théorie civile et la théorie pénale fussent ici distinctes (cf. Raynaud, *Mélanges Magnol*, 1948, 353 s.), les analyses des criminalistes sur les éléments constitutifs de l'adultère (ex. Garraud, *Traité théor. et prat. dr. pén.*, V, 3^e éd., n° 2147 s.) avaient un intérêt, et le conservent malgré la décriminalisation, pour une étude civiliste du devoir de fidélité, bien que « l'adultère ne soit plus ce qu'il était » (cf. Hauser, *R.T.*, 91, 302). — En faisant de l'adultère moral, sentimental, sous le couvert de l'injure grave, une cause de divorce (ex. Req. 28 mars 1938, S. 38, 1, 179 ; 8 juin 1939, D.H. 39, 421 ; Civ. 27 févr. 1950, D. 50, 316 ; cf. Paris, 13 févr. 1986, *G.P.*, 86, 1, 216), la jurisprudence civile a paru consacrer une conception austère du devoir de fidélité, où passe comme un souffle de morale évangélique (Matt. 5:28). Mais ce « petit adultère » est-il pris en considération pour lui-même, ou comme présomption de l'autre ?

En sens inverse, les *procréations artificielles* (cf. *supra*, p. 213) ont fait apparaître la possibilité d'un adultère licite et même moral. Mais y a-t-il même adultère ? L'analyse classique enseignait que c'était la conjonction des sexes qui était l'élément matériel du délit pénal ou civil. Cela s'entend mieux d'une conjonction des corps, de la chair, que d'une conjonction de sperme et d'ovule. Qu'importe, d'ailleurs ? L'élément matériel serait-il réalisé, il manquerait encore l'intention coupable, disons mieux : le désir, nécessaire autant qu'au délit pénal au délit civil (bien que le contraire ait été jugé du temps de la cause péremptoire, Civ. 29 janv. 1936, D. 37, 1, 15, n. prémonitoire). On peut encore ajouter cette analogie suggestive : la cause péremptoire était neutralisée, sinon par le simple consentement de l'époux trompé, du moins par sa connivence active dans l'adultère (Paris, 18 juill. 1893, D. 93, 2, 471).

b) *Inégalité ou égalité des sexes.* — Dans beaucoup de systèmes archaïques, mais aussi dans notre ancien droit, et même dans les codifications napoléoniennes, la femme était traitée plus sévèrement que l'homme, sur le terrain de la cause de divorce aussi bien que de la répression pénale. On rationalisait après coup l'injustice, on la rationalise encore, en disant que l'adultère de la femme est, pour la famille et pour la société, plus dangereux : il risque de perturber la vérité des filiations (du moins leur vérité biologique). Le fait est que le C. Nap. de 1804, comme le C.P. de 1810, ne prenaient en considération l'adultère du mari qu'autant qu'il y avait eu entretien d'une concubine au domicile conjugal, et les pénalités étaient plus indulgentes. L'inégalité subsista en droit pénal jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à décriminalisation totale par la l. 11 juill. 1975. En droit civil, au contraire, dès 1884, le rétablissement du divorce fut l'occasion de placer les deux époux sur un pied d'égalité.

c) *La fin de l'adultère.* — Les propositions qui se succédaient depuis une dizaine d'années en vue de décriminaliser l'adultère faisaient état de l'indiscutable décadence de la répression pénale : l'infraction n'était plus guère invoquée par l'époux offensé que s'il cherchait à se procurer, par un constat de commissaire de police, une preuve facile de la cause de divorce, et les poursuites n'aboutissaient qu'à de ridicules peines d'amende. A quoi l'on objectait que la proclamation des interdits sociaux dans le C.P. a une valeur psychologique indépendante de l'application ; qu'en outre une abolition risque d'être reçue dans l'opinion publique à l'instar d'une permission. Le premier projet de réforme, le projet 1973, tout en abrogeant les a. 336-339 C.P., conférait au tribunal du divorce la faculté de prononcer une amende civile contre le conjoint coupable et son complice ; parallèlement il maintenait l'adultère comme cause autonome parmi les cas de divorce pour faute. D'en haut, cependant, soit calcul politique, soit penchant sincère, la décision vint de brûler cette étape, et de rompre toutes amarres d'avec le Décalogue. C'est peut-être le mot, plutôt que le fait, que l'on a voulu expulser du code. A travers l'a. 242, l'adultère reste une cause sérieuse de divorce (ex. Civ.² 23 avr. 1980, *G.P.*, 81, 1, 89 ; Civ.² 12 juin 1987, *D.* 87, *I.R.*, 160. Cependant, les juridictions du fond écoutent facilement — sans doute trop — ceux qui, maris ou femmes, mais surtout maris, leur exposent que *more gallico* un coup de canif n'est pas une violation grave, et que la vie commune est toujours tolérable à qui sait fermer les yeux. C'est pour tous ceux-là que l'a. 245, al. 1 a été écrit. C'est une question de fait, et la Cour de cassation ne tient pas à la contrôler : Civ.² 29 avr. 1994, *Bull.*, n° 123, *R.T.*, 94, 571. Soulever ou non en public la faute n'est plus (n'a jamais été, au fond, depuis la III^e République) qu'une affaire intérieure au couple. L'espèce de 1994 portait d'ailleurs à l'indulgence : l'adultère avait été constaté plus de deux ans après l'ordonnance de résidence séparée, et « le devoir de fidélité était nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure ». En somme, la faute incombait à la justice : l'adultère n'était qu'une anticipation du divorce et du remariage. Cf. Mayaud, *R.T.*, 80, 494 ; J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 80, 333 ; Hauser, Fautes de l'an 2000, *R.T.*, 91, 710. Sur la preuve de l'adultère, v. *infra*, p. 558).

d) *L'adultère vingt après.* — V. C. Chabault, De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute, *Dr. Fam.*, 98 (7-8), 6 : étude très complète de jurisprudence, juridictions du fond y comprises grâce aux *Juris Data*. Elle montre l'extrême diversité des appréciations non seulement sur les faits mêmes d'adultère, mais sur l'« excuse » de l'a. 245, destinée à éviter le divorce aux torts exclusifs, sur le moment des faits, sur leur preuve. Le drame de l'adultère, s'il n'était que dans le cœur de l'homme ou de la

femme !... Il est aussi au cœur de notre droit, dans la contradiction de la double révélation à laquelle inconsciemment il obéit : d'un côté, la condamnation catégorique du Décalogue, de l'autre l'impossibilité de juger inscrite dans l'Évangile de Jean (8:3-11). Nos juges, eux, ne peuvent pas s'éclipser sur la pointe des pieds.

e) *Adultère et enfant adultérin.* — 1^o *Question de droit positif.* V. J. Groslière, *R.T.*, 90, 229 : l'infidélité (dénoncée ou avancée) de la femme a une incidence sur le contentieux de la légitimité. L'adultère ne fait pas présumer l'adultérin ; le Digeste (48, 5, 12, 9) avait déjà cette règle de bon sens, dont les vieux professeurs de droit avaient fait un distique : *Cum possit et mater adultera fuisse et impubes patrem maritum habuisse*. L'Ancien Droit criminel avait eu, sur un autre terrain, une présomption plus redoutable : *adultera, ergo venefica*, pour le cas où le mari aurait été empoisonné. 2^o *Question de politique législative.* La doctrine traditionaliste a mis en accusation la législation moderne pour avoir affaibli le devoir de fidélité, voire légitimé l'adultère, en autorisant la légitimation des adultérins (l. 7 nov. 1907 et lois postérieures), puis en leur accordant des droits successoraux (l. 3 janv. 1972). Cf., sur la loi de 1972, M.-L. Rassat, *R.T.*, 73, 207 ; H. Mazeaud, *J.C.P.*, 77, 1, 2859. Mais frapper l'enfant à cause de la faute que ses parents avaient commise était trop directement contraire au principe de la personnalité des délits et des peines pour que notre société, individualiste et libérale, pût continuer de s'en accommoder : ce n'est pas la permissivité des mœurs qui a dicté ici les réformes, c'est la justice du cas (cf. G. Cornu, *La naissance et la grâce*, *D.* 71, chr. 165). Et la l. 3 janv. 1972, avait saisi cette occasion de réaffirmer malgré tout le devoir de fidélité comme un engagement contractuel (a. 334, al. 3 ; autre allusion, plus voilée, dans l'a. 1417, al. 2). Cependant, le vent a tourné depuis, et c'est maintenant le camp « laxiste » qui s'indigne, parce que le droit n'a pas tout lâché (cf. *supra*, p. 313, 318).

IV. — DU DEVOIR D'ASSISTANCE

Cf. Culioli, La maladie d'un époux, *R.T.*, 1968, 253 s. ; C. Philippe, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, 1981 (essai remarquable de rendre sens et vie au devoir d'assistance, en le réunissant au devoir de secours sous le concept d'entraide conjugale). — Le devoir d'assistance s'est manifesté à travers la jurisprudence qui, entre époux, a écarté le droit à salaire pour l'aide et les soins fournis de l'un à l'autre : v. Soc. 25 nov. 1943, *J.C.P.*, 44, 4, p. 6 ; Civ.² 19 mars 1954, *D.* 54, 329 ; Civ.¹ 8 juin 1963, *D.* 64, 713. Le B.G.B. contenait à l'origine une disposition expresse (§ 1356, al. 2), obligeant en principe la femme à travailler au ménage et aux affaires du mari. L'a. 214, al. 3, évoquait la même image : « La femme s'acquitte de sa contribution... par son activité au foyer ou sa collaboration à la profession du mari » (cf. Lyon, 30 avr., 1996, *J.C.P.* 97, 2, 22869). Mais la disposition a été abrogée par la l. 11 juill. 1975, et venant de cette même loi, l'a. 280-1, al. 2, suggère maintenant une idée contraire. Si l'indemnité qu'il prévoit procède, comme on l'explique (Caen, 13 mars 1980, *G.P.*, 81, 2, 686, n. Massip), de la théorie de l'enrichissement *sans cause*, c'est la preuve que l'époux enrichi n'avait pas acquis, par le seul fait du mariage, un droit à la collaboration de l'autre (v. cep., par ricochet, Civ.² 18 mars 1981, *Bull.*, n° 70).

Dans cet a. 280-1, c'est la collaboration professionnelle qui est visée. Mais, dans deux autres textes, a. 262-1 et 1442, l'expression a une signification plus générale : ils

disposent que le règlement des intérêts pécuniaires, après divorce ou séparation judiciaire de biens, doit être reporté à la date où les époux ont cessé de cohabiter et de collaborer. Sur cette pente, il a été jugé que l'accomplissement du devoir d'assistance pouvait être regardé comme une forme de collaboration. N'est pas assistance, toutefois, le devoir banal qui consiste à participer à l'entretien de la femme et des enfants, Civ.¹ 28 févr. 1978, D. 79, 597, 1^{re} esp., *J.C.P.*, 79, 2, 19105. Au contraire, si, la femme ayant été victime d'un accident, le mari ne lui a apporté aucune aide, on considérera que l'assistance a cessé, et partant la collaboration, Civ.² 14 mars 1995, D. 96, Somm. 66.

2 / L'unité du ménage

Il est banal de dire que l'homme et la femme, en se mariant, vont fonder un ménage, une famille (cf. Convention européenne des Droits de l'homme, a. 12 : ... le droit de se marier *et* de fonder une famille). Ces expressions n'appartiennent pas simplement au langage courant, elles ont une portée juridique. La loi, surtout dans ses rédactions modernes (a. 213, 215, al. 2 et 3, 217, 220, 220-1, 1397, al. 1, 1409, al. 2) traite le *ménage*, la *famille*, comme une entité distincte des époux, et qui a ses intérêts propres (les deux termes n'étant pas d'ailleurs tout à fait synonymes, car il semble que le *ménage* soit plus spécialement le couple, qui ne devient *famille* que par l'arrivée de l'enfant).

Or, l'individu qui entre dans un groupement quelconque y abandonne nécessairement une part de ses droits. Fort peu de chose dans un groupement (une association, par ex.) auquel on ne participe que par intermittence, bien davantage dans un groupement qui prétend encadrer continûment la vie quotidienne de ses membres. Ainsi, chacun des époux est amené à faire des sacrifices à l'unité du ménage.

Dans le C.C. de 1804, les sacrifices pesaient principalement sur la femme ; et comme, de son côté, le mari paraissait incarner à lui seul tout le ménage, on pouvait dire que la cohésion du groupe était obtenue par un effet de domination – ou, si l'on préférerait inverser la proposition, que la subordination de l'épouse avait pour fonction de cimenter l'unité de la famille. Telle était l'interprétation que la doctrine avait émise après coup pour *rationaliser* les deux techniques traditionnelles de subordination : la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée. Par deux lois successives, la première du Front populaire, la seconde de Vichy (l. 18 févr. 1938 et 22 sept. 1942), le législateur renonça à ces deux techniques. Mais il subsistait une cer-

taine *prépondérance maritale*, que résumait une étiquette très voyante, attribuée en principe au mari, la qualité de *chef de la famille* ([ancien] a. 213). Cette qualité ne fut rayée du C.C. que par la l. 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, tandis que, parallèlement, avant et après, d'autres textes (ex. l. 13 juill. 1965 et 23 déc. 1985 sur les régimes matrimoniaux, l. 11 juill. 1975 sur le divorce) s'employaient à faire disparaître des inégalités plus dispersées. On peut ainsi parler aujourd'hui d'une sorte de principe constitutionnel d'*égalité civile* entre mari et femme – projection à l'intérieur du mariage d'un principe général d'égalité des sexes, qui quant à lui est formellement inscrit dans la Constitution de 1958 à travers le Préambule-annexe de 1946 (v. t. I, n° 76).

Le sens des réformes n'a pas été, cependant, de dissoudre le ménage. Ce qui est changé, c'est que l'unité qui, auparavant, était exclusivement attendue de la prééminence d'un chef, l'est aujourd'hui d'un équilibre de pouvoirs entre deux associés. Mais le ménage continue à s'affirmer, au *dehors* aussi bien qu'au *dedans*.

1 | L'UNITÉ DU MÉNAGE A L'ÉGARD DES TIERS

La comparaison est toute naturelle de l'*association conjugale* (a. 1387) aux autres types d'association : même s'il n'y a pas création d'une personne morale, le ménage affirme son existence à l'égard des tiers.

1° La constitution de l'association conjugale donne lieu à une *publicité*, qui est la publicité même du mariage et plus généralement des actes de l'état civil (cf. t. 1, n° 67). Pratiquement, l'état matrimonial d'un individu se révèle aux tiers, grâce aux mentions en marge (a. 76 et 262), par la seule inspection de son acte de naissance. On pourrait penser que la possession d'état d'époux, par sa visibilité continue, forme une publicité encore plus simple : en fait, le public bien souvent s'en contente. Il existe, cependant, de faux ménages, et c'est pourquoi, en principe, la possession d'état ne suffit pas à établir la qualité d'époux (a. 195 ; cf. *supra*, p. 428).

2° La coutume, consacrée par l'a. 264, qui fait porter à la femme le nom du mari (cf. t. 1, n°s 33, 47), tend à doter le ménage d'une sorte de raison sociale, qui en manifeste l'unité au regard des tiers. Mais l'unité est ici obtenue par une inégalité. Et celle-ci se prolonge dans la transmission du nom aux enfants issus du mariage. C'est le nom de

leur père qui seul leur est transmis. Ils ont seulement (depuis la l. 23 déc. 1985, a. 43) la faculté d'y ajouter le nom de leur mère, mais à titre de simple nom d'*usage* (cf. t. I, n° 29).

3° Par la même technique de prééminence maritale, le ménage était autrefois pourvu d'un siège social, le domicile conjugal : c'était le domicile du mari. Mais la l. 11 juill. 1975, modifiant l'a. 108, a fait du domicile une prérogative, une liberté individuelle de l'un et de l'autre époux. Chacun d'eux jouit séparément de ce rattachement territorial abstrait qu'est le domicile, comme de cet autre rattachement qu'est la nationalité (cf. Code nationalité, a. 21-1 C.C.). La dualité (éventuelle) du domicile n'empêche pas, cependant, l'unité de la résidence : il existe une résidence de la famille (a. 215, al. 2), qui est d'abord la résidence du ménage. Elle ne s'établit, sans doute, que par le commun accord des époux ; mais, une fois établie, elle assure (mieux que ne le faisait peut-être le domicile conjugal) un véritable siège social à l'association conjugale.

L'existence unitaire du ménage étant ainsi extériorisée, les tiers pourront et devront en tenir compte. C'est surtout dans les relations d'ordre pécuniaire que le point a son importance : l'interférence du régime matrimonial, primaire ou secondaire, peut modifier les droits des cocontractants (ex. a. 220).

2 | L'UNITÉ DU MÉNAGE DANS LES RAPPORTS ENTRE ÉPOUX

Bien que l'a. 213, qui semble ramener la vie du ménage à une espèce de concertation permanente, de *codirection*, soit conçu en termes généraux, il ne rend pas complètement raison du droit positif. Il est un domaine qui, de sa nature et sans qu'il soit besoin de texte, échappe à l'unité du ménage : c'est celui qui correspond à la *liberté individuelle* de chaque époux.

► La liberté individuelle

Le mariage n'emporte pas absorption d'une personnalité par l'autre : même lit, rêves différents.

Cela va sans dire. Longtemps, pourtant on a eu besoin de le dire en faveur de la femme, parce que, de ce côté-là, il y avait eu à refouler la

prééminence que la loi attribuait au mari sous des visages divers. Le cas de la femme était exemplaire : du fait même qu'il avait été champ clos de heurts et d'hésitations, il montrait plus clairement ce que peut être l'autonomie personnelle d'un époux malgré la pression unitaire du mariage. Que disait-on de la femme à une époque où le chef de la famille n'avait pas encore disparu ? Qu'elle disposait d'un espace de liberté, d'une sphère d'intimité inaccessible à celui-ci. Sans avoir à solliciter de consentement marital, elle pouvait passer un examen, demander un passeport, s'affilier à une association ou à un parti, exercer son droit de vote, embrasser ou abandonner une religion, etc. Ce sont là des libertés publiques. Mais, même sur un terrain de droit privé tel que celui des relations de sociabilité, elle n'était soumise non plus à aucun contrôle du mari, que ce fût pour ses visites ou pour sa correspondance. Pas de harem non plus ni de voile, si ce n'est de conviction personnelle. Pareillement, aucune coaction physique ne pouvait lui être appliquée, en cas de désertion, pour l'obliger à réintégrer le domicile conjugal, sous prétexte qu'elle avait, en se mariant, aliéné une part de sa liberté : même en face du mari, elle possédait la liberté corporelle de tout individu (a. 16-1 s.) ; et c'était aussi parce qu'elle était maîtresse de son corps qu'elle était seule à pouvoir décider des traitements médicaux ou des opérations chirurgicales qui la concernaient. Enfin, en considérant que l'exercice d'une profession séparée pouvait être pour elle le moyen le plus sûr d'affirmer sa personnalité, il était logique de lui reconnaître sur ce point une liberté entière, soustraite à tout veto marital. Ce qui, à la vérité, ne fut accompli qu'assez tardivement, dans l'a. 223, en 1965.

Depuis la l. 4 juin 1970, toutes ces solutions doivent, à plus forte raison, être maintenues. Mais il convient, en outre, de les rendre bilatérales, car elles ont acquis un sens en faveur du mari. Lui comme elle, chacun des deux époux garde sa liberté, son médecin, son parti, sa religion, sa nationalité (a. 21-1 C.C.). Chacun des deux, lorsqu'il a une décision à prendre qui met en cause sa personnalité, est en droit de la prendre seul : par dérogation au principe de codirection posé dans l'a. 213, il peut se passer du consentement de son conjoint. Il peut même se dispenser de lui demander conseil – sauf peut-être le risque qu'il courrait de créer contre lui-même un motif de divorce, si, eu égard à la nature du problème, son refus d'en partager le souci avec l'autre pouvait être interprété comme une dissimulation injurieuse ; la violation grave d'un devoir de sincérité et de communication.

Plus généralement, la pratique judiciaire du divorce pour faute (cf. *infra*, p. 515) atteste que l'indépendance de l'individu dans le ménage est limitée par une interdépendance morale. Non seulement les

actes délictueux (cf. a. 243), mais les vices et les défauts, voire les ridicules et les excentricités rejaillissent d'un époux sur l'autre : celui-ci a le droit de s'en plaindre par une action en divorce, parce qu'il a subi un préjudice dans l'estime publique (quelque jugement théorique qu'on puisse d'ailleurs porter sur cette réversion des mérites et des démérites). Avant 1975, la notion de l'*injure* cause de divorce avait contribué à mettre en relief l'idée d'une solidarité d'honneur. En se référant aujourd'hui à l'a. 242, on peut dire du moins que le mariage crée une obligation particulière de réserve dans l'exercice de la liberté : un époux, avant d'agir, doit se souvenir qu'il n'est pas seul.

► La codirection

a) Le principe

Il est proclamé par l'a. 213 : les époux assurent *ensemble* la direction de la famille. La disposition se rapporte pour partie à l'exercice de l'autorité parentale, étant comme une annonce des a. 372 et 389-5 (cf. t. I). Mais elle doit avoir aussi une signification pour un ménage sans enfant. De ce point de vue, elle signifie que les époux se gouvernent en commun, prennent en commun toutes les décisions que requiert leur propre vie de gens mariés.

L'a. 213 précise : la direction morale et *matérielle*. On remarquera, au passage, l'idéalisme latent sous la priorité attribuée au moral. En fait, il arrive que les deux aspects soient indissociables. Une décision relative à la direction morale peut nécessiter, pour sa mise en œuvre, un financement, donc une décision touchant à la direction matérielle. Du temps que le mari, chef de la communauté, quand les époux étaient mariés sous ce régime, avait la haute main sur le règlement des dépenses, il avait un moyen de paralyser après coup les initiatives auxquelles il n'avait pas osé s'opposer. Mais, depuis la 1. 23 déc. 1985 qui a modifié l'a. 1421, chacun des deux ayant un droit égal à administrer la caisse commune, l'exécution pourra théoriquement toujours suivre la décision. Cela dit, et faisant abstraction désormais des incidences pécuniaires, il faut bien voir que l'a. 213 a un champ d'application très général, et qu'ainsi l'accord des deux conjoints est légalement exigé pour des questions de gravité très inégale : s'il en est dont le sérieux est évident (ex. cohabitera-t-on avec les beaux-parents ?), d'autres sont de médiocre importance (ex. ira-t-on cet été à la mer ou à la montagne ?), d'autres même semblent s'évanouir dans l'insignifiance (ex. sortira-t-on ce soir ?).

Ayant affirmé en théorie la constante nécessité d'un double consentement, l'a. 213 n'a point réglé quelle serait la suite si d'aventure il y avait dissentiment. Puisque aucune majorité ne peut se dégager dans un groupement bicéphale, on pourrait conclure que le défaut d'accord interdit tout acte nouveau : chacun des époux aurait un droit de veto, un *jus prohibendi* purement négatif. Une autre solution, le recours au juge, a l'avantage d'être moins statique ; l'inconvénient, en revanche, de l'intrusion d'un tiers dans l'intimité du ménage. Ce recours peut se recommander d'analogies : l'a. 217, al. 1, prévoit l'intervention judiciaire dans le fonctionnement des régimes matrimoniaux pour vaincre le refus injustifié d'un époux ; l'a. 372-1-1, pour trancher un dissentiment dans l'exercice de l'autorité parentale. Le juge sera saisi par l'époux le plus diligent, pratiquement celui qui désire faire un acte pour lequel il n'a pu obtenir l'assentiment de son conjoint. Mais quel juge ? En théorie, la juridiction de droit commun, le tribunal de grande instance : ce type de différends épisodiques, strictement conjugaux, ne paraît pas relever de la compétence du J.A.F., telle que délimitée par le texte de base (a. L. 312-1 C.O.J.) ; à moins que, par une interprétation extensive, on ne considère celui-ci, juge du divorce, comme le juge naturel de ce qui est prodrome possible du divorce, la conciliation préventive appelant à peu près les mêmes charismes que la conciliation curative. Car il est de fait que c'est surtout dans les mariages déjà ébranlés par une séparation de fait ou par un penchant au divorce que l'on voit fleurir ces sortes de recours à la justice – si bien que les dégâts psychologiques n'en sont guère accrus.

b) Les atténuations

Le principe de codirection, s'il satisfait un sentiment égalitaire, peut être, pris à la lettre, une gêne pour la vie quotidienne. Sans même envisager le cas pathologique de la séparation de fait, il peut bien arriver qu'un époux soit loin de l'autre au moment où une décision urgente doit être prise. Le remède juridique à la non-présence est le mandat (a. 1984). S'agissant de leurs intérêts pécuniaires, le C.C. invite les époux à s'en donner un (a. 218). Mais ils ne s'en avisent pas toujours. La loi peut alors le faire à leur place, en présumant que, pour certains actes, ils se sont conféré un pouvoir de représentation réciproque. Les réformes modernes de type égalitaire ont usé d'une technique de ce genre en vue de tempérer le principe de codirection : les *tiers* ne peuvent se prévaloir du principe pour refuser de traiter avec un seul des époux, car l'époux qui se présente seul est censé représen-

ter l'autre, à qui il devra d'ailleurs éventuellement rendre des comptes. Tel est le droit applicable aux actes usuels de l'autorité parentale (a. 372-2 ; cf. a. 389-4, sur le point particulier de l'administration légale). Quant aux contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, l'a. 220 a abandonné le biais de la représentation et reconnaît à chacun des époux un pouvoir propre.

Avec le principe de codirection, il ne peut plus être question de reconnaître à l'un ou à l'autre des époux un domaine qui lui serait réservé en considération des aptitudes où, selon les mœurs, son sexe est réputé exceller : ex. la gestion financière pour l'homme, la gestion ménagère pour la femme. Pourtant, la division des fonctions avait eu pendant longtemps une traduction favorable à la femme dans ce que les coutumes germaniques appelaient le *pouvoir des clefs*, que la doctrine du XIX^e s. avait baptisé le *mandat domestique*, puis celle du XX^e rebaptisé le *pouvoir domestique* (afin de souligner qu'il était tenu directement de la loi, non du mari). C'était le pouvoir de faire des emplettes, et à crédit, pour les besoins du ménage. A une époque où les femmes mariées étaient incapables, l'institution leur permettait d'échapper à leur incapacité ; et même devenues capables, elles continuent d'en retirer un avantage, car elles trouvent plus aisément crédit auprès des fournisseurs, dès lors que la dette de ménage a pour répondants le mari et la communauté (a. 1413-1414), qui, aujourd'hui encore, bien souvent continuent à être plus solvables, ne fût-ce qu'en raison de la disparité des salaires. Mais, à cette remarque pratique près, le pouvoir des clefs n'a plus rien de spécial à la femme : l'a. 220 le bilatéralise. Si l'épouse qui fait le marché s'oblige et oblige le mari solidairement avec elle, la proposition symétrique est aussi exacte. Il n'y a plus codirection en l'espèce, mais égale vocation à faire seul des actes semblables.

Ici encore, néanmoins, il convient de ne pas perdre de vue ce contentieux au second degré ou *ex post facto* qu'est le procès en divorce. L'ingérence répétée, injustifiée et tatillonne dans le secteur d'activités que la coutume attribue à l'autre pourrait être regardée comme une forme d'autoritarisme, justiciable de l'a. 242.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 374 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, VII, § 471 ; Hauser, I, n^{os} 1012 s., 1042 s.

HISTOIRE

Les historiens ont discuté de l'origine de la puissance maritale : germanique (V. Brissaud, II, 87) ? chrétienne (Ch. Lefebvre, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, 1900, 16^e, 17^e, 18^e cours) ? La Bible, en tout cas, a approvisionné le droit en formules de subordination (Genèse, 3 : 16 : *sub viri potestate eris* ; Paul, *Éphésiens*, 5 : 23 : *Vir caput est mulieris* ; cf. Bréjon de Lavergnée, *Mélanges Le Bras*, 1965, II, 1059). Réponse nuancée, A. Lefebvre-Teillard, n^o 88, 93. Le droit romain (cf. Paul Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 1867) est généralement mis hors de cause, du moins en son dernier état (le mariage *sine manu*). Cependant, il a fourni des éléments importants pour une construction inégalitaire : ex. la répression pénale de l'adultère limitée à l'adultère de la femme ; l'idée d'un moyen de droit pour obtenir que la femme réintègre le domicile conjugal (Dig. 43, 30, 1, 5 ; 2 : interdit de *uxore ducenda, exhibenda*). Aux derniers siècles de la monarchie, on se reposait aussi sur la conformité de la puissance maritale aux Écritures. Mais dans l'École du droit naturel, l'évolution est sensible de Grotius (*De jure belli ac pacis*, liv. 2, chap. 5), qui ne doute pas que la puissance maritale ne soit justifiée par le droit de nature, à Burlamaqui (*Principes du droit de la nature*, 4^e partie, chap. 14, § 22), pour qui « suivant l'équité naturelle, le mari n'a aucun pouvoir sur sa femme dans la société civile ». Le courant philosophique, en effet, allait corroder cette autorité-là comme les autres. Toutefois, il ne fut pas unanime : Rousseau et ses disciples portaient en eux la nostalgie de l'épouse soumise et vouée aux humbles joies ménagères. Cette ambiguïté se retrouve dans la Révolution, qui aurait voulu abolir la puissance maritale comme une tyrannie, mais ne croyait pas l'égalité possible entre les deux sexes.

SOCIOLOGIE

Déjà dans les sociétés archaïques, le marché, la boutique ont l'ambivalence des lieux *publics* : lieux de contrôle social, mais aussi de communication et, partant, de libération des contraintes familiales. Soit pour vendre (la fermière y vend les œufs de ses poules, ils ne sont qu'à elle), soit pour acheter – la femme s'y émancipe. C'est ce que reflétait notre institution du mandat domestique, jusqu'à ce qu'elle eût été (en 1965) bilatéralisée. Chez elle, la femme tient en mains l'ordre de la maison, l'ordre des armoires, des coffres, du cellier : elle a le pouvoir des clefs, *Schlüssselgewalt* germanique. Une autre formule allemande, moins ancienne sans doute, attribuait à la femme le royaume des trois K, *Küche, Kinder, Kirche*, c'est-à-dire l'ordonnance de la cuisine, l'éducation des enfants et la participation à la vie de l'Église. Plus d'un, voire plus d'une, pensera tout bas que c'est ce qu'il y a de plus intéressant dans la vie de l'humanité. Cependant, l'image idyllique de la femme au foyer fait un peu soit « rétro », soit « futurible », en cette veille du XXI^e s. En fait, les réformes récentes de la condition féminine ont toujours été accrochées au travail professionnel de la femme (cf. E. Sullerot, *Histoire et sociologie du travail féminin*, 1968 ; P. Lainé, *La femme et ses images*, 1974, p. 125 s.). Le marxisme a accrédité l'idée, même chez les non marxistes, que c'est seulement par cette voie que pouvait s'accomplir la véritable égalité des sexes, condition du progrès social. L'ennui est qu'à réformer le droit en fonction des femmes engagées dans un métier on risque de défavoriser obliquement celles qui, se pliant aux mœurs de leur

temps ou aux besoins de leur progéniture, ont dû consumer leur vie au foyer (la loi du divorce a hésité et a reconnu des mérites tantôt à la femme au foyer, a. 272, tantôt à celle qui a ou à celle qui a eu une activité professionnelle, a. 280-1, al. 2).

Vers 1950, un fait avait attiré l'attention des sociologues : dans la plupart des ménages ouvriers, le mari, dès qu'il a touché sa paye, la remet à sa femme ; celle-ci lui en ristourne une petite part comme argent de poche, et c'est elle qui gère ensuite le budget familial, à l'exception peut-être de certaines grosses dépenses (loyer, impôts, assurances) qui seront réglées directement par le mari (cf. Fougeyrollas, *Prédominance du mari ou de la femme dans le ménage* [enquête sur 300 ménages de la banlieue parisienne], *Pop.*, 51, 83 ; A. Michel, *Famille, industrialisation, logement*, 1959, 188 s. Chombart de Lauwe *et al.*, *La femme dans la société*, 1963). Partant du postulat que la famille ouvrière, la « famille industrielle », préfigurait l'avenir, certains avaient préconisé de calquer l'administration de la communauté conjugale sur cette répartition des pouvoirs. Ce qui ne fut fait ni en 1965, ni davantage en 1985. Le vrai est que cette pratique (déjà signalée par Le Play sous le Second Empire comme une coutume ouvrière) n'a jamais cherché à entrer dans la loi et s'y trouverait mal à l'aise : c'est du non-droit qui se moque bien du droit. Ce que l'on pourrait se demander, tout de même, c'est si sa continuité n'a pas été troublée par le passage de la famille industrielle à la famille « bancarisée ».

Sur le phénomène du *ménage*, Jean-Claude Kaufmann peut nous révéler les dessous du droit : *La trame conjugale, analyse du couple par son linge*, 1992 ; *Sociologie du couple*, 1993 ; *Le cœur à l'ouvrage*, 1997 (tout l'art du ménage et sa poésie).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) Les formules étaient diverses (C. Nap., a. 214 : le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ; B.G.B., § 1354 : le mari a le pouvoir de décider dans toutes les affaires concernant la communauté de vie conjugale ; C.C.S. en 1910, a. 160 : le mari est le chef de l'union conjugale). Mais, dans toutes les codifications jusqu'au début du XX^e s., la *prépondérance maritale* était affirmée. Elle commença à être remise en question après la Première Guerre mondiale (la mobilisation, c'est-à-dire l'immobilisation des hommes, favorise l'émancipation des femmes). Vers la Seconde Guerre, toutefois, le courant féministe se trouva ralenti, parce qu'il dut composer avec des courants divergents : le renouveau *familialiste*, l'idéologie autoritaire, les idées de communauté et de hiérarchie. D'où l'introduction d'une notion nouvelle dans notre C.C. (a. 213, rédaction de la l. 22 sept. 1942 ; cf. C.C.It. 1942, a. 144) : le *chef de la famille* (dans la langue usuelle, c'était plutôt du « chef de famille » que l'on parlait, et sans y mettre d'intensité juridique). Les passions allaient s'enflammer autour de cette notion. La C.R.C.C. l'avait rayée de sa rédaction, non sans susciter des révoltes (H. Mazeaud, *Une famille sans chef*, D. 1951, chr. 141) ; et pour avoir repris cette position, le projet qui devait devenir la l. 4 juin 1970 fut séquestré pendant quelque temps (à la demande, racontait-on, de l'épouse du général). Du reste, les vues politiciennes qui avaient si souvent refoulé l'examen juridique du problème n'étaient pas très réalistes : les partis conservateurs préconisaient l'autorité, mais dans la mesure où ils étaient catholiques, ils avaient tort d'oublier que l'influence de la femme (notamment dans le

choix de l'école) leur était favorable (cf. C.R.C.C., *loc. cit.*, p. 77), les partis avancés étaient pour l'égalité, sans toujours apercevoir que cela pouvait, dans l'immédiat et même plus loin, se retourner contre eux par un conservatisme foncier de la femme, surtout de la femme âgée, catégorie d'avenir. Et tous s'exagéraient l'importance des lois : l'équilibre des forces dans le ménage est une donnée de fait qui ne peut être modifiée que très faiblement par des dispositions de droit. Il n'en est pas moins vrai que l'abolition de toute prépondérance maritale était impliquée dans le principe d'égalité des sexes que proclament nos textes constitutionnels (le préambule de 1946, que celui de 1958 s'est approprié). Cf. Schnapper, *Autorité domestique et partis politiques de Napoléon à de Gaulle*, in *Voies nouvelles en histoire du droit*, Poitiers, 1991, 555.

b) Il était logique de faire disparaître ce vestige injustifié de l'autorité maritale qu'était, dans l'a. 108, le *domicile* de dépendance imposé à la femme. Mais la l. 11 juill. 1975, sur ce point, est tombée un peu dans le vide, car, en thèse générale, le domicile a perdu beaucoup de son importance au profit de la résidence. Les questions les plus vivantes portent sur la résidence, le logement de la famille. Cf. Y. Chartier, *Domicile conjugal et vie familiale*, *R.T.*, 1971, 510 s. ; A. Mayer-Jack, *Singularités du domicile conjugal et avènement du domicile familial*, *R.T.*, 1972, 1 ; F. Gisserot, *Le nouveau domicile de la femme mariée*, *R.T.*, 79, 724.

c) Le *nom patronymique* est le dernier bastion de la prépondérance maritale (cf. M.-F. Valetas, *Pop.*, 92, 105). Le point névralgique, ce n'est pas tellement que la plupart des femmes portent le nom du mari, alors que l'inverse ne se voit guère ; elles pourraient ne pas le porter, et en droit chacune conserve son nom (le nom du mari de sa mère...). Les critiques féministes concernent avant tout la transmission du nom patronymique aux enfants, notre système où l'enfant légitime, dans le ventre de sa mère, a déjà impérativement et exclusivement pour nom le nom du mari. La l. 23 déc. 1985, a. 43, a essayé de désarmer ces critiques, en permettant d'utiliser à côté du patronyme un nom de seconde zone, le nom d'usage (cf. t. I, n° 33, 47).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Abolition de la puissance maritale : droit de contrôle sur la correspondance de la femme ?* — Avant 1938, ce droit de contrôle présentait un double aspect : 1° Le mari pouvait se faire remettre par l'Administration des Postes les lettres adressées à la femme, en prendre connaissance, les détruire : c'est un pouvoir qu'il a certainement perdu avec la puissance maritale ; 2° A l'occasion d'une action en divorce ou en séparation de corps, il pouvait, afin de prouver ses dires, et spécialement de prouver un adultère dont il se prétendait victime, produire une correspondance qu'il avait interceptée ou saisie dans les affaires de la femme : le secret des lettres missives ne pouvait lui être opposé, tandis que la femme, dans l'hypothèse symétrique, ne pouvait se réclamer d'un semblable pouvoir. Toutefois, sur ce second point, la jurisprudence n'avait plus bonne conscience (ex. Req. 5 févr. 1900, D. 01, 1, 45) et la Cour de cassation avait finalement posé le principe d'un droit de contrôle réciproque et égal (Civ. 28 avr. 1949, *G.P.*, 49, 2, 98). On eût compris, pour rétablir l'égalité, le processus inverse et que, par respect pour la personnalité de chacun, le secret des lettres missives eût été déclaré aussi absolu entre les époux qu'entre deux personnes quelconques (jurisprudence pénale en ce sens,

pour l'application de l'a. 187 C.P., Crim. 5 févr. 1958, *J.C.P.*, 58, 2, 10580 ; cf. a. 432-9 N.C.P.). A tout le moins, ce droit de contrôle réciproque doit être, de part et d'autre, limité par l'obligation d'employer des moyens corrects. L'a. 259-1 s'en explique : les lettres échangées entre le conjoint et un tiers ne peuvent être versées aux débats si elles ont été obtenues par violence ou fraude (cf. M.-J. Metzger, Le secret des lettres missives, *R.T.*, 79, 321). Mais le critère de la fraude est vague (cf., dans le droit de la guerre, la distinction des ruses de guerre permises et des autres) : à l'époux qui l'allègue de la prouver, Civ.² 16 févr. 1983, *Bull.*, n° 38, et l'on pouvait penser que les juges du fond apprécieraient souverainement le caractère régulier ou non de la production des lettres, Civ.² 26 nov. 1975, D. 76, 371. Mais un arrêt, Civ.² 29 janv. 1997, D. 97, 296, a paru admettre que la régularité se présume, et que le droit du demandeur à la vérité ne s'arrête devant la sphère d'intimité que sur la preuve d'une fraude ou d'une violence. Aussi bien n'est-il pas nécessaire que les lettres compromettantes aient été découvertes par hasard. La cohabitation, devoir et droit pour les conjoints, est le fondement possible d'un droit bilatéral de contrôle. Elle donne à chacun des deux, semble dire la Cour de cassation (Civ.² 26 nov. 1975, précité, n. critique Bénabent), non seulement un droit d'accès, mais un droit de curiosité (*contra*, l'esprit de l'a. 1931). Cependant, à l'intérieur des lieux où s'exerce la cohabitation, il peut subsister, refuges d'une individualité non absorbée, des meubles et objets personnels, réserves de secret où cesse le droit d'investigation de l'autre (ex. Civ.² 29 mai 1954, D. 54, 587, pour un sac à main, prolongement du corps, pourrait-on dire). Cf. *infra*, p. 569.

b) *Indépendance réciproque des époux dans l'exercice des libertés.* — Cf. J. Vassaux, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, Th. Lille, 1989. L'entrée d'un époux dans une « secte » (ex. Témoins de Jéhovah), un zèle quasi prophétique dans la pratique d'une religion quelconque ont parfois été traités comme des fautes, causes de divorce : Civ.² 25 janv. 1978, *G.P.*, 78, 2, 505 ; Nîmes, 10 juin 1967, D. 69, 366 ; Paris, 12 janv. 1972, D. 72, 217 ; trib. Paris, 2 févr. 1977, *J.C.P.*, 77, 2, 18636 ; Montpellier, 7 nov. 1994, *J.C.P.*, 96, 2, 22680, n. Bruguière. On a beau dire, Civ.² 9 oct. 1996, *R.T.*, 97, 103, que la faute sanctionnée n'est pas dans la conversion ou la pulsion spirituelle, mais dans ses conséquences pratiques (la perturbation de la vie familiale, le refus de participer à des fêtes de famille, sans que, du reste, les juges se demandent si ces fêtes, ex. Noël, ne sont pas directement contraires aux croyances d'un témoin de Jéhovah) ; ces arrêts attestent une certaine difficulté de notre société à concevoir la liberté religieuse autrement que dans le cadre des Églises établies et des habitudes un peu tièdes. Dans un sens libéral, v. Grenoble, 4 juin 1991, *J.C.P.*, 91, 2, 21744, n. Hauser.

Touchant la question de l'I.V.G., où l'a. 162-4 C.S.P. laisse dans le flou le rôle du père, C. État, 31 oct. 1980, *J.C.P.*, 82, 2, 19732, n. (approfondie) F. Debreuwer-Defossez, D. 81, 38, *R. Dr. public*, 81, 216, n. J. Robert, a fait prévaloir la liberté individuelle de la femme sur les droits du mari (ici, il est vrai, séparé de fait) à s'assurer une descendance.

Chapitre II

RAPPORTS PÉCUNIAIRES

Certains de ces rapports, effets du mariage, sont réglés directement par le C.C. parmi les devoirs et droits respectifs des époux (a. 212-226). On parle, à leur sujet, d'*effets directs du mariage* sur les biens, sur les intérêts pécuniaires. On dit aussi, aujourd'hui, que ces effets directs du mariage dans l'ordre pécuniaire constituent le *régime matrimonial primaire*, le *régime matrimonial de base*, le soubassement général, élémentaire, sur lequel reposent les *régimes matrimoniaux* proprement dits, dans leurs variétés concrètes, ou régimes matrimoniaux secondaires, tels que les organise le titre V du livre III du C.C. (a. 1387-1). A la différence du régime matrimonial primaire, les régimes matrimoniaux secondaires ne seront présentés que par aperçu : leur fonctionnement et leur liquidation sont techniquement d'une complexité qui déborderait ce volume. Pour une raison analogue, il ne sera traité que succinctement des *droits des conjoints à cause de mort*. Ces droits font partie d'un ensemble plus vaste, le système des successions, en général (*supra*, p. 64), dont ils se laissent difficilement détacher. Néanmoins, ils achèvent de définir le statut pécuniaire des gens mariés, et il ne faut pas s'étonner de rencontrer la cause de mort sous une rubrique intitulée « la vie en mariage » : la *causa mortis* est peut-être ce qui, philosophiquement, caractérise le mieux l'institution.

1 / Le régime matrimonial primaire (effets directs du mariage)

Les effets directs du mariage présentent deux caractères :
1° Ils sont *généraux*, indépendants, en principe, de la variété de régime matrimonial applicable aux époux (a. 226) ;

2° Ils sont d'*ordre public*, et les époux ne seraient pas libres de les écarter par une clause de leur contrat de mariage (a. 1388).

Parmi les dispositions que renferme le chapitre des devoirs et des droits des époux, on peut, du reste, discerner plusieurs séries, qui sont venues se rassembler là à partir d'horizons historiques très différents.

1 | RAPPORTS ALIMENTAIRES

Le rapport alimentaire est un rapport d'obligation par lequel une personne, qui en a les moyens, est tenue d'assurer la subsistance (*aliments* au sens large) d'une autre personne, qui est dans le besoin. Il est attaché par la loi à des rapports de famille suffisamment proches : entre certains parents ou alliés (*supra*, p. 47), mais aussi entre époux. Seulement, entre époux, il revêt une physionomie originale, que souligne une dénomination particulière : on parle d'un *devoir de secours*. Encore est-ce dans des hypothèses anormales, où le lien de mariage n'est plus intact, que l'on peut saisir le devoir de secours en ce qu'il a de semblable à l'obligation alimentaire. Normalement, l'idée alimentaire dans les rapports entre époux reçoit une traduction plus complexe, qui est la *contribution aux charges du mariage*.

► Le devoir de secours entre époux

L'a. 212 le place immédiatement après le devoir de fidélité : le mariage, avait écrit Portalis, est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent... pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie. Tout part de là, en effet : ce que l'on appelle régime matrimonial contient toujours, sous une enveloppe plus ou moins riche, la mise en œuvre du devoir de secours ; si la loi accorde des droits successoraux au conjoint survivant (v. *infra*, p. 491), c'est en considérant qu'il faut, au-delà de la mort, prolonger et consolider le devoir de secours. Mais il est rare que le devoir de secours se manifeste à l'état pur.

A l'état pur, le devoir de secours est l'équivalent de l'obligation alimentaire, et il devrait se manifester sous l'aspect d'une créance réclamée en justice, exécutée par le versement d'une pension, d'une somme d'argent périodique. Mais il n'est pas naturel qu'entre deux

époux l'obligation alimentaire fonctionne de la même manière qu'entre deux parents ou alliés quelconques, qui ont des foyers distincts et des patrimoines rigoureusement séparés. Ici, il y a ménage commun, très souvent communauté de biens, vases communicants des conditions sociales. Pour trouver le devoir de secours à l'état pur, réclamé comme une créance et exécuté par une pension, il faut raisonner sur des situations où, en droit, le ménage n'existe plus (sur le cas différent de la séparation de fait, où l'on continue à parler de *contribution aux charges du mariage*, cf. *infra*, p. 640).

1° *Décès de l'un des époux*. — Le devoir de secours survit ici au mariage, qui a été dissous par la mort : le survivant qui est dans le besoin peut faire valoir une créance d'aliments contre la succession du prédécédé (207-1 ; avant 1972, a. 205). Ce devoir de secours posthume repose sur une considération morale : que, par-delà la mort, il subsiste quelque chose du ménage (cf. droit de la veuve au nom du mari). Aussi sur une constatation pratique : que, si le survivant a un droit de succession *ab intestat*, il n'a pas cependant la qualité d'héritier réservataire (cf. *infra*, p.), de sorte que les libéralités consenties par le défunt à des tiers peuvent l'empêcher d'exercer tout droit successoral et le laisser dans la misère : la pension alimentaire *post mortem* a pour but de remplacer, en moins avantageux, la réserve héréditaire.

La créance d'aliments prévue à l'a. 207-1 (d'application rare, du reste) obéit aux règles générales du rapport alimentaire quant au double critère besoins-ressources. Elle offre, néanmoins, par comparaison avec le droit commun des aliments, plusieurs singularités, tenant à ce qu'elle est aussi une institution du droit successoral : elle n'est pas sujette à réduction ou suppression pour cause de torts envers le défunt ; loin d'être passivement intransmissible à cause de mort (comme c'est le cas ordinaire pour les obligations alimentaires), la transmissibilité aux héritiers est sa raison d'être ; elle est liée, par un délai d'exercice, aux opérations de liquidation successorale ; elle ne pèse pas sur les héritiers ou légataires envisagés comme individus qui seraient débiteurs de la pension à titre personnel ; elle ne porte que sur la masse successorale, objectivement considérée (cf. pour une hypothèse analogue de pension alimentaire posthume, l'a. 915, relatif aux enfants adultérins du défunt), et ne peut être allouée que dans la mesure des forces de la succession.

2° *Séparation de corps* (cf. *infra*, p. 627). — Le mariage n'étant pas dissous, il est rationnel que persiste le devoir de secours, et l'absence de cohabitation le met à découvert (a. 303).

3° *Divorce* (cf. *infra*, p. 580, 583). — Le mariage étant dissous, le devoir de secours devrait logiquement prendre fin. Il en est bien ainsi en principe (a. 270). Hormis le cas de l'a. 237, où le divorce est assumé par le demandeur — donc, toutes les fois qu'il y a divorce pour faute, ou par consentement mutuel, ou sur double aveu, le devoir de secours disparaît. La prestation compensatoire qui peut être due par un époux à l'autre procède d'une idée toute différente, et elle revêt un caractère forfaitaire (a. 271), très éloigné de la variabilité du devoir de secours. Du moins est-ce la règle, car, par exception (a. 273, *in fine* ; 276-1, al. 2 ; 279, al. 3), la variabilité peut resurgir, donnant à penser que le devoir de secours n'était pas tout à fait éteint. Et il est formellement maintenu dans les cas de rupture de la vie commune (a. 281 s.), où les charges du divorce doivent être assumées par le demandeur. Il est maintenu précisément pour représenter le minimum de charges du mariage dont le demandeur ne pourra pas s'affranchir.

En marge du devoir de secours, une remarque de fait, non de droit, mais capitale : quoique les secours soient mutuels, comme l'obligation alimentaire est réciproque (a. 207, al. 1), il est extrêmement rare qu'ils soient réclamés par le mari. C'est le plus fréquemment la femme qui apparaît ici en position de créancière, parce qu'elle se trouve sans activité professionnelle, partant sans revenus, lorsque la rupture du mariage vient la surprendre.

► *La contribution des époux aux charges du mariage*

C'est bien toujours, au fond, un rapport alimentaire. Mais son exécution est rendue diffuse par la communauté de vie, ainsi que par l'interférence du régime matrimonial ; et son objet est élargi, parce qu'il ne s'agit plus seulement de faire subsister un conjoint nécessaire : il faut faire marcher le ménage, élever les enfants mineurs. L'entretien du ménage et l'éducation des enfants, tels sont les deux éléments dans lesquels la loi elle-même (a. 220, 1409, 1414) décompose les charges du mariage (a. 214).

a) *Bases de la contribution*

Elles peuvent avoir été déterminées par le contrat de mariage. La combinaison se rencontrait dans des contrats, de style traditionnel, adoptant la séparation de biens (a. 1537) : la femme promettait de verser périodiquement une somme fixe ou une part de ses revenus,

moyennant quoi le mari se chargeait du reste. Mais ce forfait n'était jamais définitif, et si la contribution devenait insuffisante, le mari pourrait en réclamer l'augmentation (a. 1448, al. 2) ; en quoi réapparaît la variabilité essentielle de toute obligation alimentaire (cf. a. 209).

A défaut de stipulations spéciales dans le contrat de mariage, les bases de la contribution (et c'est de beaucoup le cas le plus habituel) sont déterminées par la loi. Elle énonce un critère d'équité : les époux contribueront aux charges du mariage à proportion de leurs facultés (a. 214, al. 1), ce qui comprend à la fois les revenus et les capitaux. La contribution ne se mesure pas, d'ailleurs, comme les aliments et le devoir de secours, sur les besoins élémentaires du couple et des enfants mineurs : elle peut inclure des dépenses d'agrément, si elles sont en rapport avec le « train de vie » du ménage.

b) *Exécution*

Si l'y a communauté de vie, l'obligation s'exécute sans que l'on y pense, relève des mœurs, du non-droit quotidien, non du droit. Le versement d'une contribution en argent n'apparaît que dans des situations de rupture, où il n'y a plus en fait de vie commune, bien que le lien juridique demeure intact : soit *séparation de fait* (par abandon unilatéral ou par accord des époux, cf. *infra*, p. 640), soit même *séparation de résidence* organisée par le juge (arg. a. 258, qui parle très exactement de *contribution aux charges du mariage* ; cf. *supra*, p. 444).

c) *Sanction*

Si l'un des époux manque à son obligation de contribuer aux charges du mariage, l'autre peut, comme tout créancier, le contraindre à l'exécution par voie de saisies. Mais les saisies de droit commun sont lourdes à manier et conviennent mal à des créanciers, surtout à des créancières, démunis par hypothèse. Aussi le législateur contemporain a-t-il institué, pour les créances de caractère alimentaire au sens large, y compris la contribution aux charges du mariage, une voie d'exécution particulière, dite de *paiement direct*, qui opère comme une saisie-arrêt simplifiée. L'a. 214, al. 2, renvoie au C. Pr. C., a. 1282 s., et par eux à la l. 73-5 du 2 janv. 1973. Le jugement est rendu par le J.A.F., sauf renvoi à la formation collégiale du tribunal de grande instance (C.O.J., a. L. 312-1, 2°), et il est, de droit, exécutoire à titre provisoire. Il est notifié au conjoint débiteur, ainsi qu'au tiers (le plus souvent l'employeur) dont ce conjoint est lui-même créancier (pour ses

salaires). La notification vaut demande de paiement direct, et l'application de la loi de 1973 se trouve enclenchée. Cependant, sa créance ayant été rendue exécutoire, le créancier peut aussi bien donner mandat de la recouvrer à des organismes publics : c'est une autre voie d'exécution, le *recouvrement public*, qui comporte deux variantes, recouvrement par le Trésor ou par les Caisses de prestations familiales (cf. *supra*, p.). Ultime sanction, le *divorce*. Si le manquement persiste, il prend le caractère d'une faute (a. 242).

2 | RÈGLES DE GESTION

En théorie, c'est des régimes matrimoniaux, et de leur diversité, qu'elles devraient relever. Il en est, pourtant, un minimum que l'on peut rattacher aux effets directs du mariage : soit parce que, destinées à encadrer l'existence journalière des époux en tant que formant un ménage, un foyer commun, elles apparaissent comme l'organisation patrimoniale du devoir de cohabitation (*gestion ménagère*) ; soit, à l'opposé, parce qu'elles ont pour but, par un jeu de *présomptions de pouvoir*, d'empêcher une absorption trop complète de la personnalité de l'un ou de l'autre (pratiquement, surtout de la femme) dans l'unité conjugale.

► *La gestion ménagère*

La marche d'un ménage postule un certain nombre d'actes juridiques courants, pour lesquels la loi a institué des règles élémentaires, indépendantes des régimes. L'idée générale est que, dans ces actes qui intéressent la vie quotidienne, mari et femme doivent être étroitement associés. Mais la technique n'est pas toujours identique : tantôt une *solidarité* passive des époux est attachée aux conséquences de l'acte, tantôt un *concours* des époux est requis au moment même où l'acte est passé.

a) *Solidarité pour les dettes de ménage (a. 220)*

1° *Principe*. — C'est un cas de solidarité légale (a. 1202, al. 2) : quand l'un des époux, quel qu'il soit, passe un contrat pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, les obligations en résultant

pèsent non seulement sur lui-même, mais aussi sur son conjoint, solidairement entre eux (a. 220). La portée pratique de la solidarité est que le tiers contractant devenu créancier pourra exiger de l'un quelconque des époux l'entier montant de sa créance. Celui des époux qui aura ainsi payé le tout sera en droit de se retourner contre l'autre, pour lui demander de supporter une part de la dette, à proportion de ce dont chacun est tenu dans l'ensemble des charges du mariage.

Les contrats qui donnent lieu à cet effet de solidarité passive sont ceux qui ont pour objet direct l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Il s'agit surtout des achats à crédit portant sur les denrées, les vêtements, les appareils ménagers, etc. ; mais le bail de l'habitation, le contrat d'éducation entrent aussi dans le champ du texte. La solidarité ménagère a les contours que lui donne l'usage de la vie quotidienne à notre époque. Elle englobe les factures de gaz, d'électricité, de téléphone, les primes d'assurance, les cotisations de sécurité sociale, l'entretien de la voiture, etc. Ce sont essentiellement des dettes qui s'acquittent sur les revenus.

2° *Exceptions*. — Il est des cas où la loi elle-même écarte la solidarité. Le contrat n'en est pas moins valable, et celui des deux époux qui l'a passé personnellement est obligé : son conjoint ne l'est pas. S'il y a communauté de biens entre les époux, il est vrai, les créanciers, suivant les règles générales des a. 1413-1414, peuvent poursuivre les biens communs, hormis les gains et salaires du conjoint non débiteur ; mais le conjoint débiteur devra de ce fait une récompense à la communauté. Restons-en aux exceptions.

— La première tient aux modalités convenues pour l'acquittement du prix. Elle concerne les achats de biens à usage ménager où le prix est stipulé payable à *tempérament*, c'est-à-dire par fractions échelonnées. C'est une opération parfois imprudente, où il est bon que chaque époux puisse être épaulé par le conseil de l'autre. Aussi la solidarité réapparaît-elle lorsque tous deux ont concouru à l'achat.

— Une seconde exception, proche de la précédente, y a été ajoutée par la l. 23 déc. 1985. Elle porte sur les emprunts, actes *a priori* dangereux (cf. a. 389-5, al. 3), car rien n'est plus fréquent que de s'illusionner sur des prospérités à venir. Le texte apporte, tout de même, une exception à l'exception et revient au principe de la solidarité pour des emprunts que caractérisent à la fois leur montant modique, leur nécessité et leur destination usuelle.

— Avec la troisième exception, on retrouve, inversé, un critère quantitatif. La solidarité n'a pas lieu pour des dépenses manifestement excessives. Les fournisseurs sont fondés, en principe, à se fier au train

de vie apparent du ménage. C'était déjà le critère traditionnel au temps du mandat domestique. Mais la loi de 1965 l'a rendu moins favorable aux tiers en y ajoutant une pointe de moralisme (cf. les formules de l'a. 491-2, al. 2 et 3 : quel que soit le train de vie, une dépense sera excessive si elle est inutile ; de surcroît, un fournisseur ne pourra prétendre à rien contre le conjoint de son client, ni contre la communauté (a. 1413), s'il a été de mauvaise foi, si, notamment, il s'est fait le complice des menues ruses conjugales).

b) *Concours requis pour les actes de disposition relatifs au logement familial (a. 215, al. 3)*

Le logement où vivent les époux (à l'exclusion des locaux où ils exerceraient une profession), ainsi que les meubles meublants dont il est garni, ont une affectation familiale. Elle ne doit pas être compromise par les actes juridiques que l'un d'eux pourrait être en droit de faire seul, à ne considérer que les règles de son régime matrimonial. Aussi l'a. 215, al. 3, soumet-il un principe de cogestion, indépendant des régimes, tous les actes par lesquels l'un des deux disposerait de ses droits sur le logement ou le mobilier de la famille. Le consentement de l'autre est exigé à peine de nullité de l'acte, nullité relative, qui ne peut être invoquée que par ce conjoint. Le principe est applicable non seulement à l'époux propriétaire qui veut vendre la maison servant d'habitation au ménage, ou la mettre en location, mais aussi à l'époux simple locataire, titulaire du bail, qui désire soit sous-louer à un tiers, soit donner congé au bailleur. Au reste, les droits de locataire appartiennent, de plein droit, aux deux époux (a. 1751, al. 1) indivisiblement : le bail qui a été passé par l'un (fût-ce avant le mariage) en son nom propre profite obligatoirement à l'autre, comme par une sorte de stipulation pour autrui tacite (cf. t. IV, n° 124).

► *Les présomptions de pouvoir*

a) *Les présomptions du C.C. (a. 221, 222).* — Tandis que, dans la gestion ménagère, l'objectif est d'associer, il serait ici plutôt de dissocier. Le risque, en effet, est que l'état de mariage n'entrave, au-delà même de ce que le mariage postule, la liberté d'action de chaque époux sur son patrimoine. La cohabitation rend incertaine la propriété des meubles corporels ; l'existence du régime de communauté peut faire douter si un bien appartient au patrimoine commun ou à l'un des

deux patrimoines propres. Par souci de sécurité, les tiers (surtout les banquiers et les officiers ministériels), avant de contracter avec une personne mariée, étaient enclins avant 1965 à lui imposer des justifications paralysantes. Plus qu'au mari, d'ailleurs, chef de la famille et de la communauté, c'était à la femme qu'étaient réclamées ces justifications ou, à défaut, la signature maritale. Pour amener les tiers à traiter plus aisément avec une femme mariée non accompagnée (si l'on ose dire), il fallait mettre leur responsabilité hors de cause.

Dans cet esprit, le C.C. institue des présomptions de pouvoir qui couvrent les tiers contractants de bonne foi dans leurs rapports avec les gens mariés :

1° Si un époux dépose des fonds ou des valeurs mobilières dans un compte en banque ouvert à son nom (et il a toujours le droit de s'en faire ouvrir un), il est présumé avoir le pouvoir de les gérer et d'en disposer librement ; ce pouvoir subsiste même après la dissolution du mariage, ce qui signifie notamment que la banque peut continuer à laisser agir le titulaire du compte après le décès de son conjoint, tant que les héritiers de celui-ci ne se sont pas manifestés par une demande de blocage (a. 221) ;

2° Si un époux se trouve en possession de biens mobiliers, il est présumé avoir le pouvoir de faire à leur sujet tous les actes d'administration, de jouissance et de disposition que leur nature comporte (a. 222) : ex. il pourra payer en billets de banque, vendre des napoléons, mettre un tableau en gage, sans que le vis-à-vis ait à s'inquiéter de l'origine de la propriété. En parlant d'un époux qui se présente seul pour faire l'acte, et en soulignant qu'il doit *détenir individuellement* l'objet, le texte a lié la présomption à l'existence d'une possession individualisée : la présomption serait inapplicable si le meuble se trouvait au domicile conjugal, noyé dans une possession que la cohabitation rend équivoque.

Les a. 221 et 222 sont étrangers aux rapports entre époux : dans ces rapports, c'est par le régime matrimonial que sont réglés les pouvoirs et leur preuve. En outre, même à l'égard des tiers, les présomptions instituées restent des présomptions simples. L'autre époux peut écarter l'a. 222, en informant les tiers de la situation réelle, ce qui les constituera de mauvaise foi. Pour renverser l'a. 221, il faut davantage : une *opposition* par huissier, suivie d'une instance judiciaire aux fins de démontrer que le titulaire du compte est sans pouvoir pour accomplir l'acte contesté.

b) *Les présomptions de droit bancaire.* — C'est une pratique courante que de se faire ouvrir, d'un commun accord, un *compte joint*, au

libellé M. ou Mme X... Il sera alimenté par les revenus (les salaires, par ex.) de l'un et de l'autre, qui viendront se fondre dans le solde créditeur et y seront indiscernables.

Il est admis que l'ouverture de ce compte crée entre les époux, au regard de la banque, une solidarité active (a. 1197) aussi bien que passive (a. 1200). Il en résulte que chacun des deux, co-titulaire du compte, peut valablement émettre des chèques jusqu'à concurrence de la provision. Et même sans provision, ce qui soulève une difficulté : sur lequel des deux vont tomber les sanctions prévues par la loi sur le chèque (d., l. 30 oct. 1935, a. 65-3, ex-retrait des chéquiers) ; car les sanctions doivent être personnelles. L'a. 65-4 de la loi précitée, issu d'une l. 16 juill. 1992, a organisé le remède : les co-titulaires auront dû, d'avance, désigner d'un commun accord celui des deux qui aurait à répondre de l'émission illicite. C'est une autre façon de se nommer un chef.

Les créanciers de l'un des époux, ayant les mêmes droits que leur débiteur (a. 1166), peuvent exercer des poursuites sur la totalité des sommes disponibles, lors même que l'autre titulaire serait étranger à la dette. Celui-ci aura théoriquement le droit de faire distraire de la saisie (saisie-attribution) les sommes sur lesquelles il pourrait justifier d'un droit exclusif. Mais cette preuve, dont il a la charge, lui sera très difficile. Dans la mesure où c'est par ses gains et salaires qu'il alimente le compte, le décret du 31 juillet 1992 sur l'exécution forcée, a. 48, vient, cependant, à son secours, il pourra obtenir qu'ils soient soustraits de la saisie en tout ou partie, au fur et à mesure des versements.

3 | STATUT PROFESSIONNEL (a. 223, 224)

Chacun des époux peut exercer librement la profession de son choix (a. 223) : c'est un aspect de sa liberté individuelle. Cependant, l'exercice d'une activité professionnelle ne peut pas être sans incidence sur la communauté de vie à laquelle les époux se sont engagés, et réciproquement. De la rencontre de ces deux données le droit se préoccupe, mais il le fait sous des angles différents, sans doute parce que la difficulté d'une conciliation est plus ou moins grande, suivant qu'est en cause une *profession séparée* ou, au contraire, une profession exercée en commun, réalisant entre les époux une *collaboration*.

► Profession séparée

De son activité professionnelle l'époux escompte des moyens personnels et familiaux de subsistance, un flux de revenus, *gains* dans les professions indépendantes, *salaires* dans les professions salariées. L'attention se concentre ici sur la conditions juridique des gains et salaires. De l'a. 223 (non sans interférence du régime matrimonial de communauté), deux règles se déduisent.

1° Une *règle d'autonomie*. Chacun des époux peut percevoir seul ses gains et salaires et en disposer sans le concours de l'autre. Corollaire : les créanciers de l'autre ne peuvent, en général, les saisir (a. 1414). C'est une règle de régime matrimonial primaire, donc d'ordre public.

Toutefois, sous le régime de la communauté, dès le moment où, par des placements, l'époux transforme en capital les économies qu'il avait pu constituer sous une forme monétaire, il en fait des acquêts (a. 1403 et 1401 combinés), et à ce titre les fait passer, au moins pour partie, sous le contrôle de l'autre (cf. a. 1421, 1424 s.). Une difficulté pratique tient à ce que, le plus souvent, les gains et salaires transitent par un compte en banque (lequel a pu, ce qui aggrave, avoir été ouvert au nom des deux époux, *compte joint*, M. ou Mme). Y sont-ils devenus acquêts, biens communs ordinaires ? Ou bien y gardent-ils leur nature autonome de gains et salaires, le compte en banque n'étant là que comme une quasi-monnaie ? C'est cette dernière solution que consacre le décret auquel l'a. 1414, al. 2, a conféré compétence – du moins dans les rapports de l'époux de qui proviennent les gains et salaires et les créanciers de l'autre conjoint. Jusqu'à concurrence de ses gains et salaires, l'époux peut demander que le compte en banque soit soustrait aux saisies des créanciers de cette catégorie (d. 92-755 du 31 juill. 1992, a. 48).

2° Une *règle d'affectation ménagère*. Ce n'est qu'après s'être acquitté des charges du mariage qu'un époux peut disposer de ses gains et salaires. Corollaire : ils peuvent être saisis même par les créanciers qui ont traité avec l'autre conjoint, lorsque l'obligation a été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants (cf. dans le cas de compte en banque, d. 5 août 1987, a. 1, al. 3).

► Collaboration

Jumelé à *cohabitation*, le mot est employé par les a. 262-1 et 1442 dans un sens général qui n'interdirait pas de regarder le travail de la

femme au foyer (parce qu'elle assure la logistique des travailleurs ou, selon une expression plus sardonique, le repos du guerrier) comme une aide indirecte à la profession de l'homme. C'est même sur cette base que s'est établi historiquement le partage des acquêts (œuvre appa- rente de l'homme) dans la communauté conjugale.

Mais, ici, le mot a un sens étroit : il désigne la participation directe d'un époux à la profession de l'autre. Cette participation peut se réaliser d'une façon plus ou moins formelle.

La collaboration entre époux peut s'être coulée dans le moule d'un contrat : contrat de société (a. 1832-1 s.) ou contrat de travail (l. 10 juill. 1982, a. 11, C. Tr. L. 784-1), l'intérêt de celui-ci étant surtout d'ouvrir au conjoint du patron un droit aux prestations sociales. En l'absence d'un tel contrat, il faut se référer au régime matrimonial. Or, si la communauté implique d'elle-même une participation aux bénéfices, le régime de séparation de biens n'offre point la même perspective. Ainsi, sous ce régime, la femme du fermier ou du boutiquier ne saurait réclamer de rémunération pour l'aide que coutumièrement elle apporte à son mari : ce n'est, estime-t-on, que l'exécution du devoir d'assistance, qui est gratuit. Tout au plus pourrait-elle, à la dissolution du mariage, faire jouer l'action de *in rem verso* (cf. t. IV, n° 307) : elle a par son travail non salarié enrichi son époux (cf. par un autre appel à l'équité, a. 280-1, al. 2).

Avant même que de participer aux bénéfices, c'est à la gestion que souhaite participer le conjoint de l'agriculteur, de l'artisan, du commerçant. Ce souhait a déterminé des interventions législatives : l. 4 juill. 1980 (C. Ru. a. 789-1 s., pour les exploitations agricoles ; l. 10 juill. 1982, a. 2, pour les entreprises artisanales ou commerciales). Ces lois ont créé des espèces de régimes matrimoniaux *catégoriels*, se superposant impérativement au régime matrimonial ordinaire. L'idée générale en est, par la présomption (la fiction) d'un mandat réciproque entre les époux, de conférer à celui des deux qui collabore à l'exploitation ou à l'entreprise de l'autre le pouvoir de passer lui-même tous les actes d'administration répondant aux besoins professionnels.

4 | MESURES DE CRISE

Remarque banale : ce sont surtout les situations de crise qui appellent une législation des rapports entre époux. Quand les époux

sont présents, unis, capables, ils pourraient à la rigueur se passer d'un régime matrimonial. Mais que survienne une séparation de fait, quelque mésintelligence, un empêchement, la nécessité de la réglementation apparaît. Et même de son renforcement. Aussi les lois de 1942 et 1965 ont-elles organisé, pour des situations de crise, des *remèdes* exceptionnels. Ces remèdes sont toujours à base d'intervention judiciaire ; mais ils opèrent tantôt par voie d'*autorisation* ou d'*habilitation* de l'un des conjoints, tantôt par prescription de *mesures conservatoires*.

► *Autorisations et habilitations*

Les deux formules ne sont pas équivalentes, et correspondent à deux hypothèses différentes, prévues respectivement par l'a. 217 et par l'a. 219 (l. 22 sept. 1942). Un trait commun : l'intervention du tribunal de grande instance.

a) *Intervention judiciaire aux fins d'autorisation*. — Deux causes prévues : — L'un des époux se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La notion s'interprète par référence à l'a. 373-1°, et recouvre concrètement, entre autres, l'aliénation mentale (incapacité) et l'abandon du foyer (éloignement).

— L'un des époux oppose à l'accomplissement de l'acte un refus qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille (ce qui est une sorte d'abus du droit). Il lui incombera de s'expliquer devant le tribunal sur les raisons de son refus (a. 1288 C. Pr. C.).

L'acte à autoriser peut être un acte de disposition aussi bien que d'administration. Mais un époux ne saurait être autorisé à disposer, contre la volonté de l'autre, de biens qui seraient la propriété exclusive de celui-ci. Au moins quant aux actes de disposition, l'application de l'a. 217 ne se conçoit que pour des biens sur lesquels l'époux demandeur a déjà un droit de copropriété, au moins virtuel. L'hypothèse est qu'à ce droit de copropriété il manque simplement le *concours* ou le *consentement* du conjoint pour être efficace : l'autorisation de justice y suppléera.

— *Concours* : le terme vise les actes pour lesquels la participation des deux époux à la fois serait normalement nécessaire. Ex. l'un d'eux estime qu'il serait judicieux de vendre un immeuble commun (a. 1424) ; si l'autre est hors d'état de manifester sa volonté ou s'il refuse, d'un refus qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, autorisation pourra être demandée de passer outre.

— *Consentement* : le terme paraît viser ici les actes que l'époux défendeur pourrait et devrait normalement accomplir seul, mais qu'il ne peut ou ne veut accomplir. Ex. les revenus des propres d'un époux restent à l'état de liquidités, alors qu'ils pourraient faire l'objet d'un placement qui les transformerait en acquêts (a. 1403 et 1401 combinés) ; l'autre époux pourra se faire autoriser à donner un ordre d'achat pour le compte de la communauté.

b) *Intervention judiciaire aux fins d'habilitation*. — C'est un mécanisme de représentation judiciaire. On ne retrouve ici que l'une des deux causes prévues à l'a. 217 : l'impossibilité de manifester sa volonté (qui doit être interprétée de la même façon, par référence à l'a. 373-1°). L'habilitation peut porter sur un acte isolé ou une série d'actes, et sur des actes de disposition aussi bien que d'administration. Mais le texte n'envisage la représentation que dans l'exercice des *pouvoirs résultant du régime matrimonial*. L'expression convient sans peine aux pouvoirs dont chaque époux peut se prévaloir sur les biens communs : à l'administration concurrente ou à la cogestion va se substituer une gestion unitaire. Mais l'habilitation est-elle encore admissible quand l'acte pour lequel elle est demandée devrait être accompli dans le patrimoine personnel de l'époux incapable ? L'objection est que les pouvoirs qu'il est alors question de transférer ne résultent plus du régime matrimonial, mais d'un droit de propriété préexistant. Pourtant, si, un époux étant hors d'état de manifester sa volonté, son patrimoine est en danger de déperir, son conjoint semble bien avoir la vocation la plus naturelle à le remplacer. Sans habilitation préalable, il pourrait faire des actes d'administration en vertu du droit commun de la gestion d'affaires (a. 219, al. 2). Après habilitation, il doit pouvoir en faire *a fortiori*. Quant aux actes de disposition, il semble que le contrôle de la justice devrait suffire à prévenir les abus.

► Mesures conservatoires

A la différence des précédentes, ces mesures-ci, instituées en 1965 (a. 220-1 à 220-3), ont un caractère négatif : il faut, dans l'intérêt de la famille, empêcher un époux d'accomplir certains actes qu'il aurait, en principe, le droit d'accomplir.

a) *Conditions d'application*. — Il en est trois :

— Que l'un des époux ait manqué gravement à tel ou tel des *devoirs* que le mariage lui impose. On songe, en première ligne, au devoir de cohabitation ; mais ce pourrait être aussi bien le devoir de secours ou même de fidélité.

— Que la violation du devoir mette en péril les *intérêts* (on sous-entend : pécuniaires) *de la famille*.

— Qu'il y ait *urgence* à prendre des mesures de protection des intérêts familiaux (sinon, il y aurait lieu de recourir à d'autres remèdes : a. 1426, 1429, 1443).

b) *Procédure*. — L'urgence expliquait la compétence attribuée au *président* du tribunal de grande instance, transférée par la l. 8 janv. 1993 au J.A.F.

c) *Effet*. — La loi laisse une grande liberté au juge dans le choix des mesures. Tout ce qu'elle exige, c'est qu'elles restent provisoires, leur durée ne pouvant en aucun cas dépasser trois ans. Le plus souvent, cependant, et c'est l'effet spécialement prévu par le texte, l'ordonnance du président tendra à rendre certains biens juridiquement ou matériellement indisponibles entre les mains de l'époux défendeur. Le mécanisme est comparable à celui d'une saisie (cf. a. 220-2, al. 2), d'une saisie conservatoire, quoique le conjoint requérant, à la différence de ce que suppose en général une saisie, n'ait pas nécessairement la qualité de créancier (tout au plus est-il créancier éventuel du devoir de secours).

— *L'indisponibilité juridique*, c'est l'interdiction faite au défendeur, à peine de nullité de l'acte (a. 220-3), d'aliéner ses biens propres ou des biens communs (en tant qu'il aurait le pouvoir de les aliéner individuellement).

— *L'indisponibilité matérielle*, c'est l'interdiction faite au défendeur d'enlever de la résidence commune les meubles corporels qui s'y trouvent, la violation de l'interdiction pouvant donner lieu à poursuite pénale pour détournement d'objet saisi (a. 314-6 N.C.P. ; 15 juill. 1965, a. 6).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur le régime matrimonial primaire, Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 1992, n° 61 (« le statut impératif de base ») ; G. Cornu, *Régimes matrimoniaux*, 1995, 97 (régime primaire impératif) ; Ponsard, sur Aubry-Rau, VIII, n° 50 ; Flour et Champenois, *Les régimes matrimoniaux*, 1995, n°s 53 s. (régime primaire impératif). — Cf. l'étude très exhaustive de L. Godon, La protection d'un époux contre les agissements de l'autre en régime légal de communauté, *Rép. not.*, 98, 977 et 1148.

ÉCONOMIE POLITIQUE

a) F. Dekeuwer-Defossez *et al.*, *Indépendance financière et communauté de vie*, Lille, 1989, spéc. D. Martin, Portée de l'indépendance bancaire des époux, p. 51 ; A. Lauge-

vin, Pédagogie de la circulation de l'argent dans la famille, et G. Wilson, L'argent, forme de responsabilité et d'irresponsabilité dans le couple, *R. Dialogue*, n° 109, 1990 ; Y. Lemel, L'argent dans le ménage, in F. de Singly *et al.*, *La famille*, 1991, 156 ; J.-F. Perrin, La fixation des contributions pécuniaires en cas de vie séparée des époux, *Mélanges Grossen*, Bâle, 1992, 181. Dans l'a. 221, la l. 13 juill. 1965 a cherché à assurer par le compte en banque l'indépendance financière de chaque époux, plus précisément (c'était la novation) l'indépendance de la femme.

b) De plus en plus, le droit au logement (ou à l'habitat) s'affirme comme un droit de l'homme (v. *Travaux Assoc. Capitant* [XXXIII, 1982] ; cf. t. III, n° 188), et le droit du logement comme une spécialité. L'un et l'autre, cependant, sont en cheville avec le droit de la famille. C'est tout naturel : les logements, comme les nids, ont une vocation familiale. Un prince soucieux de la reproduction de ses sujets ne peut que s'inquiéter s'ils n'ont le clos et le couvert. L'a. 215, al. 3, n'est qu'un menu fragment dans une politique beaucoup plus ample, dont la cohérence est rétablie par J. Rubellin-Devichi (*Droit du logement, droits au logement et stratégies familiales*, Lyon, 1988 ; *Famille et droit au logement*, *R.T.*, 91, 245).

c) Sur l'engagement professionnel des femmes, v. Commaille, *Les stratégies des femmes, travail, famille et politique*, 1992, qui, dans une sociologie persuasive, cherche à dépasser l'opposition entre familialisme et féminisme. Dans ce domaine, on mesure mal quelle peut être l'influence du phénomène du chômage – des deux côtés.

THÉORIE JURIDIQUE

a) La distinction du *devoir de secours* (a. 212) et de la *contribution aux charges du mariage* (a. 214). – C'est une distinction théoriquement importante : cf. Larroumet, n. D. 71, 162 et 74, 546. Elle paraît se faire rationnellement sur la ligne suivante : le devoir de secours, obligation alimentaire suppose un époux dans le besoin, tandis que la contribution aux charges du mariage, pièce du régime matrimonial primaire, ne dépend que des ressources du débiteur (d'où la conséquence que la maxime « Aliments ne s'arrangent pas », *supra*, p. , ne concerne pas la contribution – Civ.¹ 9 mai 1967, *Bull.*, n° 160, Civ.¹ 8 nov. 1989, D. 89, *I.R.*, 203). Avant 1975, l'a. 214, al. 2, offrait un argument à l'appui de ce critère : ce qui était demandé au mari, ce n'était pas de faire vivre une épouse dans le dénuement, c'était de la faire monter à son propre rang, de lui faire partager sa condition sociale (cf. Dig. 23, 2, 1 : le mariage, *divini et humani juris communicatio*). Le mari, disait le C.C., « est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie *selon ses facultés et son état* ». La l. 11 juill. 1975 a supprimé l'argument avec l'alinéa. Mais, parallèlement elle en a fourni un autre, en qualifiant de *devoir de secours*, dans l'a. 281, la charge assumée par ceux qui obtiennent le divorce pour rupture de la vie commune, car il est peu vraisemblable qu'elle ait entendu réduire à un minimum vital les femmes à qui ce genre de divorce est imposé. Bref, il n'est pas sûr que le remaniement de l'a. 214 suffise à faire écarter toute considération du niveau social dans l'évaluation de la contribution. Et c'est bien ce qu'a compris la jurisprudence postérieure, n'hésitant pas à inclure dans la contribution même des dépenses d'agrément (Civ.² 29 oct. 1980, *J.C.P.*, 81, 2, 19665, n. Jambu-Merlin ; Civ.¹ 20 mai 1981 (acquisition d'une résidence secondaire), *Bull.*, n° 176 ; Versailles, 2 juill. 1982, D. 83, *I.R.*, 176. Cela dit, il faut constater que l'évolution du droit positif

a opéré dans le sens d'un rapprochement entre les deux prestations à destination socialement alimentaire : les procédures de paiement direct (l. 2 janv. 1973, a. 1, al. 3) et de recouvrement public (l. 11 juill. 1975, a. 15 ; C.S.S. a. L 581-3, al. 3), les possibilités de l'indexation (Civ.¹ 21 déc. 1981, D. 82, *I.R.*, 238 ; Civ.¹ 31 mai 1988, *G.P.*, 89, 2, 632) ont été étendues des aliments *stricto sensu* à la contribution de l'a. 214.

b) *Le devoir de secours après décès*. — La Cour de cassation s'est efforcée d'en cerner la nature, en l'opposant à l'obligation alimentaire de droit commun : Civ.¹ 9 mars 1994, D., 95, Somm. 44, 2^e esp., n. Grimaldi, qui rectifie une erreur de plume ; Civ.¹ 17 janv. 1995, *J.C.P.*, 95, 2, 22407, n. Bénabent, *Rép. not.*, 95, 1022 ; n. Massip, *R.T.*, 96, 458, n. Vareille. Les aliments auxquels le conjoint a droit en vertu de l'a. 207-1 ne sont pas des aliments véritables, et en conséquence, malgré la contiguïté des textes, on ne peut leur appliquer la règle de l'a. 207, al. 2, qui prévoit la possibilité d'une décharge totale ou partielle lorsque le créancier de l'obligation alimentaire a manqué gravement à ses devoirs envers le débiteur. Mais comment expliquer l'originalité ? La réciprocité, essentielle à l'obligation alimentaire (a. 208), fait défaut dans l'a. 207-1, déclare l'arrêt de 1994 ; ce qui n'est pas rigoureusement exact, car, si l'ordre des décès avait été inverse, la position des parties eût été inversée. L'explication de l'arrêt de 1995 est meilleure : l'obligation aux aliments *post mortem* n'est que le prolongement du devoir de secours entre époux, qui est inhérent au mariage. C'est faire abstraction, toutefois, de sa nature successorale. Disposition d'ordre public, l'a. 207-1 est, pour le conjoint, l'équivalent d'intention d'une réserve héréditaire. Or, de droit commun, un réservataire peut être privé même de sa réserve pour cause d'indignité (a. 727 ; cf. dans les libéralités, l'ingratitude, a. 955, 1046). L'a. 207, al. 2, aurait permis aux juges de faire une application adoucie d'une idée juste.

c) *L'a. 214*. — Le texte, déjà modifié en 1938, 1942, 1965, l'a été de nouveau par la l. 11 juill. 1975, qui en a abrogé les al. 2 et 3. Cette abrogation, improvisée *in extremis*, soulève des problèmes.

1° L'al. 3, par une allusion à la dot et à la « femme au foyer » rendait un son archaïque, qui a entraîné condamnation. Il serait fâcheux, néanmoins, que cette condamnation favorise, par ricochet, des interprétations qui tourneraient au détriment d'une catégorie de femmes : que le travail domestique ne serait pas comptabilisable (ce que déjà semble avoir voulu dire l'a. 280-1, al. 2) ; qu'il n'y aurait de contributions concevables que sous la forme de revenus monétaires ; que le mari, à la limite, pourrait exiger de la femme qu'elle exerce un métier.

2° L'al. 2 était ainsi conçu : « Les charges du mariage incombent au mari, à titre principal. Il est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon les facultés et son état. » La fin a déplu parce qu'elle avait l'air de consacrer les inégalités de classe. Mais il ne suffit pas de gommer celles-ci de la loi pour les abolir dans la réalité. L'idée d'une communication des conditions sociales est une idée importante, appuyée sur les mœurs, et plutôt féministe que l'inverse.

d) *Le régime matrimonial primaire*. — La notion, qui a pris consistance à partir de la l. 13 juill. 1965, regroupe les dispositions d'ordre pécuniaire que contient le chapitre *des devoirs et des droits* (a. 212-226). Deux traits généraux lui confèrent une apparente unité (a. 226) : le caractère d'ordre public, l'indépendance à l'égard des divers types de régime. Mais, cela dit, on y aperçoit deux strates : 1° Certaines dispositions tendent à constituer une sorte de régime élémentaire, rudimentaire. Les secours mutuels, la

contribution aux charges du ménage, les revenus du travail, les dépenses quotidiennes, le logement, le mobilier personnel – voilà l'objet propre de ce minimum de régime matrimonial, à l'usage sinon des prolétaires, du moins des non-capitalistes ; 2° Il est d'autres articles qui sont appelés à fonctionner dans toutes les classes sociales et peut-être même par prédilection dans les plus bourgeoises. Leur signification est toute différente : ce sont des mesures destinées à assouplir, sans les supprimer, les principes, occasionnellement paralysants, des régimes matrimoniaux ; plutôt que des règles, ce sont des moyens de secours, des *remedia* (à l'anglaise, *remedies*). Les mesures d'urgence des a. 220-1 s., prévues pour des moments de crise conjugale, apparaissent très clairement avec cette nature de remèdes. Mais, d'une façon peu voyante, il en est de même du mandat entre époux (a. 218), des recours au tribunal (a. 217, 219), et plus utilement encore des présomptions de pouvoir (a. 221, 222). Présomptions qui procèdent d'une considération toute pratique : savoir que, mis à part quelques cas pathologiques de tyrannie domestique, la liberté patrimoniale des femmes mariées doit être conquise moins sur les maris que sur les tiers (notariat, banques, administrations).

e) *Les contrats entre époux*. — Longtemps ils ont été vus avec méfiance, crainte de fraudes à l'encontre des créanciers du ménage ou des héritiers de l'un des époux ; et ils étaient comme infléchis par la présence du lien matrimonial sous le rapport contractuel. Néanmoins, les solutions ont varié d'un type de contrat à l'autre, et la tendance contemporaine est plutôt à la liberté. Ainsi, le mandat est certainement valable entre époux (a. 218), et même, à l'occasion, le conjoint est présumé mandataire (ex. dans les assemblées générales des sociétés anonymes, 1. 24 juill. 1966, a. 161), mais les effets du mandat sont parfois altérés par le régime matrimonial (ex. a. 218, tandis que de droit commun le mandat peut être stipulé irrévocable, il est impérativement révocable entre époux ; a. 1539, l'époux mandataire est dispensé de rendre compte des revenus qu'il a pu percevoir). Dans le même esprit, la société entre époux est devenue licite, levées les restrictions (a. 1832-1, 1. 10 juill. 1982), mais l'antagonisme qu'elle crée n'a pas disparu (v. F. Dekeuwer-Défossez, *Mariage et société, Études Roblot*, 1984, 272 ; Violla, *Autonomie professionnelle et droit des sociétés : des conflits d'intérêts, R.T.*, 96, 841). La vente n'est plus interdite (l'a. 1595 a été abrogé par la 1. 23 déc. 1985) ; sur elle, cependant, continuera de peser un lourd passé de donation déguisée (a. 1099 ; cf. Civ.¹ 24 janv. 1990, *R.T.*, 90, 697). Pour le contrat de travail, v. *supra*, Statut professionnel, cf. Le Bris, *La relation de travail entre époux*, Th. Rennes, 1965. Demeure, malgré tout, philosophiquement juste la remarque de G. Cornu (*R.T.*, 1953, 461 s.) : que le contrat entre époux a, sur le mariage, plutôt un pouvoir dissolvant qu'une vertu d'union. — Quant à la pratique des *actes entre époux* (y compris les donations), v. le *LXXXIV^e Congrès des Notaires de France*, 1988, p. 75-114.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *La gestion ménagère*. — Sur le mandat tacite, puis le pouvoir domestique de la femme, v. Boutard, *Des pouvoirs ménagers de la femme mariée*, Th. Caen, 1947. Les arrêts ont l'air moins nombreux de nos jours (le crédit est plus rare dans le commerce de détail, la femme a une profession, un compte en banque ; joint que, pour des crédits importants, les fournisseurs exigeront une double signature). Avant 1965, on se deman-

daient si la femme était obligée personnellement. L'idée de représentation conduisait, en principe, à la négative (Soc. 27 janv. 1939, D. 4, 39, 199). Pourtant, la jurisprudence avait souvent admis une solidarité entre les époux, comme par l'effet d'une société (ex. Req. 31 oct. 1934, D. 35, 1, 73), et cette thèse a été consacrée en 1965.

On continue à discuter des dettes qui peuvent ressortir à l'a. 220. Les obligations extracontractuelles ne sont pas exclues (ex. Civ.¹ 7 juin 1989, D. 90, 21, pour une indemnité d'occupation, [analogue, il est vrai, à un loyer] ; Civ.¹ 9 oct. 1991, D. 91, *I.R.*, 242, Civ.¹ 10 mars 1998, D. 98, *I.R.* 94, *Dr. Fam.*, 98 (n° 5), 18, n. Beignier, pour des cotisations d'assurance-vieillesse ou de retraite). Mais c'est le plus souvent à propos de contrats que la qualification *ménagère* est en balance. Ce n'est pas parce qu'un individu – homme ou femme – est marié que toutes ses dépenses doivent être présumées dépenses de ménage. A lui seul, l'enfant vaut ménage, Civ.¹ 10 juill. 1996, *J.C.P.*, 97, 1, 4008, n° 1. C'est un créancier qui veut faire jouer la solidarité d'établir que les fonds qu'il a avancés avaient la destination prévue à l'a. 220, Civ.¹ 17 janv. 1990, *Rép. not.*, 1990, 553. Que les fonds empruntés par le mari aient été versés par un chèque à l'ordre de la femme n'établit pas la destination ménagère, Versailles, 22 avr. 1988, D. 88, *I.R.*, 165 : la circulation de l'argent est abstraite, neutre, comment y attacher une présomption de destination concrète ? – La discussion roule fréquemment sur l'*excès* de la dépense. L'*excès* est à apprécier par rapport au train de vie du ménage, Civ.¹ 6 mai 1963, D. 63, 716 (ex. Paris, 3 juin 1975, *G.P.*, 75, 2, 739 ; Metz, 14 nov. 1978, *Rép. not.*, 80, 598 ; Paris, 21 mai 1982, *Rép. not.*, 82, 1647, n. Champenois).

Le bail d'habitation entre naturellement dans le champ d'application de l'a. 220 : Civ.² 3 oct. 1990, *Bull.*, n° 177 ; Civ.¹ 9 oct. 1990, *Bull.*, n° 210 ; Paris, 31 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 258 ; Aix, 30 mars 1995 (charges de copropriété), *J.C.P.*, 95, 1, 3908, n° 5. Mais, pour ce bail, l'a. 220 se double de l'a. 1751 : chacun des époux, étant cotitulaire du contrat, est locataire à titre personnel (Civ.² 27 janv. 1993, D. 93, *Somm.* 173) ; et chacun est tenu d'en acquitter les obligations sans pour autant en décharger l'autre, Civ.² 8 mars 1972, *Bull.*, n° 76.

C'est pour les emprunts qu'il y avait eu, avant 1985, le plus d'hésitation. On écartait la solidarité dans le crédit à la construction, Civ.¹ 11 janv. 1984, D. 84, *I.R.*, 276, Paris, 9 févr. 1988, D. 88, *I.R.*, 69, la constitution d'un patrimoine immobilier est un investissement, non pas une dépense d'entretien. La solidarité du ménage se concevait mieux dans le crédit à la consommation. Encore ce crédit a-t-il ses dangers. La Cour de cassation, Civ.¹ 24 mars 1971, D. 72, 360, n. Abitbol avait consacré une solution équilibrée dont s'est inspiré, en 1985, le remaniement de l'a. 220 : des prêts peuvent donner lieu à la solidarité de l'a. 220, mais c'est à la double condition qu'ils soient modestes (même s'ils sont répétés) et qu'ils aient pour objet de faire face, au jour le jour, aux besoins les plus pressants du ménage. Maintien de la position : Civ.¹ 12 juin 1990, *Bull.*, n° 158. Des difficultés, néanmoins, demeurent, en particulier sur la condition de modicité (à relativiser en fonction des ressources du ménage), sur les achats à tempérament (distincts des emprunts ? Lécuyer, *Dr. Fam.*, 98, n° 70) : ex. v. Civ.¹ 12 juill. 1994, D. 96, 117, Grenoble, 11 sept. 1996, *Dr. Fam.*, 97, 51 (cf. Wiederkehr, *J.C.P.*, 97, 2, 4008-1).

b) *Les mesures de crise*. — Dans les premiers temps, la pratique immédiate s'était orientée vers une application franche et large des a. 220-1 s. : ex. Nancy, 12 déc. 1968, D. 69, 300 ; trib. Nevers, 13 juill. 1971, D. 71, 643 ; trib. Digne 1^{er} juill. 1972, D. 73,

259 (les notes stimulantes de Cl.-J. Foulon-Piganiol avaient dû y aider, D. 67, chr. 207, D. 69, 300 et 73, 259. La Cour de cassation (Civ.¹ 18 nov. 1970, *J.C.P.*, 71, 2, 16780, n. Patarin ; Civ.¹ 1^{er} juill. 1972, D. 73, Somm. 30) n'avait pas paru défavorable au mouvement. Il en résultait, notamment, que le pouvoir des présidents ne se limitait pas à quelques mesures de type conservatoire dans un domaine strictement patrimonial, mais qu'il pourrait s'étendre à toutes mesures utiles pour résoudre toutes situations matrimoniales de crise. V. cep. des réserves sur la thèse extensive : Prévault, D. 68, chr. 57 ; D. Mayer, *J.C.P.*, 73, 2, 17443, qui craignait des chevauchements avec d'autres remèdes légaux, ex. l'a. 1426. L'impression, néanmoins, s'était répandue que, malgré les spécificités du texte (notions d'urgence, de crise), depuis 1975 (recours plus expéditif au divorce ?), l'usage de l'a. 220-1 avait fortement décliné. Mais, plus récemment, un arrêt, Civ.¹ 5 nov. 1996, *Bull.*, n° 374, semble attester que la thèse extensive, « énergique », conserve des fidèles : est approuvée la nomination d'un administrateur provisoire à qui est confiée l'administration du patrimoine commun (cf. Orléans, 25 mars 1987, *J.C.P.* (notarial), 88, 2, 66).

c) *Vente du logement familial et des meubles meublants.* — Hauser, I, n°s 1015 s. — Des arrêts (Paris, 29 sept. 1972, et Colmar, 11 juin 1974, D. 75, 540) avaient bien dégagé ce qui est la pointe de l'a. 215, al. 3 : la création, pour ce type de biens, noyau d'un patrimoine populaire, d'une communauté empirique soumise à la cogestion des deux époux (Cl.-J. Foulon-Piganiol, n. D. 75, 540 et 645 ; cf. Besserve, *La communauté de meubles issue du régime matrimonial primaire*, Th. Paris II, ronéo, 1974). L'analyse n'a évidemment d'intérêt que lorsque le logement n'a pas déjà la nature de bien commun par les règles du régime matrimonial, mais se trouve être la propriété de l'un des époux (cf. Langlade, D. 86, chr. 167). La Cour de cassation (Civ.¹ 22 oct. 1974, D. 75, 645, *J.C.P.*, 75, 2, 18041, n. critique Chartier) fait, cependant, un pas en arrière, en décidant qu'un mari a pu valablement léguer à son frère la propriété de l'habitation conjugale — solution individualiste, diffusément inspirée peut-être par le sentiment mystique et contestable que le mort échappe à toutes les règles (cf. a. 1423). A la vérité, ce qui menace le plus couramment le logement familial, ce sont les dettes, spécialement celles qui résultent de cautionnements, ce fléau d'une époque très financière. Il est de jurisprudence que, hormis le cas de fraude (Civ.¹ 18 juin 1985, D. 86, 485), l'engagement contracté par un époux sans le consentement de l'autre ne tombe pas sous le coup de l'a. 215, al. 3 (Civ.¹ 17 nov. 1981, *Bull.*, n° 337 ; Civ.¹ 4 oct. 1983, *J.C.P.*, 84, 2, 20188 ; Civ.¹ 8 janv. et 5 févr. 1985, *Bull.*, n°s 7 et 53), et que, dès lors, le logement peut être saisi par les créanciers (Civ.¹ 4 juill. 1978, D. 79, 479, 2^e esp., n. Chartier, *J.C.P.*, 80, 2, 19368, n. Labbouz ; Civ.¹ 3 déc. 1991, *Rép. not.*, 92, 396, 2^e esp. ; Paris, 8 déc. 1995, *J.C.P.*, 96, 2, 3962, n° 2). Contre cette admission d'une insaisissabilité-réflexe, on invoque le silence du texte. Comme si un silence comparable avait empêché au XIX^e s., les tribunaux, s'inspirant d'une idée latente d'affectation, de déduire de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal son insaisissabilité (cf. Planiol-Ripert, t. IX, *Régimes matrimoniaux*, par J. Boulanger, n°s 1458 s.). Il ne faut pas, dit-on encore, tuer le crédit du ménage qui n'a d'autre gage à offrir que sa résidence principale. Mais il trouvera ce crédit, pourvu que les deux époux soient d'accord pour l'obtenir. Cf., pour une vue d'ensemble, Grimaldi, *Limites de protection du logement familial*, in F. Dekeuwer-Defossez et al., *Indépendance financière et communauté de vie*, Lille, 1989, p. 3.

Toutefois sera sujette à annulation, selon Civ.¹ 17 déc. 1991, *J.C.P.*, 92, 1, 3614, n° 1, une hypothèque constituée par le mari seul sur un immeuble lui appartenant en propre : c'est que l'hypothèque est un droit réel, il y a aliénation. Pour la même raison, inversée, sur une promesse de vente ne tombe pas sous le coup de l'a. 214, si elle est unilatérale, il n'y a pas aliénation actuelle, Civ.¹ 6 avr. 1994, *J.C.P.*, 94, 4, 1540. Il se peut que l'opposition entre l'actuel et le virtuel soit la ligne qui court à travers la jurisprudence.

d) *Les présomptions de pouvoir.* — V. Dupuis, D. 88, chr. 39 ; D. Martin, D. 89, chr. 135 ; Brémond, *Rép. not.*, 93, 465. — Pour ce qui est des relations avec les banques, l'a. 222 a perdu beaucoup de son importance au profit de l'a. 221, depuis qu'est devenu obligatoire le dépôt en compte-titres des valeurs mobilières au porteur (cf. n° 51, 58, t. III). V. cep. sur cet a. 222, Civ.¹ 5 avr. 1993, appliquant la présomption à une remise de fonds, *Rép. not.*, 93, 803, n. Champenois, et veillant à ce qu'elle ne soit pas perdue de vue par la cour d'appel.

Pour l'interprétation de l'a. 221, A. Colomer a retenu significativement comme idée directrice le postulat de l'autonomie bancaire de chacun des époux (*Régimes matrimoniaux*, 1992, n°s 222 s.). Cet article avait suscité une belle question, mais qui n'a pas duré : le titulaire du compte ne devait-il pas rester couvert par la présomption après le décès de son conjoint, du moins tant que les héritiers de celui-ci n'avaient pas notifié à la banque une opposition aux fins de blocage ? La Cour de cassation s'était d'abord prononcée pour la négative (Com. 5 févr. 1980, D. 80, 509, n. D. Martin, *J.C.P.*, 80, 2, 19474, n. J. Boulanger, *Rép. not.*, 81, a. 32513, n. Champenois) : il semblait illogique qu'un effet du mariage pût survivre au mariage (cf. l'a. 1442, al. 1). Mais, dans le droit de la famille, tout est-il logique ?, rien n'y est-il psychologique ? Il n'est pas inattendu que des reflets du mariage se retrouvent sur le veuvage (dans les premiers temps, surtout ; cf. l'a. 1481 ; mais *quid* du divorce ?). Et puis, argument pratique de taille, les banques préféreraient n'avoir pas à surveiller au jour le jour l'état matrimonial de leur clientèle. La résistance de la cour de renvoi fit venir l'affaire devant l'Assemblée plénière, et la thèse de la présomption continuée y triompha (4 juill. 1985, *J.C.P.*, 85, 2, 20457, rapport Ponsard, D. 85, 421, concl. Cabannes, n. D. Martin, *Rép. not.*, 85, a. 33599, n. Champenois). Peu après, la l. 23 déc. 1985 devait consolider la solution en l'inscrivant à l'a. 221. N'est-il pas à craindre, cependant, que les retraits *post mortem* ainsi autorisés sans justification, actes abstraits, ne recouvrent aisément des détournements aux dépens des héritiers du prédécédé ? Le remède est, sans doute, dans la présomption de recel qu'ils font peser sur le survivant : la menace des sanctions du recel (a. 792, 1477) le contraindra à s'expliquer (cf. Paris, 2 déc. 1987, *Rép. not.*, 1988, p. 1222).

e) *Les comptes joints.* — Civ.² 24 avr. 1985, *Bull.* n° 87, sur la charge de la preuve (en l'espèce, ce s'agissait de deux associés, car la pratique du compte joint n'est pas réservée aux gens mariés. Civ.² 10 juill. 1996, *R.T.*, 96, 990, n. Perrot, corrige l'arrêt de 1985 : faute de preuve, la saisie devra être limitée à la moitié indivise des valeurs en compte. Les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, et l'arrêt s'appuie sur l'a. 1538, al. 3. Mais, s'agissant de gains et salaires, il semble que la solution pourrait être étendue au régime de communauté : les époux ne sont-ils pas, quant à cette source de revenus, en état de séparation (a. 1414) ?

f) *Le statut professionnel.* — V. J. Savatier, *Vie de couple et rapports de travail, Hommage Cornu*, 1994, 415.

2 / Le régime matrimonial secondaire

C'est l'ensemble des règles de droit qui s'appliquent aux intérêts pécuniaires des époux, ou, suivant une définition que suggère l'a. 1387, l'ensemble des règles de droit qui gouvernent l'*association, la société conjugale quant aux biens*. Si le mariage est la fondation d'une société (*société conjugale*, ménage), le moule juridique de cette société est le régime matrimonial. Toute la matière, qui avait été profondément remaniée par la loi du 13 juillet 1965, l'a été de nouveau par la loi du 23 décembre 1985.

Chaque ménage a le droit de se bâtir son nid comme il l'entend, son régime matrimonial sur mesure. Le *contrat de mariage* est un instrument de diversité, de choix et au besoin de mélange entre les différents modèles de régime matrimonial (a. 1387 s. ; principe de la *liberté des conventions matrimoniales*). C'est un contrat solennel, qui requiert l'intervention d'un notaire (a. 1394). Mais il est lié au mariage et n'aura d'effet que si le mariage suit. Il doit être établi, en principe, avant la cérémonie. Au cours du mariage, il est vrai, après une épreuve de deux ans, les parties pourront convenir de modifier leur régime pour mieux l'adapter à l'intérêt de la famille. Mais leur accord aura besoin d'une homologation de justice (a. 1397). C'est que le contrat de mariage n'est pas un contrat comme les autres : par-delà les époux, il intéresse leurs familles respectives et la famille qui se fonde. Il a, dit-on, un caractère institutionnel, statutaire. S'il est le revêtement juridique d'un groupe, on comprend qu'il n'ait pas des effets limités aux contractants, comme la généralité des contrats (a. 1165) : il est, de plein droit, *opposable aux tiers* (v. cep. a. 221, 222). Aussi son existence fait-elle l'objet d'une publicité rudimentaire, quoique efficace, destinée à en prévenir les tiers, par le moyen d'une mention dans l'acte de mariage lui-même (a. 1394).

Le contrat de mariage est, d'ailleurs, facultatif pour les futurs époux. S'ils n'en font pas, ils seront placés de plein droit sous le type de régime matrimonial que la loi a choisi pour eux : la communauté légale (a. 1393, 1400 s., qui est une communauté réduite aux acquêts). Les *régimes de communauté* sont les plus répandus ; les *régimes non communautaires* sont les plus simples.

1 | LES RÉGIMES NON COMMUNAUTAIRES

► *Le régime de séparations de biens*

Il peut se trouver applicable de deux manières. La *séparation de biens* peut d'abord être *conventionnelle* (a. 1536 s.) : les futurs ont choisi, dès le contrat de mariage, d'être mariés sous ce régime (qui paraît promettre le maximum à l'indépendance de la femme). C'est théoriquement le régime le plus dépouillé de droit : il semble se réduire à l'exécution du devoir de secours, le surplus des rapports pécuniaires entre les conjoints

étant laissé à l'empire du droit commun, comme entre des étrangers. Mais la *séparation de biens* peut aussi être *judiciaire* (a. 1443) : l'exemple pratique est celui dans lequel, les époux étant mariés sous le régime de communauté, le mari se révèle administrateur désastreux ou bien, étant commerçant, tombe en faillite (redressement ou liquidation judiciaires). La femme demandera la dissolution de la communauté afin de mettre ses intérêts à l'abri du naufrage, et le ménage vivra désormais comme sous le régime de séparation conventionnelle. Quelle est donc l'économie de ce régime ?

1° *Les patrimoines et les administrations sont autonomes*. — Chacun des époux conserve la propriété des biens dont il était propriétaire ; celle aussi des biens qu'il pourra acquérir à titre onéreux pendant le mariage : il n'y a pas d'acquêt, chacun acquiert, gagne pour soi. Encore faut-il que l'époux qui se prétend propriétaire prouve sa propriété. La difficulté de preuve est considérable pour les meubles corporels, non seulement dans les rapports des époux ou de leurs héritiers entre eux, mais aussi à l'égard des tiers, notamment des créanciers du mari qui veulent saisir des biens se trouvant au domicile conjugal, alors que la femme prétend que ces biens lui sont personnels. La femme pourra faire la preuve de sa propriété par tous les moyens, mais la seule circonstance qu'elle serait propriétaire de la maison, ou que le bail de l'appartement serait à son nom, ne crée pas en soi une présomption suffisante. Ces difficultés sont telles que, pour les éviter, on insère dans les contrats de mariage adoptant la séparation de biens des clauses de présomption de propriété ; ex. le linge et les effets à l'usage personnel de la femme ou portant sa marque seront présumés sa propriété. Ces présomptions conventionnelles sont licites et opposables aux créanciers (a. 1538), sauf preuve contraire.

Son patrimoine ainsi délimité, chacun des époux en conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition. Sur ce point, la différence avec la communauté est moins frappante qu'autrefois, car la réforme de 1965 a introduit dans la communauté une part de l'esprit séparatiste. A l'inverse, il arrive que la femme séparée se fatigue de son rôle légal et qu'elle finisse par donner au mari mandat de gérer à sa place (a. 1539), ou même, sans lui avoir donné mandat, qu'elle le laisse gérer en fait (a. 1540) ;

2° *Il existe entre les époux une société conjugale élémentaire*. — Vivant ensemble par devoir de mariage, les deux époux font ménage commun, groupent leurs dépenses ménagères, et, pour y faire face, groupent leurs ressources. Cette affectation des ressources aux charges est le mécanisme rudimentairement décrit par l'a. 214, al. 1. Chacun des époux séparé de biens doit assumer dans les charges du mariage une part proportionnelle à ses ressources (a. 1537, 1448, al. 2).

► *La participation aux acquêts*

C'est un régime entièrement nouveau (a. 1569 s.), imité du régime légal allemand et peu pratiqué. Pendant la durée du mariage, il fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution, on reconstitue sur le papier une sorte de communauté réduite aux acquêts, mais uniquement en valeur, non pas en nature. On recherche quel a été l'enrichissement net de chaque époux entre le début et la fin du régime. On soustrait une somme de l'autre. L'époux qui s'est le moins enrichi a droit à la moitié de la différence. Il s'agit donc d'une *communauté différée* (jusqu'à la dissolution) et *purement comptable*.

2 | LES RÉGIMES DE COMMUNAUTÉ

Il faut surtout considérer la communauté réduite aux acquêts ou communauté légale, parce qu'elle est le régime matrimonial le plus courant, et aussi parce que c'est en raisonnant sur elle que le Code civil (a. 1401 s.) pose les règles générales de la communauté.

► La communauté légale ou communauté réduite aux acquêts

La situation se caractérise par la coexistence de trois patrimoines : patrimoine personnel du mari, patrimoine personnel de la femme, patrimoine commun ou communauté.

1° *Composition de la communauté.* — La communauté, comme tout patrimoine, est faite d'actif et de passif.

L'*actif* comprend essentiellement les *acquêts* (a. 1401) : les biens de toute sorte acquis à titre onéreux, en particulier achetés durant le mariage. Ils entrent en communauté parce qu'ils représentent des économies faites sur les revenus des propres et les produits du travail, donc des économies dues à la coopération des deux époux, car, à supposer qu'un seul (le mari habituellement) exerce une profession lucrative, l'esprit d'épargne de l'autre (la femme), son activité dans le ménage ont pu l'aider fortement à mettre de l'argent de côté. Les acquêts sont biens communs parce qu'ils sont l'œuvre commune des époux. Tel est du moins le schéma d'économie domestique traditionnelle sur lequel s'est construit le régime de communauté.

La détermination de l'actif commun fait ressortir par antithèse ce qui va rester dans chaque *patrimoine propre* : les biens dont chaque époux était propriétaire au jour du mariage, ou qu'il a pu recueillir pendant le mariage par succession, donation, ou legs (a. 1402). On peut présumer qu'ils ont une origine familiale et, à ce titre, ils doivent être conservés dans la famille d'où ils viennent. S'ils entraient en communauté, le partage risquerait plus tard, en l'absence d'enfant issu du mariage, de les faire passer dans la famille de l'autre conjoint. La nature propre peut d'ailleurs se communiquer. Si, en particulier, un immeuble propre ayant été vendu, l'époux vendeur achète un nouvel immeuble avec le prix provenant de la vente (*remploi*), ce nouvel immeuble — quoiqu'il ait été acquis à titre onéreux durant le mariage — n'entrera pas en communauté, il prendra, dans le patrimoine propre, la place juridique de l'élément aliéné, du moins si certaines conditions de forme ont été observées (a. 1434-1435) : il est *subrogé* au propre vendu (propre par *subrogation réelle*, cf. t. III, n° 24).

Quant au *passif* de la communauté, l'a. 1409 met en exergue les charges du mariage, à côté des obligations alimentaires que les époux peuvent avoir envers leurs parents ou alliés : il veut ainsi bien marquer que le patrimoine commun a une affectation familiale. Mais, cela dit, sont dettes communes toutes les dettes qui sont nées pendant la communauté, que ce soit en la personne du mari ou en celle de la femme (a. 1413, 1414).

2° *Administration des trois patrimoines.* — Chacun des époux administre seul son patrimoine propre (a. 1428 : avant 1965, le patrimoine de la femme était administré par le mari). Et chacun peut disposer de ses biens sans le consentement de l'autre en pleine propriété (avant 1965, la femme ne pouvait disposer, sans le mari, que de la nue-propriété de ses propres, car l'usufruit des propres entrait dans l'actif commun).

Mais le troisième patrimoine, celui de la communauté ? Sous l'Ancien Droit, le mari était « seigneur et maître » (quasi-propriétaire) de la communauté. Dans le C.C. de 1804, il était encore « chef de la communauté » (ancien a. 1388). Dans le système de 1965, il n'était plus qu'administrateur responsable, responsable mais exclusif. La l. 23 déc. 1985 l'a dépouillé de cette primauté : chacun des deux époux a désormais un droit égal à administrer les biens communs et même à en disposer (a. 1421). Ils exercent donc des pouvoirs concurrents, qui peuvent entrer en collision (ex. ils ont vendu le même meuble à des acheteurs différents ; à moins que l'un n'ait agi en fraude de l'autre, ce qui annulerait son acte, il faudra appliquer l'a. 1141). Deux catégories d'actes, cependant, échappent à ce système bicéphale : les actes nécessaires à l'exercice d'une profession, qui sont réservés à celui qui l'exerce (a. 1421, al. 2) ; les actes de disposition portant sur des immeubles, fonds de commerce, etc. (énumérés aux a. 1424-1425), les actes les plus graves, pour lesquels est exigé le consentement de l'un et de l'autre époux (ce qui place ces actes sous un régime de cogestion, de double signature).

3° *Dissolution de la communauté.* — C'est un moment capital (a. 1441). Souvent, la communauté ne devient effective qu'en se dissolvant : jusque-là l'un des époux (le mari, par le poids des mœurs) avait pu se comporter un peu comme si les biens communs étaient sa chose (surtout, si l'on raisonne sur un patrimoine mobilier) ; maintenant, les droits de l'autre (de la femme) vont s'actualiser.

Les biens communs se trouvent en état d'indivision entre les deux conjoints ou, plus fréquemment (parce qu'il y a dissolution par décès), entre le survivant et les héritiers du prédécédé.

Plus ou moins rapidement, il faudra en venir à liquider la communauté. C'est une opération dont la complexité motivera souvent l'intervention d'un notaire. C'est qu'il ne suffit pas de partager, il faut reconstituer exactement la masse partageable. Il y a entre les trois patrimoines des comptes à faire, c'est l'objet de la théorie des récompenses. La communauté doit récompense toutes les fois qu'elle s'est enrichie au détriment d'un patrimoine propre, et, en particulier, lorsqu'un immeuble propre a été vendu pendant le mariage, et que le prix, au lieu de servir à acheter un autre bien propre, a été versé dans le fonds commun ; en d'autres termes, lorsqu'il n'a pas été fait emploi du prix (a. 1433). Réciproquement, elle a droit à récompense toutes les fois qu'à son détriment un patrimoine propre s'est enrichi (a. 1437), par ex., si elle a avancé de l'argent pour faire élever des constructions sur un immeuble propre.

La masse partageable, une fois reconstituée, se partagera par moitié (a. 1475) ; corrélativement, les dettes de la communauté, quand elles n'auront pas été réglées avant le partage, se diviseront aussi par moitié ; toutefois, chacun des époux reste, à l'égard de ses créanciers, débiteur pour le tout, car la division résultant de la communauté et du partage de la communauté ne saurait altérer le lien d'obligation préexistant dans les rapports entre créancier et débiteur (a. 1482 s.). A l'égard des dettes qui sont tombées en communauté du chef de l'autre conjoint, chaque époux est

protégé de surcroît par le *bénéfice d'émolument* (qui ressemble un peu au bénéfice d'inventaire de l'héritier, a. 1483, al. 2) : il n'est pas tenu de payer au-delà de l'actif commun recueilli par lui.

► *Les communautés conventionnelles*

Par leur contrat de mariage, les époux peuvent modifier la communauté telle qu'elle vient d'être dépeinte sous sa forme légale (a. 1497). Ils peuvent par ex. étendre l'actif commun à tous les biens, meubles ou immeubles, dont ils sont déjà propriétaires au jour du mariage, ainsi qu'à ceux qu'ils recueilleront ultérieurement par succession ou libéralité (communauté universelle, a. 1526). Ils peuvent aussi stipuler un partage inégal.

B.G. — Dans ce volume, il ne pouvait être question que de donner une description très sommaire des régimes matrimoniaux, dans le prolongement du mariage dont ils forment l'organisation économique. Pour une vue complète, il convient de se reporter aux traités et manuels : Ponsard, 7^e éd. d'Aubry et Pau, VIII, 1973 ; Mazeaud de Juglart, *Leçons de droit civil*, IV, *Régimes matrimoniaux*, 1977 ; Marty et Raynaud, *Les régimes matrimoniaux*, 1985 ; Gérard Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., 1995 ; Flour et Champenois, *Régimes matrimoniaux*, 1995 ; A. Colomer, *Régimes matrimoniaux*, 5^e éd., 1992 ; Malaurie, *Régimes matrimoniaux*, 1992 ; Terré et Simler, *Les régimes matrimoniaux*, 1989. — Plus particulièrement, sur le régime de participation aux acquêts, dont la nouveauté appelle plus de commentaires, V. Pillebout, 1987 ; M. de Gaudemar, 1988, Champenois, *Rép. not.*, 88, 1, 1105.

HISTOIRE

Ch. Lefebvre, *Histoire du droit matrimonial français*, 1908 (idéalisait et christianisait à l'excès le droit coutumier de la communauté conjugale) ; Lemaire, *Les origines de la communauté entre époux dans le droit coutumier français*, *R.H.D.*, 1928, 584 s. ; Timbal, *Droit romain et ancien droit français, régimes matrimoniaux*, etc., 1975.

SOCIOLOGIE

On aimerait une recherche criminologique sur une pratique de parquet — et sans doute, auparavant, de police — qui consiste, un individu étant poursuivi pour vol, à étendre la poursuite au conjoint, par le biais d'une mise en examen pour recel (a. 321-1 N.C.P.). Le recel suppose : 1^o que le receleur bénéficie du produit de l'infraction, ce qui peut être présumé par la seule existence de la communauté conjugale ; 2^o qu'il a connaissance de l'origine délictueuse du gain, dès lors que le train de vie du voleur dépasse à l'évidence ses revenus licites. Cette pratique paraît n'avoir émergé que rarement en jurisprudence : ex. Crim. 9 mai 1974, *G.P.*, 75, 1, 66 (cf. Crim. 12 juill. 1945, *G.P.*, 45, 2, 80, extension à une concubine : pas de communauté, mais on sous-entend probablement une société de fait à l'état virtuel).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Sur les travaux préparatoires de la re-réforme de 1985, *Le statut matrimonial des Français*, LXXX^e Congrès des Notaires de France, 1978 ; M.-P. Champenois-Marmier et M. Faucheux, *Le mariage et l'argent*, 1981 (enquêtes). Cf. *Essais sur les lois*, 1995, 41. Sur l'application des réformes accomplies, v. LXXXIV^e Congrès des Notaires de France, 1988, p. 23-72. — L'organisation économique des ménages n'est pas sans incidence sur l'économie d'un pays (V. Silber, *Pop.*, 81, 557). Cependant, on pourrait se demander si c'est un bien législatif, en thèse générale, que de lui avoir imprimé la forme juridique rigide que nous appelons *régime matrimonial*. Dans une société qui ignorerait cette institution, les relations pécuniaires entre les époux se régleraient comme entre deux personnes étrangères l'une à l'autre : le droit y gagnerait en simplicité. Il n'est pas certain, toutefois, que les intéressés ne reconstitueraient pas des succédanés de communauté par des acquisitions faites en commun et gérées indivisément. Sans parler des sociétés de fait entre concubins (cf. *infra*, p. 672), c'est ce qui se voit assez souvent dans les séparations de biens (ex. Civ. 1^o 20 mai 1981, *R.T.*, 82, 784, n. Patarin). D'où des difficultés, de preuve et de fond, souvent évoquées (v. Savatier, *D.* 79, chr. 193 ; Feddal, *J.C.P.*, 82, 1, 3080), qui laissent planer une ombre sur l'avenir de ce régime (V. cep. Leroy, *R.T.*, 83, 31). Ce qui est vrai — et qui fait obstacle à des réformes radicales — c'est qu'il persiste en France, attesté par les sondages, un attachement très vif à la communauté ; et même idéalement à la communauté la plus étendue (« ce qui est à moi est à toi »). Les complications de la communauté légale ne sont pas telles qu'elles dissuadent les jeunes de se marier, car elles se reportent à la dissolution. Il n'empêche qu'elles y auront cet effet pervers de retarder encore davantage les règlements successoraux, les liquidations matrimoniales s'y imbriquant. Une pratique consciencieuse oblige ainsi les notaires à reconstituer la vie du ménage (en voie d'allongement) sur plusieurs décennies. C'est un labeur d'historien. L'invention des récompenses a pu être un progrès à la fin du Moyen Âge (cf. Ripert-Boulanger, *Traité de Planiol*, IV, n^o 887). Leur abandon, par renonciation réciproque des époux — renonciation à la justice absolue — serait peut-être aujourd'hui un autre progrès (amorce dans l'a. 1097-2^o C. Pr. C. : « La déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation. »).

3 | LES DROITS DU CONJOINT A CAUSE DE MORT

Par définition, ces droits ne fonctionneront effectivement qu'au profit d'un seul des deux époux, *le conjoint survivant*, veuf ou veuve, celui qui aura été l'élu du destin. Mais, en attendant, durant le mariage, ils existent, à l'état virtuel, au profit de l'un et de l'autre, lui procurant une sécurité aléatoire (si l'on ose dire) qui est inhérente au mariage.

L'expression *conjoint survivant* n'a pas de sexe. La statistique montre, néanmoins, que, dans la majorité des cas, c'est la femme qui survit au mari (elle est ordinairement plus jeune et son espérance de vie est plus grande). Dans l'ensemble des droits à cause de mort, les *droits de succession « ab intestat »* (en l'absence de testament) occupent la

place principale : ce sont des droits légaux, sans imprévu, qui s'ouvrent de plein droit au décès du *prémourant*. Cependant, le rôle de la *mortis causa* dans les rapports entre époux ne se limite pas aux successions *ab intestat*.

► Droits successoraux « *ab intestat* »

Ils sont toujours subordonnés à l'existence du lien matrimonial au jour du décès. Le divorce les fait tomber, même à l'égard d'un conjoint innocent. La séparation de corps ne les laisse subsister que sous les distinctions de l'a. 265 (a. 301).

Le conjoint survivant est le seul allié (au sens large du terme, étranger à la parenté définie charnellement) qui soit appelé à succéder. Sa vocation est tantôt résiduelle (à défaut de parent), tantôt concurrente (en concours avec les parents). Résiduelle, elle s'exerce en *pleine propriété* ; concurrente, seulement en *usufruit*, afin que le capital soit conservé dans la famille par la chair.

a) *Droit de succession en pleine propriété*. — Le conjoint succède en pleine propriété à la *totalité* de la succession lorsque, dans les deux lignes à la fois paternelle et maternelle, le *de cuius* ne laisse aucun parent au degré successible ou ne laisse que des collatéraux ordinaires (a. 765) ; à la *moitié* de la succession, à la faveur de la fente, lorsque, dans une des deux lignes, le *de cuius* ne laisse aucun parent au degré successible ou ne laisse que des collatéraux ordinaires (a. 766). Les collatéraux ordinaires sont les parents collatéraux autres que les frères et sœurs ou descendants de frères et sœurs (neveux, nièces), dits collatéraux privilégiés.

Les enfants et descendants, les père et mère, les collatéraux privilégiés, les ascendants ordinaires (grands-parents), éliminent le conjoint de la succession en pleine propriété. En revanche, le conjoint en élimine les collatéraux ordinaires (oncles et tantes, cousins et cousines).

Pour doubler la chance qu'a le conjoint de faire jouer sa primauté sur les collatéraux ordinaires, la loi applique cette primauté distinctement dans chacune des deux lignes, paternelle et maternelle (les parents, soit du côté du père, soit du côté de la mère). A cette fin, elle utilise le mécanisme ancien de la *fente* (a. 733) : la valeur de la masse successorale étant divisée par deux, une moitié est assignée à chaque ligne.

b) *Droits de succession en usufruit*. — Le conjoint qui ne succède pas en pleine propriété a sur la succession du prédécédé un droit d'usufruit dont la quotité varie suivant la proximité des parents laissés par le défunt (a. 767). Elle est :

- d'un quart, en présence d'enfants, quel que soit leur nombre, légitimes, issus ou non du mariage, ou naturels simples ;
- de moitié, en présence de collatéraux privilégiés, d'ascendants ou d'enfants naturels conçus pendant le mariage (enfants adultérins).

Le principe est que l'usufruit du conjoint s'exerce en nature. Il peut, toutefois, à la demande des héritiers, être converti en une rente viagère en argent, garantie par des sûretés et une clause d'indexation.

L'usufruit (traditionnellement le *douaire* de la douairière, plus ou moins noble ou bourgeoise) a toujours été regardé comme le droit d'usufruit le mieux approprié à la place particulière du conjoint survivant – cet étranger si proche – dans la *cohérite*, le

groupe des héritiers : des revenus seront maintenus au conjoint, sans qu'il soit porté atteinte au principe de la conservation des biens dans la famille. Ce principe a beau être teinté de passéisme, il garde une certaine popularité. Si le conjoint hérite en pleine propriété, le risque existe – sans même évoquer un remariage – qu'à sa propre mort la maison de famille, les souvenirs de famille du prédécédé, ne soient transférés à une famille nouvelle. Du moins en l'absence de descendants communs par lesquels le retour pourra se faire.

c) *Vues générales*. — C'est le lieu d'observer que les droits successoraux du conjoint survivant, tout en témoignant de la projection du mariage au-delà de la mort, laissent aussi apparaître la rupture que la mort inflige à l'esprit d'unité et de symétrie que savent si bien traduire les peintres et les photographes de couples mariés.

— Théoriquement, les deux vocations successorales sont à égalité, mais ce n'est vrai qu'à l'échelle individuelle. Collectivement, la démographie parle, et chacun sait que le plus souvent c'est la femme qui hérite. Lorsque le législateur, les juges, les notaires citent abstraitement le conjoint survivant, c'est l'image de la veuve qu'ils ont sous les yeux.

— Chaque époux aura été, l'un après l'autre, celui de la succession de qui il s'agit (*de cuius successione agitur*). Mais le premier modèle de dévolution n'aura pas de duplication dans le second. La première succession a été celle d'un homme marié, avec la présence d'un conjoint et probablement l'imbrication de la liquidation d'une communauté conjugale. La seconde se réglera comme celle d'un célibataire, tout au plus d'un divorcé, s'il y a des enfants communs. L'esprit pourrait en être différent. Toutefois, très souvent, les enfants communs auront été d'accord pour ne pas liquider immédiatement la première succession non plus que la communauté dissoute, et ils auront laissé le survivant en possession du tout. C'est seulement au second décès que l'on procédera à un règlement d'ensemble, et il y revivra quelque chose de l'esprit conjugal. Ce n'est pas une coutume juridiquement obligatoire, mais une pratique répandue.

► La « *mortis causa* » en dehors des successions « *ab intestat* »

a) La situation pécuniaire du conjoint *post mortem* dépend finalement, dans une mesure importante, des *libéralités* qu'a pu faire le défunt :

— Dans un sens *favorable*, des libéralités que lui-même a reçues, soit de legs par testament, soit d'une donation de biens à venir. Généralement réciproque, cette donation à cause de mort, populairement connue comme donation *au dernier vivant*, est un modèle fortement préconisé par le notariat. Il a toujours été largement répandu. Ce qui explique qu'en 1804 le C. Nap. ait paru se désintéresser des droits *ab intestat* du conjoint, ne le faisant venir qu'en queue de la hiérarchie, après les cousins au 12^e degré, juste avant l'État. Il comptait sur le chef de famille pour se faire législateur à sa place. Ce ne fut que plus tard – en 1981 – de nouvelles couches sociales ayant accédé à l'argent sans avoir acquis l'habitude des notaires, qu'un droit *ab intestat* fut institué sous les espèces d'une part en usufruit. En revanche, le législateur contemporain s'est beaucoup employé à faciliter les libéralités – d'une autre manière, en élargissant la quotité disponible spéciale dont bénéficie le conjoint (a. 1094 s., 1098). Les libéralités dont celui-ci a été gratifié font

plier les droits des héritiers même réservataires, des enfants en premier. A quoi s'ajoute, avec l'accord de la loi et des tribunaux, la pratique des avantages matrimoniaux, *gains de survie*, greffés sur la communauté conjugale, qui échappent à toute limitation, étant réputés conventions entre associés : telle la stipulation d'une communauté universelle avec attribution de sa totalité au survivant, dans un nouveau contrat de mariage (a. 1397) passé en fin de course, très *mortis causa* (cf. *supra*, p. 23).

— Dans un sens *défavorable*, les libéralités que le conjoint prédécédé a pu faire d'autres ; parents ou étrangers : elles ont pu vider la succession et, du même coup, anéantir les droits du conjoint, car le conjoint survivant peut être déshérité : il n'est pas héritier réservataire. Ce qui lui tient lieu de réserve, c'est la (maigre) pension de l'a. 207-1.

b) On entend quelquefois par *succession triangulaire* le transfert de valeurs qui s'accomplit *mortis causa*, non pas directement du patrimoine du défunt à celui de l'ayant droit, mais indirectement par l'intermédiaire d'un organisme qui s'est constitué en tiers payeur, normalement en contrepartie de versements que lui-même avait reçus du *de cuius*. Analogue à ce qu'est l'assurance-vie par un effet de contrat, c'est un mécanisme légal qui se rencontre fréquemment dans une économie où le salariat prédomine : le mécanisme des pensions de réversion, des rentes pour accident de travail, du capital décès, etc. Le conjoint survivant est, par excellence, le bénéficiaire de ces successions triangulaires, qui sont pour lui un complément, voire un substitut des successions du C.C. Mais il n'est pas inattendu que les législations spéciales (sociales surtout) qui ont introduit les nouveautés se soient senties très libres à l'égard de l'orthodoxie civiliste ; et par ex. aient prévu, le divorce interférant, un partage de la pension entre conjoints successifs, aient octroyé des prestations sans discrimination entre épouses et concubines.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Les droits successoraux du conjoint survivant étant enclavés dans le droit des successions et libéralités en général, v. la B.G., *supra*, p. 68. Plus spécialement, Le Breton, Th. Toulouse, 1932 ; L. Bach, R.T., 65, 545.

HISTOIRE

J.-Ph. Lévy, *Études Rodière*, 1981, 177.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Un projet portant réforme d'ensemble du droit des successions, déposé à l'Assemblée nationale en 1992, n'avait pas achevé son parcours en 1997, et là-dessus est survenu un changement de majorité parlementaire, laissant incertain l'avenir du

texte. En raisonnant sur l'hypothèse où le conjoint est en concours avec les descendants, le projet lui propose une option, un quart en pleine propriété ou la totalité en usufruit, et il lui assure à titre de réserve, le maintien de son cadre de vie, logement et mobilier (cf. Ph. Rémy, *Hommage Cornu*, 1994, 377). L'avantage d'une option, c'est que la réalité montre plusieurs types de conjoint survivant. Le plus nombreux est certainement représenté par la veuve âgée, à qui l'usufruit global est probablement ce qui convient le mieux — d'autant qu'il n'y aurait là que la couverture légale d'une pratique très respectée (et respectable) qui veut que les enfants laissent leur mère en possession de tout et ne demandent le partage qu'après sa mort. Mais il est des femmes moins âgées qui préféreraient un usufruit étendu, parce qu'elles ont des enfants à élever et que, pour faire face à ces charges, elles ont besoin de conserver le plus possible de revenus. A l'inverse, pour une veuve jeune et sans enfant, qui n'exclut pas de refaire sa vie ailleurs, un quart en pleine propriété peut être le moyen rapide de prendre ses distances d'un groupe familial où elle n'aura fait que passer. On peut penser que le même désir de liberté par le partage opérera dans le même sens *a fortiori* chez la femme séparée de fait, la femme en instance de divorce. Et les veufs, rares et peu pénétrables ? Beaucoup devraient apprécier, dans l'usufruit total, une continuité de leurs pouvoirs. Quelques-uns, toutefois, en l'absence d'enfants communs, pourraient craindre de s'engluier, avec cet usufruit, dans une parenté qui leur est étrangère.

THÉORIE JURIDIQUE

a) Sur l'idée que la *mort* est à l'arrière-fond de la psychologie du mariage, cf. *Études Ripert*, 1950, I, 340.

b) Sur l'insertion du conjoint dans le système successoral. — Les sondages diront d'un seul cœur : elle est la plus proche, il faut la placer en tête. Puis on se prend à réfléchir, et l'on s'explique moins mal pourquoi le C. Nap. (misogynie à part) avait rejeté l'épouse au bas de l'échelle, pourquoi en 1998 encore il y a tant d'hésitations autour des projets de réforme. La femme n'est pas une héritière comme les autres. 1° Il n'existe pas entre elle et le *de cuius* la différence de génération qui donne un sens descendant à la succession ; elle vient à l'héritage comme compagne, sœur, non comme un enfant. 2° Elle est étrangère à la communauté de sang, à la parenté, qui fonde la succession *ab intestat* ; elle y est entrée non de naissance, mais tardivement et par adoption. 3° Elle est reliée au *de cuius* par un lien de droit qui se forme et se dissout, non par des phénomènes naturels, mais par des actes de volonté dont la cause, éminemment personnelle, est extérieure à la finalité patrimoniale de l'héritage. D'où des rapports antagonistes entre les institutions. On peut redouter par ex. qu'en consolidant les droits du conjoint successible, en en faisant un héritier réservataire, la loi ne pousse l'autre pernicieusement au divorce comme au seul moyen d'exhérer. Ce serait peut-être l'occasion d'interroger les ethnologues, voire les psychanalystes, sur les mystères du mariage *cum manu* à Rome, où la femme héritait de son mari avec ses filles, puisqu'elle était *loco filiae* (quelle différence moyenne d'âge à cette époque ?), non point sœur (étant *uxor*). Il est vrai que notre ancien droit coutumier pourrait lancer l'imagination sur une autre piste. Les juristes ont longtemps considéré que, dans la communauté conjugale, les droits de la femme étaient plutôt les attentes d'une héritière que les

droits actuels d'une associée. *Uxor non est proprie socia, sed speratur fore*, disait un adage postmédiéval (v. sous ce titre, la thèse qui demeure intéressante d'A. Chéron, Paris, 1901). Le mari était censé propriétaire du tout, tant que durait le mariage (c'est la conception du C.G.I. a. 885-A, pour l'impôt de solidarité sur la fortune, la valeur de la communauté n'est pas divisée par deux, en cas de mariage, ni d'ailleurs plus problématiquement, en cas de concubinage notoire, a. 885 E).

DEUXIÈME PARTIE

Le démariage

Cette partie, surtout après qu'elle aura été recentrée sur son élément principal, qui est le divorce, est bien propre à nous faire perdre de vue la ligne directrice qui avait été ébauchée dès le début de l'ouvrage : l'élevage, l'éducation, l'héritage, la projection progressive d'une génération dans l'avenir, comme donnant son sens à tout le droit de la famille. Le dynamisme était là. Ici, il ne s'agit que de liquider un passé. Mais avec quel luxe de droit ! On peut s'en étonner. Ce droit, pourtant, est nécessaire. Les intérêts pécuniaires peuvent être importants : ou enchevêtrés ou béants, diaboliques à régler dans les deux cas. Et puis, comme toute rupture entre deux êtres humains qui se sont aimés (il n'en est pas différemment dans un concubinage), celle-ci est violente, même sous le masque du consentement mutuel, et il a fallu l'encadrer de beaucoup de droit pour en maîtriser les mouvements passionnels. Nous avons ici des intéressés dont aucun n'est affectivement prêt à faire grâce d'une forme ni d'une défense à l'autre, un peu comme dans le procès pénal. D'où ce contentieux minutieux, techniquement instructif, politiquement sans conclusion. Dans cette masse jurisprudentielle, néanmoins, une section renouait adéquatément avec la ligne initiale, celle qu'annonce platement une rubrique de la loi du 11 juillet 1975 : « Les conséquences du divorce pour les enfants ». Le décret du 5 décembre 1975, qui escortait comme décret de procédure la loi du 11 juillet, contenait une disposition, aujourd'hui transfusée dans l'a. 1080 C. Pr. C., qui aurait dû retenir davantage l'attention ; non pas pour son intérêt direct, dont les praticiens se sont détournés, mais pour l'idée philosophique qu'elle suggérait : que l'autorité parentale a pour ressort un *projet d'éducation*.

Démariage (divorce, etc.)

Sous ce vocable qui semble moderne, bien qu'il appartienne au français le plus classique, il est commode de réunir toutes les manières dont on peut sortir prou ou peu du mariage : le *divorce* et les *autres* – même si, parmi celles-ci, il en est une (la séparation de fait) qui ne vous en fait pas sortir selon le droit, une autre (la séparation de corps) qui ne vous en fait sortir qu'à moitié, une autre enfin (l'annulation) qui ne vous en fait sortir qu'en ayant l'air de faire que vous n'y êtes jamais entré.

Sully, dans les *Économies royales*, explique le souci que lui causa, en 1599, le *démariage* d'Henri IV d'avec la reine Margot (ce fut, plus précisément, une annulation). D'autres expressions, qui ne sont pas équivalentes, se rencontrent en doctrine : ex. *solutions juridiques des mésententes conjugales* (Legéais, p. 367), *dissolution et désagrégation de la famille* (Mazeaud-Juglart, n° 1403), *scission du ménage* (Bénabent, n° 202). Les sociologues parlent volontiers de *désorganisation de la famille*, formule plus large qui englobe aussi les rapports entre parents et enfants (abandon, vagabondage des mineurs, etc.).

La notion de *dissolution du mariage*, inscrite à l'a. 227, est à la fois plus étroite et plus large que celle de *démariage*. Ni la séparation de corps ni, bien entendu, la séparation de fait ne sont des causes de dissolution, puisqu'elles laissent subsister en droit la qualité d'époux ; ni d'ailleurs l'annulation, du moins quand elle est rétroactive, car tout se passe alors théoriquement comme s'il n'y avait jamais eu de mariage. En revanche, il est deux causes de dissolution auxquelles le terme de *démariage* ne conviendrait guère, parce qu'elles procèdent de la nécessité et non de la volonté : 1° la *mort* de l'un des époux, expressément visée à l'a. 227 (cf. Hauser, II, n° 7 s.) ; 2° le *jugement déclaratif d'absence*. La l. 28 déc. 1977 n'a pas ajouté l'absence déclarée à la liste de l'a. 227, mais elle en a fait en général un équivalent du décès (cf. t. I) : le mariage est dissous de plein droit (a. 128, al. 3), et irrémédiablement, sans que le retour de l'absent puisse le faire renaître (a. 132). Certains auteurs ajouteraient à la liste le *changement de*

sexe, comme cause automatique de dissolution (v. Bénabent, *Famille*, n° 71, Fauré, *Rev. dr. sanitaire et social*, 1989, p. 11).

B.G. — J. Pousson-Petit, *Le démariage en droit comparé* (européen), Bruxelles, 1981. La notion a reçu son ultime consécration dans un livre profondément pénétrant : Irène Théry, *Le démariage*, 1993. Cf. F. Sauvage, *La durée du mariage*, Th. Paris II, 1995.

SOCIOLOGIE-PSYCHOLOGIE

Tous les désaccords entre époux n'aboutissent point à une rupture. La loi a intégré les dissentiments conjugaux à la vie normale du couple, en organisant pour les résoudre un recours au juge (a. 217, 372-1). Cette intrusion d'un tiers, fût-il revêtu d'autorité, dans l'intimité du ménage a été critiquée comme propre à attiser la discorde. C'était, pourtant, à l'encontre du principe 1, le seul moyen d'en sortir, dès lors que le principe d'égalité ne permettait plus de donner au mari (ou au plus âgé, c'eût été le plus souvent le même) voix prépondérante en cas de partage. En fait, on est mal informé de la fréquence et de l'issue de ces recours. Peut-être l'image de la justice suffit-elle à ressouder les époux qui ne sont que superficiellement divisés, se vérifiant ainsi le théorème du sociologue belge Dupréel, dans sa théorie des conflits, que, lorsque le tiers intervenant se prétend neutre, les deux antagonistes le traitent plus ou moins en adversaire.

Car il est des dissentiments conjugaux qui ne sont qu'occasionnels. Le phénomène prend une autre signification s'il se reproduit jusqu'à former une habitude, la variété froide étant elle-même toute différente de la variété explosive, l'explosion fût-elle simplement verbale. C'est une question ressassée (surtout en pensant à l'effet sur les enfants mineurs) que de savoir ce qui vaut mieux, d'un fond permanent de disputes ou d'une franche rupture (la plus franche étant le divorce). V. l'étude de P. Sansot, au titre évocateur, qui incite à l'optimisme : Les scènes de ménage, une forme de la culture populaire, *Cahiers internat. de sociologie* (81), 1986, 298 s. Mais, à notre époque, une culture scientifique tend à étouffer la culture populaire : les entreprises de préparation au mariage ont un rayon de consultations conjugales, où l'on aide les époux à procéder à un « réexamen de leurs difficultés ».

Les difficultés peuvent monter au degré pathologique d'intensité qui rend intolérable le maintien de la vie commune. A analyser l'expression, il apparaît qu'elle contient un démariage en puissance, au moins sous la forme minimale d'une séparation de fait. C'est une expression qui est entrée dans notre droit positif en 1941 (par la loi sur le divorce) et qui s'y trouve encore aujourd'hui (a. 242). Vizioz, un des rédacteurs du texte de 1941, en avait puisé la suggestion (non sans en faire dévier le sens, d'une fonction de cause unique du divorce à la fonction de filtrage d'une autre cause) dans un article de revue (*R.T.*, 37, 281), où l'« intolérabilité de la vie commune » s'était proposée, venant du C.C. suisse.

TITRE I

Le divorce

C'est la dissolution d'un mariage valable du vivant des deux époux (*Divertere*, chacun s'en va de son côté). En droit positif, il doit être prononcé par autorité de justice et pour des causes prévues par la loi.

Le divorce était inconnu de notre Ancien Droit. Les Romains en avaient usé et abusé. En réaction contre ces abus, le christianisme condamna assez rapidement l'institution. Le Droit canonique fit prévaloir, au Moyen Age, la thèse de l'indissolubilité absolue. Le Concile de Trente l'enregistra dans un esprit de critique contre la Réforme qui, par fidélité peut-être à l'Ancien Testament, avait admis le divorce pour adultère, puis pour d'autres causes. Si l'indissolubilité absolue était ainsi le régime de notre Ancien Droit, elle comportait toutefois des tempéraments : la possibilité de la séparation de corps (*divortium quoad torum et mensam*, de lit et de table, par opposition au *divortium quoad vinculum*, divorce quant au lien), et une assez large application de la théorie des nullités de mariage.

C'est la Révolution qui devait, à la suite d'un mouvement de propagande traversant le XVIII^e siècle, ressusciter l'institution. La loi du 20 septembre 1792 admit le divorce non seulement pour causes déterminées, mais par consentement mutuel et même pour incompatibilité d'humeur, ce qui pouvait ressembler à une répudiation unilatérale.

Entre le système de l'indissolubilité absolue, que proposait l'Ancien Régime, et le divorce libéralement ouvert, que la Révolution avait institué, le Code Napoléon suivit une *via media*. Il maintint le principe du divorce, conformément à sa philosophie individualiste, à sa laïcité de principe, et il faut bien le constater aussi, sous l'influence personnelle

de Bonaparte, qui voulait se réserver la liberté d'en user un jour. Mais, en réaction contre les excès de 1792, il supprima le divorce pour incompatibilité d'humeur, réduisit le nombre des causes déterminées, en les rattachant étroitement à une idée de faute, et ne garda le divorce par consentement mutuel qu'après l'avoir hérissé de difficultés pour le rendre inaccessible à la masse.

Cependant, le divorce devait être entraîné dans la chute de l'Empire : une loi du 8 mai 1816 (loi de Bonald) vint l'abolir parce que l'Église catholique le condamnait. D'où jusqu'à la Seconde Guerre mondiale (et même au-delà, quoique avec une infinie discrétion) l'influence des positions soit confessionnelles, soit laïcistes sur la question.

La III^e République à peine consolidée, le parti républicain se préoccupa de rétablir le divorce. Ce fut l'objet d'une loi du 27 juillet 1884, aboutissement d'une campagne ardente d'Alfred Naquet (toutefois, dans un souci de modération, elle ne reprenait pas le divorce par consentement mutuel). L'évolution postérieure fut marquée par une facilité croissante. Elle se fit moins sous l'action de la législation (cependant, une loi du 18 avril 1886 simplifia notablement la procédure) que sous l'action de la jurisprudence (par une interprétation extensive de la notion d'injure grave, cause de divorce). Il y eut, sous le gouvernement de Vichy, par une loi du 2 avril 1941, une tentative de réaction (limitée ; il est probable que le gouvernement du III^e Reich se serait opposé à une abolition telle qu'en 1816, si tant est que certains à Vichy y eussent pensé). La tentative devait être éphémère : à la Libération, une ordonnance du 12 avril 1945 vint annuler la loi de 1941, en ne retenant qu'un petit nombre des rétrécissements, d'ailleurs peu efficaces, qu'elle avait édictés.

Dans les années 60, une évolution des mœurs se dessina, qui parut appeler une évolution des lois. Dans les pays riches, la société de consommation devenait une société de tolérance, une société permissive. Pratiquant de plus en plus largement le divorce dans le cadre légal existant, elle tendait à faire éclater ce cadre. Un peu partout, des réformes s'étaient opérées ou s'annonçaient : démocratisation du divorce par consentement mutuel, refoulement du divorce pour faute (*divorce-sanction*), au bénéfice du divorce pour cause objective (*divorce-remède* ou *divorce-faillite*) – les techniques étaient variables, mais toujours le cap était mis vers plus de facilité. En France, entre deux minorités également consistantes, l'une disposée à traiter le divorce comme un phénomène absolument normal, l'autre continuant à n'accepter qu'à regret le principe même de l'institution, l'opinion

dominante semblait se prononcer en faveur d'une certaine *libéralisation*, comparable à celles dont avaient fait précédemment l'objet différentes parties du droit de la famille. Un projet fut établi en ce sens dès 1973. Quelque peu déformé par les politiciens qui s'en emparèrent, il se retrouve tant bien que mal dans la loi du 11 juillet 1975 et dans le décret de procédure du 5 décembre 1975, repris (avec quelques retouches) dans les a. 1070 à 1148 C. Pr. C. (décret de procédure qui avait réussi à redresser quelques-unes des déformations précitées de la loi). Dans l'ensemble, il s'agit d'un droit de compromis : l'esprit de compromis se manifeste dans les *causes*, aussi bien que dans la *procédure* et les *effets* du divorce (c'est le plan que la loi a elle-même suivi, et que nous suivrons).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Avant 1975, Planiol-Rouast, n^{os} 486 s. ; Coulon, *Le divorce et la séparation de corps*, 5 vol., 1890-1897 (avait contribué à fixer beaucoup d'interprétations au lendemain de la loi de 1884) ; Piérard, *Divorce et séparation de corps* (ouvrage belge, avec des parallèles de droit français).

Depuis 1975, D. Huet-Weiller, II, n^{os} 73 s. ; Massip, *La réforme du divorce*, 1986 ; Groslière, *La réforme du divorce*, 1976 ; Brazier, *Le nouveau droit du divorce* ; Lindon et Bénabent, *Le droit du divorce*, 1984 ; Bénabent, 1991, n^{os} 221 s. ; Courbe, *Le divorce*, 1993 ; E. Blary-Clément, *Le divorce*, 1995.

Vingt ans après : ce fut l'occasion d'un bilan et de projets : ouvrage collectif, *Divorce vingt ans après*, Dalloz, 1997 ; M.-Th. Calais-Auloy, Pour plus de liberté et de responsabilité dans le divorce, *Petites Affiches*, 12 janv. 1998.

HISTOIRE

Sur le droit romain, E. Lévy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925 ; Andréev, *R.H.D.*, 1957, 1 ; K. Visky, Le divorce dans la législation de Justinien, *Rev. internat. Droits de l'Antiquité*, 76, 239. On est tenté de dénier ici toute influence au droit romain, à cause de la longue coupure représentée par le triomphe de l'indissolubilité en droit canon. Cependant, en dehors même des souvenirs plus ou moins vagues dont devait se nourrir le culte de la Révolution pour l'Antiquité, il n'est pas impossible que le droit romain nous ait fourni, directement ou indirectement, des notions techniques : l'idée d'une solennité, peut-être même d'une symétrie des formes (dans le système de 1804, ancien a. 264, le divorce devait être prononcé par l'officier de l'état civil) ; et, venue du droit des empereurs chrétiens (C. Dupont, *Rev. internat. Droits de l'Antiquité*, 76, 125), l'idée, fort estompée en 1975, des déchéances et pénalités.

Sur l'Ancien Droit en général, V. Brissaud, p. 64 s. Sur l'établissement de l'indissolubilité en droit canonique, V. A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 48 s., et spécialement sur la difficulté suggestive que rencontra, au Concile de Trente, la prohibition du divorce pour cause d'adultère de la femme, II, p. 331 s. Cf. Mayaud, *L'indissolubilité du mariage, étude historico-canonique*, 1952 ; J. Gaudemet, L'interprétation du principe d'indissolubilité, *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 78, p. 11.

Le droit révolutionnaire a ici une exceptionnelle importance, puisque c'est lui qui a vraiment créé l'institution que nous pratiquons. V. M. Garaud, *La Révolution française et la famille*, 1978, 67 s., 170 s. Cf. Thibault-Laurent, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire*, Th. Montpellier, 1939 ; R. G. Phillips, Le divorce à la fin du XVIII^e s., *Annales, E.S.C.*, 1979 (n° 2) ; les articles de J. Gaudemet, Bouineau, Lattes, in *La Révolution et l'ordre juridique privé*, Orléans, 1986, p. 301, 309, 317 ; et pour Paris, Houdaille, *Pop.*, 92, 490. V. Demars-Sion, *R.T.*, 80, 231 (parallèle entre la loi de 1792 et celle de 1975).

Sur la question du divorce au XIX^e s., V. Bonnacase, *Philosophie du C. Nap. appliquée au droit de famille*, n°s 194 s. ; Blanc de Collet, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884*, Th. Paris, 1940 (d'après les travaux préparatoires de la loi Naquet) ; Le Goasguen, *Le divorce devant l'opinion, les Chambres et les tribunaux*, Th. Rennes, 1913 ; Lalou, Histoire du divorce en France, *Actes du Congrès de droit canonique*, 1947. — L'abolition du divorce en 1816 n'avait laissé aucun regret dans la doctrine civiliste du XIX^e s., malgré l'admiration de principe pour Bonaparte législateur (V. cep. Accolas, I, p. 259 s., mais sa position politique à part en fait l'exception qui confirme la règle). Où était le divorce avant le divorce ? C'est la grande question qu'a posée Fr. Ronsin (thèse de Sorbonne, 1985). Il ne préexistait pas dans la séparation de corps, car les départements où il s'est installé d'emblée après 1884 ne sont pas ceux où la séparation de corps avait (et continue à avoir) une place significative (cf. H. Le Bras et E. Todd, *L'invention de la France*, 1981, 155). Les divorces rentrés de la période 1816-1884, ce devait être la séparation de fait sous ses formes variées (y compris le vagabondage, cf. *infra*, p. 642).

Suite : 1° L. 2 avr. 1941 (gouvernement de Vichy), texte D.A. 41, L. 200 ; commentaire, D. 45, L. 61 ; 2° Ord. 12 avr. 1945 (gouvernement provisoire), constatant la nullité de la loi de 1941, validant quelques-unes de ses dispositions et en édictant de nouvelles, et en D. 45, L. 84 ; commentaire, D. 45, L. 145.

RELIGION

Dans cette matière, tout influencée par les positions religieuses, la théologie a son importance.

a) *Écritures*. — Le droit mosaïque admettait le divorce, du moins la répudiation de la femme par le mari, institution de toutes les sociétés patriarcales (Deutér., 24). Mais, déjà chez les Prophètes, la réprobation morale est très nette (peut-être provoquée par les abus de l'institution dans une civilisation plus remuante). Ex. Malachie, 2:14 s. : Je hais la répudiation... (avec une explication sur laquelle les adversaires modernes du divorce auraient raison de mettre l'accent : que nul ne soit infidèle à la femme de sa jeunesse [protection de la femme vieillie]). Les Évangiles condamnent le divorce tantôt catégoriquement (Marc, 10:12), tantôt avec une réserve pour le cas d'adultère (Mat-

thieu, 5:32 et 19:9). La science des exégètes catholiques s'est exercée à faire rentrer cette réserve dans un principe général d'indissolubilité, V. par ex. K. Staab, *Die Unauflöslichkeit der Ehe und die sogenannten Ehebruchsklauseln*, Festschrift Eichmann, 1940 (interprétation philologique) ; cf. R. P. Bonsirven, *Le divorce dans le Nouveau Testament*, 1948. Saint Augustin avait consacré un traité de *conjugiis adulterinis* à cette harmonisation des Évangiles, et bien qu'il qualifiât lui-même la question d'obscur et embrouillée, il contribua à fixer la doctrine dans le sens de l'indissolubilité absolue.

b) *Théologie catholique*. — Si l'Église romaine pose en principe l'indissolubilité du mariage, ce n'est pas sans y apporter des tempéraments, dont elle se réserve d'ailleurs le contrôle (cf. Roudier, *Les exceptions à la théorie de l'indissolubilité du mariage en droit canonique*, Th. Toulouse, 1933) : dispensé en cas de non-consommation ; privilège paulin (à partir de I Corinth., 7:15), permettant au nouveau chrétien de rompre avec un conjoint qui lui rendrait la vie commune impossible ou blesserait sa foi ; enfin système assez largement ouvert de nullités. Mais la condamnation du divorce est absolue, étant liée au caractère de sacrement qui est reconnu au mariage. D'où une question de conscience pour les catholiques. Beaucoup de civilistes (Planiol, Colin et Capitant, Josserand) ont déclaré ne pas la comprendre : le conjoint innocent n'a qu'à s'abstenir de demander le divorce, le conjoint coupable n'a qu'à s'incriminer lui-même ; et puis, l'Église fait profession d'ignorer le mariage civil, qu'importent alors les solutions adoptées par le législateur laïc pour ce mariage ? en toute hypothèse, l'époux catholique pourra toujours se conformer à sa loi en n'usant pas de la faculté de se remarier. Il faut convenir, néanmoins, que ces réponses sont assez superficielles du point de vue catholique, une fois accepté le postulat que l'Église a seule compétence pour légiférer en matière de mariage, parce que le mariage est un sacrement. Une simple faute conjugale ne peut, pour qui pèse selon les critères de la religion, être mise en balance avec l'abandon de la foi. Le conjoint catholique, même s'il ne se remarie pas, souffrira dans ses sentiments religieux dès lors qu'il verra son époux contracter licitement un nouveau mariage civil, qui ne peut être pour le croyant qu'un adultère. Du reste, si c'est le remariage des divorcés qui est, au premier chef, prohibé par l'Église, il n'est pas sûr que la prohibition s'arrête là. Pour certains canonistes (V. Le Picard, *Divorce et bien public*, 1946), l'institution du divorce serait condamnable en elle-même, indépendamment de l'usage que les divorcés peuvent en faire, et la condamnation engloberait *ipso facto* tout demandeur en divorce, peut-être même les magistrats qui accueillent la demande et les avocats qui y prêtent leur concours. Depuis le second concile du Vatican, il est vrai, des théologiens de pointe préconisent des attitudes plus nuancées, teintées d'humanisme (et de féminisme ; ex. Huizing, revue *Concilium*, 1967, n° 18 ; cf. C. Rolin, *La femme devant le divorce*, 1968), et le principe de l'indissolubilité lui-même fait l'objet de la plus subtile réduction (R. P. Gerhartz, S. J., in *Le lien matrimonial*, Strasbourg, 1970, p. 198, et des ouvrages collectifs, *Le mariage, engagement pour la vie ?*, Paris, 1971, *Le remariage des divorcés*, Paris, 1978). Cf. Atias, Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce, *J.C.P.*, 84, 1, 3151.

c) *Théologie protestante*. — Elle ne considère pas le mariage comme un sacrement : cela ne signifie pas qu'il soit librement dissoluble. Le divorce est admis pour adultère en vertu de Matth., 5:32 (l'orthodoxie calviniste s'en tient là ; v. J. Murray, *Le divorce, Revue réformée*, 1953, IV). Mais, très tôt, l'abandon y a été ajouté en vertu du texte de Paul, I Corinth., 7:15 s. (v. déjà en France, Synode natio-

nal de 1567), et d'autres élargissements suivirent (v. V. Stutz, *Zu der ersten Anfängen des evang. Ehegesetzes*, R. Savigny, t. 53, Kan-Abt., 1933, XXII, p. 288 s. : divorce pour aliénation mentale à Zurich dès le XVI^e s.) ; en Angleterre, le poète Milton (*Doctrine et discipline du divorce*, 1643) préconisa théologiquement le divorce le plus libéral, pour incompatibilité d'humeur (mais en faveur de l'homme seulement). Où en est-on aujourd'hui ? V. par ex. *La sexualité* (Fédération protestante de France, 1975), p. 60 : l'impossibilité d'aimer autoriserait le divorce, l'amour seul rendant le lien conjugal vivable (cf. Éric Fuchs, *Le désir et la tendresse*, Genève, 1979 ; R. Grimm, *Ce qu'aimer veut dire*, 1981). Soit – mais les Réformateurs ont enseigné aussi que le mariage est une *res politica*, et les politiques ont le devoir d'être sérieux, plutôt restrictifs, à cause des enfants, la survie de la cité est en cause.

DÉMOGRAPHIE-SOCIOLOGIE

B. Munoz-Pérez, Évolution récente, in *La nuptialité* (I.N.E.D.), 1991, 161 ; L. Roussel, Sociologie du divorce et divortialité, *Pop.*, 93, 919 ; Sardon, L'évolution du divorce en France, *Pop.*, 96, 717 ; Neyraud et M'Sili, Les couples mixtes en France, *Pop.*, 97, 571.

Le nombre des désunions (divorces + séparations de corps) était passé de 32 862 en 1963 à 60 694 en 1974 (dernière année avant la réforme) ; ces 60 694 désunions devaient être placées en regard de 394 000 mariages ; en 1978, 74 000 divorces contre 355 000 mariages ; en 1996, 120 300 divorces contre 280 600 mariages (43 divorces pour 100 mariages). Mais ces confrontations de données brutes, souvent très frappantes, ne sont pas toujours scientifiquement significatives. Il faut relativiser, construire des indices de divortialité selon des techniques délicates (ex. L. Henry, *Pop.*, 52, 267 ; Ch. Blayo, *ibid.*, 73, 605 ; cf. *Pop.*, 88, 738 ; 98, 1003, 1018). A quoi s'ajoute, en France, l'incertitude tenant aux imperfections de notre enregistrement des divorces (cf. *Pop.*, 96, 717).

La préparation de la réforme de 1975 mobilisa démographes et sociologues. Une enquête d'opinion par sondage fut menée, à la fois, sur la population globale et sur un échantillon de 900 divorcés (Anne Boigeol et al., *Le divorce et les Français*, 2 vol., 1974). Cf. Louis Roussel, Le divorce et les séparations de corps en France (1936-1967), *Pop.*, 70, 275 ; *Le mariage dans la société française*, 1975, p. 293 ; Ch. Blayo et Festy, *Pop.*, 76, 617.

On a longtemps cru que le risque de divorcer était particulièrement aigu en début de mariage. C'était l'hypothèse de la loi de 1941 ; aussi ne permettait-elle que la séparation de corps dans les trois premières années du mariage. La poussée de la divortialité depuis 1975 semble avoir touché surtout des unions assez anciennes. Mais c'était probablement la liquidation de séparations de fait et de mésintelligences qui étaient en attente d'une libéralisation de l'institution.

Les disparités géographiques sont importantes : divorce et urbanisation vont souvent de pair ; les départements à forte tradition catholique (Aveyron, Vendée) conservent un taux de divortialité très inférieur à celui des endroits réputés à la pointe de la modernité (Paris, Côte d'Azur). V. des études très intéressantes : B. Munoz-Pérez, *Études statistiques* du ministère de la Justice, févr. 1983 ; Kellerhals et al., 85, 811.

La divortialité avait commencé à s'accroître dès avant la réforme (dès 1964) : partant de là, des sociologues concluent à une certaine neutralité des législations en ce

domaine, Commaille et al., *Le divorce en Europe occidentale, La Loi et le Nombre*, 1983, p. 242. On ne saurait, toutefois, pousser la thèse trop loin : il est clair qu'après une loi abolissant le divorce il y aura peut-être des situations de fait, mais il n'y aura plus de divorce, le droit est maître du droit, s'il ne l'est pas du fait. Outre qu'une loi peut avoir au-delà de ses effets mécaniques (instrumentaux, dit-on parfois) des effets symboliques, diffus. Il se peut bien qu'une loi libéralisant l'institution, ne fût-ce qu'en rendant sa procédure plus coulante, opère comme un appel d'air. Cependant, la décision de divorcer est un phénomène psychologique difficile à saisir. Il faut parfois se contenter d'hypothèses. Comparons trois chiffres arrondis du divorce français : 60 000 en 1975, 100 000 en 1990, dont 40 000 sur demande conjointe. Il serait à peine paradoxal de soutenir que la loi a été sans effet sur les ruptures *lato sensu* de mariage, car les époux qui ont recouru à l'a. 230 se seraient, si l'institution n'avait pas existé, vraisemblablement séparés de fait par consentement mutuel. De la baisse de la nuptialité, déterminée par le développement de la cohabitation, on devrait escompter à la longue un arrêt, puis une régression de la divortialité : par un effet quantitatif évident, mais aussi un effet de sélection qualitative : chez ceux qui ont choisi le mariage contre les facilités de la cohabitation on peut présumer un attachement plus fort à l'indissolubilité du lien.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *La réforme de 1975*. — 1^o Elle fut précédée d'une étude de politique législative comparée (Ancel, *Le divorce à l'étranger*, 1975), à quoi s'ajouta une recherche de données statistiques (*Le divorce en France occidentale*, 1975 ; cf. *Pop.*, 87, 433 et 731). Synthèse : M.-T. Meulders-Klein, *Le divorce en Europe occidentale, R.I.D.C.*, 89, 7. — On peut se demander si les modèles permissifs, qui viennent de pays sociologiquement protestants, ne s'y sont pas développés parce qu'ils y rencontraient les contrepoids de psychologie collective ou individuelle qui rendent supportables les hautes fréquences de divortialité. Si bien que la transplantation de ces modèles dans des pays restés sociologiquement catholiques (tout en ne l'étant plus guère disciplinairement) pourrait n'être pas dépourvue de risque.

Sur la genèse de la loi et ses péripéties, v. *La question du divorce*, D. 75, chr. 116, et plus sociologiquement (sereinement) les rapports entre le droit et la société à travers la réforme du droit français du divorce, in *Révision du droit du divorce*, Colloque de Lausanne, 1987, p. 7. Cf. I. Théry, *Le démariage, justice et vie privée*, 1993.

2^o Chez les juristes et les parlementaires, l'institution du divorce n'était plus ouvertement discutée dans son principe. Demeurait, néanmoins, un problème de principe, latent dans les consciences (cf. Cornu, 1992, n^o 310, note), et qui déterminait, déterminera, à l'occasion, des attitudes du législateur, des juges, en tout cas des attitudes de l'opinion. Ce problème a plusieurs aspects.

— *Aspect religieux*. — L'Église catholique, condamnant le divorce, a longtemps demandé aux législateurs civils, en pays catholiques, d'en faire autant. Bien peu (ex. Irlande) suivent encore son enseignement ; beaucoup s'en sont écartés (à partir de 1965, principalement, qui marque partout une poussée de la divortialité ; ex. Italie, 1970 ; Brésil, 1977 ; Espagne, 1981 ; Argentine, 1984 ; même phénomène dans la Grèce

orthodoxe, cf. Deliyannis, *R.I.D.C.*, 86, 811). En France, on pourrait penser que, depuis 1884 au moins, la question du divorce est sans partage sous la coupe du pouvoir laïc. De temps à autre, pourtant, des épisodes sont venus révéler la force persistante de la contestation catholique : sous le régime de Vichy, la loi (même éphémère) du 2 avr. 1941, et dans un esprit non différent, à la Libération, la proposition (même inaboutie) de Léon Mazeaud (D. 45, chr. 11). Cette proposition, présentée sans succès à la C.R.C.C. (*Travaux*, 1947, 498 s.), se résumait dans la création de deux types de mariage *civil*, au commun choix des futurs époux : l'un susceptible, l'autre insusceptible, de dissolution par divorce. Il était clair que l'Église catholique n'aurait accordé ses cérémonies qu'aux fiancés ayant choisi en mairie la forme indissoluble, et que ce mariage catholique sans le dire serait devenu celui de la grande majorité des Français. Mais quelle eût été la suite ?, cf. *Études Ripert*, I, 339. L'enquête d'opinion qui a précédé la loi de 1975 a fait apparaître un bloc important d'opposants au principe du divorce, en corrélation peu niabile avec la pratique religieuse (*Le divorce et les Français*, I, spéc. p. 25, 36, 99). Le fait est que, par égard pour le catholicisme, la séparation de corps a été ostensiblement conservée en 1975, alors que, par passion de modernisme et de droit comparé, d'autres projets suggéraient de l'abolir. Les espérances catholiques se sont parfois portées, paradoxalement, sur les mesures provisoires prises en cours d'instance (autorisation de résidence séparée, attribution du logement, etc. ; cf. a. 255) : il est vrai qu'en les prolongeant sans limitation de durée on obtiendrait un aménagement au fond plus respectueux des convictions religieuses que la séparation de corps elle-même, parce qu'il serait à l'abri d'une conversion automatique en divorce. Quelque chose de ces espérances s'est reporté, faute de mieux, sur l'hypothèse rare de l'a. 258 (*infra*, p. 561), et aussi sur l'a. 307 (*infra*, p. 634). Concluons qu'il n'est pas en France de politique du divorce qui n'ait à compter avec le poids de l'Église. Mais hâtons-nous d'ajouter qu'il est sur l'autre rive d'autres forces : non point tant les partis et *lobbies* activement « divorcistes », mais la résistance passive de tous ceux qui, bien que n'éprouvant aucune envie d'user du divorce et même en réprouvant moralement l'usage, se sentent néanmoins obligés de le maintenir dans le C.C. comme le signe nécessaire attestant que le catholicisme n'est pas redevenu religion d'État.

— *Aspect national*. — On a souvent accusé le divorce d'avoir été un facteur de décadence démographique, de dénatalité (cf. Desforges, *Les divorces en France*, 1947). S. Lédermann (*Pop.*, 1948, 313 s.) avait montré, que cet effet du divorce ne pouvait être, mécaniquement, bien considérable (le remariage après divorce peut être plus prolifique que la désunion sans divorce). Reste l'effet psychologique symbolique diffus. Mais c'est un fait que la chute de la natalité, en France, n'avait pas attendu 1975 (cf. J. Dupâquier *et al.*, *Histoire de la population française*, t. 3 et 4 [1789 à nos jours], 1989).

— *Aspect humain*. — Pour le divorce : il ne fait que constater une désunion de fait préexistante ; ce sont les mœurs qu'il faudrait corriger : le divorce, en clarifiant la situation, est un facteur de salubrité morale. De nos jours, l'argument est souvent ajouté que l'allongement de la vie humaine rend psychologiquement moins maîtrisable le besoin de changement (au XVII^e s., les époux ne s'enchaînaient que pour quinze ans, maintenant c'est pour quarante) ; mais c'est raisonner comme si entre toutes les années de mariage régnait une équivalence abstraite, et est-on marié sur des moyennes ? — *Contre* : il y a une idée-force du divorce (la loi ajoute aux mœurs) ; la perspective du

divorce fait contracter les mariages plus légèrement, et, plus tard, exacerbe des dissentiments qui, sans cela, se seraient apaisés. L'intérêt de l'enfant mineur a souvent été invoqué contre le divorce (le partage de l'enfant, bon sujet littéraire, de Paul Bourget, *Un divorce*, 1904, à Henry James, *What Maisie knew*, 1947 ; statistiques [troubles] de l'enfance délinquante) ; à quoi l'on objecte que son sort n'est pas moins à plaindre dans les ménages disloqués *de facto* qui ne divorcent pas. Le bonheur individuel des divorcés reste l'argument capital pour l'institution (si le droit est fait pour assurer le bonheur des individus). Il s'est produit, d'ailleurs, dans la conception de l'argument, un changement révélateur : du temps de Naquet, on voyait surtout le côté négatif, la liberté retrouvée, les chaînes tombées ; aujourd'hui, on insiste plutôt sur le côté positif, la reconstruction après l'échec, le nouveau foyer, avec, au premier plan, la légitimation des adultérins (l'intérêt des adultérins refoule, dans le débat, celui des légitimes, cela fait partie du mouvement général : les droits en formation valent plus que les droits acquis). Seulement, attention ! les statistiques, depuis 1980 (*Pop.*, 88, 739), montrent chez les divorcé(e)s une bien moindre propension au remariage. Toute balance faite, le jugement moyen des Français à l'égard du divorce s'est probablement stabilisé autour de la formule célèbre : « un mal nécessaire ». Elle a traduit la position de la Réforme avant celle de la morale laïque (à cela près que la Réforme, dans son orthodoxie, l'aurait aussi bien employée pour le droit en général : si l'homme n'était pas pécheur, il n'aurait pas besoin de droit).

b) *Les projets de réforme*. — Une critique détaillée et objective de la situation actuelle se trouve dans le rapport d'Irène Théry, *Couple, filiation, etc.*, 1998, p. 104-137. On n'y peut guère opposer (en dehors d'une vision théologique du mal) que l'impitoyable loi du marché : si le divorce était si mauvais, tant de gens s'y précipiteraient-ils ? La critique s'accompagne de propositions, dont beaucoup, très raisonnables, pourraient constituer des améliorations. Mais la tendance générale est à une plus grande facilité du divorce, et elle sera perçue comme mettant en cause le mariage et la famille.

A cet endroit-ci, nous ne retenons que l'une des propositions du rapport, la plus spectaculaire, l'admission d'un cinquième type de divorce, le *divorce par déclaration conjointe*, sans intervention du juge, les époux étant d'accord pour organiser librement eux-mêmes les conséquences de leur désunion (quant aux enfants et quant aux biens). Le projet ne se cache guère d'être une réponse à l'engorgement des tribunaux, et l'on ne peut se retenir de penser qu'il serait préférable de recruter plus de magistrats. La réforme resterait, tout de même, en deçà des premiers C. Fam. soviétiques (1918, a. 91 ; 1926, a. 19) avant la reprise en main de 1944 : ce ne serait pas une simple déclaration au guichet du service de l'état civil ; une présence officielle solenniserait la déclaration. On hésite entre les maires (mais beaucoup pourraient bien refuser ce ministère, qui n'aurait rien d'exaltant) et le greffier en chef du T.G.I. (cf. déjà a. 334-2, 470), mais il n'a pas l'auréole d'un juge. Évitera-t-on, d'ailleurs, d'avoir à chercher un juge en catastrophe, si quelque difficulté surgit avant ou après la déclaration ? Et nous n'insistons pas sur le reproche capital, qui ne manquera pas : qu'en ouvrant cette cinquième porte sur un chemin de velours, le législateur aura non seulement vidé la requête conjointe d'une bonne part de ses usagers, mais attiré au divorce un supplément de clientèle.

LES CAUSES DE DIVORCE

Ce que le C.C. de 1804 appelait *cause*, la loi de 1975, dans sa seconde rédaction, a voulu l'appeler *cas*. Cela n'a pas grande importance, d'autant que le mot ancien ressurgit invinciblement dans plus d'un texte nouveau (ex. a. 230, 248, 248-1, 259). Plus contestable est le classement des causes auquel on s'est livré dans cette seconde rédaction. D'abord, parce que le divorce qualifié de *divorce demandé par l'un et accepté par l'autre* et qui mériterait mieux la qualification de *divorce sur double aveu* (que nous retiendrons), aurait dû constituer une catégorie autonome, plutôt que d'être ramené artificiellement sous la rubrique du *consentement mutuel*. Ensuite, parce que l'ordre de présentation adopté – quel que fût, en 1975, l'avantage publicitaire de mettre en vedette les nouveautés – n'est pas un ordre très rationnel : le divorce par consentement mutuel se définissant comme un divorce qui ne révèle pas sa cause (a. 230), on se serait attendu à ne le voir venir qu'après les divorces dont la cause est révélée, le divorce pour rupture de la vie commune, étant un divorce avec charges assumées par le demandeur (a. 239), donc à responsabilité inversée, aurait plus logiquement sa place après le divorce pour faute. Ces observations expliquent qu'on puisse, sans trop de remords, s'affranchir du programme légal, tel que l'annonce l'a. 229, et commençant par la *faute*, ce qui offre un intérêt didactique, pour suivre par les *charges assumées*, puis par le *consentement mutuel*, pour finir par le *double aveu*.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 501 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, VII, 476 ; Beudant-Breton, n^{os} 777 s. ; Hauser et D. Huet-Weiller, II, n^{os} 88 s.

HISTOIRE

Les solutions de l'Ancien Droit (droit canon ou jurisprudence laïque des derniers siècles) sur les causes de séparation d'habitation restent intéressantes pour la compréhension des a. 242 s. V. A. Esmein, *Mariage*, II, p. 106 s. ; Pothier, *Contrat de mariage*, n^{os} 506 s. *L'adultère*, du moins celui de la femme, a toujours été mis à part ; Pothier (*op. cit.*, n^o 486) s'interroge encore (à cause de Matthieu, 19:9), s'il ne devrait pas dissoudre le mariage (origine de l'idée de cause péremptoire ?). C'est encore Pothier (*op. cit.*, n^o 510) qui nous montre comment la notion de *sevices* (*nimia saevitia*) peut s'élargir en *cruauté mentale*, pour employer la formule qui a eu un si grand développement dans le droit anglo-américain (à défaut d'une jurisprudence laxiste sur l'injure grave, nous aurions pu en avoir une sur les sévices [psychiques]). Sur la notion d'*injure*, on consultera l'avocat Dareau, *Traité des injures*, 1775, chap. 4, sect. 1, et l'on constatera que l'élargissement imputé à la jurisprudence moderne était déjà bien amorcé dans l'Ancien Droit, jusqu'à comprendre l'incompatibilité d'humeur (« Dans le doute même s'il y a absolument lieu à une séparation, le plus prudent est de la permettre »). Mais l'extension avait un autre sens que le nôtre dès lors que le mariage subsistait (« ... souvent un intervalle est propre à réconcilier les cœurs et les esprits »). La notion de l'*abandon* (et de ses dérivés), qui représente une part importante des cas d'*injure* retenus par la jurisprudence moderne, paraît s'être construite (*desertio*) à partir d'un texte de saint Paul (I Corinth. 7:10-15), surtout, à ce qu'il semble, dans la doctrine de la Réforme. Le d. 20 sept. 1792 en faisait une cause déterminée. — Sur ce d. 20 sept. 1792, v. Sagnac, p. 288 s. ; Brissaud, p. 73. Il admettait 3 séries de causes de divorce : a) *Causes déterminées* : 1^o Démence ; 2^o Condamnation criminelle ; 3^o Crimes, sévices ou injures graves ; 4^o Dérèglement notoire de mœurs ; 5^o Abandon ; 6^o Absence pendant cinq ans ; 7^o Émigration ; b) *Consentement mutuel* ; c) *Incompatibilité d'humeur*. Le projet de l'an VIII présentait, par rapport au texte définitif du C.C., des divergences qui ne sont pas sans intérêt : l'abandon était encore une cause distincte ; l'adultère de la femme n'était retenu qu'autant qu'il était accompagné d'un scandale public ou prouvé par des écrits émanés d'elle ; les injures ne figuraient pas dans la liste, ce qui en tenait lieu était « la conduite habituelle de l'un des époux envers l'autre », rendant à celui-ci « la vie commune insupportable » (l'interprétation jurisprudentielle de la notion d'*injure* s'était souvenue de cette origine).

SOCIOLOGIE

Il ne faut pas confondre les *causes de divorce*, les causes juridiques, légales (telles qu'elles sont énumérées dans l'a. 229), avec les *motifs d'un divorce*, les motifs concrets qui décident un époux, deux époux à le demander (tels qu'ils pourraient être décrits, par ex.,

dans une anamnèse selon l'a. 233) — ni avec les *facteurs de la divortialité* (tels que peut le étudier la sociologie), la divortialité étant le phénomène collectif constitué par la masse des divorces dans une population pendant une période de temps. Les facteurs de la divortialité sont complexes. Les causes juridiques de divorce en font partie : pour raisonner sur l'hypothèse limite, il est évident que, dans une société qui n'admet aucune cause de divorce la divortialité est nulle — sauf à observer alors des phénomènes non juridiques de compensation (séparations de fait ; divorces que l'on disait jadis « à l'italienne », c'est-à-dire par suppression du conjoint). Mais, à travers les portillons dessinés par le droit, le flux des divorces obéit à des déterminismes qui sont loin d'être entièrement élucidés. L'urbanisation, l'industrialisation sont très certainement des facteurs de divortialité. Des corrélations ont été relevées entre la précocité des mariages et la propension à divorcer (cf. *Le divorce en France, année 1970*, 134). L'hétérogamie — la disparité des conditions sociales — semble aussi jouer un rôle : non pas tant directement par les occasions de mésintelligence qu'elle sème entre les époux, mais, plus subtilement, parce qu'elle a dû provoquer, lors du mariage, la désapprobation de l'une des familles, voire des deux, si bien que celles-ci, le moment venu, n'exerceront pas contre le désir de divorce la pression qui serait de rigueur en d'autres circonstances : le divorce de l'enfant mal marié est perçu comme un retour à l'ordre. Cf. L. Roussel, *Facteurs individuels et écologiques influençant les quotients de divortialité et de nuptialité, Congrès international de la Population, Mexico, 1977*, 333. Sur l'effet des guerres, Festy, *Pop.*, 88, 815.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) M.-T. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, *R.I.D.C.*, 89, 8. — Cf. *R.I.D.C.*, 1977, 574 (Allemagne) ; 1972, 77, et 1975, 403 (Italie) ; 1975, 395 (Pays-Bas).

b) *Divorce pour faute et divorce pour cause objective*. — Les préparatifs de la réforme, vers 1973, avaient poussé sous les feux de l'actualité cette opposition classique du droit comparé. Les uns proposaient de s'en tenir au divorce-sanction, en y ajoutant seulement le divorce par consentement mutuel. Les autres proposaient de ramener toutes les causes à une seule, qui aurait été la faillite du mariage, l'état de désunion irrémédiable, sans aucune recherche d'imputabilité (en ce sens, le projet de l'Association nationale des Avocats, présenté par M^e Chaumié, *Gaz. Pal.*, 1974, 2, 786). Entre les deux tendances, la loi de 1975 a conclu par un compromis : elle a maintenu le divorce pour faute, mais elle y a juxtaposé, outre le consentement, plusieurs applications de la cause objective : les cas de rupture de la vie commune (a. 237 s.), le double aveu de la vie commune intolérable (a. 233 s.), la neutralisation des torts partagés (a. 265, al. 3). Ce qui fait du nouveau divorce une institution à visages multiples (cf. P. Raynaud, *D.* 76, chr. 141), « divorce à la carte », a-t-on dit parfois.

Le système de la cause objective a des aspects séduisants : la simplicité ; le réalisme (quand les juges prononcent le divorce, n'est-ce pas toujours, au fond, parce qu'ils sont convaincus que l'union est définitivement brisée ?) ; l'effet d'apaisement, les époux n'étant plus contraints de se livrer combat. Cependant, ces avantages sont chèrement payés par le grave inconvénient de l'arbitraire du juge : la notion de l'échec conjugal n'a pas de contours précis, et dans une matière où il y a 100 000 affaires par an et peu de voies de recours exercées, le risque est que s'instaurent, sur le territoire, des prati-

ques fort dissemblables, des ressorts à divorce facile, d'autres à divorce difficile. Est-il sûr, d'ailleurs, que la recherche de la faute puisse jamais être éliminée ? Dans les législations qui se rattachent à la conception du divorce-faillite, il est fréquent que la cause objective puisse être repoussée par une fin de non-recevoir tirée de la culpabilité de celui qui l'invoque, ou par une clause d'iniquité, ou même par une appréciation morale confiée au juge. Pour se référer à l'exemple le plus ancien de cause objective, la notion de vie commune intolérable dans l'a. 142 C.C.S., on constate que la considération de la faute y a été réintroduite par la pratique des tribunaux (cf. M.-Noëlle Python, *Le rôle de la faute dans le divorce*, Th. Lausanne, 1958, p. 11, 44) : il y a faute à n'avoir pas su écarter les dangers qui pesaient sur l'union, à n'avoir pas eu la volonté nécessaire pour adoucir les conflits. Ce retour offensif de la faute (cf. pour le droit allemand, B. Jung, *J.C.P.*, 79, 1, 2940, n° 13 s.) est inéluctable, si le juge veut s'évader du dilemme où l'enfermerait, quant à la preuve, une cause purement objective : ou il tenterait de la prouver par tous les moyens, mais il aurait besoin de pouvoirs inquisitoriaux pour pénétrer dans l'existence affective du couple ; ou il s'en tiendrait à ce qui est, en effet, la démonstration la plus persuasive que le mariage est miné, la volonté unilatérale de rompre que manifeste l'un des conjoints, mais c'est alors retomber dans le divorce-répudiation, tragédie pour l'épouse, sujet de réprobation pour nos sociétés occidentales. Et puis le divorce pour faute fait valoir ses propres mérites : 1° l'agressivité, voire la haine violente entre conjoints désunis étant des réalités possibles, il est thérapeutique de leur donner l'exutoire d'un procès *agonistique* ; 2° l'époux innocent a un intérêt légitime à faire établir en justice son innocence et, partant, la culpabilité de l'autre, plutôt que de se laisser envelopper dans un divorce moralement indifférent, d'où le public retirera le soupçon que tous les deux sont plus ou moins coupables ; de quel droit dépouillerait-on une victime de ce qui n'est en somme que la projection de l'a. 1382 ? Le droit à réparation est un droit fondamental (Cons. const., 22 oct. 1982 (v. t. IV, n° 85)).

THÉORIE JURIDIQUE

Sur la notion de *cause de divorce* avant 1975, cf. *R.T.*, 37, 281 s. ; J.-Ch. Laurent, *D.* 49, chr. 61, et *Le divorce, essai de sociologie juridique*, 1965. – Avant 1975, sur un divorce pour faute, la démarche intellectuelle des juges consistait souvent – et elle peut persister sous l'a. 242 – à rechercher, par-delà les faits allégués, le climat général des relations conjugales.

1 / La faute

Ce cas de divorce a pris la suite, à lui seul, de la totalité du divorce d'avant 1975. Aussi peut-il bénéficier, mieux que les trois autres, du *thesaurus* de l'interprétation antérieure. Au prix d'adaptations, toutefois, car les textes ont tout de même été modifiés.

Dans ces textes modifiés, la loi se place successivement du côté du demandeur (a. 242-243), puis du défendeur (a. 244-245), opposant aux *faits qui constituent la cause de divorce*, les *faits qui tendent à la neutraliser*.

I | FAITS QUI CONSTITUENT
LA CAUSE DE DIVORCE

Le C. Nap. énumérait cinq causes concrètes qui, dans l'interprétation la plus courante, étaient analysées comme cinq fautes possibles : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices, injures graves ([ancien] a. 229-232). Tout adultère charnellement consommé était cause de divorce, sans qu'il y eût à tenir compte (depuis 1884) des discriminations que le droit pénal avait ici établies (et maintenues) entre l'homme et la femme. Les condamnations étaient visées moins parce qu'elles rendaient impossible la cohabitation que parce qu'elles portaient atteinte à une solidarité d'honneur entre époux. Les excès tendaient à se confondre avec les sévices, lesquels évoquaient une idée de brutalités, de mauvais traitements, facilités peut-être par la vigueur du mâle. Mais c'étaient les injures qui, sous l'action de la jurisprudence après 1884, avaient pris le rôle principal dans le système, le rôle de cause indéterminée, de *clausula generalis*. La notion était originale.

Dans la loi 29 juill. 1881 sur la presse (a. 29) se trouve une définition pénale de l'injure : expression outrageante, terme de mépris ou d'invective, qui ne renferme l'imputation d'aucun fait précis. L'injure cause de divorce ne devait pas être entendue dans cette acception technique. Il fallait la rapprocher de l'*injuria* romaine : c'était le fait contraire au droit – ici, le manquement au droit conjugal, à cet ordre juridique particulier qui s'édifie à partir des devoirs et obligations nés du mariage. Toutefois, que ce manquement eût présenté un caractère outrageant, blessant, n'était pas une circonstance indifférente aux tribunaux ; des faits étaient d'autant plus aisément qualifiés d'injures s'ils étaient de nature à produire sur le conjoint innocent un certain choc nerveux, s'il avait pu se sentir atteint par eux dans son honneur, s'il avait pu les *ressentir*. La cause de divorce n'était pas ainsi sans points de contact avec la conception pénale de l'injure.

Les textes de 1941-1945 avaient reproduit les cinq causes de 1804, mais aux trois dernières, excès, sévices, injures, ils avaient apposé une

double condition qui se voulait restrictive, qui en fait fut sans portée pratique, les juges se bornant à la recopier machinalement : les faits, selon l'a. 232, devaient : 1° constituer une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage ; 2° rendre intolérable le maintien du lien conjugal.

La loi de 1975, dans l'a. 242, s'est emparée de ce qui n'était précédemment qu'une pièce rapportée, et elle en a fait la formule même du divorce pour faute, formule unique par la suppression simultanée des causes concrètes, du moins de quatre d'entre elles (la condamnation criminelle étant épargnée dans l'a. 243). A un système de causes concrètes, nommées, déterminées, a donc été substitué un système tout différent : celui d'une cause abstraite, générale, indéterminée.

► *Analyse de la cause indéterminée*

On peut commencer par traiter à part, avec l'a. 243, la condamnation à l'une des peines criminelles qui sont prévues à l'a. 131-1 N.C.P., réclusion ou détention, à perpétuité ou à temps. Si le législateur de 1975 a renoncé à absorber cette cause dans la généralité de l'a. 242, c'est sans doute qu'il lui a semblé que la production de la sentence pénale enlèverait au juge tout pouvoir d'appréciation (en ce sens, la cause peut être dite *péremptoire*). Mais peut-être a-t-il estimé aussi qu'en un tel cas la faute n'était pas de même nature, étant dirigée contre la société ou des tiers, non pas contre l'autre époux ; à tort, d'ailleurs, car la solidarité d'honneur nouée par le mariage fait que chacun des deux assume *envers l'autre* le devoir de ne pas se mettre en situation d'être condamné pour crime. A la vérité, se faire condamner pour certains délits correctionnels, tels que vol ou escroquerie, peut n'être pas moins contraire à ce devoir ; l'a. 243 n'est pas alors applicable, mais le conjoint qui se plaint d'avoir été déshonoré par contamination pourra se rabattre sur l'a. 242.

Quels sont donc, dans l'a. 242, les *éléments constitutifs* de la faute intra-conjugale ?

a) *L'imputabilité*

Elle suppose une volonté capable et libre (cf. t. IV, n° 223) : un acte accompli sous l'empire d'un trouble mental ne pourrait être pris en considération.

b) *La violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage*

Violation d'une obligation préexistante, c'est une définition usuelle de l'élément illicite dans la faute civile (cf. t. IV, n° 224). Mais, ici, la violation doit revêtir certains traits et se rapporter à des devoirs particuliers.

1° *La violation doit être grave ou renouvelée.* — Exiger la gravité, c'est rappeler qu'il doit exister entre époux un vaste champ de tolérance, mais aussi que, ni pour la justice ni pour la liberté, il n'est bon que le juge ait à intervenir dans des conflits insignifiants. Il était sage, toutefois, d'assimiler à la gravité la répétition : des piqûres d'épingle renouvelées brisent aussi sûrement l'harmonie conjugale qu'une faute plus éclatante, mais isolée.

2° *Il doit s'agir des devoirs et obligations du mariage.* — Le mariage ne débutant qu'à la célébration, il semble que des faits antérieurs ne devraient pas pouvoir constituer la cause de divorce. Pourtant, avant 1975, la jurisprudence prononçait assez souvent le divorce pour de tels faits (ex. maladie vénérienne dont l'époux était déjà atteint, condamnation déjà subie, voire inconduite passée, infidélité avant la lettre). C'est qu'elle voyait l'injure non pas dans les faits eux-mêmes, mais dans leur dissimulation (du moins leur dissimulation dolosive) au moment du mariage – en quoi elle faisait, malgré tout, rétroagir à la période des fiançailles le devoir d'absolue sincérité qu'elle supposait entre époux. Rationnellement, l'hypothèse aurait dû relever, plutôt que du divorce, de la nullité pour vice du consentement. La pratique des tribunaux ne s'expliquait que par l'étroitesse de l'[ancien] a. 180 : ce texte ayant été élargi en 1975, elle aurait pu être abandonnée, mais elle ne paraît pas l'avoir été.

Parmi les devoirs et obligations dont la violation est sanctionnée par l'a. 242, il en est dont l'existence ne fait aucun doute, parce qu'ils sont institués et nommés par la loi : les devoirs de fidélité, secours, assistance (a. 212), l'obligation de contribuer aux charges du mariage (a. 214), l'obligation de communauté de vie (a. 215). La violation du devoir de fidélité, l'adultère, retrouve ainsi à travers l'a. 242 la place qu'il a perdue en tant que cause spécifique. Il est même probable que, la preuve étant faite d'un adultère charnellement consommé, les juges n'aimeraient guère soutenir qu'un tel fait n'est pas en soi assez grave. Autre chose est de savoir si le fait ne pourrait être excusé par les fautes de l'autre époux, en vertu de l'a. 245. Autre chose encore est de statuer sur de simples galanteries préparatoires, des flirts imprudents :

selon l'Évangile l'infidélité du cœur n'est pas moins grave que l'autre ; mais plus longuement oscille la balance des jugements humains. Quant à l'abandon (*desertio*), bien que le C. Nap. ne l'eût pas érigé en cause spécifique – abandon du domicile conjugal ou refus de le réintégrer, il tirait de la tradition une véritable spécificité : violant l'obligation de l'a. 215 et le plus souvent aussi celle de l'a. 214, il tombera facilement sous le coup de l'a. 242.

L'ordre conjugal, la paix des ménages sont tissés de bien d'autres devoirs, peuvent être troublés par bien d'autres fautes. La pratique judiciaire, en sanctionnant une infinie variété de fautes, fait apparaître une multitude de devoirs auxquels on n'aurait pas songé. Et ayant pris conscience de l'existence de ces devoirs, elle se sent encouragée à les sanctionner par de nouveaux divorces. Entre le droit du divorce et le droit du mariage, il s'établit ainsi un rapport dialectique. Des violations de devoirs inscrites dans le catalogue jurisprudentiel, la plupart s'analysent comme des atteintes à des intérêts moraux, à l'honneur et à la solidarité d'honneur (ex. conduite scandaleuse, faits d'ivrognerie), à l'amour-propre et à l'amour (ex. « scènes » fréquentes faites par un conjoint à l'autre, animosité persistante). Cependant, les intérêts pécuniaires sont aussi protégés (ex. habitudes de jeu, de dissipation ; et même gestion infidèle du mari en tant qu'administrateur de la communauté, quoique, pour ce dernier cas, la séparation de biens, a. 1443, semble un remède plus indiqué). Peu importe, au demeurant, le sujet passif des agissements imputés à l'époux coupable. C'est normalement l'autre époux qui souffre du dommage causé. Mais on retiendra aussi bien comme causes de divorce des faits commis au préjudice des enfants (mauvais traitements, voire mauvaise éducation), ce qui s'explique sans peine, car c'est *l'un envers l'autre* que les époux contractent les obligations qu'ils assument à l'égard des enfants communs (a. 203, 213). Peuvent même être pris en considération des faits commis à l'encontre des parents de l'autre conjoint, encore que l'expérience enseigne à se défier de ce que l'on nomme parfois les *divorces de beaux-parents*.

c) *Le maintien de la vie commune rendu intolérable*

L'a. 242 exige que les fautes conjugales – ou leur révélation – aient exercé un effet psychologique sur les relations entre les époux : l'innocent ne peut plus supporter de vivre avec le coupable. Le dessein de la loi est de dresser un filtre, d'écarter de l'action en divorce des fautes qui, même graves en soi ou répétées, semblent devoir, d'après les probabilités de la sagesse courante, être assez rapidement oubliées

ou avalées par le partenaire. Le juge ne devrait placer la barre de l'intolérable ni trop bas ni trop haut : ni trop bas, car il n'est pas de cohabitation concevable sans un certain sacrifice des susceptibilités individuelles, ni trop haut, car le droit ne contraint pas à l'héroïsme, et la vie commune devient intolérable dès qu'elle ne peut plus être humainement, raisonnablement imposée. En pratique, la Cour de cassation casse les arrêts d'appel s'ils ne contiennent pas la *mention* que la vie commune a été rendue intolérable. Mais sur la réalité de cette situation, elle s'en remet aux juges du fond.

► *Application de la cause indéterminée*

Dans tous les cas de l'a. 242, la cause est *facultative* : lors même que sont réunis les éléments constitutifs d'une faute conjugale, le tribunal conserve un pouvoir d'appréciation – un pouvoir d'appréciation sur lequel la Cour de cassation, depuis 1975 comme auparavant, n'exerce pas de contrôle.

2 | FAITS QUI TENDENT A NEUTRALISER LA CAUSE DE DIVORCE

L'époux prétendu coupable peut toujours se défendre en démontrant la fausseté des faits allégués contre lui. Mais il arrive aussi que ces faits ne soient ni contestés ni contestables et que pourtant la cause de divorce reste inopérante, au moins en partie, parce que la preuve est rapportée d'un fait distinct qui la neutralise, soit en l'effaçant – c'est la *réconciliation* (a. 244) –, soit en lui faisant contrepoids – c'est le *partage des torts* (a. 245).

► *La réconciliation*

Le fait même que l'on en est à plaider sur son existence montre que ce n'est pas une réconciliation profonde et persistante. En réalité, celui qui l'invoque veut simplement dire que le divorce ne peut pas être prononcé *contre lui*, parce qu'il y avait eu un accord pour passer l'éponge sur ses torts. C'est une réconciliation qui a eu lieu dans un

passé plus ou moins récent, mais qui, par hypothèse, ne tient plus. En quoi elle se distingue de la *conciliation*, dont il est question aux a. 251 s., qui, par hypothèse, est scellée pour l'avenir.

a) *Conditions*

Son existence est une question de fait, appréciée souverainement par les juges du fond. Mais il y faut la réunion de deux éléments (le couple a dû se réconcilier de corps et d'âme).

1° *Un élément matériel* : la reprise de la vie commune. Ce qui n'implique pas forcément la reprise des relations sexuelles, mais le fait est souvent retenu comme significatif.

2° *Un élément psychologique* : la volonté, expresse ou tacite, d'oublier la faute et de reprendre la vie commune. S'il ne s'agissait que d'oublier, la réconciliation serait un pardon et n'exigerait que la volonté du conjoint innocent. Mais la reprise de la vie commune suppose que le coupable y consente également. La réconciliation apparaît ainsi comme une *reconciliatio matrimonii*, une reconstitution du ménage par accord de volonté (cf. a. 305, al. 1).

L'époux (demandeur) qui soutient qu'il n'y a pas eu réellement réconciliation, faute d'intention, est fondé à en faire la preuve indirectement, en justifiant de circonstances qui permettent d'interpréter autrement le maintien ou la reprise de la vie commune. A trois de ces circonstances, l'a. 244, al. 3, attache la présomption qu'il n'y a pas eu réconciliation : la nécessité (ex. pénurie de logement), l'intérêt de l'enfant (les parents ayant décidé d'attendre, pour rompre, que son éducation soit achevée), un effort de conciliation (il faut sans doute entendre que la réconciliation a été convenue à l'essai, sous condition, ce qui n'est pas d'une preuve aisée).

b) *Effets*

La réconciliation efface la cause de divorce. C'est une fin de non-recevoir au sens de l'a. 122 C. Pr. C. Elle est d'ordre public, car elle tend à consolider le lien matrimonial. Aussi peut-elle être soulevée en tout état de cause, et même d'office par le juge. Toutefois, elle n'a d'effet que sur les fautes antérieures. La survenance de nouveaux torts, même la découverte d'anciens torts ignorés peuvent rendre la vie commune insupportable. Et même, à ce moment, on pourra de nouveau tenir compte des fautes que la réconciliation avait couvertes. La plaie se rouvre, ainsi que l'exprime l'a. 244, al. 2.

► *Le partage des torts*

Dans les ménages en voie de divorcer, il est fréquent que les deux époux aient l'un et l'autre commis des fautes. Il serait logique de considérer que cela fait deux causes de divorce qui doivent suivre, en s'ignorant, des chemins parallèles. Il serait équitable, en revanche, de considérer que les deux culpabilités sont liées entre elles et s'atténuent mutuellement. L'a. 245 fait une place à chacune des deux considérations :

a) *Il existe deux causes de divorce indépendantes*

Il en résulte :

1° Que la réciprocité des torts n'est pas une fin de non-recevoir à l'action en divorce (ce qu'exprime le début embarrassé du texte : elle n'empêche pas d'examiner la demande). On soutenait, avant 1975, qu'une double condamnation criminelle devrait rendre les deux condamnés réciproquement irrecevables à demander le divorce ; mais aujourd'hui on se dirait plutôt que de telles condamnations peuvent être, d'un individu à l'autre, très inégalement longues, très inégalement déshonorantes ;

2° Que le demandeur faisant valoir sa cause de divorce dans une demande principale, le défendeur doit faire valoir la sienne, soit dans une demande reconventionnelle au sein de la même instance, soit (ce qui est plus rare) dans une instance absolument distincte.

b) *Les deux culpabilités sont interdépendantes*

Il en est ainsi non seulement lorsque la faute de l'un est dans un rapport direct avec la faute de l'autre (ex. violences *provoquées* par des violences), mais aussi bien lorsque les deux fautes paraissent sans rapport entre elles, car même alors elles sont inconsciemment reliées par le climat général des relations conjugales. La loi tire de là des conséquences :

1° Que la faute du demandeur peut excuser partiellement celle du défendeur et la faire tomber au-dessous du *seuil de gravité* qui justifierait le divorce selon l'a. 242 ;

2° Que, lorsque la demande principale et la demande reconventionnelle sont simultanément accueillies, le divorce qui est alors prononcé, *divorce aux torts partagés*, n'est point un divorce avec deux coupables

(comme c'était le cas, avant 1975, du divorce aux torts et griefs réciproques), mais bien un divorce à culpabilité atténuée, moralement neutre, très proche dans ses effets (cf. *supra*, p. 513) d'un divorce qui serait accordé sur la constatation d'une situation rendue objectivement intolérable par la mésintelligence des époux (cf. a. 265, al. 3) ;

3° Que, même en l'absence de demande reconventionnelle, le juge peut se saisir d'office des fautes du demandeur que le procès a révélées et s'en servir comme d'une excuse pour atténuer la culpabilité du défendeur (a. 245, al. 3), de manière à ne prononcer finalement qu'un *divorce aux torts partagés* (il se peut que le défendeur ait eu scrupule à demander lui-même le divorce, fût-ce par voie reconventionnelle). Encore faut-il que de chaque côté soit constatée une faute répondant aux critères de l'a. 242.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Avant 1975, Gourdon, *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*, Th. Poitiers, 1963 ; Légal, *L'institution du divorce et le droit pénal, Mélanges Voirin*, 1967, 520 s. — Depuis 1975, Hauser, II, n°s 178 s. ; Massip, n°s 31 s. ; Lindon-Bénabent, n°s 785 s. Cf. F. Furkel, *La faute dans le divorce en droit français et allemand, R.I.D.C.*, 82, 1153 ; F. Dekeuwer-Défossez, *D.* 85, chr. 219 ; Bourgeois, *D.* 86, chr. 89 ; Hauser, *R.T.*, 91, 710 (les fautes de l'an 2000).

HISTOIRE

Après dix années d'application de la loi de 1884, J. Hitier donna une synthèse de la jurisprudence (*Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble*, 1894, 439 s.) ; elle a pris une valeur historique et permet d'observer comment la notion d'injure grave avait dérapé vers une cause indéterminée de divorce.

SOCIOLOGIE

On peut continuer à déplorer le duel archaïque, le divorce pour faute tient toujours bon : en 1990, 45 308 divorces sur un total de 102 088, près de 45 % des cas, le plus souvent à la demande de la femme. Toutefois, 44 % de ces divorces sont prononcés aux torts partagés, dont un tiers le sont à la demande expresse des deux (chacun ayant avoué sa responsabilité en cours de procédure).

POLITIQUE JURIDIQUE

Suppression des fautes nommées. — Le projet 1973 persistait à les nommer. Mais la mention de l'adultère a paru gêner beaucoup de monde, et, par contrecoup, tout a été gommé. Il est vrai que les fautes nommées se retrouveront, dans l'a. 242, sous le concept de la faute générique (cf. Mayaud, *L'adultère, cause de divorce, R.T.*, 80, 494). Néanmoins, le changement ne sera pas toujours sans conséquence. *L'adultère* était constitué, sans qu'il y eût à en calibrer la gravité, par le seul fait (pourvu qu'il fût volontaire) des relations sexuelles hors mariage. La violation du devoir de fidélité peut donner lieu à une appréciation de degré, et il n'est pas sûr que l'appréciation indulgente, tenant compte des mœurs, ne tournera pas finalement à l'inégalité des sexes. Quant aux *injures*, le risque de l'effacement est, en sens inverse, d'ouvrir la porte à des griefs que le droit ferait mieux d'ignorer. La jurisprudence d'avant 1975 était incitée par la notion d'injure, quelle qu'en fût l'élasticité, à ne retenir les fautes conjugales comme causes de divorce qu'autant qu'elles s'accompagnaient d'un caractère outrageant, blessant et, au fond, d'un scandale (cf. la note F. B., *D.* 1975, 243). Cette barrière maintenant levée, le juge n'est-il pas entraîné à scruter des comportements qui sont restés enfermés dans la stricte intimité du ménage ? Pour ce qui est de la notion de *séviçes*, à peine était-elle rayée du Code qu'on s'est aperçu qu'il y avait un problème spécial des femmes battues (cf. Erin Pizzey, *Crie moins fort, les voisins vont t'entendre*, 1975, M.-T. Meulders, *La violence au sein du couple, in Eckelaar et Katz, Family Violence*, 1978).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *Divorce aux torts partagés.* — En fait, dès avant 1975, le *divorce aux torts et griefs réciproques* jouait bien souvent le rôle d'un divorce pour cause objective, prononcé sur le seul fondement d'une impossibilité de prolonger la vie conjugale dans un enchevêtrement de fautes, sans doute, mais où l'on ne pouvait démêler ce qui était ou non excusé par la provocation. Cependant, quand il fallait fixer les effets de ce divorce, force était bien de l'analyser comme un divorce avec deux coupables : donc, aucun des deux ne pouvait prétendre en avoir le profit, ni réclamer une pension à l'autre, et les déchéances légales s'appliquaient aux deux cumulativement. Cf. *J.C.P.*, 1943, 2, 2412 ; Mermillod, *R.T.*, 1954, 571. La loi de 1975 a renversé cette conception : le divorce aux torts *partagés* (le changement d'épithète tend à souligner l'unité de la cause) est désormais un divorce, sinon avec deux innocents, du moins avec deux non-coupables ; par conséquent, le profit du divorce n'est en général perdu par aucun des deux divorçants (a. 265, al. 3). Ce qui contribue à éloigner davantage encore le divorce aux torts *partagés* du modèle antérieur — d'un divorce agonistique, en forme de duel —, c'est que le partage des torts peut être ordonné d'office (a. 245, al. 3), et que les effets peuvent en être demandés comme un bénéfice par les deux époux agissant ensemble dans le cas des a. 233-234.

b) *Réconciliation.* — Sur la distinction de la réconciliation, fin de non-recevoir, et de la conciliation, tentée avant ou pendant l'instance, Labbé, n.s. 85, 2, 49. Cf. Nerson, *Le pardon des offenses dans les rapports conjugaux, Études Weill*, 1983.

a) *La faute, cause de divorce.* — Il serait vain de dresser ici un catalogue jurisprudentiel des faits qui, retenus autrefois comme injures graves, peuvent constituer une cause de divorce au sens de l'a. 242. Quelques points seulement serviront à baliser la route (les causes concrètes se retrouvant avec l'étude des devoirs dont elles sont la violation, ainsi l'adultère, le refus du devoir conjugal).

1° *Date des faits.* — Avant 1975, des faits antérieurs à la célébration du mariage étaient couramment pris en considération : ex. Civ.² 25 oct. 1961, D. 61, 769, *J.C.P.*, 62, 2, 12514. La solution était pourtant contestée (cf. Marty-Raynaud, n° 276), et l'on a pu se demander si elle devait survivre à la réforme, alors qu'avait disparu le motif pratique qui l'avait fait admettre, l'étroitesse de la nullité pour erreur. Il est vrai que la voie du divorce peut sembler plus aisée aux praticiens que celle de la nullité. Pour le maintien de la solution, Civ.² 12 déc. 1979, *J.C.P.*, 80, 4, 81, et Rennes, 22 févr. 1978 (2 arrêts), D. 79, *I.R.*, 210. *Contre* : Massip, n° 36.

2° *Imputabilité des faits.* — Les troubles mentaux excluent la faute (l'a. 489-2 est ici sans application, car il ne s'agit pas de réparer un dommage) : ex. Req. 15 mai 1912, D. 12, 1, 303 ; Civ.² 30 nov. 1977, D. 78, *I.R.*, 262 ; Civ.² 31 janv. 1979, D. 79, *I.R.*, 284 ; Civ.² 12 mars 1980, D. 81, *I.R.*, 76 ; Civ.² 5 juin 1991, *Bull.*, n° 700. Que cette situation puisse mener, en se prolongeant, au divorce pour rupture de la vie commune (a. 238) est une autre question.

3° *Gravité des faits.* — Une jurisprudence traditionnelle tenait compte du milieu social, du degré d'éducation des époux, pour mesurer la gravité de l'injure : ex. Req. 25 mai 1898, D. 98, 1, 367 ; Req. 26 juill. 1943, D.A. 44, 11. Cette manière de relativiser la cause de divorce se comprenait bien avec la notion première de l'injure, terme de mépris ou d'invective : la diversité des vocabulaires selon les classes sociales est un phénomène connu de sociolinguistique. Mais déjà, pour peu que la notion fût élargie jusqu'à englober toutes les atteintes à l'honneur, la discrimination devenait contestable : l'honneur n'est pas réservé à l'élite. La loi de 1975, en effaçant de l'a. 242 toute allusion à l'injure, a favorisé une conception où les fautes conjugales sont stéréotypées sans référence aux catégories socioprofessionnelles.

4° *Interférence des fautes.* — Civ.² 29 mars 1989, D. 89, *I.R.*, 122 (qui semble ressaisir un contrôle) met en garde contre la propension des juges à trop vite partager les torts pour n'avoir pas à les démêler : il faut analyser et rechercher si la faute de l'un n'a pas été la cause de la faute de l'autre. Même en l'absence de demande reconventionnelle, même en l'absence de conclusions du défendeur l'y invitant (Civ.² 11 déc. 1991, *Bull.* n° 340), le juge peut, selon l'a. 245, al. 3, se saisir d'office des faits qu'il relève à la charge du demandeur. Il le peut, mais il n'y est pas obligé, à lui d'apprécier discrétionnairement (Civ.² 16 janv. 1991, *Bull.* n° 18). Il ne pourrait, cependant, se dispenser d'examiner des faits que le défendeur aurait expressément fait valoir par voie de conclusions (Civ.² 27 avr. 1981, *G.P.*, 81, 2, 703). Ce pouvoir de tout voir n'est pas, néanmoins, un pouvoir d'amalgamer : les faits imputés au demandeur devront être caractérisés comme fautes au sens de l'a. 242 : Civ.² 21 avr. 1982, *Bull.* n° 56 ; cf. Civ.² 22 nov. 1995, *Bull.* n° 288). Et le pouvoir d'office n'est pas affranchi de l'exigence du contradictoire : sur les conséquences de ce passage inopiné des torts exclusifs aux torts partagés le juge doit provoquer les observations des parties (Civ.² 16 janv. 1991, D. 91,

I.R., 46 ; 21 juill. 1992, *Bull.* n° 223, 19 janv. 1994, *Bull.* n° 32 ; 8 févr. 1995, D. 95, *I.R.*, n° 73).

b) *Pouvoir souverain des juges du fond.* — Sur les origines de la position adoptée par la Cour de cassation, v. *R.T.*, 37, 284, n. 3. Les arrêts étaient très nombreux : ex. Civ. 16 mai 1949, D. 49, 515. Le législateur de Vichy et celui de Libération, plutôt *antidivorsistes* tous deux (1941-1945), avaient espéré freiner la divortialité, en ajoutant aux causes nommées deux conditions générales (violation des obligations du mariage, intolérabilité du *statu quo*, avec, quant à l'objet de celle-ci une nuance : en 1941, la formule était plus réaliste, c'était le maintien de la *vie commune* qui était visé, en 1945 le maintien du *lien*, formule plus spirituelle, plus canonique, ce qui amènera un jour tel revenant de la III^e République à évoquer le tenace parfum d'encens de la Libération). En tout cas, aussi bien les espoirs de 1945 que ceux de 1941 furent déçus : les conditions supplémentaires de l'a. 242 furent réduites à une routine de forme. Pour obtenir l'approbation de la Cour de cassation, il suffisait que la cour d'appel, après s'être convaincue de l'injure grave, recopiât dans son arrêt (y fit recopier par son greffier) les deux conditions que voulait la loi : ex. Civ.² 6 et 11 mai 1953, D. 53, 405, 1^{re} et 5^e esp.

Qu'en est-il après la contraction de texte qu'a opérée la loi de 1975 ? On aurait pu penser que la notion de faute ayant été mise en relief par la nouvelle typologie (a. 229), la Cour de cassation, changeant de jurisprudence, transporterait à la faute conjugale le pouvoir de contrôle qu'elle exerce, contrôle de l'existence et de la gravité sur la faute de droit commun (cf. t. IV, n° 231). Il n'en a rien été : ex. Civ.² 4 oct. 1978, 2 arrêts, D. 79, *I.R.*, 211 ; Civ.² 19 janv. 1994, *J.C.P.*, 94, 4, 770 ; Civ.² 18 oct. 1995, *R.T.*, 96, 134. Par nécessité, sans doute, d'une bonne administration de la justice : dans une matière qui rassemble chaque année les affaires de ménage par dizaine de mille, la Cour de cassation ne pouvait se laisser noyer dans un déluge de pourvoir querelleur. Parallèlement, on peut s'interroger sur ce qu'est devenue, dans son nouveau cadre, la « vie commune intolérable ». A lire certains arrêts, on pourrait se dire qu'elle a conservé le rôle de pure forme qu'elle tenait auparavant : Civ.² 4 janv. 1980, D. 81, *I.R.*, 79 ; 20 avr. 1989, *Bull.* n° 91 ; 19 oct. 1994, D. 94, *I.R.*, 252 — abandonnant à la faute l'action décisive. Mais, à considérer la pratique judiciaire dans son ensemble, on pourrait incliner à une conception différente : les tribunaux décideraient par conviction que le maintien de la vie commune est devenu intolérable, ne se servant des fautes qu'à titre de symptômes de l'état pathologique. Ce serait un peu l'interprétation qu'avait été proposée en doctrine de la jurisprudence issue de la loi Naquet (*R.T.*, 37, 281). Mais ce n'était l'intention ni de la loi de 1941, ni de la loi de 1975.

c) *Réconciliation.* — Son existence est appréciée souverainement par les juges du fond : Civ.² 16 mai 1958, D. 59, Som. 17. La reprise de la vie commune en est une condition nécessaire, mais non pas suffisante : Civ. 28 nov. 1951, D. 52, 70 ; Civ.² 20 déc. 1977, D. 78, *I.R.*, 262 ; Paris, 13 mars 1974, n. (importante) A.D. — lors même qu'elle se serait accompagnée d'une reprise des rapports sexuels ; voire de la naissance d'un enfant, Civ.² 7 févr. 1990, *Bull.* n° 157 ; Chambéry, 9 févr. 1954, D. 54, 156 (« le rapprochement ayant pu être provoqué par une surprise des sens, indépendante de toute pensée rationnelle »). Le pardon ne vaut que s'il a été accepté, assumé par le coupable, Civ.² 27 oct. 1976, D. 77, *I.R.*, 20. Si les tribunaux se montrent difficiles pour admettre qu'il y ait eu réconciliation, c'est que cette fin de non-recevoir apparaît

souvent comme très artificielle, démentie par le fait même que l'on se dispute à son sujet (cf. Civ.² 26 avr. 1990, *Bull.* n° 448, rapprochement dans l'intérêt des enfants n'est pas une *vraie* réconciliation). Pour effacer la réconciliation et faire revivre les griefs anciens, les faits nouveaux, survenus ou découverts depuis, doivent présenter un certain caractère de gravité, cf. Civ.² 17 déc. 1969, D. 70, 188.

d) *Fautes simulées*. — Malgré la légalisation du consentement mutuel, on a continué dans certains tribunaux à utiliser, comme plus commode, plus rapide, le divorce d'accord par simulation de fautes. Autrefois, on faisait échanger aux époux des lettres d'injures bien étudiées ; aujourd'hui, on produit deux aveux de fautes (a. 259), ce qui ressemble fort au divorce de l'a. 233, ou bien on demande au juge de prononcer le divorce sans énoncer les fautes (a. 248-1 ; cf. Bordier, *J.C.P.*, 87, 1, 3302).

2 / Les charges assumées

Ce type de divorce n'a été admis, en 1975, qu'après d'âpres discussions. Ses adversaires le stigmatisaient du nom de *répudiation*, en fixant l'attention sur deux de ses traits : la volonté unilatérale du demandeur, l'innocence du défendeur. Mais il y a dans la répudiation, catégorie classée par le droit comparé, présente notamment en droit musulman, d'autres caractères qui ne se retrouvent pas ici. La volonté du répudiant est une volonté discrétionnaire et à effets immédiats, tandis qu'en l'espèce la volonté du divorçant doit être motivée, sous le contrôle du juge, par une cause légalement définie et qui suppose un préalable de plusieurs années. Le préalable est capital : si la loi s'est résignée à porter atteinte aux droits d'un conjoint innocent, c'est en pensant à la situation durable qui a pu se créer, en dehors de lui, pendant ces années de séparation de fait. Le conjoint demandeur vit en concubinage, il a des enfants (adultérins), il voudrait maintenant régulariser la situation : il peut sembler moral d'autoriser le divorce en pareil cas. Les a. 237-241 ont cherché à concilier ces données contradictoires en entourant de précautions la *cause de divorce* et en la balançant par des *moyens de défense*.

1 | LA CAUSE DE DIVORCE

A première vue, la rubrique de la section, le texte de l'a. 237 et, par décalque, celui de l'a. 238 semblent placer la cause de divorce dans la rupture de la vie commune. C'est au moins la situation de base. Mais

l'a. 239 montre qu'il faut également attribuer une valeur essentielle à cette initiative qu'est la prise en charge, par le demandeur, de toutes les conséquences du divorce. La loi aurait pu n'en traiter que plus loin, au chapitre des *conséquences* : or, elle en a inclus le principe dans la cause même du divorce. Au fond, dans cette section, la cause est double : une cause se situe dans le passé, et c'est la *rupture de la vie commune* ; une autre se situe dans le présent, dans l'introduction même de l'instance, et c'est la *prise en charge des conséquences*.

► *La rupture de la vie commune*

A peine énoncée, la notion se diversifie en deux cas particuliers. Ils ont entre eux, il est vrai, des points de ressemblance : la communauté de vie a été rompue, et cette situation dure depuis six ans.

a) *Séparation de fait*

C'est une situation contraire au droit, puisqu'elle contredit l'a. 215, al. 1. Néanmoins, le droit y attache certains effets (cf. *infra*, p. 637) afin de remédier aux difficultés qu'elle entraîne pour les époux et pour les enfants. Ici la loi en fait une cause de divorce, ce qui est un moyen d'y mettre fin.

1° *Notion*. — Il est naturel de chercher le premier indice de la séparation de fait dans la donnée la plus visible : le fait que les époux n'habitent plus sous le même toit. Ce n'est là, cependant, qu'une présomption, qui n'est pas toujours suffisante — d'autant plus que, depuis la loi de 1975, des conjoints peuvent très normalement avoir des domiciles distincts, peut-être même n'avoir pas de résidence commune (a. 215, al. 2 ; cf. *supra*, p. 444), ce qui brouille l'investigation. La vie séparée des époux n'acquiert le sens d'une séparation de fait que par les circonstances psychologiques. Mais quelles circonstances ?

Il sera souvent décevant de scruter les intentions qui auraient présidé à la rupture. Sans doute, lorsqu'il y a eu un pacte de séparation amiable, celui-ci clarifie et date la situation. Mais lorsqu'un époux est parti de sa seule volonté, son attitude peut rester longtemps équivoque : peut-être n'a-t-il cru d'abord qu'à des vacances conjugales et ne s'est-il enfoncé dans la séparation que peu à peu, sans y penser. Plus décisif est d'examiner si, et quand, la communication affective s'est rompue d'un conjoint à l'autre, car, malgré la division de l'habitat, la communauté de vie a pu subsister à travers le flux des

sentiments. Dans chaque espèce, c'est à une appréciation de l'ensemble des relations conjugales que le tribunal aura à se livrer, pour dire si la vie séparée a bien la signification psychologique d'un état de rupture.

Un seul domaine lui est interdit : l'imputabilité. Peu importe à qui la rupture est imputable. Le plus habituellement (et c'est ce que suppose le scénario de l'a. 241, al. 2), le demandeur lui-même sera le coupable : s'il avait été la victime, il aurait vraisemblablement choisi la voie plus immédiate de l'a. 242. Mais on peut aussi concevoir qu'un conjoint abandonné choisisse d'utiliser l'a. 237 afin de ne pas étaler la faute du déserteur. Les juges ne sauraient ni opposer à l'un sa propre turpitude, ni objecter à l'autre que ce type de divorce n'est pas fait pour les victimes : l'état né de la rupture, une fois qu'il est établi, est une réalité objective qui appartient aux deux conjoints.

2° *Durée*. — La séparation doit avoir persisté pendant six années au moins, et six années continues. Le délai n'est pas interrompu par les visites que les époux ont pu se faire pour se concerter sur des questions pécuniaires ou sur l'éducation des enfants. Il le serait, au contraire, par une reprise temporaire de la vie commune, et six années seront de nouveau nécessaires à compter du jour où la réconciliation aura pris fin sur une nouvelle séparation.

b) *Altération grave des facultés mentales*

Aussi profondément que la mort elle-même, peut-être davantage, la folie de l'un des époux peut rompre la communauté affective que suppose le mariage. Mais, si le mariage est une union « pour le meilleur et pour le pire », faut-il permettre au conjoint bien portant de s'en affranchir, au mépris du devoir d'assistance qu'il a contracté (a. 212) ? C'est par humanité pour ce conjoint que la loi de 1975 a admis ici le divorce, mais elle en a enfermé la cause dans des conditions assez étroites :

1° *Une altération des facultés mentales*. — L'a. 490, relatif aux incapables majeurs, contribue à éclairer la formule : l'altération des facultés mentales peut avoir pour origine une *infirmité* (physique) aussi bien qu'une *maladie* (psychique). On hésitera davantage à suivre le texte quand il met au même rang l'*affaiblissement dû à l'âge*, car le mariage est traditionnellement perçu comme une entreprise pour *vieillir à deux* (cf. la référence à l'âge dans l'a. 240, al. 1).

L'altération des facultés mentales doit avoir duré *six années*, et elle doit être *grave* : ces deux points seront constatés par un rapport médi-

cal (a. 1125 C. Pr. C.). Il n'est pas exigé, en revanche, que le malade ait été interné ou même simplement hospitalisé dans un établissement psychiatrique : c'est que l'a. 238 n'est pas un doublet de l'a. 237 ; il ne s'explique pas par une séparation de fait.

2° *La disparition de toute communauté de vie*. — Il n'est pas besoin de remonter à six années en arrière : cette condition de durée ne concerne que la maladie elle-même. Quant à la communauté de vie, il suffit de constater qu'il n'en subsistait plus rien au moment où le demandeur s'est décidé à agir (sa décision même n'est pas loin d'en être la preuve). La *communauté de vie* c'est une communauté psychologique, une possibilité d'échange de sentiments, de communication.

Vérfiée pour le présent, la condition doit aussi donner lieu à une projection vers l'avenir : il faut que la reconstitution d'une communauté de vie ne puisse plus être raisonnablement espérée. Il ne s'agit pas du tout d'un pronostic médical sur le caractère incurable de la maladie, pronostic que les psychiatres d'aujourd'hui n'émettraient pas volontiers. La conjecture porte en première ligne sur un retour possible du demandeur à d'autres sentiments, retour qui peut sans doute être facilité par la guérison de l'autre, mais plus sûrement être bloqué par la présence d'une concubine et d'enfants adultérins. Aussi est-ce une prévision d'hommes raisonnables qui est attendue des magistrats (a. 1353), non pas une expertise scientifique.

3° *Un rapport de cause à effet entre la maladie mentale et la disparition de la communauté de vie* (l'inverse rendrait la demande inadmissible : si la maladie avait été provoquée par une rupture antérieure de la vie commune).

► *La prise en charge des conséquences*

C'est une manifestation unilatérale de volonté tacitement incluse dans toute demande reposant sur les a. 237-238 : celui qui prend l'initiative du divorce s'oblige de plein droit envers son conjoint à en assumer toutes les conséquences. L'objet de l'obligation est encore indéterminé. Sans doute l'a. 239 et l'a. 1123 exigent-ils que la demande soit accompagnée d'un double programme de moyens — à court terme pour la durée de l'instance, à long terme pour l'après-divorce —, mais ce programme n'a qu'une valeur indicative. L'engagement lui-même reste indéterminé. Il est, cependant, déterminable (cf. a. 1129), car il est renvoyé à l'estimation d'un tiers (cf. a. 1592) — le tribunal — qui y procédera d'après des critères

légaux (a. 281 s. ; cf. *infra*, p. 536). En liant la recevabilité de la demande à l'acceptation des charges (y compris les frais, a. 1127), la loi entend faire sentir au demandeur que la liberté à laquelle il aspire ne peut être acquise qu'à titre onéreux. En fait, la jurisprudence ne se montre pas très exigeante : ayant posé en thèse que ce type de divorce exclut l'application de prestations compensatoires, elle se contente de vérifier si le demandeur dispose de revenus suffisants pour faire face au devoir de secours : une feuille de paie pourra être la base d'un programme acceptable.

Il résulte de l'a. 265, al. 1, que le divorce obtenu en raison de la rupture de la vie commune est réputé prononcé *contre* celui qui en a pris l'initiative, ce qui le rend comparable à un divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux. Seulement, ce sont les torts exclusifs de l'époux *demandeur*, à l'inverse de ce qui se passe dans l'a. 242. On est ainsi amené à sous-entendre, à la base des a. 237-238, non pas sans doute une faute du demandeur, mais une responsabilité objective assumée par lui, la responsabilité de mettre fin au mariage.

2 | LES MOYENS DE DÉFENSE

La loi a mis à la disposition du défendeur, conjoint réputé innocent, deux moyens de défense : la *clause de dureté* (a. 240) et la *demande reconventionnelle pour faute* (a. 241).

► *La clause de dureté*

La demande doit être repoussée lorsqu'il est établi que le divorce aurait, pour le défendeur ou pour les enfants, des conséquences, matérielles ou morales, d'une exceptionnelle dureté. Ce moyen de défense a sa place pareillement sous l'a. 237 et sous l'a. 238. Toutefois, tandis que sous l'a. 237 il faut que les intéressés l'invoquent et en justifient, sous l'a. 238, où la maladie appelle une protection spéciale, il peut être relevé d'office par le juge (a. 240, al. 2).

L'admission ou le rejet de la clause de dureté dépend d'une appréciation plus morale que juridique, où les juges du fond exercent en principe un pouvoir souverain. On peut, néanmoins, apporter des précisions à la formule légale en analysant ses éléments constitutifs.

a) *Les sujets protégés*

C'est avant tout le conjoint défendeur, et l'on peut supposer que la clause jouera plus fréquemment au bénéfice de la femme, car c'est pour elle que les conséquences pécuniaires du divorce risquent le plus d'être dures. En seconde position viennent les enfants (mineurs, certainement ; majeurs, c'est moins sûr).

b) *L'exceptionnelle dureté*

En parlant de *dureté* plutôt que de *gravité* ou même de *rigueur*, la loi suggère aux tribunaux d'avoir égard à la sensibilité subjective des individus, plutôt qu'à la pesanteur objective des faits : l'appréciation doit se faire *in concreto*. Mais il faut que la dureté soit d'une intensité *exceptionnelle*. En fait, il est rare qu'un époux ne ressente pas durement les conséquences d'un divorce auquel il s'est opposé – surtout dans les conditions des a. 237-238, où (s'il est conscient) il se sait innocent ; à ce compte, peu de demandes auraient abouti. Aussi le texte invite-t-il le juge à n'accueillir le moyen de défense qu'en présence de circonstances particulières qui dramatisent la souffrance subie.

c) *Les conséquences du divorce*

L'appréciation de l'exceptionnelle dureté porte sur l'après-divorce, non sur les faits qui sont à l'origine de la demande : ex. l'a. 237 ne pourrait être bloqué par l'a. 240 au motif que le mari demandeur avait abandonné la femme dans des conditions tragiques pour elle. La clause de dureté ne doit pas être maniée comme une sanction des fautes conjugales, mais comme une protection de l'époux défendeur. La question est de savoir si, pour celui-ci, les conséquences d'un divorce ne seraient pas tellement cruelles qu'il est plus juste d'imposer le maintien du mariage, si pressant que soit l'intérêt contraire du demandeur. Quelles peuvent être ces conséquences ? L'a. 238, al. 2, en isole une, spéciale à la maladie mentale : le malade peut être assez conscient pour que le choc du divorce risque d'aggraver son état. L'a. 240, de son côté, cite des critères plus généraux, qui peuvent aider à bâtir une casuistique : l'âge de l'épouse l'empêchera d'acquiescer à une profession ; la durée du mariage en rend la dissolution plus déchirante.

► *La demande reconventionnelle pour faute*

Le moyen paraît se rapporter par excellence à l'a. 237. L'époux défendeur, qui avait été abandonné autrefois, s'était alors abstenu de demander le divorce en vertu de l'a. 242 – soit par esprit de paix, soit dans l'espoir d'une réconciliation. L'initiative que prend maintenant son conjoint sur le terrain de l'a. 237 peut l'inciter à réagir. Il le fera en greffant sur la demande principale pour rupture de la vie commune une demande reconventionnelle pour faute. Si celle-ci est accueillie, l'effet nécessaire en est de faire rejeter totalement la demande principale, alors que, de droit commun (cf. a. 245, al. 2), une demande principale et une demande reconventionnelle en divorce peuvent être simultanément accueillies, ce qui se termine par un divorce aux torts partagés. Ici, le divorce sera finalement prononcé aux torts exclusifs du demandeur principal. Le défendeur peut y trouver l'avantage pécuniaire de faire condamner le coupable à des dommages-intérêts (a. 266) ; il peut surtout y trouver le bénéfice moral de faire proclamer son innocence. La loi lui interdit, cependant, de se montrer trop vindicatif : dérogeant de nouveau au droit commun (a. 297), elle ne lui permet pas de riposter à une demande en divorce par une demande en séparation de corps, qui aboutirait à ajouter une rallonge de trois ans aux six années de patience que le demandeur a déjà dû observer.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, II, n^{os} 244 s. – Massip, n^{os} 43 s. et D. 78, chr. 81 ; J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 89, 48 ; B. Jung, *Le divorce-remède ou la place faite au divorce objectif dans le nouveau droit du divorce en France et en République fédérale d'Allemagne*, *J.C.P.*, 1979, I, 2940 ; B. Monsallier, *R.T.*, 80, 266 et 468 ; Langé, *R.T.*, 84, 33.

SOCIOLOGIE

Démentant les attentes des uns, les craintes des autres, les premières statistiques montrent que de toutes les causes de divorce celle-ci est de loin la moins utilisée : 3 % des divorces prononcés en 1977, moins de 1,50 % en 1990. Là-dessus, l'a. 237 entraînait pour 1 325 prononcés et 89 rejets, l'a. 238 (que l'on disait pourtant intensément réclamé) pour 155 prononcés et 10 rejets. Comment expliquer ce peu de succès ? Pour

partie par les dissuasifs légaux : les charges imposées au demandeur, la clause de dureté (celle-ci, cependant, paraît échouer aussi souvent que réussir). Peut-être le divorce *breakdown* se heurte-t-il à une incompréhension latine. Il est vrai qu'en valeur absolue cela fait tout de même chaque année 1 500 couples qui sont touchés – 1 500 époux qui sont libérés, penseront les uns ; 1 500 qui sont répudiés, penseront les autres. Sur le profil sociologique des utilisateurs, cf. Nerson, *R.T.*, 78, 636, et sur celui des juges, à travers leur appréciation très variable de ce qui est dureté, J.-P. Royer, D. 78, 628.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) *Du divorce pour rupture de la vie commune en général.* — Ce cas est celui qui, dans le Parlement, a rencontré le plus de résistances. Non pas tant parce qu'il marquait la percée du divorce pour cause objective que parce que la cause objective qui y était spécifiée faisait apparaître la demande comme dirigée contre un conjoint innocent. Beaucoup y dénonçaient une répudiation *more islamico*, se prêtant à une utilisation au seul bénéfice de l'homme dans les communautés d'immigrés maghrébins plus ou moins imparfaitement intégrés (sur cette répudiation, et la manière de l'accommoder, Y. Meron, *R.I.D.C.*, 95, 921). D'autres invoquaient la Convention européenne des Droits de l'homme, en son a. 8, garantissant le respect de la vie privée et familiale ; mais le moyen prouvait trop et il a été repoussé, Civ.² 23 mars 1987, *Bull.*, n^o 76. Personne ne voulait voir que le divorce pour cause objective sans spécification de la cause – ex. au motif que la désunion est devenue irrémédiable – , ce mécanisme abstrait sur lequel on était disposé à discuter froidement, aurait pu servir tout autant, dans nombre de situations, à faire prononcer la dissolution du mariage contre la volonté d'un époux innocent. Bref, pour faire accepter les a. 237 s., il fallut y introduire des garde-fous : l'engagement d'assumer la totalité des charges (qui agira assurément comme un dissuasif), la clause de dureté (aussi bien, beaucoup de partisans du divorce pour cause objective s'y sont ralliés, comme à un *mal nécessaire*, en attendant l'évolution des esprits ; cf. F. Furkel, D. 1977, chr. 83) ; le délai de six ans (d'aucuns, sur le bord progressiste, auraient souhaité et souhaitent encore dans la vague législative de 1998, le réduire à trois ans ; il n'était pas irrationnel, pourtant, d'exiger de la séparation de fait, pour mener au divorce, deux fois plus de temps que de la séparation de corps).

Le législateur aurait pu se montrer plus restrictif encore, en réservant ce divorce aux moins de quarante ans sans enfants, ou bien en le subordonnant à la justification préalable, par le demandeur, de son intérêt essentiel, vital à faire dissoudre le mariage. Mais, le plus habituellement, cet intérêt réside dans la possibilité d'un remariage, qui permettra de régulariser une union libre, de légitimer des enfants adultérins. Le juge n'aurait-il pas eu, dès lors, une mission plus délicate s'il lui avait fallu décider formellement d'un projet de mariage en statuant sur une question de divorce ? On observera, d'ailleurs, que, dans une hypothèse de ce genre, le divorce suivi de remariage n'est pas la seule voie qui s'ouvre en faveur des enfants : ils peuvent être légitimés par autorité de justice – sans doute avec le consentement du conjoint (a. 333-2) ; mais il se peut que celui-ci y consente moins difficilement qu'au divorce.

b) *Du divorce pour cause d'altération des facultés mentales.* — Il était admis depuis longtemps par la plupart des législations acceptant le divorce. Il allait de soi pour celles qui procédaient de la conception du divorce-faillite. Mais même dans le système alle-

mand d'avant 1938, fondé sur la faute, il avait été admis par une sorte de pitié pour le conjoint de l'aliéné, cf. Langé, *Le conjoint de l'aliéné*, *R.T.*, 84, 33. En France, la pitié se portait plutôt du côté de l'aliéné lui-même, et aucune proposition tendant à introduire ce type de divorce n'avait abouti (cf. C.R.C.C., *Travaux*, 1947-1948, 422, 475 s., 603 s.). L'objection essentielle paraissait se trouver dans le devoir d'assistance et de secours, plus profondément dans l'idée morale que les époux sont unis pour le malheur, pour la mort et tout ce qui préfigure la mort. On a cru pouvoir l'écarter, en 1975, par une accentuation de la clause de dureté et un renforcement des charges assumées. Paradoxalement, les progrès de la psychiatrie avaient suscité une autre hésitation : subsiste-t-il aujourd'hui des maladies mentales qui soient incurables ? Mais l'espoir scientifique d'une guérison ne suffit pas à faire raisonnablement espérer la reconstitution de la vie commune. Plus troublante est la réflexion suggérée par maints psychiatres : que la folie qui explose dans l'individu est bien souvent latente dans tout l'entourage familial. Seulement, qu'en conclure ? qu'il faut faciliter le divorce, afin de cloisonner les facteurs pathogènes – ou s'y opposer, parce que la cause du mal peut être dans le demandeur plutôt que dans le défendeur question

THÉORIE JURIDIQUE

a) *De la cause de divorce dans les a. 237 s.* — Il est naturel d'analyser cette cause comme une cause objective et de la chercher, ainsi que la rubrique y invite, dans la rupture de la vie commune, plus concrètement dans la situation matérielle et psychologique prolongée qui s'est créée par suite de la séparation de fait ou de l'altération des facultés mentales. Mais un examen plus approfondi conduit à dégager du texte un élément volontaire : l'assomption des charges, laquelle apparaît comme une sorte d'acceptation de responsabilité. Quelle responsabilité ? Pour faute diront les uns, la faute se situant selon les cas (a. 237 ou 238), soit dans la séparation de fait, imputable par hypothèse au demandeur, soit dans le fait de s'affranchir du devoir d'assistance. Mais d'autres préféreront parler d'une responsabilité objective, inhérente à l'exercice d'une liberté, et la situeront dans l'initiative même de l'action. Ce divorce a pu être défini (G. Cornu) « un divorce contre soi-même » (cf. a. 265, al. 1 : il est réputé prononcé contre l'époux qui a pris l'initiative...).

b) *De la clause de dureté.* — Sur son contenu, cf. F. Furkel, D. 1977, chr. 83 ; Colombet, *Études Weill*, 1983. Le juge n'a théoriquement à mesurer que la cruauté des conséquences que produira le divorce une fois prononcé, non pas la cruauté du comportement que le demandeur a pu avoir dans le passé ou même dans le présent jusqu'au prononcé du divorce. Cependant, la distinction ne sera pas toujours aisée, pour peu que l'on se réfère aux conséquences *morales* : celles-ci peuvent être ressenties plus durement par un époux, si le divorce obtenu lui apparaît comme le triomphe d'un coupable.

PRATIQUE JUDICIAIRE

V. R. Lindon, L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune, *J.C.P.*, 77, 1, 2857 et 2865, 78, 1, 2886, 79, 1, 2946. Ces tableaux de la pre-

mière jurisprudence faisaient apparaître une certaine répugnance des juges à traiter le cas sur le terrain du divorce-faillite. Ce qui n'a rien d'étonnant, car aucun système de cause objective n'arrive à se déprendre d'une recherche des fautes (cf. *supra*, p. 513, Politique législative, b). Cf. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 80, 739 ; 83, 514 ; Hauser, *R.T.*, 95, 334.

a) *Notion de la séparation de fait.* — Aux juges du fond d'apprécier souverainement, Civ.² 11 juill. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19400, et 2 oct. 1980, D. 81, *I.R.*, 71 ; Civ.² 18 juin 1981, *G.P.*, 82, 1, 14. Un élément psychologique est-il requis ? La séparation de fait, telle que doctrine et jurisprudence en ont construit la notion (*infra*, p. 638), est certainement un fait volontaire, au moins du chef de l'époux déserteur. Aussi les interprètes (Massip, n° 46 ; Marty-Raynaud, n° 272 ; G. Cornu, 176) supposent-ils généralement que la rupture, dans l'a. 237, a été voulue par l'un des conjoints. Les tribunaux aussi inclinent à inclure dans l'a. 237 un élément intentionnel, ou peut-être, plus exactement, sentimental, affectif (négativement affectif). Civ.² 30 janv. 1980, D. 81, *I.R.*, 71-72, *J.C.P.*, 81, 2, 19521, relève, en ayant l'air de la trouver bonne, la formule des juges du fond : « Il suffit que la communauté de vie, tant matérielle qu'affective, ait cessé entre les conjoints ». Pourtant, sans inconvénient dans les cas où auparavant la pratique avait eu à s'occuper d'une séparation de fait pour elle-même, *hic et nunc*, cette exigence d'un élément psychologique risque d'être ici embarrassante, s'agissant de remonter dans le passé pour évaluer la durée de la situation. Car l'intention séparatiste a pu ne venir qu'en cours de route : l'époux a fait une fugue avec l'*animus revertendi* ; puis, le temps s'écoulant, il s'est enlisé dans sa nouvelle existence. Mais une « double vie » du mari n'implique pas séparation de fait, Civ.² 2 oct. 1980, *G.P.*, 81, 1, 172, n. Viatte. Et s'il y a eu des reprises de la vie commune, comment computer ? L'a. 237 ne dit pas : « Lorsqu'il y a eu séparation de fait pendant six ans », ce qui eût permis cette appréciation globale du délai dont on a parfois parlé. Il dit : « Lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans » (six ans, en remontant à compter du jour où la requête aux fins de divorce a été déposée), ce qui semble exiger une continuité (cf. trib. Paris, 23 févr. 1977, D. 78, *I.R.*, 10 ; Paris, 31 mai 1978, D. 79, *I.R.*, 163). Le délai est donc – pour emprunter une analogie à la matière de la prescription – non pas simplement suspendu, mais interrompu, et il faut repartir à zéro par une reprise de la vie commune. A moins que cette reprise ne soit dépourvue de signification, comme trop épisodique. Ici encore, aux juges du fond d'apprécier, Civ.² 25 janv. 1984, *Bull.*, n° 12.

La rupture de la vie commune a été prise en considération par la loi comme une donnée objective, en ce sens que les juges n'ont pas à s'interroger sur son imputabilité (cf. Paris, 8 mars 1979, *Rép. not.*, 79, a. 32067, n. Massip). Cela ne veut pas dire, bien qu'on l'ait suggéré (Breton, D. 78, 203), qu'ils pourraient s'arrêter à la pure matérialité des faits et admettre le divorce dans des cas où la séparation a pour origine une force majeure (emprisonnement, guerre, voire nécessités de la profession). Ce serait déplacer le fondement de l'a. 237 : de la notion de rupture, qui implique l'éclatement du ménage, vers une idée de célibat forcé intolérable, qui est étrangère au texte. Dans la plupart des cas auxquels on a songé, l'a. 237 pourra aisément être écarté. Non pas tant parce que l'éloignement y est involontaire, mais parce qu'il n'est pas de nature à supprimer toute communication affective entre les époux : or, la communauté de vie peut subsister par la communication. C'est le motif qui doit conduire à une solution différente dans l'hypothèse de l'absence présumée ; car, selon la définition de celle-ci (a. 112), le départ

de la résidence s'accompagne d'un défaut absolu de nouvelles (si l'absence a été déclarée, il y a une autre issue, a. 128 ; cf. *supra*, p. 499).

b) *Prise en charge des conséquences.* — Jusqu'où faut-il pousser la précision requise par l'a. 239 dans l'exposé des motifs ? Les juges veulent le plus souvent éviter de se montrer tracassiers : Civ.² 14 mai 1985, D. 86, *I.R.*, 16 ; Civ.² 13 avr. 1992, *Bull.*, n° 438 (le mari déclarait n'avoir rien à verser, la femme ayant des ressources suffisantes). Mais, parfois, ils réagissent à la désinvolture du demandeur : Civ.² 12 déc. 1994 (position inverse de celle du 13 avr. 1992), D. 96, *Somm.* 65, Civ.² 15 mars 1997, *Dr. Fam.*, 97, n° 45, n. Lécuyer (pour une possibilité de rattrapage, Civ.² 22 janv. 1992, *Bull.*, n° 25). Un arrêt, Civ.² 26 nov. 1980, *J.C.P.*, 81, 4, 58, qui a considéré l'indication des salaires comme une précision suffisante, paraît avoir orienté la pratique. Le fait est que, la conséquence topique devant se ramener à une pension, il est rare que l'on ait à s'interroger sur la consistance du patrimoine et sur les ressources de chaque époux (v. cep. Civ.² 23 févr. 1984, *G.P.*, 84, 2, *Panor.* 248). Ce que l'on peut regretter, c'est que n'apparaisse guère dans la jurisprudence l'idée importante que le devoir de secours est plus étoffé qu'une pension strictement alimentaire (cf. *infra*, p. 584). Assez accommodante sur les moyens promis, la jurisprudence mit beaucoup de rigueur à exiger que la promesse soit procéduralement soudeée à la requête (sur cette irrecevabilité de la requête, v. *infra*, p. 562). Elle souligne d'ailleurs par là que la prise en charge des conséquences concourt à constituer la cause du divorce, en association avec la rupture de la vie commune.

c) *Clause de dureté.* — La Cour de cassation (Civ.² 7 mars 1979, D. 81, *I.R.*, 72 ; 28 janv. 1982 [pour la notion parallèle dans l'a. 238], D., 83, *I.R.*, 106 ; 1^{er} juin 1983, D. 84, 581 ; 26 avr. 1984, D. 85, *I.R.*, 147 ; 29 juin 1988, *Bull.*, n° 157) l'abandonne à l'appréciation souveraine des juges du fond. On ne saurait sans témérité attribuer à leur pratique une tendance dominante, soit défavorable, soit favorable à la clause, qui trahirait, à l'arrière-plan, une plus ou moins grande disposition à admettre un divorce pour cause objective. Et l'on s'épuiserait à essayer de ranger en deux colonnes les duretés jugées péremptoires et les autres (d'autant que la dureté peut se dissiper au fil des ans, Versailles, 14 mai 1992, *R.T.*, 93, 332, n. Hauser). Nous ferons plutôt halte devant un cas particulier — l'atteinte aux convictions religieuses — parce qu'il se situe à l'un des points névralgiques du divorce français. La sécularisation du droit civil ne l'a jamais empêché de prendre en compte la religion comme un fait, les sentiments religieux comme une donnée psychologique, la blessure infligée à ces sentiments comme un dommage appelant protection (cf. Coulombel, *Le droit privé français devant le fait religieux*, *R.T.*, 56, 1). Ces analyses se laissent aisément transposer sous l'a. 237 (cf. *Atias*, *J.C.P.*, 84, 1, 3151 ; *Barbier*, *G.P.*, 87, 1, *Doctr.* 2). Des juges, ayant à connaître de duretés à coloration confessionnelle, les ont tantôt retenues (trib. Marseille, 24 févr. 1978, D. 79, *I.R.*, 15 ; Dijon, 29 juin 1978, D. 81, *I.R.*, 74, 2^e esp. ; Colmar, 23 nov. 1990, *J.C.P.*, 91, 2, 21764, n. Villacèque), tantôt estimées négligeables (trib. Bobigny, 9 juin 1977 ; Rouen, 11 mai 1978, D. 79, 15, 2^e et 8^e esp. ; Paris, 23 oct. 1991, D. 93, 193, 2^e esp. ; Toulouse, 19 nov. 1997, *Dr. Fam.*, 98 (7-8), 16). Une affaire où le débat avait été particulièrement approfondi (trib. Perpignan, 29 févr. 1984, D. 84, 520, n. Sériaux et Villacèque ; Montpellier, 16 févr. 1987, D. 87, 5), s'est conclue par le succès d'une objection de conscience catholique. Quant à la Cour de cassation, puisqu'il lui était arrivé de remarquer que, dans une espèce, il n'avait pas été fait état de considérations religieuses, elle donnait à penser qu'à ses yeux on aurait bien pu en faire état

(Civ.² 9 juill. 1986, D. 87, 5, 1^{er} esp.). Et c'est bien ce qu'elle a décidé (Civ.² 23 oct. 1991, D. 93, 193, n. Villacèque) : toutefois, elle a préféré invoquer « les convictions morales relatives au mariage ». La formule peut répondre à une réalité sociologique, car plus d'un réprovoque le divorce sans pour autant faire du mariage un sacrement ; mais ce peut être simplement une précaution de style pour déconfectionnaliser la décision. Le défendeur qui excipe ainsi, pour cause de religion, d'une exceptionnelle sensibilité au divorce, doit justifier de deux conditions, l'une objective, l'autre subjective. Il doit établir : 1° que la religion de référence réprovoque absolument le divorce (tant pis, par ex., pour les luthériens, Besançon, 24 juin 1986, D. 86, *Flash*, n° 32 ; pas toujours, cependant, pour les Juifs, trib. Marseille, 24 févr. 1987, précité) ; 2° que lui-même ressent en son cœur cette réprobation (ce n'est pas l'appartenance baptismale qui fait foi, mais la foi sincère... ; seulement, comment sonder ?... on s'en tiendra à des signes, d'où l'avantage des militants sur les contemplatifs..., pourrait-il en être autrement ?, le droit est le royaume des apparences...). Que vont insinuer les sophistes ? Que la clause de dureté, en tant que clause de conscience, est dotée d'une force insoupçonnée d'expansion. S'il y a faute à blesser en connaissance de cause les sentiments religieux d'un conjoint en lui imposant le divorce, cette faute pourrait se retrouver quand le divorce est demandé selon l'a. 242. Beaucoup de ces divorces devraient être alors des divorces aux torts partagés. On répliquera que l'action en divorce est l'exercice d'une liberté, ce qui exclut la faute. C'est vrai, du moins, pour l'a. 242, si différent de l'a. 237.

d) *Demande reconventionnelle de l'a. 241.* — Son articulation procédurale sur la demande pour rupture, qui est d'une autre race, n'a pas été, au début, sans difficultés : ex. Civ.² 16 janv. 1980, 10 oct. 1984, 14 nov. 1984, *J.C.P.*, 81, 2, 19487, et 1985, 2, 20453, 20488. A l'appui de sa demande reconventionnelle, l'époux défendeur pourrait-il se contenter d'invoquer la rupture de la vie commune ? On objecte que c'est précisément le fondement de la demande principale et que le demandeur en a déjà assumé l'entière responsabilité : *non bis in idem*, Riom, 16 oct. 1978, *J.C.P.*, 79, 2, 19091. Mais la Cour de cassation a écarté l'objection, Civ.² 19 mars 1997, D. 97, *I.R.* 108, sans grande explication (peut-être entend-elle distinguer le fait brut de la rupture, qui seul aurait été purgé, et les circonstances douloureuses qui auraient entouré le fait). La demande reconventionnelle, lorsqu'elle est accueillie, élimine ici la demande principale, au lieu de se combiner avec elle comme dans l'a. 245, al. 2. C'est un divorce pour faute, qui sera prononcé (non un divorce de nature mixte) : Civ.² 19 juin 1980, D. 81, 531 et *I.R.*, 75, 270. Et ce divorce est nécessairement prononcé aux torts exclusifs du demandeur initial. Celui-ci n'est pas admis à faire valoir en défense les torts possibles du demandeur reconventionnel : Civ.² 26 janv. 1983, D. 84, 17, 1^{re} esp. Ainsi le veut l'a. 241 : c'est un risque de ce type de divorce, partant un frein. Dès lors que l'on a regagné le terrain du divorce pour faute, il ne peut donc plus être question du devoir de secours ; en revanche, il y a place pour des prestations compensatoires ou des dommages-intérêts selon l'a. 266. Le conjoint défendeur pourrait-il riposter à la demande fondée sur l'a. 237 par une demande reconventionnelle tendant non pas à faire prononcer le divorce pour faute, mais seulement à faire condamner le demandeur à des dommages-intérêts ? L'affirmative ne peut être admise sur le terrain de l'a. 266, Civ.² 23 janv. 1980, D. 80, 281, *J.C.P.*, 80, 2, 19369. Ce serait une extension contre nature : cet article n'a été écrit que pour le divorce de l'a. 242, et ici, par hypothèse, le défendeur a renoncé à faire prononcer un tel divorce. Demeure ouvert le recours au droit

commun de l'a. 1382, Civ.² 27 févr. 1980, D. 80, I.R., 437, Civ.² 11 févr. 1981, Bull., n° 30, Civ.² 30 sept. 1983, G.P., 84, 2, Panor. 185. Il semble que les tribunaux sanctionnent ainsi des fautes antérieures à la demande en divorce et indépendantes de celle-ci (ex. Paris, 25 mai, 29 juin 1978, J.C.P., 78, 2, 18981 et 19064).

3 / Le consentement mutuel

Nous réservons l'expression au premier des deux types de divorce que la loi de 1975 a réunis sous cette rubrique, au divorce sur *demande (ou requête) conjointe*, non seulement parce qu'il est le seul des deux où revive quelque chose de la tradition napoléonienne du consentement mutuel, mais encore et surtout parce qu'il est le seul des deux qui ait réellement le consentement mutuel pour cause efficiente. Non pas que les époux soient seuls dans le divorce sur demande conjointe. La société y est présente, comme elle est présente dans le mariage (cf. *supra*, p. 419). Elle y est même plus active : alors que, dans le mariage, l'officier de l'état civil se contente d'enregistrer l'échange des *oui*, le juge, ici, exerce un *contrôle* sur la *volonté des époux*.

1 | LA VOLONTÉ DES ÉPOUX

Elle est soumise à des *conditions de fond* et *de forme*, celles-ci venant d'ailleurs à l'appui de celles-là, car la procédure et les délais par lesquels doit passer la volonté des époux agissent sur elle comme un filtre.

► *Conditions de fond*

Le consentement mutuel suppose la rencontre de deux volontés : c'est un accord de volontés (le mot *accord* se trouve dans l'a. 232, al. 1), plus précisément une convention (l'a. 230, al. 1, et l'a. 232, al. 2, qualifient de *convention* la partie de l'accord qui règle les conséquences du divorce, mais la qualification n'est pas moins bonne pour l'ensemble). Si ce type de divorce a, quant au fond, une nature contractuelle, il n'est pas irrationnel de mener son analyse en parallèle avec celle que donne du contrat en général l'a. 1108.

a) *Consentement*

La double signature, apposée sur la requête initiale, ainsi que sur les documents qui suivront (a. 1090, 1091, 1097), atteste la volonté concordante des époux. Mais cette volonté doit présenter certains caractères, dont le juge doit s'assurer (et avant lui, sans doute, l'avocat ou les avocats, selon la déontologie professionnelle). Elle doit être (a. 232, al. 1., 1099) :

1° *Réelle*, on peut traduire : *sérieuse*. — La demande conjointe sera rejetée s'il apparaît qu'elle a été lancée sur un coup de tête (le rejet est une invitation à réfléchir davantage).

2° *Libre* (cf. a. 180, al. 1). — Cette exigence est plus importante. On peut toujours craindre, en effet, que l'un des époux ne fasse pression sur l'autre, ou ne le trompe, pour le déterminer à consentir au divorce. Le consentement de chacun doit être exempt de violence, de dol, d'erreur (cf. a. 1109), sans que, pour autant, il faille se référer de façon rigide à la théorie générale des vices du consentement.

3° *Persistante*. — Il ne suffit pas que les volontés se soient rencontrées dans la requête initiale : le divorce par consentement mutuel est un contrat qui se forme par degrés (cf. t. IV, n° 24-30). L'accord doit persévérer jusqu'à la phase ultime de la procédure, c'est-à-dire pendant trois mois au moins (a. 231, al. 2), pratiquement davantage.

b) *Capacité*

Ce type de divorce requérant une volonté ferme et éclairée, un incapable majeur ne peut y recourir (a. 294-4), bien qu'en général le divorce ne lui soit pas fermé (a. 249 s.). Ne peuvent non plus y recourir les époux mariés depuis six mois seulement (a. 230, al. 3) : la loi présume qu'ils n'ont pas encore expérimenté toutes les possibilités de leur mariage.

c) *Objet*

Le consentement mutuel porte sur un double objet : il y a l'accord de principe, qui est l'accord pour divorcer, et la convention pour régler les conséquences ; plus exactement, les conventions, car il faut faire une sous-distinction entre la convention temporaire qui règle les mesures provisoires pendant la procédure (a. 253) et la convention définitive pour l'après-divorce (a. 278). Entre ces différents objets il existe, d'ailleurs, une indivisibilité : la requête portant l'accord de principe serait irrecevable, si elle ne s'accompagnait d'une convention temporaire et d'un projet de convention définitive ; la requête proposant

la convention définitive serait irrecevable, si elle n'était assortie d'un compte rendu d'exécution de la convention temporaire. En liant l'intention de divorcer au règlement des conséquences, la loi teste le sérieux des volontés.

d) *Cause*

Dans la tradition du C. Nap. (a. 233, rédaction de 1804), la loi de 1975 suppose sous le divorce par consentement mutuel une cause de divorce que les époux entendent ne pas faire connaître (a. 230, al. 1 ; 1090, al. 1). Cette cause (secrète) de divorce est la cause de l'accord de volonté des époux, mais une cause qui n'est pas exprimée (cf. a. 1132).

► *Conditions de forme*

a) *Procédure*

Un formalisme, assez accentué, a pour but d'appeler l'attention des époux sur la gravité de la démarche où ils s'engagent. Au même but concourt le rituel confié au juge : conseils (a. 1093, al. 1), avertissement (a. 1099, al. 1).

b) *Délais*

En ralentissant la formation de l'accord, ils permettent à l'un quelconque des époux, en retirant son consentement, d'exercer un droit de repentir (cf. t. IV, n° 112), *in fine*, jusqu'au moment ultime de l'homologation (a. 1099). A la vérité, sans préjudice des délais procéduraux de convocation (a. 1092, 1098), il n'y a qu'un délai légalement inévitable : le délai de trois mois qualifié de *délai de réflexion* par l'a. 231. Mais la mise au point des conventions de conséquences, par discussion successive entre le juge et les parties (a. 1093, 1094, 1100), pourra nécessiter des délais supplémentaires.

2 | LE CONTRÔLE DU JUGE

Le juge aux affaires familiales (J.A.F.) doit vérifier si les formalités légales ont bien été accomplies, le délai de l'a. 231 observé. Sur le fond, son pouvoir est variable suivant l'objet.

a) *L'accord de principe* échappe au contrôle judiciaire, dès lors que sont hors de question la réalité, la liberté et la persistance des consentements. Le juge n'a pas à en scruter les motifs (c'est le secret des époux) ; et bien qu'il soit spécialement chargé de veiller à l'intérêt des enfants mineurs, il ne saurait paralyser, fût-ce pour un temps, la décision de divorcer, en considérant qu'elle est contraire à leur intérêt.

b) C'est sur les *conventions tendant à régler les conséquences du divorce* que le contrôle judiciaire peut et doit s'exercer (a. 232, al. 2 ; 278, al. 2). Encore est-il rationnel d'y mettre une nuance. Une vigilance particulière se justifie sur les conventions qui concernent l'exercice de l'autorité parentale, le lieu où résideront les enfants, ainsi que les modalités de leur éducation et les moyens d'y pourvoir. En revanche, quant aux conventions qui ne concernent que les intérêts pécuniaires des époux, on conçoit que, dans un système juridique où la lésion entre majeurs n'est pas sanctionnée en principe (a. 1118), l'intervention du juge se limite à des cas d'iniquité manifeste (cf. a. 1579). Une fois homologuée par le juge, la convention aura la même force exécutoire qu'une décision de justice.

C'est qu'elle est indissociable du prononcé du divorce. Aussi ne peut-elle être attaquée pour erreur, dol ou violence, non plus que pour lésion de plus du quart, lorsqu'elle inclut un partage de la communauté (a. 882, 1476). La solution contraire eût abouti, soit à remettre en question l'état civil des divorcés, soit à maintenir un divorce avec des conséquences pécuniaires à la dérive.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, II, n°s 121 s. ; Massip, n°s 18 s. — Vilani, D. 95, chr. 253 (recours contre l'homologation de la convention).

HISTOIRE

Interdit par Justinien (Nov. 117, c. 10), le divorce par consentement mutuel fut de nouveau permis par Justin II, neveu et successeur du précédent (Nov. 140, c. 1). La Révolution l'admit comme une déduction logique de l'idée de contrat. Bonaparte le maintint dans le C.C. (cf. Denise Roughol-Valdeyron, *Le divorce par consentement mutuel et le C. Nap.*, *R.T.*, 1975, 482) — avec l'arrière-pensée de s'en servir pour liquider son propre mariage. Cependant, en 1809, son divorce, où le consentement ne fut

pas tellement mutuel – car Joséphine n'était que résignée, ah ! s'ils avaient connu notre a. 233 ! – ce divorce dit par consentement mutuel suivit une procédure exceptionnelle, par sénatus-consulte, et il fut doublé non moins exceptionnellement d'une annulation pseudo-canonique du premier mariage, pour défaut de consentement réel à la cérémonie religieuse. Cf. H. Welschinger, *Le divorce de Napoléon*, 1889 ; L. Grégoire, *Le « divorce » de l'empereur Napoléon et de l'impératrice Joséphine devant les Officialités de Paris*, Th. Paris, Fac. Droit canon. [ronéo], 1953.

SOCIOLOGIE

En 1990, la requête conjointe a donné lieu au prononcé de 39 268 divorces, sur un total de 102 088, soit 38 % des cas. La part est sensiblement plus élevée dans le ressort de la Cour d'appel de Paris. Comment les choses se passent-elles dans la pratique ? Il advient que le juge refuse purement et simplement l'homologation (ex. Civ.² 29 sept. 1982, *G.P.*, 83, 2, 558 ; Paris, 10 oct. 1990, *I.R.*, 275), ou qu'il énonce des conditions auxquelles l'homologation sera subordonnée (ex. T.G.I. Paris, 12 févr. 1976, *J.C.P.*, 76, 2, 18319). Il serait exagéré de supposer une carence d'ensemble du contrôle judiciaire : les plaintes, qui peuvent masquer le repentir de l'un des divorcés, ne sont pas toujours crédibles (ex. Civ.² 4 mai 1988, *Bull.*, n° 656). Ce qui est vrai, c'est que la pression croissante du nombre des affaires contraint les J.A.F. à un examen de moins en moins approfondi, et l'on en arrive à une homologation sur formulaire imprimé d'avance, ce qu'aucun texte n'interdit, déclare la Cour de cassation, Civ.² 14 févr. 1990, *Bull.*, n° 193 (certes, et c'est un fait que, devant les tribunaux correctionnels, les gens peuvent être envoyés en prison par formulaire préétabli).

POLITIQUE LÉGISLATIVE

A la veille de la réforme (cf. Chesné, D. 1963, chr. 95), le divorce par consentement mutuel avait pour lui la force théorique de l'idée contractuelle, outre cette considération pratique qu'en fait les époux avaient déjà la possibilité de divorcer par consentement mutuel, en simulant des injures réciproques – combinaison dite du *divorce d'accord*, comédie judiciaire à laquelle les tribunaux se prêtaient depuis longtemps (cf. Katz, Th. Paris, 1912). A quoi l'on répondait que le mariage n'est point pur contrat, mais aussi institution (cf. *supra*, p. 369), et que, dans le consentement mutuel, il y a danger que le plus fort dicte sa loi, le consentement de l'autre pouvant être acheté, extorqué, surpris (cf. H. Mazeaud, D. 1963, chr. 141). Ce danger expliquait des précautions. Elles ont fini par être jugées trop lourdes (mais par qui : par des avocats ou par des époux ?). Le vrai divorce par consentement mutuel est conçu pour des époux qui ont des intérêts importants à régler, et surtout des époux qui savent ce qu'ils veulent, des esprits individualistes qui sont d'accord non seulement pour divorcer, mais encore pour que leur destinée ne soit pas prise en main par la justice, c'est-à-dire par l'État. Cf. Dumusc, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Lausanne, 1980.

THÉORIE JURIDIQUE

L'a. 230 montre clairement que ce divorce est un divorce pour cause secrète (un divorce *mystique*, pourrait-on dire, comme il y a un testament mystique, mystérieux ; cf. a. 976). Le consentement mutuel ne doit donc pas être compris comme un *mutuus dissensus* venant dissoudre le mariage-contrat (opp. a. 1134, al. 2), mais comme une convention particulière par laquelle soit un époux dispense l'autre, soit les deux époux se dispensent réciproquement, de prouver en justice une cause ou des causes légales de divorce dont ils connaissent l'existence. C'était déjà, en 1804, la conception du C. Nap. ([ancien] a. 233). Toutefois, à cette époque, il n'y avait d'autres causes de divorce que les cinq causes spécifiées, tandis qu'aujourd'hui la cause secrète peut être, à travers le double aveu, la situation plus vague qui rend intolérable le maintien de la vie commune.

Le divorce par consentement mutuel est un *complexe d'actes juridiques* : 1° *Actes émanant des parties* : les deux requêtes, initiale et itérative (ce sont des accords de volontés aux fins de déclencher des procédures, mais pas de véritables contrats) ; la convention temporaire et la convention définitive (ce qui empêche d'y voir des contrats de l'espèce individualiste, c'est que le J.A.F. y intervient comme conseiller obligatoire, a. 1093, et même comme conseiller impératif, a. 1094, al. 2 ; sur ce rôle, cf. Groslière, D. 83, *I.R.*, 81). 2° *Actes émanant du juge* : l'homologation de la convention définitive et le prononcé du divorce. Quelle est la nature juridique des homologations de justice ? c'est, en général, matière à discussion (cf. Balensi, *R.T.*, 78, 42, 233). Si l'on réduit l'homologation à n'être que la superstructure d'une convention privée, la notion de *contrat judiciaire* pourra rendre raison de l'a. 1099 (cf. Nerson, *R.T.*, 80, 565). Mais cette analyse, bien qu'elle puisse convenir à d'autres homologations (homologations-vérifications ; ex. a. 466, al. 2), aurait ici le tort de par trop estomper le rôle du juge (cf. Versailles, 19 nov. 1980, D. 81, 460). L'homologation dessine d'avance le cadre dans lequel s'insérera la convention, et elle n'a elle-même de sens que comme une préface judiciaire au prononcé du divorce. Le prononcé s'articule sur elle (arg. a. 1094 : *en conséquence*), et elle crée entre la convention et le divorce une *indivisibilité* qui, sans être absolue (il faut bien l'écartier à l'égard des tiers, cf. a. 1104), est un des principes de l'institution (cf. Massip, D. 80, 300).

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Étendue de la liberté des conventions*. — Sur la souplesse à laquelle se prête ce type de divorce dans la pratique, cf. Massip, D. 79, chr. 85. On peut se demander, cependant, si tout est possible, en dehors de ce qu'autorisent les a. 278-279 (cf. Boyer, D. 80, chr. 268) : l'esprit de l'institution, qui est de favoriser un règlement pacifiquement définitif, répugne à tout ce qui pourrait ultérieurement provoquer à un contentieux. V. dans un sens restrictif, trib. La Rochelle, 19 oct. 1977, D. 78, *I.R.*, 435 ; Poitiers, 7 mai 1979, D. 80, 507 ; Paris, 22 avr. 1982, *Rép. not.*, 82, 1, 1245 ; Paris, 10 oct. 1990, D. 90, *I.R.*, 275. A l'opposé, Civ.¹ 25 janv. 1984, D. 84, 442, *J.C.P.*, 86, 2, 20540, va assez loin, en permettant aux époux de renoncer dans leur convention à toute prestation compensatoire et d'y substituer une pension alimentaire sujette à la variabilité des a. 208-209.

b) *Action en nullité*. — Suivant que l'on braque le projecteur sur l'aspect contractuel ou, au contraire, l'aspect judiciaire de la convention homologuée, ces actions apparaissent comme toutes naturelles ou, au contraire, comme irrecevables. La controverse a été des plus vives. Elle concernait principalement les actions en nullité pour vices du consentement (a. 1109) et davantage encore l'action en rescision pour lésion de plus du quart dans les partages (a. 887, 1476), un partage de communauté étant couramment inclus dans la convention définitive. Pouvait-on attaquer la convention (sans toucher au divorce, c'était le postulat) ?

Pour l'affirmative (trib. Le Mans, 3 avr. 1979, *J.C.P.*, 79, 2, 19230, et surtout Dijon, 24 févr. 1982, *J.C.P.*, 83, 2, 19963, n. Aynès ; cf. Breton, *Études Hébraud*, 1981, 125 ; J. Vidal, *Mélanges Raynaud*, 1985, 804) : le droit commun des conventions ; la généralité de l'a. 887 ; le caractère modifiable, révisable de la convention dite définitive (a. 279, al. 2, 3). *Contre* (Versailles, 19 nov. 1980, D. 81, 460, n. Massip ; Paris, 9 déc. 1982, *G.P.*, 83, 2, 565 ; cf. Guimbellot, D. 81, chr. 227 ; Lindon et Bertin, *J.C.P.*, 81, 1, 3021) : l'indivisibilité entre la convention homologuée et le divorce prononcé (cf. *supra*, Théorie juridique) ; l'office du J.A.F., qui a dû vérifier la réalité et la liberté des consentements (a. 232, 1099), ainsi que l'équité, donc le caractère non lésionnaire, de la convention (a. 278, 1100), si bien que sa décision purge les causes de nullité et de rescision. En se concentrant sur la lésion, qui est le point où l'on a présenté le divorce sur requête conjointe comme le plus vulnérable, on peut surtout faire valoir contre la recevabilité de la rescision cet argument décisif, que le partage de la communauté après divorce (et de façon plus évidente encore dans ce type de divorce) a un caractère *compensatoire* ; entendez qu'il s'intègre au système des prestations compensatoires. Les avantages apparents qu'il peut comporter au bénéfice d'un époux peuvent n'être que la contrepartie de désavantages, tels que ceux dont l'a. 272 donne des exemples (d'où le caractère onéreux affirmé par l'a. 280). A quoi il faudrait ajouter que les époux peuvent être comptables l'un envers l'autre de préjudices, matériels ou moraux, enfermés dans la cause de divorce qu'ils ont le droit de garder secrète (a. 230). Dans la thèse de la rescision, on n'a pas prêté une attention suffisante à des arguments de texte, propres à montrer qu'il ne peut être question ici de la rigoureuse égalité (« âme des partages ») d'où procède l'a. 887 : 1° l'a. 278 avec son critère de l'*inéquitable* (l'inique révolté par un choc, c'est une anomalie, une énormité ; l'appréciation doit être morale plutôt que mathématique) ; 2° l'a. 1097 C. Pr. C., validant la *déclaration qu'il n'y a pas lieu à liquidation* (renonciation à liquider qui imprimera à la convention définitive le sens d'une transaction) ; 3° plus généralement, l'a. 270, avec sa clause *autant qu'il est possible*, qui atteste que la perfection n'est pas de ce monde (le monde du divorce).

La Cour de cassation a tranché par un arrêt de principe, Civ.² 6 mai 1987, D. 87, 358, n. approbative Groslière, *Rép. not.*, 87, 1, 1069, n. approbative Massip (consolidé depuis par Civ.¹ 18 oct. 1994, D. 94, *I.R.*, 248, *Rép. not.*, 95, 723) : le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère *indissociable* (le mot *indivisible* semble avoir été évité comme techniquement trop précis), et ils ne peuvent plus être remis en cause par une action en rescision. La deuxième chambre civile ne s'est pas livrée à une appréciation concrète des pouvoirs du J.A.F. et du débat entre époux ; elle s'est contentée de l'analyse la plus dépouillée, la plus mécaniste du divorce sur requête conjointe. La convention homologuée a la même force exécutoire qu'une décision de justice, Civ.² 17 mars 1993, D. 93, *I.R.*, 88 ; Civ.² 26 juin 1996, *Dr. Fam.*, 97

(n° 28), et elle ne peut être modifiée que par une nouvelle convention (cf. C. Forgeard, *Rép. not.*, 93, 644 ; Jubault, *Dr. Fam.*, 98 (n° 6), 7). Motif théorique, mais très pratique aussi. Car, du moment où, de l'avis général, quoi qu'il adienne, les divorcés ne sauraient retourner à leur état antérieur de gens mariés, la disparition de leur convention les laisserait dans un chaos juridique. Sans doute, le défendeur à la rescision pourrait l'arrêter en offrant un supplément de part, à teneur de l'a. 891 ; sans doute, une nouvelle convention resterait possible, sur la ligne de l'a. 279, al. 2. Mais tout cela supposerait une bonne volonté qui n'est pas donnée d'avance, loin de là. Faudrait-il alors imaginer, en développant l'a. 264-1, une sorte de divorce par réduction, réduit à la dissolution du lien, avec un minimum de règlement pécuniaire, prestation compensatoire ou pension alimentaire, imposée d'office par le J.A.F. ? L'indissociabilité permet d'éviter l'impasse (v. cep. J. Rubellin-Devichi, *R.T.*, 87, 287) ; Hauser, n°s 171 s.

L'arrêt, toutefois, formule, sans l'éclaircir, une réserve pour les « cas expressément prévus par la loi ». Deux cas paraissent visés : 1° Le cas où la critique dont la convention est passible est soulevée avant que le jugement de divorce ne soit passé en force de chose jugée. Ce qui signifie que l'annulation de la convention pourra être demandée, l'appel étant exclu (a. 1102), par la voie du pourvoi en cassation. L'objection tirée de l'indissociabilité est alors sans portée : le pourvoi étant suspensif, la cassation éventuelle mettra à néant le divorce lui-même. La solution a été très clairement consacrée par Civ.² 28 mars 1979, D. 80, 297, n. Massip. Seulement, en l'espèce, la nullité encourue tenait à ce que la convention avait été passée sous seing privé, tandis qu'un acte authentique eût été nécessaire selon l'a. 1007-1° : c'était, à l'évidence, un moyen de pur droit (a. 619 C. Pr. C.). Eût-il été aussi facile de faire valoir une nullité pour dol, violence ou lésion, qui par hypothèse n'aurait pas été du tout invoquée devant le juge du fond ? Outre l'inconvénient pratique de transformer en J.A.F. la deuxième chambre civile, déjà tellement encombrée.

2° Le cas où l'un des époux aurait obtenu l'homologation par fraude. La fraude fait échec à toutes les règles (*frans omnia corrumpit*), et elle donne lieu à un recours en révision du jugement (a. 595 s C. Pr. C.). La Cour de cassation n'a pas admis la révision pour vice du consentement, Civ.² 13 nov. 1991, *Rép. not.*, 92, 721, mais elle l'a admise pour fraude, Civ.² 4 mars 1992, D. 93, 215, *J.C.P.*, 93, 2, 22092.

4 / Le double aveu

C'est une innovation de 1975. Outrageusement défigurée au cours des travaux préparatoires de la loi (a. 233-236), comme en porte trace la périphrase sous laquelle elle fut étiquetée avec embarras (*divorce demandé par un époux et accepté par l'autre*), elle a recouvré une partie de sa physionomie originale grâce au décret de procédure (passé dans les a. 1129-1138 C. Pr. C.). Aussi convient-il de combiner les deux textes pour avoir une vue juste de l'institution.

Le divorce sur *double aveu* (expression qui se trouve dans l'a. 1135) n'est pas un divorce par consentement mutuel, bien que la loi l'ait placé dans la section ainsi intitulée. Il n'est pas non plus un divorce pour faute, bien qu'il soit prononcé comme s'il y avait torts partagés. Pas davantage il n'est un divorce pour cause objective, bien qu'il exclue toute recherche d'imputabilité. Il ne se confond avec aucun de ces types de divorce, et pourtant il emprunte quelques traits à chacun des trois. L'utilisation qui en est faite par les parties peut l'infléchir, dans chaque espèce, vers un modèle plutôt que vers l'autre, et l'utilisation qui, globalement, en a été faite par la pratique ne semble pas lui avoir imprimé un caractère dominant.

Si l'on analyse, à partir du C. Pr. C., le déroulement de l'instance, on y distingue deux phases, que ponctuait avant 1994 le passage d'une compétence à une autre, de la compétence du J.A.F. à celle du tribunal tout entier. La première phase est celle du *bilan psychologique*, la seconde celle du *jugement*.

1 | LE BILAN PSYCHOLOGIQUE

Cette phase n'a pas de caractère contentieux bien que le ministère d'un avocat y ait été rendu obligatoire en 1976, contre le vœu originaire de la loi (a. 1129). Tout commence entre les époux par un *échange d'aveux*, le secrétaire-greffier n'ayant d'autre rôle que de transmettre. Puis l'*intervention du juge* aux affaires familiales se fait sentir, de plus en plus juridique.

► *L'échange d'aveux*

a) *Forme et contenu de l'aveu*

L'aveu doit s'exprimer dans un écrit, non pas forcément écrit de la main même de l'époux, mais signé par lui. Cet écrit est qualifié de *mémoire* (a. 1129). Mis au pluriel, le mot serait plus évocateur, car les époux sont invités à écrire les mémoires de leur (courte) vie conjugale. Mais peut-être eût-il encore mieux valu parler, avec les psychologues, d'*anamnèse*. La racine est la même, mais le terme suggère davantage l'effort pour faire remonter les souvenirs à la surface et pour prendre conscience de ce qui s'est noué ou brisé dans les relations du couple.

De deux anamnèses, du double effort de sincérité, un effet de libération psychologique, de *catharsis* peut être attendu, qui facilitera une réconciliation. Car le dessein de se servir du divorce sur double aveu comme d'une amorce pour réconcilier n'est pas étranger au système légal (cf. a. 1134, al. 2).

Le mémoire doit contenir une description objective de la situation conjugale (a. 1130), faire état d'un ensemble de faits qui rendent intolérable le maintien de la vie commune (a. 1135). Les textes parlent de *faits* et non de *fautes* ; ils précisent qu'il n'y a pas lieu de se livrer à une recherche d'imputabilité (a. 1136) ; si l'on arrive au divorce, il ne sera pas prononcé aux torts partagés, mais produira *les effets d'un divorce* aux torts partagés (a. 234 ; cf. a. 1136, al. 3), équivalence de résultat, non point identité de nature. En réalité, la réforme de 1975 a fait l'expérience d'un divorce-faillite pour cause indéterminée – cette cause indéterminée qu'est la situation de vie commune intolérable. L'expérience reste, cependant, à mi-chemin, en ce sens que le constat de faillite a besoin d'être soutenu sinon par un consentement mutuel, du moins par l'initiative de l'un et un certain renoncement de l'autre.

C'est en se référant à cette analyse qu'il convient d'interpréter la notion d'*aveu*. Chaque mémoire fait état d'un ensemble de faits, *procédant de l'un et de l'autre* (a. 233). Les faits qui procèdent de l'autre, l'époux les dénonce ou plutôt les raconte : c'est à peine un témoignage. Les faits qui procèdent de lui, il les avoue : son aveu (aveu judiciaire) est indivisible (a. 1356, al. 3), ce qui colore d'une certaine crédibilité son récit du comportement de l'autre. Mais est-il besoin d'en appeler à la théorie des preuves ? Il existe une notion littéraire, non technique de l'aveu, qui suffit à l'explication. L'aveu, c'est la confiance de faits intimes qu'on était seul, ou presque, à connaître (cf. a. 336). Ce n'est pas une manifestation de volonté ; c'est une expression de sentiments, une parole sans portée juridique. Aussi l'aveu ne pourrait-il, dans une instance ultérieure, être utilisé pour ou contre les époux (a. 236).

b) *Initiative d'un époux*

Quoique les textes parlent de *demande*, voire de *requête* (a. 1129, 1131), c'est un langage inapproprié. Pour l'instant, il y a moins une action en justice qu'un essai de régler, avec l'aide de la justice, des difficultés conjugales – un essai à issues multiples. Car la démarche entreprise a dans sa vocation, à pile ou face, aussi bien de tourner court par la non-acceptation du conjoint que d'aboutir au prononcé d'un

divorce ; et il se peut même que l'époux qui a pris l'initiative n'ait eu d'autre intention que de tenter une réconciliation par des moyens exceptionnels. Par la requête initiale, puisqu'on nous dit d'employer le mot, le requérant demande donc, non pas que soit prononcé le divorce, mais seulement que soit mis à sa disposition un mécanisme judiciaire dont le premier acte sera précisément la transmission de son mémoire.

c) *Attitude de l'autre époux*

Interpellé par la lettre recommandée qui lui apporte le mémoire, l'autre époux a le choix entre plusieurs partis :

— Il peut (par lettre adressée au secrétaire-greffier) rejeter expressément le mémoire ; auquel cas toute la procédure est frappée de caducité (a. 1132, al. 2) – sauf à l'un ou à l'autre des époux de chercher une voie différente pour obtenir le divorce.

— Il peut encore, en s'abstenant de répondre dans le mois, rejeter tacitement le mémoire, avec le même effet de caducité.

— Il peut, enfin, déclarer accepter le mémoire.

Cette déclaration n'est pas plus une demande reconventionnelle en divorce que la requête initiale n'était une demande principale. Ce n'est pas davantage une reconnaissance – un aveu au sens de l'a. 1356 – de la véracité du premier mémoire. La preuve en est que les réserves que pourrait exprimer l'auteur de la déclaration – et il en exprime par le fait même qu'il dépose le mémoire parallèle, bien que non antagoniste, auquel l'invite l'a. 1133, al. 2 – n'empêcheraient pas son acceptation de produire effet. Quel est donc cet effet ? C'est de permettre au mécanisme judiciaire de suivre son cours, avec éventuellement le divorce au bout. Mais le conjoint n'accepte pas de divorcer, seulement de se laisser divorcer, acceptation-résignation, aux frontières de la manifestation de volonté et de la manifestation de sentiment. C'est ce qui fait dire parfois qu'il y a ici *consentement mutuel imparfait*, consentement en dégradé.

► *L'intervention du juge*

La déclaration d'acceptation, jointe à la requête initiale, déclenche l'intervention du juge aux affaires familiales – intervention d'abord officieuse, en second lieu juridictionnelle.

a) *Entretien avec les époux*

Le juge les réunit, et si quelque espoir s'en dessine, tente une réconciliation entre eux (a. 1134).

b) *Ordonnance de renvoi*

Si la réconciliation s'avère impossible, le juge rend une ordonnance (susceptible d'appel) qui comporte obligatoirement deux chefs (a. 1135) : la constatation du double aveu, qui est la cause de divorce ; le renvoi des époux à se pourvoir devant lui-même afin que le divorce soit prononcé et que les effets en soient réglés. C'est dire que le J.A.F. met fin à cette phase de la procédure, sans prononcer encore le divorce, et que les deux intéressés sortent de là en ayant toujours la qualité de gens mariés. La Cour de cassation a dissipé les doutes qui, sur ce point, s'étaient élevés, nés d'une lecture trop rapide de l'a. 234.

La constatation du double aveu est capitale, puisqu'elle est définitivement acquise et va s'imposer au tribunal. Aussi importe-t-il de s'interroger sur ce qu'est ici exactement *l'office du juge*. Le J.A.F. a certainement à s'assurer de la réalité et de la liberté des sentiments des époux, par analogie avec l'a. 232, bien qu'il n'y ait pas proprement consentement mutuel. Mais il n'a pas à vérifier les faits décrits dans les mémoires, ni leur caractère fautif ou non. C'est uniquement sur le résultat que son pouvoir de contrôle semble devoir s'exercer, à la teneur de l'a. 1135 : le maintien de la vie commune est-il rendu intolérable ? Raisonnablement intolérable, car on ne saurait s'en rapporter à la seule subjectivité des époux ; et l'on concevrait que le juge pût refuser de leur donner acte de leur double aveu, s'il était convaincu que la vie commune reste supportable avec un minimum de bonne volonté.

2 | LE JUGEMENT

Le J.A.F. est saisi par l'assignation que l'un des époux adresse à l'autre. L'assignation peut émaner de celui qui n'avait pas pris l'initiative du bilan psychologique, car il se peut que maintenant il préfère sortir de l'incertitude. A moins qu'il ne décide de renvoyer l'affaire au tribunal statuant collégalement, le J.A.F. a une double mission à accomplir (a. 1136) :

1° Il prononce le divorce, mais sans qu'il y ait de débat possible sur ce point et sans avoir d'autre motif à donner que le visa de l'ordonnance du juge (le jugement ne portera donc pas mention d'une cause concrète de divorce) ;

2° Il statue sur les effets du divorce en appliquant les critères du divorce aux torts partagés, mais en exerçant à l'intérieur de ces critères le pouvoir d'appréciation qu'il tient du droit commun. Sur ces effets du divorce, qu'il s'agisse de l'exercice de l'autorité parentale ou des prestations compensatoires, il peut y avoir un contentieux entre les époux, et c'est ce qui donne une seconde signification à la notion de *consentement mutuel imparfait* : ils étaient bien d'accord sur le principe du divorce, mais non point sur ses conséquences.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, II, n^{os} 274 s. ; Massip, n^{os} 60 s. — Hauser, *R.T.*, 94, 81, 95, 333.

SOCIOLOGIE

En 1990, 14 218 divorces ont été prononcés sur demande acceptée, soit 14 % de l'ensemble des divorces.

Quand il a été dit que le double aveu était introduit dans notre droit positif à titre *expérimental*, l'intention était assurément d'éprouver l'accueil qu'il recevrait de la pratique parmi les différents types de divorce (tout législateur doit compter sur un potentiel de surprise). Mais elle aurait pu être aussi de constituer un stock d'anamnèses, qui, dépouillé par l'informatique, aurait permis une vaste enquête sur les causalités psychosociologiques du divorce. Ce qui aurait supposé la coopération des praticiens et des juges pour que les mémoires échangés fussent bien l'œuvre personnelle des époux, sans se réduire à des clichés squelettiques. On est tenté d'ajouter : et qu'ils fussent sincères. Ce n'est pas, cependant, dans la technique des enquêtes sociologiques, une vraie question.

THÉORIE JURIDIQUE

Si le divorce sur double aveu semble avoir une nature indécise, c'est qu'il a été conçu comme une institution à finalités multiples : 1° tentative de conciliation à l'initiative de l'un des époux ; 2° divorce aux torts partagés, c'est-à-dire, au fond, sans vrai coupable, dans une certaine proximité du divorce-faillite ; 3° divorce sur consentement mutuel imparfait. Cette notion du consentement *imparfait* a elle-même été com-

prise très diversement : 1° consentement *partiel*, portant sur le principe du divorce, non sur ses conséquences ; 2° consentement *adouci*, en ce sens que l'aveu, au moins du côté du défendeur, est quelque chose de moins décisif, de plus languide qu'un consentement contractuel (il peut y avoir, et pas seulement dans les romans, un jeu sincère d'anamnèses ; cf. Reile, *Le besoin d'avouer*, 1988). Enfin, en partant plus ou moins de ces analyses, on a pu envisager pour les a. 233 s. deux autres fonctions : 1° divorce des catholiques, ou plutôt divorce acceptable à la rigueur pour le défendeur catholique, parce qu'il ne lui est demandé que de s'y résigner, non pas de le vouloir (à la vérité, le législateur, dans une direction aussi délicate, ne pouvait que faire une offre aux canonistes ; à eux de l'examiner) ; 2° divorce (par consentement mutuel) abrégé (et accéléré). D'une façon qui n'est qu'à moitié inattendue, il semble que ce soit ce dernier aspect qui ait valu à l'institution son plus grand succès auprès de la pratique : lorsqu'il n'y a guère d'intérêts pécuniaires à liquider, les époux recourent à un double aveu : ils obtiendront leur liberté plus vite que par un consentement mutuel formaliste ; surtout si, en guise d'anamnèses, ils se bornent à une affirmation de vie commune intolérable, que le juge se dispense de contrôler. Mais c'est ici que commence le détournement de procédure. Le vrai est que des praticiens se sont efforcés de faire rentrer l'innovation dans les catégories qui leur étaient familières (et profitables). C'est ainsi que, le décret du 5 déc. 1975 (a. 58 s.) ayant voulu dans son texte originaire tenter l'expérience d'une première phase de la procédure sans ministère d'avocat, on a bientôt vu un autre décret (du 29 juillet 1976) rendre ce ministère obligatoire. Mais les justiciables en ont pour leur argent. Car les avocats se sont mis à rédiger eux-mêmes les *aveux* de leurs clients. Cela va beaucoup plus vite : ils ont des formules toutes faites. Du moins est-ce ainsi que les choses se passent souvent à Paris. Ainsi adaptée et adoptée par la pratique, l'institution fonctionne de façon beaucoup plus fluide qu'on ne l'a prétendu (G. Pignarre, *R.T.*, 80, 690). Rapportés à la quantité des jugements, les accrochages réels sont rares.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Compétence du J.A.F.* — Dans les premiers temps, une différence de rédaction entre la loi et le décret de procédure avait suscité une question : si la seconde phase de l'instance devait se poursuivre devant le juge unique de la première ou être portée devant le tribunal tout entier (ex. trib. Besançon, 18 janv. 1977, *J.C.P.*, 78, 2, 18798 ; cf. Nerson, *R.T.*, 78, 631). La Cour de cassation avait conclu dès 1984 en faveur du T.G.I. mais, avec le d. 14 janv. 1994, la compétence est revenue au J.A.F. comme dans toute la matière du divorce.

b) *Le consentement donné devant le J.A.F. est-il définitif ?* Trois systèmes :

1° L'un des consentements peut être *rétracté* (retiré sans justification particulière jusqu'au jugement), et il n'y a plus lieu, en pareil cas, pour le tribunal, de prononcer le divorce (trib. Nanterre, 20 mai 1977, *D.* 78, *I.R.*, 169, n. critique Breton, *J.C.P.*, 78, 2, 18774, 1^{re} esp., n. approbative Lindon, et 21 mars 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19444 ; trib. Troyes, 27 mars 1980, *D.* 83, *I.R.*, 105 ; Versailles, 7 févr. 1990, *R.T.*, 95, 333). *Pour* : le consentement mutuel étant, selon le classement retenu par la loi, la cause efficiente du divorce, sa présence doit être vérifiée au moment même où le divorce est prononcé ; le principe (traditionaliste) que les juges doivent agir pour la défense du lien, plutôt que

pour sa dissolution (cf. *infra*, p. 568). *Contre* : la lettre de l'a. 1136 (la cause a été *définitivement* constatée...); les droits de repentir sont exceptionnels (cf. t. IV, n° 114); et que vaudra psychologiquement ce mariage forcé en suite d'un divorce raté ?

2° Point de rétractation discrétionnaire, mais peut-être des *actions en nullité pour vices du consentement*. L'a. 1356, al. 4, offre une transition. Il en résulte que si l'aveu (judiciaire, ce qui est le cas ici) ne peut en général être rétracté, il peut l'être tout de même pour cause d'erreur de fait (cf. Paris 4 mars 1983, motifs, D. 83, 392). De l'erreur, il peut ne pas sembler téméraire d'étendre la solution en forme de nullité aux autres vices du consentement (cf. Civ.² 4 oct. 1995 [mais cela reste très oblique], *Bull.*, n° 229; Pau, 13 févr. 1979, D. 81, *I.R.*, 69, 2° esp.; Rennes, 12 mai 1989, *J.C.P.*, 90, 2, 21483). Doutes : des phénomènes psychologiques indécis, tels que troubles des sentiments, vagues à l'âme, oublis et réminiscences, tout différents de ceux que cataloguent les a. 1109 s., peuvent-ils avoir les mêmes effets dirimants ?

3° Ni rétractation ni nullité pour vices du consentement : la *cause de divorce* constatée par le J.A.F. *s'impose telle quelle au tribunal*. C'est la position que la Cour de cassation a consacrée : Civ.² 26 janv. 1984, 2 arrêts, D. 84, 390, n. Groslière, *J.C.P.*, 84, 2, 20310, n. Blaisse, *R.T.*, 85, 142, n. J. Rusellin-Divichi; Civ.² 18 déc. 1996, *Bull.*, n° 290; Civ.² 15 janv. 1997, *Dr. Fam.*, 97, n° 29). Elle donne un maximum de sens à la formule de l'a. 1136 : le tribunal n'est plus vraiment que le juge des conséquences. Pour un ultime contrôle de sincérité et de liberté, à l'exemple de celui que connaît le divorce sur requête conjointe, on ne peut compter sur l'instance devant le J.A.F. : le trait de temps est beaucoup plus ramassé que sous l'a. 232, al. 1. Encore qu'une (courte) rallonge s'y puisse ajouter par le jeu de l'appel (a. 1135, al. 2), durant lequel une rétractation pure et simple redevient possible (Civ.² 16 juill. 1987, D. 87, 582, n. Groslière). On peut continuer à se demander, cependant, si un tribunal, saisi du S.O.S. d'un époux manifestement pris au piège, n'arriverait pas à se délivrer de la cause de divorce malencontreusement acquise, en traitant la prétendue acceptation comme inexistante, pas seulement comme nulle (cf. Civ.² 28 janv. 1987, motifs [peu clairs], D. 87, *Somm.* 276).

Chapitre II

LA PROCÉDURE DE DIVORCE

Le divorce, comme le mariage, requiert une intervention de l'autorité publique. Mais, tandis que le mariage n'est qu'un acte de l'état civil, le divorce est une institution essentiellement judiciaire. Il est plus grave de rompre le lien que de le nouer, parce que sous la protection du lien, une famille est maintenant constituée. Et puis, il y a à tenter une réconciliation, à vérifier si les conditions légales sont remplies, à prendre des mesures pour l'avenir dans l'intérêt d'un époux ou des enfants : pour tout cela, il faut un juge. Outre que, du moins dans deux cas sur quatre (le divorce pour faute, le divorce pour rupture de la vie commune), il y a, par hypothèse, un litige à trancher, ce qui est proprement la fonction d'un tribunal.

Avant 1975, la procédure de divorce était contenue tout entière dans le C.C. La loi de 1975, déférant à la Constitution de 1958 qui, par préterition, a fait de la procédure civile en général une matière réglementaire, a renvoyé la chose à un décret (d. 5 déc. 1975), maintenant inséré dans le nouveau C. Pr. C. (a. 1070 à 1148). Toutefois, certaines questions où la procédure apparaît liée au fond du droit restaient du domaine législatif : elles continuent de figurer dans le C.C. (a. 247 à 259-3). Il faut donc avoir égard aux deux séries de textes pour accéder à une vue globale du sujet.

Comme, d'une cause à l'autre, le rôle du juge, la position de demandeur ou défendeur, l'administration de la preuve, etc., ont des significations très différentes, la procédure du divorce ne peut pas être uniforme. C'est pourquoi, bien qu'il y ait des *principes généraux* qui dominent l'ensemble de la matière – fût-ce avec des variantes d'une

cause à l'autre, ou même des exceptions – il existe réellement *quatre modèles procéduraux* de divorce (sans compter le divorce sur conversion, qu'il est rationnel de placer dans le prolongement de la séparation de corps ; cf. *infra*, p. 629).

1 / Principes généraux de la procédure de divorce

Certains de ces principes, les plus purement procéduraux, se manifestent à travers le *déroulement* même de l'*instance*. D'autres sont relatifs à l'*administration de la preuve* : ils laissent réapparaître, comme par transparence, la cause de divorce. D'autres, enfin, qui se matérialisent dans les *mesures provisoires*, tout en se proposant d'organiser la période de l'*instance*, préfigurent les effets de la dissolution du lien.

► *Déroulement de l'instance*

Le droit commun de la demande en justice et des moyens de défense (a. 53 s., 71 s. C. Pr. C.) est applicable en principe, mais on s'en écarte sur des points notables.

a) *Compétence*

1° *D'attribution*. — Elle appartient au tribunal de grande instance (a. 247, al. 1). Cependant, un juge de ce tribunal (al. 2), statuant comme juge unique, exerce ici, en cours d'*instance* et même après (al. 4, l. 22 juill. 1987 ; cf. a. 1084), des attributions très importantes (a. 1074). C'était, jusqu'en 1993, le juge (délégué) aux affaires matrimoniales (le J.A.M.). C'est, depuis 1994, le juge aux affaires familiales (le J.A.F.), changement de nom destiné à couvrir l'extension de ses pouvoirs en direction de la famille naturelle (C.O.J. a. L. 312-1). Mais, même en matière de divorce, sa compétence a été considérablement élargie. Alors que, précédemment, elle se limitait au divorce par consentement mutuel, elle s'étend désormais à tous les prononcés de divorce, quelle qu'en soit la cause. Avec un tempérament, toutefois : le J.A.F.

pourra d'office renvoyer l'affaire, en l'état, à une formation collégiale du tribunal, et ce renvoi sera même de droit à la demande d'une partie.

2° *Territoriale*. — Est territorialement compétent, en première ligne, le tribunal du lieu où réside *la famille*, a. 1070 (c'est-à-dire au moins l'un des époux avec les enfants mineurs, a. 1072) ; et faute d'autre, le tribunal du lieu où réside l'époux qui joue le rôle de défendeur (qui n'a pas pris l'initiative de la demande). La compétence territoriale se fige au jour où la requête initiale est présentée (a. 1071).

b) *Tentative de conciliation*

Le J.A.F. doit y procéder obligatoirement, à l'entrée de la procédure, dans le cas du divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune ; dans les deux autres cas, il a la faculté d'y recourir ou non, en cours d'*instance*, suivant ce qui lui semble utile (a. 251 ; a. 1093 et 1134).

L'espérance de conciliation (d'ailleurs, pratiquement très faible) repose sur deux instruments :

- des entretiens personnels du juge avec les époux, d'abord séparément, puis ensemble, hors la présence de leurs avocats (a. 252 ; cf. a. 1108 s.) ;
- l'imposition de délais de réflexion, et même d'un sursis pouvant aller jusqu'à six mois (a. 252-1).

A défaut de la grande conciliation, qui éteint l'action en divorce, l'a. 252-2 se raccroche à l'espoir d'une conciliation limitée, d'un règlement amiable portant seulement sur les conséquences du divorce.

c) *Débats*

Ils ont lieu en chambre du conseil, c'est-à-dire à huis clos sans que le huis clos ait à être formellement ordonné (a. 248 ; cf. C. Pr. C. a. 433 s.), ce qui est d'ailleurs la règle dans les matières relatives à l'état des personnes (l. 5 juill. 1972, a. 11-1). Dans le même souci de préserver l'intimité de la vie privée, seul le dispositif du jugement sera lu en audience publique, non les motifs (a. 1081).

d) *Jugement*

Qu'il accueille ou rejette la demande en divorce, il est susceptible d'appel (exception : dans le divorce par consentement mutuel, la déci-

sion du J.A.F. homologuant les conventions ou prononçant le divorce, a. 1102). L'arrêt rendu sur appel (ou le jugement rendu sans appel possible) sera susceptible de pourvoi en cassation.

De droit commun, l'exécution des jugements est suspendue par l'appel, non par le pourvoi en cassation. En matière de divorce, les deux voies de recours sont également suspensives. Qui plus est, l'exécution est impossible tant que l'on est dans les délais pour appeler ou se pourvoir. Le fondement de cet effet suspensif renforcé est que l'exécution aurait ici quelque chose d'irréparable, puisqu'elle impliquerait pour les conjoints le droit de se remarier, alors que, sur l'exercice de la voie de recours, il pourrait être jugé ensuite que le premier mariage est toujours debout, d'où un danger de bigamie. Toutefois, depuis 1975 (a. 1120), afin de ne pas allonger inutilement les procédures, il est permis (hors le cas d'altération des facultés mentales) de renoncer à la faculté d'interjeter appel contre le jugement prononçant le divorce (*acquiescement* au jugement); il est également permis d'abandonner l'appel déjà interjeté (*désistement* d'appel).

Le jugement définitif de divorce a deux caractères :

1° Il est *constitutif*. — Il dissout le lien, il crée pour chaque époux un état nouveau, l'état de conjoint divorcé. Étant constitutif, il ne produit ses effets, en principe, qu'au jour où il est prononcé, sans rétroactivité (a. 260 ; cf. *infra*, p. 572).

2° Il est *opposable aux tiers*. — En conséquence, il doit être porté à leur connaissance par le moyen d'une publicité qui s'opère par mention en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des deux époux (a. 262 ; a. 1082). La mention en marge marque le moment où le divorce produit ses effets au regard des tiers (il s'agit d'effets pécuniaires, inhérents à la dissolution du régime matrimonial).

► Administration de la preuve

a) Charge de la preuve

La preuve de la cause de divorce incombe à l'époux demandeur, demandeur principal ou reconventionnel ; celle des moyens de défense à l'époux défendeur. Mais ce schéma tiré du droit commun (a. 9 C. Pr. C.) convient surtout au divorce pour faute ou pour rupture de la vie commune. Dans le divorce par consentement mutuel, les deux époux sont conjointement requérants, demandeurs devant le juge. Dans le divorce sur double aveu, les époux ont bien tous deux

quelque chose à dire ; cependant, ce qui est attendu d'eux, c'est moins d'établir objectivement des faits que d'exprimer le sentiment qu'ils en éprouvent.

Dans le procès civil, il est de principe que le juge, étant neutre, doit juger exclusivement d'après ce qui a été allégué et prouvé par les parties (a. 4, 6, 9 C. Pr. C.) : il n'a pas le pouvoir de rechercher d'office la vérité. Néanmoins, ce principe, valable dans les procès où l'objet est à la disposition des parties, fléchit là où l'objet est indisponible, l'ordre public intéressé. Or, dans l'instance en divorce, l'ordre public est inégalement intéressé : il est intéressé à ce que la demande soit rejetée, non à ce qu'elle soit accueillie ; il est intéressé à la *défense du lien* matrimonial. Rationnellement, donc, pour tout ce qui tend à ébranler le lien, à prouver la cause de divorce, le juge ne devrait pas pouvoir agir d'office (ce ne serait pas son rôle que de jeter de l'huile sur le feu). En revanche, pour tout ce qui tend à consolider le lien, à infirmer la cause de divorce, un pouvoir d'office devrait lui être reconnu.

Le droit positif s'inspire en partie de ces considérations. Ainsi, le juge ne pourrait faire valoir, dans un divorce pour faute, un grief dont la victime elle-même ne s'est pas prévalue (exception : le cas particulier de l'a. 245, al. 3 ; cf. *supra*, p. 522), ni ordonner d'office des recherches en vue d'établir une cause de divorce. Mais, à l'inverse, il peut d'office suppléer la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, la clause de dureté de l'a. 240, al. 2 ; opposer à la demande conjointe le défaut de volonté libre, l'insuffisante protection de l'intérêt des enfants (a. 232). Il le peut, mais il n'y est pas obligé.

b) Moyens de preuve

Le principe de la liberté de la preuve, inscrit à l'a. 259, ne prend tout son sens que par référence à la faute ou à la rupture de la vie commune, qui sont des faits matériels, susceptibles d'être démontrés par tous les moyens, y compris témoignages et présomptions de l'homme (indices). Encore convient-il de noter des restrictions : la cause de l'a. 243 sera prouvée par l'arrêt définitif de condamnation ; la cause de l'a. 238 nécessite la production d'un rapport médical (a. 1124) ; les descendants des époux, même majeurs, ne peuvent être entendus comme témoins sur les griefs allégués à l'appui de la demande (a. 205 C. Pr. C.). Dans le divorce par consentement mutuel, la cause est établie par des actes instrumentaires dont la forme est réglée dans le C. Pr. C. (a. 1091, 1097). Dans le divorce sur double aveu, la cause porte sa preuve en elle-même.

L'a. 259 proclame, en termes généraux, l'admissibilité de l'*aveu* comme preuve de la cause de divorce. La jurisprudence d'avant 1975 était contraire, de crainte que l'*aveu* ne servît à dissimuler un divorce par consentement mutuel. Ce type de divorce étant désormais permis, il n'y avait plus de raison de frapper l'*aveu* d'inefficacité dans les autres types.

Malgré le principe de l'inviolabilité de la correspondance, les *lettres missives*, reçues par un époux ou envoyées par lui, peuvent être produites à l'appui d'une demande. C'est souvent la seule preuve d'un fait tel que l'adultère. Encore faut-il que l'époux qui les invoque les ait obtenues sans violence ni fraude (a. 259-1).

Un *procès-verbal de constat*, dressé par un huissier sur le vu, sinon du flagrant délit (civil), du moins d'une cohabitation non équivoque, peut faire la preuve de l'adultère (a. 259-2). Chacun des époux peut demander à un huissier de constater ainsi l'adultère commis par l'autre à l'intérieur de la résidence commune. En d'autres lieux, l'huissier doit être autorisé par une ordonnance du président du tribunal (cf. t. 1, n° 94). En écartant des débats les constats obtenus par une atteinte illécite à l'intimité de la vie privée, la loi a entendu surtout soumettre à un filtrage judiciaire l'intervention des détectives privés dans la preuve du divorce pour faute.

► *Mesures provisoires*

Durant l'instance, bien que le lien de mariage subsiste en droit, il y a déjà un état de demi-rupture, et comme une anticipation du divorce. Aussi convient-il d'aménager un *modus vitendi* entre les époux : tel est le but des *mesures provisoires*.

a) *Comment sont réglées les mesures provisoires*

Dans le divorce par consentement mutuel, elles le sont obligatoirement par les époux eux-mêmes (a. 253 ; a. 1091-1° et 1097-1°) : c'est un test de leur capacité d'accord. Dans les autres types de divorce, le juge pourra tenir compte des arrangements qu'ils auront spontanément conclus (a. 1117).

C'est le J.A.F. qui est compétent pour ordonner les mesures provisoires ; il peut le faire à divers moments de la procédure :

1° Dès la requête initiale (donc à un moment où la procédure ne s'est pas encore nouée contradictoirement, a. 1107), mais seulement pour les mesures d'urgence qu'énumère l'a. 257 ;

2° A l'issue de la tentative (infructueuse) de conciliation (a. 254 ; a. 1111) ;

3° En cours d'instance (a. 1118 ; cf. a. 1074 ; le juge intervient alors comme juge de la mise en état ou, en cas d'urgence, comme juge des référés).

Les décisions sur les mesures provisoires sont susceptibles d'appel (a. 1119). Il n'est pas rare que l'on plaide âprement à ce sujet : c'est que, par la pesanteur des habitudes prises, le risque n'est pas mince que ce qui a été décidé à titre provisoire (sur le logement, la pension, la garde des enfants) soit ensuite consolidé en conséquences définitives du divorce.

b) *Ce que peuvent comprendre les mesures provisoires*

On peut en distinguer deux séries :

1° *Les mesures d'urgence* (a. 257), les seules qui puissent être prescrites dès la requête initiale. — Elles supposent (dans un divorce pour faute) un danger, d'ordre physique ou pécuniaire, auquel l'époux requérant se trouve exposé. Au danger physique le juge va parer en autorisant cet époux à résider séparément de l'autre, avec éventuellement les enfants mineurs (c'est une autorisation, car il y a dispense de l'a. 215, al. 1 et 2, en même temps que création d'un domicile distinct, a. 108-1). Le danger pécuniaire appelle des *mesures conservatoires*, telles que l'apposition des scellés, outre l'application des dispositions plus générales de l'a. 220-1 (cf. *supra*, p. 476).

2° *Les mesures ordinaires*. — Elles peuvent être ordonnées, soit à l'issue de la tentative de conciliation, soit en cours d'instance.

— *Mesures concernant les époux*. Le juge utilise en tout ou partie, selon les circonstances, l'éventail de mesures que déploie l'a. 255 : autorisation de résidence séparée, attribution du logement, remise des objets personnels, etc. Il est bon d'insister sur la pension alimentaire : c'est le plus souvent la femme qui en a besoin, faute d'exercer une profession qui lui procure des ressources suffisantes (outre la charge des enfants qui lui sont confiés). Le montant en sera fixé d'après le double critère de l'a. 208, al. 1. Aux aliments, destinés à assurer le courant de l'existence, peuvent s'ajouter des *provisions*, destinées à faire face, soit aux frais du procès en divorce (provision *ad litem*), soit aux dépenses exceptionnelles qu'entraîne le changement de situation : ce sont des avances en capital, à valoir sur la part qui pourra revenir à la femme dans le partage de la communauté, ou sur ce qui lui sera attribué à titre de prestation compensatoire.

— *Mesures concernant les enfants mineurs* (a. 256). Il s'agit essentiellement de déterminer chez qui ils auront leur résidence habituelle (avec tous les corollaires à régler : droit de visite et d'hébergement, contribution en forme de pension, aux frais d'entretien et d'éducation). Le juge peut, pour s'éclairer, ordonner une enquête sociale (a. 287-1).

L'ordonnance prescrivant les mesures provisoires (ou homologuant le règlement amiable qui en a été fait) présente une importance particulière en tant qu'elle autorise les époux à résider séparément (cf. a. 1081), car, de ce fait, sa date est le point de départ des 300 jours au terme desquels la femme, une fois divorcée, pourra se remarier (a. 261-1), en même temps que cessera la présomption de paternité du mari (a. 313).

c) *Comment prennent fin les mesures provisoires*

Devant pourvoir à une situation essentiellement évolutive, elles peuvent, jusqu'au jugement définitif sur le divorce, être supprimées, modifiées, complétées (cf. a. 482 C. Pr. C.). Mais, en outre, n'ayant de raison d'être que par rapport à la demande en divorce, elles sont liées au sort de celle-ci — d'autant plus que les laisser survivre à l'instance serait permettre aux époux, par un biais, de s'installer dans une séparation de fait revêtue d'un minimum de structure juridique. Cette préoccupation a conduit à deux conséquences :

— Si les époux ne poursuivent pas l'instance, les mesures provisoires tomberont de plein droit au terme d'un délai de six mois (a. 231, al. 3 ; a. 1101, 1113).

— Si la demande est définitivement rejetée, les mesures provisoires prendront fin pareillement. Quoique logique, la solution est cependant peu réaliste, car il est probable que les époux ne reprendront pas si aisément la vie commune. Aussi l'a. 258 a-t-il introduit un tempérament : en rejetant la demande, le juge, soit d'office, soit à la demande de l'un des époux (qui peut être le défendeur aussi bien que le demandeur), a la faculté, s'il l'estime utile, non pas à proprement parler de prolonger les mesures provisoires, mais de déterminer ce qu'il en sera désormais de la *contribution aux charges du mariage* (opp. la *pension alimentaire* dans l'a. 255), de la résidence de la famille, des modalités de l'exercice de l'autorité parentale. C'est un *modus vivendi* : la loi ne dit pas jusques à quand il peut durer. La caducité automatique de l'a. 231, al. 3, ne saurait lui être applicable, et la Cour de cassation insiste sur le principe que les époux restent tenus du devoir de communauté de vie. On peut en conclure que les mesures de l'a. 258 ont vocation à se maintenir indéfi-

niment, tant que l'un des époux n'a pas fait sommation à l'autre de rétablir la communauté de vie, ou n'a pas demandé le divorce pour une cause que le jugement n'aurait pas purgée et qui pourrait être précisément le refus que l'autre lui a opposé. Il y a là, en somme, une séparation de fait judiciairement organisée, mais, comme elle s'articule sur le rejet du divorce, qui est extrêmement rare, elle n'a eu qu'une ouverture des plus limitées (cf. *infra*, p. 639).

2 / Les quatre modèles procéduraux de divorce

En les réglementant, le C. Pr. C. les décrit ; et il convient de se reporter avec attention aux schémas détaillés qu'il en donne, ce qui nous dispensera d'en retracer ici plus que les grandes lignes. On remarquera le classement qu'il en propose d'après la demande qui est le ressort de chaque procédure, tantôt la demande des deux époux (a. 1088), tantôt la demande d'un seul (a. 1106) — ce qui aboutit à opposer au consentement mutuel les trois autres modèles, ceux-ci se diversifiant ensuite derrière des règles communes. C'est, néanmoins, l'ordre que nous avons suivi pour les causes de divorce que nous reprendrons ci-dessous, afin de faciliter les rapprochements.

a) *Divorce pour faute*

C'est le modèle 1886, révisé 1975, le seul qui ait conservé la forme pure, antagoniste du véritable contentieux civil (du moins en apparence, car, même après l'admission du consentement mutuel, il arrive encore que sous des fautes simulées se cachent des *divorces d'accord*). La procédure comporte trois phases devant le J.A.F. (a. 247, al. 3).

1° *Requête* (a. 1106 s.). — Le demandeur la présente, soit par avocat, soit en personne (s'il sollicite les mesures d'urgence de l'a. 257). A ce stade, la procédure reste unilatérale.

2° *Tentative de conciliation* (a. 1108 s.). — L'autre époux est appelé à la procédure. Le caractère contradictoire se dessine donc. Cependant, on est encore dans une zone intermédiaire entre les bons offices et le contentieux. D'un côté, la présence des avocats n'est pas indispensable (a. 252, al. 2), les paroles échangées, les documents produits sont couverts par l'innocence des confidences familiales (a. 252-3). D'un autre côté, si, la tentative de conciliation ayant échoué, des

mesures provisoires deviennent nécessaires, une contestation pourra s'élever à leur sujet, et ainsi un procès secondaire s'ouvrir immédiatement ; et puis l'instance sur le lien va prendre forme par l'autorisation d'assigner que le J.A.F. délivre au demandeur.

3° *Instance* (a. 1114 s.). — L'assignation fait entrer la procédure de divorce dans le droit commun du procès civil, mais toujours devant le J.A.F. (sauf renvoi à une audience collégiale). Le jeu des demandes reconventionnelles (a. 245, al. 2), qui en réponse à la demande en divorce peuvent tendre soit au divorce, soit à la séparation de corps (cf. *infra*, p. 625), n'est pas dérogame à ce droit commun (cf. C. Pr. C. a. 64, 70, 567). Ce qui y est dérogame (opp. C. Pr. C. a. 330), en revanche, c'est la prohibition (raisonnable) de l'intervention de tiers, tels que par ex. beaux-parents, enfants majeurs (exception : a. 1115) ; c'est aussi la possibilité qu'a le tribunal, à la demande des parties, de ne motiver qu'abstraitement sa décision (a. 248-1, a. 1128 ; opp. C. Pr. C. a. 455), en s'abstenant d'énoncer les torts et griefs retenus (sans doute, en toute hypothèse, seul le dispositif sera rendu public ; mais la loi a voulu éviter qu'une expédition intégrale du jugement ne tombe un jour entre les mains des enfants, ce qui risquerait de préjudicier à l'a. 371).

b) *Divorce sur charges assumées* (pour rupture de la vie commune)

Le schéma précédent peut être repris, mais sous des modifications provenant de deux facteurs. Quels facteurs ?

1° Dans tous les cas, la position ambivalente de l'époux qui prend l'initiative : il est demandeur quant à la dissolution du lien et en fait défendeur quant aux conséquences. Demandeur, il l'est, et même privilégié (ou peut-être, plus justement, ce sont les enfants adultérins à légitimer qui sont protégés en sa personne), car il a un droit à la liberté qui ne peut être bloqué par une demande reconventionnelle en séparation de corps (on notera comment l'a. 241, al. 2, s'oppose à l'a. 297). Mais, quant aux conséquences, il est sur la défensive, et même tenu en suspicion. Aussi doit-il joindre à sa requête aux fins de divorce une justification de sa capacité d'en assumer les charges (a. 1123). Sans quoi la requête est entachée d'une irrecevabilité qui ne pourra être régularisée (sauf peut-être par une requête complémentaire avant la tentative de conciliation).

2° Dans le cas particulier de l'a. 238, la maladie supposée de l'autre conjoint. D'où, en faveur de celui-ci, un renfort de protection aux trois stades de la procédure.

— *Requête*. Il faut produire des documents rendant vraisemblable la maladie (ex., jugement de mise en tutelle, jugement pénal relaxant sur le fondement de la démence, factures d'un établissement psychiatrique). C'est à quoi fait obscurément allusion l'a. 1124.

— *Tentative de conciliation*. La carence psychologique du défendeur risque de la rendre impossible ; elle sera alors remplacée par un entretien du juge avec le demandeur (a. 252, al. 3).

— *Instance*. Une expertise psychiatrique est obligatoire (a. 1125). La tutelle du malade ou sa curatelle doit être organisée, si elle ne l'est déjà, afin que la défense soit efficacement assurée (arg. a. 249-3, *a fortiori*).

— *Jugement*. Il ne peut prononcer le divorce sans fixer d'un seul contexte les conditions dans lesquelles le demandeur assumera son devoir de secours (a. 1123). Il lui est également prescrit (a. 1126) de ne faire aucune référence à la cause du divorce (a. 1126). Les deux cas sont également visés, mais l'intention évidente est de protéger le défendeur dans le cas de l'a. 238 contre une référence à l'altération de ses facultés mentales.

c) *Divorce par consentement mutuel* (sur demande conjointe)

C'est un modèle tout différent. Nous avons affaire à une procédure gracieuse, non plus contentieuse (a. 1088) ; à une demande conjointe, non plus à une demande unilatérale ou à deux demandes antagonistes (la coopération des époux se manifestant avec le maximum de clarté quand ils choisissent, comme ils en ont la faculté, d'avoir un avocat commun, a. 230, al. 2). Le système est, au demeurant, assez formaliste, le défaut de formes légales étant sanctionné par l'irrecevabilité des requêtes. La procédure s'ordonne, en effet, autour de deux requêtes conjointes qui doivent se succéder à intervalle.

1° *La requête initiale* (a. 1089 s.). — Elle s'accompagne obligatoirement de deux annexes qui lui donnent son sens : une convention temporaire (régulant à l'amiable les mesures provisoires qui seraient ailleurs réglées judiciairement), un projet de convention définitive (destiné à régler à l'amiable les effets du divorce qui seraient ailleurs réglés par le juge). La période ainsi ouverte sera caractérisée :

- par la mise en application de la convention temporaire ;
- par des tentatives (discrètes, des conseils) de conciliation ;
- par la discussion, entre le juge et les époux, du projet de convention définitive.

2° *La requête réitérée* (a. 1095 s.) après un délai de réflexion de trois mois (a. 231). — Elle comporte aussi deux annexes obligatoires : un compte rendu d'exécution de la convention temporaire, une convention définitive, avec éventuellement un état liquidatif de la communauté conjugale, ce qui peut nécessiter l'intervention d'un notaire. Sous réserve d'un nouvel examen, le juge va homologuer la convention définitive et prononcer le divorce.

Les voies de recours sont soumises à des règles particulières. L'appel n'est pas recevable contre les décisions qui ont homologué les conventions ou prononcé le divorce (a. 1102). Le pourvoi en cassation, au contraire, est ouvert dans tous les cas, et il a un effet suspensif sur le prononcé du divorce, lors même qu'il ne s'attaquerait qu'à la convention (a. 1103). Quant à la tierce opposition (a. 1104), elle est ouverte aux créanciers contre une convention passée en fraude de leurs droits (cf. a. 582), mais elle ne saurait remettre en question le divorce prononcé.

d) *Divorce sur double aveu*
(demandé par l'un et accepté par l'autre)

On retourne au premier modèle (a. 1138), mais profondément transformé par la nature propre de ce divorce : bien qu'il n'y ait pas volonté conjointe aux fins de divorcer, les sentiments se rejoignent pour laisser le divorce s'accomplir. La procédure, plus gracieuse que réellement contentieuse, se divise en deux phases qui étaient découpées jusqu'en 1993 par la compétence successive du juge délégué et du tribunal, mais qui sont désormais réunies sous la compétence unique du J.A.F.

1° *L'échange de mémoires* (a. 1129 à 1135). — La requête initiale est colorée par le mémoire, qui fait d'elle moins un acte de volonté qu'un constat. Ou l'autre époux rejette le mémoire, soit expressément, soit par son silence prolongé pendant un mois, et tout est fini (ou à recommencer par une voie différente). Ou il l'accepte, avec ou sans mémoire parallèle, et la procédure suit son cours, marquée par une éventuelle tentative de conciliation. A défaut de conciliation, le J.A.F. rend une ordonnance où il prend acte du double aveu et délivre une autorisation d'assigner, dont l'un ou l'autre époux indifféremment peut se servir.

2° *Le prononcé* (a. 1136 s.). — Quoique ouverte par une assignation, la procédure demeure gracieuse pour partie, en ce sens que la cause et le profit du divorce n'ont plus à être débattus. Il est acquis définitivement qu'il existe une cause de divorce et que les effets doivent en être réglés comme si les torts étaient partagés ; le juge doit

prononcer le divorce, en se bornant à viser sa propre ordonnance. Mais sur l'aménagement des conséquences, notamment des conséquences pécuniaires, un contentieux reste possible, que le jugement aura à trancher.

e) *Autonomie de chaque modèle procédural*

Les quatre modèles ayant chacun une structure définie, le principe est qu'ils ne se prêtent ni à mélange ni à échange. Cela revient à dire, puisque chaque modèle procédural est commandé par une cause distincte, que les époux ne peuvent, dans une même instance, invoquer des causes légalement différentes ou passer d'une cause à une autre (a. 1077, al. 1).

A ce principe, deux exceptions :

— Une demande principale pour rupture de la vie commune peut se heurter à une demande reconventionnelle pour faute (a. 241, al. 2).

— Si les époux en sont d'accord, ils peuvent, en cours d'instance, substituer une demande de divorce par consentement mutuel à la demande qui avait été engagée pour une autre cause. L'a. 246 (a. 1077, al. 2) organise une passerelle.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, II, n°s 305 s. ; Massip, n°s 67 s. Cf. Groslière, *Le juge aux affaires matrimoniales*, D. 1976, chr. 73 ; Lienhard, *Le rôle du juge aux affaires matrimoniales*, 1985.

SOCIOLOGIE

a) L'accroissement de la divortialité a déterminé l'apparition d'un *marché du divorce*, v. Bastard *et al.*, D/S (33), 96, « *les professionnels du divorce* ». Le phénomène a été favorisé par la dédramatisation à laquelle tous les législateurs se sont efforcés. Les professions traditionnelles (avocats et juges) ont ajusté leurs techniques aux nouveaux types de divorce, surtout au consentement mutuel, et de nouvelles professions se sont créées (avocats des mineurs, médiateurs, enquêteurs, psychologues, etc.). L'évolution a été rapide dans les pays anglo-saxons, peu marquée dans la province française. Une des nouveautés les plus curieuses aura été l'organisation de « lieux d'accueil pour l'exercice du droit de visite » (v. J. Sayn, *ibid.*, 329).

b) *L'aide juridictionnelle* (1. 10 juill. 1991) (ancienne assistance judiciaire), qui trouve ici une de ses applications les plus fréquentes, n'a pas pu servir, le long du

xx^e s., à faire pénétrer le divorce dans les classes populaires (en 1994, dans 42 % des procédures ayant abouti, au moins une des parties en bénéficiait). Les tentatives de conciliation n'ont jamais eu qu'un faible taux de réussite (1 % à peine ; cf. Malherbe, *J.C.P.*, 1966, 1, 2000). Faible est pareillement le pourcentage des demandes rejetées par les tribunaux (1981 : 2,5 %) – pourcentage variable, il est vrai, selon les ressorts, ce qui peut refléter la diversité des attitudes à l'égard du divorce dans le milieu judiciaire ou même dans le milieu social ambiant. L'accroissement des demandes reconventionnelles (de 8 % en 1885 à 40 % en 1970) avait été interprété comme un passage de la justice sanctionnatrice au duel (ou, pour partie, au divorce d'accord). La procédure par défaut (d'une fréquence très supérieure à la moyenne des procès civils ; 37,2 % en 1970) recouvre des causes diverses : conjoint parti et introuvable, divorce d'accord, souci d'économiser les honoraires d'un avocat.

c) Psychologie : la réconciliation, qui, faute de réussir, s'amenuisera en conciliation sur les conséquences, a deux ressorts principaux, l'un tourné vers l'avenir, l'autre tiré du passé (que le juge peut seulement imaginer) : l'éducation des enfants mineurs ? – ne te souvient-il plus de l'amour ancienne ?

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le principe dispositif (cf. Vincent *et al.*, *Procédure civile*, 1996, n° 546), qui domine le procès civil (cf. en procédure pénale, le système accusatoire), présente des inconvénients quand on l'applique au divorce : en laissant aux époux la conduite du procès et l'administration de la preuve, il peut favoriser les collusions (au détriment des créanciers, par ex.) ou des divorces « d'accord » (à l'encontre de l'ordre public, là où le divorce par consentement mutuel n'est pas admis. S'il est pratiqué sincèrement, il impose au divorce pour faute la figure d'un duel, qui s'exacerbera davantage encore autour des enfants-enjeux et de la pension alimentaire. La loi de 1975 a consacré le principe dispositif, et même plus largement que la loi *Naquet*, même *ut pereat matrimonium* (il n'est que de comparer l'a. 1120 C. Pr. C. à l'ancien 249 C.C., qui interdisait l'acquiescement, la renonciation à l'appel, sur un jugement *prononçant* le divorce). Mais la loi a cherché à éviter les inconvénients du principe, en le tempérant par une recherche de consensualité : d'où les fenêtres ouvertes sur la conciliation/réconciliation à tous les stades de la procédure, la faveur manifestée aux formes molles de l'aveu.

La procédure peut être utilisée comme frein au divorce (c'était la pensée de la l. 2 avr. 1941, surtout par le jeu des délais d'attente, d'où l'on se plaisait à espérer des réconciliations ; cf. « Vacances conjugales » préconisées par des psychologues spécialisés). La simplification de la procédure, à l'inverse, est souhaitée par les partisans du divorce (tel fut l'esprit, très peu de temps après le rétablissement du divorce en 1884, de la l. 2 avr. 1886, conçue déjà pour alléger et accélérer, et bien sûr le sens de la loi et du décret de 1975). Le rapport d'I. Théry évalue les durées moyennes en 1996 : 8, 9 mois sur requête conjointe, 12,5 sur demande pour faute, et souligne l'utilité du temps dans certaines situations (maturation, apaisement, chance pour des accords amiables). Il propose, cependant, pour la requête conjointe, de rendre la seconde audience simplement facultative à l'appréciation du juge. La publicité des débats peut être aussi envisagée comme un moyen d'intimidation contre le désir de divorcer (ex. loi soviétique

de 1944). Mais la pression de l'opinion publique est affaire de mœurs. En France, pays du chacun chez soi, les lois ont été sages d'établir le huis clos moralisant.

Les courants scientifiques pourraient se marquer ici par l'insertion, dans la procédure, d'une enquête psychologique (voire psychanalytique) où un expert s'efforcerait de découvrir les causes et les remèdes de l'altération des relations conjugales. A la limite, cette consultation pourrait remplacer la tentative de conciliation. Le projet 1973 avait posé une amorce de l'innovation en termes facultatifs : le juge aurait pu recommander aux époux soit de prendre conseil d'une tierce personne, parente, ou amie, soit de consulter tel organisme ou praticien qualifié. Malgré la disparition du texte, on admet que cette consultation peut être conseillée par le juge ; il ne saurait, cependant, l'imposer, Paris, 3 mai 1979, D. 79, 504. Mais, depuis lors, la psychologie est revenue en force. Elle ne se borne plus à proposer aux juges une expertise qu'ils contrôlèrent, elle prétend à les remplacer : un travail de médiation serait confié à des psychologues. De la médiation, on voudrait en mettre partout (cf. Introduction, n° 88 s.), et spécialement dans les conflits familiaux (cf. Bastard et L. Cardia-Vonèche, *Annales de Vaucresson*, n° 29, 88/2). Cette dépossession du droit n'est pas sans susciter des craintes (cf. C. Lienhard, D. 89, 411 ; l'ouvrage collectif, *La médiation, un mode alternatif de résolution des conflits*, Institut suisse de droit comparé, 1991 ; L. Topor, *La médiation familiale*, 1992 ; I. Théry, *Divorce et psychologisme juridique, Droit et Société*, 1992 (20-21), 211). Phénomène social observé maintes fois, le mouvement qui s'est créé spontanément pour échapper aux réglementations, au bout d'un certain temps réclame lui-même un statut : V. Larribau-Terneyre, *Faut-il réglementer la médiation familiale ?*, *J.C.P.*, 93, 1, 3649.

THÉORIE JURIDIQUE

Dans le C. Nap., dans la loi *Naquet*, les causes de divorce (adultère, sévices, injures) présentaient la physionomie de délits pénaux, et le procès en divorce, quoique le droit de disposition et de contradiction des parties n'en fût pas absent, n'était pas sans ressemblance avec le procès pénal de type inquisitoire (cf. *R.T.*, 37, 283). Il fallait, toutefois, préciser : unilatéralement inquisitoire. Ici jouait le souvenir du procès en annulation canonique du mariage : un pouvoir d'office est reconnu au juge seulement *ut valeat matrimonium*, non pas *ut pereat*. Dans la doctrine germanique, la Réforme étant passée et le divorce admis, la formule était quelque peu différente (du nom d'un procédurier disparu (formule dite de Hellwig) : pour tout ce qui tend à confirmer la cause de divorce, disposition et contradiction réservées aux parties ; pour tout ce qui tend à l'infirmier, pouvoir d'office du juge.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Contentieux abondant, souvent très technique ; il faut choisir.

a) *Domaines respectifs du droit de disposition des parties et du pouvoir d'office du juge.* — Cf. Normand, *R.T.*, 84, 150 ; 86, 793. Le principe de disposition domine le divorce par consentement mutuel. Dans le divorce pour faute (et l'orientation devrait

être analogue dans le divorce pour rupture de la vie commune ; arg. a. 238, al. 2), la jurisprudence applique empiriquement la distinction (citée *supra*, *Théorie juridique*) entre la confirmation et l'infirmité de la cause de divorce. Ex. 1^o Req. 9 mai 1904, D. 04, a. 316 ; Civ.² 30 nov. 1962, *Bull.*, 62, n^o 765 ; Civ.² 19 juill. 1976, D. 76, *I.R.*, 274 : la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation doit être suppléée d'office par le juge ; 2^o Req. 5 août 1890, D. 91, 1, 365 : il appartient au juge de faire examiner d'office l'état mental du défendeur (puisque, s'il a agi en état d'aliénation mentale, il n'y a plus de cause de divorce). C'est dans le divorce pour faute que l'on saisit le plus directement la nature bicéphale du pouvoir du juge. Celui-ci ne peut relever d'office, à l'appui de la demande en divorce, des griefs qui n'ont pas été expressément invoqués par le demandeur, Civ.² 27 janv. 1983, *J.C.P.*, 84, 2, 20199. Cette limitation est plus contraignante que celle qui, de droit commun, résulte de l'a. 7 C. Pr. C. De droit commun, un jugement peut prendre en considération des faits qui n'avaient pas été spécialement visés par les parties, pourvu qu'ils aient figuré parmi les éléments du débat. En matière de divorce, peu importe une présence purement narrative au débat, ce qui compte, c'est que la victime ait elle-même demandé justice du grief, l'ait assumé de cœur et de conclusions. La solution peut se recommander de bien des arguments : le respect de la vie privée, le caractère éminemment personnel de l'action en divorce, lequel doit logiquement être transposé au grief qui en est la cause. Mais, avant tout, c'est dans le primat du mariage, dans le postulat *ne pereat matrimonium*, qu'est l'explication. Ce que vérifie la jurisprudence apparemment inverse, où nous voyons un pouvoir d'office reconnu au juge pour faire valoir des griefs découlant des débats, sans doute, mais non pas spécialement invoqués. Et pourquoi donc reconnu, cette fois ? Parce que les griefs allégués sont des griefs imputables au demandeur, dont la constatation aura pour effet de faire tomber la faute du défendeur au-dessous du seuil de gravité qui en faisait une cause de divorce – si bien que le pouvoir d'office est appelé à s'exercer ici *ut valeat matrimonium*. On rentre dans le jeu de la maxime *bifrons*. Déjà, sous l'empire du droit antérieur à 1975, la Cour de cassation autorisait les juges à tirer spontanément du dossier ces circonstances atténuantes en forme de griefs : Civ.² 4 nov. 1971, *Bull.*, n^o 196 ; Civ.² 11 mars 1976, *Bull.*, n^o 97, D. 76, *I.R.*, 154. Et depuis, saisie de l'a. 245, tel qu'il a été rédigé par la loi de 1975, elle en a interprété l'al. 1 comme une confirmation de la faculté ouverte à l'initiative judiciaire : Civ.² 11 juillet 1979, *Bull.*, n^o 208 ; Civ.² 23 avr. 1980, D. 81, *I.R.*, 78. Une simple faculté, d'ailleurs, non pas une obligation : comme les arrêts précités l'expriment, on ne saurait critiquer les juges du fond pour n'avoir pas usé de leur pouvoir d'office (cf. à propos de l'a. 245, al. 3, Civ.² 17 mars 1986, *Bull.*, n^o 42 ; Civ.² 21 juill. 1986, D. 87, *Somm.* 275). – Dans le divorce pour rupture de la vie commune, la clause de dureté aurait pu être un terrain d'élection pour un pouvoir d'office préoccupé de sauver le lien. Mais, expressément affirmé dans le cas de l'a. 238 (a. 240, al. 2), ce pouvoir se trouve, du même coup, exclu *a contrario* dans le cas de l'a. 237. Le juge pourra se rabattre sur les irrecevabilités des a. 1123-1124 ; et même on peut admettre que, là, son intervention ne doit pas rester pour lui simplement facultative, car ces fins de non-recevoir sont d'ordre public : Civ.² 10 janv. 1979, D. 79, *I.R.*, 239 (après tout, l'État a un intérêt matériel à ce que le conjoint jeté à terre ne retombe pas à la charge de la collectivité).

b) *Preuve de la cause du divorce*. — On a beau avoir expulsé du vocabulaire juridique le mot *adultère*, la chose n'en subsiste pas moins, ou son ombre, et le souci d'en

avoir la preuve continue de tenir éveillés tous les jaloux. La pratique des constats d'huissier n'a pas cessé depuis 1975. Ils tirent leur force probante de l'a. 259 (preuve des faits par tous les moyens), mais à la double condition, posée par l'a. 259-2, qu'il n'y ait ni violation de domicile ni atteinte illicite à l'intimité de la vie privée. Une autorisation par ordonnance du président du T.G.I. est regardée comme une garantie de conformité aux exigences légales : Civ.¹ 6 févr. 1979, *J.C.P.*, 80, 2, 19290 ; Civ.² 5 juin 1985, *Bull.*, n^o 111, *R.T.*, 89, 47 ; Civ.¹ 18 nov. 1992, *Rép. not.*, 93, 712 ; Paris, 5 nov. 1981, D. 82, 342 ; Paris, 14 nov. 1985, D. 86, 296, *J.C.P.*, 86, 2, 20643. Toutefois, Civ.² 14 déc. 1983, *Bull.*, n^o 200, semble considérer que l'autorisation de justice n'est requise que pour couvrir une éventuelle violation de domicile, si bien qu'un constat non autorisé pourrait encore faire preuve de faits qui se seraient déroulés en un lieu dont le requérant avait jouissance (mais les courtines du lit adultère ne délimitent-elles pas un espace privé ?). Sera certainement illicite comme ayant porté atteinte à l'intimité de la vie privée l'enregistrement d'une conversation téléphonique où le mari avait (vulgairement dit) « cuisiné » une tierce personne, Crim. 3 mars 1982, D. 82, 579. Le juge du divorce ne saurait exiger de l'autorité ecclésiastique qu'elle communique les pièces d'une procédure en annulation de mariage, où le mari s'était exprimé injurieusement à l'égard de la femme, Civ.² 29 mars 1989, D. 90, 45, *J.C.P.*, 90, 2, 21586. Motif double : atteinte à la vie privée du mari, violation d'un secret confié à l'autorité ecclésiastique. Ajoutez que la solution contraire eût officialisé (sans jeu de mots) un parallélisme entre les deux juridictions. — Pour les lettres missives, v. *supra*, p. 463.

Dès avant 1975, l'exclusion de l'aveu n'était plus entendue comme un absolu : si l'aveu ne pouvait à lui seul justifier le divorce (Civ. 14 mars 1951, *J.C.P.*, 51, 4, 77), il pouvait, néanmoins, être pris en considération quand il était corroboré par d'autres éléments (Civ.² 13 nov. 1952, *R.T.*, 53, 316, n. Lagarde ; Civ.² 15 déc. 1975, *J.C.P.*, 76, 4, 50). L'a. 259 a inversé le principe, mais la discussion peut se reporter sur la force probante qu'il convient de reconnaître ici à l'aveu. D'autant que, dans une partie de la pratique, la tentation existe de l'utiliser pour donner une facilité nouvelle aux divorces d'accord sur fautes simulées. De l'a. 1356, al. 2, il semble résulter que, dans le procès civil, le juge n'est pas fondé à contrôler la sincérité des aveux. Toutefois, la jurisprudence sur l'indivisibilité de l'aveu suggérerait de réserver le cas du mensonge évident (Civ. 15 mars 1950, D. 50, 379 ; Civ.¹ 13 mars 1956, D. 56, *Somm.* 164), et l'analogie du procès en divorce au procès pénal conduirait à une solution plus radicale encore : l'aveu est admissible, mais il ne lie pas le juge (a. 428 C. Pr. P.). On peut surtout, dans le même sens, invoquer la *ratio legis* : la prohibition, puis l'admission de l'aveu ont été corrélatives à la prohibition, puis à l'admission du divorce par consentement mutuel ; or, dans ce type de divorce, le juge a le pouvoir de vérifier le sérieux et la sincérité des consentements (a. 232) ; il est rationnel de soumettre l'aveu, dans les autres types de divorce, à un contrôle comparable. Sur la preuve par le journal intime, v. l'étude approfondie de Zaki, *R.T.*, 80, 13.

L'exclusion du témoignage des descendants a donné lieu à une difficulté : s'étend-elle au témoignage indirect (propos de l'enfant rapportés par un tiers ? lettre écrite par l'enfant ? voire adressée à l'enfant, sous prétexte que les sentiments du destinataire pourraient s'y lire par réfraction ? non, tout de même, Civ.² 19 janv. 1983, *Bull.*, n^o 12 ; Civ.² 22 juin 1994, enfant entendu par un service de police, *R.T.*, 94, 838 ; Paris, 4 oct. 1990, D. 91, 286, n. Garé). Pour une interprétation souple de l'a. 205 C. Pr. C. :

Civ. 14 févr. 1951, *G.P.*, 51, 2, T. v° Divorce, n° 50 ; Civ. 12 mars 1952, *G.P.*, 52, 2, T. v° Divorce, n° 37 ; Paris, 7 juill. 1959, *R.T.*, 60, 360, n. Raynaud ; pour une interprétation rigoriste, Civ.² 4 juin 1958, D. 58, 510, 12 déc. 1958, D. 59, 52, 23 mars 1977, D. 78, 5, n. (très complète) Meerpoel ; Civ.² 4 janv. 1984 (enfant d'un premier lit), D. 85, *I.R.*, 149 ; Crim. 4 janv. 1985, *J.C.P.*, 85, 2, 20521. A la vérité, l'a. 205 est susceptible de deux explications : le respect de l'enfant (*maxima debetur puero reverentia*) ou le respect des parents (l'a. 371 et, par-dérrière, Genèse, 9:23, le manteau de Noé). Avec le premier fondement, l'interdiction pourrait cesser quand l'enfant est devenu adulte, et même pour le descendant « enfant », nombre de praticiens seraient sans doute enclins à écarter l'a. 205 comme ringard, ces sujets bavards, même parfois fabulants, n'ont-ils pas beaucoup de choses à dire ? Si l'on s'inspire, au contraire, du second fondement, l'interdiction vaut pour tous les âges et doit être absolue.

c) *Compétence*. — Contentieux abondant (actions de retardement pour les conjoints qui ne se résignent pas au divorce). Cf. Normand, *R.T.*, 80, 401 ; Parcheminal, *J.C.P.*, 94, 1, 3762. — V. par ex., pour la compétence *d'attribution* (entre le J.A.F. et le tribunal), Civ.² 19 juin 1991, *Bull.*, n° 186, et 24 mars 1993, *R.T.*, 93, 565. — Pour la compétence *territoriale*, v. Civ.² 25 juin 1980, D. 81, *I.R.*, 379, et J. Maury, D. 83, chr. 27, qui met en relief les trois éléments requis pour qu'il y ait *résidence* au sens de l'a. 1070 : élément matériel (habitation effective), élément psychologique (sincère volonté de demeurer dans le ressort, fût-ce provisoirement), absence de fraude.

Chapitre III

EFFETS DU DIVORCE

Le premier de ces effets, qui est général, est la *dissolution du lien matrimonial*. D'autres s'y ajoutent, suivant les cas. Le plus souvent, le divorce entraîne des *règlements patrimoniaux*. Et il a inévitablement une *incidence sur les enfants*, s'il en est de mineurs.

1 / Dissolution du lien matrimonial

Cet effet se produit quelle que soit la cause de divorce, et à l'égard de chaque époux quelle que soit sa position par rapport à cette cause (ainsi, dans un divorce pour faute, le coupable et l'innocent acquièrent la même liberté, la même liberté de se remarier). C'est la *dissolution abstraite*. Toutefois, il n'est pas sans intérêt de mettre la sortie du mariage en relation avec la manière dont chacun des époux en est sorti — et tel est le point de vue d'où procèdent les a. 265 s. C'est la *dissolution causée*.

► *La dissolution abstraite*

a) *Portée de la dissolution*

C'est une disparition du lien matrimonial pour l'avenir, sans rétroactivité : dans le passé, il y a eu un mariage valable, et l'on ne peut pas faire que les époux n'aient été mariés : c'est la grande différence (juridique et religieuse) du divorce et de l'annulation de mariage.

Mais, pour l'avenir, la qualité d'époux cesse en la personne de chacun des conjoints. Chacun retrouve son indépendance – ce que traduit la règle de l'a. 264, al. 1^{er} : chacun reprend l'usage de son nom (l'effet est, en pratique, surtout visible pour la femme ; cf. t. 1, n° 33).

La dissolution du lien implique, pour chacun, la faculté de se remarier – sauf à la femme à observer le délai de trois cents jours destiné à empêcher une confusion des paternités (a. 261) ; encore faut-il rappeler que le délai a commencé à courir dès le jour où la cohabitation a juridiquement cessé entre les époux, pendant l'instance, par l'effet de l'ordonnance de résidence séparée (a. 261-2, al. 1). Cette faculté de remariage est la grande différence (juridique et religieuse) du divorce et de la séparation de corps. Rien ne la limite : libéré d'une vieille prohibition depuis longtemps (depuis une loi du 15 déc. 1904), le conjoint adultère peut se remarier avec son complice (cela lui est même implicitement recommandé, puisqu'il pourra ainsi légitimer ses enfants adultérins, a. 318, 331) ; les deux ex-époux pourront, s'ils se regrettent mutuellement, de nouveau contracter mariage entre eux (a. 263).

Dans le plan des rapports pécuniaires, la dissolution du lien va entraîner la dissolution de la communauté conjugale (a. 1441-3°), plus généralement, la dissolution du régime matrimonial ; également l'extinction de la vocation successorale entre les époux (a. 765-767), et cela aussi bien à l'encontre du conjoint innocent que du coupable, car cette vocation successorale était conditionnée par la qualité d'époux, laquelle a disparu des deux côtés.

b) *Date de la dissolution*

A quel moment précis, étant donné la durée du procès, se produit l'effet de rupture ? On peut parler, en systématisant les textes, du *quadruple instant des effets du divorce*.

1° Le lien est dissous, en principe (a. 260), au jour de la décision judiciaire (rendue, suivant les cas, par le tribunal de grande instance, la cour d'appel ou la Cour de cassation) ayant pris force de chose jugée. Mais cela ne concerne pratiquement que les *effets quant à la personne*, la faculté de se remarier, la légitimité des enfants.

2° Les *effets patrimoniaux* du divorce remontent, dans les rapports entre époux, au jour de l'assignation devant le tribunal (a. 262-1, al. 1). C'est à cette date, en particulier, que la communauté sera réputée dissoute.

3° Toutefois, quand une *séparation de fait* a précédé l'action en divorce, l'un des époux, à moins qu'il n'ait à se reprocher à titre prin-

cipal les torts de cette séparation, peut demander à faire remonter la dissolution de la communauté à la date où, entre eux, la cohabitation et la collaboration ont cessé (a. 262-1, décalquant l'a. 1442, al. 2).

4° A l'égard des tiers les effets (patrimoniaux) du divorce sont reculés jusqu'à la date de la mesure de publicité que sera la mention en marge (a. 262 ; C. Pr. C. a. 1082).

En faisant rétroagir les effets patrimoniaux du divorce, l'a. 262-1, al. 1, a cherché à protéger chaque époux – plus spécialement la femme – contre les abus que l'autre pourrait commettre pendant l'instance dans l'exercice de ses pouvoirs (cf. a. 257, al. 3). Mais, en déclarant cette rétroactivité inopposable aux tiers, l'a. 262 la vide d'une bonne part de son efficacité, car beaucoup des abus à craindre se traduiront par des opérations faites avec des tiers (engagements, aliénations). Un remède se trouve dans l'a. 262-2 : à charge de prouver la fraude, le conjoint qui a été victime d'un acte accompli par l'autre dans cette période suspecte, pourra en obtenir l'annulation, même à l'encontre des tiers, créanciers ou acquéreurs, du moins des tiers de mauvaise foi. C'est une sorte d'extension de l'action paulienne (a. 1167, cf. t. IV, n° 367).

c) *Tempérament à la dissolution*

Ne subsiste-t-il absolument rien du mariage, une fois le divorce prononcé ? Le passé ne se laisse pas si facilement oublier. La loi attache parfois des conséquences à la qualité d'ex-conjoint après divorce (ex. a. 206 C. Pr. C., 448-5° C. Pr. P.). Et surtout on voit la femme divorcée conserver un droit à l'usage du nom du mari (a. 264, al. 2, 3) ; les donations et avantages matrimoniaux sont maintenus sous certaines conditions (a. 265, al. 3, 267, al. 2, 269, al. 2) ; enfin, le devoir de secours persiste en cas de divorce pour rupture de la vie commune (a. 281 s.).

► *La dissolution causée*

Dans le système d'avant 1975, qui reposait tout entier sur des idées de *faute* et de *sanction*, chacun des deux époux recevait du jugement de divorce l'étiquette et partant la condition juridique, soit d'époux *coupable*, soit d'époux *innocent* ; en cas de torts et griefs réciproques, tous deux étaient réputés coupables. On disait encore qu'était coupable celui *contre* qui avait été prononcé le divorce ; innocent, celui qui

l'avait obtenu. Le conjoint innocent avait le *profit* du divorce, et à cette notion étaient associées des prérogatives importantes, qui n'étaient pas seulement pécuniaires (ex. droit à une pension alimentaire), puisqu'elles comprenaient aussi un droit de préférence dans l'attribution de la garde des enfants mineurs.

Depuis 1975, la terminologie précédente doit être adaptée à un système où la faute n'est plus qu'une cause de divorce parmi quatre. L'a. 265 donne, à ce sujet, des traductions nouvelles. Mais de ce texte, ainsi que d'une induction des a. 266 à 269, il résulte que le *profit du divorce* conserve une signification, quoiqu'elle ne soit plus générale. Il faut distinguer deux sortes de dissolution du lien :

1° *La dissolution sans profit joint*. — Elle recouvre le divorce par consentement mutuel, le divorce pour faute aux torts partagés et (par assimilation à celui-ci) le divorce sur double aveu.

2° *La dissolution avec profit joint*. — Elle recouvre le divorce pour faute aux torts exclusifs de l'un des époux (le profit revient à l'autre époux), le divorce pour rupture de la vie commune (le profit revient à l'époux qui n'a pas pris l'initiative de la demande).

Dans les règlements pécuniaires après divorce se réfléchit quelque chose de cette coloration variable de la dissolution du lien.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, II, n° 391 s. — Sur le nom de la femme après divorce, Breton, *Études Rodière*, 1981, 17.

SOCIOLOGIE

Le C.C. ne dit rien de ce qui est peut-être l'effet le plus important du divorce — la condition du divorcé dans la société. C'est que cet effet relève des mœurs plutôt que du droit. Le divorce, restant minoritaire, ne peut guère être perçu par l'opinion en France autrement que comme un écart de la norme. L'état de divorcé, statistiquement et psychologiquement exceptionnel, n'est pas, comme le veuvage, intégré à la coutume de mariage. Malgré son extension (et malgré le changement de la loi et des mœurs), le groupe des divorcés (et surtout des divorcées) conserve par ses comportements un fort particularisme (V. la recherche subtile de G. Festy et ses hypothèses, *Pop.*, 1988, 517, 534). Dans le sondage de 1971 (*Le divorce et les Français*, I, 54 s.), on trouvera des observations intéressantes sur « la perception sociale du divorce et des divorcés ». Si la grande majorité des enquêtés semblaient n'attacher aucune importance au fait que

l'instituteur ou le candidat à la députation fût un divorcé, beaucoup devenaient méfiants si le divorcé était présenté comme un candidat au mariage. Encore faut-il ajouter que les réactions négatives, qui paraissent clairsemées quand on les rapporte à l'ensemble du territoire, peuvent se révéler intenses et insupportables dans tel milieu étroit où est appelé à vivre un divorcé. Des arrêts témoignent de cette hostilité, latente ou déclarée, du milieu — soit qu'ils se contentent de la supposer à l'arrière-fond de leurs motifs (Civ.² 18 mai 1966, *Bull.*, 66, 2, n° 583 ; Civ.² 28 oct. 1975, D. 76, *I.R.*, 15), soit qu'ils déclarent la réprouver (Ch. mixte, 17 oct. 1975, D. 76, 511 ; Rennes, 14 févr. 1972, condition de non-divorce imposée par un testateur, D. 76, 185, *J.C.P.*, 75, 2, 17934 ; cf. *infra*, Pratique judiciaire). Cette hostilité, Tacite l'avait déjà enregistrée au passage (*Annales*, 86), en notant que, sous Tibère, une fille avait été écartée de la présidence des Vestales parce qu'elle était née de parents divorcés. — Quant à la manière dont les divorcés, les divorcées vivent intérieurement leur condition, v. le travail pionnier de W. Goode, *Women in divorce*, 1966, et surtout l'ouvrage précité *Les Français et le divorce*, t. II : *L'expérience des divorcés*, 1974 (la comparaison des deux enquêtes montre qu'en la matière la psychologie américaine et la française sont loin d'être superposables). Sur le remariage des divorcé(e)s, *Pop.*, 81, 765 ; 88, 739.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Eu égard à la condamnation que l'Église catholique porte sur le divorce et plus nettement encore sur le remariage des divorcés, un établissement d'enseignement catholique est-il fondé à congédier une institutrice divorcée qui se remarie, une institutrice qui veut épouser un divorcé ? Vers 1970, un contentieux a surgi ; les arrêts se sont divisés, les uns se prononçant pour la validité du congédiement (Chambéry, 22 oct. 1970, D. 71, 313, n. Demichel ; Aix, 2 déc. 1971, du moins en principe, *J.C.P.*, 72, 2, 17085, *R.T.*, 72, 614, n. Cornu ; Lyon, 7 oct. 1976, D. 77, 408, n. Guiho), les autres contre (trib. adm. Rennes, 9 déc. 1970, mais obliquement, en affirmant la compétence de l'autorité administrative ; Ch. mixte, 17 oct. 1975, D. 76, 511, n. Guiho, *R.T.*, 76, 122, n. Nerson, 365, n. Cornu) ; et semblablement les commentateurs (pour le congédiement, Guiho ; contre, Demichel, Cornu, Nerson).

La résistance de la Cour de Lyon a amené l'Assemblée plénière à statuer (19 mai 1978, D. 78, 541, concl. Schmelck, nuancées, n. Ardant, *R.T.*, 78, 565 et 79, 370, n. critiques Cornu et Nerson ; Zaki, *Rivista di diritto internazionale del lavoro*, 80, 102), et elle a validé le congédiement. Dans le débat, des valeurs importantes étaient engagées : la liberté nuptiale, qui ne doit pas être moindre pour un second mariage que pour un premier (cf. *supra*, p. 420), le respect de la sphère d'intimité (cf. t. 1, n° 86), plus vaguement la liberté de conscience. En face, on invoquait la loi contractuelle, dans son esprit, sinon dans sa lettre : les convictions religieuses de l'enseignante, relèvent l'Assemblée plénière, avaient été prises en considération lors de son entrée ; elles avaient été incorporées volontairement dans le contrat, dont elles formaient une partie essentielle et déterminante (référence à la théorie de la cause). Aujourd'hui, l'a. 120-2 C. Tr. (issu des lois Auroux) pose en principe que le contrat de travail ne peut apporter de restriction aux libertés individuelles du salarié. Des restrictions peuvent, toutefois, être justifiées par la nature de la tâche à accomplir. Le droit admet ainsi l'existence d'*entreprises de tendance* où un certain conformisme peut être licitement stipulé des

salariés, ainsi des entreprises confessionnelles où l'orthodoxie est une obligation inhérente au contrat (cf. Soc. 20 nov. 1986, *J.C.P.*, 87, 20798 ; cf. Soc. 22 janv. 1992, *Dr. soc.*, 92, 329, n. J. Savatier). Soit, objecteront quelques-uns – mais une orthodoxie limitée aux heures de travail.

2 / Règlements patrimoniaux

Ces règlements sont l'œuvre des époux, sous le contrôle du J.A.F., dans le divorce par consentement mutuel (ex. a. 278) ; l'œuvre du tribunal dans les autres types de divorce (déjà, pendant l'instance, un notaire ou un professionnel qualifié peut être chargé d'établir un projet de règlement ; a. 1116).

Les ex-époux entrent dans le divorce avec un *passé* conjugal qu'il faut apurer, et chacun a désormais devant lui un *avenir* personnel qu'il s'agit d'aménager. D'où deux sortes de règlements.

1 | APUREMENT DU PASSÉ

a) *Liquidation du régime matrimonial (pratiquement, de la communauté)*

La liquidation est intégrée à la convention définitive dans le divorce par consentement mutuel (a. 1097-2°). Dans les autres divorces, elle peut être préparée sous condition pendant l'instance (a. 1450-1451).

b) *Sort des donations et avantages matrimoniaux*

Les donations visées ne sont point tant celles qui ont pu être faites par un époux à l'autre pendant le mariage, car elles seraient déjà révocables au gré du donateur (a. 1096) ; ce sont plutôt les donations faites avant le mariage, car par elles-mêmes elles sont irrévocables (donations par contrat de mariage, et même en dehors du contrat, mais en vue du mariage ; ex. bague de fiançailles, quoique le contraire ait parfois été jugé). Quant aux avantages matrimoniaux, ce ne sont pas tech-

niquement des donations, mais des clauses du régime matrimonial qui tendent à favoriser l'un des époux (ex. clauses de partage inégal, a. 1520 s.). Donations et avantages sont, de plein droit, conservés ou perdus selon une casuistique (a. 267 s.) qui tient compte du profit du divorce ; et dans les divorces sans profit joint, selon la décision du donateur (selon l'accord des deux époux dans le consentement mutuel).

c) *Dommages-intérêts complémentaires*

Les faits mêmes qui donnent lieu au divorce pour faute (ex. violences, adultère) peuvent causer au conjoint innocent un préjudice, matériel ou moral, dont il est fondé à demander réparation en vertu du droit commun (a. 1382). Mais la dissolution du mariage en tant que telle peut être aussi source de préjudice. Ce que suppose l'a. 266, qui reprend à son compte une règle introduite dans le C.C. en 1941-1945 : en réparation de ce préjudice spécial, des dommages-intérêts peuvent être alloués à l'époux qui en a été victime. Deux conditions sont requises : que le divorce soit prononcé, sur le fondement de l'a. 242, aux torts exclusifs du conjoint qui a causé le préjudice (ce qui exclut le divorce pour rupture de la vie commune ; cf. *supra*, p. 526), que les dommages-intérêts soient demandés à l'occasion de la procédure de divorce et non après (suivant un principe qui se retrouve ailleurs dans la loi de 1975, la concentration des conséquences).

A la vérité, il semble que certains aspects du préjudice *matériel* auquel se réfère l'a. 266 pourraient être couverts, plus normalement, par une prestation compensatoire de l'a. 270. On peut, cependant, en imaginer d'autres : ex. frais exceptionnels de déménagement et d'établissement imposés par le changement de situation ; perte d'une chance précise de gains dans l'entreprise du conjoint (mais non pas perte d'une expectative successorale, le dommage serait trop éventuel). Plus habituellement, il s'agira de préjudice *moral*, ce préjudice n'étant pas pris en compte dans l'évaluation de la prestation compensatoire : déconsidération qui, dans l'état des mœurs, s'attache toujours à la situation de divorcé (fût-on innocent) ; souffrances occasionnées par l'épreuve de la rupture, etc. En fait, les dommages-intérêts complémentaires fonctionnent surtout comme une peine privée (cf. t. IV, n° 206), tendant à punir non pas le divorce, mais les comportements qui l'ont induit.

2 | AMÉNAGEMENT DE L'AVENIR

La vie conjugale constituait une conjonction de forces économiques. Le divorce c'est, au mieux, pour chacun des époux, une division des moyens en face de besoins qui sont loin d'être pareillement divisibles ; et même, le plus souvent, c'est pour l'un des deux un effondrement des ressources. Quoique les textes, ici, aient toujours été rédigés en style bilatéral par un hommage creux à l'égalité des sexes, il est bien connu que c'est la femme qui, dans l'immense majorité des cas, est menacée de pauvreté par le divorce. Avant 1975, le C.C. s'efforçait de lui venir en aide par une pension alimentaire, qui dérogeait d'ailleurs dans sa nature au droit commun des aliments, car elle ne dépendait pas seulement des besoins des femmes créancières, mais aussi d'une totale absence de faute en leur personne (elle était exclue en cas de réciprocité des torts). Or, ces pensions après divorce donnaient prise à beaucoup de critiques : souvent très faibles dans leur montant, elles étaient surtout fort irrégulièrement payées et perpétuaient longtemps après le divorce un contentieux pénible entre les ex-époux. La loi de 1975 a tenté de reprendre le problème sur des bases différentes.

► *Les bases du système légal*

La loi s'est appuyée sur ces bases, mais elle n'en est pas l'expression à cent pour cent. Quelles sont-elles donc ?

a) *La dissociation de principe entre règlements patrimoniaux et fautes conjugales*

Le principe se manifeste avant tout en ce que le droit aux prestations compensatoires – règlement type des conséquences pécuniaires – est indépendant du profit du divorce (a. 270) : il est reconnu *a priori* à tous les intéressés, et l'on ne peut s'empêcher de remarquer qu'il va ainsi bénéficier en fait à une catégorie (divorcés aux torts partagés) qui n'aurait pu prétendre à pension alimentaire d'après les critères antérieurs. Le principe se retrouve encore en ce que les attributions préférentielles de logement (a. 285-1, 1751) peuvent être réclamées même par des époux coupables.

Toutefois, la loi s'éloigne du principe dans un autre modèle de règlement – modèle subsidiaire – qui est le maintien du devoir de secours : l'application de ce modèle est conditionnée par le profit du divorce, donc par la position de défendeur, dans le divorce pour rupture de la vie commune (a. 281). Autre exception : dans le règlement type, le critère de la faute réapparaît pour priver du droit aux prestations compensatoires (non sans une atténuation, il est vrai) l'époux divorcé à ses torts exclusifs (a. 280-1, al. 1, qui peut être perçu comme un écho de l'a. 207, al. 2).

b) *Le principe de concentration (ou de contraction) des conséquences*

Partant de cette constatation expérimentale qu'il n'est pas bon psychologiquement de prolonger entre les ex-époux une face à face de créancier à débiteur, qu'en outre les maris divorcés sont souvent mieux disposés à payer dans les premiers temps (euphorie de la liberté avant la pesanteur de charges nouvelles), le système légal cherche à concentrer les règlements pécuniaires autour du jugement de divorce. On peut relever maintes manifestations du principe : il ne peut être statué sur la demande de prestation compensatoire qu'à l'intérieur de la procédure de divorce ; préférence constante est donnée par la loi au règlement en capital sur le règlement en revenus (a. 274, 285, al. 1, 294) ; et (corollaire de la règle précédente) les prestations de l'a. 270 ont un caractère forfaitaire, ne sont pas sujettes à révision en cas de changement imprévu (a. 273).

Néanmoins, l'instabilité des circonstances économiques et monétaires a conduit à faire une place à la théorie de l'imprévision (cf. t. IV, n° 144) : les prestations compensatoires pourront être révisées pour tirer le conjoint de la misère (a. 273, *in fine*) ; les rentes sont indexées (a. 276-1, al. 2) ; et, si le capital constitué vient à fondre, une pension alimentaire le complétera (a. 285, al. 2, 294-1).

c) *La diversification des régimes*

De même qu'il existe plusieurs causes et plusieurs procédures de divorce, il existe plusieurs espèces de règlement patrimonial après divorce – sans que du reste chaque cause de divorce ait en exclusivité sa propre espèce de règlement. Le *règlement type* est constitué par les *prestations compensatoires*, qui ont valeur de droit commun. Parallèlement, le *maintien du devoir de secours* fonctionne comme un *modèle secondaire*, spécialisé dans le divorce pour rupture de la vie commune. Mais aussi bien le règlement type que le modèle secondaire peuvent être inflé-

chis par des *clauses de sauvegarde*, elles-mêmes diverses. Enfin, certains biens, les *logements*, donnent lieu à un régime autonome d'*attributions préférentielles*, qui peut se juxtaposer aux régimes précédents.

► *Le règlement type :
les prestations compensatoires (a. 270 s.)*

Il ne s'agit pas d'une obligation alimentaire prolongeant le devoir de secours : celui-ci a pris fin, et il n'est pas question d'obliger l'un des ex-époux à entretenir l'autre indéfiniment à travers les vicissitudes de l'existence. Il ne s'agit pas davantage d'une indemnité délictuelle qui réparerait le préjudice résultant de la dissolution du mariage : on n'est pas sur le terrain délictuel, puisque la prestation compensatoire peut être due en dehors de toute relation de responsable à victime. La prestation compensatoire, suivant la description qu'en donne l'a. 270, est la valeur que l'un des conjoints doit fournir à l'autre afin de rétablir entre eux, au sortir du mariage, l'équilibre des conditions pécuniaires de vie.

a) *Domaine d'application*

— Dans le divorce par consentement mutuel, le divorce sur double aveu et le divorce pour faute à torts partagés, le règlement par prestation compensatoire est applicable en faveur de l'un quelconque des époux indifféremment.

— Dans le divorce pour faute quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, il est encore applicable, mais alors seulement en faveur de l'autre (a. 280-1).

Dans le divorce pour rupture de la vie commune, au contraire, selon le début de l'a. 270 (*Sauf...*), tel que l'interprète la Cour de cassation, le règlement par prestation compensatoire ne saurait trouver à s'appliquer. Il n'y a place que pour le maintien du devoir de secours au bénéfice du conjoint défendeur (a. 281). On remarque, toutefois, que le devoir de secours peut s'exécuter par la constitution d'un capital (a. 285) : la situation est alors très proche de celle qui résulterait d'une prestation compensatoire.

b) *Évaluation*

Il arrive que les époux se quittent à égalité de besoins et de ressources (ainsi, parce qu'ils se sont partagé la communauté de biens

opulente qui formait la totalité de leur avoir) : en ce cas, il n'y aura rien à compenser. A l'inverse, il peut se faire que toutes les ressources soient concentrées du même côté : en ce cas, il faut essayer de retrouver, par une prestation, l'équivalent de cette communication de ressources qui (même en l'absence de communauté) se pratiquait en fait pendant le mariage. Telle est la portée de l'a. 271 : les besoins de l'un conditionnent naturellement son droit à prestation ; les ressources de l'autre attestent la disparité qu'il convient de compenser. Mais la mention des besoins et des ressources n'a pas le même sens que dans l'a. 208, al. 1 : la différence est mise en relief non seulement par les *éléments d'appréciation* proposés aux parties et aux juges, mais par le *caractère de forfait* qui est imprimé aux prestations.

1° *Éléments d'appréciation*. — La liste de l'a. 272 n'est pas limitative. En l'analysant, on constate que ce qui est demandé, ce n'est pas une simple confrontation des revenus du moment, comme le veut la technique usuelle de l'obligation alimentaire. Il faut examiner la situation globale de chaque époux, plus spécialement celle du créancier probable, ou, pour s'exprimer sans ambages, celle de la femme : le patrimoine et le potentiel (ou non-potentiel) de travail, le présent et les perspectives. Les perspectives, toutefois, ne doivent pas être poussées au point d'inclure des éventualités incertaines à force d'être lointaines : c'est ce qu'entendent les a. 271 et 272, en exigeant que l'avenir, que les droits à venir soient *prévisibles*. Il est des passés qui hypothèquent l'avenir (ex. la femme, pour se consacrer à ses enfants, a renoncé à sa carrière professionnelle).

2° *Caractère de forfait*. — Si l'a. 271 prescrit de tenir compte, pour évaluer la prestation, non seulement des données actuelles, mais de leur évolution dans un avenir prévisible, c'est que l'évaluation, une fois faite, ne peut plus être remise en question (a. 273). Ce principe d'immutabilité, qui contraste avec l'a. 209, concerne aussi bien la fixation judiciaire que la fixation conventionnelle des prestations, et même la prestation en forme de rente aussi bien que la prestation en capital. Des atténuations y sont, cependant, apportées.

— Quoique l'idée de forfait ait une force particulière dans le divorce par consentement mutuel, parce qu'elle peut correspondre à une transaction que les parties ont voulue (a. 279, al. 2), il est loisible à celles-ci d'insérer dans leur convention une clause expresse *rebus sic stantibus* (a. 279, al. 3 ; cf. t. IV, n° 145).

— La rente, dont l'exécution s'étale dans le temps, est, comme il est naturel, moins rigide qu'un capital constitué (a. 276-1, al. 2 et 3) : elle est indexée de plein droit, ce qui devrait la garantir contre les fluc-

tuations monétaires ; et son montant peut être affecté d'une périodisation en fonction du changement probable des ressources et des besoins (une réduction étant prévue, par ex., mais d'ores et déjà fixée, pour la période qui suivra la mise à la retraite du débiteur).

— Par la disposition de sauvegarde qui termine l'a. 273, il est permis à l'un ou à l'autre conjoint, quand la prestation compensatoire a été fixée en justice, d'en demander la révision, s'il n'est pour lui d'autre moyen d'échapper à la misère. Le débiteur, écrasé par une prestation devenue excessive, en obtiendra la réduction ; le créancier qui n'a plus entre les mains qu'une prestation dérisoire, pourra la faire réévaluer. Mais la formule de la loi est extrêmement étroite : « ... si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une *exceptionnelle gravité* ». En fait, à partir de 1990, par l'effet de la récession, du chômage, du surendettement, un très grand nombre d'ex-maris ont essayé d'obtenir en justice suspension, réduction, sinon suppression de leurs obligations. Mais les tribunaux s'en sont tenus, en général, à l'interprétation restrictive — non point toujours insensible — que commandait le caractère d'exception inhérent au texte. Ils ont, toutefois, sur deux points, précisé le champ d'application de la révision : bien que celle-ci se conçoive surtout pour une prestation en forme de rente, elle est admissible même pour une prestation en capital (il y aura lieu, selon les cas, soit à une réduction de l'assiette, soit à une cession complémentaire) ; et au risque d'affaiblir la valeur du consentement mutuel, on étendra la faculté de révision à la prestation établie par convention homologuée, lorsque les parties n'ont pas usé de la clause d'imprévision que leur proposait l'a. 279.

c) *Modalités*

La loi en prévoit deux, les juges ne devant recourir à la seconde que si la première s'avère irréalisable ou insuffisante (a. 276).

1° *Attribution ou affectation de biens, suivant l'une des trois combinaisons qu'énumère limitativement l'a. 275.* — Les biens ainsi attribués ou affectés forment la *maintenance* du conjoint bénéficiaire (l'expression est préférable à celle de *capital* qu'emploient les textes, ne serait-ce que parce qu'il peut s'agir d'un usufruit, qui ne mérite guère d'être appelé capital). Le règlement s'opérera tantôt directement par transfert d'argent ou de biens (en usufruit) d'un époux à l'autre, tantôt triangulairement par dépôt de valeurs entre les mains d'un tiers (une banque, par ex.), qui fera le service des revenus au bénéficiaire. L'objectif est toujours le même : que le débiteur de la prestation puisse se libérer au

prix d'un sacrifice immédiat, afin de n'avoir pas à traîner, sa vie durant, les suites et les mauvais souvenirs d'un premier mariage.

L'opération, hormis le cas du divorce par consentement mutuel où elle a la nature d'un contrat, est imposée par le juge à l'époux débiteur de la prestation, alors que du côté du créancier elle doit être acceptée et même demandée. En tant qu'il porte sur des biens en nature, meubles ou immeubles, le jugement réalise une cession forcée, une sorte d'expropriation pour cause de nécessité privée — à cela près que le débiteur ne peut être dépouillé de la propriété, mais seulement de l'usufruit de ses biens. Un transfert en pleine propriété serait possible, sans doute ; cependant, dépassant le cadre légal, il exigerait l'accord du débiteur.

2° *Rente, viagère ou temporaire* (a. 276-1). — Ce ne devrait être, dans l'esprit de la loi, qu'une solution subsidiaire, et le juge doit appeler l'attention des parties sur la préférence à accorder, si possible, à la prestation compensatoire (a. 1076-1 C. Pr. C.). Mais enfin il faut bien se rabattre sur la rente lorsque le débiteur n'est riche que du produit de son travail. Extérieurement, la rente après divorce ressemble à une pension alimentaire. De surcroît, une part du régime des pensions alimentaires (cf. *supra*, p. 51) lui est légalement applicable par assimilation : l'indexation (a. 276-1, al. 2), la sanction de l'abandon de famille (a. 227-3, N.C.P.), les procédures du paiement direct (1. 2 janv. 1973, a. 7-1) et du recouvrement public (1. 11 juill. 1975, a. 15, et 22 déc. 1984). Pourtant, de sa nature la rente n'est pas une pension alimentaire. Sa forme de versement périodique ne s'explique pas par la nécessité de suivre les besoins au jour le jour du créancier : il faut plutôt y voir un fractionnement de la maintenance imposé par le peu de moyens du débiteur. Parce qu'elle est l'expression fractionnée de la maintenance, la rente après divorce participe de la même immutabilité de principe (sauf le jeu de la clause de sauvegarde) ; et la charge s'en transmet aux héritiers du débiteur (a. 276-2), comme la maintenance leur eût été opposable.

► *Le modèle secondaire : le maintien du devoir de secours*

Ce modèle est particulier au divorce pour rupture de la vie commune, et il y fonctionne uniquement en faveur de l'époux qui n'a pas pris l'initiative du divorce (a. 281, al. 1). Cet époux n'a pas, par hypothèse, commis de faute et fait plutôt figure de victime ; en tout cas, il n'a pas voulu la dissolution du lien matrimonial : il peut sembler juste de

préserver à son bénéficiaire cet effet du mariage qu'est le devoir de secours. L'accomplissement du devoir de secours ainsi préservé prendra la forme d'une *pension alimentaire* (a. 282). Sans doute en est-ce la forme la plus naturelle. Mais, ici encore, la loi manifeste sa préférence pour la constitution, si possible, d'une maintenance (a. 285). Le modèle de l'a. 281, comme le règlement type de l'a. 270, comporte donc deux variantes. En marge de l'une aussi bien que de l'autre, cependant, il faut placer une considération rationnelle : c'est que le maintien du devoir de secours est, dans l'esprit de la loi, une faveur, et qu'en l'accordant à un conjoint la loi entend lui donner plus et non pas moins que ne lui aurait donné le droit commun des prestations compensatoires. C'est un complément (cf. a. 285, al. 2) du règlement type, plutôt qu'un règlement autonome.

a) *Pension alimentaire*

Certains traits relèvent de la théorie des aliments ; d'autres s'expliquent par le mariage et le divorce, par ce type de divorce.

1° *Évaluation*. — En toute hypothèse, le devoir de secours maintenu devrait être compris ici, en lui-même, comme mieux qu'un minimum vital. Le minimum vital, c'est ce à quoi aboutira la révision prévue à l'a. 273, *in fine*, au titre de l'exceptionnelle dureté. La confrontation des deux textes montre que l'a. 281, al. 1, contient davantage, et que le devoir de secours maintenu tend à se rapprocher en valeur de la contribution aux charges du mariage (cf. *supra*, p. 468). Cette interprétation peut encore s'induire de l'a. 281, al. 2 : l'intention a été visiblement que le traitement médical du conjoint malade soit continué dans les mêmes conditions de confort et de non-promiscuité que pendant le mariage.

Mais, sans qu'il soit besoin de gonfler, par souci d'équité, la notion du devoir de secours au-delà de l'ordinaire, le résultat souhaitable peut être atteint par un raisonnement différent. Pour peu que l'on considère l'a. 285, dont on ne saurait se passer pour interpréter l'a. 282, on constate qu'il imprime une certaine subsidiarité à la pension alimentaire, puisque, toutes les fois que cela est possible, le juge doit s'efforcer de la remplacer par la constitution d'un capital. Or, quelle est la nature du capital ainsi constitué ? Le renvoi que l'a. 285 fait expressément aux a. 274 s. montre clairement qu'il introduit une seconde application de la maintenance. Et, malgré les apparences, l'analogie ne peut se limiter aux articles visés, qui ne concernent que les modalités, car ce serait une institution intrinsèquement contradictoire que celle qui plaquerait un corps de maintenance sur un esprit d'obligation alimentaire : la mainte-

nance est une base de départ, les aliments font vivre au jour le jour. Il est plausible de penser que la loi, en prévoyant ici une constitution de capital, a eu en vue la figure juridique la plus proche dans la nouvelle économie du divorce, c'est-à-dire la prestation compensatoire dans son ensemble, y compris les éléments d'appréciation des a. 271 et 272. C'est donc d'après ces éléments que doit se modeler par équivalence, puisque l'a. 285 suppose l'équivalence, la pension de l'a. 282. A la variabilité près, qui atteste la persistance du devoir de secours, cette pension est comparable à la rente de l'a. 270 : c'est la conversion en revenus d'un capital théorique, par manque de capitaux effectifs.

2° *Durée*. — La pension, à la différence de la prestation compensatoire, est affranchie du temps : elle peut être demandée plus ou moins longtemps après le divorce, et elle tient de sa nature indemnitaires d'être due pendant toute la vie du créancier, de continuer à peser sur les héritiers du débiteur (a. 284). On voit ici la rallonge apportée aux a. 270 s. Si, toutefois, elle cesse de plein droit (a. 283) en cas de remariage (à quoi il a fallu assimiler le concubinage notoire pour prévenir une fraude à la loi), la cause n'en est pas dans la théorie des aliments, dans la présomption que la nouvelle union diminue les besoins et crée des ressources. L'argument est ailleurs : c'est que la pension avait été allouée au conjoint parce qu'il avait refusé le divorce, or, son attitude postérieure montre qu'il ne le refusait pas si profondément.

b) *Maintenance*

Selon l'opinion qui semble avoir prévalu, cette constitution de capital représente, du moins dans son fondement, une catégorie distincte de la prestation compensatoire. De fait, tandis que, dans le règlement type la rente après divorce se mesure sur la maintenance, dans le schéma de l'a. 285 la démarche est inverse : la maintenance se mesurera sur la pension. Il n'empêche que l'a. 285, al. 1, souhaite le passage à la maintenance, quoique celle-ci ne puisse avoir le même effet définitif que dans le règlement type, puisque la pension alimentaire pourra toujours resurgir dans sa fonction de subsidiarité (a. 285, al. 2).

► *Les clauses de sauvegarde*

La loi elle-même confère aux juges un pouvoir spécial d'appréciation afin d'assouplir, dans des cas criants, la rigidité de son propre système. De ces soupapes de sûreté, on peut distinguer deux espèces.

1° *Clauses de dureté* (cf. a. 238, al. 2, 240). — Elles se rencontrent à l'a. 273, *in fine*, puis à l'a. 285, al. 2, pour atténuer le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire.

2° *Clauses d'équité*. — Ici encore, deux points d'émergence :

- le contrôle d'équité exercé par le J.A.F. sur l'évaluation conventionnelle de la prestation compensatoire (a. 278, al. 2) ;
- l'indemnité par laquelle l'a. 280-1, al. 2, cherche à corriger ce que pourrait avoir d'inéquitable le refus de toute prestation compensatoire à un conjoint, coupable certes, mais qui, par sa collaboration professionnelle, a aidé à la prospérité de l'autre.

► *Les attributions de logement*

La loi de 1975 (a. 285-1) a complété, sur ce point, des dispositions de 1962 (a. 1751) et 1965 (a. 1476). L'idée générale est de maintenir en jouissance du logement conjugal ou même familial un conjoint qui n'y pourrait prétendre d'après le droit commun. Mais le régime varie suivant la condition juridique de l'immeuble dans lequel est situé le logement ; le droit commun auquel il faut déroger sera, selon les cas, celui du bail, du partage ou de la propriété.

1° *L'immeuble appartient à un tiers et a été loué par les époux ou par l'un d'eux* (a. 1751). — Le droit au bail, qui est toujours réputé appartenir aux deux époux pourra être attribué à l'un d'eux exclusivement. Le juge du divorce prendra pour critère les intérêts sociaux (ex. la profession de l'un des conjoints) et familiaux (ex. qui a l'exercice de l'autorité parentale ? en cas d'exercice conjoint, chez qui les enfants mineurs doivent-ils avoir leur résidence habituelle ?).

2° *L'immeuble fait partie de la communauté dissoute* (a. 1476, al. 2). — En cas de dissolution par décès, l'attribution préférentielle de l'immeuble aurait été de droit à la demande du conjoint survivant (a. 832, al. 5 et 6). En cas de dissolution par divorce, le juge a un pouvoir d'appréciation.

3° *L'immeuble est la propriété de l'un des époux* (a. 285-1). — Dans deux cas, l'époux propriétaire peut être contraint de consentir un bail à l'autre : si c'est celui-ci qui a l'exercice de l'autorité parentale ou, en cas d'autorité conjointe, si c'est auprès de lui que les enfants mineurs doivent avoir leur résidence habituelle ; s'il a le profit du divorce au sens de l'a. 239. C'est un contrat forcé : le jugement vaut bail.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Avant 1975, Planiol-Rouast, n°s 620 s. ; Esmein-Ponsard sur Aubry-Rau, VII, § 479-481. — Depuis 1975, Hauser, II, n°s 419 s. ; Massip, n°s 164 s. ; Lindon-Bénabent, n°s 473 s. Giron, D. 94, chr. 262 (prestation compensatoire et pension alimentaire) ; Sériaux, *R.T.*, 97, 53 (nature juridique de la prestation compensatoire).

La connaissance du droit antérieur à 1975 reste très utile, non seulement afin de mieux mesurer la portée des changements, mais aussi parce que, malgré le temps écoulé, il arrive que des praticiens et des juges continuent de penser le droit nouveau avec les catégories anciennes et pensent par ex. la prestation compensatoire en forme de pension alimentaire.

I. — AVANT 1975

SOCIOLOGIE

La pension alimentaire n'aurait pu se rencontrer que dans 47 % des divorces environ, puisqu'elle était exclue, en droit, quand le divorce était prononcé aux torts réciproques (25,8 % des cas) et, en fait, quand il était prononcé aux torts exclusifs de la femme (26,7 % des cas). Mais la pension n'était pas obtenue ni même demandée dans tous les cas où elle aurait été possible, et son montant était souvent fort médiocre (moyenne de 1970 : 336 F). Sur tous ces points, cf. *Le divorce en France, année 1970*, p. 54, 96, 118 ; M.-F. Valetas, in *Le divorce et les Français*, p. 225 s. Deux phénomènes avaient contribué à faire de la pension un facteur de dramatisation du divorce : la résistance des ex-maris à s'acquitter de leurs dettes au fur et à mesure que s'éloignait le passé ; l'instabilité des fortunes, qui faisait que, dans une bourgeoisie jadis aisée, nombre de femmes, après avoir négligé ou dédaigné de solliciter quoi que ce fût au moment du divorce, se retrouvaient un jour fort démunies. En sens opposé, on faisait état de l'esprit vindicatif qui animait certaines demandes de pension (et plus encore de dommages-intérêts).

THÉORIE JURIDIQUE

Pension alimentaire. — L'ancien a. 301, al. 1^{er}, suggérait deux directions où rechercher la nature et le fondement de la pension après divorce, pour en déduire des réponses aux questions pratiques qu'il ne résolvait pas. D'un côté, par l'expression même de pension *alimentaire*, il donnait à penser que l'institution était la prolongation du devoir de secours, procédait des a. 212 et 214. Mais, d'un autre côté, en précisant que la pension était réservée à l'époux *qui avait obtenu* le divorce, en l'incluant dans le profit du divorce, il semblait la mettre en rapport avec la faute d'un coupable, lui attribuer un fondement indemnitaire, la placer sous la dépendance de l'a. 1382.

L'opinion dominante combinait ces deux conceptions et voyait dans la pension après divorce une institution à double face, alimentaire et indemnitaire. Plus exactement, c'était une indemnité pour défaut d'aliments : sans le divorce, l'époux dans le besoin aurait pu compter être entretenu par son conjoint jusqu'à la dissolution du mariage ; la cessation prématurée du devoir de secours lui causait un préjudice matériel, imputable à l'autre si c'était celui-ci qui, par sa faute, avait motivé le divorce. De là, cette formule très étudiée qu'avait consacrée la Cour de cassation (ex. Civ. 28 juin 1934, S. 34, 1, 377 ; Civ.² 18 juin 1975, D. 75, I.R., 208) : *la pension de l'a. 301, al. 1^{er}, est une pension alimentaire destinée à réparer le préjudice résultant de la disparition anticipée du devoir de secours, dont elle constitue le prolongement et le substitut*. Cf. les chroniques classiques de Ripert, D. 27, chr. 53 ; et de P. Esmein, D. 53, chr. 67.

Au caractère indemnitaire se rattachaient trois conséquences, dont la première était capitale : seul l'époux innocent pouvait prétendre à pension ; la pension, même demandée longtemps après le divorce, ne pouvait être obtenue que si l'état de besoin, qui en était la cause, existait déjà, au moins en germe, au moment de la dissolution, ou s'il résultait directement de celle-ci (c'était l'exigence de la relation de cause à effet que l'a. 1382 suppose entre la faute et le préjudice) ; la charge de la pension se transmettait aux héritiers du coupable (suivant le droit commun de la responsabilité civile, contre le droit commun de l'obligation alimentaire).

Du caractère alimentaire découlaient des effets multiples, et qui s'étaient multipliés, si bien que, dans le dernier état de la jurisprudence, ce caractère-là paraissait l'emporter sur le précédent : le droit à pension était conditionné par la nécessité d'assurer la subsistance de l'un en même temps que par la possibilité d'y pourvoir sur les revenus de l'autre ; il était regardé comme d'ordre public, en ce sens que l'épouse créancière ne pouvait y renoncer ni purement et simplement, ni moyennant une contrepartie (l'idée indemnitaire avait d'abord fait accepter la solution inverse [cf. a. 2046, al. 1]) ; le quantum devait être fixé par les juges en fonction du double critère des besoins et des ressources, et il pouvait être révisé par eux pour tenir compte des changements survenus dans la situation des parties (maladie, nouveau mariage), voire indexé d'avance afin de suivre les fluctuations monétaires (cf. a. 208, al. 2 ; ici encore, le système indemnitaire avait d'abord conduit à une objection : la hausse du coût de la vie n'avait pas sa cause dans la dissolution du lien matrimonial).

Aux deux caractères traditionnels, on pouvait en ajouter un troisième (cf. Dabin, R.T., 1939, 885), le caractère forfaitaire, auquel il convenait de rapporter la règle selon laquelle la pension était « plafonnée » au tiers des revenus du débiteur, ce qui pouvait conduire à laisser sans couverture une fraction des besoins, partant à ne réparer qu'imparfaitement le préjudice.

A scruter plus avant la réalité psychosociologique, on pouvait faire apparaître un autre aspect encore (dont peut-être quelque chose de cet aspect se retrouve dans le droit de 1975) : la pension alimentaire était partiellement perçue par l'opinion publique comme une consolation du conjoint innocent concrètement, un don de consolation fait à la femme innocente ; on pouvait y sentir aussi une sorte de *rachat*, le prix que versait le mari coupable pour racheter sa liberté — toutes analyses tendant à faire du prononcé du divorce, non de l'état d'époux divorcé, la cause du droit à pension.

II. — DEPUIS 1975

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Le système de la loi de 1975 peut être critiqué comme trop complexe (cf. Mazeaud-Juglart, n° 1505). Mais, pour un phénomène dont il existe plus d'un type, il pouvait être utile de proposer aux tribunaux une gamme étendue de solutions. N'a pas été retenue une conception économiste, productiviste (celle du projet allemand de 1970, le projet *Jahn*), qui aurait voulu limiter les droits de la femme à une aide temporaire, une bourse de recyclage, pour la mettre en position de gagner sa vie par son propre travail. C'eût été cruel et souvent injuste. Plus modérément, le principe du non-étalement des conséquences se contentait de répondre à une vue réaliste de ce qu'est, sur toutes choses, l'impitoyable usure du temps. Cependant, il a effrayé quand on l'a regardé de plus près, et, au cours des travaux préparatoires, il a été édulcoré par souci de protection de la femme (témoin les clauses de sauvegarde, plus ou moins bien bricolées). L'innovation de la maintenance (non sans précédents lointains : les *settlements* anglais en faveur des enfants, ou bien la combinaison visée par Req. 2 déc. 1895, S. 96, 1, 321) se plaçait dans la logique du principe. Mais, on put se demander, dans les premiers temps d'application de la loi, si cette innovation réussirait même à démarrer. Fréquemment, les juges s'évertuèrent à ramener la prestation compensatoire à une rente, dans laquelle ils retrouvaient avec plaisir l'image familière de la vieille pension alimentaire. Et déjà certains voulaient voir dans cette incompréhension des traits de mentalité française : soit une propension (sacramentaire ?) à conserver entre les ex-époux, par la périodicité de la pension, un fil d'indissolubilité ; soit une conception (paysanne ?) des affaires, où rien n'est jamais joué définitivement. Peu à peu, néanmoins, grâce au contrôle exercé par la deuxième Chambre civile, la pratique est entrée dans le canal qui avait été ouvert en 1975.

Ce qui était reproché le plus couramment à la maintenance, c'était d'être inaccessible à la plupart des divorçants, parce qu'elle aurait exigé d'eux des capitaux. Il est clair que les couples qui n'ont pour ressources que deux salaires ne sont pas concernés par la prestation compensatoire, mais l'étaient-ils davantage, avant 1975, par la pension entre époux. En revanche, il existe une classe moyenne (petits-bourgeois, petits cadres) où la divortialité frappe largement : est-il téméraire de lui supposer une épargne disponible correspondant à la capitalisation des pensions alimentaires antérieurement en usage ? Et à défaut de disponibilités, n'y a-t-il pas le crédit ? Ceux qui si facilement empruntent pour acquérir auto, télévision, logement, ne sauraient-ils pas emprunter pour se libérer de leur passif et de leur passé conjugal ? Peut-être faudra-t-il aussi compter, dans l'avenir, sur l'assurance pour faciliter le jeu des prestations compensatoires. L'assurance divorce (d'abord pratiquée aux États-Unis, où, il est vrai, le risque est plus grand) a fait une timide apparition en France. On peut la comprendre, articulée sur une assurance décès en faveur du conjoint, comme une assurance mariage à fins multiples. Mais, dans la pratique, il semble qu'elle soit plutôt noyée dans une « protection juridique » d'ensemble. Adressez-vous à votre assureur ; mais la meilleure assurance sera toujours en vous-mêmes.

Il faut dire que la Direction générale des impôts n'a rien fait pour encourager les prestations compensatoires. L'a. 280 avait entendu que les transferts et abandons par lesquels les prestations se réalisent fussent traités sans distinction en conventions de

mariage et entre associés (cf. a. 1516), échappant dès lors à la taxation lourde des donations. Mais les Finances s'empressèrent de faire voter un texte (devenu l'a. 757-A C.G.I.) pour exclusion de cette qualification bénéfique d'acte à titre onéreux les transferts et abandons portant sur des biens propres à l'un des époux (par opposition aux biens de communauté). C'était vider l'a. 280 d'une bonne part de son intérêt, spécialement sous le régime de séparation de biens, où il n'y a que des biens propres. La Cour de cassation (Com. 8 juill. 1986, D. 87, 183, 2 arrêts, n. Massip) n'a pu que s'incliner devant le particularisme de la loi fiscale et son pouvoir de déroger à la loi civile. Les intéressés ne seraient pas autorisés à démontrer que la mutation apparemment gratuite avait en réalité une contrepartie, qui lui donnait une nature onéreuse. Il est vrai que ces contreparties, dans les prestations compensatoires, sont souvent invisibles.

Depuis 1990, la critique s'est portée sur d'autres terrains et notamment sur la faculté de révision de l'a. 273 (cf. Bénabent, D. 97, chr. 226 ; S. Ferré-André, *Rép. not.*, 98, 1082). Le législateur de 1975 ne l'a admise qu'à regret parce qu'elle est un démenti au caractère définitif qu'il a voulu donner à la prestation. Aussi l'ouverture est-elle extrêmement étroite : des conséquences d'une *exceptionnelle gravité*. Le chômage, la récession, le surendettement survenant, on a vu se multiplier les demandes de révision des ex-maris, arguant soit d'un effondrement de leurs ressources, soit de l'accroissement des ressources de leurs créancières, soit des deux à la fois. C'était se placer instinctivement dans le cadre des pensions alimentaires. Les tribunaux n'ayant pu que très faiblement élargir l'ouverture légale, une intervention législative a été réclamée. Il faudra que le législateur qui viendra se fixe une politique. Car – au-delà des quelques réformes fragmentaires auxquelles on pourrait songer (ex. disposer que la clause de révision de l'a. 279 est désormais sous-entendue dans toutes les conventions homologuées ; transporter à la prestation compensatoire l'a. 283 écrit pour la pension alimentaire) – c'est une autre philosophie du divorce qu'il faudrait adopter pour répondre pleinement aux critiques. Au lieu du divorce tranchant d'intention de 1975, on reviendrait au divorce qui n'en finit pas de finir d'avant 1975 (et de la loi Malhuret), le divorce effrangé (les départs sont souvent *frangeux*, écrivait André Gide). Peut-être faudrait-il y introduire aussi une autre philosophie de l'obligation : que le débiteur a droit à la grâce du pouvoir dès lors qu'il ne peut plus compter sur l'inflation.

THÉORIE JURIDIQUE

Du jugement de divorce peuvent résulter entre les ex-époux des obligations pécuniaires de divers types. Chaque type est justiciable d'une analyse distincte.

1° *Les dommages-intérêts de l'a. 266*. Peine privée mal dénommée ? ou application pure et simple de l'a. 1382 ? Le débat peut reprendre, qu'avait suscité le texte comparable de 1941 et 1945 (cf. Y. Lobin, *J.C.P.*, 53, 1, 1109 ; Rodière, S. 43, 1, 101). Pourquoi, cependant, raisonner sur la responsabilité délictuelle ? Des dommages-intérêts se concevraient aussi bien pour résiliation abusive du mariage-contrat.

2° *La pension alimentaire de l'a. 282*. Ici encore, la tentation est grande de revenir aux interprétations d'avant 1975 et de reconnaître dans cet a. 282, comme dans l'ancien a. 301, une dette d'aliments tirée des limbes par une créance de réparation. Toutefois, la pension n'est plus plafonnée au tiers des revenus du débiteur ; ce qui a fait dispa-

raître le caractère de forfait qui la marquait antérieurement. Joint que le texte, la présentant expressément comme *une forme du devoir de secours* entre époux, suggère de ne plus la mesurer sur un *minimum* de subsistance.

3° *L'indemnité de l'a. 280-1, al. 2*. Le rapprochement avec l'action *de in rem verso* a paru s'imposer sous le signe de l'équité (Lindon-Bénabent, n° 907). Il n'est pas sûr, pourtant, que soit ici transposable ce butoir à l'action que constitue, dans la théorie classique, l'enrichissement conservé par le défendeur (cf. t. IV, n° 307). A supposer que la femme ait contribué par son travail à la prospérité d'un commerce qui a fait faillite par la suite, son droit à compensation ne devrait pas s'évanouir. Plutôt que la théorie de l'enrichissement sans cause, c'est la maxime « Toute peine mérite salaire » qui nous donne la clef ; et s'il faut à tout prix une analogie qu'on la cherche du côté du contrat de travail à salaire différé (d.-l. 29 juill. 1939, a. 63 s.).

4° *La rente de l'a. 276*. Son étirement dans le temps lui prête l'allure d'une pension (*pensio* : paiement périodique). Ce n'est pas, pour autant, une pension alimentaire : elle ne se définit pas par rapport à un objectif qui serait de faire vivre le créancier, mais par rapport à une dette théoriquement due en capital, dont elle s'efforce d'exprimer l'équivalence en termes de revenus. Le juge n'est pas, pour autant, obligé de faire mentalement un détour par un capital supposé avant d'en arriver à la rente : Civ.² 11 févr. 1981, *Bull.*, n° 29 ; Civ.² 24 févr. 1993, D. 94, 349. Le mot *rente* renferme, d'ailleurs, cette *même* idée d'un revenu en référence à un capital. Si l'on est en quête d'une parenté, on peut songer à la conversion de l'usufruit du conjoint survivant en rente viagère (a. 767, *in fine*) : la prestation compensatoire de base peut-consister en un usufruit, et la rente compensatoire peut être viagère. Or, la conversion de l'a. 767 n'efface pas le titre initial du conjoint, l'usufruit qui sert de support à la rente (Civ.¹ 24 mars 1965, *Bull.*, n° 218, *R.T.*, 66, 115). Pour la nature de la rente, nous sommes ainsi renvoyés à la nature de la prestation compensatoire en général.

5° *La prestation compensatoire des a. 270 s.* Institution qui se voulait originale, elle n'en porte pas moins sur elle les reflets d'autres institutions (cf. J. de Poulpiquet, *J.C.P.*, 77, 2, 2856 ; E. M. Roujou de Boubée, *Mélanges Marty*, 1978, 977 ; J. Copper-Royer et Depondt, *G.P.*, 88, 1, doct., 357 ; Giron, D. 94, chr. 262 ; Sériaux, *R.T.*, 97, 53. Un arrêt (Civ.² 27 juin 1985, D. 86, 230) statuant à propos d'une rente, a posé en thèse que, si la prestation a un caractère indemnitaire, elle a aussi un caractère alimentaire. C'est la formule double d'avant 1975, avec la même prédominance donnée au caractère alimentaire, d'où se déduit l'insaisissabilité de la rente. Et un autre arrêt (Civ.² 6 mai 1987, *Bull.*, n° 102) en déduira que cette rente doit être obligatoirement indexée. Le texte de l'a. 271, par sa référence aux besoins et aux ressources, poussait à un rapprochement avec l'obligation alimentaire. Mais, dans l'a. 273, l'affirmation du caractère forfaitaire (la seule indication « de caractère » dans la loi) et de l'invariabilité au changement des besoins et des ressources aurait dû suffire à bloquer le rapprochement. A propos, curieusement, de l'a. 434-8, al. 2, C.S.S., une cour d'appel avait attribué à la prestation compensatoire une nature mixte, indemnitaire et alimentaire. Son arrêt a été cassé par Soc. 25 nov. 1993 (D. 96, Somm. 67), où il est sèchement déclaré que la prestation n'est pas une pension alimentaire. Mais il n'y est pas dit que c'est une indemnité. Il est vrai que, de droit commun, les dommages-intérêts sont qualifiés de *compensatoires* eux aussi. Mais où serait la faute, en dehors de l'a. 242 ? Dans le seul fait de divorcer ? Mais le consentement mutuel le neutralise, et dans l'a. 237, où il

serait plausible de l'imputer au demandeur, les prestations compensatoires ont précisément été exclues. En quête d'analogie, on s'est quelquefois rabattu sur l'action de *in rem verso* spécialement sous un régime matrimonial de séparation de biens, l'un des divorcés s'enrichit en se libérant d'une dépense, l'autre s'appauvrit de ne plus participer au bien-être commun. C'est un fait que la prestation compensatoire opère comme un recomblement, un rééquilibrage objectif non pas entre deux patrimoines, mais entre deux programmes patrimoniaux d'existence.

Cependant, il est un texte qui aurait mérité plus d'attention : c'est l'a. 280. Il décrit la prestation compensatoire, sans employer l'expression, comme un *avantage matrimonial*. La notion, qui a ses modèles aux a. 1516, 1527, al. 1^{er}, a une valeur technique : les avantages matrimoniaux ne sont pas des donations ; ce sont des éléments qui se détachent, après la mort d'un époux, du régime matrimonial pour assurer au survivant un supplément de ressources. Ce sont traditionnellement les *gains de survie de la veuve*.

Pour achever d'éclairer le paysage, on pourrait faire appel à une comparaison – inattendue et imparfaite – avec la *dot*. Même si la dot se présente, en la forme, comme une variété particulière de donation (a. 1081 s.), d'elle à l'avantage matrimonial et à la prestation compensatoire, il y a des idées communes. La dot traditionnelle était – est toujours, peut-être – la prestation que les père et mère faisaient à la future épouse pour l'aider à supporter les charges du mariage. La prestation compensatoire est la prestation que le mari (pour retenir l'hypothèse la plus fréquente) fournit à la femme pour l'aider à supporter les charges de son état de divorcée. La donation est un contrat, mais il ne faut pas oublier que la prestation compensatoire, dans son application première, le divorce sur demande conjointe, est également une convention. Les père et mère ont quelquefois été considérés comme ayant l'obligation naturelle de constituer une dot à leur enfant (ex. Aix, 29 nov. 1938, D.H. 39, 157) ; le ressort des a. 270 s. pourrait bien être que le mari a l'obligation naturelle de constituer une prestation compensatoire à la femme. Une jurisprudence classique a traité la constitution de dot, au regard de l'action paulienne (a. 1167), comme un acte à titre onéreux (Civ. 18 janv. 1887, S. 87, 1, 97 ; Angers, 12 mai 1936, D.H. 36, 368), parce que l'époux n'en bénéficie que sous la condition d'une affectation aux charges du ménage ; or, c'est justement le sens de l'a. 280 pour la prestation compensatoire.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Dommages-intérêts complémentaires*. — Avant 1975, ils pouvaient être réclamés plus ou moins longtemps après la dissolution du mariage (Civ.² 16 juill. 1962, D. 62, 737), tandis que l'a. 266, al. 2, exige qu'ils soient demandés à l'occasion du divorce, ce qui peut s'entendre, à la rigueur, d'une instance distincte, pourvu qu'elle soit engagée dans un temps voisin. A cela près, des solutions anciennes ont gardé leur valeur (cf. Guiton, D. 80, chr. 232, 247).

1° *Pour quels préjudices ?* Le préjudice doit être distinct :

- de la disparité engendrée dans les conditions de vie des époux, car c'est ce que la prestation de l'a. 270 est appelée à compenser ;
- des dommages que l'un des époux a pu subir avant le divorce par la faute de l'autre. Ce n'est pas que ces dommages ne seront pas réparés : ils pourront l'être,

mais suivant le droit commun de l'a. 1382, non pas sur la base de l'a. 266 : ex. Civ.¹ 24 janv. 1990, *Bull.*, n° 21, le recours à l'a. 1382 permettant, c'est une différence, d'obtenir réparation même en cas de divorce aux torts partagés : ex. Civ.² 15 oct. 1981, *G.P.*, 82, 2, 489, Civ.² 5 juin 1991, *Rép. not.*, 92, 304. Lorsque les fautes alléguées au nom du droit commun se trouvent avoir été la cause du divorce (ex. adultère, abandon du domicile conjugal), la distinction devient des plus ténues. La Cour de cassation n'en impose pas moins aux juges du fond de faire apparaître en quoi le préjudice indemnisé selon l'a. 266 résulte de la dissolution du mariage : Civ.² 31 mai 1995, *R.T.*, 95, 870 (cf. Civ.² 28 févr. 1996, *R.T.*, 96, 372).

Bien que l'a. 266 vise à la fois le préjudice matériel et le préjudice moral, c'est pour celui-ci qu'il a rencontré son utilité principale, et l'indemnité, arbitrairement évaluée, ne peut guère se cacher d'être une peine privée : Civ.² 24 nov. 1977, D. 78, *I.R.*, 262, Civ.² 5 juin 1984, *Bull.*, n° 106. Ce qui explique qu'elle soit indépendante, dans son montant, des ressources des parties : Civ.² 8 déc. 1976, D. 77, *I.R.*, 124 ; Civ.² 6 janv. 1993, *Bull.*, n° 2.

2° *Suivant quelles modalités ?* Civ.¹ 26 janv. 1983, D. 84, 17, 1^{re} esp., admet que les dommages-intérêts puissent être réglés par une attribution intégrale de la communauté (qui comprenait notamment un immeuble), ce que contredit Civ.² 27 janv. 1993, D. 94, 97, *R.T.*, 93, 336. Le voisinage de la prestation compensatoire a conduit à un amalgame. La technique de la réparation en nature est tout autre chose. On pourrait parler de dation en paiement (Cf. t. IV, n° 328), si l'opération avait l'accord du débiteur, propriétaire des biens. A défaut d'un tel accord, on est renvoyé à l'exécution forcée. Mais le principe des voies d'exécution est que le créancier ne peut s'approprier les biens du débiteur en paiement : il doit faire vendre pour se payer sur le prix.

b) *Prestations compensatoires*. — 1° *Conditions générales*. La demande ne peut être présentée que dans la procédure de divorce, Civ.² 28 janv. 1987, *Bull.*, n° 28, et 8 nov. 1989, D. 90, *Somm.* 118 ; Paris, 14 nov. 1980, D. 82, 361, n. critique Beauchard, cf. Civ.² 21 mars 1988, D. 88, *I.R.*, 99. Le principe de concentration imposait la solution (arg. de renfort l'a. 271, *au moment du divorce*). La demande pourrait-elle refaire surface après le divorce, en étant rebaptisée action de *in rem verso* ? C'est une autre question (cf. P. A. Sigalas et J. de Poulpique, *J.C.P.*, 85, 1, 3197). L'action de *in rem verso* pourrait à la rigueur être utilisée pour compléter une prestation jugée insuffisante, mais il faudrait prouver que l'appauvrissement allégué n'a pas déjà été pris en compte dans la première évaluation, Civ.¹ 5 avr. 1993, *Bull.*, n° 139, *Rép. not.*, 93, 1365. Les efforts d'exégèse se sont peu portés sur l'incidente *autant qu'il est possible* dans l'a. 270. Elle suggère que si les prestations compensatoires ont pour finalité de rétablir la parité des conditions entre les époux, elles ne sauraient prétendre à la perfection en cette tâche. En conséquence, le règlement opéré par les parties sous le contrôle d'équité que réserve au J.A.F. l'a. 278, al. 2, ne pourra pas être attaqué après coup pour cause de lésion (sur la même question dans le divorce par consentement mutuel, cf. *supra*, p. 544).

2° *Évaluation*. — La Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur le montant des prestations compensatoires, non plus que sur les estimations particulières dont les juges du fond se sont servis ou sur la comparaison des conditions de vie à laquelle ils ont procédé : Civ.² 25 juin 1980, *G.P.*, 81, 2, 715 ; Civ.² 7 juill. 1983, *G.P.*, 84, 1, *Panor.* 50 ; Civ.² 6 mai 1987, *Bull.*, n° 101 ; Civ.² 2 juill. 1992 (très explicite), *Bull.*,

n° 789. Mais elle veille à ce que les juges ne fassent pas entrer dans leur appréciation des éléments indus, ou réciproquement à ce qu'ils n'en rejettent pas des éléments légitimes (le principe étant que l'énumération de l'a. 272 n'est pas limitative, Civ.² 1^{er} avr. 1987, *Bull.*, n° 77) : Civ.² 12 déc. 1979, 9 janv. 1980, 13 févr. 1980, D. 80, *I.R.*, 439, n. Bénabent, 29 oct. 1980, D. 81, *I.R.*, 291, 15 oct. 1981, *G.P.*, 82, 2, 489 ; Civ.² 24 mai 1984, *Bull.*, n° 94. Ex. le concubinage d'un époux n'est pas en soi une donnée significative ; ce qui compte, c'est l'incidence qu'il peut avoir sur les besoins, Civ.² 26 avr. 1984, *G.P.*, 84, 2, Panor. 282 ; Civ.² 10 juill. 1991, *Bull.*, n° 216. Autre ex. : les juges du fond ajoutent au texte en relevant que les revenus déclarés par le mari ne révèlent pas une disparité significative au détriment de la femme, car l'a. 270 retient la disparité des conditions de vie, non des revenus, Civ.² 5 mars 1997, D. 97, *I.R.*, 103. La comparaison à laquelle tendent les opérations ne se restreint pas aux revenus actuels et aux biens présents : à l'instar d'Aubry et Rau (v. t. III, n° 6), il faut considérer dans chaque patrimoine l'expression pécuniaire de la personnalité, la capacité de travailler et d'acquiescer, un pouvoir, *Vermögen*. Le capital en fait partie : ex. des créances, Civ.² 23 juin 1993, D. 93, *I.R.*, 183, et même des immeubles, Civ.² 1^{er} août 1989, 14 juin 1989, *Bull.*, n° 44, 128 (ils pourront être vendus ou garantir un crédit). Dans le patrimoine de chaque époux doit entrer sa part de communauté. Il est vrai que, le partage se faisant par moitié, il semble que la compensation est faite d'avance, mais la liquidation peut réserver des surprises, d'où l'attente recommandée par l'a. 272 *in fine* : Civ.² 17 mars 1993, *Bull.*, n° 110 ; Civ.² 14 janv. 1998, D. 98, *I.R.*, 50. En revanche, les simples expectatives successorales semblent être comptabilisées sans peine : Civ.² 25 juin 1986, D. 87, *Somm.* 47. On sait, pourtant, que la vocation d'un héritier, même réservataire, n'est jamais un droit acquis au regard des conflits de lois dans le temps.

3° *Modalités*. Le choix en est laissé aux juges du fond, Civ.² 2 déc. 1987, *Rép. not.*, 89, 683 à condition que la modalité retenue soit légale : Civ.² 11 mars 1982 (limitation à l'usufruit), D. 82, *I.R.*, 266. Cette limitation est, en effet, imposée par l'a. 275-2, mais elle pourrait être levée avec l'accord des parties, Civ.² 18 mars 1981, *G.P.*, 81, 2, 751 ; Civ.² 25 mai 1993, *Rép. not.*, 94, 1440 ; Civ.² 18 mars 1998, D. 98, *I.R.*, 100. Sur un autre point, toutefois, la deuxième chambre civile s'est montrée trop laxiste : de ce que les juges avaient ordonné la prestation sous forme de rente, elle a admis que la preuve fût faite qu'il n'y avait pas de capital suffisant : Civ.² 27 nov. 1980, 14 janv. 1981, D. 81, *I.R.*, 271, n. critique Bénabent. La préférence pour la prestation en capital est, pourtant, une donnée légale (a. 276 : à défaut...), dont l'observation eût mérité d'être contrôlée. Cette préférence est, du reste, mise en relief par d'autres décisions : Civ.² 19 févr. 1997, *J.C.P.*, 97, 4, 816, Versailles, 25 janv. 1990, *Rép. not.*, 90, 946 (cf. Civ.² 18 mars 1998, possibilité d'un paiement différé, D. 98, *I.R.*, 107). La rente n'en est pas moins un procédé très usuel. Elle n'est pas nécessairement viagère, Civ.² 28 oct. 1992, D. 93, 423. Pourrait-elle être stipulée pour une durée supérieure à la vie du créancier (au bénéfice de ses héritiers) ? Non, si l'on y voit une pension alimentaire ; peut-être, si elle se souvient d'avoir été, à l'origine, la conversion d'une prestation en capital.

4° *Révision*. C'est au jour du prononcé du divorce que le juge doit se placer pour apprécier l'existence du droit à prestation, ainsi que les éléments qui en formeront la base : Civ.² 25 mars 1985, *Bull.*, n° 75, Civ.² 4 févr. 1987, D. 87, 497, 1^{er} esp. ; Civ.² 11 déc. 1991, *Bull.*, n° 338. Et il doit inclure dans son appréciation l'évolution de la

situation dans un avenir prévisible. A partir de là, tout est bouclé, et le principe du *forfait* devrait manifester toute sa force. Mais l'a. 273 a ménagé une ouverture qu'il voulait extrêmement étroite : la faculté de révision, qui peut aboutir à la suspension, réduction ou suppression de la rente dans le cas (le plus fréquent) où c'est le débiteur qui l'invoque. En fait, les demandes ont été multipliées par la crise économique et le surendettement, et l'*exceptionnelle gravité* relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, elles ont facilement reçu en première instance un accueil d'équité, sinon de miséricorde. Mais les cours d'appel, la Cour de cassation ont dû rétablir quelques principes dans ce contentieux volumineux. Parmi les arrêts, il en est qui se contentent de baliser le champ d'application de la faculté de révision :

— Ainsi, un report d'échéance, la suppression d'une garantie qui garantissait la rente doivent obligatoirement passer par le soupirail de l'a. 273 *in fine*, Civ.² 19 févr. 1992, D. 92, 317, Civ.² 20 nov. 1996, *R.T.*, 97, 102. Les héritiers du débiteur peuvent, comme lui, demander la révision et les conséquences d'une exceptionnelle gravité auront à être examinées en leurs personnes, Civ.² 24 mai 1991, D. 91, 108, *J.C.P.*, 92, 1, 3547. L'exceptionnelle gravité ne doit être envisagée qu'au regard de la situation du demandeur, sans avoir égard à la situation personnelle de l'autre, Civ.² 6 janv. 1988, *G.P.*, 89, 2, 627 ; Civ.² 12 mars 1997, D. 98, *Somm.* 243, col. 2 : il se peut que la prospérité de la créancière rende plus insupportables au débiteur les difficultés où il se débat, mais le droit doit-il prendre en compte la jalousie ? Une précision encore : l'a. 273 *in fine* est applicable à la convention homologuée lorsque les parties n'ont pas fait usage de la clause d'imprévision que leur offrait l'a. 279, al. 3, Civ.² 6 févr. 1985, *J.C.P.*, 86, 2, 20580.

Plus dense est la série des décisions qui touchent à l'appréciation de l'exceptionnelle gravité. L'a. 273 n'exige pas la preuve d'une force majeure, Civ.² 14 déc. 1987, D. 88, *I.R.*, 12, mais, à l'opposé, il ne s'intéresse pas aux conséquences morales que pourrait avoir, pour le débiteur, l'absence de révision, Civ.² 27 oct. 1993, *Bull.*, n° 296. Dans une période où l'emploi est regardé comme la valeur vitale, la tentation était grande de voir dans le seul état de chômeur (et de bénéficiaire du R.M.I.) la démonstration *ipso facto* d'un droit à révision. Il n'en est rien, et le rejet de la demande est justifié dès lors que la cour d'appel s'est fondée sur une analyse de la situation patrimoniale et financière du mari, Civ.² 12 mars 1997, D. 98, *Somm.*, 242. Il arrive, en effet, que, malgré le chômage, malgré un licenciement économique, le débiteur dispose néanmoins de ressources suffisantes (ex. indemnités compensatrices) pour faire face à ses obligations. Et les juges ne peuvent oublier qu'en vis-à-vis il y a une femme dont les conditions d'existence ont été déséquilibrées par un divorce qui ne lui est pas imputable. De là l'empirisme qui paraît dominer dans la pratique judiciaire (v. le tableau très intéressant commenté par C. Willmann, D. 98, *Somm.* 242-244).

c) *Indemnité de l'a. 280-1, al. 2*. — Elle n'est accordée qu'à titre exceptionnel ; aussi émerge-t-elle rarement dans les recueils. L'allusion à la *collaboration* des époux avait fait penser à la théorie de l'enrichissement sans cause (cf. t. IV, n° 307), et l'on disait que celle-ci aurait pu suffire. Mais un arrêt (Civ.² 20 mars 1989, D. 90, *Somm.* 118) écarte les critères de l'action *de in rem verso* (enrichi/appauvri) et se réfère directement à l'équité (cf. A. Cathelineau, D. 94, chr. 149). L'indemnité peut prendre la forme de versements échelonnés, indexables. Ce qui est exclu, c'est qu'elle

se coule dans le moule des prestations compensatoires, Civ.² 9 mars 1984, D. 84, 17, notamment sous les espèces d'un usufruit. Les fondements sont différents (S. Ferré-André, *J.C.P.*, 97, 2, 3996, n° 9) : Civ.² 24 mai 1984, *Bull.*, n° 93, Civ.² 17 mars 1986, *Bull.*, n° 42. Et pas de révision, on est en équité, Civ.² 26 avr. 1990, D. 91, 126, *R.T.*, 92, 305, n. Hauser.

d) *Prestations et pensions dans le divorce pour rupture de la vie commune.* — Le projet 73 posait le principe (novatoire) que le divorce, hormis les cas où il serait assumé par le demandeur, mettrait fin au devoir de secours, mais, ajoutait-il, il pourrait y avoir lieu à une prestation compensatoire. Le projet 75, en transportant en tête de l'article (a. 270) l'exception qui ne concernait que la première partie de la phrase, a suscité l'impression que cette exception dominait l'ensemble du texte et que, partant, la prestation compensatoire devait être exclue du divorce pour rupture de la vie commune. L'impression a été fortifiée par un autre remaniement, non moins malheureux : la prestation compensatoire et la pension alimentaire ont été enfermées dans deux paragraphes distincts, comme si elles représentaient deux systèmes de règlement, séparés par une cloison étanche. De là, l'opinion qui a prévalu, et que la Cour de cassation (Civ.² 18 avr. 1980 et 11 févr. 1981, D. 80, *I.R.*, 439, *J.C.P.*, 81, 2, 19564, et D. 82, *I.R.*, 99) a consacrée, selon laquelle les droits du conjoint défendeur, dans les a. 237 s., ne pourraient prendre d'autre forme que celle d'un maintien du devoir de secours. Il paraît bien, pourtant, à lire l'a. 285, que la pension de l'a. 282 n'a été envisagée que faute de mieux, à défaut d'une constitution de capital qui ressemble fort à une prestation compensatoire (cf. pour une démonstration très poussée, Brazier, D. 1977, chr. 49). La controverse n'a pas, d'ailleurs, autant d'importance que l'on pourrait croire, car, même si le profit du divorce, dans les a. 237 s., devait se limiter au maintien du devoir de secours, un argument *a fortiori* imposerait de calculer ce devoir de secours, que la loi n'a pas défini, de telle manière qu'un conjoint innocent ne reçoive pas moins, par la pension de l'a. 282, qu'un conjoint à torts partagés, donc à demi innocent, par la rente indexée de l'a. 276.

e) *Pension alimentaire de l'a. 282.* — Elle prolonge le devoir de secours qui existait pendant le mariage : Civ.¹ 11 juill. 1979, *Bull.*, n° 207 ; Civ.¹ 16 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 438. Conséquence : elle ne doit pas être évaluée, malgré l'épithète, sur des normes strictement alimentaires, mais doit tendre au maintien du niveau de vie dont jouissait le défendeur (cf. *supra*, p. 584 : Civ.² 16 janv. 1991, *Bull.*, n° 19). La Cour de cassation, Civ.² 9 mai 1988, *Bull.*, n° 111, a admis, en dehors des conditions légales de l'a. 282, la survie du devoir de secours sous la forme d'une obligation naturelle (cf. t. IV, n° 7), obligation de payer une pension alimentaire contractée dans un acte sous seing privé (emportant novation en obligation civile ?).

f) *Transmissibilité passive des rentes et pensions.* — Dès le XIX^e s., la jurisprudence avait admis que les héritiers du conjoint débiteur succédaient à la charge de la pension alimentaire : d'abord dans la séparation de corps, plus tard dans le divorce, Civ. 10 mars 1903, D. 03, 1, 593, n. Planiol. Civ. 24 oct. 1951, D. 52, 577, n. Ponsard. Sur les difficultés dont les a. 276-2 et 284 peuvent être l'occasion, C. Saujot, Les héritiers des époux divorcés ou séparés de corps, *J.C.P.*, 1976, 1, 2776. La dette de la rente passe aux héritiers *cum sua causa*, avec les modalités et les causes de fragilité qui l'affectaient, donc avec la faculté de révision de l'a. 273. Civ.² 24 mai 1991, D. 91, 608, n. Hauser. Il ne faut pas objecter que la faculté de révision a un caractère personnel,

parce qu'elle est liée à des circonstances d'exceptionnelle gravité qui peuvent ne pas se retrouver d'une génération à l'autre. Elle a certes un caractère personnel, car elle se réfère à l'incapacité de paiement, mais c'est en la personne de celui qui est appelé actuellement à payer, donc de l'héritier, que l'incapacité de paiement doit être appréciée.

3 / Incidences sur les enfants

En droit, les enfants issus du mariage ne doivent pas avoir à souffrir du divorce de leurs parents (a. 286). Le premier mouvement de la loi serait même de les écarter de la procédure, quel que soit leur âge (a. 205, al. 2, C. Pr. C.), de les laisser dans l'ignorance des circonstances de la désunion (a. 248-1). Mais elle ne s'y tient pas (cf. a. 290-3°). De fait, les enfants sont mêlés au divorce, et ils en sont souvent les victimes. Surtout les enfants mineurs, car leurs rapports avec les père et mère sont nécessairement affectés par la dissolution du lien matrimonial et la disparition de la communauté de vie.

Traités jusqu'à ces temps-ci en créatures souffrantes et passives, les enfants du divorce ont reçu de la loi du 8 janvier 1993, sur la lancée de la Convention de l'O.N.U. (cf. *supra*, p. 81), la possibilité d'un rôle actif dans la procédure. A la vérité, il s'agit de dispositions générales de capacité, insérées au chapitre de la tutelle, mais qui trouvent leur application la plus fréquente dans le cas du divorce. Le mineur capable de discernement peut demander à être entendu par le juge dans toute procédure le concernant, et sa demande ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée (a. 388-1). Il ne devient pas partie pour autant, mais il peut être assisté par un avocat, avec de droit le bénéfice de l'aide juridictionnelle (1. 10 juill. 1991, a. 9-1).

Plus traditionnellement, le C.C. consacre aux *conséquences du divorce pour les enfants* (qui sont aussi, peut-être, d'abord des conséquences pour les parents) toute une section du titre *du divorce*. Deux parties peuvent y être distinguées : l'une relative à la *personne* des enfants (a. 287-292), l'autre à leurs *intérêts pécuniaires* (a. 293-295) — la première contenant, du reste, des clefs indispensables pour l'application de la seconde.

1 | CONSÉQUENCES RELATIVES A LA PERSONNE DES ENFANTS

La matière, qui avait été réformée par la 1. 4 juin 1970 sur l'autorité parentale, puis, dans une moindre mesure, par la 1. 11 juill. 1975 sur le divorce, a fait l'objet d'un nouveau remaniement par la 1. 22 juill. 1987 (loi *Malhuret*), elle-même renforcée par la 1. 8 janv. 1993. La loi *Malhuret* s'est donné pour objectif de placer les époux divorcés, dans leurs rapports aux enfants mineurs, sur un pied de (presque) parfaite égalité, en réaction contre la pratique antérieure où la mère paraissait bénéficier *de facto* de la préférence judiciaire.

La 1. 22 juill. 1987 n'est pas une loi générale sur l'autorité parentale : elle ne touche que les enfants de parents divorcés et, par la loi de 1993 (a. 374, al. 3), les enfants naturels. Les solutions pourraient en être transposées à d'autres situations où la cohésion familiale n'est plus entière, où la communauté d'habitation a cessé entre les deux parents, ainsi à la séparation de fait. On ne doit pas perdre de vue, néanmoins, qu'à l'arrière-plan de ces dispositions de crise, l'institution de l'autorité parentale, avec son corollaire en tension, la condition juridique du mineur, conserve sa valeur de référence : elle traverse le divorce comme elle a traversé le mariage : le désordre autour d'elle ne doit pas la détourner de son but.

A l'égard de l'enfant considéré dans sa personne, l'autorité parentale se traduit par des pouvoirs (corrélativement, autant de devoirs) que l'on qualifie couramment d'*attributs* (cf. a. 373-3, al. 1). Il est logique de présenter ces *attributs* (ce que la loi n'a pas fait clairement) avant d'en régler la *répartition*.

► *Attributs de l'autorité parentale*

Cette autorité n'est plus monolithique : la dislocation du couple conduit à une division des attributs. On peut essayer d'en distinguer trois niveaux : les deux extrêmes se dégagent nettement, le niveau intermédiaire demeure composite et flou.

Il est une autorité parentale dont les époux disposent en leur seule qualité de père ou de mère : sur elle, depuis 1987 aussi bien qu'auparavant, le jugement de divorce n'a aucune prise. C'est une autorité suprême, qui s'exprime solennellement, dans des actes on ne

peut plus graves, puisque ce sont des actes d'abdication, de renonciation à elle-même : consentement au mariage du mineur (a. 148), à son adoption par autrui (a. 348), demande tendant à une émancipation (a. 377).

En contraste complet avec ces actes, il faut placer l'autorité parentale, spontanée et diffuse, qui résulte, par la force des choses, de la cohabitation de l'enfant avec ses père et mère ou, en cas de divorce, avec un seul d'entre eux. Cette autorité parentale au quotidien s'exerce dans la zone des mœurs ou, diraient quelques-uns, du non-droit. Aussi échappe-t-elle au contrôle du droit, du moins tant qu'elle ne s'est pas cristallisée en une *pratique* (au sens de l'a. 372-1) ou en une habitude de celui qui l'exerce. Ce qui ne signifie pas qu'elle soit anodine : une accumulation de petits faits, d'innombrables propos et gestes peuvent agir, plus sûrement que de grandes décisions épisodiques, sur l'éducation du mineur et l'orientation de ses sentiments.

Entre la solennité et la quotidienneté, il est raisonnable de supposer que l'autorité parentale peut avoir à se manifester par des interventions de fréquence et d'importance moyennes. Mais cela ne donne pas une définition. Pour mettre un peu d'ordre dans cette catégorie trop vaste, on pourra utiliser deux formules légales, venues de la loi de 1987, où se dessinent deux pôles d'attraction et, partant, l'amorce d'une subdivision. Il est des « choix importants relatifs à la vie des enfants » (a. 288) ou, pour parler plus expressivement, des choix qui engagent leur avenir. Il est, à l'opposé, des « actes usuels » de l'autorité parentale (a. 287-1 ; cf. dans la loi de 1970, a. 372-2). Le sens commun, le plus souvent, ne s'y trompera pas : décider d'une opération chirurgicale est d'un autre registre que recourir aux antibiotiques ; mettre en apprentissage, c'est déjà enfermer l'avenir, tandis que faire faire du latin ne laissera guère de traces. Mais la distinction peut n'être que de degré, et elle est alors délicate.

Avant 1987, une notion, la *garde*, faisait fonction de synthèse. Littéralement, la garde était le pouvoir de retenir physiquement les enfants, de les avoir près de soi, sous ses yeux, dans sa maison ; plus psychologiquement, le droit de régler leurs relations avec le dehors. Par là même, le conjoint divorcé que le juge avait désigné pour être leur gardien se trouvait en possession d'exercer sur eux l'autorité parentale la plus immédiate. Mais la garde après divorce avait vocation à englober aussi le reste de l'autorité parentale (exception faite des interventions de solennité), non seulement les actes usuels, mais les décisions de portée vitale. Si, en effet, l'a. 372-2 laissait entendre qu'au-delà des actes usuels, l'accord des deux parents était requis, la

conclusion ne valait que dans l'hypothèse de l'a. 371-2, l'hypothèse d'un ménage non divorcé, où les deux conjoints avaient à l'égal la qualité de gardien. Mais, une fois le divorce prononcé, cette qualité se concentrant sur une seule tête, le gardien unique devait être *préssumé* compétent pour agir seul dans un exercice plénier de l'autorité parentale. Sauf à observer, cependant, que l'autre époux, ayant reçu de l'a. 288 un droit de surveillance sur la pédagogie du gardien, pouvait toujours élever *a posteriori* une critique et la porter devant le juge.

Là-dessus est arrivée la loi de 1987, qui, pour des raisons obscures, a pris en grippe le mot *garde* et a cherché à l'expulser de partout, quitte à l'oublier dans l'a. 1384, al. 4 (cf. t. IV, n° 237) et même dans l'a. 371-2, al. 2, texte de base. Mais la réalité ne se laisse pas aussi aisément éliminer, et elle est revenue sous une périphrase : l'époux gardien est devenu l'époux *chez qui l'enfant a sa résidence habituelle*. Ce qui continue à manquer, c'est une expression pour remplacer le *droit de garde*. Peut-être parlera-t-on de *droit à la communauté de résidence*, d'*autorité résidentielle*, voire (en inversant les rôles) de *parent résident* – inélegamment. C'est, néanmoins, avec ce lexique inachevé que la loi nouvelle s'est lancée à reconstruire les règles d'attribution de l'autorité parentale.

► Répartition des attributs entre les parents

La loi de 1987 a construit plusieurs *modèles de répartition* (les deux premiers qualifiés de *modalités d'exercice de l'autorité parentale*, a. 289). Ces modèles légaux appellent une *mise en œuvre*, où le rôle des juges sera capital.

a) *Modèles de répartition*. — Avant 1987, il n'y en avait qu'un : l'un des époux recevait le droit de garde à titre exclusif et, en face, l'autre recevait seulement un droit de surveillance et un droit de visite. Cependant, depuis quelques années, des pratiques de *garde conjointe* avaient surgi, spécialement dans les divorces sur demande conjointe, et la Cour de cassation les avait jugées licites. La loi de 1987 s'est emparée de cette idée (morale, sentimentale, théologique peut-être) d'une association persistante entre les deux ex-époux aux seules fins d'éducation de l'enfant, et en la greffant non plus sur la garde, désormais bannie, mais sur l'exercice de l'autorité parentale, elle en a fait le pivot de sa combinaison favorite.

1° *Exercice en commun de l'autorité parentale*. C'est le modèle qui est cité le premier dans l'a. 287, c'est le *principe*. Ce qui ne veut pas

dire que, pour passer aux autres combinaisons, le juge devra avoir préalablement vérifié que la première était irréalisable.

— *Vocation à la continuité*. L'esprit général de la réforme de 1987-1993 est que l'autorité parentale *doit* continuer à s'exercer après le divorce dans les mêmes conditions que pendant le mariage (cf. a. 372). C'est ainsi que seront applicables (l'a. 373-2, *in fine*, y renvoie expressément) l'a. 372-1-1, organisant un recours au juge en cas de dissension, et l'a. 372-2, présument pour la tranquillité des tiers contractants que celui des parents qui agit seul agit avec l'accord tacite de l'autre.

— *Rupture par la résidence habituelle*. L'exercice conjoint de l'autorité parentale ne va pas jusqu'à exiger que le mineur vive dans un logement commun, ou qu'il partage également son temps entre le logement de l'un et de l'autre (un système qui avait été parfois préconisé sous le nom de *garde alternée* et que la loi n'a pas retenu). Comme il faut bien que les enfants jouissent d'une certaine stabilité d'habitat et de milieu, l'un des conjoints est désigné pour être celui chez qui ils auront leur résidence *habituelle*. L'a. 287 compte d'abord sur un accord amiable. Mais, à défaut ou si l'accord apparaît contraire à l'intérêt de l'enfant, c'est le juge qui désignera. En parlant d'une résidence *habituelle*, la loi laisse ouverte la possibilité de séjours plus ou moins durables chez l'autre. Ces séjours semblent l'équivalent de ce que l'on appellera dans la seconde combinaison, la combinaison classique, le droit d'*hébergement* (a. 288, al. 2) ; peut-être même est-ce un hébergement calculé plus large. Inévitablement, habituelle ou temporaire, la communauté de résidence confère au maître de maison une prépondérance de fait dans l'autorité parentale au jour le jour. Et même pour tout ce qui dépasse le quotidien, il conserve le bénéfice de l'initiative, donc du préalable, sauf son devoir d'informer l'autre (arg. a. 288, al. 1) et, pour l'autre, le pouvoir de contester. Le téléphone peut faciliter la concertation.

2° *Autorité parentale exercée par un seul des époux*. Sous d'autres mots (a. 287, al. 2), on retrouve le divorce d'avant 1987 et même d'avant 1975. Comme l'époux gardien autrefois, un époux désigné par le juge exercera seul l'ensemble des attributs de l'autorité parentale. Sans doute faut-il que l'intérêt de l'enfant *commande* cette solution : la loi n'envisage qu'à regret d'abandonner son idéal d'exercice en commun. Et le juge devra expliquer en quoi l'intérêt de l'enfant justifie une dérogation à l'idéal. Les époux eux-mêmes peuvent y avoir dérogé, soit dans la convention homologuée, soit dans un pacte indépendant, en désignant qui exercera l'autorité. Cet accord doit s'appliquer, s'il n'est pas, ou s'il n'est pas devenu contraire à l'intérêt

de l'enfant (cf. a. 287, al. 1). Il est vrai que ces accords peuvent toujours être modifiés (a. 291). A cet endroit, une bifurcation : si l'accord était inclus dans une convention homologuée (dont le J.A.F. avait bien dû supputer les chances), il ne pourra être révisé que pour des motifs graves (a. 292 ; ex. l'époux désigné a emmené les enfants en Amérique sans en informer l'autre) ; s'il s'agit d'un pacte distinct, il sera plus facile de le réviser, sauf à ne pas admettre la révision sur des dissentiments épisodiques. Si, sous le contrôle de l'intérêt de l'enfant, la volonté concordante des époux est directement opérante, il n'en est pas de même de la volonté des enfants : il n'appartient pas à ceux-ci de désigner au juge sous l'autorité de qui ils *veulent* être placés. Mais leurs *sentiments*, recueillis dans les conditions de l'a. 388-1, entreront, comme une composante (utile plus encore que juste) dans l'appréciation que le juge doit faire de leur intérêt. Dans l'énumération de l'a. 290, il ne faut voir aucune hiérarchie.

Au demeurant, l'époux désigné ne disposera pas d'une maîtrise absolue. Il est sous la *surveillance* de l'autre conjoint, et la loi de 1987 a mis à sa charge l'obligation d'informer celui-ci avant toute décision d'importance vitale (a. 288, al. 1), ce qui pourra avoir pour effet de le provoquer à émettre des conseils, mais aussi des critiques et éventuellement une contestation.

En outre, les droits découlant de la communauté de résidence doivent se concilier avec les droits de l'ex-époux laissé dehors. Ces droits antagonistes, groupés parfois sous le nom générique de *droit de visite* (a. 311-13), comportent plusieurs degrés : le droit de *correspondance*, qui est le moindre (arg. a. 371-4, al. 2, et 375-7, al. 2), le droit de *visite*, au sens strict (qui est le droit d'aller voir les enfants à leur résidence habituelle et de les « faire sortir » pour la journée), le droit d'*hébergement* (qui va plus loin, permettant de recevoir les enfants dans sa propre maison pour une durée assez longue ; ex. une période de vacances). L'exercice de l'autorité parentale est comme démembré dans le temps par les droits de visite et d'hébergement. C'est au juge qu'il appartient de doser le partage, mais il ne saurait refuser ces droits que pour des motifs graves (a. 288, al. 2).

— *Fixation de la résidence habituelle des enfants chez un tiers*. C'est une disposition ancienne (la garde confiée à un tiers), mise en harmonie avec le langage nouveau. La loi établit un ordre en *decrescendo* : 1° un parent (sans limitation de degré ; en fait, ce sera souvent l'un des grands-parents) ; 2° une personne quelconque ; 3° un établissement d'éducation. Mais le tiers désigné ne tire de la communauté de résidence qu'un pouvoir restreint : il ne peut faire que les actes usuels

relatifs à la surveillance et à l'éducation des enfants (a. 287-1). Encore n'agit-il que par délégation. Derrière lui demeure l'autorité parentale des ex-époux, et ils l'exercent conjointement (a. 373-4, al. 1) ; ils ont, en quelque sorte, un mandataire commun (cf. a. 2002). Le modèle peut, tout à l'opposé, être accentué dans le sens d'un dépouillement des père et mère : l'enfant est, à titre provisoire, confié à un tiers, qui reçoit mission de requérir l'ouverture d'une tutelle (a. 373-4, al. 2, et 374-2).

b) *Mise en œuvre des modèles*

C'est, en définitive, par le juge que sont répartis les attributs de l'autorité parentale, soit qu'il en décide directement, soit qu'il se contente, dans le divorce sur demande conjointe, d'homologuer la convention des parties.

C'est une question sans réponse explicite dans la loi que de savoir si le juge, pour décider entre les deux modèles légaux, peut se passer de la volonté de l'un ou de l'autre époux. Que, sur la demande de l'un (disons : le père), il puisse imposer l'exercice en commun, alors que l'autre (la mère) prétendait à l'exercice exclusif, cela n'est pas mis en doute : c'est à cette fin précise que la réforme de 1987 avait été réclamée, a été conçue et se retrouve dans l'a. 287, al. 2. Mais à l'inverse, un époux pourrait-il être contraint à exercer l'autorité parentale en commun, alors qu'il voudrait en remettre l'entier exercice à l'autre ? L'affirmative semble l'emporter (en théorie) sur la foi des travaux parlementaires — outre cet argument qu'élever l'enfant est un devoir du mariage (a. 203), dont les parents ne sont pas admis, en principe, à démissionner (a. 376). On peut seulement s'interroger sur l'efficacité — et la durée — de cette *collaboration forcée*.

Le critère dominant est *l'intérêt de l'enfant* (a. 287), dans son ampleur et sa diversité, non seulement son intérêt présent, mais aussi son intérêt futur, évolutif, par conjecture de ce qu'il aura intérêt à être devenu à l'âge adulte (cf. *supra*, p. 83). Avant 1975, le critère qui figurait en première ligne dans la loi était différent : la garde des enfants faisait partie du profit du divorce ; les enfants devaient, en principe, être confiés à l'époux innocent. Dans la pratique, cependant, les tribunaux s'étaient affranchis du critère, et ils recherchaient avant tout de quel côté était le plus grand intérêt de l'enfant. Depuis 1987 et 1993, la référence à cet intérêt a acquis une portée plus large : elle ne sert plus seulement à trancher un conflit entre le père et la mère, mais elle détermine aussi un choix entre les différents modèles que la loi propose.

Décider de l'intérêt de l'enfant est une (difficile) question de fait, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Certains éléments d'appréciation peuvent éclairer le juge et l'aider à se déterminer.

— *Les accords passés entre les époux.* — Dans le divorce par consentement mutuel, l'accord des époux est inhérent à la convention, temporaire ou définitive, et reçoit force obligatoire en même temps qu'elle — sauf au J.A.F. à se servir du refus d'homologation pour obtenir les aménagements qu'appelle l'intérêt de l'enfant (a. 232, al. 2 ; a. 1094, 1100). C'est, au fond, un autre modèle de répartition des attributs : la répartition *par convention*. Dans les divorces des autres types, les époux sont encouragés à conclure de tels accords (a. 252-2), de tels *pactes* (cf. a. 376-1) ; mais le tribunal aura seulement à s'en inspirer, le modèle reste judiciaire.

— *Les observations de chacun des époux* (a. 287, al. 3).

— *L'enquête sociale*, que le J.A.F. a la faculté d'ordonner dès le moment où il lui faut statuer sur les mesures provisoires (a. 1078 s.). — Les réclamations de certains pères divorcés, se plaignant d'être systématiquement défavorisés dans les rapports des assistantes sociales, ont amené la loi à faire une place au principe du contradictoire, en prévoyant un droit à contre-enquête (a. 287-2, al. 2) et la possibilité de présenter un contre-projet d'éducation (a. 1080).

— *Les sentiments personnels des enfants* (du moins, à partir d'un certain âge, s'ils sont capables de discernement, dit l'a. 388-1, auquel renvoie l'a. 290-3°, qui précédemment évoquait le seuil des treize ans). — Ce n'est pas sans danger, car même les adolescents sont influençables, mais, d'un autre côté, leur résistance pourrait paralyser l'exécution du jugement.

► *Révision des dispositions prises*

Le règlement de la situation des enfants, qu'il soit judiciaire (a. 291) ou conventionnel (a. 292), est toujours *provisoire*, susceptible d'être modifié par le juge à la demande d'un intéressé, si les circonstances ne sont plus les mêmes (l'âge de l'enfant change chaque jour, mais ce n'est pas un imprévu).

Au décès d'un époux, le principe est qu'un transfert s'opère au profit du survivant, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle décision de justice. Il en est ainsi lors même que, par le jugement de divorce, le survivant aurait été privé de certains des attributs de l'autorité parentale (a. 373-3). Mais ce résultat mécanique pouvant se trouver préjudi-

cial à l'intérêt des enfants, il sera quelquefois préférable de pourvoir à leur éducation, et aussi à la gestion de leurs biens, par un régime de tutelle. Ce qui peut être décidé par le tribunal, soit après le décès du gardien, soit même d'avance, par un dispositif particulier du jugement prononçant le divorce.

► *Sanctions des droits sur la personne de l'enfant*

Il n'est pas rare que l'un des ex-conjoints fasse obstacle au droit de l'autre. Si celui qui réclame l'enfant, pour exercer soit le droit de le faire résider chez lui, soit un droit de visite, n'obtient pas satisfaction, il peut recourir à des sanctions civiles (dommages-intérêts, astreintes) ; mais, plus efficacement, il déclenchera des poursuites pénales en non-représentation d'enfants (a. 227-5 N.C.P.). Le droit de visite est protégé, en outre, par une mesure préventive contre une propension des divorcés à partir sans laisser d'adresse : celui chez qui l'enfant résidait habituellement est punissable s'il ne notifie pas au titulaire du droit de visite son changement de domicile et le changement de résidence de l'enfant (a. 227-6 N.C.P.).

2 | CONSÉQUENCES RELATIVES AUX INTÉRÊTS PÉCUNIAIRES DES ENFANTS

a) *Patrimoine du mineur*

Les attributs de l'autorité parentale qui portent sur le patrimoine de l'enfant sont traités en satellites de l'exercice de l'autorité parentale : il en va ainsi de l'administration légale (a. 389-2, 2°) et de la jouissance légale, son corollaire (a. 383, al. 2) — sauf à remarquer que l'administration légale, pure et simple pendant le mariage, est placée sous contrôle judiciaire après le divorce. Tel est le principe ; toutefois, comme il arrivera souvent que l'exercice de l'autorité parentale soit confié à la mère, alors que celle-ci, bonne éducatrice, n'a pas forcément une compétence de gestionnaire, l'a. 288, al. 3, permet au juge (et, faut-il ajouter, à la convention des époux) de dissocier les deux fonctions.

b) *Contribution aux frais d'entretien et d'éducation*

Le devoir de l'a. 203 n'est pas altéré par le divorce. L'époux chez qui les enfants n'ont pas leur résidence habituelle doit, à proportion de ses ressources, contribuer à leur entretien et à leur éducation (a. 288,

al. 1). Il y contribue en versant une pension alimentaire à celui qui a l'exercice de l'autorité parentale ou chez qui l'enfant a sa résidence habituelle (a. 293). Cette pension peut se prolonger au-delà de la majorité au bénéfice d'un enfant handicapé ou d'un étudiant aux longues études (a. 295 ; cf. *supra*, p. 168). Elle est, bien entendu, sujette à révision, comme il est de droit dans toute obligation alimentaire, s'il se produit un changement dans la situation des parties. Elle peut, du reste – et ceci est propre à l'hypothèse –, être remplacée par une maintenance en capital. Le modèle n'en est pas absolument identique à celui de la maintenance entre époux : 1° si la dotation devient insuffisante, un recours est toujours ouvert aux fins de complément sous forme de pension (a. 294-1), sans la condition d'exceptionnelle gravité inscrite à l'a. 273 ; 2° l'enfant devant être protégé contre les dilapidations éventuelles de celui qui a le maniement des fonds autant que contre les défaillances du débiteur, il est prévu (confusément, a. 294) de confier à des banques, des compagnies d'assurances la gestion de ce patrimoine d'affectation.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Avant 1987, Massip, n°s 198 s. ; Lindon-Bénabent, n°s 404 s. Cf. dans la prescience de la *lex ferenda*, Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, Lyon, 1985 (l'image de la couverture valait à elle seule le détour, mais le contenu aussi est excellent). — Depuis 1987, G. Raymond, *J.C.P.*, 87, I, 3299 ; L. Morançais-Demeester, D. 88, chr. 7 ; F. Dekeuwer-Défossez et F. Vauville, D. 88, chr. 137 ; Legeais, *Rép. not.*, 88, I, 625 ; M.-F. Nicolas-Maguin, D. 88, chr. 307.

HISTOIRE

La loi des 20-25 sept. 1792 avait réglé avec plus d'attention que le C.C. de 1804 les « effets du divorce par rapport aux enfants ». Elle n'ignorait pas le mot *garde*, mais elle préférait user du verbe *confier*, qui passera dans le C.C. (ancien a. 302) et y restera longtemps. Et elle en avait tiré d'assez jolies formules de droit : « ceux qui ont les enfants à leur garde et confiance »..., « le droit des époux d'avoir leurs enfants à leur charge et confiance ». Quant au fond, elle contenait plus d'un modèle de règlement. Dans les divorces pour cause déterminée, c'était aux assemblées de famille de décider. Dans le divorce par consentement mutuel ou pour incompatibilité d'humeur, on se référait en première ligne aux arrangements des époux. Mais, à défaut, s'imposait un système légal de justice distributive : les filles à la mère, ainsi que les garçons de moins

de 7 ans ; au père, les garçons au-dessus de cet âge. Ce système peut toujours nous faire rire par sa pédagogie sexiste et son allure vaguement spartiate. Pourtant, inscrit d'avance dans la loi sans aucune faculté de dérogation, il pouvait avoir la vertu d'étouffer une foule de combats et d'amertumes.

PSYCHOLOGIE, SOCIOLOGIE

L'effet psychologique du divorce sur l'enfant du divorce a fait l'objet de maintes études et de bien des interrogations sans réponses claires. L'enfant souffre-t-il plus d'un divorce franc que d'une désunion quotidiennement querelleuse ? et plus de l'événement lui-même que de la situation qui s'ensuit ? L'hypothèse est quelquefois avancée que l'effet psychologique s'est plutôt atténué à notre époque par l'accroissement même de la divortialité : l'enfant se sentirait moins marginalisé dans son milieu. Mais il n'est pas sûr que le divorce, encore aujourd'hui, soit aussi banalisé dans la mentalité des Français que dans celle des Anglo-Saxons. On notera que l'abaissement de l'âge de la majorité, en 1974, a fait sortir du champ des traumatismes légalement présumés la tranche des 18-21 ans. Quoique apparemment moins vulnérable, elle avait ses problèmes propres. Elle les a, il est vrai, emportés avec elle. Et c'est l'occasion d'une question plus générale : pourquoi ne pas suivre l'effet du divorce même au-delà de la jeunesse de ses enfants ? Pour une analyse comparative, sur une trentaine d'années, sinon de l'effet du divorce, du moins de la manière d'en aborder l'étude, cf. S. Cordelier, *Les enfants de la discorde*, 1955 ; L. Despert, *Enfants du divorce*, 1957 ; Jeanne Delais, *Le dossier des enfants du divorce*, 1967 ; Liberman, *Les enfants devant le divorce*, 1979 ; O. Bourguignon, J.-L. Rallu, I. Théry, *Du divorce et des enfants*, 1985 ; Commaille, *Familles sans justice*, 1987, p. 111 s. Des psychologues pensent que le choc serait atténué si l'on s'y prenait d'avance et si l'on habitait l'enfance (dans les manuels scolaires ou les entretiens familiaux) à l'idée que le divorce des parents est un événement normal (modèle suédois, dit-on, mythique peut-être comme tant d'autres – et l'on observera en outre que la mort est un événement plus normal encore, ce qui ne suffit pas à empêcher les orphelins d'être malheureux).

A qui l'enfant ? La question, réveillée par des faits divers, a pu apparaître comme un épisode de la guerre des sexes (si l'on y croit). Le fait est que, dans 80-85 % des cas, avant 1987, les juges attribuaient la garde de l'enfant à la mère – pour des motifs pratiques peu niabiles, auxquels la plupart des pères concernés souscrivaient eux-mêmes, ayant moins de dispositions et de temps disponible pour s'occuper de la vie quotidienne de jeunes enfants (cf. *Le divorce et les Français*, II, 94 s.). Mais il en était d'autres qui se révoltaient, accusant de partialité antimâle aussi bien les femmes-magistrats que les assistantes sociales chargées de l'enquête préliminaire. A ces assistantes sociales, on reprochait de surcroît, dans le même esprit, leur propension à déborder des enfants sur les époux, de la garde sur la cause, ainsi que leur interventionnisme de psychothérapeutes. Mais quoi ? c'est la mentalité d'assistés qui a fait surgir les assistantes. Sur un registre tout différent, on a encore fait grief à la pratique dominante des tribunaux d'aboutir, par sa préférence pour l'éducation maternelle, à *déviriliser* une partie notable de la jeunesse mâle (avec toutes sortes d'inconvénients sociaux économiques, militaires, etc.). Cependant, à supposer vérifié ce phénomène (difficilement saisissable),

ne faudrait-il pas l'imputer, pour une plus large part, à une féminisation croissante des fonctions d'enseignement ? Une utopie pour finir : confier l'enfant à celui des deux qui aura offert le plus large droit de visite.

Quels ont été les *résultats* des lois de 1987 et 1993 ? Modestes assurément (cf. Fulchiron, D. 93, chr. 117) ; nullement à la hauteur du caractère préférentiel, sinon impératif, que le législateur avait voulu donner à l'autorité conjointe. Bien des J.A.F. préférèrent en dissuader les parties : elle est difficile à vivre, et la seule demande en est inutilement conflictuelle. La libre concurrence aidera-t-elle un jour à la solution ? Suivant une loi (mythique ?) de la Californie, la garde devrait être attribuée à celui des deux qui offre à l'autre les droits les plus généreux de visite et d'hébergement. On remarquera que l'idée de mise en concurrence avait inspiré l'a. 1080 C. Pr. C., resté en jachère.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

a) A partir de 1970, on vit des pères divorcés, désespérés d'être privés de la garde de leurs enfants, se rassembler en associations et revendiquer activement, au nom de l'égalité des droits, l'introduction d'un système ou de garde alternée ou de garde conjointe. Ils faisaient état d'une évolution des mœurs : les hommes, dans les jeunes générations, étaient capables et désireux de participer directement aux soins les plus matériels du ménage et des enfants. Des juges s'étaient montrés accueillants à ces nouveautés, et la Cour de cassation elle-même, en 1983 (v. *infra*, Pratique judiciaire), avait fait entrer la garde conjointe dans le cadre légal. Mais le système reposait sur l'accord des époux. Pour le rendre obligatoire et le promouvoir, il fallait une loi. Ce fut la loi *Malhuret*. Si l'on tente d'analyser, voire de psychanalyser la genèse de cette loi, on y discerne plusieurs forces, chacune cheminant dans l'ignorance des autres, mais toutes convergeant aux mêmes fins : 1° Un effet de comparatisme (la Suède en France) ; 2° Une revanche des pères divorcés (privés de la garde par la pratique dominante, apparemment féministe, des juges) ; 3° Paradoxalement, une saute d'humeur de l'ultra-féminisme (la femme ne doit pas être réduite à un rôle maternel) ; 4° Une nostalgie de l'indissolubilité, nourrie de l'espoir que les parents se réconcilieraient peut-être autour de l'enfant, qu'à tout le moins il existera un lien indissoluble, le mariage parental, à défaut du conjugal.

b) A peine la loi *Malhuret* commençait-elle à être connue que déjà la *furia* légiférante se transportait des pères divorcés vers les enfants du divorce. L'occasion en fut donnée par la convention internationale de l'O.N.U. (1989) sur les droits de l'enfant, que la France, au sortir des fêtes du Bicentenaire, approuva d'enthousiasme (cf. t. I, n° 109). Hardiment des juridictions du fond s'emparèrent de la Convention pour application directe (était-ce possible ? non, Civ. 10 mars 1993 ; si, Neirinck et Martin, J.C.P., 93, I, 3677) et accueillirent des interventions d'enfants mineurs dans les procédures engagées entre leurs parents (v. D. 93, 176, notamment l'ordonnance du J.A.M. de Lille, 14 mai 1991, qui opéra comme un déclic). Dans les nouveaux a. 388-1 et 388-2, la loi du 8 janvier 1993 a repris à son compte le principe d'une autonomie judiciaire à reconnaître aux mineurs, mais elle l'a tempéré. C'est que, s'il rencontre des adhésions fortes dans le monde judiciaire (Cf. Fenaux, D. 93, 176 ; Benhamou, D. 93, chr. 103), il suscite ailleurs des réserves non moins fortes, philosophiques, morales

(cf. I. Théry, Nouveaux droits de l'enfant, La potion magique ?, *Esprit*, avr. 1992 (180), 5). Les dangers sont évidents : la manipulation des enfants, l'exaspération du conflit conjugal par leur présence, l'apprentissage précoce du droit à travers son application la plus haineuse.

c) On s'interrogera sur les *intérêts du mineur* auxquels se réfère l'a. 382-2. Intérêts pécuniaires ? Mais celui qui ne sera pas payeur peut-il être conseiller ? Intérêt éducatif ? Il va de soi : il a été constamment au centre du débat. Mais réussit-on à le cerner (cf. n° 192) ? Intérêt moral ? Voilà qui est plus dramatique : il est vraisemblable que, dans la grande *majorité* des cas, les enfants auraient intérêt à ce que leurs parents ne divorcent pas. Les parents le perçoivent souvent, d'ailleurs, et à cause d'eux s'abstiennent de divorcer (d'où, dans les statistiques, la catégorie des divorces après vingt ans de mariage, un usage bourgeois). Mais l'intérêt des parents est probablement du côté de la liberté, et ils sont à l'âge où l'on n'admet pas que d'autres en soient juges, même pas un juge. La balance des intérêts va s'affoler. Assurément, tout serait plus clair si l'on faisait des intérêts de l'enfant une fin de non-recevoir à l'action en divorce. La loi de 1975 s'y était essayée, pour un type de divorce seulement, dans l'a. 240, avec la clause d'exceptionnelle dureté – un essai très limité. Et sans grande suite, car, dans la pratique, la dureté envers les enfants n'est guère invoquée, si ce n'est associée à la dureté envers le conjoint, comme ricochant sur lui. L'a. 388-2 recèle-t-il plus d'avenir ? On peut en douter, bien que des analystes aient déjà cru entrevoir dans cette partie de la loi de 1993, comme dans tout le mouvement qui en France l'a portée, une alliance objective, dont il y aurait d'autres exemples discrets – peut-être inconsciente au moins dans un camp – entre les libertaires de l'antimariage et les institutionnels de l'antidivorce.

THÉORIE JURIDIQUE

Pour une étude approfondie, la notion de *garde* avait attendu 1972 : Simler, *R.T.*, 72, 685. L'ancien a. 302 employait du reste, une périphrase concrète : les enfants seront *confiés... aux soins...* Proudhon (*Personnes*, I, 1809, p. 526) y voyait non une dévolution de la puissance paternelle, mais un simple *dépôt*, comme à un établissement d'éducation. Bien qu'ayant l'air de traiter l'enfant comme une chose, l'analyse aurait pu être moins aliénante dans les rapports entre les divorcés.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *L'intérêt de l'enfant*. — La notion, devenue banale, se retrouve ici dans une de ses utilisations les plus pratiques. Sous l'empire de l'ancien a. 302, qui retenait le profit du divorce comme premier critère de l'attribution, la Cour de cassation, très tôt, avait poussé en avant la notion de l'intérêt de l'enfant (c'est une vieille idée, qui vient toute seule, *Favor imperat liberorum*, en l'an 449, à propos du divorce précisément, C. Just., 5, 17, 8, pr.), pour permettre au tribunal de confier la garde à l'époux coupable, même en l'absence d'une demande de la famille ou du ministère public : Req. 23 juin 1841, S. 41, I, 630. Aujourd'hui, après 1987 comme après 1975, avec l'a. 287, les torts et griefs imputés à l'un des époux ne peuvent plus être retenus que comme une contre-

indication à évaluer dans la recherche de l'intérêt de l'enfant (ex. immoralité établie par la faute conjugale elle-même ; risque psychologique d'une cohabitation de l'enfant avec l'amant, la maîtresse, le second conjoint). L'intérêt de l'enfant, c'est une notion clef, qui émerge en bien d'autres régions du droit de la famille (ex. a. 311, 311-13, 353). Elle a fait l'objet d'utiles analyses doctrinales (ex. Donier, D. 59, chr. 179 ; Leguidec, Th. Nantes, 1973 ; Leguy, Th. Rennes, 1973 ; cf. J. Rubellin-Devichi, *R. Droit de l'enfance et de la famille*, 96 (1), 113 ; cf. Brauchli, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*), ainsi que d'une remarquable recherche de psycho-sociologie (cf. I. Théry, in *Du divorce et des enfants*, 1985, p. 33-114). Conclusion : la clef ouvre sur un terrain vague. La notion est insaisissable. Ce que la Cour de cassation traduit à sa manière en renvoyant la question à l'appréciation souveraine des juges du fond : Req. 6 nov. 1939, D.H. 40, 28 ; Civ.² 15 avr. 1981, *G.P.*, 82, 2, 583, n. Viatte. Mais on ne discerne pas toujours si elle ne se satisfait pas de lire dans leurs décisions une simple référence formelle à la notion légale, Civ.² 4 mars 1981, D. 82, *I.R.*, 37, et 24 févr. 1993, *J.C.P.*, 94, 2, 3729 ; ou si elle entend exiger d'eux qu'ils entrent dans une recherche de ce qu'est concrètement l'intérêt de l'enfant, Civ.² 2 avr. 1996, D. 96, *I.R.*, 118. On voit mieux ce qu'est, pour elle, l'intérêt de l'enfant, quand elle nous décrit ce qu'il n'est pas : ex. Civ.² 31 mai 1995, *Bull.*, n° 165, pour attribuer à la mère l'exercice de l'autorité parentale, le juge ne pouvait se contenter de relever qu'elle était plus disponible que le père — nous le savions tous — et que d'ailleurs ses capacités éducatives n'étaient pas moindres.

L'intérêt de l'enfant ne se confond pas avec ses inclinations personnelles. L'a. 290-3° permet aux juges de tenir compte de celles-ci, mais ils n'y sont pas obligés : Civ.² 23 mai 1984, *G.P.*, 85, 1, *Panor.* 69 ; trib. Nevers, 28 avr. 1976, D. 77, 326 (cf., dans le sens d'une extension, J. Bonnard, La garde du mineur et son sentiment personnel, *R.T.*, 91, 491 s. ; plus modérément, J. Castagnède, D. 92, chr. 121). Ils doivent l'entendre, le sujet le concerne (a. 388-1, *supra*, p. 149), mais ils ne pourraient aller jusqu'à lui déléguer un pouvoir de décision sur les modalités de la garde ou des droits de visite et d'hébergement, Civ.² 22 oct. 1997, D. 98, *Somm.* 293. Sur le terrain de la non-représentation d'enfant (a. 227-5 N.C.P.), la Chambre criminelle considère que la résistance ou l'aversion du mineur n'est pas, pour le parent tenu de le représenter, une cause d'atténuation ou d'exemption de la peine : Crim. 12 mai 1954, D. 55, 629, *J.C.P.*, 54, 2, 8246 ; Crim. 13 avr. 1988, D. 89, 461, *R. sc. crim.*, 90, 341 ; Crim. 17 juin 1992, D. 93, *Somm.* 14 (sauf circonstances exceptionnelles, Crim. 23 janv. 1968, D. 68, 364 (en l'espèce, la bonne foi du parent)). L'a. 388-1 devrait inciter la Chambre criminelle à revoir sa doctrine : la loi ne peut pas à la fois reconnaître à l'enfant une autonomie de contestation et condamner son parent pour n'avoir pas su faire plier sa résistance.

b) *Garde conjointe, garde alternée.* — On avait soutenu qu'en bonne exégèse la garde conjointe n'était pas incompatible avec la lettre de l'a. 287 (dans sa rédaction de 1975), et la Cour de cassation s'était montrée favorable à la solution : Civ.¹ 21 mars 1983, D. 84, 53, n. Moussa, *J.C.P.*, 84, 2, 20163, n. Dekeuwer ; puis, après ce premier signal à peine esquissé, ce fut, plus nettement, Civ.¹ 4 mars 1987, *Bull.*, n° 61. Là-dessus est intervenue la loi de 1987, qui a fait de la garde conjointe, métamorphosée en autorité parentale conjointe, non seulement un élément, mais le principe de son système. La garde alternée n'a pas connu ce succès. La Cour de cassation l'avait condamnée à la même heure où elle s'ouvrait à la garde conjointe : Civ.² 2 mai 1984,

D. 85, *I.R.*, 171, *J.C.P.*, 85, 2, 20412, n. Dekeuwer ; Civ.² 20 nov. 1985, *Bull.*, n° 171. Le motif le plus clair de la condamnation était que ce type de garde n'a pas de place dans la loi — argument *a silentio* qui n'aurait pu que gagner en force après le passage de la loi *Malhuret*. Ce qui n'a pas empêché une pratique contraire parmi les juridictions du fond, sur la base, tantôt de l'accord des parties, tantôt de l'intérêt de l'enfant (cf. Hauser, *R.T.*, 93, 818 et 96, 890). Pourtant, contre ces résidences alternées, les arguments d'opportunité ne manquent pas, matériels (les contraintes de la scolarité, pour peu que les deux parents ne vivent pas dans la même localité) aussi bien que pédagogiques (des changements trop fréquents de direction risquent de déstabiliser l'enfant). Il ne faut pas objecter qu'en combinant un droit d'hébergement prolongé avec une communauté de résidence qui serait raccourcie sans cesser d'être principale, on pourrait réaliser dans le cadre légal une modalité d'alternance : ce ne serait exact que si l'hébergement conférerait une compétence aussi étendue et aussi autonome que la résidence habituelle — or toutes les fois que la décision à prendre dépasse l'ordre banal de la maison, celui qui héberge doit en référer à celui qui exerce l'autorité parentale ou chez qui l'enfant réside habituellement.

c) *Contribution versée à l'époux qui a les enfants à sa charge et confiance.* — Elle est sujette à révision si survient un changement des besoins ou des ressources, quand bien même elle aurait été fixée par la convention homologuée dans le divorce sur requête conjointe : le contenu alimentaire fait éclater le contenu conventionnel. En ce sens. Civ.² 21 avr. 1982, D. 83, 198, n. critique Floro (cf. D. 82, 587). *Pour* : le sort des enfants doit rester en dehors de la transaction des parents. *Contre* : la convention formait un tout, et son équilibre risque d'être rompu — l'a. 292 ne prévoit de révision que sur l'exercice de l'autorité parentale, et seulement pour motifs graves. Lors même que la pension est destinée à un enfant majeur (pour ses frais d'études), le parent avec qui il vit a le droit d'exiger qu'elle soit versée entre ses mains. Et si l'enfant, devenu étudiant, est allé se loger ailleurs ; ce parent devrait bien continuer à centraliser les fonds (et à en centraliser le contrôle) : Civ.² 22 janv. 1992, D. 93, *Somm.* 127, n. E. Blary-Clément. En empêchant qu'il ne soit court-circuité, on ménage son amour-propre de créancier. Il est vrai que l'enfant majeur aurait, en vertu des a. 205-207, une action directe contre l'autre parent. Mais il lui faudrait alors plaider pour faire fixer le montant des aliments, peut-être même recommencer à justifier la prolongation de ses études. Sans doute parce qu'il y a de plus en plus d'enfants majeurs qui prolongent leurs études faute de trouver des emplois, il est de plus en plus de parents (pères) qui s'impatientent et demandent décharge totale ou partielle de leurs contributions, et les juges eux-mêmes se perdent un peu entre les diverses obligations invoquées : l'a. 203, qui n'avait certes pas en vue l'enseignement supérieur, l'a. 295, qui certes l'avait prévu, l'a. 293, al. 2, qui se réfère à la force obligatoire des conventions, les a. 205 et 207, qui ont derrière eux l'ordre public. V. ainsi, Civ.² 29 mai 1996, 2 arrêts, D. 96, 150 et 166 ; cf. Hauser, *R.T.*, 95, 350 et 96, 602. La prospérité revenue balaiera peut-être le droit.

d) *L'enquête sociale.* — Cf. T. Garé, L'enquête sociale dans la désunion des parents, *R.T.*, 87, 692 ; Goudon, *G.P.*, 88, 2, *doctr.* 452. — Une pratique des tribunaux (approuvée, semble-t-il, par la Cour de cassation, Civ.² 5 juin 1991, D. 91, *Somm.* 63) a accru le poids de l'enquête sociale ; le juge pourrait, pour l'application de l'a. 290-3°, se dispenser d'entendre lui-même l'enfant, en se référant à l'audition qui a eu lieu au cours de l'enquête — solution contraire à l'esprit de la loi (cf. t. I, n° 169).

Très tôt une déviation s'est manifestée dans la pratique de l'enquête : assez naturellement les assistantes sociales ont eu tendance à remonter des enfants aux parents, ce qui pouvait n'être pas sans incidence fâcheuse pour ceux-ci dans un divorce pour faute. Aussi des arrêts se sont-ils efforcés d'élever un barrage ; Civ.² 13 janv. 1988, D. 88, *I.R.*, 29, *Rép. not.*, 88, 1014, n. Massip. Dans le même esprit, avait été introduite en 1975 la possibilité d'une contre-enquête et d'un contre-projet (a. 287-2, al. 2 ; 1079, al. 2 ; 1080 C. Pr. C.), comme garantie du contradictoire. Mais la contre-enquête est rarement demandée (v. cep. Civ.¹ 6 févr. 1996, D. 97, 621 ; encore s'agissait-il d'une dissolution de concubinage !), un contre-projet encore plus rarement déposé. La dérive s'accroît si entrent en scène des psychologues et des psychiatres, dont l'intervention pourrait même acquérir une efficacité semi-juridictionnelle, si devait prospérer l'engouement actuel pour la médiation (cf. Intro., n° 88). Typique, en tout cas, était déjà la solution entérinée par Civ.¹ 5 mai 1987, D. 88, 77, n. Massip. Ce père-là, soumis à des examens *psy.* au nom de l'enquête sociale, attaquait en responsabilité civile les praticiens qui l'avaient examiné, leur reprochant d'avoir procédé sur lui à une expertise non contradictoire et d'avoir porté atteinte à sa vie privée. L'arrêt a rejeté son pourvoi. L'enquête sociale, même dans son extension aux parents, ne devient pas une expertise, régie par l'a. 160 C. Pr. C., et conserve sa nature propre d'enquête avant divorce, régie par les seuls a. 1079 s. La Cour a visiblement été sensible à ce qu'enseigne la science de notre temps : que, pour bien connaître de l'état psychique d'un sujet (d'un enfant) c'est de tout son groupe familial qu'il faut faire l'étude. En outre, le père, ici, avait accepté de se prêter à l'examen psychiatrique : n'avait-il pas versé aux débats cette part de sa vie privée ? Sans doute. Mais peut-être aurait-il dû placer son attaque sur un terrain différent : le droit de demander le divorce ou de s'y opposer est, pour chaque époux, une liberté individuelle, qui ne saurait être compromise par les interférences de l'enquête sociale, pas plus que par la simple présence d'enfants mineurs ; c'est une liberté quasi politique, insusceptible de renonciation.

TITRE II

Les autres espèces de démariage

Il peut sembler artificiel de réunir dans une même catégorie trois espèces de démariage de prime abord aussi hétérogènes : l'*annulation du mariage*, la *séparation de corps*, la *séparation de fait*. Les deux premières sont des institutions régies par le droit, la troisième recouvre des faits qui violent le droit. La première détruit le lien matrimonial, la seconde le relâche simplement, la troisième le laisse juridiquement inaltéré.

Les trois espèces se rejoignent, pourtant, dans un commun contraste avec le divorce :

1° Ce sont trois espèces de démariage quantitativement *secondaires* : en comparaison de 100 000 divorces en 1990, la séparation de corps alignait à peine 4 500 cas, l'annulation quelques dizaines ; quant à la séparation de fait, quoiqu'elle ne soit pas saisie par la statistique, on conjecture que, du moins sous sa forme stable, elle reste toujours très inférieure en nombre au divorce.

2° Ce sont trois espèces de démariage qui, paradoxalement, respectent le *principe d'indissolubilité* auquel s'attaque le divorce. Annuler le mariage, c'est dire que le lien ne s'est pas formé, ce n'est pas le dissoudre ; prononcer la séparation de corps, c'est dispenser les époux de la vie commune, non pas du devoir de fidélité ; et quant à la séparation de fait, si elle prend des libertés avec le droit, elle n'entreprind point de le nier. Aussi ceux qui condamnent le divorce parce qu'ils croient le mariage indissoluble font-ils preuve d'une certaine indulgence envers les trois démariages que voici.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — A. Lottin et autres, *La désunion du couple sous l'Ancien Régime*, 1975 ; R. H. Heimholz, *Marriage Litigation in Medieval England*, 1978 (la pratique des tribunaux ecclésiastiques aurait été plus efficace qu'on ne l'a cru).

1 / L'annulation du mariage

L'annulation intervient comme la sanction civile soit de l'absence, soit de l'imperfection, de l'une des conditions requises pour la formation du lien. On retrouve ici quelque chose de la théorie générale des actes juridiques (cf. t. IV, n° 104) : un acte juridique quelconque peut être annulé aussi lorsque l'une de ses conditions manque, ou qu'elle est viciée. Mais le mariage n'est pas un acte juridique comme les autres : il intéresse principalement les personnes, non les patrimoines ; il prétend faire naître un état durable, non de simples rapports transitoires d'obligations. Aussi la théorie des nullités de mariage (a. 180 s.) s'écarte-t-elle sensiblement du droit commun de l'annulation des actes juridiques. En revanche, elle n'est pas sans se rapprocher de l'institution du divorce : le mécanisme abstrait est sans doute très différent (dissoudre le lien pour l'avenir seulement, ou l'anéantir à sa racine), mais la signification humaine a pu être semblable (libérer les époux du lien et permettre le remariage). Ce qui explique que l'on puisse mettre un certain parallélisme dans leur étude, et étudier les nullités de mariage, comme plus haut le divorce, en considérant successivement *les causes et les fins de non-recevoir*, la *procédure* et les *effets*.

1 | CAUSES ET FINS DE NON-RECEVOIR
DANS L'ANNULATION DU MARIAGE► *Causes*

Ce sont, par définition, des faits contemporains de la formation du mariage, tandis que les causes de divorce ne se conçoivent normalement qu'une fois le mariage formé. Ces faits motiveront la nullité rela-

tive s'ils ont porté atteinte à l'intérêt d'un seul des époux ; la nullité absolue s'ils ont porté atteinte à l'ordre public (ou, exceptionnellement, s'ils ont porté atteinte à l'intérêt de l'un et de l'autre époux à la fois ; tel paraît être, du moins, le sens de la nullité absolue dans le cas du mariage contracté avec un fou). Nous avons déjà, à propos des diverses conditions du mariage, indiqué les différentes causes de nullité ; il suffit de les rappeler ici, synthétiquement.

a) Il y a lieu à *nullité relative* dans deux cas : 1° *vice du consentement* (erreur ou violence, a. 180) ; 2° *défaut de consentement familial*, soit pour le mineur (a. 182), qui est surtout la mineure depuis 1974, soit pour le majeur en tutelle ou en curatelle (a. 502, 510-1).

b) Il y a lieu à *nullité absolue* dans 7 cas (les cinq premiers concernant le fond, cf. a. 184 ; les deux derniers concernant la forme, a. 191) : 1° *défaut total de consentement* (pratiquement, folie d'un époux) ; 2° *impuberté* ; 3° *bigamie* ; 4° *inceste* ; 5° *fraude à la loi* ; 6° *clandestinité de la célébration* ; 7° *incompétence territoriale de l'officier de l'état civil*.

c) Peut-il y avoir lieu à *inexistence* du mariage ? La doctrine classique l'a pensé pour trois hypothèses particulièrement graves, où semblent manquer les éléments mêmes de toute définition du mariage : 1° *identité de sexe* ; 2° *défaut total de consentement* ; 3° *défaut de célébration par un officier de l'état civil*. L'inexistence aurait plusieurs conséquences qui la distingueraient de la nullité absolue : elle pourrait être admise sans texte (par la seule force de la raison) ; elle n'aurait pas besoin d'être prononcée en justice (un tribunal pouvant seulement avoir à reconnaître, en cas de contestation, qu'il n'y a jamais eu de mariage) ; elle ne pourrait jamais être accompagnée du bénéfice du mariage putatif. Mais la doctrine moderne s'est généralement détachée de cette conception, et elle tend à ramener au rang de nullités absolues les trois hypothèses proposées d'inexistence (c'est, du reste, ce que le législateur, 1. 19 févr. 1933, paraît avoir fait lui-même pour le défaut total de consentement, en ajoutant dans l'a. 184 un renvoi à l'a. 146).

► *Fins de non-recevoir*

De droit commun, les nullités relatives peuvent être couvertes par une confirmation (a. 1338) ou par la prescription de cinq ans (a. 1304) ; les nullités absolues ne peuvent s'effacer que par la prescription trentenaire, si même elles ne sont pas indélébiles. Le mariage déroge doublement à ce droit commun. C'est d'abord qu'il peut être

consolidé, validé rapidement, même dans des cas de nullité absolue (ex. a. 185, 186). Et aussi que, pour le valider, il ne suffit pas toujours d'une confirmation (c'est-à-dire d'une réitération expresse ou tacite des volontés après la cessation de l'empêchement) ou de l'écoulement d'un délai. Ce genre de validation se rencontre bien, sans doute (ex. a. 183 : confirmation expresse ou tacite par les parents ; a. 183, 185-1° : délai d'un an, de six mois ; prescription de cinq ans pour les vices du consentement, selon la Cour de cassation). Mais, dans d'autres hypothèses, il faut davantage : une cohabitation continuée (a. 181), la grossesse de la femme (a. 185-2°), la possession d'état d'époux (a. 196, appliqué à la clandestinité et à l'incompétence, v. *supra*, p. 427) ; c'est-à-dire une certaine matérialité de vie conjugale, la présomption, par les faits, que les tissus de la vie commune se sont soudés, que la vie commune est supportable (à quoi correspond, pour l'institution du divorce, la fin de non-recevoir de la *réconciliation*).

La nullité pour fraude à la loi, étant d'ordre public, devrait être regardée comme absolue, elle se prescrit, néanmoins par un an à compter du mariage (a. 190-1).

2 | PROCÉDURE DE L'ANNULATION DU MARIAGE

C'est la procédure suivie en général pour tout procès civil, tandis qu'il existe pour le divorce une procédure spéciale. La cause de nullité se situant avant le mariage, ce serait anticiper que de prêter à l'affaire une connotation familiale ; aussi sera-t-elle portée, selon le droit commun, devant le T.G.I. siégeant collégalement, tandis que les divorces relèvent d'emblée de la compétence du J.A.F. La cause de nullité va également montrer son importance en déterminant quelles personnes ont qualité pour agir.

Le principe est que, dans le cas de *nullité relative*, la demande ne peut être formée que par l'époux pour la protection de qui la nullité a été établie : soit l'époux dont le consentement a été vicié (a. 180), soit l'époux mineur (auquel il faut ajouter, idée un peu différente, les parents dont l'autorité a été méconnue, a. 182).

Le principe est que, dans le cas de *nullité absolue*, la demande peut être formée par *tout intéressé* (a. 184). L'expression comprend non seulement les époux eux-mêmes, mais par ex. leurs ascendants, qui, sans préjudice de l'intérêt pécuniaire, ont un intérêt moral évident à déga-

ger leur famille d'une situation illicite. Elle comprend aussi, pécuniairement intéressés, les collatéraux (cherchant par ex. à écarter d'une succession le prétendu conjoint), voire des créanciers (ex. créanciers du mari qui, sur des biens gagnés par celui-ci, veulent écarter la concurrence de créanciers de la femme). Enfin, qualité pour agir est expressément reconnue au Ministère Public, gardien de l'ordre public (a. 184, 190-1). On voit que le sort du mariage se trouve assez largement remis à la volonté des tiers, conception très différente de celle qui préside à l'institution du divorce, où le droit de faire dissoudre le mariage ne peut jamais appartenir qu'aux époux. Il existe, cependant, des restrictions à cette large ouverture de l'action. Ainsi, les collatéraux (ou les enfants d'un premier lit) ne peuvent pas agir pour la défense d'un intérêt simplement éventuel (dans la perspective des successions où ils pourraient être appelés un jour, a. 187) ; à l'inverse, le Ministère Public ne peut plus agir si le mariage est déjà dissous par le décès de l'un des conjoints (remuer l'affaire en voie d'oubli ferait plus de mal que de bien ; a. 190).

3 | EFFETS DE L'ANNULATION

Ils sont identiques, quelle que soit la cause de la nullité ; mais modulés par la loi selon que les personnes qu'elles risqueraient d'affecter sont innocentes ou non de cette cause. Si l'on appliquait mécaniquement la notion générale de l'annulation, l'anéantissement du mariage devrait être toujours rétroactif. Or, bien souvent, cette rétroactivité est écartée par faveur pour l'innocence. Ainsi, depuis la 1. 3 janv. 1972, la situation des *enfants* doit être complètement mise à part. Mais, même à l'égard des époux, si l'*annulation rétroactive* est le principe théorique, leur bonne foi leur confère le bénéfice du *mariage putatif*, qui se traduit par une *annulation non rétroactive*.

► *Situation des enfants*

Avant 1972, l'annulation du mariage rejaillissait sur les enfants qui en étaient issus, lorsque les *deux* époux avaient été de mauvaise foi, c'est-à-dire avaient connu en se mariant la cause de nullité. Il en résultait que ces enfants étaient nés hors mariage, avaient la condition

d'enfants naturels simples, voire d'enfants adultérins ou incestueux (si la nullité était encourue pour bigamie ou inceste). En revanche, la bonne foi d'*un seul* des deux parents suffisait pour faire d'eux des enfants légitimes.

La l. 3 janv. 1972, modifiant l'a. 202, a porté à son terme logique la faveur de l'innocence : quand bien même les père et mère auraient été *tous deux* de mauvaise foi, le mariage produira ses effets à l'égard des enfants.

Cela signifie avant tout qu'ils ont exactement la condition qu'ils auraient eue si le mariage avait été valable. Ils sont et demeurent *légitimes* malgré l'annulation prononcée. Si, nés avant le mariage, ils avaient été seulement légitimés par lui, le bénéfice de cette légitimation leur reste acquis. C'est surtout dans le cas de bigamie qu'apparaîtra, pour les enfants, l'intérêt pécuniaire du mariage putatif : sans l'a. 202, ils seraient regardés comme enfants adultérins, sujets éventuellement à une restriction de droits successoraux (a. 759 s.).

Si les enfants sont mineurs, l'a. 202, al. 2, dispose qu'il est statué sur l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce. Cependant, l'autorité parentale aura plus de peine à s'exercer en commun, faute de trouver ici l'équivalent de ce qui peut la faciliter en matière de divorce : une procédure organisée de consentement mutuel, aboutissant à une convention homologuée entre les parents.

► *Annulation rétroactive à l'égard des époux*

C'est le principe, bien que ce ne soit pas le cas le plus fréquent. L'hypothèse est que les deux conjoints ont été de mauvaise foi, savaient, en se mariant, que leur union était infectée d'une cause de nullité. La loi les frappe alors sans ménagement : non seulement le mariage cessera de produire des effets postérieurement au jugement d'annulation, mais les effets qu'il avait produits auparavant sont effacés, l'annulation prononcée rétroagit au jour de la célébration (c'est ce que suppose, de façon enveloppée, l'a. 189 : quand un mariage est attaqué pour cause de bigamie, l'époux prétendu bigame peut le défendre en faisant annuler sa première union, car, ce faisant, il recouvre dans le passé son état de célibataire).

Ainsi, après l'annulation, les deux prétendus époux sont considérés comme ne l'ayant jamais été, comme ayant tout au plus vécu en concubinage. On ne peut plus parler de régime matrimonial (si la vie commune a fait naître des intérêts communs, ils pourront être liquidés

comme s'il y avait eu société de fait entre deux étrangers). Il ne peut davantage être question de droits successoraux (même si l'un des époux est mort avant l'annulation), pas plus que d'obligation alimentaire, etc.

► *Annulation non rétroactive à l'égard des époux : théorie du mariage putatif (a. 201-202)*

Lorsque l'un des époux a cru se marier valablement alors que, par suite d'une cause de nullité, il n'en était rien, ce mariage putatif, imaginaire, n'en sera pas moins annulé, mais seulement pour l'avenir : les effets qu'il a pu produire dans le passé sont consolidés, de sorte que l'annulation opère comme une dissolution anticipée, assez comparable à celle qui résulterait d'un divorce.

a) *Conditions du mariage putatif*

Il faut la *bonne foi* d'au moins un des époux. La bonne foi est la croyance erronée en la validité du mariage, l'ignorance de la cause de nullité. Il suffit qu'elle ait existé au moment de la célébration : si le conjoint venait ensuite à découvrir son erreur, il n'en garderait pas moins le droit de faire considérer le mariage comme putatif. La bonne foi est un état psychologique qui doit s'apprécier concrètement. Il n'y a pas à distinguer entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et, dans les deux cas, on considère, par une extension de l'a. 2268, que la bonne foi se présume jusqu'à preuve du contraire (ce qui contribue à la fréquence de l'annulation non rétroactive). Lors même que le jugement prononçant l'annulation aurait omis de statuer sur ses effets, il est admis que le bénéfice de la putativité pourrait être reconnu aux époux dans un jugement postérieur.

La théorie du mariage putatif est applicable à toute cause de nullité, quelle qu'en soit la gravité, qu'il y ait nullité absolue ou relative. Mais on se demande si elle pourrait convenir à un mariage inexistant : il semble irrationnel que, du néant, quelque chose puisse sortir, et l'a. 201 ne parle que du mariage *déclaré nul*. Cependant, la doctrine moderne, qui rejette en général la notion de mariage inexistant, rejette aussi cette conséquence. Elle fait valoir que la jurisprudence n'en a pas moins accordé le bénéfice du mariage putatif dans des cas où, l'union ayant été célébrée par un personnage qui n'avait pas la qualité d'officier de l'état civil, encore qu'il fût revêtu d'une certaine autorité,

on aurait pu dire que le mariage était inexistant (ex. mariage de Français célébré à l'étranger par le ministre d'un culte, alors que la législation du pays intéressé ne reconnaît pas d'effets civils à la cérémonie religieuse). Mais, dans ces espèces, il y avait eu, tout de même, célébration par une *autorité*, radicalement *incompétente* sans doute, plutôt que défaut total de célébration. A l'inverse, il est arrivé à la Cour de cassation de se refuser à traiter une certaine union comme mariage putatif pour le motif qu'elle avait été nouée sans intention sérieuse de fonder une famille (v. *supra*, p. 398). Peut-être faut-il, dès lors, exiger comme conditions du mariage putatif, en plus de la bonne foi, un minimum de célébration par une autorité quelconque et ce que l'on pourrait appeler l'intention matrimoniale — faute de quoi on en viendrait à faire profiter des a. 201-202 tout concubinage couvert d'un simulacre de cérémonie.

b) *Effets du mariage putatif*

Le mariage putatif reste un mariage nul en ce sens qu'il cesse de produire effets à compter du jugement définitif. Mais les effets antérieurement produits sont maintenus au bénéfice des époux ou de l'époux de bonne foi.

1° *Effets à l'égard des époux, dans le cas où tous les deux sont de bonne foi.* — Les droits acquis par eux leur sont, en principe, entièrement conservés. Le principe concerne surtout les rapports pécuniaires. Le régime matrimonial recevra exécution jusqu'au jugement définitif prononçant la nullité ; les donations faites aux conjoints en vue du mariage seront maintenues, etc. Toutefois, les ex-conjoints ne gardent pas leur vocation successorale réciproque, car il n'y a pas là droit acquis, mais simple expectative (au contraire, si l'un d'eux était déjà décédé au moment où intervient l'annulation, l'autre pourrait prétendre dans la succession aux droits des a. 765-767).

2° *Effets à l'égard des époux, dans le cas où un seul est de bonne foi.* L'idée générale est que le conjoint de bonne foi peut se prévaloir des effets du mariage, tandis que l'autre ne le peut. Il est des cas simples, où cette validation unilatérale ne soulève pas de difficulté (ex. si les époux se sont fait des donations dans le contrat de mariage, celui qui est de bonne foi en conserve le bénéfice, l'autre en est privé). Mais d'autres cas se prêtent moins bien à une telle dissociation. C'est surtout vrai du régime matrimonial : on admet que le conjoint de bonne foi peut, à son choix, pour le règlement des relations pécuniaires nées de l'union, soit se référer au contrat de mariage qui avait été conclu, soit invoquer le

droit commun des sociétés de fait ; mais il ne pourrait faire un tri parmi les conventions matrimoniales et n'en retenir que les clauses qui lui sont favorables, il doit tout accepter ou tout rejeter en bloc.

L'affrontement de l'époux de bonne foi et de l'époux de mauvaise foi ressemble fort à la situation qui, dans le divorce pour faute, oppose l'innocent au coupable. Sur le fondement de l'a. 1382, l'époux de mauvaise foi pourra être condamné à dommages-intérêts, comme responsable du préjudice causé à l'autre par l'annulation du mariage (cf. a. 266). Avant la loi de 1975, les juges donnaient volontiers à la réparation la forme d'une pension, par analogie à la pension après divorce. La même analogie peut les conduire aujourd'hui à lui donner la forme de prestations compensatoires (a. 270 s.).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n°s 243 s. ; Esmein sur Aubry-Rau, VII, § 458 s. ; Beudant-Batiffol, n°s 598 s. — Lindon-Bénabent, n°s 1311 s. — Hauser, I, n° 301 s. Cf. Borricand, *Les effets du mariage après sa dissolution ; essai sur la pérennité du lien conjugal*, Aix, 1958 ; Hébraud, *Nullité de mariage et divorce, Mélanges Dauvillier*, 1979, 403 ; J. Rubellin-Devichi, *Les causes du divorce en droit français dans leur rapport avec les nullités de mariage, L'Année canonique*, 1989, 103 s. ; Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, 1990, spéc. sur le mariage annulé, n°s 168-193.

HISTOIRE

Le système du C.C. doit trop au droit canonique pour que la consultation de l'ouvrage classique d'A. Esmein (*Le mariage en droit canonique*) ne reste pas très utile. Cf. A. Lefebvre-Teillard, *Rev. Droit Canon (XXXII)*, 1982, 145.

SOCIOLOGIE

Dans l'Ancien Droit, où en l'absence de divorce, elles étaient la seule issue ouverte à qui voulait faire tomber le lien matrimonial, les nullités de mariage, bien que relativement plus pratiquées que de nos jours, étaient loin de donner lieu à un usage de masse ; et malgré l'étendue des empêchements canoniques pour parenté ou alliance, ce n'était peut-être pas là que gisait la cause la plus fréquente d'annulation (cf. J.-Ph. Lévy, *Études Le Bras*, 1965, p. 1267). Présentement, l'institution n'a plus qu'une importance minime, en comparaison de la marée des divorces : en 1990, 132 actions accueillies, 52 rejetées, sans commune mesure avec les affaires de divorce.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Une politique de restriction des divorces – idéal récurrent, 1816, 1941 – devrait s'accompagner d'un élargissement des nullités, le tout, présentant d'ailleurs une certaine allure confessionnelle, puisque l'Église catholique, qui condamne le divorce, accepte au contraire les nullités : l'indissolubilité, en effet, ne s'attache au lien que s'il est valable. Cependant, la partie, dans l'état des mœurs, serait fort inégale, car il restera toujours, pour la théorie des nullités, l'impossibilité de saisir les événements postérieurs à la célébration du mariage ; or, ce sont ces événements, c'est l'imprévision matrimoniale qui est le plus habituellement à l'origine du désir de rupture. En élargissant la notion de l'erreur sur la personne (a. 180), la l. 11 juill. 1975 a fait un peu mieux qu'un geste en faveur de la théorie des nullités. Le projet initial contenait dans le même sens une disposition qui a été abandonnée en cours de route par des gouvernants peu imaginatifs : se référant à la jurisprudence qui regardait comme injures, causes de divorce, certaines dissimulations antérieures au mariage (cf. *supra*, p. 517), il prévoyait que le juge pourrait, en pareil cas, même d'office, prononcer une annulation au lieu du divorce demandé, si du moins la demande en divorce avait été formée dans les six mois de la célébration de l'union. Au demeurant, il y a aussi, en législation, une attraction (qui va dans la direction contraire) des règles du divorce sur celles de l'annulation (ex. a. 202).

THÉORIE JURIDIQUE

a) *La maxime : Pas de nullité sans texte en matière de mariage.* — Très forte chez les exégètes du XIX^e s., dans un dessein de défense de l'institution (et de la légitimité des enfants), elle ne s'est pas laissée si aisément effacer des esprits. Ce qui explique les hésitations à sanctionner la fraude à la loi dans les mariages de complaisance et, par réaction, en 1993, les lois *Pasqua* (v. *supra*, p. 399).

b) *L'inexistence.* — Il semble que ce soient Aubry et Rau (V, 4^e éd., t. V, § 450 et s.), qui aient introduit la notion de mariage inexistant dans la doctrine française pour échapper aux conséquences de la maxime précitée. Aucun article ne prononce la nullité pour les cas d'identité de sexe, d'absence totale de consentement, de défaut absolu de célébration ; pourtant, il est impossible d'admettre qu'il y ait dans de tels cas un mariage valable : on le dira alors inexistant, Civ. 6 avr. 1903, S. 04, 1, 273, n. Wahl, avait paru, *dans ses motifs*, accueillir l'idée que la différence de sexe est essentielle à l'existence même du mariage (on ne soupçonnait pas encore les revendications des homosexuels), mais son dispositif était étranger au problème. La doctrine moderne, réprouvant en thèse générale la distinction de l'inexistence et de la nullité absolue (v. t. IV, n^o 104), ne pouvait que se montrer hostile à cette notion de mariage inexistant (v. Beudant-Batiffol, II, n^o 606 ; P. Esmein, sur Aubry-Rau, 6^e éd., VII, § 450 ; et, non sans nuances, Planiol-Rouast, n^o 256). La conception d'Aubry et Rau n'était pas, cependant, injustifiable. On a eu tort de la présenter comme imposée par une sorte de nécessité rationnelle (ex. Bonnacase, *Supplément*, II, n^{os} 74 s.), alors qu'elle répondait à des fins très pratiques, ainsi que le soulignent les indications du droit comparé, où se retrouve la notion du non-mariage (*Nichtehe* des droits suisse et allemand). Il s'agit

avant tout de défendre le monopole de l'état civil, donc de l'État, contre les empiétements d'autorités concurrentes (c'est sur cette hypothèse qu'il eût fallu argumenter, bien plutôt que sur l'identité de sexe ou l'absence de consentement). Le C.C. n'aurait pas accepté, en 1804, de traiter comme mariage simplement nul, pouvant ainsi produire des effets au bénéfice de la bonne foi, le mariage contracté seulement devant un prêtre. On objectera les arrêts, qui, au XX^e s., ont reconnu les faveurs du mariage putatif à l'union célébrée par un rabbin en Algérie (Req. 14 mars 1933, S. 33, I, 168), par un prêtre en Suisse (contrairement à la loi helvétique, Bordeaux, 16 juin 1937, S. 38, 2, 62) : si ces unions ont été considérées comme putatives, sans doute étaient-elles simplement nulles, malgré le défaut de célébration par un officier de l'état civil. La réponse est que notre principe suivant lequel l'intervention de l'État est nécessaire à l'essence même du mariage, n'a valeur d'un absolu qu'en droit purement interne, pour des mariages entre Français et sur le territoire métropolitain (v. l'idée de la III^e République : « l'anticléricalisme n'est pas un article d'exportation »). Ailleurs, le droit français se désintéresse du monopole étatique, et le pluralisme des autorités matrimoniales ne lui paraît pas aller contre sa politique, si bien que l'union célébrée par un personnage sans qualification légale sera tout au plus nulle pour incompétence radicale, non point inexistante pour défaut de célébration – pourvu, toutefois, qu'il y ait eu une célébration, un rite, l'appel à quelque chose de supérieur aux volontés individuelles, faute de quoi ce ne serait que concubinage.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Conditions du mariage putatif.* — La bonne foi se présume : Civ. 5 nov. 1913, D. 14, 1, 281 ; Civ. 15 janv. 1980, *Bull.*, n^o 26. On avait objecté que le mariage putatif est un *jus singulare*, un *bénéfice*, et qu'il incombe à ceux qui s'en prévalent de justifier de toutes ses conditions d'application. Mais l'a. 2268 n'a-t-il pas une portée générale, comme règle de sociabilité ? L'erreur de droit peut fonder la bonne foi : Civ. 8 janv. 1963, D. 63, 341 ; Civ. 14 déc. 1971, D. 72, 179 ; Civ. 28 mai 1991, D. 92, 121 ; Paris, 31 déc. 1925, D.H. 26, 58 (dans des affaires internationales). S'il s'agissait du droit français, ce qui advient rarement, on pourrait opposer à celui qui tient absolument à se dire marié, alors qu'il lui serait loisible de se contenter de l'union libre, que, nourrissant une telle préférence pour le droit, il aurait dû faire l'effort de s'en informer davantage.

b) *Effets du mariage putatif.* — La pratique déjà ancienne consistant à faire indemniser le conjoint de bonne foi par le conjoint de mauvaise foi peut s'appuyer sur le principe général de l'a. 1382. Mais l'amorce d'analogie introduite en 1972 dans l'a. 202 conduit aujourd'hui à calquer les conséquences pécuniaires de l'annulation sur celles du divorce. Civ. 2 oct. 1984, *Bull.*, n^o 242 : l'indemnisation se fera sous la forme d'une pension (dont le non-paiement sera sanctionné par l'a. 227-3 N.C.P.), comme en matière de divorce. Plus clairement encore, Civ. 23 oct. 1990, D. 91, 214, n. Mascala, *J.C.P.*, 91, 2, 21774, n. F. Monéger, *Rép. not.*, 91, 283, n. Massip, déclare les a. 270 s. sur la prestation compensatoire applicable en tant que de raison à la rupture du mariage résultant de la nullité (cf. Hauser, D. 91, chr. 56 ; F. Boulanger, n. D. 96, 156).

2 / La séparation de corps

La séparation de corps est un relâchement du lien matrimonial résultant d'un jugement qui dispense les époux de l'obligation de vivre ensemble.

A la différence du divorce, la séparation de corps existait dans notre Ancien Droit, qui l'avait reçue du droit canonique. Ne brisant pas le lien matrimonial, elle est, en effet, par elle-même, compatible avec les positions de l'Église catholique sur le caractère sacramentel du mariage.

Elle ressemble au divorce, en ce qu'elle est, comme lui, un remède à l'altération des relations affectives entre les époux. Aussi peut-on étudier les deux institutions en *parallèle*. Mais, laissant subsister le lien matrimonial, la séparation n'a pas le caractère définitif et radical du divorce : elle peut prendre *fin du vivant des époux*, soit par retour à l'état conjugal antérieur (*réconciliation*), soit par passage au divorce (*conversion*).

I | PARALLÈLE DE LA SÉPARATION DE CORPS ET DU DIVORCE

Les textes qui régissent la séparation de corps (a. 296-309), sont assez laconiques, mais ils renvoient pour partie à la réglementation du divorce (a. 298, 302, 303, 304), et la jurisprudence a parfois admis l'extension analogique des dispositions du divorce à la séparation de corps.

► Causes

Elles sont identiques à celles du divorce (a. 296). On y retrouve donc :

— La *faute* (le juge ne saurait se contenter, pour la séparation de corps, de fautes moins graves que pour le divorce, sous prétexte que l'atteinte au lien qui en résulte est moins prononcée, car la séparation de corps pourra, sur simple demande, se transformer en divorce au bout de trois ans).

— La *rupture de la vie commune* (bien que la séparation de corps n'ait ici qu'un intérêt restreint, puisqu'elle se borne à régulariser en droit une situation qui, par hypothèse, s'était déjà réalisée en fait, sans permettre pour autant au demandeur de « refaire sa vie » par un remariage).

— Le *double aveu* (pour cette cause en demi-teinte, un aboutissement en demi-teinte n'a rien d'inattendu).

— Le *consentement mutuel* (quoique l'a. 296 suppose sans y prendre garde la demande de *l'un* des époux, alors que la demande devra ici être conjointe).

Le choix entre la voie du divorce et celle de la séparation de corps ne dépend que du demandeur, ou de l'accord des deux époux dans le cas du consentement mutuel. Le juge saisi d'une demande en divorce ne pourrait y substituer d'office la séparation de corps (ou réciproquement), au motif qu'il apercevrait (ou n'apercevrait pas) un espoir de réconciliation.

► Procédure

Elle est identique à celle du divorce (a. 298, a. 1139 C. Pr. C.). Il faut seulement relever les particularités qui découlent de la coexistence des deux voies. De même qu'il est loisible de répondre à une demande en divorce par une demande en séparation de corps (hormis le cas de l'a. 241, al. 2 ; cf. *supra*, p. 532), il est permis de répondre à une demande en séparation de corps par une demande en divorce (a. 297, al. 1). Si une demande est accueillie, l'autre rejetée, le jugement prononce le divorce ou la séparation, suivant l'objet de la demande accueillie. Si les deux demandes sont accueillies à la fois, c'est le divorce qui est prononcé (a. 297, al. 2). Le lien ne pouvait être simultanément relâché et dissous : la loi a choisi d'absorber la moins grave des deux solutions dans la plus grave. Le succès de la demande en séparation demeure acquis, cependant, quant au profit de la décision, à ses effets secondaires, car le divorce sera prononcé aux torts partagés.

L'époux qui a engagé la procédure sur la voie du divorce peut, en cours d'instance, se rabattre sur la séparation de corps. Mais, à l'inverse, ayant commencé par la séparation de corps, il ne pourrait ensuite bifurquer vers le divorce (a. 1076). La loi réserve ici sa faveur à la solution la moins destructrice du lien — d'autant que le choix de cette solution avait pu être, entre les parties, la condition d'un arrangement tacite sur les effets secondaires de l'action.

Effets

A cet endroit, les contrastes deviennent essentiels :

a) *Effets dans les rapports personnels*

Ils se résument dans une double proposition : il y a *relâchement*, mais *survie* du lien de mariage (a. 299).

1° *Relâchement du lien*. — L'obligation de vie commune qu'imposait l'a. 215 est supprimée : c'est l'effet capital qui était recherché. Non seulement il ne peut plus y avoir de domicile conjugal (si les mesures provisoires en cours d'instance ne l'avaient déjà fait disparaître, a. 108-1), mais il ne peut plus y avoir de résidence commune. Plus largement, les époux vont vivre désormais dans une réciproque indépendance. Où iront les enfants mineurs ? Les règles du divorce sont applicables (a. 304).

2° *Survie du lien*. — Séparés de corps, les époux gardent dans leurs rapports mutuels la qualité d'époux. Un nouveau mariage leur est donc interdit, à peine de bigamie. Bien plus, ils continuent à être tenus du devoir de fidélité, de sorte qu'ils peuvent encore se rendre coupables d'adultère. De l'adultère ainsi commis par l'un l'autre peut se prévaloir pour demander immédiatement le divorce en vertu de l'a. 242, sans avoir besoin d'attendre les trois années requises pour la conversion de la séparation. Le mariage subsistant, il est logique de maintenir à la femme l'usage du nom du mari : un jugement peut, toutefois, lui défendre de le porter (a. 300).

b) *Effets dans les rapports pécuniaires*

Ils sont marqués de la même ambiguïté.

1° En corrélation avec le *relâchement* du lien, le régime matrimonial (notamment le régime de communauté, le plus répandu) prend fin, remplacé par une séparation de biens, qui s'instaure de plein droit, sans que le jugement de séparation de corps ait à en décider (a. 302). C'est, au fond, tout autre chose que la séparation de biens que l'on étudie comme un type de régime matrimonial, séparation conventionnelle (a. 1536 s.) ou même séparation judiciaire, sanctionnant une mauvaise gestion pécuniaire, voire (ce qui pourrait sembler plus proche) une inconduite (a. 1443). Ce que l'on appelle *séparation de biens accessoire à la séparation de corps* est la négation de tout

régime matrimonial. Car le minimum d'un régime matrimonial, c'est l'organisation de la contribution des époux aux charges du ménage. Or, ici, par hypothèse, il n'y a plus de ménage, faute de vie commune.

2° En corrélation avec la *survie* du lien, le devoir de secours de l'a. 212 persiste. Il se détache même plus nettement qu'auparavant, parce que, au lieu de s'exécuter pour ainsi dire inconsciemment par le seul fait de la vie commune et par la contribution de chacun aux charges du ménage, il prend la forme d'une *pension alimentaire* que l'époux qui en a les moyens est condamné à payer à l'époux nécessiteux (a. 303). A la différence des prestations compensatoires ou même des pensions alimentaires après divorce, qui peuvent être influencées par des considérations d'imputabilité subjective ou objective (a. 280-1, 281 ; cf. *supra*, p. 579), la pension alimentaire après séparation de corps est absolument indépendante de l'attribution des torts (a. 303, al. 2), car elle ne dépend que du mariage. Il peut donc arriver qu'elle soit allouée à l'époux qui doit s'imputer les torts exclusifs de la séparation. Cependant, le droit commun de l'obligation alimentaire, en l'occurrence l'a. 207, al. 2, pourra permettre en pareil cas d'écarter la condamnation ou du moins de la modérer. Et comme, à l'opposé, l'a. 280-1, al. 2, montre que l'exclusivité des torts n'empêche pas toujours une allocation au profit du coupable, il faut constater que les deux systèmes ne sont pas sans points de convergence. Une certaine attraction des règles du divorce sur celles de la séparation se manifeste d'ailleurs en ceci, que le versement de la pension alimentaire pourra être remplacé par la constitution d'une maintenance, dans les conditions de l'a. 285, auquel renvoie l'a. 303, al. 3. Autre extension analogique possible, par le renvoi de l'a. 304 : les dommages-intérêts de l'a. 266.

3° Dans la *vocation successorale* du conjoint survivant, telle que prévue à l'a. 301, les deux idées s'amalgament, la *survie* du lien et son *relâchement*. Parce que la qualité d'époux subsiste, la qualité d'héritier persiste en principe, tandis qu'un divorce l'aurait absolument effacée. Mais, comme les rapports conjugaux ont tout de même été altérés par la séparation, une distinction, qui est morale, se justifie : le conjoint à qui la séparation est entièrement imputable est déchu de son titre d'héritier. Le titre est donc conservé par le conjoint innocent et même par les deux conjoints réputés coupables lorsque les torts sont partagés — sauf à remarquer que le titre, en fait, sera alors fragile, car l'époux, n'étant pas héritier réservataire, risque fort d'être déshérité en représailles.

2 | ÉVÉNEMENTS QUI METTENT FIN A LA SÉPARATION DE CORPS DU VIVANT DES ÉPOUX

Il s'agit tantôt d'un événement (rare) qui resserre le lien conjugal relâché : la *réconciliation* des époux, tantôt d'un événement (fréquent) qui consomme la rupture : la *conversion de la séparation de corps en divorce*.

► La réconciliation

a) Conditions

Elle suppose dans ses *conditions* (a. 305, al. 1) un élément matériel, la reprise de la vie commune (ou du moins, un rapprochement, une reprise des relations intimes, qui laisse présager la reprise de la vie commune) et un élément psychologique, le consentement des deux époux. La réconciliation ne peut être unilatérale, consister dans le simple désir qu'éprouve un conjoint, fût-ce le conjoint innocent, de reprendre la vie commune. Le jugement de séparation de corps a fait naître des droits au profit des deux époux, même du coupable, et il faut que celui-ci renonce à la situation qui s'est ainsi créée en sa faveur. La réconciliation se présente donc comme un accord de volontés entre les deux époux séparés de corps.

Cette convention n'est soumise à aucune condition de forme. L'a. 305, al. 2, prévoit bien la rédaction d'un acte notarié ou une déclaration à la mairie avec mention en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance ; mais c'est une mesure de publicité, qui n'est requise que pour l'opposabilité aux tiers, et qui est d'ailleurs peu pratiquée, parce que fort peu utile, les droits des tiers (ex. des fournisseurs, a. 220, al. 1) étant accrus plutôt que diminués par le rétablissement de la vie commune.

b) Effets

Dans les *rappports personnels* entre les époux, la réconciliation efface la conséquence essentielle de la séparation de corps, en restaurant l'obligation de communauté de vie. Et l'obligation restaurée a

même reçu d'avance un début d'exécution, puisque la reprise effective de la vie commune est nécessaire pour qu'il y ait réconciliation. Il semble que cette condition préalable aura impliqué, par le fait même, l'accord des époux sur le choix d'une résidence de la famille au sens de l'a. 215. En revanche, chacun des deux pourra, dans le cadre de l'a. 108, conserver à titre de domicile distinct celui qu'il s'était constitué pendant la séparation de corps.

Dans les *rappports pécuniaires*, la réconciliation n'a pas pour effet de rétablir automatiquement le régime matrimonial antérieur. Sans doute, puisque de nouveau il y a vie commune, il faut que les époux contribuent aux charges du ménage, mais ils y contribueront à travers la séparation de biens, laquelle demeure en place, revêtue désormais, toutefois, de la pleine signification d'un régime matrimonial. Les époux pourraient, du reste, convenir de reprendre le régime qui était le leur avant la séparation de corps, ou même convenir d'un régime différent. Mais ils devraient pour cela observer le droit commun des changements de régime matrimonial (a. 1397).

► La conversion de la séparation de corps en divorce

La séparation de corps, parce qu'elle impose un « célibat » à des gens qui ont déjà goûté du mariage, peut paraître une situation anormale. Aussi est-il humain de prévoir qu'elle puisse être convertie en divorce. Mais la conversion peut être ouverte plus ou moins largement : c'est le lieu d'un affrontement possible entre partisans et adversaires de l'indissolubilité. Avec la l. 11 juill. 1975, qui a innové, il faut distinguer trois types de conversion (a. 306-309).

a) La conversion par volonté unilatérale

C'est le prototype, et probablement le type le plus usité. Toutes les séparations de corps peuvent y aboutir, pour quelque cause qu'elles aient été prononcées, *hormis les séparations prononcées sur demande conjointe* (a. 307, al. 2).

1° Conditions. — Il en est deux :

- la *volonté* de l'un quelconque des époux, sans considération du rôle qu'il pouvait tenir dans l'instance en séparation (et pour raisonner sur le cas de la séparation pour faute, aussi bien le coupable que l'innocent peut demander la conversion) ;

— l'expiration d'un *délai de trois années*, à compter du jour où le jugement de séparation est devenu définitif jusqu'au jour où la demande de conversion est introduite (c'est un principe procédural que le juge doit se reporter à la date de la demande pour vérifier si les conditions en sont remplies).

Les deux conditions étant réunies, la conversion est *de droit* : le demandeur n'a pas à en fournir de motifs, et le juge ne saurait la refuser, ni en partant d'une appréciation des faits (trop graves ou même, à l'inverse, trop peu graves) qui avaient motivé la séparation, ni en arguant de faits qui se seraient produits pendant la séparation, ni même en invoquant un espoir perceptible de réconciliation.

2° *Procédure*. — C'est la procédure ordinaire devant le J.A.F. (a. 1142), la procédure applicable au divorce à partir de l'assignation. Mais l'instruction et le débat se trouvent simplifiés (a. 1146), car il n'y a plus à revenir sur la cause de la désunion ni sur son imputabilité, qui ont été fixées par le jugement de séparation et seront obligatoirement transposées dans le jugement de divorce (a. 308). Le procès n'est rouvert que sur les conséquences (prestations compensatoires, exercice de l'autorité parentale) ; c'est le seul objet sur lequel une demande reconventionnelle est recevable (a. 1142, al. 2).

3° *Effets*. — Le lien, déjà relâché, est maintenant dissous. D'où cet effet principal, qui était le plus souvent l'effet recherché : la liberté d'un nouveau mariage (a. 309).

Mais il s'opère, en même temps, une transformation dans les relations juridiques des conjoints. De séparés de corps devenus divorcés, ils ont perdu la qualité d'époux qui fondait la survie du devoir de secours et, partant, l'allocation d'une pension alimentaire insensible à l'attribution des torts. Entre eux, il n'y a plus de place que pour les effets pécuniaires du divorce, dont les bases — l'idée de compensation forfaitaire, parfois celle de responsabilité — sont toutes différentes. De là, des incidences remarquables de la conversion. Si le jugement de séparation avait accordé une pension alimentaire à un époux, bien qu'il eût à s'imputer des torts exclusifs, ou même bien qu'il eût pris l'initiative de la demande dans le cas des a. 237 s., le jugement de conversion la fera automatiquement tomber. Si elle avait été accordée à un époux innocent ou à demi coupable, elle pourra éventuellement se retrouver en faisant peau neuve, sous la forme de la rente forfaitaire prévue par l'a. 276 ; mais il est plus conforme à l'esprit des règlements pécuniaires après divorce de chercher d'abord à constituer une maintenance selon l'a. 274. Finalement, ce n'est que lorsque, dans le cas des

a. 237 s., une pension alimentaire aura déjà été allouée, après séparation, à l'époux défendeur que s'établira par-delà la conversion la continuité des effets pécuniaires.

b) *La conversion par consentement mutuel*

Le législateur de 1975 ayant admis les demandes conjointes à dissoudre directement le lien matrimonial, il était logique qu'il les admît aussi à le dissoudre au second degré, par conversion de la séparation (a. 307, al. 1). La demande conjointe s'adapte à toutes les séparations de corps, quelles qu'en aient été la cause et l'imputabilité. Toutefois, quand la séparation avait été prononcée elle-même sur demande conjointe, elle ne peut être convertie par volonté unilatérale (a. 307, al. 2), si bien que la demande conjointe acquiert alors un monopole, qui en fait comme une variété distincte de conversion (*infra, c*).

1° *Conditions*. — Cette sorte de conversion est à la fois plus facile et plus difficile que la précédente :

- plus facile, en ce qu'elle ne nécessite pas le délai de trois ans, ni même *aucun délai* ;
- plus difficile, en ce qu'elle exige l'accord des deux époux ; or, celui qui a demandé et obtenu la séparation de corps nourrira fréquemment une hostilité de principe au divorce.

Le juge, en tout cas, doit vérifier la réalité et la liberté des consentements donnés à la conversion, comme s'il s'agissait d'un consentement mutuel au premier degré (a. 232, al. 1). En ce sens, cette conversion n'est pas aussi automatique que la conversion par volonté unilatérale.

2° *Procédure*. — C'est, transposée (a. 1143-1144), celle qui est suivie pour le divorce sur demande conjointe. Elle se déroule devant le J.A.F., qui a à exercer le même pouvoir de contrôle sur les conventions. C'est, cependant, une procédure allégée : ainsi, les époux n'ont pas à présenter une convention temporaire (la séparation de corps, par son économie même, en a fourni l'équivalent) ; leur audition n'est pas indispensable.

3° *Effets*. — Ce sont ceux d'un divorce sur demande conjointe (a. 268, 278 s.).

c) *La conversion sous condition de consentement mutuel*

On retrouve, au fond, la conversion par consentement mutuel dont il vient d'être traité : conditions, procédure, effets sont identiques.

Néanmoins, de ce qu'elle fait suite à une séparation de corps qui procédait elle-même d'une demande conjointe, la conversion tire ici cette particularité capitale d'être rigoureusement subordonnée à un nouvel accord des époux ; la volonté unilatérale est absolument exclue en tant que voie parallèle. On peut dire que le *consentement mutuel* sur le principe même de l'opération est la *condition de la conversion* (a. 307, al. 2). Si la loi de 1975 a ainsi enfermé les époux dans leur condition d'époux séparés en leur interdisant de la transformer par volonté unilatérale, c'est apparemment qu'elle a considéré qu'en formant une première demande conjointe, chacun s'était engagé envers l'autre non seulement à demander la séparation de corps, mais aussi, tacitement, à n'en pas demander la conversion. Il reste, toutefois, permis à un époux de former une demande en divorce à titre principal, s'il peut se prévaloir d'une cause légale (on pense notamment à la séparation de fait, dans l'a. 237).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Planiol-Rouast, n^{os} 658 s. ; Esmein, sur Aubry-Rau, VII, § 482 s. — Après 1975, D. Huet-Weiller, II, n^{os} 592 s. — Massip, n^{os} 216 s. ; Groslière, n^{os} 252 s. ; Lindon-Bénabent, n^{os} 1206 s. — C. Watine-Drouin, *La séparation de corps*, Th. Paris, 1984 ; C. Saujot, *La séparation de biens accessoire à la séparation de corps*, D. 86, chr. 11.

HISTOIRE

L'institution (*divortium quoad torum et mensam*, mais non *quoad vinculum*) s'est formée en Droit canonique (v. A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 106 s. ; A. Lefebvre-Teilhard, n^o 115, 135) ; elle fut réglementée à l'époque monarchique par la jurisprudence des parlements (elle était possible pour adultère de la femme, pour sévices ou abus d'autorité du mari). Devant la Réforme (Luther : c'est un mariage qui n'existe plus qu'en peinture et en rêve), puis devant la Révolution (le d. 20 sept. 1792 l'abolit), elle a souffert de son origine ecclésiastique (plutôt que biblique), et aussi, plus humainement, d'avoir quelque chose de contradictoire avec les fins du mariage. L'évolution postérieure au C. Nap. s'est faite dans l'ombre de la question du divorce. Un tournant décisif fut marqué par la loi du 6 juin 1908 (due à l'influence du parti radical) : en permettant à l'un quelconque des conjoints, même au coupable, d'imposer la conversion en divorce au bout de trois ans, elle enleva à la séparation de corps son intérêt pour les demandeurs catholiques, qui y avaient vu un moyen de préserver l'indissolubilité du lien tout en faisant cesser la vie commune. Il y eut une tentative du

gouvernement de Vichy, dans la l. 2 avril 1941, pour rendre à l'institution un peu de son importance : dans les trois premières années du mariage, seule pouvait être demandée la séparation de corps, non le divorce (ancien a. 306, al. 1) ; la conversion n'était plus obligatoire pour le juge que si elle était demandée par le conjoint innocent (ancien a. 310, al. 1 ; demandée par le coupable, elle laissait place à un pouvoir d'appréciation, où l'on faisait parfois entrer les convictions religieuses de l'innocent ; cf. n. D.C. 1944, 88). L'o. 12 avr. 1945 (retour à la légalité républicaine) ne laissa rien subsister de cette tentative. Mais, d'une façon inattendue – au moins pour ceux qui ne veulent pas croire que l'histoire continue de peser sur notre droit – la l. 11 juill. 1975, dans l'a. 307, al. 2, a fait une concession à la thèse canonique.

SOCIOLOGIE

A. Boyer, *La séparation de corps, étude sociologique*, Th. Lyon, 1968 ; B. Schnapper, *La séparation de corps de 1837 à 1914, essai de sociologie juridique*, in *Voies nouvelles en histoire du droit*, Poitiers, 1991, 493. — Dans la période (1816-1884) où elle a été la seule solution juridique des crises conjugales, le rôle de la séparation de corps, comparé au rôle actuel du divorce, est resté très faible (en 1836-1840, 565 par an ; en 1883, 3 010). Pour la période 1936-1967, v. Roussel, *Pop.*, 1970, 275 s. — Les zones de plus grande fréquence se rencontrent dans l'Ouest, le Massif central, en corrélation avec la pratique religieuse. En 1990, 9 768 séparations de corps furent prononcées, dont 1 171 sur requête conjointe (au fond, des pactes de séparation amiable mis en forme judiciaire), 711 sur demande acceptée, 114 et 19 pour rupture de la vie commune, 7 753 pour faute. Donc une résistance de l'institution. En 1987, on avait noté : initiative des deux, 25 % des cas ; du mari, 15 % ; de la femme, 60 % (corrélation peu niable avec la pratique religieuse) et des 1 529 conversions prononcées, 290 l'avaient été sur demande conjointe. — La durée moyenne entre la séparation et la conversion était, en 1970, légèrement supérieure à cinq ans.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Elle ne peut ici être dissociée de la politique religieuse. Les périodes d'alliance déclarée entre l'État et l'Église (1816-1880, 1940-1944) font monter la séparation de corps, les périodes d'anticléricalisme (1884-1910) la font redescendre. Entre les deux guerres, les partis avancés (invocant l'intérêt des enfants adultérins en attente de légitimation) s'accrochèrent à faire réduire de trois à deux ans le délai de la conversion – sans y réussir autrement que dans un texte de circonstance (d.-l. 29 nov. 1939, abrogé par la l. 2 avr. 1941, D.C. 41, L. 78). Depuis la Seconde Guerre mondiale, la politique religieuse de la France se résume dans un compromis tacite entre l'Église catholique et l'ensemble des partis (y compris les partis de gauche, du moins en la personne de leurs dirigeants). Ce compromis protège la séparation de corps, en tant que garante des convictions religieuses d'une partie de la population (symptomatique, Paris, 10 avr. 1973, *J.C.P.*, 74, 2, 17680, n. [critique] Depitre : il est d'ordre public international, c'est-à-dire exigé par la conception française du droit, qu'une législation étrangère prévoie la possibilité de recourir à une institution de ce genre). Dans le remuement

d'idées qui a précédé la réforme de 1975, le projet de l'Association nationale des Avocats, première rédaction, supprimait par préterition la séparation de corps : c'était s'illusionner sur la force de courants progressistes qui étaient certes très voyants, mais non pas dominants dans le catholicisme du moment (depuis lors ils ont encore décliné). La loi de 1975 a tenté un nouveau compromis : d'un côté, le délai de conversion est supprimé s'il y a consentement mutuel ; de l'autre, la séparation n'est plus convertible unilatéralement quand elle a été prononcée sur demande conjointe. Toutefois, la balance n'est pas égale, car il est improbable que l'époux qui n'avait pas voulu d'abord du divorce s'y rallie par la suite. Et finalement l'impression peut prévaloir que notre droit positif consacre désormais une séparation de corps quasi inconvertible, selon les vœux des partis sensibles à l'influence de l'Église catholique, alors que, sous la III^e République, les partis laïques s'étaient donné beaucoup de mal pour accélérer la convertibilité. La décision a, sans doute, été prise en connaissance de cause par le gouvernement et même le parlement. Aucun parti, aujourd'hui, n'aime regarder la question religieuse en face : à gauche, parce qu'elle gêne le schéma marxiste, selon lequel comptent seules les solidarités de classe ; à droite, parce que l'on craint qu'à trop l'évoquer elle ne réveille les démons anticléricaux.

THÉORIE JURIDIQUE

a) Il existe plusieurs conceptions de la séparation de corps :

1^o *Divorce des catholiques*. Suivant un aphorisme répandu, ce serait à ce titre que la séparation de corps aurait été maintenue dans le C. Nap., puis dans la loi de 1884. Mais il faut s'entendre sur le sens de l'expression. Elle peut signifier : la forme de démariage qui est *obligatoire* pour les catholiques. Telle a pu en être la signification dans des législations directement articulées sur le droit canonique (Italie, Espagne, avant 1970, 1981) – avec les difficultés inhérentes à tout système confessionnel (critères de l'appartenance, conflit entre deux appartenances ou non-appartenances, mutabilité de l'appartenance). Mais l'interprétation française est évidemment différente : c'est une solution des mésintelligences conjugales qui est offerte aux catholiques parce qu'elle est compatible avec leurs convictions, comme un succédané du divorce, mais purement facultatif, et d'ailleurs ouvert aussi bien aux non-catholiques – ce qui rend superflue toute recherche d'appartenance. Le système est libéral : il tend à assurer le respect des convictions religieuses sans le lier à un étroit confessionnalisme. Sa faiblesse est qu'il n'assure qu'imparfaitement ce respect, car, à l'état pur, la notion du *divorce des catholiques* impliquerait que l'indissolubilité du mariage fût indéfiniment préservée, donc qu'il n'y eût pas de conversion en divorce. La loi de 1975 a voulu faire quelque chose pour y remédier, mais, suivant la même méthode, elle a utilisé, dans l'a. 307, al. 2, un instrument confessionnellement neutre, la force obligatoire des conventions.

2^o *Divorce atténué* (démariage moins grave que l'autre, puisque subsiste le lien, outre certains effets du mariage) : d'où, logiquement, le juge pourrait se montrer moins exigeant pour prononcer la séparation de corps que le divorce. Cette conception suppose que les époux ne puissent ensuite passer, du moins passer sans un nouveau contrôle judiciaire, de la séparation au divorce. Cette conception a été celle de la jurisprudence de 1884 à 1908 (période où la conversion n'était jamais obligatoire) : malgré

l'identité voulue par l'[ancien] a. 306, les causes de séparation de corps étaient souvent interprétées plus largement que celles de divorce (ex. Req. 11 janv. 1887, D. 87, 1, 334 ; Civ. 8 janv. 1900, D. 00, 1, 293).

3^o *Prélude du divorce*. C'est la conception qui s'impose, aujourd'hui que la conversion est obligatoire sur simple demande de l'un quelconque des époux à l'expiration d'un délai de trois ans. La séparation apparaît en somme, comme un dernier délai d'attente, de réflexion et, éventuellement, de réconciliation, après les délais possibles de l'a. 252-2.

b) *Le droit à la conversion* contribue à modeler la physionomie de la séparation de corps elle-même. Plusieurs systèmes, ici encore, sont concevables sans qu'il y ait nécessairement corrélation avec les précédents :

1^o *Le droit appartient au seul conjoint coupable*. Ce système, qui n'est paradoxal qu'en apparence, était celui du C.C. de 1804. La séparation était conçue comme un *temps de pénitence* pour le coupable, mais, une fois que celui-ci avait *expié*, il avait le droit d'en sortir : l'autre devait ou lui pardonner ou lui rendre sa liberté (toutefois, la femme adultère ne bénéficiait pas du système ; ancien a. 310).

2^o *Le droit appartient au seul conjoint innocent*. Le système avait été proposé en 1884 ; la l. 2 avr. 1941 en avait retenu un élément : demandée par l'innocent, la conversion était obligatoire ; demandée par le coupable, elle n'était que facultative. La séparation se manifeste alors comme une *peine perpétuelle* (célibat forcé), avec droit de grâce réservé à la victime.

3^o *Le droit appartient également aux deux conjoints*. C'est la position de principe du droit positif français : la séparation y présente les caractères d'un temps d'épreuve, auquel s'ajoute la présomption légale d'un espoir de réconciliation, la présomption, après trois ans, cédant devant la première volonté contraire, manifestée par l'un des époux sous la forme d'une demande de conversion.

4^o *Le droit appartient indivisiblement aux deux conjoints*. La conséquence est qu'il ne peut être exercé que d'un commun accord, sur demande conjointe. C'est la conception de la loi de 1975 dans le cas particulier de l'a. 307, al. 2. En creusant davantage, on trouverait l'idée que le droit à la conversion a une nature contractuelle, qu'il est donc susceptible de renonciation.

PRATIQUE JUDICIAIRE

Les arrêts sont rares, plus qu'à proportion de la rareté de l'institution et ils le seraient encore davantage s'il n'y avait la conversion. La séparation de corps se vit assez tranquillement tant que ne vient pas à l'un des époux l'envie d'en sortir.

a) *Décisions*. — On en rencontre : 1^o sur la *cause*, Civ.² 28 janv. 1987 (reproduction de l'a. 242), *J.C.P.*, 87, 4, 110 ; 2^o sur la *pension alimentaire*, Civ.² 11 févr. 1981 (application de l'a. 207, al. 2), D. 82, *I.R.*, 40 ; Civ.² 5 mars 1997, *J.C.P.*, 97, 2, 22853 (maintien [paradoxal] de la pension de l'a. 303 à l'époux demandeur pour rupture de la vie commune) ; 3^o sur des difficultés de procédure, Civ.² 24 nov. 1993 (irrecevabilité d'une demande en divorce greffée sur une demande de conversion, ce serait une demande reconventionnelle, interdite par l'a. 1142, al. 2, C. Pr. C.), *J.C.P.*, 94, 4, 262.

b) *Question ouverte*. — Elle est posée par l'a. 307, al. 2, et en théorie elle est grave. Le texte semble être passé inaperçu, et quand ils s'en furent aperçus, les praticiens s'en écartèrent et en écartèrent leurs clients comme de la peste. On peut toujours craindre,

néanmoins, que l'hypothèse ne se fasse chair par accident et que des séparés de corps ne regrettent après coup de s'être laissé enfermer par consentement mutuel dans l'institution. Leur imagination, « bondissant le long des barreaux de la cage hyménée », multipliera alors les inventions. Ex. :

1° Les époux pourraient-ils, en formant la demande conjointe en séparation de corps, se réserver le droit de recourir à la conversion par volonté unilatérale ? *Contre* : ce qui touche à l'état des personnes et en tout cas ce qui tend au maintien du lien est d'ordre public. *Pour* : le droit à la conversion est conçu dans le texte comme un droit contractuel – il n'est pas absurde qu'un époux, d'accord pour tenter loyalement une expérience de séparation, ne veuille pas, pour autant, se lier d'une façon indéfinie (il faudra, tout de même, que la faculté de conversion unilatérale soit rédigée en faveur des deux époux sur un pied d'égalité).

2° Le refus de se prêter à la conversion par consentement mutuel ne pourrait-il être critiqué comme abus du droit, autorisant l'autre conjoint à passer outre ? *Contre* : le refus de contracter en licite en principe (cf. t. IV, n° 33), il l'est à plus forte raison pour les actes juridiques du droit des personnes. *Pour* : la théorie de l'abus du droit est générale ; l'a. 348-6 montre qu'elle est applicable au droit des personnes (mais il y a fallu un texte) ; le conjoint qui empêche la conversion a l'intention de nuire à l'autre, peut-être même à des tiers innocents, les enfants à légitimer (mais ne peut-il invoquer, de son côté, un intérêt moral, aussi légitime ?).

3° L'époux prisonnier de l'a. 307, al. 2, peut s'aviser d'en appeler à l'a. 237. C'est un pis-aller : le délai est double, et le succès non garanti (songeons à la clause de dureté). Cependant, légalement, est-ce possible ? Le texte dit : *séparés de fait*, et ici ils sont *séparés de droit* (cf. trib. Belfort, 9 juin 1976, D. 77, 388 ; trib. Pontoise, 28 mars 1977, D. 77, 411). Mais le droit effectivement vécu ne contient-il pas le fait correspondant ? Le propriétaire, le plus souvent, est aussi possesseur. La Cour de cassation, Civ.² 11 oct. 1989, *Bull.*, n° 179, a admis que la séparation de fait inhérente à la séparation de corps pût être transformée en séparation de fait au sens de l'a. 237, et partant pût servir de base à une action directe en divorce pour rupture de la vie commune, propre à faire exploser ensuite l'a. 307, al. 2 (cf. Civ.² 11 déc. 1991, où la chronologie des événements, il est vrai, demeure obscure, *Rép. not.*, 92, 724). Une objection, néanmoins, persiste sur le terrain des principes : c'est que la raison d'être de l'a. 237 ne se retrouve pas ici. La loi veut faire cesser la séparation de fait, parce que c'est une situation précaire, inorganisée, difficile à vivre, tandis que la séparation de corps est un statut défini, qui donne une suffisante sécurité aux intéressés. Réplique de fait : en marge de la séparation de corps aussi bien que de la séparation de fait, il a pu naître des enfants adultérins, qu'il serait bon de légitimer. Et même, dans le cas de la séparation de corps, il y a un argument de plus pour favoriser le remariage, la bonne foi du nouveau partenaire : la séparation de corps avait pu créer une apparence de divorce.

4° Les conditions du *divorce pour faute* ne seront pas fréquemment réalisées. De fautes antérieures à la séparation, il ne peut plus être question : le consentement mutuel est censé les avoir toutes purgées, quand bien même elles n'auraient été découvertes que plus tard. Restent des fautes qui auraient été commises au cours de la séparation ; mais beaucoup d'occasions d'en commettre ont disparu avec la cessation de la communauté de vie. Le devoir de fidélité subsiste, pourtant, et en pratique, entre époux séparés de corps, c'est surtout l'adultère de l'un qui peut ouvrir à l'autre la voie directe du

divorce. Civ.² 11 oct. 1989, *Rép. not.*, 90, 1, 298, n. Massip, a considéré que les a. 306-307 n'excluaient pas la possibilité d'une demande principale en divorce formée pour d'autres causes, surgies après le jugement de séparation de corps. Il est essentiel que les faits allégués soient postérieurs au jugement de séparation de corps, Civ.² 26 juin 1996, *R.T.*, 96, 883. On pourra s'interroger, comme à propos de l'a. 244 (v. *supra*, p. 520), sur des faits antérieurs, mais qui n'ont été découverts que depuis. La thèse pourrait être soutenue qu'en recourant conjointement à la séparation de corps, les époux ont reconnu l'impossibilité entre eux de toute vie commune, constatation qui englobait tous griefs éventuels et apurait entièrement le passé. L'argument, à la vérité, pourrait être poussé jusqu'aux griefs postérieurs : une requête conjointe en séparation de corps n'est-elle pas un pacte légal de séparation amiable, donnant licence à chacun d'une vie indépendante, sauf le respect dû au lien ?

5° Dernier recours, la Déclaration européenne des Droits de l'homme et la Cour de Strasbourg : elles ne se refuseront pas. L'a. 8 (respect de la vie privée et familiale) est le texte passe-partout, peu pertinent en l'espèce. L'a. 12, en revanche, paraît topique : l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille.

3 / La séparation de fait

Ce n'est pas une institution juridique, c'est un phénomène sociologique, dont on observe d'ailleurs plusieurs *types*. Ce n'est qu'un fait, non pas cependant un pur fait, car le phénomène touche de trop près au mariage (qu'il disloque), comme au divorce et à la séparation de corps (qu'il tendrait à rendre inutiles), pour que la loi puisse s'en désintéresser. C'est ainsi que, soit sous des périphrases (a. 1442, 262-1, « ils ont cessé de cohabiter et de collaborer » ; a. 493 et autres, « la communauté de vie a cessé » ; soit sous son nom (a. 237) ou quelque euphémisme (a. 373-1°, « éloignement »), la séparation de fait a pénétré dans le C.C. Sans aller jusqu'à lui conférer un statut véritable, le droit se préoccupe de déterminer ses *conséquences* et aussi de prévoir pour elle une *issue*.

1 | DIVERS TYPES DE SÉPARATION DE FAIT

La diversité vient des *mobiles* des époux aussi bien que de leur *mode* d'agir.

a) *Mobiles de la séparation*

Si la séparation de fait est, par ceux qui en usent, préférée au divorce et à la séparation de corps, c'est, pour quelques-uns, paradoxalement, qu'elle ne porte pas atteinte au lien matrimonial (que même une séparation de corps, librement convertible, compromet à échéance); c'est, pour d'autres (beaucoup plus nombreux), qu'elle évite les frais, les lenteurs, les « explications » d'une procédure judiciaire.

b) *Modes de séparation*

Toujours un comportement extérieur, la division matérielle de l'habitat, vient donner une visibilité au phénomène. Mais ce comportement pourrait être équivoque : c'est des attitudes des époux dans leurs rapports mutuels que lui viendra sa signification de séparation de fait. Trois sortes d'attitudes.

1° *Le pacte de séparation amiable*. — Elle et lui conviennent de se séparer. Quelquefois ils rédigent un écrit qui constate leur accord et surtout qui règle les effets secondaires de la séparation : la pension que l'un versera à l'autre ; l'administration des biens et la perception des revenus ; l'exercice de l'autorité parentale et le droit de visite (allusion dans l'a. 376-1). Ce sont un peu les mêmes effets secondaires que devrait régler un jugement de divorce ou de séparation de corps, ou la convention définitive dans le divorce par consentement mutuel.

2° *L'abandon de domicile conjugal* (expression commode, et fréquemment utilisée dans les demandes et les jugements de divorce, bien qu'il n'y ait plus de domicile conjugal, a. 108). — Le geste, parce qu'il est unilatéral, peut être ambigu : pourquoi le conjoint est-il parti ? Ce n'est souvent qu'après coup et à la longue que l'événement prendra son sens de séparation de fait, et qu'il apparaîtra que le conjoint a entendu obtenir sans recours aux juges l'équivalent d'une séparation de corps (il est resté plusieurs années sans donner de ses nouvelles ; il a « refait sa vie » avec une tierce personne). Sur le modèle d'une notion qui est classique dans le divorce et la séparation de corps pour faute (v. par ex. a. 265), la loi reconnaît expressément que les torts de la séparation peuvent à titre principal incomber à l'un des époux, et elle en tire contre lui des conséquences (a. 262-1, al. 2 ; 1442, al. 2).

3° *Le recours au juge aux fins d'organisation de la séparation de fait*. Il ne s'agit pas de lui demander une décision ponctuelle, destinée

à régler une difficulté particulière que rencontre l'un des époux (ex. de faire fixer la contribution due par l'autre, de trancher un désaccord sur l'éducation des enfants). L'objet de la demande est de donner à la vie d'un conjoint séparé de fait, un cadre durable, le dispensant de revenir périodiquement devant le juge. Cela se traduit au minimum par une autorisation de résidence séparée. C'est une séparation de corps « au petit pied », sur une évaluation sommaire de la situation conjugale, mais avec des effets limités. Trois hypothèses qu'il suffit de regrouper, deux inscrites dans le C.C., la troisième venue de la jurisprudence :

- *les mesures provisoires* pendant l'instance en divorce (a. 252 s. ; *supra*, p. 559) ;
- *la consolidation des mesures provisoires* en cas de rejet de la demande en divorce (a. 258 ; *supra*, p. 561) ;
- *la suspension judiciaire du devoir de cohabitation* (*supra*, p. 444).

2 | CONSÉQUENCES DE LA SÉPARATION DE FAIT

Le principe est qu'elle est sans conséquences de droit. Mais le principe doit être appliqué avec des *tempéraments*, et il comporte même des *exceptions* directes, en nombre croissant dans la législation moderne.

a) *Principe : inefficacité de la séparation de fait*

Ce n'est qu'un fait qui ne saurait altérer le droit. Le lien matrimonial demeure donc intact (du reste, une séparation de corps n'aurait pu davantage le détruire), si bien que l'époux qui désire « refaire sa vie » avec autrui ne le pourra qu'à travers un concubinage adultérin.

Qui plus est, la séparation de fait laisse subsister (à la différence de la séparation de corps, qui, elle, l'aurait fait disparaître) le devoir réciproque de communauté de vie, résultant de l'a. 215, al. 1 (cf. *supra*, p. 443), et elle constitue par le fait même une violation de ce devoir. De là, un double corollaire :

— Les pactes de séparation amiable, tendant à instituer une situation illicite, sont *a priori* nuls de nullité absolue ; du moins en ce sens que chacun des conjoints pourra, à tout moment, réclamer la reprise de la vie commune.

— Chaque époux a le droit d'exiger de l'autre, à tout moment, que la séparation prenne fin par le retour à la vie commune (sauf à s'interroger sur les moyens pratiques de réaliser ce droit).

Autre différence avec la séparation de corps : tandis que celle-ci emporte de plein droit séparation de biens, la séparation de fait n'empêche pas que continue entre les époux la communauté conjugale (si tel est leur régime matrimonial), avec la conséquence, qui peut être injuste, que l'un des deux pourra profiter du travail et de l'épargne de l'autre sans y avoir aidé (à quoi obvient les a. 262-1, al. 2, et 1442, al. 2, chacun dans son domaine, l'un pour le cas du divorce, l'autre pour tous les cas de dissolution de la communauté).

b) *Tempéraments : conséquences attachées à la séparation de fait par application du droit commun*

Une négation absolue du fait manquerait de réalisme : le droit commun permet de résoudre certaines difficultés sans paraître consacrer une violation de la loi.

1° *Utilisation des possibilités ouvertes par la persistance même du lien matrimonial.* — Ce n'est paradoxal qu'en apparence. Puisque le lien est intact, il demeure entre les époux un devoir de contribuer aux charges du mariage (a. 214). En temps normal, ce devoir est neutralisé, ouaté par la cohabitation, s'exécute sans que l'on s'en aperçoive ; mais, si la cohabitation a cessé, il va pouvoir prendre corps et revêtir la forme distincte d'un versement en argent. Ainsi, en cas de séparation de fait, le conjoint qui n'a pas de revenus à sa disposition (en pratique, le plus fréquemment la femme « au foyer ») pourra agir en justice (si du moins la situation ne lui est pas imputable à faute) pour obtenir de l'autre une contribution ménagère par la voie des a. 1282 C. Pr. C. (a. 214, al. 2).

Pareillement, la persistance du lien matrimonial a pour effet le maintien du pouvoir de représentation réciproque inscrit à l'a. 220. Chaque époux continue donc, dans les conditions du texte, bien qu'il n'y ait plus communauté de vie, à être obligé par les dettes que l'autre contracte pour l'entretien du ménage (qui peut n'être plus qu'un ménage de personne seule) ou pour l'éducation des enfants. C'est, en particulier, la femme abandonnée, dépourvue de ressources propres, qui bénéficiera de la possibilité de crédit ainsi ouverte auprès des fournisseurs. A l'inverse, on voit encore de nos jours en province des maris délaissés publier dans les journaux locaux des annonces avertissant les tiers qu'ils ne répondent plus des dettes de leurs fem-

mes (ou réciproquement). Mais la vertu exonératoire de cette publicité est douteuse : il faudrait d'abord prouver que les fournisseurs ont pu en prendre effectivement connaissance ; ensuite, admettre que la solidarité de l'a. 220, qui est à base d'obligation alimentaire, n'est pas d'ordre public.

2° *Application de certaines formules générales de la loi.* — La séparation de fait peut être comprise dans les termes généraux de certaines formules légales, dont elle empruntera dès lors les conséquences juridiques. Ainsi, elle peut être invraisemblance de paternité, cause de désaveu (a. 312, al. 2) ; non-cohabitation, qui autorise à abrégier le délai de viduité (a. 228, al. 3) ; mise en péril des intérêts de la famille, qui appelle des mesures conservatoires (a. 220-1). Mais, surtout, elle peut créer, en la personne de celui qui est parti, cette impossibilité de manifester sa volonté dont il est question par ex. aux a. 217, 219, 373-1, 1426, 1429 — impossibilité, par suite de l'éloignement, de manifester une volonté juridique dans des circonstances où l'on en aurait besoin. Il va en résulter, en faveur de l'époux abandonné, un assouplissement notable du principe que rien n'est changé au mariage ni aux régimes matrimoniaux : il pourra agir seul dans des cas où une action conjointe eût été nécessaire (ex. a. 348, al. 2, 389-2, 10, 477, al. 3) ; et même demander à être substitué à l'autre dans les fonctions qui lui étaient légalement attribuées (ex. gestion de la communauté ou des biens propres, a. 1426, 1429). Si l'on est absolument sans nouvelles de celui qui est parti, les conditions sont réunies pour un recours au régime de la présomption d'absence (a. 112 s. ; cf. t. I).

c) *Exceptions : conséquences directement attachées par la loi à la séparation de fait*

Par une analogie de la séparation de fait à la séparation de corps, des textes ont exclu pour elle (sans toujours la nommer autrement que par périphrase), certains effets du mariage — des effets qui ne se justifient que par des rapports d'affection ou de coopération : l'époux séparé de fait ne peut plus être chargé de la tutelle ou curatelle de son conjoint (a. 493, al. 1, 496, 509-1) ; il peut être privé, du moins si c'est à lui qu'incombe la responsabilité principale de la dislocation (a. 262-1, al. 2, 1442, al. 2), de sa part dans l'enrichissement de la communauté qui s'est réalisé après la séparation ; il perd, s'il survit à son conjoint, le droit au capital-décès, qui est une des prestations du régime général des assurances sociales (a. L. 361-4, C.S.S.).

3 | ISSUE DE LA SÉPARATION DE FAIT

Négligeant *décès* et *réconciliation*, les commentaires peuvent se concentrer sur deux issues spécifiques :

1° *L'action en rétablissement de la vie commune*. — Son existence se déduit indiscutablement de l'a. 215, al. 1. Mais, isolable ou non de l'obligation de résidence commune (cf. *supra*, p. 442), l'obligation de communauté de vie est trop éminemment personnelle pour être susceptible d'exécution forcée (cf. t. IV, n° 372). Elle pourrait tout au plus être sanctionnée par des astreintes ou par des dommages-intérêts. L'intérêt le plus certain d'une condamnation au rétablissement de la vie commune — ou même, avant tout procès, d'une simple sommation à cette fin — sera de fixer les responsabilités dans un procès ultérieur en divorce pour faute.

2° *L'action en divorce*. — C'est en pratique l'issue la plus fréquente, et par deux voies selon les cas.

S'il y a eu abandon, l'époux abandonné peut se prévaloir de l'a. 242. C'est le fait même de l'abandon (la *désertion malicieuse*, dans un vocabulaire ancien) qui constitue la faute, non l'état de séparation (dont on ne pourrait dire sans contradiction qu'il rend intolérable le maintien de la vie commune).

Mais l'état de séparation, lorsqu'il s'est prolongé six années, est une cause autonome de divorce, indépendante de toute recherche d'imputabilité (a. 237). C'est évidemment l'époux coupable d'abandon qui a besoin de cette cause objective pour sortir de l'impasse.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, I, n° 1062 s. — Jean Maury, *La séparation de fait entre époux*, R.T., 1965, 515 ; F. Nicolas, *La séparation de fait entre époux*, Th., Paris, 1972 ; A. Brunet, *Les incidences de la réforme du divorce sur la séparation de fait entre époux*, D. 1977, chron. 191 ; Vargas Garcia, *La séparation de fait et la condition juridique de l'enfant*, Th. Paris II (ronéo), 1979.

HISTOIRE

Le phénomène est de toutes les époques. Dans l'Ancien Droit, au XIX^e s. encore, il se retrouve sous le phénomène très général qu'était le vagabondage, délit pénal (a. 269

C.P. ancien), qui était alors effectivement poursuivi. Il arrivait aussi que, sous la pression de la misère, l'homme quittât femme et enfants avec un espoir indéterminé de retour, pour aller chercher du travail dans une province plus riche. Ou bien il s'engageait dans l'armée, la marine, et n'en sortait plus. Plus généralement, on peut supposer que la séparation de fait a été, de 1816 à 1884, la forme coutumière du *divorce avant le divorce*.

SOCIOLOGIE

Beaucoup de sociologues de la famille placent la séparation de fait sur un éventail plus vaste de phénomènes pathologiques, qu'ils rassemblent sous l'étiquette générique de *désharmonie conjugale*. L'éventail va des brouilles sentimentales aux explosions juridiques (séparation de corps, divorce), en passant par des catégories telles que la désagrégation inhérente à l'échec (faillite, chômage, maladie) du chef de famille, la rupture absolue de toute communauté affective malgré la cohabitation (*empty shell family*), la discorde violente — et bien sûr aussi la séparation de fait.

On conjecture, sans pouvoir le vérifier, que la séparation de fait est dans une relation antagoniste avec le divorce : plus fréquente là où le divorce est interdit (France d'avant 1884, Italie d'avant 1970, mais c'est faire abstraction de la séparation de corps). En revanche, à d'autres égards, la relation est de même sens : la présence du divorce provoque à la séparation de fait, nombre de ces séparations apparaissent comme des états provisoires, des moments dans la valse-hésitation qui conduira au divorce (elle est le « sas » du divorce, selon l'expression de F. Lautman). Il existe une complémentarité évidente entre la séparation de fait et le concubinage adultérin, faux remariage des faux divorcés (encore que, depuis 1975, l'a. 237 permette un retour à la vérité).

Notre information sur l'importance quantitative du phénomène est très imparfaite (v. pour une approche sérieuse, A. Boigeol et J. Commaille, *La séparation de fait, analyse des résultats du recensement de 1968*, *Pop.*, 72, 241 s.). Il aurait augmenté depuis (un million de femmes concernées vers 1986 ?). Cependant, l'accroissement du nombre des divorces dans les années 90 pourrait s'expliquer en partie par un pompage sur le stock des vieilles séparations de fait. Une pratique a été observée à Paris et dans plusieurs grandes villes (elle semble avoir eu des précédents au XVIII^e s.) : le conjoint abandonné fait une déclaration au commissariat de police, où l'événement est enregistré sur la « main courante », pour valoir ce que de droit (pas grand-chose) ; cf. Davidovitch, *A.S.*, 1976, 97. Mais cela ne concerne que les milieux populaires. Car le phénomène a ses variantes de classe : 1° la séparation bourgeoise, voire aristocratique, celle qui donne lieu à des pactes (probablement bien plus rares d'ailleurs qu'au début du siècle), sorte de séparation de corps par consentement mutuel, hors du contrôle étatique, de surcroît inconvertible en divorce (d'où peut-être une certaine indulgence catholique) ; 2° la séparation prolétarienne (un époux « plaque » l'autre), séparation moins juridique encore que les autres, s'il se peut (cf. Andrée Michel, *Famille, industrialisation, logement*, 242 s.). Non sans des sous-distinctions : la femme qui « lève le pied » avec son amant ; celle qui se retire chez sa mère, cette retraite de l'épouse, modèle archaïque qu'un instinct fait resurgir, ou l'inverse « Retourne chez ta mère », formule de répudiation, qui ne se veut peut-être pas irrévocable.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Sous toutes les variétés de la séparation de fait, se rencontre une allergie au droit qui, pour une bonne part, les explique. Aussi serait-ce une illusion de penser qu'il suffirait, pour les faire disparaître, de rendre le divorce plus simple : la déviance se reporterait le long des règles simplifiées, car les situations de fait exercent une attirance par elles-mêmes (cf. F. Nicolas, *op. cit.*, 257).

L'idée de donner une protection de droit à la séparation de fait rassemble autour d'elle une coalition hétéroclite d'amis et d'ennemis du divorce. Si tous se rejoignent pour essayer de rendre la séparation de fait plus « vivable », c'est à partir d'idéologies opposées, les uns voyant en elle le quasi-divorce à volonté, les autres la séparation de corps inconvertible en divorce. Quel parti est dupe de l'autre, on ne se hasarderait pas à le dire. A la vérité, s'agissant de valider les pactes de séparation amiable (cf. Quiers, *Les accords de séparation entre époux en droits anglais et italien*, Th. Paris, 1957), la demande a été plutôt antidivorciste. La satisfaction qu'elle a reçue de la l. 4 juin 1970 (a. 376-1) était fort limitée, d'ailleurs objectivement défendable. Beaucoup plus considérable est celle que lui aurait apportée la loi de 1975, créant une séparation de corps par consentement mutuel insusceptible de conversion unilatérale (a. 307, al. 2), si cette loi avait reçu quelque application. En dehors de là, l'équivoque est bien plus épaisse. L'emploi de l'a. 220-1 pour pallier certaines difficultés de la séparation de fait (cf. *supra*, p. 484) a été critiqué comme laxiste ; mais ce n'était pas des laxistes qui avaient proposé de greffer sur la procédure de divorce une certaine organisation de la séparation de fait par la prolongation indéfinie des mesures provisoires (cf. pour la critique, Bénabent, D. 75, 726). Et c'est bien à cela que l'on a abouti, en 1975, avec l'a. 258 (cf. E. Abitbol, *Essai sur la nouvelle séparation judiciaire instituée par l'a. 258, R.T.*, 81, 37).

THÉORIE JURIDIQUE

Il n'y a d'abord eu qu'une suite de solutions fragmentaires, au hasard des besoins. Elles puisaient leur justification et leur sens dans la nécessité d'assurer la vie des époux, spécialement de la femme abandonnée avec les enfants mineurs, et Jossierand (I, n° 1012) parlait d'un *modus vivendi*. Un travail ultérieur de systématisation, et qui se prêtait à des développements par analogie, a consisté à rapprocher la séparation de fait de l'institution juridique dont elle semblait l'ombre portée. Qu'est-elle dans cette vue ? Divorce *de fait* (la notion était dans le C. fam. soviétique de 1926), divorce *naturel* (le mot est de Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, 1908, p. 130) — plus rigoureusement séparation de corps *virtuelle*, pourrait-on dire (cf. *R.T.*, 1937, 307), à l'instar de ce qu'était autrefois la faillite virtuelle du commerçant (état de cessation des paiements sans qu'il y eût eu un jugement pour le constater, elle entraînait certains effets juridiques de la faillite véritable).

En 1965 et 1975, un nouvel aliment a été apporté à la théorie, avec les a. 1442 et 262-1 cf. *supra*, p. 476). Néanmoins, de leur double exigence (que toute *cohabitation* et *collaboratio* aient pris fin entre eux...), la seconde paraît extérieure à la définition de la séparation de fait : la *collaboration* n'est là que parce qu'elle est le fondement histo-

rique et rationnel de la communauté d'acquêts, et l'on concevrait, à la limite, que des époux séparés de fait continuent de collaborer dans une entreprise (ce qui suffirait à empêcher le report de la dissolution). Les deux textes mettaient aussi en relief l'idée de *faute*, que la l. 23 déc. 1985 a édulcorée en celle de *torts à titre principal* (Civ.¹ 5 juill. 1989, D. 90, Somm. 116), entendant par là qu'un enchevêtrement de torts devrait conduire à bloquer la disposition. Quant au fond, il faut convenir que l'a. 1442 se justifie mieux que l'a. 262-1. La collaboration peut être analysée sans effort comme la *cause* (au sens de l'a. 1131) de ce contrat tacite qu'est la communauté d'acquêts. Mais l'a. 262-1 déborde sur les autres régimes matrimoniaux. Quel intérêt peut-il encore avoir en l'absence de communauté ? Peut-être le législateur a-t-il songé au calcul de la prestation compensatoire.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Pactes de séparation amiable*. — V. Richardot, *Des pactes de séparation amiable entre époux*, Th. Dijon, 1930 ; R. Savatier, *Les conventions de séparation amiable, R.T.*, 1931, 535 ; plus récemment Tendler, *Les pactes de séparation amiable*, D. 79, chr. 263 ; J. Revel, *Les conventions entre époux désunis, J.C.P.*, 82, 1, 3055 ; A. Chappelle, *Les pactes de famille en matière extrapatrimoniale, R.T.*, 84, 411. Notre droit connaît aujourd'hui une séparation de corps par consentement mutuel, mais sous contrôle du juge, et le principe demeure qu'une convention purement privée tendant à faire cesser le devoir de cohabitation serait contraire à l'ordre public : Civ. 26 janv. 1938, D.C. 1942, 120 et, sans changement sur le principe, Civ.² 22 avr. 1977, D. 77, *I.R.*, 359. Est-ce assez, toutefois, pour entraîner la nullité des conventions accessoires ? L'arrêt *Fruneau* (Civ. 2 janv. 1907, S. 11, 1, 535, D. 07, 1, 137) avait fixé l'opinion dans le sens de la nullité. Cependant, il se bornait à annuler pour *cause illicite* (a. 1131) une donation entre époux au bénéfice du dernier vivant, dont le but avoué était de faciliter la séparation amiable. Cela ne préjugait peut-être pas du sort réservé à des stipulations plus limitées, qui tendraient seulement à assurer la vie des époux et des enfants (pension alimentaire, exercice de l'autorité parentale) pendant la séparation — simples aménagements provisoires des rapports entre époux, et non point pactes visant à rendre la séparation définitive. Rien n'empêcherait, en tout cas, les juges, saisis d'une demande de pension, ou d'une demande relative aux enfants, d'avoir égard à l'accord des époux et de s'en approprier les clauses dans leur jugement, comme ils peuvent le faire en matière de divorce (a. 290-1°), étant précisé que le jugement ainsi rendu a un caractère essentiellement provisoire (arg. depuis 1970, a. 376-1) ; Civ.¹ 3 févr. 1987, *G.P.*, 87, 2, 384.

b) *Persistance des effets du mariage*. — La preuve en est qu'un époux séparé de fait peut former une demande en divorce, Civ.² 25 mars 1991, *Bull.*, n° 99, et qu'il reste tenu du devoir de fidélité ; Civ.² 3 mai 1995, D. 96, Somm. 64, *Rép. not.*, 96, 325. Mais, si le principe est certain, en fait il se montre sous deux faces :

1° *La face combative*, la plus ancienne. Des arrêts enfermaient les époux séparés de fait dans leurs liens de droit afin de leur rendre la situation intenable et de les pousser à reprendre la vie commune. Ex. Req. 22 oct. 1945, S. 45, 1, 53, et la note, D. 46, 5, décidant que la communauté de biens avait pu continuer pendant quarante ans au bénéfice

du conjoint déserteur (solution absurde, dont le souvenir peut expliquer la réforme de l'a. 1442 en 1965) ; Paris, 21 févr. 1964, *J.C.P.*, 64, 2, 13629, n. Rouast, refusant tout droit de visite de son enfant mineur à une mère séparée de fait par sa faute (il ne fallait pas introduire une analogie avec le divorce !).

2° *La face accommodante*, qui tient le devant de la scène. Les arrêts invoquent utilitairement le maintien du mariage, afin de donner aux époux, surtout à la femme laissée sans ressources, les moyens pécuniaires de subsister. Déjà, du temps que la femme ne pouvait obliger le mari que par le biais du mandat domestique, il avait été jugé que ce mandat résistait à la séparation de fait, Civ. 1^{er} juin 1929, D. 31, 1, 79, les fournisseurs qui ont fait crédit à la femme pour les besoins du ménage peuvent continuer à agir contre le mari, si du moins la séparation est imputable à celui-ci. Cependant, opposée à des créanciers, cette dernière restriction ne se comprenait guère : comment auraient-ils pu discerner l'arrière-fond moral de l'apparence sur la foi de laquelle ils avaient traité ? Aussi bien, sous l'empire du nouvel a. 220, qui a apporté en 1965 une base légale à la solidarité entre époux pour dettes ménagères, la jurisprudence, en reprenant la solution de principe, a paru se désintéresser de l'imputabilité de la séparation : ex. Civ. 1^{er} 7 juin 1989, D. 90, 21 ; Paris, 31 janv. 1980, D. 80, *I.R.*, 258. Dans les années 90, pourtant, le brouillard a été de retour : des arrêts ont pu donner l'impression qu'il ne pouvait y avoir de dettes ménagères là où il n'y avait plus de ménage (commun), Civ. 1^{er} 15 nov. 1994, 14 févr. 1995, *J.C.P.*, 95, 1, 3869 et 2, 22, 498). Mais, à la vérité, la solution pouvait s'expliquer par des circonstances de fait : les dettes litigieuses avaient été contractées par le conjoint séparé de fait dans un intérêt visiblement séparatiste. Depuis lors, la Cour de cassation semble s'être solidement réinstallée sur son principe : la solidarité de l'a. 220 survit à la séparation de fait : Civ. 1^{er} 7 nov. 1995, *Bull.*, n° 394 ; Civ. 1^{er} 10 mars 1998, D. 98, *I.R.*, 94, *Dr. Fam.*, 98, n° 71 (cf. sur tous les épisodes, Vareille, *R.T.*, 96, 221 s.).

Le plus gros du contentieux pratique de la séparation de fait se situe autour de la contribution aux charges du mariage (de la compétence du J.A.F.). Puisque le mariage persiste, chaque époux est toujours en droit d'exiger de l'autre qu'il contribue aux charges : Civ. 1^{er} 8 mai 1979, D. 79, *I.R.*, 495 ; Civ. 1^{er} 16 févr. 1983, D. 84, 39, n. J. Revel. Bien que cette contribution ne soit pas, de sa nature, une prestation alimentaire (*supra*, p. 480), l'évaluation qu'en fait le juge utilise, peut-être avec plus de liberté, des critères comparables (cf. Hauser, *R.T.*, 91, 709) : l'ensemble des ressources du débiteur, y compris des ressources virtuelles, Civ. 1^{er} 27 oct. 1992, D. 93, 422, sous déduction des charges pour dépenses utiles ou nécessaires, Civ. 1^{er} 15 nov. 1989, *Bull.*, n° 351. Et un changement dans les facultés respectives des parties autorisera un recours au juge aux fins de modification du montant d'abord fixé, Civ. 1^{er} 22 nov. 1989, *Bull.*, n° 360.

Cependant, les jugements statuant sur la contribution ne sont pas toujours exempts d'une nuance moralisatrice. Parfois, on a pu penser que la Cour de cassation entendait préconiser une conception objective (cf. J. Revel, *loc. cit.*) : évitant de parler de faute, elle invitait les juges du fond à considérer l'ensemble des circonstances, Civ. 1^{er} 6 janv. 1981, *Bull.*, n° 6 ; Civ. 1^{er} 16 févr. 1983, précité ; et comme l'obligation aux charges du mariage est toujours là, présente de par la loi (a. 214), ce sera au conjoint débiteur de justifier des circonstances qui pourraient l'en exonérer, Civ. 1^{er} 17 juill. 1985, *G.P.*, 86, 1, 127 ; Civ. 1^{er} 19 nov. 1991, *Rép. not.*, 92, 720. Mais d'autres arrêts n'ont point l'air d'exclure les recherches de responsabilité pour faute : Civ. 1^{er} 16 oct. 1984, *Bull.*, n° 264, et

Versailles, 5 déc. 1984, D. 85, *I.R.*, n. (très approbative) D. Martin. Il y a des cas très francs : Civ. 1^{er} 8 mai 1979, précité, Civ. 1^{er} 1^{er} juill. 1980, *J.C.P.*, 80, 4, 353 (trop grossièrement dit, cocuage vaut dispense de payer). D'autres, en revanche, révèlent un enchevêtrement inextricable de causes, spécialement lorsqu'il s'agit d'un abandon du domicile conjugal, ce qui est un type classique d'affaire : ex. Civ. 1^{er} 14 mars 1973, D. 74, 453, n. Rémy ; Civ. 1^{er} 18 déc. 1978, *Bull.*, n° 395 ; Rouen, 9 janv. 1974, D. 74, 544. Un conjoint s'en va, et c'est *a priori* une faute, mais il se plaint que la vie commune lui avait été rendue intolérable, et il peut y avoir là-dessous des fautes en écheveau. Sur ce, l'autre lui demande de reprendre la vie commune, mais la réponse sera négative, tant que..., etc. Rien d'étonnant si les juges, habitués par « l'ancien divorce » à doser les torts plutôt qu'à manier des causes objectives, essaient ici de découvrir de quel côté sont les torts prépondérants. L'issue est équitable, et elle peut se recommander d'une analogie avec les a. 262-1 et 1442 (« à titre principal ») concernant un autre aspect de la séparation de fait (cf. *supra*, p. 475). Il arrive qu'une appréciation morale se fasse jour à un niveau tout différent : ce qui est en cause est l'imputabilité non plus de la séparation de fait elle-même, mais des difficultés que rencontre l'exécution de la condamnation. Il ne s'agit plus de l'éthique du mariage, mais de la morale des obligations et du paiement : l'époux à court d'argent pourra obtenir ou non une réduction de sa contribution suivant qu'il apparaîtra comme un débiteur de bonne foi, Civ. 1^{er} 19 nov. 1996, *Dr. Fam.*, 97, n° 55, ou de mauvaise foi, Civ. 1^{er} 12 déc. 1978, *Bull.*, n° 383, Civ. 1^{er} 7 nov. 1984, *G.P.*, 85, 1, 387, Paris, 16 mars 1988, D. 88, 467.

TROISIÈME PARTIE

Hors mariage

Le C. Nap. sanctionnait ces relations, chez l'individu marié, sous la qualification d'adultère, comme violation du devoir de fidélité ; plus largement, il en saisissait les conséquences vivantes à travers le statut d'infériorité assigné à la filiation naturelle. Mais des relations elles-mêmes il n'était pas question. Depuis 1804, cependant, le droit a dû abandonner son attitude de réserve pudique, et ici comme ailleurs il a pris le fait en considération. Le fait, c'est d'abord les relations sexuelles envisagées sans mariage, à l'état de nature, qu'elles soient brève rencontre ou liaison pour l'éternité. En restant hors mariage, elles semblent récuser le droit : il faut s'interroger sur la *réponse du droit*. Le fait, c'est aussi, plus spécialement, un phénomène qui a pris consistance peu à peu au cours de ce siècle, s'affirmant non plus comme dérive, mais comme substitut du mariage, concurrent, rival peut-être. C'est, se détachant des autres sortes de relations sexuelles, le phénomène connu comme *concubinage, union libre* ou *cohabitation*.

TITRE I

Le fait des relations sexuelles hors mariage

Depuis qu'il existe un mariage, et qui est contraignant, il y a eu des relations sexuelles hors mariage pour échapper à la contrainte. Les mots *enlèvement* et *viol* étaient dans le C.C. de 1804 (très ancien a. 340), l'adultère aussi, et les enfants naturels. Le droit ne pouvait ignorer ces phénomènes en marge de son institution et la défiant : il y a réagi. Ses réactions ont notoirement varié selon les époques et même, pour une époque donnée, suivant les angles de vue. Il est réaliste de faire apparaître cette *diversité des réactions*. Tout ce qui est juridiquement permis n'est pas honorable, moral, avouait déjà le droit romain (*Non omne quod licet honestum est*). Le droit ne condamne pas toujours. Il lui est même arrivé, en 1972, de faire entrer les relations sexuelles hors mariage dans le champ du C.C. pour en faire la cause d'une action en justice, *l'action à fins de subsidés*, dont la technicité appellera un examen. C'était, il est vrai, dans une intention moralisatrice.

1 / Diversité des réactions du droit

Il ne serait pas inattendu de trouver le *droit civil* en première ligne pour défendre le mariage : n'est-ce pas son affaire ? Pourtant, dès le XVI^e s., il a été enseigné que le mariage est une *res politica*, et plus tard le C. Nap., après la Révolution, a accredité chez nous l'idée que le mariage – le mariage civil – est un monopole d'État. L'histoire nous incite à commencer par le *droit public*.

► *Droit public*

Nous le prenons par ses sommets, renonçant à le suivre dans les domaines spéciaux où il fait sentir ses irradiations, le droit fiscal, le droit social, notamment, contre lesquels s'élèvent régulièrement des plaintes traditionalistes : qu'ils ne pratiquent pas assez cette *préférence pour le mariage* qui, à défaut d'une proscription du non-mariage, devrait à tout le moins régir la concurrence entre les deux.

Au sommet est la Constitution. *Via* le Préambule de 1946, la famille a été allusivement constitutionnalisée, la famille, non point le mariage. En revanche, le mariage a reçu une consécration de la Convention européenne des Droits de l'homme, a. 12, laquelle est supérieure à nos lois : A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille. Seulement, la Cour européenne des Droits de l'homme s'intéresse peu à l'a. 12 ; beaucoup à l'a. 8 : Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale. Elle aurait pu interpréter cet a. 8 en se référant à l'a. 12, et considérer que la vie familiale protégée est celle qu'a fondée un mariage. Mais elle a mieux aimé isoler le concept de vie privée, en faire une tour d'ivoire pour y donner asile aux comportements sexuels que les lois nationales ont rejetés comme insolites. Nous avons ainsi en droit conventionnel (sous-produit de la Convention, mais qui est bien le plus conventionnel de tous les droits, car il vit dans la crainte d'être mal jugé par les jeunes) un principe de liberté sexuelle, qui est rappelé de temps à autre au hasard des recours, d'où l'on déduit aisément que fornicer hors mariage est une liberté.

Le droit pénal, que nous rattachons ici au droit public, peut lui aussi, par son axiome de la légalité des délits et des peines, nous faire entrevoir tout un espace de liberté. De fait, pour discipliner la sexualité, il n'a pas manqué d'établir des incriminations qui en répriment raisonnablement les écarts : non seulement celles que le N.C.P. réunit sous la rubrique des agressions sexuelles (a. 222-22 s.), mais d'autres auxquelles on pense moins, le proxénétisme (a. 225-5), la corruption des mineurs (a. 227-22), etc. Il y a là toute une défense de la morale la plus classique. Mais cette morale s'arrête à l'*a contrario* des textes, et puis, dans ces textes, ne figure pas la sexualité à l'état pur, non agressive, consensuelle, on en conclura sans hésiter qu'elle n'est pas pénalement condamnable. Le plus important, cependant, n'est pas là : il est dans l'évolution que révèle une comparaison entre l'ancien et le nouveau Code pénal : ce qui était attentat aux mœurs est devenu

atteinte à la personne humaine – du même souffle de philosophie personnaliste qui, en 1994, a envahi le C.C. (a. 16). Il s'agit moins de défendre une institution que de protéger des victimes.

► *Droit civil*

Il n'est pas dans sa vocation d'interdire, tout au plus de juger. De longue date, il a porté un jugement, négatif en principe, sur les relations sexuelles hors mariage, plus nuancé sur ceux qui s'y livrent. Balancement familial : l'adultère est condamné comme péché de la même voix qui a pardonné à la femme adultère.

a) *Le jugement sur les faits.* — Le droit civil dispose d'un repère, la notion de bonnes mœurs. Elle est inscrite dans le Code : a. 6 et 1133, 900 et 1172, et en France s'est remarquablement spécialisée aux bonnes mœurs sexuelles.

C'est la morale coutumière dans le domaine de la sexualité. Elle se dégage de l'ensemble des attitudes et des comportements apparus (et la plus saine ?), sur une certaine durée, dans la majeure partie de la population. Ainsi décrite par le temps, le nombre (et déjà une qualification : *bonnes*), il n'est guère contestable que la coutume, sans sacrifier le mariage, continue de s'y reporter comme à la norme des relations sexuelles, et qu'à l'inverse les relations sexuelles hors mariage sont, en principe, jugées contraires aux bonnes mœurs, partant illicites (ce serait la même chose selon l'a. 1133).

Le principe, néanmoins, doit être tempéré par trois remarques :

— Ce sont les juges qui ont à juger de ce qui est bonnes (ou mauvaises) mœurs. Toute morale incline à la casuistique, et les casuistiques, en se répétant, se fortifient en pratique judiciaire. Il est ainsi des circonstances aggravantes, généralement reconnues, des relations sexuelles hors mariage : l'inceste, l'adultère, la promiscuité, la prostitution, etc. A l'opposé, la perception de plus d'indulgence dans la société peut conduire la justice à des jugements plus indulgents, et une évolution s'est assurément produite, au XX^e s., dans la conception judiciaire des bonnes mœurs.

— En se référant au fait majoritaire pour se définir elles-mêmes, les bonnes mœurs mettent à découvert l'existence de minorités. Procédant d'une autre source, le respect des faits minoritaires est devenu un impératif. Le droit contemporain porte sur les discriminations une condamnation qui dépasse les textes pénaux où elles sont énumérées (a. 225-1 N.C.P. ; cf. a. 2-6 C. Pr. P.). Sont visées notamment les dis-

criminations entre les individus selon *leurs mœurs*. Ce sont, par euphémisme, les mœurs sexuelles ; et il est notoire que l'on a pensé à l'homosexualité. Le respect ainsi imposé des (mauvaises ?) mœurs individuelles ne manquera pas de restreindre l'autorité des bonnes mœurs collectives (cf. *supra*, p. 24).

— L'union sexuelle, en se répétant, devient habitude, cohabitation, concubinage, ce qui lui imprime un caractère de stabilité, de fidélité, propre à la ranger en direction des bonnes mœurs, surtout si la jeunesse s'y ajoute, qui est une promesse de mieux faire. La cohabitation juvénile apparaît ainsi comme un phénomène distinct, justiciable d'un autre jugement.

b) *Jugement sur les participants*. — Le simple fait des relations sexuelles hors mariage, pour peu qu'elles aient lieu sans violence, ne saurait être la cause d'une responsabilité civile. Sans doute, à analyser la situation à la seule lumière de l'a. 1133, on devrait conclure que le fait, étant illicite, constitue une faute au sens de l'a. 1382. Mais l'illicite n'est-il pas effacé par la volonté de qui le subit (cf. t. IV, n° 225 ; *volenti non fit injuria*) ? Un consentement réciproque, le plus profond, le plus indéniable qui soit entoure le fait et le rend indivisiblement innocent.

Du moins en est-il ainsi tant qu'entre l'homme et la femme les rôles et les enjeux demeurent indifférenciés. Ce qui est bien peu réaliste : l'homme a été plus actif, la femme est menacée d'un plus grave préjudice (moral, voire matériel, si maternité s'ensuit, pour ne rien dire de ce dont l'enfant peut avoir à souffrir). On réplique, il est vrai, que le dommage est emporté dans la joie d'une vie nouvelle, donnée, reçue. Mais ce sont les hommes qui le disent. Aussi arrive-t-il au droit de marquer, avec raison, la différence, imputant à l'homme, unilatéralement, une responsabilité — ici pour faute, plus loin pour risque assumé.

— La faute, c'est la *séduction dolosive*. Séduire dolosivement, c'est, par ruse, attirer la femme, l'amener à consentir aux relations hors mariage. Dans l'ancien a. 340-2°, la séduction était l'un des cinq cas d'ouverture à l'action en recherche de paternité. Il a été éliminé en 1993 dans le bouleversement du texte. Mais l'idée garde toute sa force, ainsi que l'indication des moyens par lesquels le plus couramment la séduction s'accomplit : manœuvres, abus d'autorité (par où l'on rejoint le harcèlement sexuel, que l'a. 222-33 du N.C.P. a bilatéralisé sans craindre le ridicule), promesse de mariage ou fiançailles (cf. *supra*, p. 385). Une coutume immémoriale du monde occidental voulait, la réparation en nature étant la plus adéquate, que le séducteur réparât sa faute en épousant (*mariage forcé*, traduisait le folklore), ou bien, au

minimum, en reconnaissant l'enfant. Cela ne peut plus être exigé en justice, il n'en subsiste qu'un devoir moral. Cependant, outre que le séducteur pourra être condamné à indemniser la fille séduite, sa paternité pourra lui être imposée en conséquence d'un procès (a. 340). C'est, au fond, un système de responsabilité civile, mais nettement atypique, ne serait-ce que parce que son mode de réparation en nature déroge directement au principe de liberté de l'a. 1142 (cf. t. IV, n° 372).

— Le simple risque pris par l'homme va ouvrir contre lui des actions spécifiques qui sont aussi des actions en responsabilité, mais en responsabilité objective : celle de l'a. 340, qui exige la preuve de la filiation, mais promet en récompense l'héritage ; celle de l'a. 342, l'*action à fin de subsides*, qui se contente de la preuve des relations, mais ne débouche que sur des droits alimentaires. Aucune des deux ne contredit à la licéité des relations sexuelles hors mariage.

ÉTAT DES QUESTIONS

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Si la V^e République, en cette fin de siècle, a une politique de la sexualité qui dépasse les contrôles de routine d'une police des mœurs — et pourquoi n'en aurait-elle pas ? ce serait un secteur utile d'une politique de la famille —, il faut convenir que l'intention n'en est pas des plus claires. D'un côté, autour de l'enfant (pas toujours de l'adolescent ; au pénal, sa protection cesse à quinze ans), la haie défensive s'est épaissie sans trêve, à coups de lois (celle du 17 juin 1998 sera-t-elle la dernière ?), à coups de poursuites (éperonnées par les chevaliers blancs de l'enfance, les institutions et associations spécialisées). Au point que, par instant, on pensa assister à une crise de nerfs du système juridique, épuisé à force de pourchasser des pères incestueux et des instituteurs pédophiles, coupables activement ou rétroactivement, par actions ou par images. Régnait une obsession de morale répressive. Mais, d'un autre côté, le pouvoir fermait les yeux, se contentait de sourire de l'obsécinité des chansons jeunes, installait des distributeurs de préservatifs dans les lycées en feignant de croire qu'ils ne seraient pas compris comme des incitatifs, ne voulait voir dans l'homosexualité et l'inceste que des faits de société ou les piments devenus nécessaires de romans et de films incensurables. La politique était ainsi en deux compartiments : l'un d'extrême permissivité, l'autre de rigueur extrême, et les responsables ne se demandaient pas s'il n'y avait pas de communication entre les deux, si, en banalisant les comportements entre adultes dans l'un, on ne favoriserait pas leur passage en délinquance dans l'autre, au péril des enfants. A moins que — c'eût été plus grave — l'intention n'eût été de faire un ensemble des deux, le droit pénal étant appelé à faire partie, à sa façon, du même spectacle délétaire.

PRATIQUE JUDICIAIRE

L'étude des relations sexuelles hors mariage est parfois enclavée dans d'autres fractions du droit civil : concubinage, filiation naturelle. Mais surtout :

a) *Contrats*. — C'est pour eux que sont écrits les textes de base : a. 6, 1133. Quel est l'emploi pratique ? Longtemps, la notion de bonnes mœurs a servi à annuler des conventions relatives aux maisons de tolérance (avant les *sex-shops*), de prostitution tolérée par la police. Ex. Req. 1^{er} avr. 1895 (prêt pour l'acquisition de la maison), D. 95, 1, 263 ; Soc. 8 janv. 1964 (contrat de travail), D. 64, 267. Et ce réflexe de condamnation n'a pas disparu : ex. Paris, 15 sept. 1995 (activité de prostitution à l'intérieur d'une copropriété), D. 98, Somm. 266.

b) *Responsabilité*. — L'idée, fort moraliste, d'une responsabilité civile que l'homme encourrait de plein droit envers la femme (même en l'absence de séduction dolosive), par le seul fait des relations sexuelles hors mariage, avait été consacrée dans un arrêt qui fut fameux de la Cour d'appel de Poitiers (29 oct. 1928, D. 29, 2, 19). Mais elle avait été condamnée, à plusieurs reprises, par la Cour de cassation (Civ. 9 juill. 1935, D.H. 35, 444 ; Civ. 11 mars 1936, D. 37, 1, 16 ; Civ. 8 juin 1948, S. 48, 1, 149 ; Civ. 17 juin 1953, D. 53, 596, *J.C.P.*, 54, 2, 7976 ; Civ. 12 juill. 1955, D. 55, 736). Fournel (*Traité de la séduction*, 1781, 1^{re} Partie, chap. I^{er}) remarquait déjà que la responsabilité est inconcevable là où la prétendue victime a consenti, et comment ! Il n'en proposait pas moins de placer la demande sur le terrain contractuel, non délictuel : une fille ne succombait que sous la condition implicite qu'elle serait épousée au plus tôt, et c'était la violation de cette promesse tacite qui lui ouvrait droit à dommages-intérêts (aussi refusait-il l'action aux femmes « entretenues » : elles avaient fait un contrat d'un autre genre, une sorte de location, et étaient déjà payées ; *op. cit.*, chap. II, a. 2, § 4). Il est vrai qu'à la condition implicite de Fournel on pourrait objecter avec le très profond Publius Syrus : *Amantis jusjurandum pœnam non habet* (traduction libre : promesse d'amoureux ne comporte point de clause pénale). Tout cela reste, somme toute, assez léger. Mais la propagation du sida a fait surgir des responsabilités plus dramatiques. Il est vrai que la Chambre criminelle (2 juill. 1998, D. 98, 457, n. Pradel, *J.C.P.*, 98, 2, 10132, n. M.-L. Rassat) a donné l'impression qu'il n'y avait pas empoisonnement, faute d'intention de tuer, dans le fait de s'être livré à l'union sexuelle après avoir dissuadé sa partenaire d'user d'un préservatif. Mais elle n'a pas exclu pour autant que l'incrimination de l'a. 221-5 N.C.P. pourrait se retrouver dans la connaissance du risque, jointe à l'inobservation d'un principe de précaution (cf. t. IV, n° 203). Question d'histoire future : par une double action de la science, relayée par le droit, la terreur du sida et la crainte des empreintes génétiques, l'humanité ne sera-t-elle pas ramenée à une chasteté sans précédent ?

2 / L'action à fins de subsides

Il n'est pas rare de rencontrer en droit comparé un type d'action à finalité plus limitée que l'action en recherche de paternité naturelle. Cette action se borne à assurer des ressources élémentaires, alimentaires,

à la mère et à l'enfant, au vu de l'examen sommaire de la responsabilité qu'un homme paraît avoir eue dans l'événement – soit pour avoir commis une faute en entraînant, séduisant la mère, soit, par une causalité plus diffuse, pour avoir contribué à introduire une bouche de plus au banquet de la vie. Une recherche de paternité au rabais est plus facilement acceptée, parce qu'elle dérange moins l'ordre des familles, spécialement l'ordre des successions, et par un reste de mentalité prélogique, pour ce qui ne sera qu'un demi-résultat, le droit pourra s'accommoder d'une demi-preuve. Le droit français avait connu de ces actions alimentaires par petites touches jurisprudentielles ou légales. La l. 3 janv. 1972 a repris l'idée, mais en a fait une institution différente (a. 342 à 342-8). D'emblée, l'action à fins de subsides se présente comme fondée sur les seules relations sexuelles, indépendamment de toute recherche de paternité. Le défendeur ne sera pas condamné comme père certain ou probable ou non improbable, mais comme père simplement possible parmi d'autres, et sa condamnation ne se justifiera ni par sa faute ni par son rôle causal, mais par le risque – non pas le risque biologique de sa paternité possible, mais le risque juridique qu'il a pris en se livrant à des relations sexuelles sans le *pallium* de la présomption de paternité.

1 | CONDITIONS DE L'ACTION

a) *Champ d'application*

L'action se situe dans la zone des maternités certaines et des paternités douteuses.

La filiation maternelle de l'enfant doit être, au préalable, légalement établie (alors que l'application de l'ancien a. 340-3^o et 5^o pouvait se passer théoriquement de ce préliminaire). C'est que l'action va exiger de l'enfant qu'il démontre des relations de *sa mère* avec le défendeur.

Vue du côté de la mère, la filiation de l'enfant est, en principe, une filiation naturelle (tout enfant naturel..., a. 342, al. 1). Peu importe qu'elle soit adultérine, d'une adultérinité prouvée, par ex. à la suite d'un désaveu (a. 342, al. 3). Toutefois, il peut aussi arriver que l'enfant soit apparemment légitime (a. 342-1). Il a été déclaré à l'état civil comme né de deux époux, mais le mari, en fait, l'a ignoré, ou s'en est désintéressé, parce qu'il y a adultère sous roche, de sorte que le titre n'est pas corroboré par la possession d'état (indivisible) d'enfant légitime.

Vue de l'autre côté, on ne saurait parler de la filiation que sur un mode hypothétique, puisqu'il n'y a pas de filiation en jeu, mais seule-

ment une possibilité de filiation. L'homme que l'a. 342, al. 3, appelle, pour abrégé la formule, le *père*, mais qui devrait, rigoureusement, être désigné comme le *pouvant-être-père*, ne pourrait être qu'un père naturel. Peu importe qu'il fût marié avec une tierce personne au temps de la conception, ce qui ferait éventuellement apparaître comme adultérin l'enfant demandeur. Peu importe même qu'il soit lié à la mère par une parenté aux proches degrés où il est défendu, selon l'a. 334-10, de révéler l'inceste par l'établissement de la seconde filiation : à la base de l'institution, il y a un doute systématique sur la filiation, et ce doute interdit d'alléguer l'inceste.

b) *Cause*

Il n'y en a qu'une : la constatation de relations entre la mère de l'enfant et le défendeur pendant la période légale de la conception (a. 342, al. 1).

1° La *période légale de la conception* est celle que définit l'al. 1 de l'a. 311, non sans la flexibilité dont l'assortit l'al. 3. Il suffit que les faits (il n'y faut pas longtemps) se placent à un moment quelconque dans la période considérée.

2° Quels sont ces faits ? Sous le mot de *relations*, la loi vise par *understatement*, euphémisme, les relations sexuelles (cf. a. 340-4°). Le pluriel ne doit pas faire croire à des relations nécessairement suivies, ce qui ferait à tort évaluer l'hypothèse en direction du concubinage : les « fréquentations » – notion populaire – entrent de plain-pied dans l'a. 342. Pour donner lieu à la loi, c'est donc assez d'une rencontre, d'une passade, voire, oserait-on dire, d'une passe (la débauche n'est plus une fin de non-recevoir depuis la l. 8 janv. 1993). Ni la publicité ni *a fortiori* la notoriété ne sont requises. La clandestinité assez naturelle en ce genre de choses ne créera de difficultés qu'au moment de la preuve. Cette preuve peut être faite par tous les moyens, les juges du fond en appréciant souverainement la force.

Il est capital de relever que les relations entre la mère et le défendeur sont envisagées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, indépendamment du rôle causal qu'elles ont pu jouer dans la procréation de l'enfant. A l'opposé du concubinage dans l'ancien a. 340-4°, elles n'emportent pas une sorte de présomption de paternité. L'action à fins de subsides n'est pas une recherche de paternité naturelle. Le défendeur n'est pas recherché comme étant l'auteur de l'enfant, mais comme ayant été l'amant de la mère, en quoi il a pris un risque, que la loi l'oblige à assumer pécuniairement.

c) *Preuve contraire (librement appréciée par le juge)*

L'action à fins de subsides étant fondée sur une possibilité de paternité, il est rationnel qu'elle soit neutralisée si le défendeur rapporte directement la preuve que sa paternité est impossible (a. 342-4). Ce qui peut tenir à une impossibilité physique ou être démontré par l'examen des sangs ou des empreintes génétiques.

2 | PROCÉDURE DE L'ACTION

Quoique l'action à fins de subsides ne soit pas une recherche de paternité, l'a. 342-6 en a, pour une large part, réglé la procédure par renvoi à la section précédente (étant sous-entendu que le lecteur se livrera à la transposition nécessaire et lira par ex. *le père possible* là où il est écrit *le père prétendu*). Ce renvoi se justifie d'autant mieux qu'en vertu de l'a. 340-7, l'action de l'a. 342 peut venir se greffer sur celle de l'a. 340 : soit que l'enfant, tout en recherchant sa filiation paternelle à titre principal ait subsidiairement demandé des subsides, soit même que le tribunal les ait alloués d'office en rejetant la demande principale (en quoi l'action mériterait bien, et doublement, d'être appelée *action subsidiaire*).

Il convient donc d'appliquer à l'action à fins de subsides les règles de l'action en recherche de paternité naturelle pour tout ce qui concerne les parties, l'office du juge, la protection du défendeur (cf. *supra*, p. 295). Toutefois, le délai pour agir est plus large (a. 342, al. 2) : il s'étend à toute la durée de la minorité et aux deux années suivantes.

3 | EFFETS DE L'ACTION

A la différence – qui est considérable – de l'action en recherche de paternité naturelle, l'action à fins de subsides ne produit pas d'effets dans les *rappports personnels* entre l'enfant et le défendeur ; et même dans les *rappports pécuniaires*, elle n'a que des effets limités.

a) *Absence d'effets dans les rapports personnels*

La situation s'explique par deux idées : la paternité ne peut être prouvée, du moins pas prouvée dans les termes de l'a. 340 ; mais il

reste toujours possible qu'il y ait paternité. D'où le principe et une exception.

— Le *principe* est que l'action n'aboutit à l'établissement d'aucun lien de filiation. Le jugement n'a donc aucune incidence sur le nom de l'enfant ou l'exercice de l'autorité parentale. Le défendeur ne pourrait réclamer un droit de visite, fût-ce sous le prétexte de surveiller l'emploi des subsides auxquels il a été condamné (cf. a. 371-4).

Corollaire (a. 342-8) : la chose jugée sur l'action à fin de subsides n'a pas d'autorité dans une instance en recherche de paternité intentée ultérieurement, soit contre le même défendeur (cf. a. 340-7), soit contre un tiers (cf. a. 342-8, al. 2). Parallèlement, l'allocation des subsides n'empêche pas un tiers de reconnaître l'enfant (auquel cas l'a. 342-8, al. 2, s'appliquera par analogie).

— *L'exception* est dans l'a. 342-7 : le jugement allouant des subsides crée des empêchements à mariage : c'était assez d'une simple possibilité de parenté pour que la loi ne coure pas le risque de laisser célébrer un mariage incestueux.

b) *Limitation des effets dans les rapports pécuniaires*

L'action de l'a. 342 ne saurait aboutir à faire de l'enfant un héritier du défendeur. De ce point de vue, la condition de l'enfant allocataire (qui est souvent en fait un enfant adultérin) apparaît comme nettement inférieure à celle des adultérins dont la filiation a été établie par jugement sur une action en recherche de paternité. Ses droits patrimoniaux se limitent à des *subsides*.

1° *Nature des subsides*. — Ce sont des sommes payées pour l'entretien et l'éducation de l'enfant, ce qui fait penser soit à la contribution prévue à l'a. 203, soit plus généralement aux aliments des a. 205 s. La loi, cependant, a préféré instituer une catégorie autonome, afin de mieux marquer que la dette ne procède pas ici de la parenté, mais d'une autre cause — la responsabilité —, ce qui explique qu'elle n'existe que du défendeur à l'enfant, sans réciprocité concevable, par une différence essentielle avec l'obligation alimentaire (a. 207, al. 1).

2° *Étendue des subsides*. — Comme les aliments, ils se mesurent sur les besoins du créancier et les ressources du débiteur (a. 208, al. 1). Mais l'a. 342-2 y ajoute un troisième critère : la situation familiale du défendeur à l'action. Il faut voir là le souci de protéger la famille déjà constituée (légitime ou naturelle) dont les droits sont forcement diminués par l'arrivée de ce nouveau part-prenant. Le tribunal est invité à modérer, en pareil cas, le montant des subsides (ce qui n'est pas sans

évoquer la réduction que les a. 759 et 760 font subir aux droits successoraux de l'enfant adultérin, quand il est en concurrence avec le conjoint et les enfants légitimes).

Comme l'entretien et l'éducation dans l'a. 203, les subsides ne sont dus que pendant la minorité. Cette obligation, toutefois, comme l'autre (cf. a. 295), peut se prolonger au-delà des dix-huit ans, si l'enfant est encore dans le besoin, à moins que cette situation ne lui soit imputable à faute (a. 342-2, al. 2 ; ce n'est pas la faute de l'a. 207, al. 2, qui est une faute *envers* le débiteur).

Si le débiteur précède, la charge des subsides passe, sinon à ses héritiers (ils n'en sont pas tenus à titre personnel), du moins à sa succession, en ce sens que les sommes nécessaires seront prélevées sur l'actif net de l'hérédité (a. 342-5, 207-1).

3° *Paiement des subsides*. — En précisant que les subsides se règlent *en forme de pension*, l'a. 342-2, al. 1, veut dire qu'ils donnent lieu à des versements périodiques et non à la remise d'un capital. Il faut également entendre par là qu'en général le régime des pensions alimentaires leur est applicable : ainsi, quant aux possibilités d'indexation (a. 208, al. 2), aux modes de recouvrement (1. 2 janv. 1973, a. 1, al. 3 ; 1. 75-618 11 juill. 1975, a. 15 ; C.S.S. a. L. 581-2 s.), à la sanction pénale de l'abandon de famille (a. 237-3 N.C.P.).

4 | CAS PARTICULIER DE L'A. 342-3

Cette disposition — et sa rédaction s'en ressent — fut l'une des plus violemment discutées dans l'élaboration de la loi de 1972. On y avait dénoncé l'idée absurde d'une « copaternité », alors qu'il ne pouvait s'agir que de coresponsabilité. Quelle a été l'intention législative ? De ne pas laisser l'enfant sans subsides dans des hypothèses impliquant *a priori* une pluralité d'hommes (viol collectif, communauté pratiquant une promiscuité plus ou moins réglée, ce qui fut une pratique en vogue après 1968). Plus simplement, de déjouer par une sanction dissuasive la manœuvre du camarade complaisant qui, en venant avouer avoir eu lui aussi des relations sexuelles avec la mère, paralyserait aisément par l'*exceptio plurium* l'action dirigée contre le vrai responsable.

a) *Conditions d'application du texte*

Afin de rendre moins choquante la présentation du cas, l'a. 342-3 suppose que la mère a d'abord assigné un seul défendeur : en cours d'instance, s'il se révèle qu'un autre, voire d'autres que lui ont eu des relations avec elle, il y aura lieu de les appeler en la cause suivant le scénario de l'a. 311-11 (cf. *supra*, p. 204). Mais la mère pourrait aussi bien prendre l'initiative d'assigner d'emblée et simultanément tous les défendeurs possibles.

Quant au fond, le texte impose une condition négative et, alternativement, l'une ou l'autre de deux conditions positives.

1° *En l'absence d'autres éléments de décision.* — Pour donner un sens plausible à cette formule tout en demeurant dans l'esprit de l'action à fins de subsides, laquelle exclut la recherche de paternité, il convient de l'entendre par référence à l'a. 342-4 : si l'un des défendeurs prouve qu'il ne peut être le père, la possibilité de paternité se concentre sur les autres.

2° Il ne suffit pas que les défendeurs qui restent en cause aient eu des relations sexuelles avec la mère, encore faut-il que l'établissement de ces relations ait été déterminé par une *faute*. On peut songer au viol ou à la séduction dolosive.

3° Un *engagement* peut jouer le même rôle qu'une *faute*. Un individu qui a eu des relations avec la mère et qui nourrit un doute sur sa paternité, souscrit une promesse de subvenir aux besoins de l'enfant ; un second individu, dans la même situation, souscrit de son côté une promesse semblable ; ou même tous les deux, accommodants, signent de concert un billet conjoint. Un seul engagement aurait permis à l'enfant de réclamer une pension : pourquoi, d'en avoir deux, aurait-il moins de droits ?

b) *Conséquences*

Les conditions requises par la loi étant réunies, une indemnité destinée à assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant peut être mise à la charge des défendeurs. Ce n'est qu'une *faculté* pour le juge, qui garde un pouvoir d'appréciation. Entre les codéfendeurs il n'existe, faute de texte, aucune solidarité ; néanmoins, si une faute commune a été relevée à leur rencontre, l'obligation en résultant aura les caractères d'une obligation *in solidum* (cf. t. IV, n° 345).

Si l'a. 342-3 qualifie d'*indemnité* les sommes allouées à l'enfant, c'est pour repousser davantage encore, dans le cas particulier, tout ce

qui pourrait évoquer un rapport de filiation ; mais l'idée indemnitaire était déjà présente dans les subsides, et en fin de texte il a bien fallu reconnaître que le régime des subsides serait en principe applicable à l'indemnité.

Sur un point, toutefois, l'indemnité s'écarte du régime ordinaire des subsides. Tandis qu'en général la mère est libre de recevoir les subsides très directement de la main de son ex-amant, le Parlement a ici dressé un écran, espérant, non sans candeur, épargner ainsi à l'enfant la révélation perturbatrice de la pluralité de pères possibles. L'indemnité est obligatoirement recouvrée par un intermédiaire que le juge désigne et qui la reversera ensuite au représentant légal du mineur, en général la mère (a. 1154 C. Pr. C.).

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — D. Huet-Weiller, I, n° 704 s. ; Marthe Simon-Depitre, Action alimentaire et action d'état, *Études Ancel*, 1976, I, 367 s. ; B. d'Hauteville, *L'action à fin de subsides*, Th. Paris II, ronéo., 1976 ; A. Meerpoel, Les interférences entre l'action à fins de subsides et la recherche de paternité naturelle, *R.T.*, 78, 787 ; M.-C. Catala de Roton, L'action à fins de subsides et la pratique des tribunaux, *R.T.*, 90, 1 ; Cl. Gonon, *J.C.P.*, 98, 1, 158 (qui propose assez curieusement de faire de l'action à fins de subsides l'administrative préalable exigé par l'action en recherche selon l'a. 340).

HISTOIRE

La distinction de l'action aux fins d'aliments et de l'action en déclaration de paternité procède de toute une tradition, qui avait ses racines dans un rescrit de Marc Aurèle (Dig. 25, 3, 5, 9). — Pour le dernier état de l'Ancien droit, il est bon de lire Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, et en particulier, comme préalable à l'a. 342-3, l'arrêt de 1661 rapporté par lui, p. 120 s., condamnant solidairement à assurer l'entretien de l'enfant jusqu'à 14 ans les quatre ou cinq hommes que la fille avait connus le même jour.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Depuis qu'en 1993 la recherche de la paternité naturelle a été permise par tous les moyens, en même temps que les empreintes génétiques affirmaient leur infailibilité, on a mis en doute que l'action à fins de subsides eût encore une raison d'être (ex. Hauser, I, n° 704). La preuve, pourtant, qu'elle n'est pas obsolète est que l'on continue à la rencontrer dans la pratique (ex. D. 95, Somm. 119, 224, 225 ; 454 demandes en 1996).

C'est que, même aujourd'hui, elle peut répondre à des intérêts divers, avoués ou non, et qui souvent s'amalgament : l'intérêt de la famille du garçon, heureuse de se tirer d'affaire sans préjudice pour l'héritage ; l'intérêt de l'enfant, assuré de recevoir quelque chose, alors qu'à brigner le maximum, il n'eût rien obtenu, la preuve de la filiation butant sur des obstacles (il en subsiste plus que ne le croient ceux qui n'ont pas supporté de près les frais et les aléas du tout biologique) ; l'intérêt de la mère, enfin et peut-être surtout, qui a besoin d'être aidée financièrement, mais qui ne tient pas du tout à partager l'éducation et l'affection de l'enfant avec un individu dont la fibre paternelle est *a priori* inexistante. C'est probablement ce dernier motif qui justifie le maintien de l'action. On objecte que la mère ne devrait pas avoir le droit de choisir entre l'a. 340 et l'a. 342 et de disposer en quelque sorte de l'état de l'enfant. Mais, à ce compte, il faudrait rendre la recherche de paternité obligatoire et la faire exercer, au refus de la mère, par le ministère public. Derrière le tout biologique, l'autoritarisme ne tarde pas à se profiler. Ceux qui défendent l'action ne s'attardent guère sur son côté dissuasif et, partant, si l'on ose dire, préservatif et moralisateur.

THÉORIE JURIDIQUE

Beaucoup de systèmes juridiques connaissent ou ont connu, à la place ou à côté de l'action en recherche de paternité à effets complets, une action secondaire, subsidiaire, à effets limités, tendant seulement à assurer des ressources à l'enfant naturel, plus directement à sa mère. Le C. Nap., bien qu'il eût prohibé la recherche de paternité, avait ignoré ce type d'action subsidiaire. Mais, au cours du XIX^e s., la jurisprudence le reconstitua en utilisant le droit commun de l'a. 1382, en s'employant à découvrir une faute de l'homme, ex. une séduction dolosive, appelant réparation sous les espèces d'une pension. L'action était indemnitaire par un bout, alimentaire/humanitaire à l'autre : c'était une construction assez semblable à celle dont on se servait pour assurer, après divorce, des ressources au conjoint innocent (cf. *supra*, p. 587).

Après qu'en 1912 la recherche de la paternité eut été autorisée pour l'enfant naturel simple, cette jurisprudence conserva son application en faveur des enfants adultérins, dont la filiation ne pouvait être établie d'aucune manière, même pas par reconnaissance volontaire. Mais, en 1955, une loi intervint pour eux (ancien a. 342, al. 2, l. 15 juill. 1955), qui leur ouvrait une action d'une nature insolite. L'action, alimentaire par ses résultats, n'en supposait pas moins la constatation préalable d'un lien de filiation. Seulement, il était interdit au tribunal d'en proclamer l'existence. La preuve de la paternité servait uniquement à motiver (en secret, dans l'intimité, *in petto* ?) la condamnation aux aliments et perdait aussitôt toute sa force (cf. P. Raynaud, *Mélanges Maury*, I, 417). L'action tendait indivisiblement à la conviction et à la *self-censure* du juge.

Aucun de ces précédents n'est réellement pertinent pour une analyse de l'action à fins de subsides, car ils reposent tous sur une paternité retenue comme au moins vraisemblable, tandis que l'a. 342 actuel se fonde expressément sur les seules relations sexuelles et fait abstraction du rapport de filiation qui a pu s'ensuivre. Des auteurs soumettent, il est vrai, que le fait des relations sexuelles n'est ici envisagé qu'à titre de présomption de paternité (Marty-Raynaud, n° 461), par un déplacement utilitaire de

l'objet de la preuve ; et à l'appui on invoque certaines dispositions où paraît persister l'interférence des questions d'état : l'a. 311-11, qui fait allusion à l'a. 342 sous la rubrique « des actions relatives à la filiation » (mais une règle comme celle de l'a. 340-7 suffit à justifier le rattachement) ; dans l'a. 342-3 l'incise « en l'absence d'autres éléments de décision », qui peut signifier « si la paternité n'est pas autrement démontrée » (mais qui peut s'entendre aussi bien « si l'un des défendeurs n'a pas rapporté la preuve d'une fin de non-recevoir qui lui eût été personnelle ») ; enfin et surtout l'a. 342-7 sur les empêchements à mariage (mais il n'était pas besoin que la paternité fût certaine, ni même vraisemblable, c'était assez qu'elle fût possible pour que le législateur eût le devoir moral d'intervenir). La *possibilité* de paternité est la passerelle, très ténue, qui relie à la filiation l'action subsidiaire. Mais, dans son essence, l'action est fondée sur une responsabilité (cf. Mazeaud-Juglart, n° 997-6, lesquels, toutefois, se prononcent en définitive pour un fondement mixte). La loi de 1972 consacre l'idée que la sexualité doit être responsable. Cependant, l'idée requiert des précisions : où donc est la *faute* ? et où est le *préjudice* ?

Car en soi les relations sexuelles hors mariage ne constituent pas une faute envers la femme (cf. *supra*, p. 656) ni envers l'enfant à naître. Mais c'est qu'en l'espèce la responsabilité ne repose pas sur la faute : c'est une responsabilité objective, fondée sur le risque. On objectera : le risque ne justifie une responsabilité que par sa corrélation avec le profit. Quel profit ici ? Le profit de la liberté. Ce qui déclenche une autre objection (cf. M.-L. Rassat, *R.T.*, 1973, 435 s.) : toute responsabilité exige la constatation préalable d'un rapport de cause à effet entre la faute ou le risque et le dommage ; si le dommage est l'enfant, ou plutôt par respect humain, le coût de son entretien et de son éducation, le lien de causalité ne sera établi que par l'imputation de la paternité au défendeur, donc par un jugement sur la filiation. Seulement, c'est mal placer le risque. Le risque pris n'est pas d'avoir eu des relations sexuelles pouvant engendrer un enfant, c'est d'avoir eu des relations sexuelles en dehors de la présomption de paternité. Or, le jeu de l'a. 312 ne suppose pas la preuve préalable de la paternité, il est fait pour en dispenser. Si le *pallium* de la présomption avait été abaissé, fût-ce juste avant la naissance (arg. a. 314), l'enfant aurait été légitime et aux frais du mari, sans qu'il y eût à vérifier la filiation. C'est de cela, uniquement de cela, mais qui est capital, qu'il a été privé et qu'il obtient réparation — une réparation forfaitaire, il est vrai, mais le forfait est dans la nature d'un système objectif de responsabilité.

On comprend mieux, dans une telle analyse, que le défendeur soit admis à faire repousser la demande en prouvant l'impossibilité physique de cohabitation ou les résultats d'un examen des sangs (a. 342-4) : son argument n'est pas qu'il ne peut être la cause du dommage, mais qu'en réalité il n'y a pas de dommage, parce que, même si le mariage était intervenu, l'enfant aurait pu être désavoué.

PRATIQUE JUDICIAIRE

a) *Nature de l'action.* — Des arrêts (Civ.¹ 17 juill. 1979, D. 80, 185, 2^e esp., n. Mas-sip ; Civ.¹ 21 oct. 1980, *G.P.*, 81, 2, 475) l'ont très clairement mise en relief : l'action à fins de subsides, différente de l'action en recherche de paternité, repose sur la simple *possibilité* d'une filiation. Cependant, l'idée que l'action de l'a. 342 est une sorte

d'action en recherche au rabais (sur laquelle se rabattre lorsque manquent les conditions d'ouverture de l'a. 340) n'est pas non plus étrangère à l'esprit des magistrats : ex. Civ.¹ 9 mars 1983, *G.P.*, 83, 2, 561 (les relations intimes étaient prouvées et de surcroît la paternité était *scientifiquement* presque certaine) ; Civ.¹ 10 juin 1987, *G.P.*, 88, 1, 112. Comment conclure, tout de même, d'un motif hypothétique à une condamnation catégorique ? En se plaçant sur le terrain de la responsabilité. Ce qu'a supposé une décision pour en tirer la conséquence que, le défendeur étant mineur, ses père et mère étaient responsables de son fait selon l'a. 1384, al. 4 : trib. Aix, 12 déc. 1974, 4, 160 (cf. Paris, 6 mai 1977, bien qu'en fait les parents aient été exonérés, D. 78, 145). La nature de l'obligation aux subsides demande à être précisée sur un autre flanc : est-ce une obligation alimentaire ? Un arrêt, Civ.¹ 27 oct. 1981, D. 82, 305, lui a appliqué la règle de compétence territoriale de l'a. 46 C. Pr. C., ce qui peut se défendre utilitairement. Mais sur le point essentiel, c'est la négative qui a été décidée, Civ.¹ 22 juill. 1986, *Bull.*, n° 220, *Rép. not.*, 86, 1433 : l'action n'est pas subordonnée à un manque de ressources de la mère.

b) *Preuve des relations.* — Procédant selon une méthode dont il y a des traces ailleurs, qui consistait à tester l'opinion parlementaire, le projet gouvernemental avait subordonné à des adminicules (cf. a. 323) l'admission des témoignages. Cette condition ayant été écartée par le parlement, la preuve se trouve entièrement libre : Civ.¹ 21 oct. 1980, *G.P.*, 81, 1, 475 ; Civ.¹ 5 févr. 1991 (la preuve d'un fait unique suffit), D. 92, Somm. 176, *Rép. not.*, 91, 673 ; Civ.¹ 14 févr. 1995, D. 96, 111 ; *J.C.P.*, 96, 2, 22569. Suffirait-il, cependant, d'une déclaration de la mère ? Trib. Angers, 9 avr. 1974, et trib. Dieppe, 13 juin 1974, D. 75, 71, n. approbative D. Huet-Weiller, semblent bien l'admettre, mais il faut comprendre en quel sens. On ne saurait, restaurant l'ancienne maxime *Virgini praegnanti creditur* (qui n'opérait d'ailleurs, semble-t-il, que provisionnellement, pour les seuls frais de gésine), permettre à la femme de désigner irréfragablement un père à l'enfant, fût-ce un père simplement alimentaire (cf. Civ.¹ 19 déc. 1973, D. 74, 661, n. Mezger, qui considère qu'un tel mode de preuve, quoique accepté par une loi étrangère, est inacceptable en France, comme contraire à notre ordre public international, sans doute parce qu'il violerait le principe de la liberté de la défense). Il s'agit seulement, pour les juges, de recueillir les dires de la mère (non pas ce que des tiers racontent qu'elle aurait dit, trib. Saint-Étienne, 16 mars 1973, *J.C.P.*, 75, 4, 42), quand elle affirme avoir eu des relations sexuelles avec le défendeur ; puis de mettre ces dires en balance avec les dénégations de l'autre, en pesant par une appréciation psychologique et morale leur sincérité respective. Le danger possible d'un tel système est que, de l'évaluation de la sincérité, on glisse à l'estimation de l'honorabilité, voire du milieu familial ou social. L'appréciation des témoignages et présomptions d'où les juges du fond ont déduit l'existence de relations sexuelles échappe au contrôle de la Cour de cassation : Civ.¹ 15 juin 1977, *Bull.*, n° 283 ; Civ.¹ 25 nov. 1981, *J.C.P.*, 82, 4, 61.

Il n'est pas étonnant que les tribunaux, pour se libérer d'enquêtes difficiles et aléatoires, aient songé à demander une décision plus rapide et plus claire aux techniques de la biologie, pratiquement à l'analyse comparée des sangs (cf. *supra*, p. 192). Celle-ci, dans son rôle négatif, qui n'est guère contesté, s'insère très rationnellement dans le système légal : si le défendeur démontre qu'il ne peut pas être le père de l'enfant, il n'est plus un père possible et doit d'être mis hors de cause (a. 342-4 ; c'était une fin de non-recevoir avant la réforme de 1993 ; depuis, c'est une preuve contraire, à

apporter par tous les moyens) : Civ.¹ 27 nov. 1979 (il y avait bien eu des relations, mais pas dans la période de la conception) ; Civ.¹ 4 déc. 1990, *R.T.*, 91, 509 ; Civ.¹ 4 janv. 1995, D. 96, 49. Peu à peu, cependant, les laboratoires avaient mis sur pied des analyses à conclusions positives, capables de prouver la paternité avec un risque minime d'erreur. Dans la recherche de paternité, avant la réforme de l'a. 340 en 1993, une expertise de cette sorte tombait à plat, impuissante à contourner le préalable des cas d'ouverture. Mais un tel obstacle ne se retrouvait pas devant l'action à fins de subsides. Aussi la Cour de cassation ne s'était-elle pas fait scrupule d'approuver les juges du fond qui avaient tiré d'une analyse positive la preuve de l'existence de relations intimes : Civ.¹ 9 mars 1983 et 10 juin 1987, *G.P.*, 83, 2, 561 et 88, 1, 112 ; Civ.¹ 14 févr. 1995, D. 96, 111 et 3 juill. 1995, D. 98, Somm. 31 (qui montrent la persistance de la pratique, bien qu'elle se comprenne moins depuis la réforme de l'a. 340). Et si le défendeur se dérobe, son « évitement » sera interprété comme un aveu, Civ.¹ 5 févr. 1991, *Rép. not.*, 91, 673 ; Civ.¹ 5 mai 1993, *Bull.*, n° 135.

d) *Point de départ des subsides.* — Ils ne sont dus qu'à compter de la demande (Civ.¹ 19 mars 1985, D. 85, 533, n. Massip, *J.C.P.*, 86, 2, 20665, n. critique Joly), parce que le jugement est ici constitutif et non déclaratif. L'arrêt a surtout voulu démarquer l'a. 342 de l'a. 340, qui, lui, tend bien à faire *déclarer* une paternité. En analysant l'action à fins de subsides comme une action alimentaire (ce que fait la Cour de cassation sur d'autres terrains, ex. la compétence territoriale, Civ.¹ 27 oct. 1981, D. 82, 305), on pourrait faire rétroagir le jugement au jour de la naissance. Sans doute, il y a la maxime « Aliments ne s'arrangent pas » (cf. *supra*, p.) ; mais, en tant qu'elle se fonde sur une renonciation, pourrait-elle être opposée à l'enfant mineur, qui est créancier des subsides en son nom propre (cf. Civ.¹ 22 juill. 1986, *Bull.*, n° 220) ? En tout cas, la rétroactivité s'imposera aussi bien si l'on reconnaît aux subsides un caractère indemnitaire plutôt qu'alimentaire : le jugement statuant sur la responsabilité est constitutif quant au quantum des dommages-intérêts, mais déclaratif quant à l'existence du dommage (cf. t. IV, n° 287), et le dommage s'est manifesté dès la naissance hors du *pallium* de la légitimité.

TITRE II

Le concubinage (dit encore union libre, cohabitation)

On parle, assez indifféremment, de *concubinage* (non sans jouer parfois de la ressemblance avec le concubinat romain, sorte de mariage inférieur) ou d'*union libre* (librement rompue, librement conclue). Les deux termes sont synonymes, quoique le premier ait pris un accent plus populaire, le second une tonalité plus distinguée. Il arrive aussi qu'on dise d'un homme et d'une femme qu'ils vivent *maritalement*. C'est un degré de plus : ils vivent aux yeux des tiers comme s'ils étaient mariés ; il y a apparence de mariage, faux ménage. Le mot *cohabitation*, qui s'est introduit plus récemment, s'accompagne d'un air de jeunesse (cf. *infra*, p. 683). Des pays anglo-saxons sont venues des expressions telles que *mariage informel*, *mariage consensuel*, qui suggèrent qu'il y a presque mariage, à la solennité près ; on reste, pourtant, en dehors du mariage, si celui-ci se définit par le rite social. Ce ne sont pas seulement les étiquettes qui varient ; les phénomènes de mœurs qu'elles recouvrent peuvent être fort différents. Selon les cas, il peut ou non exister une résidence commune ; les amours peuvent être affichées ou secrètes. Mais ce qui, dans tous les cas, se retrouve, c'est une certaine intention de stabilité : union stable, dit la loi du 23 juin 1989, a. 6, sur le « contrat d'offre de rencontres » (cf. *supra*, p. 382) ; à défaut de communauté de vie, des relations stables ou continues, ce sont les termes de la loi du 8 janvier 1993 dans l'a. 340-4 (décalquant maladroitement l'ancien a. 340-4°, où elles devaient être stables et continues) ; parfois une durée précise, une vie commune d'au moins deux ans, déclare l'a. L. 152-2 C.S.P. pour accorder accès à la procréation médicalement assistée. Le concubinage est à tout le moins une habitude.

Du lexique de la question, c'est *concubinage* que nous retiendrons, malgré ce que le mot a de malsonnant. Il offre la commodité de se prêter à une appellation correspondante pour désigner les intéressés, le concubin et la concubine. Mais surtout il a le privilège d'avoir été reçu dans le C.C. depuis 1912. On remarque qu'il y est parfois accompagné du qualificatif *notoire* (a. 283 ; 285-1). Ce n'est pas que la notoriété soit de l'essence du concubinage. La loi ne l'exige que comme mode de preuve, afin d'interdire une inquisition dans les vies privées.

Le concubinage semble être au mariage ce que le fait est au droit. Et il est courant de dire que cette relation de fait, comme tant d'autres (ex. séparation de fait, la charge d'autrui), est montée de nos jours à la vie juridique. Des textes de loi (ex. a. L. 152-2 C.S.P.) utilisent comme allant de soi une notion générique du *couple*, dont le mariage ne serait plus qu'une espèce à côté du concubinage. Des arrêts modernistes n'hésitent pas à affirmer que, dans l'état actuel du droit positif, le concubinage (si du moins il n'est pas adultérin) est reconnu comme une source de droits et d'obligations. Et la loi *Malhuret* (22 juill. 1987) s'était égarée jusqu'à placer les actions des père et mère naturels au sujet de leurs enfants sous le *pallium* du J.A.M., du juge aux affaires *matrimoniales*, comme s'il y avait mariage entre des concubins.

Il faut remarquer, néanmoins, que toutes les prétentions des concubins n'ont pas trouvé grâce devant la législation ou la jurisprudence ; que beaucoup de conséquences attachées au concubinage l'ont été *contre* les concubins (ex. a. 283, al. 2 ; 285-1, al. 5 ; ancien a. 340-4°) ; enfin, que les solutions données n'ont été bien souvent que des applications du droit commun, notamment du droit commun de la responsabilité civile, les concubins n'étant pas visés en tant que tels, mais parce qu'ils se trouvaient placés dans certaines situations abstraites et moralement neutres. Aussi est-il excessif d'évoquer un statut du concubinage. Un statut supposerait derrière lui la volonté rationnelle d'un législateur ou la poussée unanime d'une coutume. Mais la seule présence d'une institution plus ancienne et plus forte dans la société marginalise, fragilise la nouveauté. Le concubinage est obligé de *bricoler* les solutions de droit qu'il lui faut (au sens de ce bricolage intellectuel dont Claude Lévi-Strauss a montré l'utilité et la légitimité pour la pensée sauvage).

LES RAPPORTS ENTRE CONCUBINS

L'opposition qui avait été faite de routine, à propos des époux, entre rapports personnels et rapports pécuniaires, se retrouve dans le concubinage et peut même y être plus marquée, car les concubins, qui vivent sous la menace de bonnes mœurs, peuvent se sentir plus à l'aise là où ils ont pour alibi qu'il n'est question que d'argent.

1 / Rapports pécuniaires

► *Existe-t-il, entre concubins, un régime matrimonial ?*

a) *Régime primaire*. — Pas d'obligation alimentaire, de devoir de secours entre concubins ; et bien qu'il y ait ménage commun, entraînant des charges, pas d'obligation pour chacun d'y contribuer, dont l'exécution puisse être poursuivie en justice. Si l'amant, en fait, remet de l'argent à sa maîtresse, c'est sans engagement pour l'avenir. Toutefois, quand celle-ci a fait des achats à crédit pour les besoins du ménage, du faux ménage, on voit les fournisseurs s'attaquer de préférence à l'amant, généralement plus solvable, et des tribunaux le leur permettre. A quel titre ? Du temps que l'on parlait d'un mandat tacite de la femme mariée, on avait quelquefois évoqué par analogie un mandat tacite de la concubine (cf. *supra*, p. 470). Mais, aujourd'hui, c'est d'un pouvoir légal qu'il s'agit pour la femme mariée (a. 220), et semblable appui de la loi fait défaut dans le cas de la concubine. Il est

de jurisprudence très sûre que l'a. 220 n'est pas applicable à des concubins. Les fournisseurs pourront, cependant, se retourner contre le concubin en se réclamant de la théorie de l'apparence (cf. *Introduction*, n° 163) : le concubin est en faute pour avoir laissé croire aux tiers que sa maîtresse était son épouse ; il doit réparer le dommage causé par cette apparence trompeuse, et la meilleure manière de réparer est de payer comme s'il y avait, en effet, mariage. Ce qui explique que cette solution ne soit pas applicable à tous les concubins, mais seulement à ceux qui vivent maritalement, en se donnant les extérieurs du mariage. Semblablement, la vie maritale, jointe à la situation de personne à charge (cf. *infra*, p. 47), fait acquérir la qualité d'ayant droit de l'« assuré social » pour le bénéfice des assurances maladie et maternité (l. 2 janv. 1978, a. 13).

b) *Régime des biens*. — Il n'est pas rare que les concubins achètent en commun leur appartement : l'immeuble se trouvera placé sous le régime ordinaire, relativement simple, de la copropriété ou indivision (a. 815 s.). Mais il advient aussi que, fini le concubinage, les tribunaux aient à démêler, à la demande de l'un des concubins (ou de ses héritiers), des intérêts pécuniaires enchevêtrés par des années de vie commune. Ils décident alors quelquefois qu'il a existé entre les concubins une *société de fait* (a. 1873). Elle est nulle puisqu'elle reposait sur une cause immorale, mais elle n'en a pas moins fonctionné en fait, et elle doit être liquidée. En conséquence, la femme pourra venir prendre part dans les bénéfices qu'a pu réaliser son amant. Il est tentant d'évoquer la communauté de biens entre époux. Cependant, il faut corriger aussitôt, en observant que la solution admise par la jurisprudence se limite à l'hypothèse très précise où l'on peut retrouver entre les concubins les éléments ordinaires d'un contrat de société (notamment : un apport, au moins en travail, des deux côtés, et l'intention de participer aux gains et aux pertes). Le seul fait d'avoir vécu en concubinage ne suffit pas à créer une société de fait, tandis que le seul fait de se marier crée une communauté conjugale.

► *Des libéralités entre concubins*

En principe, il n'y a, pour un concubin, aucune incapacité de recevoir des dons ou des legs de l'autre : ne sont-ils pas juridiquement l'un à l'autre étrangers ? Le résultat n'en est pas moins paradoxal : un homme pourrait faire à sa concubine des libéralités plus solides que celles qu'il pourrait faire à son épouse (ex. des donations irrévocables,

opp. a. 1096), et surtout à sa seconde épouse (des libéralités non sujettes à l'action que l'a. 1098 ouvrirait aux enfants d'un premier lit). La jurisprudence, cependant, a rétabli les droits des bonnes mœurs. Elle décide, en thèse générale, que les dons ou legs adressés par le concubin à la concubine peuvent être annulés pour cause illicite ou immorale, en vertu des a. 1131 et 1133.

La nullité, il est vrai, n'est pas toujours encourue. Les arrêts font une distinction moralisatrice. Si la libéralité a eu pour but d'acheter la femme, de la déterminer à établir ou à prolonger les relations irrégulières, elle apparaît comme le salaire du vice et doit être annulée. Mais si la pensée de l'amant n'a été, le concubinage ayant cessé, que de réparer le préjudice matériel ou moral causé par la séduction, ou encore d'assurer les vieux jours de son ancienne maîtresse — ce sont mobiles vertueux qui purifient la libéralité, et il n'y a pas lieu à l'annulation. Un obstacle, tout de même : le droit fiscal, aux yeux duquel les concubins sont des personnes étrangères l'une à l'autre, si bien que leurs libéralités, pour peu qu'elles ne se dissimulent pas, sont exposées à des droits de mutation assez écrasants pour être dissuasifs.

► *Des droits du concubin survivant*

a) *Droits conventionnels*. — Une combinaison anciennement connue sous le nom de *tontine*, aujourd'hui qualifiée de *clause d'accroissement*, paraît pouvoir offrir aux concubins l'équivalent d'un droit de succession réciproque : ils achètent en commun un immeuble en stipulant qu'au premier décès la moitié appartenant au défunt accroîtra à la propriété du survivant. Par un jeu de conditions opérant rétroactivement, on admet que la clause échappe à la prohibition des pactes sur succession future (a. 1130, al. 2), et que son caractère aléatoire en fait un acte à titre onéreux et non une libéralité (d'où un avantage fiscal qui a été, toutefois, sérieusement plafonné en 1980, a. 754 C.G.I.).

b) *Droits légaux*. — Il n'existe pas de droit de succession *ab intestat* entre concubins. C'est une différence grave ; un piège aussi où la cohabitation juvénile, loin de la mort, se laisse facilement enfermer. Il est, néanmoins, des droits qui, s'ouvrant au décès de l'un, opèrent comme des pseudo-successions au profit de l'autre. Ainsi, selon la l. 6 juill. 1989, a. 14, au décès d'un locataire, le contrat de location est transféré à la personne qui vivait avec lui en état de concubinage notoire. Selon l'a. 364 C.S.S., le capital-décès est dévolu aux personnes qui étaient à la charge effective, totale et permanente de l'assuré : la

concubine pourra souvent se réclamer de cette définition abstraite ; et même elle primera sur ce capital l'épouse séparée de fait.

c) *Droits à réclamer en justice.* — La discussion a longtemps été chaude autour de l'action en *dommages-intérêts* de la concubine, à la suite de l'*accident mortel* survenu au concubin (hypothèse que l'auto a rendue fréquente). La maîtresse surgit et contre le responsable de l'accident (ou l'assureur), invoque le préjudice subi : préjudice matériel, car son amant la faisait vivre, préjudice moral aussi, préjudice d'affection. Elle ne fait que se référer au droit commun de la responsabilité civile. Seulement, l'intérêt lésé est-il un intérêt légitime ? Et surtout, le préjudice allégué n'est-il pas trop incertain, en raison de la précarité de l'union libre, puisque celle-ci, par définition, aurait pu être rompue à tout instant ? Après avoir oscillé, après s'être divisée entre juridictions civiles et juridictions pénales (celles-ci étant compétentes lorsque l'accident constitue un délit d'homicide par imprudence) — la jurisprudence a été fixée par un arrêt de Chambre mixte du 27 février 1970 (cf. t. IV, n° 207). Plusieurs règles s'en dégagent, qui, par le biais du droit de la responsabilité, contribuent à préciser la place du concubinage dans notre système juridique :

1° Quoique la concubine n'ait *pas de lien de droit* avec le concubin, elle peut obtenir des *dommages-intérêts* après l'*accident mortel* survenu à celui-ci, parce que son préjudice (matériel ou moral) est une *réalité* ;

2° Par exception, elle cesse d'avoir droit à des *dommages-intérêts* :

— si le concubinage n'offrait *pas de perspectives de stabilité* ;

— s'il était entaché d'*adultère* (mais cette dernière restriction paraît s'être estompée dans des arrêts postérieurs).

Le maniement de l'exception (ou de ce qui en subsiste) permet, en tout cas, aux tribunaux d'exercer rétrospectivement un contrôle de moralité sur les circonstances du concubinage.

2 / Rapports personnels

Pas de lien de droit comparable à celui — à nul autre pareil lui-même — qui existe entre les époux. Un lien de fait uniquement, qui sporadiquement émerge au droit, comme dans un effort pour retrouver certains traits du mariage. Mais, paradoxalement, ces émergences

au droit ne se produisent en général que lorsque le fait a disparu. Car l'ordinaire du concubinage est non pas d'être, mais d'avoir été.

a) *Les devoirs accomplis.* — On ne peut pas dire que les devoirs mutuels de l'a. 212 s'imposent aux concubins. Mais ils se sont imposés à eux dans le passé, la fidélité notamment, et c'est pourquoi le juge reconnaîtra rétrospectivement qu'entre eux a existé une de ces unions *stables* auxquelles peuvent être attachés des effets de droit.

b) *La preuve.* — De ce qui a été un fait, la preuve pourra se faire par tous les moyens : il y a là, au fond, une possession d'état. Mais, depuis les années 60 au moins, des mairies acceptaient de délivrer des « certificats de concubinage » : ils ne valaient qu'à titre de renseignement (fugitif et non vérifié). Pour assurer le fonctionnement de l'a. 372, l'a. 372-1 a chargé le J.A.F. de délivrer des *actes de communauté de vie*, au vu des éléments que lui apportent les intéressés. Il semble que ces certificats soient appelés à faire foi de la situation de concubins jusqu'à preuve contraire (cf. a. 311-3) ; mais cette force probante se limite à ce que le juge peut saisir de l'instant qui passe.

c) *La rupture.* — Elle peut avoir lieu par consentement mutuel ou par volonté unilatérale ; plus concrètement peut-être, par incompatibilité d'humeur et départ de l'un. La sortie est libre comme avait été l'entrée. Il n'est besoin ni de cause ni de procédure, et il ne devrait pas se produire d'effets. Cette rupture n'a rien d'un divorce, parce qu'il n'y a pas de lien de droit à dissoudre : c'est une *décohabitation*.

Toutefois, indirectement, des résistances à la rupture peuvent venir du droit commun — le droit commun de l'a. 1382. Il arrive que des jugements accordent une indemnité à la concubine en réparation du préjudice matériel ou moral que lui inflige la rupture. On est tenté de faire un rapprochement avec le divorce et avec l'a. 266 (*supra*, p. 577). Mais il ne faut pas se méprendre. Ce n'est pas pour avoir rompu abusivement que le concubin est condamné (le lien rompu n'était que de paille). C'est pour des agissements distincts : soit la faute initiale d'où est venu tout le mal (la séduction dolosive), soit l'intention de nuire dans l'abandon final.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Hauser, I, n°s 388 s. et 1078 s. ; Rodière, Le ménage de fait, *Travaux de l'Assoc. Capitant* (XI), 1957, p. 55 ; Noirel, *R.T.*, 59 ; Lindon, D. 70, 343 ; M. Poul-nais, *J.C.P.*, 73, 1, 2574 ; Malaurie, *Arch.*, 1975, 17 ; Jeanmart, *Les effets civils de la vie*

commune en dehors du mariage, 1975 ; C. Noir-Masnata, *Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés*, Genève, 1982 (droit comparé) ; Alt-Maes, *J.C.P.*, 83, 1, 3119, et *R.T.*, 83, 676 ; F. Dekeuwer-Défossez, Sur les difficultés de la *décohabitation*, in C. Brunetti-Pons, *La notion juridique du couple*, 1968, 68. — Ces études partielles sont transcendées dans une recherche tous azimuts, approfondie, J. Rubellin-Devichi *et al.*, *Les concubinages, Approche socio-juridique*, 2 vol., Lyon, 1986, et *Des concubinages dans le monde*, 1990.

En attendant d'être reconnue par les législateurs, l'homosexualité a obtenu une reconnaissance des historiens et sociologues : ex. chez les Anglo-Saxons, J. Boswell, *Christianisme, tolérance sociale et homosexualité, les homosexuels en Europe du début de l'ère chrétienne au XIV^es.*, Paris, 1985, et *Les unions du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Paris, 1996 ; en France, F. Courtray, *Norme sociale, droit et homosexualité*, th. Aix, 1996 ; F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe*, 1997 ; D. Borillon, *Homosexualité et droit*, 1998 ; C. Mécaly et Géraud de La Pradelle, *Le droit des homosexuels*, « Que sais-je ? », 1998. On pourrait avoir l'impression d'être soumis à un tir groupé. Pour une synthèse sereine, v. N. Rouland, *Introduction historique au droit*, 1998, n° 120.

HISTOIRE

V. Laurent Boyer, Concubinages et concubinats du Code de Hammurabi à la fin du XIX^e s., in *Les concubinages*, I, p. 127-163 ; J. Poumarède, J.-P. Royer *et al.*, *Droit, histoire et sexualité*, 1987.

Sur le *concubinatus*, v. Plassard, *Le concubinage romain sous le Haut-Empire*, Th. Paris, 1921, et sur le passage du *concubinatus* au concubinage moderne à travers le Moyen Âge, v. L. Boyer, *op. cit.*, p. 139. Pour le dernier état de l'Ancien Droit, v. Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, où il y a à glaner plus d'une analyse fine. La Révolution ne paraît pas avoir voulu changer fondamentalement l'état du droit, fait de réprobation tempérée (v. à propos des libéralités entre concubins, Merlin, *Questions de droit*, v° *Concubinage*, II) : elle cherchait à réaliser la liberté dans le mariage (divorce facile) plutôt qu'en dehors du mariage.

Le projet de l'an VIII offrait au C.C. deux occasions de s'exprimer : il renouvelait la prohibition des donations entre concubins, et il éclairait ce qui allait devenir l'a. 197 par une référence au concubinage (cf. *infra*, Théorie juridique, b)). Mais le législateur de 1804 jugea que, sur ces questions, le mieux était de ne rien dire, et son silence explique la brièveté des allusions au concubinage chez les commentateurs du XIX^e s. (ex. Aubry et Rau, 4^e éd., t. 7, 1875, p. 26). Le phénomène existait bien, pourtant, mais les concubines de l'époque n'auraient pas eu l'idée de revendiquer un statut ; joint que la plupart se situaient dans des couches prolétariennes, qui avaient peu de facilités pour plaider et créer des jurisprudences. Car il y eut, de 1850 à 1880, en corrélation avec la concentration urbaine et le développement de l'industrie, une très forte poussée de l'union libre chez les ouvriers (v. Ariès, *Histoire des populations françaises*, 1948, 235 ; Duplessis-Le Guélinel, *Les mariages en France*, 1954, 123 s. [l'union libre était presque de règle chez les mineurs du Nord et du Pas-de-Calais] ; Louis Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIX^e s.*, 1958, 380 s.). Il se peut que, par la suite, le mariage ait retrouvé crédit dans ces mêmes milieux

(Duplessis, *op. cit.*, 132, 142), sous l'action de divers facteurs (simplification des formalités, influence d'un catholicisme plus populaire, incidence des lois sociales, déclin de l'idéologie libertaire). Le phénomène de la cohabitation ouvrière ne fut pas, pour autant, éliminé (cf. C. Villeneuve-Gokalp, *Pop.*, 90, 282). De ces mouvements, la doctrine civiliste ne pouvait avoir connaissance que par impressions. Son intérêt s'éveilla, néanmoins, comme en témoigne, au début de notre siècle, une flambée de thèses de doctorat sur l'union libre (Peytel, Paris, 1904 ; Boyer, Montpellier, 1908 ; Leroy, Lille, 1909). Et peu après, ce fut la loi de 1912, qui, en inscrivant le concubinage notoire dans le C.C. parmi les cas d'ouverture de la recherche de paternité, vint faire de cette notion un champ d'exégèse (René Cassin y accomplit une de ses premières prouesses, S. 1922, 1, 321). Que dire de la Grande Guerre, ce dérèglement absolu ? Il fit apparaître comme moins irréguliers les couples irréguliers et, dans la distribution des mesures sociales (au sens large), leur besoin fut traité à l'égal du droit des autres. Lorsque les civilistes firent ensuite l'inventaire de ces nouveautés qui s'étaient formées en marge de leur domaine, ils s'en effrayèrent ; d'où des chroniques qui firent sensation. Josserand, *L'avènement du concubinat*, D.H. 32, chr. 46 ; P. Esmein, *L'union libre*, D.H. 35, chr. 49 ; et certainement plus en pointe, Nast, *Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal*, D.H. 38, chr. 37 — outre un livre qui passa inaperçu, mais qui était significatif, Laskine et Dubrujeaud, *L'union libre devant la loi et les tribunaux*, d'esprit résolument libertaire, déployant effort néanmoins pour la construction d'un statut de droit, calqué sur le mariage. Après la seconde et dernière Grande Guerre, la sociologie a pris le relais.

SOCIOLOGIE

a) *Le concept sociologique du hors-mariage.* — Toutes les sociétés humaines, semble-t-il, institutionnalisent, ritualisent l'union sexuelle. Ce qui ne saurait empêcher qu'à côté ne se produisent des viols, des adultères, des ébats, des conjonctions passagères plus ou moins clandestines, punissables ou non, punies ou impunies. Là n'est pas le phénomène spécifique : aucun droit n'est jamais effectif à 100 %. Le phénomène spécifique apparaît lorsque des sociétés — et elles sont nombreuses — connaissent, tolèrent ou admettent, en marge de l'union durable et ritualisée, une union aussi durable, mais non ritualisée, à laquelle elles attachent une valeur moindre (cf. Rouland, *Anthropologie juridique*, 1988, n° 145). Union de droit ? union de fait ? Dans une ethnie régie par des coutumes, l'opposition n'a pas le même tranchant que dans un pays légaliste tel que le nôtre.

Les sociologues qui travaillent sur les sociétés contemporaines critiquent la distinction du fait et du droit : nos catégories juridiques brouilleraient la réalité psychosociologique qui serait unique, sans autre différence que formelle, cérémonielle entre le mariage et les divers types de cohabitation (ex. Fresel-Lozey, *Les nouvelles formes de conjugalité, problèmes méthodologiques*, *Pop.*, 92, 737). Mais ils ne parviennent à gommer la différence qu'en faisant abstraction d'un effet essentiel du mariage — essentiel même psychosociologiquement —, l'automatisme de la présomption de paternité.

Au milieu de ce siècle-ci, le concubinage pouvait encore être analysé comme un phénomène marginal, résiduel. Une distillation, remarquablement menée sur le recensement de la population de 1954 (R. Théry, *Le concubinage en France*, *R.T.*, 1960, 33),

pour 9 993 690 ménages légitimes, laissait se déposer 281 460 couples qui ne devaient pas l'être. C'était une très faible proportion (2,82 %).

Depuis lors, le pourcentage s'est fortement accru, par l'incidence du phénomène nouveau, de la *cohabitation juvénile* ou même, généralisons, de la *cohabitation* tout court. L'accroissement peut être supputé indirectement à travers la chute de la nuptialité (cf. *supra*, p. 371) et la montée spectaculaire du taux d'illégitimité (cf. *supra*, p. 264) — montée que devrait pondérer, il est vrai, une statistique des légitimations par mariages subséquents. Mais, à partir d'autres sources (les recensements, les enquêtes sur l'emploi), les démographes ont pu rencontrer plus directement le phénomène, l'interroger si l'on ose dire, en évaluer le nombre, non sans discordances du reste, ce qui témoigne de la difficulté de l'approche. V. P.-A. Audriac, Un million de couples non mariés, *Économie et statistique*, 86, 13 s. ; H. Leridon et C. Villeneuve, Les nouveaux couples, *Pop.*, 1988, p. 331, spéc. p. 365 ; C. Villeneuve-Gokalp, Du mariage aux unions sans papier (sur la diffusion du phénomène, sur l'importance de la variable Religion), *Pop.*, 90, 265, 292. — Pour mars 1996, après une étude serrée, L. Toulemon (*Pop.*, 96, 710) propose de compter 4,250 millions de cohabitants sur 29,4 millions de personnes vivant en couple, mariées ou non. C'est l'évaluation la plus forte qui ait été avancée des cohabitations. Le phénomène n'en reste pas moins très minoritaire, ce qui n'est pas dépourvu d'importance dans une certaine conception des phénomènes anormaux.

Une observation importante, en tout cas, que les juristes ne manqueront pas de faire, c'est que la cohabitation juvénile, si elle est fertile en enfants, comme il est naturel, l'est très peu en revendications et en contentieux juridiques. Ce n'est pas moins naturel : ces cohabitants n'ont guère de propriété, et c'est la propriété qui engendre le droit, et s'ils envisagent d'avoir un jour, par intérêt, à sortir du provisoire, ils savent qu'ils trouveront aisément dans le mariage une structure d'accueil. La demande de statut, s'il en est une, et les procès sont plutôt le fait des vieux concubins.

b) *Les divers types de hors-mariage*. — Il serait difficile de construire une typologie suivant la manière dont les concubins vivent leur concubinage. Mais, suivant les causes qui déterminent la répugnance initiale au passage en mairie, l'histoire et la sociologie dessinent des clivages.

1° *L'union libre par libre choix*. — Elle recouvre elle-même des phénomènes psychologiquement distincts : 1° Le refus du mariage par idéologie libertaire, dans la classe ouvrière du Second Empire ou dans l'ultra-gauche d'après 1968 (le mariage étant dénoncé comme une intrusion du Pouvoir dans la sphère sacrée de l'individu) ; 2° La cohabitation juvénile. C'est encore un phénomène d'après 68, mais sans coloration politique aussi affirmée. Sans doute, un esprit de privatisation, d'opposition au rite social n'en est pas toujours absent. Cependant, pour le modèle le plus courant, il s'agit moins d'un refus catégorique du mariage que d'un ajournement — avec, bien sûr, le risque de toutes les *procrastinations* molles, qu'au fil des jours et des ans, la décision file toujours plus loin. « On se mariera au premier enfant. » D'instinct, le couple retrouve un modèle très archaïque où le mariage ne se forme réellement qu'en un triangle. Mais le phénomène est réinterprété, rationalisé : le mariage, malgré l'égalité de statut proclamée en 1972, vaudra mieux pour l'enfant. Et aussi pour le concubin appelé à survivre. La première naissance fait surgir devant les géniteurs l'image de leur mort (une telle révélation ne mériterait-elle pas un droit d'aïnesse ?).

2° *L'union libre par contrainte*. — Elle est libre parce qu'elle sera affranchie du droit, mais, au départ, la décision n'a pas été libre. Elle a été imposée par la nécessité — par des nécessités qui peuvent être très diverses. C'est quelquefois l'impossibilité ou la difficulté de recourir au divorce pour se délier d'une précédente union (le divorce pour rupture de la vie commune devrait ramener certains de ces concubinages au mariage). Mais il y a aussi l'union libre de misère (dans un sous-prolétariat ataraxique) et, à l'inverse, l'union libre d'aristocratie (entre homme et femme que l'inégalité du rang social ou de l'éducation empêcherait de s'épouser, presque le *concubinatus* romain ou le mariage morganatique de la noblesse germanique) ; l'union libre pour cause de pesanteurs familiales (opposition des parents au mariage, crainte d'amoindrir par un remariage les droits des enfants d'un premier lit) ; le concubinage rural (lui-même aux motifs si complexes), etc.

POLITIQUE LÉGISLATIVE

Entre les deux guerres et même après, tandis que les uns réclamaient contre l'union libre une formule *de combat* (cf. Planiol-Rouast, n° 79 ; R. Savatier, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937, n° 58), d'autres préconisaient d'aller dans le sens du mouvement, donc d'une *assimilation* graduelle au mariage (cf. Nast, D.H. 1938, chr., 37 ; Laskine-Dubrujeaud, *op. cit.* ; Granier, Épouse, concubine ou compagne ? *J.C.P.*, 1956, 1, 1299). Mais, combat ou assimilation, il était difficile de traduire le dessein dans un projet législatif d'ensemble.

C'est surtout dans des domaines spéciaux (cf. *Les concubinages*, II, p. 165, 185), le droit social, le droit fiscal, que le concubinage a marqué des points, et ces droits pouvaient se prévaloir ici de l'autonomie qui leur est souvent attribuée (mais parfois contestée) pour se donner de la famille une image qui ne fût pas exactement celle du droit civil, une image plus réaliste, plus soucieuse des situations de fait que des vues théoriques. A telle enseigne qu'il est arrivé (par inadvertance peut-être, dans le désordre législatif) que la *vie maritale* (comme aime dire le droit social ; cf. Soc. 22 févr. 1978, *Bull.*, n° 142) ait été finalement favorisée en comparaison du mariage (cf. E. Sullerot, Rapport au Conseil économique et social, Le statut matrimonial, ses conséquences juridiques, fiscales et sociales, *J.O.*, 31 janv. 1984, et son livre *Pour le meilleur et sans le pire*, 1985 ; E. S. de La Marnierre, Un choix ? Mariage ou concubinage ?, *J.C.P.*, 88, 1, 3326).

Le législateur civil n'a pas suivi. Il aurait suivi, il aurait même été plus loin s'il avait institué des droits successoraux *ab intestat* entre concubins. L'étranger lui en offrirait des exemples (cf. J. Pousson-Petit, *Les concubinages*, I, p. 165 s.). En France même, le capital-décès, dévolu à ceux qui étaient à la charge du *de cuius* (a. 364 C.S.S.), peut réaliser au bénéfice de la concubine une (modeste) succession par voie triangulaire. Et n'est-ce pas une autre succession triangulaire (à la charge d'un tiers) que fait fonctionner la jurisprudence quand elle alloue des dommages-intérêts à la concubine en cas d'accident mortel survenu à son partenaire ? Mais l'entrée du concubin survivant dans la hiérarchie successorale du C.C. aurait été autrement éclatante. C'eût été la consécration d'un mariage de second ordre, dont les preuves auraient dû être réglées au titre *Du mariage*, en parallèle, en concurrence avec le rite municipal. Cf. Le droit entre

le droit et le non-droit, conclusion juridique pour un *Colloque de démographie sur la nuptialité*, Pop., 92, 745, et *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, p. 209 ; Leveneur, Les dangers du contrat d'union civile ou sociale, *J.C.P.*, 97, 1, 4069.

Là-dessus on a sondé les mœurs. Elles ont évolué : le concubinage ne se cache plus ; les concubins sont tolérés, acceptés, fêtés par leurs familles (cf. *Les concubinages*, I, p. 58 s.), par leur milieu, et la possession d'état pourrait être une preuve probante de leur union. On interroge la morale : dans la classe ouvrière, parce qu'elle a sa morale schismatique, le concubinage retrouve une moralité (cf. Dupeyroux, D. 61, 269, D. 70, 222) ; et quant aux pratiquants de la cohabitation juvénile, ne pourrait-on dire qu'ils sont plus moraux *a priori*, selon le critère de Kant, que les gens mariés eux-mêmes, puisqu'ils s'imposent sans y être contraints les devoirs inhérents au mariage ? On se prend alors à rêver pour des couples sympathiques d'un statut qui les mettrait une fois pour toutes à égalité entière avec les gens mariés. Il n'est pas surprenant que ce rêve ait tenté de prendre corps en 1998.

THÉORIE JURIDIQUE

Nature juridique du concubinage. — Les uns y ont vu un fait juridique, c'est-à-dire un fait qui a cessé d'être purement matériel parce que la jurisprudence y a attaché des effets de droit (cf. Bonnacase, *Supplément*, VI, n^{os} 206 s.). D'autres ont parlé d'un quasi-contrat au sens de l'a. 1371 (v. Laskine et Dubrujeaud, *op. cit.*, n^{os} 19, 53), en y mettant cette intention que du quasi-contrat résulteraient des obligations d'assistance réciproque dans les diverses circonstances de la vie. L'idée d'un contrat aurait pu aussi être défendue : contrat nul, mais dont il aurait pu être tenu compte pour le règlement des intérêts des parties, ce qui aurait permis d'y apporter un peu de la diversité concrète des situations, les intéressés n'étant engagés que dans la mesure, très variable d'un cas à l'autre, où ils ont voulu s'engager. Mais, dépassant les analyses, il faut compter aussi avec la force de l'*analogie* (cf. Hauser, D. 91, chr. 56), de l'analogie au mariage. On en pourrait user plus largement (ex. il est probable qu'une application analogique des règles de la communauté conjugale conduirait, dans la liquidation des intérêts en cause, à des solutions moins abruptes que la fiction d'une société de fait). La Cour de cassation elle-même s'est référée, sans sourciller, à la ressemblance des cas : ex. Civ.¹ 18 déc. 1990, les dispositions de l'a. 373-3, al. 2, sont applicables, *en tant que de raison*, aux enfants naturels, D. 91, 433, n. approbative Massip) ; ou encore, Civ.¹ 6 févr. 1996, l'a. 1079, C. Pr. C., relatif à la procédure de divorce, est transposable à la rupture de concubinage, D. 96, 621, n. approbative Massip.

Sous un autre angle, on peut essayer de faire la synthèse des différentes solutions modernes relatives à l'union libre et d'en déterminer la ligne commune. Il ne semble pas qu'il s'agisse d'une consécration. Beaucoup des conséquences admises sont tournées contre les concubins, destinées à leur faire prendre leurs responsabilités entre eux ou à l'égard des tiers. En outre, il subsiste, entre les effets du mariage et ceux qui sont prêtés au concubinage, une différence capitale quant à l'esprit. Le mariage est une institution qui est orientée vers l'avenir, faite pour durer et pour vivre, les époux s'installent juridiquement dans le mariage au moment de la célébration. Rien de tel pour le concubinage : il n'apparaît dans notre droit moderne qu'à l'instant où il meurt. Ce n'est pas

un état qui est organisé par la jurisprudence ; elle se borne à le liquider après coup. Notre droit ne dit jamais à un homme et à une femme : vous allez désormais vivre en concubins (comme il pourrait leur dire : vous allez vivre en époux). Tout ce qui pourra advenir, c'est qu'il leur dise un jour : vous avez vécu comme concubins, et nous allons liquider vos intérêts en tenant compte de cette situation.

PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE

a) *Administrative.* — Sur les certificats de concubinage que délivrent des mairies ou des commissariats de police. V. modèles, in *Les concubinages*, I, p. 41 s. Cette pratique n'est pas obligatoire pour les mairies, et beaucoup s'y refusent par respect pour l'intimité de la vie privée (a. 9) ou par hostilité de principe à une consécration juridique du concubinage. C'est probablement pour cette raison que la loi de 1993 a créé un *acte de communauté de vie* (a. 372-1) et a donné compétence au J.A.F. pour le délivrer (a. 1179-1 et 2 C. Pr. C.). Mais il se peut que persiste la pratique des certificats de concubinage, plus faciles à obtenir. Pourront-ils continuer à faire preuve de la vie en commun pour l'application de l'a. 372, alors qu'ils offrent beaucoup moins de garanties ?

b) *Notariale.* — Aux États-Unis, au Canada, aux Pays-Bas, une pratique s'est introduite de contrats notariés de concubinage (on en ignore la fréquence). Des notaires de chez nous ont pu être tentés par cette nouveauté. Hérial et Guillou, in *Couple et modernité*, LXXXIV^e Congrès des Notaires de France, 1988, p. 357-533 (modèles américains de contrat, p. 513 s ; Charlin, *J.C.P.*, éd. notariale, 91, 1, 459. Ex. de convention notariée, Aix, 26 sept. 1997, *J.C.P.*, 98, 4, 1949. A analyser de près la pratique envisagée, on se dit qu'après tout elle ne ferait que réunir dans un même acte des conventions (donation, indivision, pacte sur l'éducation des enfants, etc.) dont chacune peut se sauver par sa propre validité. Seulement, c'est par sa dynamique d'ensemble que l'acte est suspect, non pas comme immoral, mais comme illicite, parce qu'il tend à revêtir de force obligatoire une sorte de mariage privé, violant ainsi le monopole de l'État en matière de mariage.

PRATIQUE JUDICIAIRE

V. in F. Dekeuwer-Défossez *et al.*, *Indépendance financière et communauté de vie*, Lille, 1989, Randeux, Les contrats des concubins, Huet-Weiller, Rapports avec les tiers, A. Prothais, Palliatifs de l'imprévoyance.

a) *Le lien de concubinage.* — Formule typique, Paris, 9 juin 1987, D. 87, *I.R.*, 166 : l'état de concubinage est positivement aujourd'hui source de droits et d'obligations (cf. D. Ganancia, Droits et obligations résultant du concubinage, *G.P.*, 81, 1, Doctr. 17 ; A. Mannheim-Ayache, *Le concubinage source de droits*, Th. Lyon, 1984). Des droits et des obligations pour chacun, mais cela fait-il un rapport, un lien entre les deux ? Au sens de l'a. L. 451-1 C.S.S., la concubine n'est pas une ayant droit, Soc. 25 oct. 1990, D. 91, 111, n. Saint-Jours, *R.T.*, 91, 306, n. Hauser, ce qui, en l'occurrence et par hasard, tourne à son bénéfice : elle pourra s'affranchir du forfait d'indemnisation des accidents du travail pour se placer sous un droit commun plus

libéral. Dans un arrêt de Paris (25 mai 1987, D. 87, *I.R.*, 153), on retrouve, reconnue obliquement, la force du lien entre concubins : les concubins avaient des responsabilités dans deux maisons de commerce concurrentes ; celui qui détenait des informations confidentielles a pu être licitement congédié, dès lors qu'il se refusait à prendre des mesures propres à éviter des fuites. Quelles mesures ? changer de poste ou de partenaire ? L'arrêt suggère qu'entre concubins les secrets sont moins bien gardés qu'entre mari et femme. Dijon, 22 avr. 1986, D. 86, *I.R.*, 408, marque la force du lien affectif, en donnant la préférence à la concubine sur l'épouse (séparée de corps, il est vrai) et sur la fille quand il faut choisir le lieu de la sépulture du concubin.

b) *Dettes ménagères des concubins*. — Les tribunaux ont admis depuis longtemps que les concubins étaient tenus, l'un et l'autre, pour le tout (obligation solidaire ? *in solidum* ?), des dettes contractées par l'un d'eux (ex. Paris, 23 juill. 1932, *R.T.*, 33, 80 et aussi bien Bourges, 8 déc. 1997 (pour des factures d'E.D.F.), *J.C.P.*, 98, 4, 2114, n° 28). A l'appui on invoque, sinon l'analogie avec l'a. 220, du moins une présomption de mandat tacite, ou encore l'existence d'une faute, ayant consisté à laisser se créer une apparence trompeuse pour les créanciers. Un arrêt de la Cour de cassation, Civ.¹ 11 janv. 1984, D. 84, *I.R.*, 175, *Rép. not.*, 84, 933, aurait pu jeter un doute sur cette pratique. Mais il a été heureusement démontré que la portée devait en être réduite (Prothais, D. 1987, chr. 237, avec une analyse très complète de la jurisprudence). Cependant, là où l'intérêt des tiers n'est plus en jeu, la notion de ménage n'est plus de mise, Civ.¹ 19 mars 1991, D. 91, *I.R.*, 100 : chacun doit supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées, pas de compte entre concubins ; Paris, 21 sept. 1989, D. 90, 500, n. Paisant.

c) *Société de fait entre concubins*. — Son existence n'est pas établie par le seul fait que les intéressés ont fait ménage commun (cf. Crim. 13 oct. 1981, D. 82, *I.R.*, 96), il faut que soient réunis les éléments essentiels de toute société : intention de s'associer, apports réciproques, participation aux bénéfices et aux pertes (cf. Demain, *La liquidation des biens des concubins*, Th. Paris, 1968). Ex. Civ.¹ 30 avr. 1954, *J.C.P.*, 54, 2, 8319 (dans cette affaire, les concubins avaient pris dans un acte notarié la qualité de « communs en biens » ; cela était inopérant pour établir l'existence d'une société dans les rapports entre les concubins ; mais n'aurait-on pu en déduire une apparence au profit des tiers, les autorisant à supposer une communauté conjugale, avec toutes les conséquences quant au passif ?) ; Com. 30 juin 1970, D. 70, Som. 196 ; Civ.¹ 23 juin 1987, D. 87, *I.R.*, 169 ; Civ.¹ 11 févr. 1997 (*affectio societatis*), *J.C.P.*, 97, 2, 22820, n. Garé ; Paris, 9 nov. 1992, *R.T.*, 93, 330. Le principe posé, il arrive, d'ailleurs, que les arrêts se montrent faciles pour déclarer la preuve faite : Civ.¹ 1^{er} déc. 1952, D. 53, 90 (un écrit n'est pas nécessaire ; Civ.¹ 20 mai 1957, D. 57, som. 101). En d'autres espèces, à l'opposé, se manifeste le souci de brider le « spontanéisme » de la société créée de fait : Civ.¹ 4 nov. 1975, *Bull.*, n° 328 ; Civ.¹ 5 mars 1985 (il y aurait fallu l'intention de s'associer, de participer aux profits et aux pertes), *Bull.*, n° 85 ; Civ.¹ 23 juin 1987 (la participation aux dépenses de la vie commune ne suffit pas), *Bull.*, n° 205 ; Civ.¹ 18 juill. 1995, *R.T.*, 96, 133, Paris, 17 avr. 1991 (l'ouverture d'un compte joint ne suffit pas ; pourtant, n'y a-t-il pas double apport en crédit, laissant présumer l'intention de s'en servir pour gagner de l'argent ?), *J.C.P.*, éd. not., 92, 2, 275). V. cep. Paris, 20 mars 1996, affirmant que la séparation des concubins doit être assimilée à la liquidation d'une société de fait, *Dr. Fam.*, 96, n° 1, n. Lécuyer.

La pratique préfère parfois faire appel à la théorie de l'enrichissement sans cause (cf. t. IV, n° 307) pour indemniser la concubine de son travail, du moins de son travail dans le commerce du concubin (Req. 17 mai 1870, d. 71, 1, 52 ; Civ.¹ 25 janv. 1965, *G.P.*, 65, 1, 198) ; quant au travail de ménage, il y a le *pour* (Dijon, 7 févr. 1928, D. 28, 2, 169) et le *contre* (trib. Alès, 9 nov. 1966, D. 68, 329), car la cohabitation peut sembler une cause qui exclut l'action *de in rem verso* et l'enrichissement n'est pas prouvé, Civ.¹ 18 juin 1980, *Bull.*, n° 191. Ces conditions de l'enrichissement sans cause, en revanche, ne semblent plus pouvoir être discutées lorsque la concubine a collaboré sans rétribution à l'entreprise du concubin, Civ.¹ 19 mai 1969, *Bull.*, n° 187, 15 oct. 1996, D. 97, Somm. 177, *R.T.*, 97, 102 ; 4 mars 1997, *Dr. Fam.*, 97, n° 67, n. Lécuyer.

Le régime matrimonial comporte une face passive : le mécanisme de l'obligation (en dehors des dettes ménagères, *supra*, b, qui relèvent du régime matrimonial primaire) : les concubins peuvent se porter débiteurs solidaires, mais cette solidarité ne va pas au-delà de ce qui a été stipulé, Paris, 17 oct. 1990, D. 91, *I.R.*, 20. Néanmoins, la l. Neiertz du 31 déc. 1989 (cf. t. IV, n° 371), sur le surendettement des particuliers et des familles, place la question dans une perspective nouvelle. Le but social de la loi commandait de « globaliser » les ressources et les dettes des concubins : le principe en a été très clairement posé par les arrêts, Versailles, 29 nov. 1990, D. 91, 253, Paris, 3 juill. 1991, D. 91, *I.R.*, 259). Toutefois, la mauvaise foi du concubin ne déteint pas sur la demande formée par la concubine, Civ.¹ 27 févr. 1997, *R. Contrats, concurrence et consom.*, 1997, n° 89.

d) *Libéralités entre concubins*. — V. Ascensio, *R.T.*, 75, 248. Le principe est la validité, parce qu'il n'y a pas d'incapacité sans texte (a. 902, corollaire de l'a. 1123). V. Req. 8 juin 1926, D. 27, 1, 113 ; cf. Dijon, 8 févr. 1966 (pour une « servante maîtresse »), *J.C.P.*, 67, 2, 15309. — Parfois, il n'y aura pas de difficulté, parce que l'on pourra trouver dans les versements faits ou promis l'acquittement d'une obligation naturelle, le concubin ayant le devoir de conscience de réparer le préjudice matériel et moral qu'il a causé à la concubine par la séduction dolosive originaire : s'il y a acquittement d'une obligation naturelle, il n'y a plus libéralité. Ex. Civ.¹ 6 oct. 1959, *J.C.P.*, 59, 2, 11, 305, D. 60, 515 ; Civ.¹ 16 oct. 1967, *J.C.P.*, 67, 2, 15287 ; Civ.¹ 22 oct. 1980, *G.P.*, 81, 2, 421 ; Civ.¹ 3 juin 1998, *J.C.P.*, 99, 1, 101, n° 1 ; Montpellier, 5 avr. 1990, D. 93, Somm. 232. — Mais ne pas confondre avec la réparation de la faute la rémunération du plaisir. La donation rémunératoire est annulée comme *pretium stupri*. A plus forte raison, la donation destinée à obtenir la formation ou la prolongation des relations illicites. Ex. Req. 8 juin 1926, précité ; Civ. 14 oct. 1940, D.H. 40, 175 ; Civ.¹ 25 févr. 1972, D. 72, 413 ; Civ.¹ 2 déc. 1981, D. 82, *I.R.*, 474 ; Paris, 7 mai 1984, *G.P.*, 85, 1, 231 ; cf. pour une assurance-vie, Civ.¹ 8 oct. 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 10234, et Civ.¹ 8 nov. 1982, *Bull.*, n° 321 ; pour un contrat de travail très avantageux (mais de surcroît, il y avait adultère), Soc. 4 oct. 1979, D. 80, *I.R.*, 267. Mais c'est à ceux qui contestent la validité de démontrer que l'intention était bien, par la libéralité, de s'acheter la concubine, Civ.¹ 17 nov. 1987, D. 87, *I.R.*, 244. Un arrêt, d'ailleurs, jette une passerelle permissive entre la donation pour appâter et la donation pour réparer, Paris, 2 juin 1986, D. 86, *I.R.*, 310 : l'homme avait voulu dédommager *d'avance* la femme du préjudice qui pourrait lui être causé par une liaison précaire (la femme, quoique Parisienne, est décrite comme pouvant ne pas soupçonner cette précarité). Question : les libéralités qui auraient vocation, compte tenu de ces distinctions, à rester valables, sans

doute parce qu'elles sont inspirées tout simplement par un sentiment d'amour, ne devraient-elles pas, cependant, être affectées par analogie de la même révocabilité que les donations entre époux (a. 1096) ? En ce sens, ingénieusement, Philonenko, S. 1954, 4, 29.

e) *Clause d'accroissement entre concubins*. — La combinaison avait été pratiquée fort innocemment entre frères célibataires, vieilles dames faisant ménage commun, bien avant que l'on ne se fût avisé de l'intérêt qu'elle pouvait présenter entre concubins pour assurer un gain de survie à la concubine. La validité au regard de l'a. 1130, al. 2, en avait été consacrée par un arrêt de Chambre mixte, 27 nov. 1970, D. 71, 81, concl. contraires Lindon, *J.C.P.*, 71, 2, 16823, *R.T.*, 71, 400 (cf. Civ.¹ 27 mai 1986, D. 87, 139, n. Morin). Sur la réaction hostile du droit fiscal, cf. D. Grillet-Ponton, *La famille et le fisc*, 1998, 104, 176, 186.

f) *Dommages-intérêts à la concubine en cas d'accident mortel survenu au concubin*. Pour l'évolution de la jurisprudence, on se reportera au droit de la responsabilité, t. IV, n^{os} 207, 212. Il suffira de citer ici l'arrêt de la Chambre mixte du 27 févr. 1970, dans l'affaire *Dangereux*, D. 70, 201, ainsi que les arrêts postérieurs de la chambre criminelle, Crim. 14 juin 1973, D. 73, 585 ; Crim. 19 juin 1975, D. 75, 679, n. Tunc ; Crim. 8 janv. 1976, D. 76, *I.R.* 53, qui ont fait sauter le verrou que la Chambre mixte avait voulu tirer devant le concubinage adultérin (cf. Paris, 10 nov. 1976, D. 78, 458). L'argument de la chambre criminelle est que, l'adultère touchant à la vie privée, seul le conjoint de la victime aurait pu s'en prévaloir et non l'auteur de l'accident. Cf. dans un sens tout opposé, F. Chabas, *Le cœur de la Cour de cassation*, D. 75, chr. 211 (la jurisprudence oblige le responsable à payer les conséquences du non-mariage des concubins).

Dans son tri des *bonnes* concubines, la jurisprudence met en relief quelques-uns des traits qui pourraient caractériser le *concubinatus matrimonio proximus* : la durée de l'union (ex. 35 ans, Crim. 20 avril 1972, *J.C.P.*, 72, 4, 135) ; l'intention de régulariser prochainement (Crim. 16 déc. 1954, *J.C.P.*, 55, 2, 8505 ; Paris, 21 janv. 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 9950 ; cf. l'institution du mariage posthume, *supra*, p. 379 ; plus anciennement, la Cour de cassation s'était montrée intraitable, Civ. 22 févr. 1944, D. 45, 292, et disait ou à peu près : concubinage + fiançailles = illicéité + néant).

g) *Rupture*. — Le principe (cf. Almairac, *J.C.P.*, 69, 1, 2216) est qu'elle est libre, peut s'opérer à tout moment, par décision unilatérale, sans formalité ni indemnité, aussi bien que d'un commun accord : ex. Civ.¹ 22 févr. 1960, *Bull.*, n^o 117 ; Civ.² 24 nov. 1976, D. 77, *I.R.*, 99 ; Civ.¹ 31 janv. 1978, *Bull.*, n^o 39 ; 30 juin 1992, *Rép. not.*, 92, 1436 ; Paris, 28 mars 1985, D. 85, *I.R.*, 481 : cependant, une faute (de l'homme) pourra ouvrir un droit (de la femme) à dommages-intérêts. Et cette responsabilité pourrait même se localiser dans le temps de la rupture, pourvu qu'on ne prétende pas la faire résulter de la rupture elle-même (ce qui apparaîtrait comme une imitation du divorce, a. 266, donc du mariage), mais qu'on puisse la rattacher aux circonstances particulièrement odieuses qui ont accompagné la dislocation du couple : ex. Civ.¹ 8 juill. 1976, *Bull.*, n^o 248 ; Civ.¹ 29 nov. 1977, *Rép. not.*, 78, 1127 ; Paris, 4 janv. 1952, S. 52, 2, 85, n. critique Mazeaud (cf. M. Muller, *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources*, D. 86, chr. 328). Cependant, les arrêts invoquent aussi la faute commise lors de l'établissement des relations sexuelles ; ils remontent à la séduction originelle et en font dériver une responsabilité s'il apparaît qu'elle a été dolosive (v. Civ.¹

7 oct. 1957, *J.C.P.*, 57, 2, 10235, D. 58, 493 ; Civ.¹ 29 nov. 1977, *Rép. not.*, 78, 1127). Cette méthode n'est pas à l'abri des objections, lorsque la séduction incriminée a conduit non pas à des relations passagères, mais à un concubinage durable. Si l'on s'attache à faire apparaître le dol, c'est qu'il doit rendre inopérant le consentement de la victime à son propre dommage. Seulement, si la fille séduite a accepté de demeurer pendant des années avec son séducteur, ne peut-on pas soutenir que le consentement d'abord vicié a été confirmé en connaissance de cause (pour s'en tenir au droit commun, sans même chercher d'analogie dans l'a. 181) ? Un arrêt, Civ.¹ 15 mai 1990, *Rép. not.*, 90, 943, approuve l'octroi de dommages-intérêts en raison du comportement fautif de l'amant, bien que la concubine ne fût pas elle-même exempte de faute. L'amant était marié, père de plusieurs enfants légitimes. On notera, pour valoir *ce que de bonnes mœurs*, que pour la Cour de cassation, semble-t-il, la faute de la femme n'a pas été de se prêter à une liaison adultère, mais de s'être fait des illusions sur l'avenir de cette liaison — une faute d'imprudence dans la gestion du mal.

h) *Concubinages homosexuels*. — L'hypothèse est qu'un texte de loi (voire de publicité commerciale) accorde certains avantages aux concubins sans plus de précision, en même temps qu'aux gens mariés. Ces avantages peuvent-ils être refusés à un couple au motif qu'il est homosexuel ? Contre le refus, on pourrait soutenir que ce serait une discrimination à raison des mœurs, condamnable selon la norme générale inscrite à l'a. 225-1 N.C.P. La Cour de cassation a, cependant, validé le refus (Soc. 11 juill. 1989, D. 90, 582, n. Malaurie, *J.C.P.*, 90, 2, 21553, n. Meunier, *G.P.*, 90, 1, 216, concl. Dorwling-Carter, *R.T.*, 90, 53, n. J. Rubellin-Devichi), en s'appuyant sur une analyse de la notion de concubinage : la vie maritale (que visait le texte) suppose un couple constitué d'un homme et d'une femme ; c'est un décalque du mariage, donc de l'a. 144. La solution a été reprise par la Cour de cassation sur un autre terrain, celui des baux d'habitation (Civ.³ 17 déc. 1997, D. 98, 111, n. J.-L. Aubert, *Rép. not.*, 98, 404, n. Bénabent) : la poursuite du bail, garantie au concubin notoire par l'a. 14 de la loi du 6 juillet 1989, ne peut profiter au concubin homosexuel, car le concubinage suppose l'apparence du mariage, donc doit réunir un homme et une femme (de même, très simplement, Civ.³ 4 oct. 1995, *J.C.P.*, 96, 2, 22600). En revanche, dans un domaine fortement jurisprudentiel tel que la détermination des ayants droit à indemnité en cas d'accident mortel, on conçoit que le tribunal de Belfort (25 juill. 1995, *J.C.P.*, 96, 2, 22724) ait pu avoir sa propre appréciation de la souffrance d'autrui : il a accepté d'indemniser la survivante d'une union lesbienne. Sur l'ensemble de la question, cf. Hauser, Couple et différence de sexe, in C. Brunetti-Pons, *La notion juridique de couple*, 1998, p. 119-128, et *R.T.*, 98, 347 ; Beignier, A propos du concubinage homosexuel, D. 98, chr. 215. On ne saurait reprocher à la Cour de cassation de s'être livrée à des exégèses raisonnables. N'empêche que, si elle avait pu mesurer les conséquences politiques de ses arrêts, deviner qu'ils contribueraient à allumer une guerre, elle aurait peut-être jugé différemment (en considérant, par ex., qu'il y avait couple apparent et que, de surcroît, le respect dû à l'intimité de la vie privée interdisait aux juges d'enquêter sur le sexe des parties dans une instance où il n'était pas directement en cause).

L'ARRIVÉE DE L'ENFANT

Il était temps. Lorsque l'enfant paraît, le concubinage change plus ou moins : l'aventure rassemble les aventuriers, et entre père et mère se crée un lien, lien parental, qui fait oublier très vite les rapports inter-individuels, tandis que les deux possessions d'état de l'enfant s'amalgament, imprimant un autre sens à la vie maritale de ses auteurs. Autour de ces deux notions, *le lien parental* et la *possession d'état* peut se dessiner une physionomie nouvelle du concubinage.

1 / Le lien parental entre concubins

Il ne leur appartient pas de le faire surgir par la seule force de leur affection. Ils sont placés sous la contrainte d'une différence structurale, celle qui sépare la filiation légitime de la filiation naturelle, comme elle sépare le mariage du hors mariage. Très nette à la naissance de l'enfant, la volonté des parties peut l'accommoder *au cours de sa minorité*, la loi y aidant.

a) *A la naissance*. — Il faut remonter à ce qui définit le plus exactement le mariage, la présomption de paternité (cf. *supra*, p. 223) : l'enfant qui naît en mariage a automatiquement et indivisiblement pour père et mère les deux époux. La relation parentale est de droit dans le mariage, et elle suivra les père et mère jusqu'après leur divorce. Rien de tel entre concubins, parce qu'il n'y a pas de présomption de paternité dans le concubinage.

A lire rapidement l'ancien a. 340 (avant qu'il n'ait été mis à nu par la l. 8 janv. 1993), la paternité semblait se déduire du concubinage, mais il y fallait tout un cheminement judiciaire : d'abord démontrer le

concubinage, recherche de fait, puis convaincre les juges de la paternité du défendeur. Quoique le concubinage ne soit plus nommément visé (ce qu'il est permis de regretter, car c'était un repère utile), il est probable qu'à partir des mêmes faits, le déroulement reste le même, et c'est tout le contraire de l'automatisme inhérent à la présomption de paternité. Pas davantage il n'y a d'indivisibilité. Chaque filiation, maternelle ou paternelle, par quelque moyen qu'elle s'établisse, reconnaissance ou recherche, s'établit à part de l'autre.

A ces principes, les lois dites de bioéthique (94-653 et 654 du 29 juillet 1994) ont apporté des dérogations très voyantes. Poussant très loin la quête d'une égalité idéale du hors mariage au mariage, les a. L. 152-1 s. C.S.P. imposent aux concubins qui veulent accéder à l'I.A.D. (l'insémination artificielle avec donneur) de former entre eux un projet parental, apte à s'étirer en un lien de parenté. Plus étrange : la présomption de paternité dont on convient, de droit commun, qu'elle n'a pas de sens dans le concubinage va y être introduite par exception, et précisément pour le cas où l'intention est que le concubin ne soit pas le père. C'est l'a. 311-20 C.C., et aussitôt il laisse la nature des choses reprendre ses droits : la présomption de paternité ne s'accomplit pas en faisant preuve de la paternité du concubin, mais seulement en créant à sa charge une obligation de faire, de reconnaître l'enfant. Chacun est renvoyé aux règles classiques de la filiation hors mariage.

b) *Au cours de la minorité de l'enfant.* — Bien que l'a. 203 présente comme découlant du mariage l'obligation qu'ont les père et mère de nourrir et entretenir leurs enfants, tout le monde s'accorde à étendre le texte aux parents naturels. On serait même tenté d'inverser le sens de cet article admirable : s'ils ont élevé ensemble l'enfant n'ont-ils pas par le seul fait contracté mariage ? En tout cas, puisque l'on admet qu'ils ont, eux aussi, *contracté ensemble* l'obligation, on met en évidence l'idée qu'il existe entre eux comme entre époux un lien parental. Telle est l'idée générale, mais sur quelques applications la loi a insisté davantage.

1° Sur les parents naturels comme sur les légitimes, l'a. 1384, al. 4, fait peser une responsabilité solidaire pour le dommage causé par l'enfant mineur. La bonne éducation des enfants est une œuvre commune ; encore faut-il les avoir à portée de la main. En exigeant que le mineur habite avec l'un et avec l'autre pour que joue la solidarité, le système suppose que l'un et l'autre cohabitent. Le concubinage peut, en l'occurrence, faire valoir les ressources pédagogiques d'une famille qui n'est pas monoparentale.

2° C'est encore l'autorité parentale qui est en cause, mais sous la face active de son exercice, non plus à travers le corollaire de la res-

ponsabilité, dans les efforts du législateur contemporain pour intégrer la filiation naturelle à l'ordre habituel des familles. Ce n'est pas tâche facile : il faut d'abord se déprendre du modèle que la nécessité a forgé, où la mère reste seule pour élever l'enfant ; puis faire évoluer la situation vers une autorité parentale exercée en commun.

— Sur cette voie, le concubinage peut être un relais utile. La loi s'en est servie, en s'appuyant sur l'élément psychologique qui y est contenu. Ce qui l'a conduite à privilégier parmi les modes d'établissement de la filiation naturelle, la reconnaissance volontaire. Plus justement, la double reconnaissance, les reconnaissances croisées du père et de la mère, qui forment comme un *affectio societatis* tendant au développement du lien parental. Il y a eu une amorce du système, dès 1970 avec l'a. 374, al. 2 : la mise en commun de l'autorité parentale s'accomplit par simple déclaration conjointe auprès du greffier en chef du T.G.I.

— En 1993, le modèle a été affiné : l'alinéa 2 de l'a. 372, collé à la disposition concernant l'enfant légitime, offre aux concubins un statut (fragile) de *coparentalité* (cf. *supra*, p. 100, 120). Deux reconnaissances demeurent indispensables, et qui se soient manifestées peu de temps (un an au plus) après la naissance, ce qui garantit la spontanéité et la sincérité des ressorts. Mais elles doivent se matérialiser dans une vie en commun que le J.A.F. attestera par un *acte de communauté de vie* (a. 372-1 et 1179-1 C. Pr.). Il apprécie discrétionnairement la situation dont le demandeur fait état, après avoir, le cas échéant, procédé à une investigation sommaire (a. 1179-2). Moyennant quoi l'autorité parentale est, de droit, conjointe. Le magistrat conserve, cependant, un pouvoir d'intervention (a. 372, al. 3, renvoyant à l'a. 374, al. 3). C'est par cette voie judiciaire qu'il pourra être mis fin à l'autorité parentale conjointe. Mais celle-ci ne prendrait-elle pas fin sans formalité si la communauté de vie qui en avait été la condition venait à cesser *de facto* ? Après avoir reconnu cette sorte de *mariage quant aux enfants*, la loi de 1993 en a mal réglé le divorce, la décohabitation.

2 / L'effet réflexe des possessions d'état

L'a. 197 est important, mais les commentaires que classiquement on en a donnés sont réducteurs. On suppose que les père et mère ont bien été réellement mariés, quoiqu'ils ne se soient pas encombrés de

papiers. Ils ont acquis de surcroît une possession d'état d'époux, et les enfants qu'ils ont élevés ensemble une possession d'état d'enfants légitimes. Très tôt tous deux vont mourir sans avoir eu le temps de révéler à leur progéniture, trop jeune, la date et le lieu de leur mariage. Conséquence : faute de pouvoir produire l'acte de mariage, les enfants ne pourront répondre à la contestation de leur légitimité ni faire valoir dans les successions leur qualité d'enfants légitimes (à cette époque et jusqu'en 1972, les droits successoraux de l'enfant naturel étaient inférieurs). C'est alors que l'a. 197 vient à leur secours : à l'appui de leur propre possession d'état, ils pourront invoquer la possession d'état de leurs parents, malgré les a. 194 et 195 qui un peu plus haut déclarent une telle possession d'état en général inefficace. Résumé : le texte ne touche que la preuve, non le fond, ce qui explique, ne manque-t-on pas d'ajouter, qu'il n'ait plus guère d'application, car, aujourd'hui, avec la multiplication des papiers, le livret de famille, les mentions en marge, outre la rapidité des communications, tout concourt à frapper d'anachronisme la candeur prêtée aux enfants en 1804.

Sans doute ; mais si, plutôt que d'une dispense de l'acte de mariage, il s'agissait d'une dispense du mariage lui-même ? L'attention est éveillée en premier par la rédaction : *deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme*. C'est en ces termes qu'il est usuel de dépeindre ceux qui vivent maritalement, autrement dit les concubins. Et en effet, l'examen des débats au Conseil d'État consulaire montre que le futur article 197 faisait expressément référence au concubinage pour accorder aux enfants qui en seraient issus la transformation en légitimité de leur apparence d'enfants légitimes. Portalis, très explicite au début sur ce sujet qu'il connaissait bien, devint plus évasif dans la suite du parcours législatif. Le texte fut édulcoré, et nul ne prit garde à l'impasse dans laquelle il serait enfermé par la mention superfétatoire d'un second décès là où un seul aurait suffi. Car, s'il faut attendre le second décès pour que joue la légitimation espérée, autant dire que jamais elle ne jouera : au premier décès, les enfants ont dû être traités en enfants naturels, et la concubine sera restée concubine. Les possessions d'état ont été brisées et définitivement démenties.

Question : les juges dépasseraient-ils leur pouvoir d'interprétation s'ils rectifiaient, sur ce point, la lettre de l'article 197 pour le rendre applicable ? — et dans la foulée, ne pourrait-il s'en trouver d'assez hardis pour restituer à la disposition son intention initiale — honorant ainsi le concubinage fidèle en mariage à titre posthume, le légitimant par les œuvres qu'il a produites ?

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Sur la l. 8 janv. 1993, cf. B.G. p. 111. — Sur la relecture de l'a. 197, v. l'article des *Mélanges Gabriel Marty*, 1978, 255, *Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante*, et in *Coligny ou les sermons imaginaires*, P.U.F., 1982, L'amour sans la loi, p. 122, au sujet de l'attitude de Portalis.

THÉORIE JURIDIQUE

L'a. 197 C.C. — En toile de fond, l'histoire, sous deux aspects : 1° La loi *Si vicinis* (C. Just. 5, 1, *De nuptiis*, 9), qui faisait autorité dans les pays de droit écrit : si, au su des voisins et d'autres gens, tu as cohabité avec une femme à dessein d'en avoir des enfants (est-il but social plus légitime, en effet ?), et si une fille en est née, quoi qu'il n'y ait pas eu d'acte de mariage dressé ni d'acte de naissance, la vérité du mariage et de la filiation n'en a pas moins toute sa force. C'était un rescrit de l'empereur Probus (il régna de 276 à 282), adressé peut-être à un officier (le *concubinatus* était une consolation pour les garnisons lointaines). 2° La consultation par laquelle, en 1770 Portalis, jeune avocat au Parlement d'Aix, avait défendu la possession d'état comme moyen de légitimer le mariage (alors juridiquement concubinage) des protestants du royaume (consultation publiée par le fils de Portalis en 1844, dans le recueil *Discours, rapports et travaux inédits*). Après avoir, au Conseil d'État, repris l'idée qu'une combinaison de possessions d'état pût jeter une passerelle vertueuse entre le concubinage et le mariage, Portalis n'en souffla plus mot devant le Corps législatif. Ce n'est pas absolument une surprise : ce grand esprit ne sut pas toujours résister. — Au XIX^e s. des commentateurs qui avaient aperçu la contradiction inhérente à l'exigence des deux décès successifs, inventèrent des échappatoires : les enfants n'avaient qu'à retarder la liquidation de la première succession ; ils y reviendraient en force après la seconde, investis de la qualité de légitimes (ex. Duranton, II, n° 256 ; Demolombe, II, n° 406). — En 1971, le projet de loi qui allait devenir la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation avait tenté de rendre un sens à l'a. 197 en le faisant fonctionner dès le premier décès. Ceux qui étaient hostiles aux tendances générales du projet de loi virent clairement que le texte allait cesser d'être anodin, et la modification fut abandonnée sans trop d'explications.

POST-SCRIPTUM
(à suivre)
sur l'avenir du concubinage

A l'automne de 1998, le phénomène du concubinage était au centre d'une tempête d'ordre législatif. Elle avait fait éclater le cadre d'empirisme, de simples accommodements fragmentaires auquel s'étaient tenus jusque-là les lois et les juges. C'était une novation radicale qui avait été violemment portée à l'ordre du jour. L'ambition était de faire passer le concubinage globalement du fait au droit, de le reconstruire en un ensemble cohérent de droits et d'obligations – bref, d'offrir aux concubins (ce ne serait jamais que facultatif) un *statut* qui leur garantirait une part de la sécurité juridique du mariage sans pourtant s'identifier à lui.

1 / L'émergence de l'idée de statut

L'idée a surgi à l'étranger au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Plus précisément en Scandinavie, et il n'est pas indifférent de relever que, le luthéranisme y étant religion d'État, le service de l'état civil, y compris le mariage, s'y trouvait confié à chaque Église nationale, si bien que, dans ces pays, l'ouverture d'un mariage subsidiaire pouvait n'y avoir d'autre signification que la possibilité d'un mariage non confessionnel. Mais, en France, cette sécularisation était accomplie depuis 1792, et le modèle scandinave ne pouvait y être acclimaté qu'à la condition de lui supposer d'autres usagers : ce ne pouvaient être que ceux qui refusaient tout mariage, fût-il civil, les tenants de l'union libre. Ils ne devinrent un peu nombreux que dans les années 70, et pour lors ils ne réclamaient point de statut. Ils se satisfaisaient de voir leurs enfants proclamés égaux aux légitimes et de recevoir plus ou moins à parité avec les gens mariés les bienfaits que distillait l'État-providence. Pour se libérer, quel besoin

auraient-ils eu d'un divorce ? Quant au sort de l'un après la mort de l'autre, leur cohabitation était encore trop juvénile pour en nourrir le souci.

Dix ou vingt ans plus tard, l'âge venant et peut-être aussi la fortune, le souci aurait pu poindre. Mais le mariage était là, qui en deux *oui* permettait d'y mettre fin. Il n'y fallait qu'un effort de volonté. Il est vrai que sentir près de soi le mariage comme une liberté toujours disponible pouvait être un motif de l'ajourner indéfiniment. Et le nombre des cohabitants ne décru point, ni apparemment leur insouciance. Seulement, dans l'intervalle, leur affaire avait été sérieusement reprise en main par une minorité agissante au sein de la nébuleuse hors mariage : les homosexuels, qui, eux, avaient motif de s'en soucier, puisqu'ils ne disposaient pas du remède. Parmi eux il en était – mais non pas tous – qui n'imaginaient pas de pouvoir vivre leur vie affective, érotique, sans un revêtement de droit, pouvant aller jusqu'à l'équivalent d'un mariage. Dans les années 90, ils se sont constitués en groupe de pression et ont revendiqué un statut pour tous les concubins indistinctement. Cette revendication générale a ainsi progressé en véhiculant, sans toujours le crier, un statut des homosexuels. Elle en a été handicapée lourdement. Car c'est aussi un fait de société que, dans une France psychologiquement moins laïcisée qu'on ne pense, des images bibliques gardent leur force : si le Lévitique (20:13) ne fait plus loi, le feu qui dévora Sodome et Gomorrhe (Genèse, 19) continue de hanter bien des esprits. Des flots de charité évangélique (laïquement dite *solidarité*) suffiront-ils à l'éteindre ? Ces couples exceptionnels intriguent la foule. Ils ont leur mystère : il n'en est jamais qu'un des deux qui s'affirme ; où est donc l'autre ?

Mais faisons un retour aux sources de la V^e République : lorsque, vers 1964, avait été envisagée une réforme d'ensemble, titre par titre, du droit de la famille, il avait été entendu que, sauf en quelques points secondaires (ex. le mariage putatif), on ne toucherait pas au titre V du livre premier, le titre *Du mariage*. La matière avait été jugée inutilement explosive, propre à faire sauter le compromis historique établi par le Code Napoléon, et consolidé par une pratique plus que séculaire, qui avait fait cohabiter pacifiquement les deux mariages, le civil et le religieux. Sans doute, réformer le droit de la filiation et celui du divorce, comme cela devait être fait en 1972, puis en 1975, c'était nécessairement toucher au mariage, mais pas au titre *Du mariage* en tant qu'institution du mariage civil, dans sa signification d'exclusivité – monopole, si l'on ose dire – de la seule forme d'union sexuelle reconnue par l'État.

2 / Les propositions successives

Il en est qui ont été le fruit de recherches interdisciplinaires à prédominance sociologique, suscitées récemment par le gouvernement. D'autres ont émané d'initiatives parlementaires, à l'égard desquelles le gouvernement s'est d'abord montré distant, voire un peu gêné.

a) *Recherches interdisciplinaires*. — Bien connue est la préférence innée des chercheurs pour le mouvement : aussi enquêtent-ils à charge plus naturellement qu'à

décharge du droit positif. Deux exemples remarquables, même s'ils n'ont pas abouti en l'état.

1° *Le pacte d'intérêt commun* (P.I.C.) du P^r Jean Hauser, qui avait reçu une mission d'enquête des deux ministres successifs de la justice en 1996 et 1997. C'est un contrat qui a pour objet l'organisation d'une vie commune, sans connotation sexuelle, et la mise en commun de certains biens. Restant volontairement en retrait du droit de la famille, c'est parmi les contrats spéciaux du C.C. qu'il entend s'insérer, participant à la fois de la société et de l'indivision conventionnelle (ou même de l'association). Aussi bien qu'entre concubins, il pourra fonctionner entre personnes quelconques, deux amis (la *philia* passe du non-droit au droit), deux sœurs célibataires, etc. A la demande d'un statut pour les concubins, c'est la réponse minimale – à ce titre séduisante pour beaucoup. Peut-être le P.A.C.S. a-t-il emprunté quelque chose au P.I.C. lorsqu'il a accepté, en cours de discussion, d'ajouter les frères ou sœurs par couples à la liste de ses destinataires.

2° *Le rapport global d'Irène Théry* (*supra*, p. 28) examine en détail les demandes le plus couramment présentées par les concubins ou en leur nom et il s'efforce d'y apporter des solutions raisonnées. Mais ce que l'on en a surtout retenu, c'est l'accent qu'il met sur la *preuve* du concubinage : « Le concubinage se constate par la possession d'état de couple naturel, que les concubins soient ou non de sexe différent. » La formule bannit tout camouflage : elle fait pénétrer les homosexuels dans le C.C. à parité avec les autres, et les qualifie même de *couple naturel*, comme pour braver la dénonciation triviale d'un couple contre nature. Mais la franchise ne garantit pas le succès. Joint que le recours à la possession d'état provoque à des discussions non moins périlleuses. La notion évoque inévitablement la vieille possession d'état d'*époux* d'avant le Code et fait entrevoir un avenir où, tous les couples étant naturels, l'état civil ne reconnaîtrait plus les siens. Il reste que l'auteur a subtilement déjoué le piège *communautariste* qui se cache dans l'appel facile à l'idée de contrat.

b) *Initiatives parlementaires*. — 1° La première a été celle du sénateur Jean-Luc Mélançon, en 1990. Elle tendait à organiser un contrat dit de *partenariat*. A la vérité, le vocable et l'idée avaient été utilisés peu auparavant dans un rapport au Conseil de l'Europe : le rapporteur, un député turc, y avait présenté le statut des concubins comme un objectif pressant pour toutes les législations.

2° En 1993, le député Jean-Pierre Michel déposa à l'Assemblée nationale une proposition de loi ayant à peu près la même cible que le partenariat, sous l'appellation de *contrat d'union civile* (C.U.C.).

3° En 1997, le changement de majorité à l'Assemblée nationale détermina un prurit législatif et tout un ballet de sigles : on vit ainsi éclore le *contrat d'union sociale* (C.U.S.), le *contrat d'union civile et sociale* (C.U.C.S.), et finalement le *pacte civil de solidarité* (P.A.C.S.). Ce dernier paraît avoir phagocyté les autres : peut-être parce que son nom sonne plus agréablement et se prête à un verbe (*se pacser*, comme *se marier*), mais aussi grâce au dynamisme de ses promoteurs, les députés Jean-Pierre Michel et Patrick Bloche.

La proposition du pacs vint en discussion à l'Assemblée, mais dès le 9 octobre 1998, elle fut repoussée par un vote surprise d'irrecevabilité qui laissait soupçonner un manque d'enthousiasme chez les députés socialistes qui auraient dû la soutenir. Sans se décourager, le député Jean-Pierre Michel reprit son texte avec quelques

modifications. Sur cette version du 13 octobre, le débat se rouvrit en novembre, se poursuivit en décembre et aboutit le 9 à un vote en première lecture par 314 voix (gauche) contre 251 (droite) et 3 abstentions. Du Sénat, désormais saisi, on peut présumer un accueil défavorable et une action à tout le moins retardatrice, même si le dernier mot doit revenir aux députés. Sans préjudice d'une intervention possible du Conseil constitutionnel, le gouvernement n'avait pas l'air d'escompter l'entrée en vigueur du pacs avant l'automne 1999.

En dépit de ce brouillard, il nous a paru instructif d'analyser brièvement le projet dans sa rédaction du 9 décembre en tant qu'exemple à déconseiller d'une tentative de statut du concubinage. Quoique le terme soit constitutionnellement inexact, nous pouvons bien dire *projet*, tant le gouvernement s'est maintenant engagé à le faire aboutir.

3 / Le pacs

Sont laissées en dehors de l'examen les dispositions du projet qui se contentent d'étendre aux concubins en pacs, qualifiés dès lors de *partenaires*, des avantages déjà acquis aux gens mariés : en matière fiscale (revenus et mutations à titre gratuit), dans les relations locatives, dans le statut de la fonction publique ou le droit du travail, pour l'obtention d'un titre de séjour ou l'acquisition de la nationalité française. Non pas que ces dispositions soient dénuées d'importance. Elles sont importantes, il va de soi, pour les premiers intéressés : s'il arrive que des concubins se plaignent, c'est moins souvent par amertume diffuse de n'avoir pas de statut que parce qu'ils viennent de buter occasionnellement sur le refus de quelque privilège apparent du mariage. Les promoteurs eux-mêmes se sont attachés à mettre en exergue cet aspect pratique de leur œuvre. Ainsi s'explique qu'ait été inséré dans son appellation le terme symbolique de solidarité, la charité de jadis, la fraternité de naguère : mus par ces bons sentiments, les couples mariés consentiront plus aisément à une (légère) redistribution de leurs avantages au bénéfice des non-mariés. Cette tactique, il est vrai, pourrait se retourner contre elle-même, car, à force d'être exhortés à se montrer solidaires, les ennemis du pacs se sont avisés qu'ils pourraient pratiquer la solidarité en leur propre nom, et s'emparant (non sans en faire le tri) du bouquet des aménagements fiscaux et sociaux, ils ont émis le contre-projet de les offrir directement aux concubins après les avoir expurgés du pacte qui en avait été initialement le support.

Sur le terrain ainsi déblayé, il nous faut encore, dans l'incertitude où nous restons, limiter l'analyse aux quelques points forts où le pacs met le plus directement en cause le droit civil.

a) *Nature juridique*. — 1° *Ce que le pacs veut être*. Un contrat (le pacte est un contrat, cf. t. IV, n° 19), rencontre de deux consentements exempts de vices (erreur, violence et même dol, puisque le pacs n'est pas un mariage).

Le principe qui domine le droit des contrats, c'est l'autonomie de la volonté, c'est la liberté de modeler le contenu de la convention. Le projet reconnaît, à l'occasion

(pour la contribution de chacun aux charges du ménage, pour le sort des acquisitions à titre onéreux), la possibilité de stipulations particulières. A l'opposé, on conçoit une restriction par l'ordre public, telle une clause qui établirait une inégalité entre les deux partenaires (il y a toujours un sexe faible).

Dans la théorie des contrats, on parle parfois de cause catégorielle, la cause qui sert à définir, qualifier chaque type de contrat. La cause est ici l'*organisation d'une vie commune*. La communauté de vie est une obligation du mariage (a. 215). Entre époux, l'expression revêt plus d'un sens (cf. *supra*, p. 442) : partage de l'habitation, unité des dépenses de ménage et, par euphémisme, relations sexuelles. Les trois sens peuvent entrer sous la formule du pacs, le dernier peut même y être plus à l'aise que dans le mariage, puisqu'une option y est laissée ouverte entre deux sortes de sexualité. Dans la rigueur des principes, un tel objet serait hors du commerce (a. 1128 ; cf. a. 16-1, 16-5). L'institution du mariage le légitime ; la loi sur le pacs le légalisera. Il est raisonnable de poser en thèse que les relations sexuelles inorganisées ne deviendront pas illicites *a contrario*, que l'authentique union libre a encore de beaux jours devant elle.

2° *Ce que le pacs ne veut pas être* : un mariage. Le gouvernement s'en est porté garant : il n'y aura pas de mariage *bis*. De fait, ce qui donne au mariage sa définition la plus profonde, la plus anthropologique, c'est la présomption de paternité : or, cette présomption n'est pas dans le pacs. Il ne pouvait en être autrement, remarquera-t-on, puisque la combinaison avait parmi ses objectifs (et non le moindre) d'accueillir les couples homosexuels. Cependant, même en faisant abstraction de ceux-ci, l'absence de la présomption pouvait s'expliquer par un motif plus général, qui était de traiter le partenariat comme une relation strictement interindividuelle, de pure conjugalité. Mais sera-t-il si facile de se débarrasser des enfants ? Ils nous reviendront plus loin. Pour l'instant, prenant le pacs tel qu'il se profile, dans sa volonté affichée de se démarquer du mariage, nous nous contenterons de citer les a. 442-1 et 442-6 du N.C.P. : après avoir incriminé la fausse monnaie, ce code n'a-t-il pas eu raison de ne pas laisser impunie la fabrication de toutes formules qui présenteraient avec les signes monétaires une ressemblance de nature à faciliter leur acceptation en lieu et place des valeurs imitées ?

b) *Formation et dissolution*. — 1° *L'entrée en pacs*. Le pacs est, semble-t-il bien, un contrat solennel. Il est assujéti à une forme : l'inscription sur un registre tenu par le greffe du tribunal d'instance. A défaut, le pacs n'est pas simplement nul : il est inexistant, et le couple se retrouve en état d'union libre.

Les parlementaires ont hésité sur le choix de l'autorité publique qui donnerait une forme au contrat. L'idée, parfois envisagée, d'une déclaration en mairie s'est heurtée à la répugnance d'un collectif considérable de maires et aussi bien à l'hostilité du gouvernement, soucieux d'exorciser toute analogie avec le mariage. Dans le texte qui a été repoussé en octobre 1998, la compétence était attribuée aux préfetures, mais la crainte s'est depuis lors réveillée d'un contrôle administratif – et policier par dérive – qui s'exercerait sur les couples hors normes. Finalement, le tribunal d'instance a paru ajouter à l'avantage de la proximité le caractère rassurant de tout ce qui est judiciaire. Coïncidence de pur hasard : la place qui est réservée aux futures *pacsés* dans le C.C. (a. 515-1 s.) fera suite à celle des majeurs protégés, dont le régime de protection a pareillement son siège au tribunal d'instance, par l'intermédiaire du juge des tutelles.

Sur l'enregistrement du pacs s'articulent deux questions, non résolues en l'état actuel du projet, malgré leur importance :

— Cet enregistrement entre-t-il dans notre système des actes de l'état civil, avec pour conséquence que les dispositions générales du titre *ad hoc* du C.C. (a. 34 s.) lui sont, en tant que de raison, applicables (ex. a. 36, 46) ? On est tenté de répondre par l'affirmative, voire de pousser plus avant les spéculations théoriques : ce pacte — qui tire sa force d'avoir été expressément intégré au droit des personnes, qui est exclu par des rapports antérieurs de mariage, de parenté, d'alliance, et qui, réciproquement, crée peut-être un empêchement temporaire à mariage — n'est-il pas désormais lui-même un élément de l'état ?

— L'état des personnes n'est pas secret. Il est probable que les administrations (fiscales, sociales), les parquets auront accès aux registres du pacs. Mais la publicité des actes de l'état civil, quoique graduée, est plus étendue (cf. t. I, n° 67). Il ne faut pas croire que le pacs peut s'en passer, n'ayant que l'effet relatif (d'une convention (a. 1165) : en réalité, il est opposable à des tiers (ex. les bailleurs), il peut profiter à d'autres (ex. les créanciers pour dettes de ménage). Il serait donc utile d'organiser une publicité par délivrance d'extraits.

Un décret est bien prévu qui réglera le traitement et la conservation des informations relatives au pacs. Mais l'objectif est différent : il n'est que de placer l'intimité des pratiquants sous la sauvegarde de la Commission nationale Informatique et liberté. On aperçoit, du reste, la contradiction où ils s'enferment : à vouloir être à la fois reconnus et inconnus.

2° *La sortie du pacs.* L'attention s'est crispée sur la dissolution par volonté unilatérale. Bien qu'en cours de route la brutalité en ait été atténuée par l'introduction d'une signification et d'un délai de préavis (de trois mois), c'est un divorce foudroyant, sans commune mesure avec notre a. 237. Auprès de ceux qui cherchent avant tout dans la sexualité la liberté, le pacs, par cette facilité d'en sortir, pourra faire concurrence (déloyale) au mariage. Mais, la situation étant regardée du bord opposé, on verra souvent le plus faible des deux partenaires abandonné sur le carreau, sans ressources. Le projet suppose une indemnisation sans en proposer de critère, et en définitive, renvoie les *dépacsants* au juge comme des divorçants. Le juge réglera les conséquences de la rupture à leur égard — pas à l'égard des enfants, s'il en existe, la fiction continue. Il aura, toutefois, de la peine à les ignorer.

c) *Effets.* — 1° *Dans les rapports entre partenaires.* De même que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance (a. 212), les partenaires s'apportent une aide mutuelle et matérielle (la fidélité n'y figure plus, mais elle y est probablement implicite ; le pacs n'est-il pas, d'ailleurs, monogamique ?). Les partenaires sont ainsi tenus d'un devoir réciproque de secours, qui est une obligation juridique, armée d'une action en justice et tendant à des prestations en argent. Comme dans le mariage, cette obligation ne se détache clairement que lorsque la communauté de vie a cessé, soit par rupture du pacs (cf. a. 281), soit par le décès de l'un des partenaires (cf. a. 207-1).

Dans la mesure où il n'était question que d'assurer au pacs le fonctionnement de son budget au jour le jour, le projet a pu sans grande audace s'inspirer des règles du mariage — la contribution aux charges du ménage, la responsabilité solidaire envers les fournisseurs pour les dettes de la vie courante — car la pratique judiciaire avait déjà, par tâtonnements, transposé ces règles aux concubinages inorganisés.

Plus embarrassante était l'instauration d'un régime des biens en capital. Le projet n'a pas essayé de prendre à son compte les sociétés de fait entre concubins. Il a mieux aimé soumettre les acquisitions à titre onéreux de chaque partenaire au régime de l'indivision : ce sera une communauté conjugale mal dégrossie. Non moins rudimentaire est ce qui semble devoir tenir lieu de successibilité à l'intérieur du pacs : le jeu incertain d'une attribution préférentielle de l'exploitation ou de l'entreprise par renvoi aux a. 832 à 832-4.

2° *A l'égard des enfants* (si tant est que les partenaires en aient eu, ensemble ou séparément). En s'appliquant à les tenir à distance, il se peut que le projet ait ruiné une de ses meilleures chances d'accueil. Nous les avons vus, pourtant, ces enfants, émerger çà et là. Mais peut-être demandent-ils davantage. On pourrait soutenir, par exemple, nonobstant l'a. 35, que, dans l'acte de naissance ou de reconnaissance d'un enfant naturel, l'officier de l'état civil peut être requis d'insérer la mention du pacs qui lie son auteur à une tierce personne. Plus sûrement, une mère naturelle, qui est ou a été *pacsée* pourra, agissant en représentation de son enfant mineur, invoquer le pacs pour preuve des relations qui fondent l'action à fin de subsides, ou des présomptions et indices graves qui sont un préalable à la recherche de paternité. Plus paisiblement, le pacs remplacera le certificat de vie commune qui est une des conditions de l'exercice conjoint de l'autorité parentale selon les a. 372, al. 2, et 372-1. Il le remplacera même avec ce supplément de force probante qu'il portera trace, le cas échéant, de la date à laquelle la vie commune a cessé.

d) *Extension aux frères et sœurs.* — Cet article, improvisé au cours des débats, a été ballotté au gré de scrutins obscurs. Il y faut deux frères ou deux sœurs ou un frère et une sœur, pas plus de deux, et l'on pense à un couple, qui serait incestueux. Mais, s'ils s'unissent, c'est simplement pour avoir une *résidence* commune, non pas, comme dans le pacs, pour organiser une communauté de vie : le sexe est banni et le soupçon d'inceste dissipé. Parmi les intransigeants du pacs, il en est qui ont vu dans la combinaison un leurre, sinon un cache-sexe, destiné à faire accepter le projet en douceur, en le parant d'un emploi innocent et même familial. Ailleurs, cependant, on a pris la nouveauté très au sérieux, y retrouvant une vieille pratique de la paysannerie : deux frères, célibataires ou veufs, qui se rassemblent pour faire ménage commun (mais n'avaient-ils pas déjà à leur disposition la société, la tontine ?). Certains ont été jusqu'à saluer dans ce pacs le retour à des structures d'Ancien Régime : l'affrèrement, les communautés taisiales — tout ce que l'individualisme révolutionnaire avait exécuté.

ÉTAT DES QUESTIONS

B.G. — Les projets de statut, sous leurs formes successives, ont été abondamment commentés. L'accueil de la doctrine de droit civil a été très majoritairement hostile. Citons, entre autres : J.-M. Florent et K. Achaoui, *Petites Affiches*, 93, n° 43, 11 ; Beignier, *Dr. Fam.*, 97, 5 ; Leveneur, *J.C.P.*, 97, 1, 4069 ; Hauser, *R.T.*, 98, 78, R.L., *R.T.*, 98, 224 ; Gaudu, *D.* 98, chr. 20 ; Sériaux, *Dr. Fam.*, 98 (6), 5 ; J.-F. Kriegk, *Petites Affiches*, 11 mai 1998 (37), 5 ; H. Lécuyer, *Bull. Ass. fr. de Sociologie du droit* (n° 2,

déc. 1997). V. cep. M.-Th. Calais-Auloy, Faut-il craindre le contrat d'union civile et sociale ?, *Petites Affiches*, 11 mai 1998 (37), 6. La position négative est aussi celle des ouvrages de base : Malaurie, *Famille*, 1998, n° 257 ; Cornu, *Famille*, 1998, p. 54. Ailleurs, et bien sûr dans les médias, friands de modernité, l'opinion était plus partagée (le clivage s'opérant avant tout sur la ligne politique).

Pour notre part, nous avons souvent mis en garde les deux côtés contre la tentation de *statufier* la liberté sexuelle, en créant, qu'on le voulût ou non, un mariage *bis* : ex. « Pas de droit où l'on refuse le droit », in Kaltenbach, *La famille contre les pouvoirs*, 1985, 69 ; « Le droit entre le droit et le non-droit », colloque de démographie sur la nuptialité, *Pop.*, 92, 745 ; *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, 209.

3 / Conclusions

a) *Sur le projet de pacs.* — Si le Parlement et même le gouvernement s'étaient donné le temps de réfléchir, ils se seraient vraisemblablement abstenus.

— Les lacunes de l'information étaient évidentes. Ex. l'histoire était escamotée et, du même coup, escamotée la portée révolutionnaire (on dira ces temps-ci : républicaine, citoyenne) du mariage en tant que mariage civil. L'appel aux législations étrangères était lancé sans référence à leur environnement culturel (des lois protestantes pour un pays qui ne l'est pas ? Vous auriez bien dû, pour commencer, ne pas révoquer l'édit de Nantes). Une évaluation téméraire du rapport des forces à travers des sondages expéditifs, où une indulgence condescendante était confondue avec une approbation décisive, un effet de jeunesse avec l'effet de génération qui eût été le signe d'une évolution irrécusable des mœurs.

— Et où étaient les études de prospective, l'appréciation des conséquences prévisibles ? L'obstination des gouvernants à nier qu'il y eût mariage *bis* ne trahissait que trop leur crainte qu'en fait ce ne fût bien cela. Un affaiblissement du mariage n° 1 paraissait inévitable. Non pas tellement à cause de la concurrence d'une combinaison moins contraignante, plus attrayante. Mais plutôt par un effet psychologique de dégradation que le mariage aura subi en perdant sa majesté d'institution normative.

A moins que l'inattendu ne se produise — que les défenseurs attirés du mariage ne s'emparent non pas du pacs lui-même, mais de l'idée

qui lui servait de support, l'idée de contrat, et ne l'exploitent à front renversé.

Les promoteurs du pacs, comme de plusieurs des projets antérieurs, avaient cru conférer à leur nouveauté une légitimité, sinon une constitutionnalité, en la plaçant sous la protection philosophique de l'autonomie de la volonté. C'est un principe redoutable : il ouvre la porte à une privatisation et, en se collectivisant, à une *communautarisation* (cf. *supra*, p. 31) du droit du mariage. Les vrais concubins demeurant sur les bas-côtés, chaque communauté (confessionnelle, idéologique, ethnique, régionale peut-être, mais confessionnelle surtout) élaborera son propre rite, régime, modèle de mariage. L'État aura à gérer une pluralité juridique d'état civil. L'affaire du statut du concubinage pourrait être, au fond, affaire de politique religieuse, mais le pays ne s'en apercevra pas tout de suite.

b) *Au-delà du pacs.* — Terminons sur une note philosophique (certains diront morale) : l'avenir du concubinage est dans le mariage. Cela s'entend :

- au plan collectif, ethnologique, en ce sens que les pratiques d'union libre, en se développant, tendent d'elles-mêmes à se ritualiser, à devenir coutume et droit sur la longue durée ;
- au plan interindividuel, en ce sens que l'union libre aspire d'elle-même à se fidéliser, régulariser.

Ceux qui étaient hors les normes s'efforcent d'atteindre au rivage des normes pour donner une norme à leurs enfants. L'autorité parentale tire à elle un mariage.

INDEX

- Abandon de famille, 55.
Abandon d'enfant, 107, 258, 287, 340, 362.
Abandon du domicile conjugal, 638.
Absence : effet sur le mariage, 499, 535 ; effet sur la présomption de paternité, 233.
Accouchement, 218, 245, 287.
Acquêt, 488.
Acte de mariage, 428.
Acte de naissance, 189 ; enfant légitime, 245, 249 ; enfant naturel, 266, 287.
Action d'état (relative à la filiation), 204.
Adminicules (preuves d'appui), 255, 288, 294.
Administrateur *ad hoc*, 147.
Administration légale (du patrimoine du mineur), 155.
Adoptif (enfant), 346 ; exercices de l'autorité parentale, 101.
Adoption, 337 ; — plénière, 338 ; — simple, 356.
Adultère, 233, 313, 319, 445, 451.
Adultérin (enfant dit), 233, 236, 313, 319, 453.
Age : — adoption, 339, 340, 351 ; — (majorité), 77 ; — mariage, 393.
Agence matrimoniale, 381.
Agrément (dans l'adoption), 340.
Agriculteur (régime matrimonial de l'—), 476.
Aide sociale à l'enfance, 15, 341.
Aliénation mentale : mariage, 406 ; divorce, 528.
Aliments, 47 ; — après divorce, 583 ; — après décès, 467, 494.
Alliance, 35.
Alternée (garde — après divorce), 601.
Amour, 397, 448.
Analyse des sangs, 192, 233, 273.
Anamnèse (dans le divorce sur double aveu), 546.
Annulation du mariage, 614.
Apparence (du mariage), 669.
Argent de poche (du mineur), 140.
Artisan (régime matrimonial de l'—), 476 ; (responsabilité de l'—), 104.
Ascendants : consentement au mariage du mineur, 405 ; droit de succession, 65.
Assistance : — éducative, 110 ; — entre époux, 383 ; — publique (aide sociale), 15, 341.
Attribution : — de logement après divorce, 586.
Atypiques (structures), 11, 14.

NB. — Dans cet index, ainsi que dans le corps du volume, les renvois sont faits aux pages ; et en général, lorsqu'il y a un développement, à la première page de celui-ci.

- Audition du mineur en justice, 146.
 Autorité de la chose jugée en matière d'état, 203.
 Autorité maritale (abolie), 454 ; — parentale (en général), 93, 105 ; — (après divorce), 598 ; — (dans le concubinage), 679 ; — parentale sur l'enfant adoptif, 349.
 Avantages matrimoniaux après divorce, 576.
 Aveu (en matière de divorce), 558 ; divorce sur double —, 545, 564.
 Avortement, 143, 464.
- Bague de fiançailles, 378.
 Bail du logement familial, 472 ; — forcé après divorce, 586.
 Bans de mariage (publications), 425.
 Bigamie, 419.
 Bioéthique (lois de), 31, 191.
 Biologie, 15, 31, 191, 197, 393.
 Bonne foi (mariage putatif), 620.
- Cadeaux (de fiançailles), 378.
 Calvin, 370.
 Canonique (droit), 370, 373, 382, 501, 505.
 Catholique (Église), 27, 372, 505.
 Cause de divorce, 511.
 Célébration du mariage, 427.
 Célibat, 439 ; clause de —, 416.
 Certificat de concubinage, 687 ; — pré-nuptial, 380, 386.
 Chambres de la famille, 19.
 Charge d'autrui, 42.
 Charges assumées (divorce sur —), 526, 562, 583.
 Charges du mariage, 468.
 Chef de la famille (ancienne qualité de —), 455.
 Chose jugée en matière d'état, 203.
 Clandestinité (mariage), 428.
 Clauses de sauvegarde (dans le droit du divorce), 585.
 Clefs (pouvoir des —), 460.
- Code de la famille (de 1939, puis de 1956), 18.
 Codirection du ménage, 458.
 Cohabitation : devoir de —, 442 ; — juvénile, 669, 683.
 Collaboration (entre les époux), 475.
 Collatéraux, 33 ; succession, 65.
 Commerçant (régime matrimonial), 476.
 Communautarisme, 31.
 Communauté (régime matrimonial), 488.
 Communauté de vie entre les époux, 442.
 Compensatoires (prestations), 580.
 Complaisance (mariage de —), 403 ; (reconnaissance, légitimation de —), 273, 328.
 Compte joint, 473, 485.
 Conception (moment de la —), 187, 199 ; — pré-nuptiale, 223, 377.
 Conciliation (tentative de —) dans le procès en divorce, 561, 563, 564.
 Concubinage, 669 ; — dans l'ancienne recherche de paternité naturelle, 302.
 Condamnation pénale, cause de divorce, 516.
 Conflit de filiations, 206.
 Conjoint survivant : droits alimentaires, 467, 494 ; droits successoraux, 492, 495 ; après séparation de corps, 627.
 Conjointe (divorce sur demande —), 538 ; (garde, autorité parentale —), 600.
 Conseil de famille, 103.
 Consentement à l'adoption, 342 ; — à mariage, 397 ; — des parents au mariage, 403.
 Consentement mutuel (divorce par —), 538 ; — (dans la conversion de la séparation de corps en divorce), 631.
 Constat d'huissier (preuve de l'adultère), 558.
 Contestation d'état, 231, 256 ; — de légitimité, 257 ; — de paternité, 237 ; — de reconnaissance d'enfant naturel, 272.
- Contradicteur légitime, 203.
Contrario (enfant naturel *a* —), 208, 212, 249, 252.
 Contrat de mariage, 381, 486.
 Contrat entre époux, 482.
 Contrats passés par le mineur, 125, 128.
 Contribution aux charges du mariage, 468 ; — en cas de séparation de fait, 640.
 Convention (dans le divorce par consentement mutuel), 538, 541.
 Conversion de la séparation de corps en divorce, 629.
 Coparentalité, 100, 120.
Copula carnalis, 356, 397.
 Correction du mineur, 107.
 Couple, 71, 355 ; — parental, 214, 677.
 Courtage matrimonial, 381.
 Crises conjugales, 469 ; mesures de —, 476.
- Déchéance de l'autorité parentale (adoucie en retrait total), 109.
De cujus, 175.
 Défense (moyens de —), contre l'action en divorce, 519, 530.
 Degré de parenté, 33.
 Délégation de l'autorité parentale, 103.
 Délit du mineur, 126, 127.
 Demande reconventionnelle dans le divorce pour faute, 521 ; — en réponse au divorce sur charges assumées, 532.
 Démariage, 497, 613.
 Démence, v. *Aliénation mentale*.
 Démographie, 15, 26.
 Désaveu de paternité, 231 ; — après I.A.D., 215.
 Descendants (succession), 65.
 Désintérêt à l'égard de l'enfant, 341, 343.
 Devoir conjugal, 443.
 Devoirs attachés au mariage, 442, 447.
 Discernement, 125.
 Dispense, 390, 433.
- Divorce, 507 ; causes, 511 ; effets, 571 ; histoire, 501 ; procédure, 553.
 Divorcé(e) (état de —), 575.
 Divortialité, 506.
 Doi dans le mariage, 399.
 Domestique (mandat —) de la femme mariée, 460.
 Domicile conjugal, 456 ; — (abandon de), 638.
 Dommages-intérêts complémentaires en matière de divorce, 577 ; — en matière de séparation de corps, 627 ; — pour rupture des fiançailles, 377 ; — pour rupture du concubinage, 675 ; — à la concubine pour accident mortel survenu au concubin, 674.
 Donations entre époux, 493 ; — (après divorce), 576.
 Dot, 86, 90.
 Dureté (clause de —), 530.
- Éducation du mineur, 107.
 Émancipation, 149 ; — par le mariage, 437.
 Empêchement à mariage, 389, 423.
 Empreintes génétiques, 192, 197, 234, 273, 291.
 Enfant (par l'âge), 77 ; — par la filiation, 165, 179.
 Enfant. Convention internationale sur le droit de l'—, 20, 81, 83, 141, 144 ; droit à l'—, 217 ; intérêt de l'—, 82, 603.
 Enquête sociale, 604, 611.
 Équité (dans le procès en divorce), 541, 585.
 Erreur (dans le mariage), 400.
 Établissement des enfants, 86, 303.
 État héritier, 66 ; intervention dans le droit de la famille, 12, 108.
 État des personnes : action d'—, 204 ; contestation d'—, 231, 256 ; possession d'—, 189, 248, 274, 285, 304, 679 ; — réclamation d'—, 254.
 Excuses (divorce), 521.

- Exhérédation, 177.
Extremis (mariage *in* —), 397, 413.
- Faits dommageables du mineur, 126, 127.
 Famille, 7 ; droit de la —, 17 ; intérêt de la —, 23 ; — personne morale, 17 ; politique de la —, 25 ; — recomposée, 11.
 Faute (divorce pour —), 514, 532.
 Fente, 66.
 Fiançailles, 224, 375.
 Fictif (mariage), 463.
 Fidélité, 445.
 Filiation, 179 ; — adoptive, 337 ; — légitime, 221 ; — naturelle, 263.
 Fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité (anciennes), 292.
 Foyer (femme au —), 453, 481.
 Fraude à la loi, 403, 616.
 Frères et sœurs, 40, 65.
- Garde de l'enfant après divorce (le mot est banni), 600.
 Généalogie, 41, 261.
 Génétique, 15.
 Génétiques (empreintes —), v. Empreintes.
 Grands-parents, 40 ; — après divorce des parents, 603 ; — autorité parentale, 96, 168, 405.
 Grossesse (durée de la —), 199.
- Habilitation d'un époux par justice, 477.
 Hébergement (droit d'—) (— extension du droit de visite), 603.
 Héritage, 64, 173.
 Héritier présomptif, 174.
 Histoire (du droit de la famille), 21.
 Homologation (divorce par consentement mutuel), 543.
 Homosexuels, 393, 676, 691.
 Hors mariage, 649.
- I.A.D. (Insémination artificielle avec donneur), 213, 234.
- Identité (preuve de l'—) dans la filiation, 192, 222, 246, 248, 259, 305.
 Illégitimité, 264.
 Impossibilité (de manifester sa volonté), 405, 477 ; — du mariage (dans la légitimation par autorité de justice), 329.
 Incapable majeur (mariage de l'—), 406.
 Incapacité du mineur, 404.
 Inceste, 421.
 Incestueux (enfant dit), 315, 323.
 Incivilités, 104.
 Incompétence de l'officier de l'état civil (mariage), 427.
 Inexistence, en matière de mariage, 390, 615.
Infans, 125.
 Injure (cause de divorce), 458, 545.
 Insémination artificielle, 213.
 Intérêt de l'enfant, 82, 321, 603.
 Intolérable (vie commune), 518, 547.
- J.A.F. (Juge aux Affaires familiales), 19, 551.
 Jouissance légale, 159.
 Jugement de divorce, 555 ; — sur une question d'état, 203.
- Légitimation, 321 ; — adoptive (ancienne), 338 ; — par autorité de justice, 328 ; — par mariage, 323 ; — *post nuptias*, 324.
 Légitimité (action en contestation de —), 257.
 Le Play, Frédéric (1806-1882), 21.
 Lésion (divorce par consentement mutuel), 541, 544, 593 ; (mineurs), 129.
 Lettres missives, 143, 463, 558.
 Libéralités entre concubins, 672 ; — entre époux, 493.
 Liberté nuptiale, 408 ; — individuelle des époux, 456 ; — du mineur, 140.
 Ligne (dans la parenté), 33.
 Lit (enfant d'un autre), 11, 321, 431, 435.
Loco parentum (*in*), 102.
- Logement familial, 472 ; attribution après divorce, 586.
- Maintenance, 585, 606.
 Majorité, 77.
 Maladie d'un époux, 447, 453 ; — (mentale), 528, 563.
Malhuret (loi —), 598, 608.
 Mandat domestique de la femme mariée, 460, 470.
 Mariage, 367, 389, 437 ; — fictif, 414.
 Maternité, 186 ; — légitime (recherche de), 256 ; — naturelle (recherche de), 280, 287.
 Matriarcat, 99, 115, 312.
 Médecin (rôle dans le droit de la famille), 15, 31, 131, 191, 380, 394.
 Médiation familiale, 567.
 Mémoires (dans le divorce sur double aveu), 546.
 Ménage, 443, 456 ; dettes du —, 470 ; dettes du — dans le concubinage, 671.
 Mère (autorité parentale), 99.
 Mère de substitution, 213, 217.
 Mésalliance, 432.
 Mesures conservatoires (mariage), 478 ; — de crise, 476 ; — provisoires (en divorce), 558.
 Mineur (condition juridique du —), 123 ; (— émancipé), 150 ; (mariage du —), 404.
 Ministère public, 401, 474, 617.
 Minorité, 77 ; — prolongée, 168, 606.
 Mixtion des meubles, 450.
 Mœurs (bonnes), 24, 653, 656.
 Monoparentale (famille —), 11.
Mortis causa, 493.
 Mutuel (consentement) : divorce, 538, 563 ; conversion de la séparation de corps, 631, 636.
- Naissance (acte de —) comme preuve de la filiation, 189, 247, 267, 284.
 Napoléon (divorce de —), 542.
 Naquet, Alfred (1834-1916), 502.
 Natalité, 15, 26, 508.
- Naturel (enfant), 308, 311, 321.
 Nom de la femme mariée, 455 ; — de la femme divorcée, 573 ; — de l'enfant adoptif, 348, 353 ; — de l'enfant naturel, 312 ; — du mari dans l'acte de naissance, 226, 246, 260.
 Non-représentation d'enfant, 121, 605.
 Notoriété (acte de —) dans la possession d'état, 190.
 Nullité du mariage, 390, 614.
- Obligation née du mariage, 441 ; — alimentaire, 147 ; — des père et mère de nourrir leurs enfants, 85.
 O.N.U. (Convention internationale sur les droits de l'enfant), v. Enfant.
 Opération chirurgicale, 131.
 Opposition à mariage, 426.
 Opposition d'intérêts, 147.
 Origines (secret des), 197, 211, 215, 347.
- Pacte civil de solidarité (P.A.C.S.), 696 ; — d'intérêt commun (P.I.C.), 695.
 Pactes de séparation amiable, 638, 645 ; — sur l'éducation du mineur, 98.
 Paiement direct des pensions alimentaires, 54.
 Parenté, 33.
 Parrainage (succédané de l'adoption), 358.
 Partage des torts (divorce), 521, 532.
 Partenaire (dans le P.A.C.S.), 696.
 Paternité (présomption), 223 ; — naturelle (recherche de —), 290.
 Patrimoine du mineur, 154.
 Pension alimentaire en général, 51 ; — après divorce, 584, 605 ; — après séparation de corps, 627, 630.
 Péremptoire (cause de divorce), 515.
 Permissive (société —) ou de tolérance (1960...), 22.
 Pie XI, 372.
 Placement en vue de l'adoption plénière, 345.
 P.M.A. (procréation médicalement assistée), 213.

- Politique de la famille, 25.
 Polygamie, 419.
 Possession d'état d'enfant, 189, 201, 679 ; — d'enfant légitime, 248 ; — d'enfant naturel, 304, 306 ; — d'enfant dans la légitimation, 325 ; — d'époux, 428, 679 ; — de concubins, 689, 695.
 Posthume (adoption), 343 ; — (mariage), 379, 397, 412 ; — (P.M.A. à titre), 218.
 Prescription des actions relatives à la filiation, 205.
 Présomption de paternité, 223, 230, 236 ; — entre les mains de la mère, 226, 237.
 Présomption de pouvoir entre époux, 472.
 Prestation compensatoire, 580, 591.
 Prestations sociales (tuteur aux —), 111.
 Preuve dans la recherche de paternité, 292, 301.
 — de la filiation en général, 185 ; — de la filiation légitime, 221, 244, 254 ; — de la filiation naturelle, 266 ; — du mariage, 428 ; — dans le procès en divorce, 556.
 Primaire (régime matrimonial), 465, 470.
 Procédure des actions d'état, 203 ; — du divorce, 553, 561.
 Procréation médicalement assistée, 213.
 Profession des époux, 474.
 Profit du divorce, 574.
 Promesse de mariage, 302, 375.
 Protestantisme, 370, 372, 505.
 Provisaires (mesures —) dans le divorce, 558.
 Puberté, 393.
 Publication du mariage, 425.
 Puissance maritale (abolie), 454, 463.
 Puissance paternelle (ancienne), 93.
 Putatif (mariage —), 619.
 Quotité disponible, 67, 174.
 Recel de la naissance, 241.
 Recherche judiciaire de maternité naturelle, 287 ; — de paternité naturelle, 290.
 Réclamation d'état, 254.
 Récompenses (communauté conjugale), 491.
 Reconstituée (famille), 11.
 Réconciliation en matière de divorce, 519 ; — après séparation de corps, 628.
 Reconnaissance d'enfant naturel, 267.
 Reconvencionnelle (demande —) dans le procès en divorce, 521 ; — dans le divorce sur charges assumées, 532.
 Recouvrement public des pensions alimentaires, 54.
 Rectification des actes de l'état civil, 260.
 Réduction pour atteinte à la réserve, 67, 174.
 Régime des biens entre concubins, 671.
 Régime matrimonial primaire, 465, 470.
 Régimes matrimoniaux, 486 ; — catégoriels, 476.
 Religieuse (éducation), 114, 119.
 Religieux (mariage), 373, 432.
 Religion, 27, 30, 114, 119, 373, 504, 507, 536.
 Remariage, 419 ; — des divorcés, 575.
 Rente après divorce, 581, 583.
 Représentation entre époux, 459, 472, 477 ; — entre père et mère, 95.
 Représentation successorale, 65.
 Répudiation, 526, 533.
 Requête conjointe en divorce, 538, 563.
 Rescision pour lésion, 541, 544.
 Réseau (familial), 16.
 Réserve héréditaire, 67, 175.
 Résidence (du ménage), 443, 450, 638, 641 ; — (habituelle des enfants après divorce), 600, 603 ; — (séparée des époux pendant l'instance en divorce), 559.
 Responsabilité du mineur, 126, 127.
 Retrait (total ou partiel) de l'autorité parentale, 109.
 Réunion de fait (pendant l'instance en divorce), 226.
 Revendication de paternité, 237, 242, 256.
 Révocation de l'adoption simple, 349, 354.
 Rites du mariage, 427.
 Rupture de la vie commune (divorce pour —), 526, 563, 583 ; — du concubinage, 675.
 Saisine (héréditaire), 67.
 Sangs (analyse des —), v. *Analyse*.
 Science, 8, 15, 23, 31.
 Secours (devoir de — entre époux), 466, 481, 627 ; (maintien après divorce sur charges assumées), 583.
 Secret (du mariage), 428 ; — (de la filiation), 197, 211, 215 ; — (dans l'adoption), 347, 358.
 Sectes, 114, 119.
 Séduction, 302, 654.
 Séparation de biens, 486 ; — (accessoire à la séparation de corps), 626 ; — de fait, 527, 637 ; — des résidences (— pendant le mariage), 444 ; (— pendant l'instance en divorce), 559.
 Sévices, 523.
 Sexe, 370, 395, 691.
 Sexuelles (relations —) hors mariage, 652, 656.
 S.I.D.A., 387, 656.
 Simulation dans le consentement à mariage, 398 ; — des fautes (dans le divorce pour faute), 526.
 Société de fait entre concubins, 672, 688.
 Société de famille, 17, 176.
 Solidarité ménagère, 470.
 Statut (du concubinage), 693.
 Subsides (action à fins de —), 656.
 Substitution d'enfant, 250.
 Succession (en général), 64 ; — (expectative de l'enfant), 173 ; — anormale (dans l'adoption simple), 353 ; — entre époux, 491.
 Supposition d'enfant, 250.
 Titre (acte de naissance comme preuve de la filiation), 189, 245.
 Torts partagés (divorce aux —), 521, 532.
 Transsexuels, 395.
 Tutelle, 103, 155.
 Tuteurs (aux prestations sociales), 111 ; — (en général), 102, 155.
 Union libre, 669.
 Usage (capacité des mineurs), 132.
 Usufruit du conjoint survivant, 492.
 Utopie, 28.
 Vérité dans la filiation, 186, 195, 206, 244.
 Vices du consentement dans le mariage, 399.
 Victime (faute de la —) en la personne d'un enfant, 126, 128.
 Viduité : délai de —, 421 ; clause de —, 435.
 Viol (entre époux), 449.
 Violence (pour contraindre au mariage), 400.
 Visite (droit de —) de l'un des parents après divorce, 600 ; —, en général, 38.
 Volonté dans le mariage, 397, 403.
 X... (accouchement sous), 211, 281.

T H É M I S

Collection fondée et dirigée par Maurice Duverger

DROIT PRIVÉ

Direction : Catherine Labrusse-Riou

- BEAUCHARD Jean *Droit de la distribution et de la consommation*. 1996, 1^{re} éd.
- CARBONNIER Jean *Droit civil*
Introduction. 1997, 25^e éd. refondue
T. 1 : *Les personnes*. 1998, 20^e éd. refondue
T. 2 : *La Famille. L'enfant, le couple*. 1999, 20^e éd. refondue
T. 3 : *Les Biens*. 1998, 18^e éd. refondue
T. 4 : *Les Obligations*. 1998, 21^e éd. refondue
- CHARTIER Yves *Droit des affaires*
T. 1 : *L'Entreprise commerciale*. 1993, 4^e éd. refondue
T. 2 : *Sociétés commerciales*. 1992, 3^e éd. mise à jour
T. 3 : *Entreprises en difficulté*. 1990, 1^{re} éd.
- CORNU Gérard *Les Régimes matrimoniaux*. 1997, 9^e éd. mise à jour
- CORNU Gérard et FOYER Jean *Procédure civile*. 1996, 3^e éd. refondue
- DELMAS-MARTY Mireille *Droit pénal des affaires*
T. 1 : *Responsabilité, procédure, sanctions*. 1990, 1^{re} éd.
T. 2 : *Infractions*. 1990, 1^{re} éd.
- DELMAS-MARTY Mireille *Les Grands Systèmes de politique criminelle*. 1992, 1^{re} éd.
- DELMAS-MARTY Mireille (sous la direction de) *Procédures pénales d'Europe*. 1995, 1^{re} éd.
- DIDIER Paul *Droit commercial*
T. 1 : *Introduction. L'entreprise. L'entreprise individuelle*. 1997, 2^e éd. refondue
T. 2 : *L'Entreprise en société*. 1997, 2^e éd. refondue
T. 3 : *Le Marché financier. Les groupes de sociétés*. 1993, 1^{re} éd.
T. 5 : *Les Entreprises en difficulté*. 1995, 1^{re} éd.
- DIJON Xavier *Droit naturel*
T. 1 : *Les questions du droit*, 1998, 1^{re} éd.
- FOYER Jean, VIVANT Michel *Droit des brevets*. 1991, 1^{re} éd.
- GROSS Bernard et BIHR Philippe *Contrats civils et commerciaux*
T. 1 : *Vente civile et commerciale. Baux d'habitation, baux commerciaux*. 1993, 1^{re} éd.
- HUET André, KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international*. 1994, 1^{re} éd.
- LUCAS André *Droit de l'informatique*. 1987, 1^{re} éd.
- PONCELA Pierrette *Droit de la peine*. 1995, 1^{re} éd.
- PUTMAN Emmanuel *Droit des affaires*, t. 4 : *Moyens de paiement et de crédit*. 1995, 1^{re} éd.
- PUTMAN Emmanuel *Contentieux économique*. 1998, 1^{re} éd.

RIVERO Jean et SAVATIER Jean *Droit du travail*. 1993, 13^e éd. mise à jour
ROBERT Jacques-Henri *Droit pénal général*. 1998, 3^e éd. mise à jour
SCHAPIRA Jean, LE TALLEC Georges, BLAISE Jean-Bernard *Droit européen des affaires*. 1994, 4^e éd. mise à jour

Ouvrages en préparation

ATIAS Christian *Philosophie du droit*
BERGEL Jean-Louis *Méthodologie juridique*
CADIET Loïc *Introduction au droit processuel*
DIDIER Paul *Droit commercial*, t. 4
DIJON Xavier *Droit naturel*, t. 2 : *Les réponses de l'histoire*
EDELMAN Bernard *Propriété littéraire et artistique*, 2 tomes
GAUDU François *Droit du travail*
GROSS Bernard, BIHR Philippe et BALESTRIERO Véronique *Contrats civils et commerciaux*, t. 2
IDOT Laurence *Introduction au droit communautaire*
LUCAS DE LEYSSAC Claude *Droit du marché*
MARTIN Gilles G. *Droit des assurances*
MUIR-WATT Horatia et BUREAU Dominique *Droit international privé*
RODIÈRE Pierre et MOREAU Marie-Ange *Migrations internationales : étrangers et nationaux*
VAN LANG Agathe *Droit de l'environnement*
VAREILLE Bernard et MARGUENAUD Jean-Pierre *Actes et activités à titre gratuit*
Les Successions

DROIT PUBLIC

Direction : Didier Truchet

AUBY Jean-Bernard et Jean-François *Droit des collectivités locales*. 1998, 2^e éd.
BELTRAME Pierre et MEHL Lucien *Techniques, politiques et institutions fiscales comparées*. 1997, 2^e éd. refondue
BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie et RICCI Jean-Claude *Droit des collectivités territoriales*. 1998, 2^e éd. mise à jour
BURDEAU François *Histoire du droit administratif*. 1995, 1^{re} éd.
CHARLES Hubert *Droit de l'urbanisme*. 1997, 1^{re} éd.
DEBBASCH Charles *Institutions et droit administratifs*
T. 1 : *Les Structures administratives*. 1998, 5^e éd. mise à jour
T. 2 : *L'Action et le contrôle de l'administration*. 1998, 4^e éd. refondue
DEBBASCH Charles, BOURDON Jacques, PONTIER Jean-Marie et RICCI Jean-Claude *Droit administratif des biens*. 1994, 2^e éd.
DOUAT Étienne *Finances publiques*. 1999, 1^{re} éd.
DRAGO Guillaume *Contentieux constitutionnel français*. 1998, 1^{re} éd.
DUVERGER Maurice *Éléments de droit public*. 1995, 13^e éd. mise à jour

GLEIZAL Jean-Jacques, GATTI-DOMENACH Jacqueline et JOURNÈS Claude *La Police. Le cas des démocraties occidentales*. 1993, 1^{re} éd.

RIVERO Jean *Les Libertés publiques*
T. 1 : *Les Droits de l'homme*. 1995, 7^e éd. mise à jour
T. 2 : *Le Régime des principales libertés*. 1996, 5^e éd. mise à jour
SUEUR Philippe *Histoire du droit public français*
T. 1 : *Constitution monarchique*. 1993, 2^e éd.
T. 2 : *Affirmation et crise de l'État*. 1994, 2^e éd.
TOUSCOZ Jean *Droit international*. 1993, 1^{re} éd.
VEDEL Georges et DELVOLVÉ Pierre *Droit administratif*
T. I. 1992, 12^e éd.
T. II. 1992, 12^e éd.

Ouvrages en préparation

BURDEAU Geneviève *Droit des organisations internationales*
DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline *Droit communautaire et politiques communes*
LABORDE Jean-Pierre *Sécurité sociale*
MAILLARD Dominique *Droit des relations de l'administration avec ses usagers*
MOLINIER Joël et TOURNIÉ Gérard *Procédure fiscale*, 2^e éd. refondue
PICARD Étienne *Droits fondamentaux. Théorie générale*
RAINAUD Jean-Marie *Les grandes conclusions des commissaires du gouvernement*
VAN LANG Agathe *Droit de l'environnement*

Imprimé en France
Imprimerie des Presses Universitaires de France
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme
Mars 1999 — N° 45 657



24160