

FAC • UNIVERSITÉS

ANNADROIT LMD

Annales corrigées **2015**

INTRODUCTION AU DROIT ET DROIT CIVIL

Sophie DRUFFIN-BRICCA • Laurence-Caroline HENRY

Licence de droit 1^{re} année

 *Gualino*

lextenso éditions

FAC • UNIVERSITÉS

ANNADROIT LMD

Annales corrigées **2015**

INTRODUCTION AU DROIT ET DROIT CIVIL

Sophie DRUFFIN-BRICCA • Laurence-Caroline HENRY

Licence de droit 1^{re} année

 *Gualino*

lextenso éditions

Sophie DRUFFIN-BRICCA

est Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

Laurence-Caroline HENRY

est Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis.

Retrouvez tous nos titres

**Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien**

sur notre site

@ www.lextenso-editions.fr

Retrouvez l'actualité
Gualino éditeur
sur Facebook



© Gualino éditeur, Lextenso éditions 2014
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux cedex
ISBN 978 - 2 - 297 - 03980 - 2
ISSN 1624-981X

AnnaDroit2015

PRÉSENTATION DE L'ÉDITEUR

La collection « **AnnaDroit LMD** » est composée de 4 titres consacrés aux matières principales de la licence en droit (L1 et L2).

Son objectif : ***vous préparer efficacement aux épreuves 2015 de vos examens.*** Pour cela, il fallait vous rendre plus facilement accessible un outil de travail qui constitue un ***ensemble construit, cohérent et complet en matière de sujets d'examen avec leurs corrigés.***

C'est ce qui a été réalisé en conservant les caractéristiques qui ont fait le succès des éditions précédentes et en y ajoutant de nouvelles ; ainsi :

- les **sujets** ont été choisis parmi ceux récemment posés dans la plupart des facultés de droit de France ;
- tous les **corrigés** ont été rédigés par les mêmes auteurs dans l'esprit de vous donner ce que doit contenir une excellente copie le jour de l'examen ;
- des **sujets d'actualité**, composés spécialement par les auteurs, ont été ajoutés pour tenir compte de ce qui « bouge » et de ce qui est « nouveau » ;
- l'**ensemble du programme** de la matière est couvert ;
- tous les **types d'épreuves** qui peuvent vous être posés le jour de l'examen sont traités ;
- avec de **nombreux conseils**, généraux en début de livre, plus spécifiques tout au long des corrigés ;
- le nouveau format est plus compact, le nouveau prix est plus accessible, la publication est avancée pour être disponible dès le jour de la rentrée...

Rendue ainsi plus accessible, l'édition 2015 des « **AnnaDroit LMD** » va être votre compagnon de route tout au long l'année universitaire ; chaque livre vous aidera à bien préparer vos travaux dirigés et à réussir vos examens de fin des 1^{er} et 2^e semestres.

AnnaDroit2015

SOMMAIRE

1.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1 – Le droit objectif

Sujet 1. Sujet théorique « 3 questions» 9

2 – Le droit objectif – Les sources

Sujet 2. Dissertation : « Les solutions du droit positif dans l'application de la règle de droit dans le temps vous semblent-elles respecter le principe de sécurité juridique ? » 21

Sujet 3. Dissertation : « Le juge peut-il créer la règle de droit ? » 31

3 – Les droits subjectifs - Les titulaires des droits subjectifs

Sujet 4. Dissertation : « Le nom de famille » 39

Sujet 5. Dissertation : « Le droit à l'intégrité physique de la personne physique » 47

4 – les droits subjectifs : la preuve

Sujet 6. Commentaire d'arrêt : « Civ., 23 mai 2002 » 55

Sujet 7. Dissertation : « La preuve de l'acte juridique » 63

5 – Synthèse sur l'introduction générale

Sujet 8. Cas pratique	73
Sujet 9. QCM Institutions judiciaires privées	81

2.**LA FAMILLE**

6 – Formation du couple

Sujet 10. Dissertation : « Comparez la formation du PACS et du mariage »	93
Sujet 11. Dissertation : « Erreur cause de nullité du mariage »	103
Sujet 12. Commentaire d'arrêt : Cass., 13 mars 2007	111

7 – La vie du couple

Sujet 13. Dissertation : « Les conséquences du PACS »	127
Sujet 14. Dissertation : « Couple et fidélité »	137

8 – La rupture du couple

Sujet 15. Commentaire d'arrêt : Cass. civ. 1 ^{re} , 8 juillet 2010	147
Sujet 16. Commentaire d'arrêt : CA Versailles, 28 octobre 2010	155

9 – Les enfants

Sujet 17. Commentaire d'arrêt : Cass. civ. 1 ^{re} , 9 mars 2011	167
Sujet 18. Dissertation : « Possession d'état et filiation »	177
Sujet 19. Dissertation : « L'autorité parentale sur la personne de l'enfant »	185

3.

LES BIENS

Sujet 20. Questions de cours	193
Sujet 21. Dissertation : « Les constructions ou plantations érigées sur le sol d'autrui »	203
Sujet 22. Cas pratique : « Servitude, empiètement et copropriété »	211
Sujet 23. Cas pratique : 3 questions	217

Annales
corrigées
pour la
préparation
des examens

2015

1

SUJET THÉORIQUE

Université de Toulon

Trois sujets :

- 1) *Qu'est-ce que le droit naturel ?***
- 2) *Comparez le droit et la morale***
- 3) *Faire la distinction entre une règle impérative et une règle supplétive***

Nota : Le sujet invite à répondre à plusieurs questions. Le thème de la comparaison du droit et de la morale est souvent posé sous la forme d'un sujet de dissertation dans d'autres universités. C'est pourquoi, dans le cadre de la correction, nous proposons de traiter cette question comme une dissertation, alors que les deux autres seront traitées comme de simples questions de cours.

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet n° 2

Le thème du « droit et de la morale » est un classique : tous les manuels ou ouvrages de travaux dirigés en proposent un plan. Généralement il est articulé autour des rapports

et des divergences entre le droit et la morale reprenant en cela la façon habituelle des enseignants de structurer, dans leurs cours, leurs développements sur ce sujet.

Ce thème fait appel à des éléments non seulement juridiques mais aussi philosophiques et sociaux.

L'avantage est de pouvoir le nourrir avec des éléments d'actualité. Les questions contemporaines sur le mariage entre personnes du même sexe (voir les débats et manifestations autour de l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe), ou l'adoption par des parents homosexuels, l'indemnisation d'un enfant né handicapé ou le droit à mourir dignement et l'euthanasie font l'objet de débats juridiques et moraux. Il faut toutefois éviter le piège qui consiste à verser dans des lieux communs ou des considérations trop lointaines. Même si l'enseignant apprécie toujours l'ouverture d'esprit de l'étudiant qui est capable de se détacher de la lettre du cours, il attend une dissertation juridique, c'est-à-dire un argumentaire autour d'une problématique imposée par le sujet et étayée de connaissances juridiques.

Textes

Article 6, C. civ. : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Article 1133, C. civ. : « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

Méthodologie appliquée

Le sens du sujet est précisé puisqu'il s'agit de comparer le droit et la morale.

Une des étapes importantes et indispensables à la compréhension du sujet réside bien sûr dans la recherche des définitions des termes employés tout en ayant à l'esprit qu'il faudra retenir des éléments de comparaison. Qu'est-ce qui permet de distinguer le droit de la morale ? Quels types de rapports entretiennent-ils ? Exercent-ils l'un sur l'autre des rapports d'influence ou de rejet ? Sont-ils complémentaires ou exclusifs l'un de l'autre ?

Or, en ce qui concerne ce sujet, les deux termes utilisés sont difficiles à définir.

Le plus souvent le droit est défini comme « l'ensemble des règles destinées à régir la vie des hommes en société ». La définition la plus simple de la morale est celle qui la présente comme la science du bien et du mal, comme un ensemble d'obligations que le sujet s'impose à lui-même et qui a pour but le bien.

Le premier constat qui découle de cette approche est que la morale est un ensemble de règles de conduite. En cela, elle est semblable au droit. Le second constat est celui du caractère intime ou interne de la morale. La morale a une finalité individuelle : le perfectionnement intérieur de l'être humain. Cette finalité n'est pas celle du droit qui régit les rapports entre les personnes. Il vise à établir un ordre social et à en assurer la cohésion. Une autre divergence réside dans les sanctions du non-respect des règles morales ou juridiques. En cas d'inobservation de ses propres règles de morale, l'individu n'est sanctionné que par ses seuls regrets ou remords, c'est-à-dire des sentiments internes, expression de sa mauvaise conscience. Les sanctions juridiques sont d'une tout autre nature : prononcées par l'autorité étatique, elles sont extérieures à l'individu et se manifestent sous différentes formes telles la condamnation à des dommages-intérêts ou des peines d'emprisonnement.

Recherche du plan

On attend de l'étudiant une réflexion sur les caractéristiques du système juridique par rapport au système moral et sur la coexistence de ces deux systèmes. Il est bien évident qu'il n'est pas question de traiter séparément les deux thèmes. Ce premier sujet permet ainsi de donner une première leçon de méthodologie qui est une des règles de base de la dissertation juridique : quand le sujet contient la coordination « et », il est exclu de traiter chaque élément exclusivement l'un de l'autre chacun dans une partie différente. Ici, le plan I. Le droit – II. La morale est à proscrire. Il n'y aurait pas comparaison.

Le bilan de ce qui précède est que les règles de droit et les règles morales sont distinctes mais se rapprochent. L'alternance constatée entre les divergences et les rapprochements entre le droit et la morale propose une articulation qui peut construire le plan distinguant entre une première partie qui aborde leurs différences (I. Les divergences ou l'opposition ou la séparation) et une seconde qui traite de leurs ressemblances (II. Les convergences ou l'interférence ou des enrichissements réciproques). Il faut alors compenser la pauvreté des intitulés des parties en enrichissant le travail par des développements complets et en soignant particulièrement les chapeaux et les transitions.

Il est ainsi possible, tout en reprenant la dichotomie habituelle, d'habiller les titres pour introduire une certaine personnalisation et une certaine recherche de la pensée avec des intitulés tels : I. Une opposition réelle – II Une opposition relative, voire : I. Une paix impossible - II. Une guerre improbable.

Pour ce premier exercice, nous conserverons une approche classique avec le plan suivant :

1. Les facteurs de divergence entre le droit et la morale
 - A) Des domaines différents
 - B) Des sanctions différentes
2. Les facteurs de convergence entre le droit et la morale
 - A) La morale, moteur du droit
 - B) Le droit, facteur d'évolution de la morale

Pour ce premier exercice, nous conserverons une approche classique avec le plan suivant.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

1. Qu'est-ce que le droit naturel ? (*question de cours*)

Le droit naturel est un ensemble de principes immuables et universels qui s'imposent à l'homme.

Il existe, selon les doctrines idéalistes (ou naturalistes), au-dessus des règles qui constituent le droit effectivement applicable à un moment donné et en un lieu donné (ce que l'on appelle le droit positif) une justice supérieure et idéale commune à tous les hommes. C'est cette justice qui dicte et oriente les règles du droit positif, qui les inspire et les limite.

Pour certains auteurs, les principes du droit naturel sont inscrits dans la conscience des hommes, formant une sorte de morale universelle. Pour d'autres, ils représentent les lois naturelles de la vie en société que les hommes peuvent découvrir par leur seule raison.

Cette idée est ancienne, puisqu'on la trouve dès l'antiquité gréco-romaine, mais plusieurs courants doctrinaux se sont opposés quant à la détermination du contenu de ce droit idéal.

Selon les premiers idéalistes, les lois du droit naturel découlaient du plan de la nature (Aristote) ou du plan de Dieu (Saint Thomas d'Aquin). Grotius et l'école du droit naturel se référeront ensuite à la nature humaine. Il existe, selon eux, entre les hommes un droit naturel dicté par la raison. Ainsi, parce que l'homme est un être sociable, il a l'obligation de respecter les conventions auxquelles il participe (« *pacta sunt servanda* ») et toutes les sociétés reposent sur un pacte, un contrat. Cette idée de contrat social est la seule qui puisse légitimer l'organisation politique alors que les hommes vivaient initialement libres et égaux dans l'état de nature. Elle sera reprise par J.-J. Rousseau qui développera la théorie de la volonté générale, exprimée par la loi, source de droit. Le droit naturel est conçu alors progressivement comme un ensemble de droits de l'individu. Les valeurs universelles sont relatives à l'homme, indépendamment de son environnement. C'est cette conception des droits naturels de l'homme qui a triomphé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacrant l'existence de droits subjectifs appartenant à l'homme par la naissance. C'est pourtant au XIX^e siècle qu'elle a connu les critiques les plus sévères, portées par les tenants de la doctrine positive. Les principales critiques tiennent à la difficulté de déterminer son contenu, à l'absence de règles universellement admises ou à la légitimation de la résistance à une loi injuste. Les théories du droit naturel interdisent au législateur d'adopter des règles contraires à celui-ci et permettent aux individus de résister aux lois injustes. Or la loi ne peut être écartée que si elle est contraire à la Constitution et la résistance individuelle aux lois injustes ne peut jouer que si le pouvoir dont elles émanaient a été renversé par la force. Les caractères insuffisants et inexacts des théories du droit naturel ont été dénoncés par les positivistes.

2. Comparez le droit et la morale (*dissertation*)

La distinction du droit et de la morale est classique et *a priori* justifiée : le droit a pour but le maintien de l'ordre social ; la morale, le perfectionnement intérieur de l'homme. Le droit et la morale n'ont donc pas la même finalité et traitent de sujets différents.

Tout ce qui est commandé par la morale n'est pas nécessairement sanctionné par le droit et inversement certaines règles de droit peuvent apparaître dépourvues de fondement moral et aller parfois à l'encontre de la règle morale.

Le droit peut en effet s'affranchir de la morale parce que les problèmes sont purement techniques. Ainsi en est-il des règles qui constituent le Code de la route. Il n'y a aucune justification morale au choix des priorités ou aux interdictions de tous genres énoncées par ce code. Toutefois on peut relever que le but ultime est d'éviter les

accidents et donc les dommages aux biens et aux personnes ce qui correspond bien à des impératifs moraux. Est-ce à dire que le droit reste toujours imprégné de considérations morales ? Il est vrai que la séparation du droit et de la morale n'est pas si nette. Science du bien et du mal, la morale dicte les comportements des individus, y compris en société, et ce faisant contribue à l'encadrement de leurs rapports, tout comme le droit.

Entre les obligations juridiques et les obligations morales, il existe déjà une catégorie intermédiaire : celles des obligations naturelles par oppositions aux obligations civiles. L'obligation naturelle est fondée sur le devoir moral. Elle s'impose en conscience à son débiteur qui est libre de l'exécuter ou non. Elle n'est pas susceptible d'exécution forcée ; en cela elle ressemble au devoir moral. Mais si son débiteur l'exécute volontairement, l'obligation naturelle devient une obligation juridique. Il est censé exécuter une obligation reconnue par le droit positif. Le seuil du juridique est atteint. En reconnaissant l'existence d'une obligation naturelle, les tribunaux appellent à la vie juridique des devoirs moraux ou de conscience. Entre obligation morale et obligation juridique, entre droit et morale, l'obligation naturelle, témoigne de l'absence de frontières nettes entre les deux sphères. L'ensemble des règles de droit inspirées par des impératifs moraux plaide pour une convergence du droit et de la morale.

Au-delà des divergences doctrinales et autres divergences quant aux buts, sanctions et contenus qui plaident pour une séparation du droit et de la morale, des convergences certaines peuvent être relevées. On constate ainsi que ces deux systèmes normatifs ont pour but d'imposer aux individus des principes et des règles destinés à régir leur vie en société et à ce titre s'influencent et interfèrent entre eux.

Les facteurs de divergence (1) et les facteurs de convergence (2) ne cessent d'alterner quand on compare le droit et la morale.

1. Les facteurs de divergence entre le droit et la morale

La théorie de la séparation entre le droit et la morale a été défendue par Kant. Elle trouve ses principaux arguments dans la différence de domaines (A) et de sanctions (B) du droit et de la morale.

A) Des domaines différents

Parce qu'ils ont des buts différents, le droit et la morale ont un domaine différent. Leurs contenus se distinguent aussi puisque pour atteindre leurs objectifs, la forme et la teneur des règles sont différentes

Si le droit et la morale imposent tous deux aux individus un ensemble de principes et de règles destinés à régir leurs comportements, ils poursuivent des objectifs distincts. La morale a une finalité individuelle, le perfectionnement intérieur de l'individu. Au contraire, le droit a une finalité sociale, l'agencement d'un certain ordre social, l'organisation des rapports inter-individuels.

Certes, la morale peut être collective et contribuer, comme le droit, à l'amélioration de la vie en société, au maintien de l'harmonie sociale, mais elle est avant tout individuelle.

Parce qu'elle vise à l'élévation de l'individu, la morale semble avoir des objectifs plus vastes que le droit. Parce qu'elle ne se contente pas de gouverner les actes extérieurs de l'homme mais aussi ses pensées, elle a une liste de devoirs plus étendus que le droit. Le droit, en revanche, s'en tient aux attitudes extérieures, ce qui ne lui permet pas de condamner des pensées que la morale pourtant réprovoque. En l'absence de commencement d'exécution, le droit ne peut pas sanctionner l'intention pourtant moralement condamnable. Cette impuissance technique à appréhender certains phénomènes se double parfois d'une volonté de s'écarter de toute considération morale. La prescription en est l'illustration la plus marquante. Le droit estime que passé un certain délai les individus ne peuvent plus être tenus des actes délictueux qu'ils ont commis. L'écoulement du temps fait perdre son caractère juridiquement répréhensible à un acte qui moralement reste toujours condamnable. La même contrariété entre le droit et la morale se retrouve à propos non plus de la prescription extinctive mais de la prescription acquisitive qui admet qu'une personne puisse devenir titulaire d'un droit ou propriétaire d'une chose qui appartenait à autrui par la simple possession prolongée. La morale n'admet pas quant à elle que l'on détourne le bien d'autrui.

Le droit apparaît ainsi, dans une certaine mesure, moins contraignant que la morale puisqu'il n'impose que des règles régissant les rapports avec les tiers et non des règles de conduite personnelle. Et non seulement il est moins contraignant au sens où il impose moins de devoirs, mais il offre également à l'individu des droits. Dans un autre registre, le droit est plus contraignant car il est plus fortement sanctionnateur. Si le droit et la morale sont tous deux pourvus de sanctions qui assurent la garantie de leurs buts, commun ou respectif, ces sanctions ne sont en effet pas comparables dans leur nature.

B) Des sanctions différentes

Les sanctions du droit et de la morale sont de nature différente. En cas de violation d'une règle purement morale l'individu éprouvera des remords, des regrets, c'est-à-dire les reproches de sa propre conscience. Il s'agit donc de sanctions purement internes,

très éloignées des sanctions juridiques traditionnelles dominées par les moyens de contrainte de l'autorité étatique. Les sanctions juridiques sont, contrairement aux sanctions morales, extérieures à l'individu en tant qu'elles sont prononcées par un tiers représentant le reste de la collectivité. Selon Kant, le droit est hétéronome (nul n'y peut être à la fois juge et partie ; les actes sont jugés et sanctionnés par des tiers) alors que la morale est autonome (chacun y est son propre juge ; chacun est juge de ses propres actes). Prononcées par l'autorité étatique, les sanctions du droit se manifestent par des formes différentes des sanctions de la morale. La condamnation à des dommages-intérêts ou à une peine d'emprisonnement n'a aucune comparaison avec une sanction morale intérieure, ni même la réprobation sociale qui peut être une autre forme de sanction de la violation d'une règle morale.

Ce caractère interne ou personnel de la sanction relativise la portée des règles morales. La sanction de la conscience ne contraint que ceux qui se soumettent à la morale. Celle-ci est donc variable et tributaire de la volonté, de la conscience de chacun. A l'extrême, si la morale réprovoque certains comportements, ceux qui n'en ont pas échappent à sa condamnation. Parfois, le droit prend le relais : en sanctionnant la violation de règles morales, il confère à la morale une nouvelle force. Ce passage se fait par l'absorption par le droit de règles morales, c'est-à-dire la traduction en obligations juridiques de commandements moraux. Une fois que la règle morale a été transformée en règle juridique son respect est garanti par la contrainte étatique.

Plus qu'une opposition, il faut voir entre le droit et la morale une complémentarité qui émerge de leurs convergences.

2. Les facteurs de convergence entre le droit et la morale

Le droit et la morale ont des buts complémentaires et parfois communs comme la justice ou l'organisation sociale des individus, qui induisent des influences réciproques. Source d'inspiration et d'évolution constante, la morale est un véritable moteur du droit qui est souvent fondé sur une règle morale (A). Mais inversement, le droit peut se révéler un facteur d'évolution de la morale (B).

A) La morale, moteur du droit

La morale est une source d'inspiration du droit et agit sur son évolution.

Il existe de nombreux cas de confusion entre le droit et la morale. De nombreuses règles morales ont en effet été absorbées par le droit et s'expriment sous la forme d'obligations ou d'interdictions juridiques. Cette consécration juridique de règles morales se réalise de différentes façons.

Parfois, le droit adopte le contenu de règles morales sans s'y référer directement. Le devoir moral de ne pas nuire à autrui connaît ainsi plusieurs traductions juridiques comme l'interdiction de tuer ou de porter atteinte aux biens d'autrui. Le même phénomène est constaté pour toutes les infractions pénales qui sanctionnent les atteintes aux biens ou aux personnes.

D'autres fois, le droit se réfère directement à la morale pour condamner des comportements qu'elle réprouve. Ainsi le droit annule les contrats pour cause immorale (art. 1133, C. civ.), indemnise le préjudice moral, exige l'exécution de bonne foi des conventions (art. 1134, al. 3, C. civ.) ou condamne l'abus de droit, c'est-à-dire l'exercice d'un droit en contradiction avec les buts qui le justifient.

La morale est une source continuelle d'inspiration du droit même dans ses parties les plus techniques. On le constate avec l'exemple du Code de la route, on le retrouve quand on aborde les règles fiscales qui techniquement ne sont pas imprégnées de morale mais socialement le sont : le principe de l'impôt est moralement légitimé : il appartient à ceux qui gagnent de l'argent de participer au bien-être de ceux qui n'en ont pas ou moins. La répartition des richesses ou la participation au fonctionnement des services publics sont des impératifs dictés par la charité, notion morale s'il en est. On risque alors de toujours trouver un fondement moral aux règles juridiques. Le droit ne serait alors « pas autre chose que la morale relayée et sanctionnée par le groupe social ». Certains auteurs le défendent comme ils défendent l'idée, comme Ripert, que « le droit ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale ». Légalement et jurisprudentiellement le droit doit être et est vivifié par la morale.

L'évolution de la morale n'est pas sans incidence. Elle permet une actualisation du droit. Toutes les grandes questions juridiques actuelles, les débats doctrinaux, sont influencés par des considérations morales. Elles sont par exemple au cœur de la protection de la dignité humaine (garantie par les droits de la personnalité), de la coparentalité (égalité homme-femme dans l'attribution du nom de famille ou de l'autorité parentale), de la loyauté de la preuve ou de la moralisation des pratiques commerciales, etc.

Il existe d'ailleurs dans le Code civil un article qui constitue une enclave de la morale au sein du droit, un rempart destiné à éviter certains dérapages contraires aux règles morales les plus élémentaires. Il s'agit de l'article 6 qui dispose que l'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Mais si on comprend bien le sens général de l'évolution du droit inspirée par la morale, la difficulté surgit quand il y a une certaine relativité des valeurs morales. Par exemple, l'avortement est considéré tantôt comme un crime, tantôt comme un droit suivant les morales. Le droit à l'avortement traduit une morale libératrice de la femme qui est libre de déterminer sa fécondité et son rôle de procréatrice ou non. L'avortement-crime exprime au contraire le droit à la vie de l'enfant. En prenant partie, le droit va créer une nouvelle morale. Ainsi, il contribue à son tour à faire évoluer la morale.

B) Le droit, facteur d'évolution de la morale

Il suffit de constater que l'application répétée des réformes législatives a permis de les faire entrer dans les mœurs. Il s'agit de toutes les réformes législatives qui au moment de leur entrée en vigueur choquent les partisans de la morale traditionnelle comme l'instauration du divorce en 1884, la légalisation de l'avortement en 1975, le principe d'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes, l'instauration du PACS reconnaissant notamment le concubinage homosexuel en 1999 et en 2013 le mariage entre personnes de même sexe. Alors qu'au départ ces réformes se sont heurtées à l'hostilité d'une partie de l'opinion publique, elles ont été progressivement mieux admises pour finalement « entrer dans les mœurs ». Ce qui signifie que leur application a fini par convaincre ou lasser une grande partie de leurs adversaires. Ainsi de nos jours la vie commune en dehors des liens du mariage ne choque plus la majorité de l'opinion publique, ce qui est la preuve qu'une règle juridique peut contribuer à faire évoluer la morale. La France est devenue en 2013 le 9^e pays européen et le 14^e pays dans le monde à ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. Que dira alors la morale dans cinquante ans ? Le « mariage homosexuel » sera-t-il entré dans les mœurs ?

La difficulté à adopter aujourd'hui de nouvelles lois témoigne de la volonté de prendre en considération la morale mais illustre, malgré les obstacles, la possibilité de faire évoluer la morale, voire de la créer. Les règles morales sont évolutives en fonction de l'idéal recherché par la société. Si celui-ci ne s'exprime pas, le droit prend le relais et, en tant qu'il est censé exprimer la volonté générale, construira la nouvelle morale. Il peut aussi la remplacer. Le droit peut constituer le minimum que l'individu va respecter. Il ne s'agira plus de morale puisqu'il ne s'agira pas de règles que l'individu

s'impose de respecter, mais l'individu se sentira moralement tenu d'un devoir, techniquement imposé par le droit. La convergence est à son paroxysme : le respect du droit est aussi une règle morale.

3. Faire la distinction entre une règle impérative et une règle supplétive (*Question de cours*)

Les **règles supplétives** sont des règles simplement facultatives. Les particuliers peuvent en écarter l'application. Elles ne s'appliquent que si les sujets de droit n'ont pas exprimé une volonté contraire ; elles suppléent l'absence de volonté particulière exprimée. En choisissant une règle spéciale, les particuliers rejettent l'application de la règle supplétive, mais s'ils n'ont exprimé aucun choix, celle-ci s'applique. Par exemple, si des époux ne choisissent pas par contrat de mariage un régime matrimonial particulier, on appliquera le régime prévu par la loi. À partir du moment où le choix a été opéré, les règles correspondantes s'imposent obligatoirement. Qu'elles aient été choisies ou imposées à défaut par la loi, les règles qui s'appliquent sont obligatoires. Leur non-respect entraîne de la même façon des sanctions. La règle supplétive est obligatoire pour les parties qui ne l'ont pas écartée. À défaut de choix, la règle exprimée par la loi reste obligatoire.

Les **règles impératives**, quant à elles, s'imposent en toutes circonstances et on ne peut en écarter l'application par des conventions contraires (par exemple, les lois qui fixent les conditions de validité du mariage). Elles expriment un ordre auquel chacun doit se soumettre, malgré certaines exceptions possibles (par exemple, le président de la République peut lever certains empêchements au mariage entre proches parents). Parmi les règles impératives, certaines ont une force obligatoire renforcée. Ce sont les règles d'ordre public « considérées comme essentielles qui s'imposent pour des raisons de moralité ou de sécurité dans les rapports sociaux ». Il est alors impossible d'y déroger (art. 6, C. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »). L'ordre public correspond à une conception d'ensemble de la vie en communauté et s'est diversifié. Destiné à l'origine à assurer la sécurité de l'État, de la famille ou de la personne humaine, ainsi qu'un certain ordre moral de la société, il est aussi aujourd'hui économique et social quand il régleme les rapports économiques et sociaux. Il se manifeste par le développement de la réglementation impérative. Le plus souvent, le législateur ne précise pas si la loi est impérative ou supplétive. Pour le déterminer, le juge considère alors l'objectif de la loi : si elle protège un intérêt public, elle est considérée comme impérative, si elle protège un intérêt privé, comme supplétive.

2

SUJET THÉORIQUE

Université de Bordeaux IV

Sujet : Les solutions du droit positif dans l'application de la règle de droit dans le temps vous semblent-elles respecter le principe de sécurité juridique ?

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le thème de l'application de la loi dans le temps est un thème classique de dissertation qui fait l'objet de nombreux sujets aux examens sous des formulations diverses : « l'application de la loi dans le temps », « le principe de non-rétroactivité des lois », « la rétroactivité de la loi », « la loi nouvelle et les situations juridiques en cours » ou sous la forme d'un commentaire de l'article 2 du code civil qui énonce le principe de non-rétroactivité des lois.

Le sujet proposé est plus original dans son approche et plus précis. En effet, il ne s'agit pas de traiter de façon générale la question de l'application de la loi dans le temps. Il s'agit de répondre à la question posée, à savoir si les solutions du droit positif dans l'application de la règle de droit dans le temps respectent ou non le principe de sécurité juridique. Il faut dès lors analyser de façon plus spécifique, et plus difficile, la place de la sécurité juridique dans les règles de conflits d'application entre deux lois intervenant successivement sur un même point de droit.

La multiplication des lois et leurs réformes rendent de plus en plus nécessaire de tracer les limites entre la loi ancienne et la loi nouvelle. Ce sont les règles de conflits de loi qui permettent de régler ce problème de l'application de la loi dans le temps. Les solutions du droit positif en la matière consacrent le principe de la non-rétroactivité de la loi. Ainsi, l'article 2 du Code civil affirme que « La loi n'a point d'effet rétroactif » et qu'elle ne s'applique qu'aux seules situations futures. Mais ce principe ne suffit pas à résoudre les situations dans lesquelles une situation juridique est née sous l'empire d'une loi et continue à produire ses effets alors qu'une nouvelle loi est intervenue. La doctrine et la jurisprudence ont alors proposé des solutions. Notamment le doyen Roubier a développé une théorie, dite moderne, qui propose une nouvelle solution à tous les conflits de lois dans le temps, palliant ainsi les limites du code. Contrairement à la théorie ancienne des droits acquis, il préconise l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations juridiques en cours au moment de son entrée en vigueur, même si ce principe s'applique différemment selon la nature contractuelle ou non des situations juridiques et selon que l'on considère leur formation, leurs effets passés ou leurs effets futurs.

Textes

Article 2, C. civ. : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

Article 112-1, C. pén. : « *Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis.*

Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date ».

Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ».

Article 7-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 septembre 1950 : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise* ».

Méthodologie appliquée

Détermination des problèmes de droit

Il faut recenser les différentes règles de conflits de lois dans le temps avant de les examiner sous l'angle précis de la sécurité juridique. Le sujet précise qu'il ne faut s'intéresser qu'aux solutions du droit positif. Cela signifie que les règles légales et les solutions jurisprudentielles sont à traiter, à l'exclusion de la doctrine qui ne constitue pas du droit positif. Ainsi, il faut éviter les développements sur la théorie des droits acquis et ne retenir que l'application faite par les tribunaux de la théorie de l'application immédiate de la loi nouvelle.

On sait qu'en ce qui concerne l'application de la loi dans le temps deux principes sont utilisés, que l'on peut rapidement présenter :

- le principe de non-rétroactivité (art. 2, C. civ.) et ses exceptions ;
- le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, proposée par le doyen Roubier, et ses exceptions (avec les distinctions entre situations légales et contractuelles ; conditions de validité et effets des situations juridiques ; effets passés et effets futurs ; application immédiate de la loi nouvelle et survie de la loi ancienne).

En quoi et comment ces règles répondent-elles à l'impératif de sécurité juridique ? Ou au contraire le contredisent-elles ? La sécurité juridique consiste à permettre aux individus de prévoir les conséquences de leurs actes. Elle s'incarne notamment en matière contractuelle dans la protection de la parole donnée, l'organisation et le maintien de l'équilibre des contrats. La sécurité garantie la liberté de tous et à ce titre favorise l'activité économique et sociale.

La sécurité juridique exige trois conditions. Tout d'abord les règles juridiques doivent être énoncées de façon précise pour être appliquées de façon homogène et stable à tous, à l'écart de tout risque de controverses ou d'interprétations divergentes. Deuxièmement, ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir judiciaire ne doivent pouvoir écarter l'application de la loi en établissant des règles qui la contrediraient. La définition même de l'État de droit est la soumission de tous au droit et la séparation des pouvoirs. Enfin, la sécurité juridique est réalisée si les lois nouvelles ne rétroagissent pas. En effet, la sécurité s'oppose à toute possibilité pour une loi nouvelle de régir des situations juridiques antérieurement réalisées ou de modifier les effets, même futurs, prévus par un contrat.

La portée de l'impératif de sécurité s'identifie alors à celle du principe de non-rétroactivité des lois. Or si celui-ci a valeur constitutionnelle en droit pénal, il souffre

d'exceptions en matière civile. Les lois rétroactives restent toutefois rares car elles peuvent être sources d'arbitraire et d'insécurité juridique. C'est, rappelons-le, la loi du 17 nivôse an II, modifiant les règles de dévolution successorale pour toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789 et qui avait conduit à la remise en cause de nombreuses successions déjà réglées sous l'empire de la loi antérieure, qui a motivé par suite l'adoption du principe de la non-rétroactivité des lois.

Avec l'existence de lois rétroactives, apparaît une première possibilité de porter atteinte à la sécurité juridique. Mais surtout cette finalité est concurrencée par un autre impératif que celui de justice sociale. Le but du droit est non seulement de garantir aux justiciables la sécurité de leurs rapports juridiques, mais aussi de leur assurer, de façon égale, l'application des règles les plus justes.

Recherche d'un plan

Comment souvent, la réponse à la question posée par le sujet n'est pas catégorique. Elle est nuancée. Lorsque deux impératifs de valeur équivalente s'affrontent, il est logique que ce ne soit pas toujours le même qui l'emporte. C'est pourquoi, parmi les règles de conflits de lois, on en trouve certaines qui garantissent la sécurité juridique et d'autres qui la malmènent, au nom de la justice. Les deux parties du plan, sans se contredire, répondent en deux temps à la question.

Le plan proposé est alors le suivant :

1. La sécurité juridique garantie par les règles de conflits de lois
 - A) la non-rétroactivité des lois
 - B) La survie de la loi ancienne en matière contractuelle
2. La sécurité juridique malmenée par les règles de conflits de lois
 - A) La supériorité de l'intérêt social
 - B) Les atteintes législatives à la sécurité juridique

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

Les véritables problèmes liés à l'application de la règle de droit dans le temps apparaissent quand deux lois interviennent successivement sur un même point de droit. Les règles d'entrée en vigueur et d'abrogation de la loi ne suffisent pas pour déterminer quels seront les faits et les actes soumis à la loi ancienne et ceux soumis à la loi nouvelle. En réalité, les conflits entre deux lois successives ne surgissent réellement qu'en présence d'une situation juridique qui est née sous l'empire de la loi ancienne et qui continue de produire ses effets alors qu'une loi nouvelle intervient. Ce type de conflits, accrus par l'inflation législative, doit trouver une solution qui permette de tracer les limites entre la loi ancienne et la loi nouvelle. Les règles qui ont été adoptées pour résoudre ces conflits de loi ont toutes été guidées par deux préoccupations opposées : la sécurité juridique et la justice sociale.

Le besoin de sécurité exige que l'on restreigne au maximum le domaine d'application dans le temps de la loi nouvelle. Les individus ont organisé leurs activités en tenant compte de leur environnement juridique. Si celui-ci est modifié par une loi nouvelle, les contrats ou autres actes juridiques prévus risquent de ne plus être adaptés, voire de ne plus être valables, eu égard aux nouvelles dispositions légales. Le souci de sécurité impose de ne pas remettre en cause les actes passés conformément à une loi connue et parfois même choisie entre plusieurs régimes possibles par les parties. C'est pourquoi le principe de non-rétroactivité des lois s'impose comme une condition à la sécurité juridique.

Le besoin de justice conduit, quant à lui, à une application dans le temps la plus large possible, de la loi nouvelle présumée meilleure que l'ancienne. Par postulat, si le législateur intervient c'est pour réaliser des améliorations par rapport à la loi ancienne et il serait alors injuste de priver les individus de celles-ci. De plus, la justice réside dans une égalité de traitement des justiciables, c'est-à-dire une application de la même loi à tous les individus se trouvant dans une même situation. Or cette unité dans l'égalité ne peut se réaliser qu'autour de la loi nouvelle.

L'opposition entre ces deux impératifs de sécurité et de justice, entre loi ancienne et loi nouvelle, se retrouve dans toutes les solutions offertes aussi bien par le législateur,

que par la doctrine ou la jurisprudence. En effet, le principe de non-rétroactivité de la loi énoncé par l'article 2 du Code civil, comme les solutions doctrinales et jurisprudentielles, tentent de concilier ces deux objectifs. En posant à l'article 2 du Code civil le principe de non-rétroactivité de la loi, le législateur répond à l'impératif de la sécurité juridique puisque les situations juridiques, actes ou faits, ne sont pas remises en cause par une nouvelle loi. Mais en disposant que la loi nouvelle s'applique aux situations futures, il répond à l'idéal de justice qui commande que la loi nouvelle, par principe meilleure que l'ancienne, s'applique à toutes les situations juridiques qui naîtront postérieurement et que la loi soit uniforme pour tous.

Si le principe de non-rétroactivité garantit la sécurité juridique, les nombreuses exceptions, guidées par un souci de justice, diminuent d'autant son rayonnement.

Ces deux impératifs égaux ne font que s'opposer. Tour à tour la sécurité juridique est ainsi garantie (1) et malmenée (2) parmi les différentes règles de conflits de lois.

1. La sécurité juridique garantie par les règles de conflits de lois

Protéger les individus contre la loi en organisant leur sécurité, c'est empêcher que ne soient remis en cause les actes passés par eux conformément à la loi qu'ils connaissent. La non-rétroactivité des lois garantit par principe cette sécurité (A). En matière contractuelle, les règles dégagées par la doctrine et la jurisprudence mettent en œuvre cet impératif de façon encore plus évidente en assurant la survie de la loi ancienne (B).

A) La non-rétroactivité des lois

Le législateur prévoit qu'une loi nouvelle ne peut pas s'appliquer aux conditions de création et aux effets passés des situations juridiques, qu'elles soient entièrement nées et achevées sous l'empire de la loi ancienne ou encore en cours. Les individus règlent leurs activités, accomplissent les actes de la vie juridique en tenant compte de la législation en vigueur au moment où ils agissent.

Ce principe de non-rétroactivité des lois est affirmé dans plusieurs textes d'origine diverse. C'est d'abord l'article 2 du Code civil qui dispose que « la loi n'a point d'effet rétroactif ». Ce sont aussi l'article 112-1 du nouveau Code pénal selon lequel « seuls sont punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis », et au niveau international, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui prévoit que « la loi ne doit établir que des

peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » et l'article 7-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 septembre 1950 qui dispose que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ».

Ce principe de non-rétroactivité trouve historiquement une explication dans la théorie des droits acquis. Les juristes du Moyen-Age avaient proposé des principes de solution au problème de l'application de la loi dans le temps basés sur une distinction entre droits acquis et simples expectatives. Les droits acquis étant des droits définitivement entrés dans un patrimoine, une succession par exemple, ou des situations juridiques définitivement créées, ils doivent être sauvegardés, même contre une loi nouvelle. Au contraire, de simples expectatives, qui ne sont que de simples espérances non encore réalisées, peuvent être atteintes par une loi nouvelle. Cette distinction a été justifiée par le besoin de sécurité qui est satisfait si le droit acquis est sauvegardé. On remarquera déjà que l'objectif de justice n'est pas oublié puisque les simples expectatives doivent céder devant une loi nouvelle supposée plus juste.

B) La survie de la loi ancienne en matière contractuelle

En matière contractuelle, l'objectif de sécurité juridique est encore plus nettement garanti. La jurisprudence, suivant en cela les propositions du doyen Roubier, permet non seulement que la loi nouvelle n'agisse pas sur les étapes passées du contrat, mais admet que la loi ancienne continue à régir ses effets postérieurs à celle-ci.

Le contrat est un acte de prévision, les parties l'ont librement organisé en fonction de la loi en vigueur et le principe de l'autonomie de la volonté s'oppose à ce qu'une loi nouvelle puisse modifier ce que les parties ont prévu. La loi nouvelle ne s'applique pas aux conditions de validité et aux effets entièrement réalisés sous l'empire de la loi ancienne. Elle ne s'applique pas non plus aux effets futurs des situations juridiques contractuelles prévues antérieurement à son entrée en vigueur.

L'impératif de sécurité prime dans le cadre des relations contractuelles où l'on admet le principe de la survie de la loi ancienne sous l'empire de laquelle les parties ont anticipé l'exécution du contrat. La loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat survit à la loi nouvelle et continuera de s'appliquer aux effets futurs du contrat, par dérogation au principe de l'application immédiate de la loi nouvelle réservé aux situations légales.

2. La sécurité juridique malmenée par les règles de conflits de lois

L'intérêt social l'emporte parfois sur la sécurité juridique (A). Ainsi non seulement la loi nouvelle s'applique-t-elle immédiatement, mais la loi ancienne succombe si elle est d'ordre public et le législateur, en contradiction avec l'impératif de sécurité, peut adopter des lois rétroactives (B).

A) La supériorité de l'intérêt social

La règle de l'application immédiate de la loi nouvelle dégagée par le doyen Roubier est très certainement fondée sur le souci d'unité de législation qui est une source d'égalité et de justice entre les individus. La loi nouvelle est plus adaptée que la loi ancienne et le souci de justice l'emportant, il faut donc l'appliquer le plus tôt possible. La loi nouvelle a vocation à s'appliquer immédiatement aux situations juridiques en cours au moment de son entrée en vigueur. Elle s'applique donc automatiquement aux situations juridiques dont les conditions de création ne sont pas terminées ou aux situations juridiques nées antérieurement mais non encore terminées, et qui continuent à produire des effets.

Or, de façon encore plus évidente, la loi nouvelle d'ordre public s'applique même aux contrats en cours et témoigne de la volonté de garantir une égalité entre tous au détriment de la sécurité des relations contractuelles. En effet, une exception à la règle de survie de la loi ancienne en matière contractuelle vient malmenier la recherche de sécurité juridique en redonnant vigueur à la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle : si la loi nouvelle est une loi d'ordre public, dans un but de justice, elle s'appliquera immédiatement aux effets futurs des contrats en cours. La sécurité des particuliers cède devant l'intérêt social. Les tribunaux apprécient si la survie de la loi ancienne est préjudiciable à l'ordre public. C'est ainsi par exemple que les lois qui confèrent aux salariés des avantages sociaux s'appliquent aux contrats de travail en cours ou celles relatives à la fixation des loyers aux baux en cours.

Dans le même temps, le législateur lui-même, peut adopter des lois rétroactives, portant ainsi atteinte à la sécurité juridique.

B) Les atteintes législatives à la sécurité juridique

Alors que la sécurité est conditionnée par la non-rétroactivité des lois, certaines lois, hormis le cas des lois pénales, sont rétroactives.

La première possibilité d'exception au principe de non-rétroactivité tient à la nature simplement législative de la règle. Si le juge est tenu de respecter l'article 2 du Code civil, le législateur peut y déroger, car il ne s'agit pas d'une règle de valeur constitutionnelle, sauf en matière pénale par sa mention dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le législateur peut donc fixer les dispositions transitoires de chaque loi et adopter des lois civiles rétroactives.

À côté des lois rétroactives par disposition expresse du législateur, il existe plusieurs catégories de lois rétroactives par nature : les lois interprétatives, qui sont censées être entrées en vigueur à la date de la loi qu'elles interprètent ; les lois confirmatives, qui valident de façon rétroactive des actes nuls selon les dispositions législatives en vigueur lors de leur formation ; les lois de procédure et les lois pénales plus douces applicables au procès en cours (art. 122-1, al. 3, C. pén.). Même si dans ces deux dernières exceptions il s'agit moins d'une véritable rétroactivité, que d'une application immédiate de la loi nouvelle à une situation née antérieurement, la sécurité juridique est contrariée.

3

DISSERTATION

Université de Nice Sophia Antipolis

Sujet : « Le juge peut-il créer la règle de droit ? »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

La question suggérée par le sujet est une des grandes questions du cours d'introduction au droit : la jurisprudence est-elle source de droit ? mais ce n'est pas le sujet lui-même. Il est évident que la problématique doit être traitée mais il ne faut pas organiser tout son travail autour. Il faut répondre à la question posée : le juge peut-il créer des règles de droit ?

Autrement dit, il s'agit de savoir si un ensemble de décisions individuelles (la jurisprudence élaborée par le juge) peut se transformer en règle générale, abstraite et obligatoire, donc en règle de droit.

Méthodologie appliquée

La première étape est bien sûr de définir la notion de jurisprudence. Or, il existe différentes définitions. Elle est dans son sens le plus ancien, la science du droit. Au sens étroit, elle est « l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche

du droit (jurisprudence civile, fiscale), soit dans l'ensemble du droit » (*Vocabulaire juridique*, Assoc. *Capitant*, V^o *Jurisprudence*, 1.). Plus largement, la jurisprudence est l'œuvre des tribunaux. Il ne s'agira pourtant pas de décrire l'organisation juridictionnelle.

Il apparaît de façon commune que la jurisprudence naît de la pratique des juges, à l'occasion de la résolution d'un litige particulier. La jurisprudence est constituée par l'ensemble des décisions de justice. Il ne faut pas décrire les différentes juridictions mais retenir l'importance de la hiérarchie des juridictions (même si en théorie les juges ne sont pas obligés de suivre leur jurisprudence, les décisions des cours d'appel ou de la Cour de cassation) et le rôle particulier de la Cour de cassation dans la formation de la jurisprudence.

Le rôle premier du pouvoir judiciaire est d'appliquer la loi. Peut-on ensuite considérer qu'elle participe à sa formation ? Il est difficile d'apporter une réponse à cette question parce que les plus grands auteurs eux-mêmes ne sont pas d'accord. Pour certains la jurisprudence est une source de droit à part entière, pour d'autres elle n'est qu'une simple autorité. Il est malaisé dans ce contexte, pour l'étudiant de première année de donner une réponse. Pourtant la question en appelle une. Soit il faut adopter la position de l'enseignant qui donne le sujet, soit il faut, en prenant le risque de la contradiction, présenter des arguments suffisants pour emporter sa conviction. Le principal reste toujours de justifier sa réponse.

Nous rappelons les principaux arguments favorables et défavorables à la reconnaissance de la jurisprudence comme source du droit objectif.

Arguments favorables à la reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit

- Article 4 : obligation de juger même en cas de « silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi ».

Quand un vide législatif se présente, le juge est quand même dans l'obligation de juger. Cette obligation lui est imposée par le législateur lui-même. À défaut de texte, les juges doivent trouver ailleurs un principe de solution (dans la coutume ou les principes généraux du droit) ou créer une règle nouvelle. En pratique, ils ont tendance à se référer aux précédents même s'ils ne sont pas obligatoires.

- Rôle de la Cour de cassation dans l'uniformisation de la jurisprudence (argument qui s'oppose à celui de l'insécurité juridique) avec la possibilité d'imposer ses solutions aux autres juridictions inférieures (poids de la hiérarchie judiciaire, force obligatoire des arrêts d'assemblée plénière, peur du pourvoi des juges du fond).

- Phénomène d'imitation et de continuité qui permet à la jurisprudence d'être créatrice de droit. Elle l'est aussi indirectement quand elle incite le législateur à intervenir en adoptant une nouvelle loi pour entériner ses décisions ou même pour s'y opposer (lorsque justement les juges ont choisi une solution destinée à provoquer une intervention contraire du législateur).

Arguments opposés à la reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit

- Obstacles de droit :

- séparation des pouvoirs : le pouvoir de création du droit revient au législateur ; le pouvoir judiciaire applique seulement le droit, il ne le crée pas,
- article 5, C. civ. : interdiction aux juges de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » ; interdiction des arrêts de règlement,
- article 1351, C. civ. : principe de l'autorité relative de la chose jugée ;

- Obstacles de fait : instabilité de la jurisprudence ; insécurité : possibilité de solutions différentes pour un même type de litige devant chaque juridiction, risque de revirements, adoption possible d'une loi contraire.

Recherche d'un plan

Les tribunaux, constitués pour appliquer le droit, peuvent-ils créer une règle de droit générale, abstraite et obligatoire ?

La réponse à la question peut être donnée en deux temps.

Le premier consiste à démontrer que le juge s'est arrogé un pouvoir de création qui se manifeste lorsque la loi est insuffisante, soit qu'il doive l'interpréter, soit qu'il doive la suppléer.

La deuxième étape consiste à vérifier que les créations du juge, c'est-à-dire les solutions jurisprudentielles, sont de véritables règles de droit.

Plan retenu :

1. L'apparition du pouvoir de création du juge
 - A) L'interprétation de la loi
 - B) La suppléance de la loi
2. Les solutions jurisprudentielles, véritables règles de droit
 - A) Les objections
 - B) Le constat

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

Comment, compte tenu du principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, le juge pourrait-il créer des règles de droit ?

Le rôle du juge est défini par l'article 4 du Code civil. Il ne crée pas le droit, pouvoir qui incombe au législatif, il doit seulement l'appliquer. Mais l'acte juridictionnel n'est pas que l'application de la règle de droit préexistante. L'article 4 du Code civil en disposant que « le juge qui refusera de statuer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice », impose au juge une obligation légale de juger, et ce dans tous les cas. Que la loi soit silencieuse, obscure ou insuffisante, le juge doit juger.

Si la loi est peu claire, imprécise, confuse, ou ambiguë, le juge va devoir en rechercher le sens, en définir les conditions légales, en un mot, l'interpréter. Cette fonction d'interprétation permet de faire dire à un texte plus de choses qu'il ne le prévoyait ou de façon différente. C'est déjà pratiquement de la création. Mais plus encore si la loi est muette sur un problème, si aucun texte ne peut être invoqué, le juge devra avoir recours à ses propres lumières pour suppléer cette absence de loi, la compléter. Même si le législateur fait un effort d'exhaustivité, il y a toujours des situations créées par la complexité des faits. Malgré l'inflation législative que l'on connaît, il y a des lacunes dues notamment aux transformations de la vie et de la société (progrès de la science, évolution des mœurs...). Dans de tels cas, la jurisprudence va exercer une autre fonction, après l'interprétation, qui consiste à suppléer la loi.

Dès lors, le pouvoir créateur de la jurisprudence apparaît (1). Mais le juge peut-il créer des règles de droit ? Il s'agit alors de vérifier si des décisions de justice peuvent se transformer en règles de droit générales, abstraites et coercitives (2).

1. L'apparition du pouvoir de création du juge

Le pouvoir judiciaire doit, en principe depuis Montesquieu, appliquer le droit créé par le pouvoir législatif ou réglementaire. Cependant, le rôle du juge va au-delà de cette mission de « *juris dictio* », il doit interpréter voire suppléer la loi.

A) L'interprétation de la loi

Si la loi est peu claire, imprécise, confuse, ambiguë incomplète, le juge va devoir en rechercher le sens, l'interpréter. Si faible soit elle, l'interprétation est inséparable de l'application de la règle écrite. Aujourd'hui on considère que ce n'est pas celui qui fait la loi qui doit l'interpréter, mais celui qui l'applique, c'est-à-dire le juge au premier chef puisqu'il peut imposer son interprétation en dernier lieu en cas de divergences. Pour ce faire, il existe diverses méthodes d'interprétation. Schématiquement elles sont d'une part la méthode exégétique, qui veut rester très près du texte de la loi, d'autre part les méthodes dites scientifiques qui font preuve de plus de distance à l'égard des textes. Dans ces méthodes, on considère que la loi est insuffisante. Tout le droit n'est pas dans la loi. Il ne s'agit plus d'interpréter la règle mais plutôt de la définir. Le tribunal doit librement chercher la solution à appliquer en se fondant sur les données économiques ou sociales existant au moment où il doit statuer. Il donne ainsi naissance à une nouvelle règle, au risque d'empiéter sur la fonction du législateur. C'est pourquoi, celui-ci a limité les pouvoirs de la jurisprudence.

B) La suppléance de la loi

En l'absence de loi, le juge devra rechercher une solution rationnelle dont les fondements ne se trouvent plus dans la loi. Puisque le juge doit motiver en droit sa décision, il se référera toujours à un texte, mais c'est l'utilisation ou l'interprétation de celui-ci qui peut être novatrice et ainsi créatrice. La jurisprudence apparaît comme une source complémentaire, comblant les lacunes de la loi.

Les lacunes législatives peuvent être involontaires comme volontaires. Dans cette seconde hypothèse, le législateur laisse au juge le soin de compléter la loi, par une sorte de délégation de pouvoir. En utilisant des expressions générales au contenu indéterminé, telles les bonnes mœurs, le bon père de famille, l'intérêt de l'enfant ou de la famille, il choisit de laisser au juge des espaces vides à remplir. Il revient finalement en dernier lieu à la Cour de cassation d'assurer la cohérence de la législation en contrôlant l'interprétation qui en est donnée par les juges du fond. En présence de lacunes involontaires, la jurisprudence poursuit son œuvre créatrice et complémentaire de la loi. Dans le silence des textes, la jurisprudence permet d'apporter une solution aux litiges portés devant elle. Le juge peut prendre une décision qui fera jurisprudence. Ainsi a-t-il interdit les contrats de mères porteuses ou admis l'indemnisation d'un enfant né handicapé après une erreur médicale (*arrêt Perruche, Ass. plén. 17 nov. 2000*).

Dans les espaces laissées par la loi, le pouvoir créateur du juge peut donc se manifester. Certes, toutes les décisions de justice n'ont pas la même portée. Il faut distinguer selon l'origine et le contenu des décisions. Pour répondre à la question de savoir si le juge peut créer des règles de droit, il faut surtout considérer les décisions des plus hautes juridictions. Un arrêt de la Cour de cassation a plus vocation à créer une règle de droit qu'un jugement d'un tribunal d'instance. Il en est de même de l'arrêt de principe, qui entend poser une règle de portée générale, par opposition à l'arrêt d'espèce dont la solution n'a pas vocation à s'étendre au-delà du litige en cause.

2. Les solutions jurisprudentielles, véritables règles de droit

Les règles créées par le juge sont-elles de véritables règles de droit ? Un certain nombre d'objections militent pour une réponse négative. Pourtant, l'examen des décisions jurisprudentielles montre qu'elles réunissent les caractères des règles juridiques.

A) Les objections

Le législateur a adopté dans le Code civil deux dispositions encadrant la portée de la jurisprudence et réfutant les caractères généraux, abstraits et obligatoires des solutions jurisprudentielles, caractères nécessaires à la règle juridique.

L'article 5 du Code civil interdit « aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Les révolutionnaires se méfiaient des tribunaux et par la séparation des pouvoirs il était interdit pour ces derniers d'empiéter sur les pouvoirs du législateur : le pouvoir judiciaire ne pouvait pas édicter des dispositions qui auraient force de loi. L'article 5 interdit alors la pratique de l'Ancien Régime des arrêts de règlement. Les tribunaux ne peuvent plus rendre des arrêts non pas applicables à un cas déterminé mais constituant une règle applicable par la suite à tous les cas analogues. Ils ne peuvent plus agir comme législateur. Cet article interdit donc en principe de créer des normes prétorienne dans le cadre de l'activité juridictionnelle.

De cette interdiction des arrêts de règlement doit être rapproché le principe de la relativité de la chose jugée posé à l'article 1351 du Code civil. Les jugements n'ont qu'une autorité relative, limitée à l'affaire sur laquelle ils statuent. Le jugement n'a d'effet qu'entre les parties au procès. L'autorité de la chose jugée concerne la situation concrète sur laquelle la décision juridictionnelle s'est prononcée et non la règle abstraite qui y est impliquée. Cette relativité concourt à l'interdiction de l'article 5. Si une règle de droit dégagée par un tribunal saisi d'un litige devait être obligatoirement suivie par lui dans des cas similaires, ce serait indirectement rétablir l'arrêt de règlement.

Ces deux articles du Code civil qui limitent le rôle de la jurisprudence doivent être mis parallèle avec l'obligation de motiver qui pèse sur celle-ci. On admet aujourd'hui que la jurisprudence doit toujours motiver en droit sa décision en s'appuyant sur un texte ou au moins sur un principe juridique incontesté (art. 455, CPC). Cette obligation de motiver les décisions se retrouve à l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation elle-même contrôle la motivation des décisions. Elle sanctionne pour motifs insuffisants la seule référence à une jurisprudence constante, élément réfutant la possibilité pour le juge de créer des règles de droit.

Si le juge n'est pas tenu en droit de suivre les solutions données antérieurement, surtout par une juridiction supérieure, en pratique il y est enclin. L'autorité du précédent transforme alors une solution individuelle en une véritable règle de droit.

B) Le constat

Les décisions des juges vont se transformer en règles de droit. Cela suppose qu'elles soient générales, abstraites, et obligatoires.

Les règles jurisprudentielles présentent un caractère général grâce aux juridictions supérieures comme la Cour de cassation. En particulier, ses arrêts de principe font jurisprudence. Ce sont les décisions dont les solutions sont reprises, souvent dans une formule identique, par les tribunaux ayant à trancher un litige équivalent. La Cour de cassation a ainsi pour mission d'assurer l'uniformité de la jurisprudence sur l'ensemble du territoire.

Les solutions jurisprudentielles ont aussi un caractère abstrait. Le travail du juge n'est pas purement mécanique mais il repose sur des techniques et notamment le raisonnement syllogistique déduisant la solution concrète d'une règle abstraite. Si les faits de la cause, qui forment la mineure du syllogisme, sont relatifs et limités au seul litige concerné, les motifs de droit (la majeure du syllogisme) ont une vocation générale. S'ils sont pertinents, ils seront réutilisés dans chaque affaire du même type puis s'imposeront. Générale et abstraite, la solution jurisprudentielle devient aussi obligatoire.

La force obligatoire des règles dégagées par le juge résulte de plusieurs phénomènes. Le premier réside dans la force de l'imitation. Les juges se sentent tenus de reproduire les solutions données antérieurement dans des circonstances identiques. Cette inclination est parfois imposée. Les règles jurisprudentielles deviennent des règles obligatoires par le poids de la hiérarchie judiciaire. La Cour de cassation peut en effet imposer aux juges du fond la solution de son choix. Elle est institutionnellement investie d'un tel pouvoir

lorsqu'elle se réunit en assemblée plénière. En effet, les points de droit tranchés en telle assemblée s'imposent à la juridiction de renvoi. L'unité de la jurisprudence est également renforcée par la procédure de la saisine pour avis de la Cour de cassation. Lorsqu'une question de droit nouvelle présente une difficulté sérieuse et se pose dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent solliciter l'avis de la Cour de cassation. Bien que non impératif, cet avis oriente les juridictions vers la solution retenue par la juridiction supérieure. Elles savent que s'ils ne respectent pas les directives de la haute juridiction, leurs décisions seront censurées. La peur de la censure n'est cependant pas la seule raison qui explique que les juridictions du fond reproduiront les décisions de la cour de cassation. Celle-ci a pour mission de dire le droit et le plus souvent elle le dit bien !

Cette loi d'imitation se double de la loi de continuité. La Cour de cassation a tendance à reproduire ses décisions même si elle n'est pas en droit tenue par ses propres précédents. La Cour a elle-même affirmé que la sécurité juridique ne permettait pas de consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée. Cela signifie que les revirements sont toujours possibles tout comme les évolutions législatives. Ce n'est pas parce que la jurisprudence évolue qu'il faut lui refuser la valeur de source du droit.

Le juge peut créer des règles de droit. Certaines branches du droit, comme le droit de la responsabilité délictuelle ou le droit administratif, reposent ainsi principalement sur les décisions jurisprudentielles qui constituent de véritables règles de droit.

4

DISSERTATION

Université d'Auvergne

Sujet : « Le nom de famille »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet traite du nom de famille, qui sont les termes utilisés par la loi du 4 mars 2002 en remplacement de ceux de « nom patronymique ». Il ne s'agit pas seulement de présenter les nouvelles règles de dévolution du nom mais de réfléchir au sens de la modification des termes. Le nom participe d'un phénomène social puisqu'il permet l'identification d'une famille au sein de la société. La référence au *pater* (le père – patron – patronyme) est abandonnée au profit de la famille et principalement le nom de la femme peut être attribué aux enfants au même titre que celui du père. Il faut insister sur cet aspect. Mais il ne faut pas négliger les autres comme le changement de nom ou sa protection.

Aucun document n'a été autorisé pendant l'épreuve. Nous reproduisons les deux principales dispositions législatives relatives au nom de famille que l'étudiant doit connaître (au moins le numéro et le sens) et qui seront utiles au corrigé.

- La dévolution du nom

Article 311-21, C. civ. : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre.

Le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs. (...) ».

- Le changement de nom

Article 60, C. civ. : « Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de prénom. La demande est portée devant le juge aux affaires familiales à la requête de l'intéressé ou, s'il s'agit d'un incapable, à la requête de son représentant légal. L'adjonction ou la suppression de prénoms peut pareillement être décidée.

Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis. »

Méthodologie appliquée

Le sujet donné correspond vraisemblablement à un intitulé de chapitre ou de section du cours. Mais il ne s'agit pas de réciter celui-ci. Notamment l'étudiant doit rechercher dans d'autres parties de son cours des éléments utiles à sa réflexion et nécessaires à l'étude du sujet. Or le nom, présenté comme un élément d'individualisation de la personne physique, est aussi l'objet d'un droit subjectif. Il est étudié, parmi les droits de la personnalité, sous l'angle du « droit au nom » qui permet à son titulaire de s'opposer à toute utilisation commerciale, littéraire ou artistique sans son autorisation. Ces deux aspects ne sont pas d'importance équivalente ce qui ne permet pas d'en faire les deux parties de la dissertation. En revanche, cela permet d'aborder la question de la protection du nom qu'il faut intégrer dans une partie du devoir.

L'axe principal de la réflexion est constitué par le passage du « nom patronymique » au « nom de famille ». Quel sens peut-on lui donner ? Ce changement révèle la volonté de prendre en considération l'évolution des mœurs et notamment de la perception de l'homme et de la femme au sein de la famille. C'est pourquoi ce thème est souvent traité dans les manuels de droit de la famille. Il y trouve sa place car le nom est

principalement transmis par filiation, qu'elle soit naturelle, légitime ou adoptive. Or, à quelques nuances près, la règle est toujours la même : la volonté de créer entre les parents et les enfants un lien qui témoigne de leur appartenance à une même famille. Cette idée sera développée dans la première partie. Signalons que ne seront pas détaillées toutes les règles d'attribution du nom (notamment par filiation naturelle ou adoptive car il faut considérer que la volonté du législateur est de faire prévaloir l'unité familiale et donc l'attribution du même nom à ses membres et principalement à tous les enfants). C'est le sens même du « nom de famille ».

La deuxième partie aborde l'autre aspect du nom. Celui-ci a en effet une double nature : il est non seulement un élément de l'état de la personne mais aussi un attribut de sa personnalité. C'est ainsi que s'il est par principe immuable, les changements sont admis principalement pour permettre à la personne de s'épanouir individuellement ou socialement (« éviter le ridicule, s'intégrer dans la société française, avoir le statut de femme mariée... »). C'est aussi à ce titre qu'il est protégé contre les atteintes des tiers (usurpation, usage abusif dans le domaine littéraire et artistique).

Le plan retenu est alors le suivant :

1. Le nom, élément d'identification d'une famille
 - A) Le nom, résultat d'un rapport de famille
 - B) Le nom, témoin de l'appartenance à une famille
2. Le nom de famille, attribut de la personnalité
 - A) Le nom, reflet de la personnalité
 - B) Le nom, objet d'un droit de la personnalité

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Le nom est l'appellation servant à désigner une personne physique dans la vie sociale et juridique en vue de l'exercice de ses droits et de l'exécution de ses obligations. Il se compose du nom patronymique, des prénoms et éventuellement d'autres accessoires tels les surnoms, pseudonymes ou titres de noblesse.

La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille a remplacé le mot « patronyme » par l'expression « nom de famille ». Alors que traditionnellement le nom porté par tous les membres d'une même famille est celui du père, dans un souci d'égalité, la loi n'a plus voulu favoriser ce dernier permettant de lui associer ou de lui substituer celui de la mère.

Dès lors, la loi introduit un article 311-21 dans le Code civil qui prévoit la faculté, la possibilité pour des parents de transmettre à leurs enfants le nom du père ou de la mère, ou des deux accolés. Si ce choix introduit une certaine liberté, la volonté du législateur reste toujours de faire du nom un élément d'identification d'une famille : tous les enfants issus d'un même couple doivent porter le même nom (quelle que soit sa composition et obligatoirement transmis par le père ou la mère).

Témoin de la filiation, le nom est aussi révélateur de l'origine géographique (étrangère ou régionale par exemple), voire sociale de la personne (nom à particule par exemple, même si cela n'est pas systématiquement preuve de noblesse). À ce titre, le nom, élément d'identification d'une famille (1) est un véritable attribut de la personnalité de chacun de ses membres (2).

1. Le nom, élément d'identification d'une famille

Hormis les cas d'attribution du nom par une décision de l'autorité administrative ou judiciaire (enfant trouvé auquel l'officier d'état civil attribue un nom ; art. 58, C. civ.), le nom d'une personne résulte habituellement d'un rapport de famille, en raison d'un lien de filiation ou de mariage (A). À ce titre et parce qu'il constitue un élément de police civile, il est immuable et constitue donc un témoin intemporel de l'appartenance familiale (B).

A) Le nom, résultat d'un rapport de famille

En principe l'attribution du nom se fait par la filiation. La loi du 4 mars 2002, modifiée par la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille et l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, a modifié les règles de dévolution du nom de famille selon la nature légitime, naturelle ou adoptive de la filiation. La loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe a apporté quelques modifications, notamment en remplaçant les termes de père et mère par des termes génériques (parents, adoptants...) dans les règles de dévolution du nom en cas d'adoption.

Sans entrer dans le détail de règles de dévolution du nom, le principe est celui de la liberté de choix des parents. Les parents peuvent décider, sur déclaration conjointe devant l'officier d'état civil, de retenir le nom du père, le nom de la mère ou le nom des deux parents dans l'ordre qu'ils ont choisi (art. 311-21, al. 1^{er}, C. civ.). Il ne s'agit pas d'un simple nom d'usage mais du nom de famille lui-même, définitivement acquis et transmissible aux enfants. Le législateur moderne a souhaité établir une égalité entre l'homme et la femme au sein de la famille. Tous les deux sont aptes à transmettre leur nom à leurs enfants. Mais cette liberté est limitée. Elle doit respecter la cohésion familiale. C'est pourquoi la loi impose que tous les enfants issus de mêmes parents portent le même nom (le nom dévolu au premier enfant vaut pour les autres enfants communs, art. 311-21, al. 2, C. civ.).

Pour les enfants nés avant la réforme des règles de transmission du nom entamée en 2002, le législateur avait déjà prévu depuis la loi du 23 décembre 1985 la possibilité pour toute personne majeure d'ajouter à son nom, à titre d'usage, celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. Ainsi, elle rend publique sa filiation et rétablit l'équilibre entre le père et la mère dans la dévolution du nom.

Les règles de dévolution du nom de famille témoignent de la volonté de faire du nom un élément d'appartenance. La cohésion est assurée par l'intermédiaire des enfants. En cas de filiation naturelle le législateur permet ainsi au parent qui reconnaît l'enfant en second de lui attribuer, par simple déclaration, son nom en substitution ou en association avec le nom du parent qui a reconnu l'enfant en premier (art. 311-23, C. civ.). Le changement de nom, qui est porté à l'état civil de l'enfant, est le reflet de sa situation ou de son histoire familiale. Cette volonté d'unité familiale à travers le nom est garantie par les caractères-mêmes du nom : imprescriptible et immuable, le nom est un témoin intemporel de l'appartenance à une famille.

B) Le nom, témoin de l'appartenance à une famille

En tant qu'élément de l'état de la personne, le nom est indisponible et imprescriptible. L'abandon de ses noms et prénoms ne produit aucun effet juridique : ils ne se perdent pas par le non-usage prolongé. L'intéressé conserve toujours le droit d'en reprendre l'usage. Ainsi le nom a-t-il vocation à se transmettre de génération en génération.

En tant qu'institution de police civile destinée à identifier une personne dans ses rapports sociaux, le nom est unique, obligatoire et immuable. L'article 433-19 du Code pénal punit le fait de prendre un nom ou un accessoire de celui-ci autre que celui assigné par l'état civil ainsi que le fait de les changer, les altérer ou les modifier (six mois

d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende). Le nom porté doit donc obligatoirement être celui figurant sur les actes de l'état civil et tel qu'il a été attribué en application des règles précédentes.

La loi a posé le principe de l'immutabilité du nom (art. 1^{er} de la loi du 6 Fructidor an II : « aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénoms autres que ceux exprimés dans son acte de naissance. Ceux qui les auraient quittés sont tenus de les reprendre »). C'est ainsi notamment que même si par tradition la femme mariée porte le nom de son conjoint, ce que l'on appelle le « nom de jeune fille » prévaut juridiquement. Cela signifie que le nom de famille, tel qu'il a été attribué à sa naissance à une femme, ne disparaît pas du seul fait de son mariage et de son choix d'user du nom de son mari.

Pourtant progressivement, des possibilités de changement de nom ont été admises.

Si le principe demeure l'impossibilité de changer de nom par une simple volonté individuelle, pour que le nom soit le témoin immuable de l'appartenance à une famille, par exception le changement de nom est possible. Il est admis parce que le nom n'est pas seulement le signe d'appartenance à une famille, il est aussi un attribut de la personnalité.

2. Le nom de famille, attribut de la personnalité

Par principe immuable et transmissible de génération en génération, le nom peut quand même évoluer pour permettre à la personne de son titulaire de s'épanouir individuellement ou socialement. Il apparaît alors comme un véritable reflet de la personnalité (A) qui à ce titre doit être protégé contre les atteintes des tiers (B).

A) Le nom, reflet de la personnalité

Le principe d'immutabilité souffre d'exceptions. Certaines sont justifiées parce que le nom sert à identifier une famille dans son ensemble, d'autres parce qu'il identifie tous les membres de cette famille dans leur individualité.

Puisque le nom est le résultat d'un rapport de famille, les changements sont possibles dès lors que ceux-ci changent (en cas de changement d'état, c'est-à-dire en cas d'établissement ou de modification du lien de filiation, par adoption ou légitimation). De même puisqu'il est le témoin intemporel de l'appartenance à une famille, il est possible de relever un nom menacé d'extinction (si un nom porté par un ascendant ou un collatéral jusqu'au quatrième degré est menacé d'extinction, l'article 61, al. 2 du Code civil prévoit la possibilité pour le demandeur de se le voir attribué).

Parce que le nom a vocation à être porté par tous les membres de la famille il est légitime d'exiger qu'il soit conforme à leur personnalité. C'est ainsi que l'article 61 prévoit que le changement de nom est possible dès lors que celui qui le demande justifie d'un intérêt légitime, apprécié souverainement par les juges du fond. Un tel intérêt sera admis par exemple en cas de consonance ridicule ou de confusion déshonorante. Le changement est autorisé par décret publié au journal officiel. Tout intéressé dispose alors d'un délai de deux mois pour faire opposition (art. 61-1, C. civ.) notamment en cas de confusion dommageable ou de rareté et de notoriété du nom attribué.

En l'absence d'opposition le changement produit effet y compris à l'égard des enfants sous réserve de leur consentement personnel s'ils sont âgés de plus de treize ans (art. 61-2, C. civ.). L'unité familiale est encore une fois préservée.

De même, en cas de naturalisation, celui qui acquiert ou recouvre la nationalité française peut demander la francisation de son nom lorsque son apparence, sa consonance ou son caractère étranger peut gêner son intégration dans la communauté française.

On peut aussi considérer que le port par la femme mariée du nom de son époux marque la volonté d'être identifiée par le tiers comme une femme mariée, preuve de son changement de statut familial et social.

Tous ces changements permettent de respecter la personnalité des titulaires du nom. Ce respect leur est aussi garanti par la reconnaissance d'un droit au nom, véritable droit de la personnalité.

B) Le nom de famille, objet d'un droit de la personnalité

Le nom appartient à une famille, à une personne mais il ne s'agit pas à proprement parler d'un droit de propriété. Le nom étant lié à la personnalité il est incessible et ne peut faire l'objet de commerce.

En réalité son titulaire dispose d'un droit subjectif extra-patrimonial, d'un droit de la personnalité sous les termes de « droit au nom » (au même titre qu'il dispose d'un droit au respect de sa vie privée ou à la présomption d'innocence).

Le droit au nom permet de défendre son nom contre toute usurpation par un tiers ou une utilisation abusive en matière littéraire ou commerciale.

Toute personne peut ainsi s'opposer, à partir du moment où il y a un risque de confusion entre les familles, à ce que son nom soit attribué à un autre individu (dans le

cadre des procédures de changement de nom). Elle peut aussi s'opposer à toute utilisation commerciale de son propre nom homonyme par un tiers qui risquerait de détourner la clientèle qu'elle a elle-même déjà rallié autour de son nom. Enfin elle peut s'opposer à son utilisation littéraire ou artistique (pour désigner des personnages dans des œuvres). Toutefois les tribunaux exigent non seulement la preuve d'un préjudice subi par le demandeur (confusion ou risque de confusion avec le personnage ridicule ou détestable, mais aussi la preuve d'une faute de l'auteur (faute volontaire ou d'imprudence).

Ce droit de la personnalité protège le nom de toute la famille.

5

DISSERTATION

Université de Reims

Sujet : « Le droit à l'intégrité physique de la personne physique »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet porté est une question de cours qui conduit à exposer les principes d'invulnérabilité et d'indisponibilité du corps humain.

Textes principaux

Article 16, C. civ. : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

Article 16-1, C. civ. : « Chacun a droit au respect de son corps.
Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

Article 16-1-1, C. civ. : « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

Article 16-2, C. civ. : « Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort ».

Article 16-3, C. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

Article 16-5, C. civ. : « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

Article 16-7, C. civ. : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Méthodologie appliquée

Les principes d'inviolabilité et d'indisponibilité du corps humain sont posés à l'article 16-1 du Code civil. Ses deux premiers alinéas ont pour objectif de protéger le corps humain contre toutes atteintes qu'elle soit due à un tiers ou causé par la personne concernée elle-même. L'alinéa 3 pose le second principe selon lequel le corps humain, ses éléments et ses produits sont indisponibles. Le corps humain est hors commerce, il ne peut faire l'objet de convention. Ces principes sont déclinés dans les articles du code formant le chapitre II intitulé « du respect du corps humain ». Ce respect est dû « dès le commencement de sa vie » (art. 16, C. civ.) et « ne cesse pas avec la mort » (art. 16-1-1, C. civ.).

Tout principe nécessite d'envisager ses exceptions. Il en existe certaines en la matière (vaccinations obligatoires, autorisation du travail acrobatique...) qui autorisent une atteinte à l'intégrité physique mais on peut constater qu'elles sont limitées.

Il faut compléter le dispositif civil avec les dispositions pénales. En effet, le droit pénal prévoit des sanctions en cas de non-respect de l'intégrité physique de la personne physique.

De ce rapide bilan il apparaît que le droit au respect de l'intégrité physique des personnes physiques est un droit fondamental, dont le contenu est complet (les deux

principes) et la portée étendue (faibles restrictions, sanctions civiles et pénales en cas de non-respect).

Le plan retenu est le suivant :

1. Le contenu du droit au respect de son intégrité physique
 - A) La protection de l'intégrité physique contre les atteintes des tiers
 - B) La protection de l'intégrité physique contre les atteintes de la personne elle-même
2. La portée étendue du droit à l'intégrité physique
 - A) L'étendue temporelle élargie du droit à l'intégrité physique
 - B) L'efficacité de la protection de l'intégrité physique

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

« *Chacun a droit au respect de son corps humain* ». Le principe énoncé par l'article 16-1 du Code civil est aussi clair que péremptoire. Chaque personne a droit au respect de son intégrité physique. Le droit à l'intégrité physique est un droit fondamental en France et en Europe, explicitement garanti par la Charte européenne des droits fondamentaux. Pourtant, ce droit n'apparaît que récemment dans le droit positif français.

La loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens a consacré, à l'article 9 du Code civil, comme premier droit de la personnalité, le droit de chacun au respect de sa vie privée. D'autres droits relatifs à l'aspect moral de la personne ont ensuite été progressivement reconnus par la jurisprudence, tel le droit au respect de son image, ou par le législateur, comme le droit au respect de la présomption d'innocence, introduit à l'article 9-1 du Code civil par la loi du 4 janvier 1993 réformant la procédure pénale. À l'instar de l'intégrité morale, l'intégrité physique de la personne est également protégée. La loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994 a introduit dans le Code civil un nouveau chapitre intitulé « Du

respect du corps humain » (art. 16 à 16-9). Ces dispositions, complétées par les lois de 2004 et 2011, consacrent le droit de chacun au respect de son corps et de son intégrité. Elles visent aussi bien le corps lui-même en tant qu'enveloppe charnelle que ses éléments, c'est-à-dire les organes ou les cellules, et ses produits (comme le sang, les cheveux ou le lait maternel). Elles sont destinées à protéger le corps humain contre les atteintes des tiers et contre les atteintes de l'individu lui-même en restreignant sa propre liberté d'en disposer. En effet, certains actes, même volontaires, portant sur le corps peuvent être dangereux pour la personne. Tout acte mettant en jeu l'intégrité corporelle, comme la vente d'organes par exemple, est donc par principe interdit. La personne est protégée d'elle-même.

Le droit doit toutefois tenter d'établir un équilibre entre les intérêts de tous, la personne, les tiers et l'intérêt général, compte tenu de l'évolution des techniques médicales (expérimentation, recherche, transplantation d'organes...) et des demandes de la société (sécurité, santé, respect...). Cette nécessaire conciliation a conduit à devoir admettre des restrictions au droit à l'intégrité physique de la personne. Mais ces exceptions sont limitées. Le droit au respect de l'intégrité physique est garanti non seulement par son contenu complet (1) mais aussi par sa portée étendue (2).

1. Le contenu du droit au respect de son intégrité physique

Toute personne a droit à ce que son intégrité physique soit respectée par tous, c'est-à-dire aussi bien l'État que les particuliers. Le législateur protège également l'intégrité physique contre le pouvoir de disposition de la personne elle-même en posant le principe de l'interdiction de toute convention portant sur son corps.

A) La protection de l'intégrité physique contre les atteintes des tiers

Le principe de l'inviolabilité du corps humain est ancien (*noli me tangere*) mais il a été renforcé par son insertion à l'article 16-1 du Code civil qui proclame clairement que « le corps humain est inviolable ». Les tiers n'ont pas le droit de porter atteinte à l'intégrité du corps d'une autre personne (art. 16-3, C. civ.). Un certain nombre de dispositions complètent cette affirmation. Ainsi, le droit pénal vise à assurer cette sécurité des personnes en sanctionnant les coups et blessures, les meurtres et autres atteintes corporelles. De même le droit de la responsabilité civile a pour objectif d'accorder une réparation du préjudice subi par toute atteinte corporelle.

D'une façon générale la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 soumet toute atteinte à l'intégrité physique au consentement de l'intéressé. Ainsi en est-il à propos des actes médicaux ou chirurgicaux (art. 16-3, C. civ.), de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne (art. 16-10, al. 2, C. civ.) ou de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques (art. 16-11, C. civ.). En revanche, en matière pénale, le fait pour une personne définitivement condamnée pour une des infractions visées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale (comme le viol), de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique est passible de sanctions pénales. Cette exception témoigne de la nécessité de prendre aussi en compte l'intérêt des tiers. La spécificité du droit pénal se retrouve à propos des prélèvements effectués sur le corps humain à des fins de recherche médico-légales dans le cadre d'une enquête, d'une information.

Le principe de l'inviolabilité du corps humain connaît néanmoins des exceptions justifiées par des intérêts supérieurs. C'est ainsi que la sécurité du corps humain entraîne certaines contraintes telles le port de la ceinture de sécurité ou du casque, ou que la protection de la santé, garantie par le préambule de la Constitution de 1946, conduit à admettre les vaccinations obligatoires. En matière de santé toujours, figure l'exception notable au principe du consentement énoncé à l'article 16-3 qui prévoit, *a contrario*, qu'il peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain « en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui » même si l'état de la personne a rendu son consentement impossible. L'urgence médicale l'emporte sur l'absence de consentement.

En droit pénal, les atteintes au principe d'inviolabilité du corps humain se traduisant par des peines d'emprisonnement ou de contrainte par corps, pourtant attentatoires à l'intégrité physique de la personne, sont justifiées par l'impératif de sécurité et de protection de la société. Les personnes doivent être protégées des individus dangereux qui leur ont ou risquent de leur porter atteinte. Mais elles doivent aussi être protégées contre elles-mêmes.

B) La protection de l'intégrité physique contre les atteintes de la personne elle-même

Cette forme de protection de l'intégrité physique est assurée par le principe de l'indisponibilité du corps humain. Le corps humain étant hors du commerce, les conventions portant sur lui ou sur la réparation des atteintes qui y sont portées sont interdites. Selon l'article 16-1, alinéa 3 du Code civil, « le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ». Non seulement les tiers

ne peuvent établir des conventions portant sur le corps d'un individu, puisqu'ils ont l'obligation de respecter le corps d'autrui, mais l'individu lui-même ne peut librement disposer de son corps ou de ses éléments.

L'article 16-6 renforce l'interdiction en indiquant qu'« aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci ». C'est en application de ce principe que la vente de sang ou d'organe est interdite de même que le proxénétisme ou les conventions de mère porteuse. Dès un arrêt important de son Assemblée plénière du 31 mai 1991, la Cour de cassation avait affirmé l'illicéité de la convention conclue entre une mère porteuse et un couple stérile. La loi du 29 juillet 1994 a consacré l'interdiction dans un nouvel article 16-7 du Code civil en vertu duquel « toute convention portant sur la protection ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Comme pour le principe de l'inviolabilité du corps humain, certaines exceptions existent. Ainsi, sont permises, à titre dérogatoire, les conventions réalisées à des fins légitimes, la vente de cheveux ou le contrat de travail acrobatique même s'il met en danger l'intégrité corporelle du salarié et les conventions non onéreuses comme le don d'organe ou l'expérimentation médicale (art. 16-5 et 16-6, C. civ.).

Néanmoins, la volonté du législateur est de protéger, envers et contre tous, l'intégrité physique de la personne. C'est pourquoi, les textes assurent une portée étendue à ce droit.

2. La portée étendue du droit à l'intégrité physique

Le législateur français ne s'est pas contenté de proclamer les principes d'indisponibilité et d'inviolabilité du corps humain. Il a souhaité garantir une protection la plus large et la plus efficace possible de ce support de la vie. Il élargit l'étendue temporelle de ce droit et en assure l'efficacité grâce à un arsenal de sanctions.

A) L'étendue temporelle élargie du droit à l'intégrité physique

L'article 16 garantit le respect de l'être humain « dès le commencement de la vie ». En l'absence de certitude quant au début exact de la vie, lié à des considérations aussi bien scientifiques que religieuses, la Cour européenne des droits de l'Homme, questionnée à propos du droit à la vie, a décidé qu'il relève de l'appréciation des États. C'est pourquoi il est possible en France, d'admettre la légalité de l'avortement, jusqu'à dix semaines, l'embryon, n'étant pas considéré comme une personne (art. 162-1,

C. santé publ.). La loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique maintient le principe de l'interdiction de la recherche sur les embryons. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a quant à elle clairement affirmé, dans un arrêt du 29 juin 2001, que l'enfant à naître n'est pas une personne, son régime juridique relevant des textes particuliers sur l'embryon et le fœtus. L'enfant n'est pas considéré comme une personne le temps de la gestation. Il le devient à sa naissance. Devenue une personne, les dispositions du Code civil garantiront son intégrité physique.

Ce droit à l'intégrité physique se poursuit même après le décès de la personne.

Juridiquement, le cadavre ne peut être considéré comme une personne, mais comme une chose. Toutefois, il s'agit d'une chose particulière, d'une chose « sacrée » qui a été le siège de la personne. La loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire confirme ce caractère sacré du cadavre. Elle a introduit un article 16-1-1 dans le Code civil qui prévoit que « le respect du corps humain ne cesse pas avec la mort ». Le code précise que « les restes des personnes décédées (...) doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Ces dernières dispositions ont permis d'interdire une exposition de cadavres humains plastinés (procédé de conservation) à des fins commerciales lors d'une exposition en 2010. La personne peut, de son vivant, régler le sort de son corps après son décès.

Le prélèvement d'organe sur une personne décédée est également limité. Il n'est autorisé que s'il a une finalité thérapeutique ou scientifique. Il reste soumis au principe du consentement dans la mesure où il ne peut être effectué que si la personne n'a pas exprimé de son vivant son opposition, par indication sur un registre national. À défaut d'une telle inscription et si le médecin n'a pas connaissance de la volonté du défunt, le témoignage de la famille doit être recueilli.

B) L'efficacité de la protection de l'intégrité physique

Le droit civil et le droit pénal sanctionnent les atteintes au corps humain volontaires comme involontaires.

Le Code civil indique que le juge est le garant du respect de l'intégrité physique : il peut ordonner toutes les mesures pour empêcher des troubles illicites et des engagements (art. 16-2, C. civ.). La violation du principe de l'indisponibilité du corps humain est sanctionnée par la nullité de la convention. L'article 16-5 du Code civil précise en effet que « les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ». L'article 16-7 prévoit

désormais expressément que « toute convention portant sur la création ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

Le droit pénal renforce la protection de l'intégrité physique en sanctionnant toutes les atteintes qui lui sont portées. Ainsi, le droit français pose-t-il l'interdiction générale de donner la mort à autrui ou sanctionne-t-il toutes les atteintes corporelles (coups et blessures, viols...). La loi pénale condamne également la provocation au suicide (art. 223-13 à 223-15, C. pén.). La loi bioéthique de 1994 et ses modifications ultérieures ont également assorti les règles du Code civil relatives à la non-patrimonialité et à l'indisponibilité du corps humain de nouvelles sanctions pénales spécifiques, dans une section du code pénal intitulée « De la protection du corps humain » (art. 511-2 à 511-13). Notamment, l'article 511-2 sanctionne le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement (y compris si l'organe provient d'un pays étranger) de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende ; l'article 511-3 sanctionne des mêmes peines le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans son consentement ; l'article 511-4 réprime le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement (cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende). Généralement, les mêmes sanctions sont prévues pour le fait d'apporter son entremise à la réalisation d'une de ces infractions.

Le dispositif pénal est complété par l'article L. 1271-3 du Code de la santé publique qui sanctionne le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'une personne le prélèvement de son sang contre un paiement de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Enfin, l'article 225-17 du Code pénal réprime toute atteinte à l'intégrité du cadavre, puisque le droit à l'intégrité physique est garanti avant et après la mort.

6

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Université de Montpellier I

**1) Sujet : Commentez l'arrêt suivant en procédant simplement à son analyse :
Cass. Civ., 3°, 23 mai 2002 (15 points)**

Vu l'article 1325 du Code civil ;

Attendu que les actes sous seing privé qui contiennent les conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ;

Attendu que pour débouter M. Baumont de sa demande tendant à la condamnation de Mme Ains en paiement d'une somme au titre de la remise en état de l'appartement qu'il lui avait donné en location, le jugement attaqué (tribunal d'instance d'Aurillac, 29 septembre 2000), rendu en dernier ressort, retient qu'un seul original de l'état des lieux de sortie a été établi par les parties le 25 juin 1999 et gardé par M. Baumont et que l'établissement de cet unique original ôte à ce document sa valeur probante, sans que Mme Ains ait besoin de rapporter la preuve d'une éventuelle falsification ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'un état des lieux établi contradictoirement par le bailleur et le preneur se borne à constater une situation de fait, le Tribunal a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a débouté M. Baumont de sa demande en paiement de la somme de 10 323,30 francs (1 573,78 euros) au titre de la remise en état des lieux, le jugement rendu le 29 septembre 2000, entre les parties, par le tribunal d'instance d'Aurillac.

2) Donnez la définition des mots suivants (5 points)

- *Acte authentique*
- *Avocat général*
- *Droit intermédiaire*
- *Non-rétroactivité de la loi*
- *Abrogation*

Document autorisé : Code civil

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET****Analyse du sujet de commentaire de texte**

Le correcteur indique qu'il faut commenter l'arrêt en procédant simplement à son analyse. Or l'arrêt est de forme académique. Sa lecture est aisée et son sens précisé dès l'attendu de principe.

Méthodologie appliquée

L'établissement de la fiche d'arrêt permet de procéder une première analyse de la décision. En revanche, la difficulté tient au peu de matière pouvant alimenter les développements.

La fiche d'arrêt**1) Les faits de l'espèce**

M. Baumont a donné en location un appartement à Mme Ains. À l'issue du bail, il lui réclame une somme de 10 323,30 francs pour la remise en état de l'appartement, sur le fondement de l'état des lieux de sortie établi en un seul exemplaire.

2) La procédure

Le tribunal d'instance d'Aurillac, par un jugement rendu en dernier ressort le 29 septembre 2000, a débouté M. Baumont de sa demande, au motif qu'un seul original de l'état des lieux de sortie avait été dressé ôtant à ce document sa valeur probante.

3) Le problème de droit

Un état des lieux est-il un acte soumis à la règle de l'article 1325 du code civil ? Doit-il être rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ? Un état des lieux établi en un unique exemplaire a-t-il une force probante ?

4) Les thèses en présence

- selon le tribunal d'Aurillac (le défendeur), l'état des lieux de sortie est soumis à la règle du double original. Or n'ayant été établi qu'en un seul original, détenu par M. Baumont, il n'a aucune valeur probante.

- selon le demandeur (M. Baumont qui se pourvoit en cassation), l'état des lieux n'a pas à être dressé en plusieurs exemplaires. Il suffit à prouver l'inexécution de l'obligation, de restituer les lieux dans le même état que celui où il les a reçus.

5) La solution

Selon la Cour de cassation, l'article 1325 n'est pas applicable à un état des lieux se contentant de constater une situation de fait et non une convention synallagmatique.

L'arrêt à commenter est un arrêt de principe comme en témoigne l'énoncé dans le premier attendu qui suit le visa, du principe général retenu par la Cour de cassation dans l'affaire. Le principe concerne l'application de l'article 1325 du Code civil indiqué dans le visa. Le Code civil étant autorisé lors de l'épreuve sa lecture rappelle que : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits.

Néanmoins, le défaut de mention que les originaux ont été faits doubles, triples, etc., ne peut être opposé par celui qui a exécuté de sa part la convention portée dans l'acte.

L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès ».

La lecture de l'arrêt, et notamment de l'attendu de principe, révèle que le problème juridique porte sur le nombre d'exemplaires originaux requis pour la validité de la preuve écrite d'une convention synallagmatique. Ainsi, seul le premier alinéa est visé. Le second alinéa, en ce qu'il précise la portée de l'exigence d'un original peut être utile au commentaire.

Le recours au Code civil offre un résumé de la décision en note de jurisprudence en indiquant que « l'article 1325 n'est pas applicable à un état des lieux, établi contradictoirement par un bailleur et un preneur, qui se borne à constater une situation de fait ».

Recherche d'un plan

La solution de la décision dépend de l'objet de la preuve. S'il s'agit de prouver une convention synallagmatique, c'est-à-dire une convention créant des obligations réciproques entre les parties, l'article 1325, qui exige autant d'originaux que d'intérêts distincts, s'applique. S'il s'agit seulement de prouver une situation de fait, à savoir une dégradation, il ne s'applique pas. En l'espèce, considérant que l'« état des lieux se borne à constater une situation de fait, rejette l'application de la formalité du double. Ce faisant, elle en profite pour délimiter de manière général, dans un attendu de principe, le domaine d'application de la formalité de l'article 1325.

Cette analyse linéaire de l'arrêt suggère le plan suivant :

1. Le champ d'application de la formalité du double
 - A) La finalité de la règle
 - B) La portée de la règle
2. L'inapplicabilité de la formalité à un état des lieux
 - A) La nature de l'état des lieux
 - B) la valeur probante de l'état des lieux

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

L'article 1325 du Code civil pose, sur le terrain de la preuve des actes sous seing privé, la règle du « double original ». Il indique en réalité que l'acte sous seing privé qui contient une convention synallagmatique doit être établi « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ».

M. Baumont a donné à bail un appartement à Mme Ains. Il a poursuivi cette dernière en paiement d'une somme de 10 323,30 francs (1 573,78 euros) au titre de la remise en état de l'appartement. Pour preuve de cette nécessaire remise en l'état, M. Baumont a présenté un état des lieux de sortie faisant vraisemblablement état de dégradations par comparaison avec l'état des lieux dressé lors de l'entrée dans les lieux.

M. Baumont a été débouté de sa demande par le tribunal d'instance d'Aurillac par un jugement rendu en dernier ressort le 29 septembre 2000, au motif qu'un seul original de l'état des lieux de sortie avait été dressé ôtant à ce document sa valeur probante.

L'arrêt présent pose alors la question de savoir si l'article 1325 du code civil contenant la formalité du double original doit s'appliquer à un état des lieux. En répondant par la négative à la question (2), la Cour de cassation précise le domaine d'application de la formalité du double original (1).

1. Le champ d'application de la formalité du double

La finalité de la formalité du double (A) délimite elle-même son champ d'application (B).

A) La finalité de la règle

Si la présence de plusieurs exemplaires est une garantie contre « une éventuelle falsification », le but de la règle de l'article 1325 est de fournir à chaque partie à une convention le moyen de prouver le contenu de l'acte et des obligations respectives des parties. Chacune doit pouvoir disposer d'un moyen de preuve lui permettant

d'obtenir l'exécution de ses obligations par le cocontractant ou de refuser d'exécuter une obligation qui ne lui incombe pas en vertu de l'acte.

B) La portée de la règle

Puisqu'il s'agit de fournir à chaque partie un moyen de preuve de l'inexécution de ses obligations par son cocontractant, l'article 1325 ne vise que « les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ».

Une convention synallagmatique est une convention ayant pour effet de créer des obligations réciproques entre les parties. L'article 1325 du Code civil impose qu'elle soit dressée « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». L'acte peut donc être dressé en plusieurs originaux mais dans la mesure où le plus souvent il n'y a que deux parties à la convention, la règle est résumée par l'exigence d'un double original.

2. L'inapplicabilité de la formalité à un état des lieux

La nature de l'état des lieux (A) détermine sa valeur probante (B).

A) La nature de l'état des lieux

L'état des lieux est un document qui permet de décrire le local objet du contrat de location. Il précise son état de conservation ou de dégradation. Il sera utile en fin de bail pour apprécier si le locataire a dégradé ou non le local mais il ne met aucune obligation à la charge du bailleur ou du preneur. Comme le relève la cour de cassation, l'état des lieux « se borne à constater une situation de fait ». Il ne contient pas une convention synallagmatique.

Ce document n'étant pas l'*instrumentum*, c'est-à-dire l'écrit rédigé pour constater un acte juridique bilatéral, la Cour de cassation en a tiré les conséquences sur le terrain de la preuve.

B) La valeur probante de l'état des lieux

Seul le bail, faisant naître des obligations réciproques pour les deux parties, est une convention synallagmatique relevant de l'exigence de pluralité d'originaux de l'article 1325. L'état des lieux n'étant pas une convention synallagmatique, c'est en toute logique que la Cour de cassation a pu conclure qu'il n'est pas soumis à l'exigence du double de l'article 1325.

L'état des lieux n'a pas à être établi en double. Son établissement en un seul original ne lui ôte pas sa valeur probante. Puisqu'il s'agit de prouver une dégradation, c'est-à-dire un fait juridique, et non l'engagement de restituer les lieux dans leur état d'origine, la preuve peut se faire par tout moyen, notamment par référence à un état des lieux établi en un seul original (comparé à l'état fait à l'entrée dans les lieux).

Définition des mots

Il s'agit ici de donner la définition des cinq mots suivants :

Acte authentique : écrit établi par un officier public compétent matériellement et territorialement, selon les formalités requises et faisant foi par lui-même jusqu'à inscription de faux (cf. article 1317 Code civil : « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.

Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Avocat général : magistrat du Parquet institué auprès de la cour d'appel et de la Cour de cassation. Auxiliaire du Procureur général, il exerce les fonctions du ministère public.

Droit intermédiaire : droit publié entre l'Ancien Droit et le droit de la période révolutionnaire (marqué par les codifications napoléoniennes).

Non-rétroactivité de la loi : principe en vertu duquel une loi nouvelle ne peut remettre en cause les situations anciennes nées et éteintes sous l'empire d'une loi antérieure.

Abrogation : suppression d'une règle (loi, convention internationale) pour l'avenir.

7

DISSERTATION

Université de Besançon

Sujet : « La preuve de l'acte juridique »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet proposé aborde un thème classique de droit de la preuve, celui de « la preuve des actes juridiques » qui est souvent donné en dissertation. Par principe la preuve des actes juridiques doit être écrite. Il faut donc présenter le principe de la preuve écrite et ses exceptions.

Méthodologie appliquée

La première étape consiste à définir la notion d'acte juridique. Le mot acte peut être utilisé dans deux sens distincts. Dans un premier sens, il correspond à une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (*negotium*). Dans son second sens, il désigne le document écrit établi en vue de constater cette manifestation de volonté (*instrumentum*). Le sujet renvoie au premier sens où l'acte est opposé au fait juridique compris comme tout événement auquel la loi attache des conséquences juridiques. L'acte juridique principal est constitué par le contrat grâce auquel les parties nouent des relations juridiques et prévoient leurs effets.

La question posée est de savoir comment se prouve un acte juridique.

Le droit commercial et le droit pénal admettent que tous les différents types de preuve peuvent être utilisés et sont soumis à la libre appréciation du juge qui s'estimera convaincu ou non (système de la preuve morale ou de la libre appréciation des preuves). En matière civile règne le système de la preuve légale : l'admissibilité des preuves et leurs effets sont précisés par la loi de façon précise. Notamment, les preuves sont admises différemment selon qu'il s'agit de prouver un acte ou un fait juridique. L'acte juridique résultant d'une manifestation délibérée de volonté, il est possible d'exiger des parties qu'elles en pré-constituent la preuve par la rédaction d'un écrit. C'est pourquoi, la preuve des actes juridiques se fait, en principe au moyen de preuves écrites, alors que, par opposition, le fait juridique ne pouvant être prévu à l'avance par les parties, leur preuve ne peut être préparée et se fait librement, par tous moyens (témoignages, présomptions...).

Ainsi le Code civil pose le principe de la preuve écrite des actes juridiques (art. 1341). Il exige un écrit pour prouver l'existence et le contenu d'un acte juridique. Le Code civil décrit ensuite deux principaux écrits en précisant leur force probante : l'acte authentique (art. 1319) et l'acte sous seing privé (art. 1322). Il aborde également le cas des copies d'actes écrits (art. 1334) ainsi que les lettres missives ou d'autres écrits spéciaux. Cette notion d'écrit a été renouvelée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant « adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique » : ce n'est plus seulement un document rédigé sur papier, ce peut être tout ensemble de signes, sur n'importe quel support et plus particulièrement électronique (art. 1316). Ce nouveau type d'écrit se voit « admis en preuve au même titre que l'écrit sur support-papier ».

Mais il reste parfois difficile aux parties d'obtenir un acte écrit. C'est pourquoi l'exigence de la preuve écrite a été assortie d'exceptions, dès l'origine du Code civil puis par la loi du 12 juillet 1980. Ainsi la règle ne s'applique pas :

- si les parties y renoncent, la règle de l'article 1341 n'étant pas d'ordre public ;
- en matière commerciale qui consacre le système de la preuve morale (art. 1341, al. 2.) ;
- aux actes juridiques concernant une somme inférieure à 1500 euros ;
- en présence d'un commencement de preuve par écrit, le demandeur étant alors autorisé à présenter des preuves autres qu'écrites à l'appui de sa prétention ;
- en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve écrite ;
- en cas de perte de l'original détruit ou perdu « par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure » ;
- en présence d'une « copie fidèle et durable » de l'original (art. 1348, al.2).

Recherche du plan

Un plan classique s'impose articulé autour du principe (I) et de ses tempéraments (II). Il faut ensuite trouver les sous-parties.

En ce qui concerne la première partie relative au principe, deux orientations sont possibles :

- la première proposition consiste à aborder le principe dans son contenu uniquement en développant les deux aspects de l'article 1341 : l'obligation d'une preuve écrite d'un acte juridique (A) et l'interdiction d'apporter la preuve contraire autrement que par écrit (B). Le risque est de ne pas pouvoir alimenter de façon équilibrée les deux parties et surtout de ne pas trouver un cadre pour présenter les différents écrits permettant de faire la preuve de l'acte juridique ;

- on peut alors préférer traiter dans un premier temps le contenu du principe de la preuve par écrit de l'acte juridique (A), en analysant son fondement et son expression et dans un second temps la mise en œuvre de ce principe, c'est-à-dire une présentation des écrits qui constituent la preuve des actes juridiques (B), à savoir les actes authentiques et les actes sous seing privé, sous leur forme manuscrite ou électronique.

En ce qui concerne les tempéraments au principe, dans la mesure où ils sont nombreux il faut trouver un critère de classification en deux groupes. On constate par exemple que certains admettent en lieu et place des actes authentiques ou sous seing privé d'autres modes de preuve équivalentes (aveu judiciaire, serment décisoire et même « copies fidèles et durables » de l'écrit), alors que d'autres conduisent encore plus librement à l'admission de tout type de preuves qui remplacent l'écrit (les exceptions des articles 1347 et 1348). On pourrait enfin envisager une autre distinction entre les exceptions en l'absence d'écrit préconstitué (commencement de preuve par écrit, impossibilité de se procurer un écrit, l'écrit n'a jamais existé) et les exceptions lorsque l'écrit n'existe plus (en cas de perte, en présence d'une copie fidèle et durable).

Le plan retenu est ainsi le suivant :

1. Le principe de la preuve par écrit de l'acte juridique
 - A) Le contenu du principe
 - B) Les écrits admis comme preuve de l'acte juridique
2. Les tempéraments au principe de la preuve écrite
 - A) L'admission de preuves équivalentes à l'écrit
 - B) L'admission de preuves substituées à l'écrit

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La preuve de l'acte juridique ne peut pas être rapportée librement. L'article 1341 du Code civil n'admet en effet comme preuve de l'acte juridique qu'un écrit. La règle s'explique parce qu'il s'agit de prouver une situation juridique créée par la volonté des parties. Il est donc possible d'exiger que cette volonté soit constatée par un écrit. En effet, la rédaction d'un écrit permet non seulement de garantir la sécurité des relations juridiques mais aussi de pré-constituer la preuve des droits subjectifs qui y sont attachés. Puisque les parties ont la possibilité matérielle de se ménager une preuve par écrit avant la survenance d'un litige, le Code les y contraint en exigeant un original spécialement rédigé et signé de celui qui s'engage.

L'Ancien droit reconnaissait des modes de preuve qui faisaient appel aux superstitions ou aux sentiments religieux comme les ordalies ou les jugements de dieu. Ainsi considérait-on le témoignage comme la preuve la plus fiable, les témoins redoutant le parjure (« les témoins passent lettres »). L'affaiblissement de l'esprit religieux associé au développement de l'alphabétisme et des contrats consensuels réalisés en l'absence de témoins a conduit à préférer la preuve écrite aux témoignages.

Alors qu'en droit anglais la preuve normale est restée la preuve testimoniale, l'Ordonnance de Moulins de 1566 a posé en France la nouvelle règle de la preuve par écrit des actes juridiques. La rédaction d'un écrit n'est pas exigée comme condition de validité de l'acte comme pour les contrats solennels, mais comme règle de preuve, sans influence sur la validité du contrat.

Le principe de la preuve écrite des actes juridiques est énoncé à l'article 1341 du Code civil et comporte deux aspects. D'une part, l'acte doit être constaté par écrit en vue de sa preuve, d'autre part, dans un souci de correspondance des formes, la preuve contraire à un écrit ne peut être faite que par un autre écrit.

L'écrit, au sens large, correspond à « tout document rédigé (soit par celui qui s'en prévaut, soit par un tiers) y compris titres de famille, registres et papiers domestiques,

documents de banque, factures ». Au sens strict, il désigne un « acte juridique rédigé par écrit et signé, soit par les seuls intéressés, soit par un officier public », que l'écrit soit rédigé pour servir de preuve ou pour répondre à une des conditions de validité d'un acte solennel. Depuis la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant « adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », le Code civil propose une définition de l'écrit à l'article 1316. Il s'agit d'une « suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Cette nouvelle définition permet d'admettre à titre d'écrit non seulement des documents manuscrits mais aussi des documents électroniques.

Or, même si la notion en a été élargie, les parties à un acte ne sont pas toujours, de bonne foi et selon les circonstances, en possession d'un écrit qui permette d'en prouver l'existence et le contenu. C'est pourquoi la règle de la preuve écrite a toujours été assortie d'exceptions. Celles-ci ont été modifiées ou introduites par la loi du 12 juillet 1980. Ainsi, le législateur, tout en maintenant le principe de la preuve par écrit de l'acte juridique (1), lui a-t-il apporté des aménagements (2).

1. Le principe de la preuve par écrit de l'acte juridique

L'exigence d'un écrit est pour celui qui profite de l'acte une contrainte, puisqu'il le contraint à présenter un tel document comme preuve de son acte, mais aussi une garantie, de pérennité et de sécurité puisque l'article 1341 précise qu'il ne peut être prouvé contre un écrit que par un autre écrit. Encore faut-il préciser que dans les deux cas, il ne peut pas s'agir de n'importe quel acte : les actes instrumentaires sont les écrits, authentiques ou sous seing privé dressés spécialement afin de servir de preuve.

A) Le contenu du principe

La règle de la preuve écrite ne s'applique qu'aux parties et non aux tiers qui voudraient prouver l'existence et le contenu de l'acte.

Elle signifie d'une part l'obligation d'apporter par écrit la preuve de l'existence et du contenu de l'acte et d'autre part l'interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu d'un écrit

1) L'obligation de passer acte de toutes choses excédant un certain seuil

Cette obligation a un domaine d'application délimité par la loi. Seule la preuve de l'existence et du contenu de l'acte doit être fait pas écrit. Les circonstances qui ont pu

entourer la conclusion de l'acte ou son exécution sont des faits dont la preuve peut être rapportée par tous moyens.

La règle ne s'applique pas pour les petites affaires. Auparavant le Code civil fixait lui-même le montant. Depuis la loi du 12 juillet 1980 la détermination du montant relève d'un décret. Le premier décret l'avait fixé à 50 francs, il est depuis le 1^{er} janvier 2005 de 1 500 euros.

La règle ne s'applique pas non plus aux actes de commerce (art. 1341, al.1). Le droit commercial n'attache pas la même importance à l'écrit. L'article L. 110-3 du Code de commerce dispose que les contrats conclus entre commerçants peuvent être prouvés par tous moyens (ce qui n'est pas le cas des actes mixtes c'est-à-dire commercial pour une des parties et civil pour l'autre. Dans ce cas, seul celui pour qui l'acte est civil peut prouver cet acte par tous moyens contre le commerçant, celui-ci restant en revanche soumis à la règle de l'article 1341). En cas de contestations sur l'existence d'une opération commerciale, le commerçant a le droit d'en rapporter la preuve par exemple par de simples échanges de correspondance, des bons de commande ou de livraison signés, ou par la présentation de ses livres de commerce.

2) L'interdiction de prouver par témoins contre et outre le contenu d'un écrit

Ce second aspect du principe de la preuve écrite des actes juridiques traduit la hiérarchie établie par la loi entre les modes de preuves : les témoignages ou présomptions ne prévalent pas contre un écrit. Cette interdiction de la preuve par témoins ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de prouver soit une fraude, soit la cause illicite de l'acte. L'article 1353 *in fine* autorise la preuve par présomptions et par conséquent par témoins dans les cas où « l'acte est attaqué pour cause de fraude ou de dol ». Bien sûr il ne suffit pas d'alléguer une fraude pour se soustraire à l'application de l'article 1341. Seule la constatation d'une telle fraude permet aux juges d'autoriser la preuve par tous moyens.

B) Les écrits admis comme preuve de l'acte juridique

Pour valoir preuve écrite, un écrit doit satisfaire à un certain nombre de conditions, différentes suivant la nature de l'écrit. Le Code civil traite dans sa partie sur « la preuve littérale » de deux formes d'écrit : l'acte authentique dressé sous une forme solennelle, par un officier public, notaire, huissier ou greffier, et qui, pour cette raison, offre un maximum de garantie et l'acte sous seing privé représentant l'écrit signé par les parties sans intervention d'un officier public, sous simple signature privée. À défaut de sécurité totale, ce dernier offre le double avantage de la rapidité et de

la simplicité, aucune condition de forme n'étant requise, à l'exception de la signature manuscrite des parties. En revanche deux exigences supplémentaires peuvent exister. Premièrement, lorsque l'écrit constate un contrat conclu entre au moins deux personnes, l'article 1325 exige que l'acte sous seing privé doit être rédigé en autant d'exemplaires que de parties signataires. Deuxièmement, lorsqu'il s'agit d'un acte comportant de la part d'une personne un engagement de payer une somme d'argent, selon l'article 1326, il doit porter « la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres », cette formalité ayant pour but d'empêcher toute tentative de falsification.

Ces deux actes peuvent être utilisés pour prouver des actes juridiques mais ils n'ont pas la même force probante.

L'acte authentique est doté par l'article 1319 du Code civil d'une force probante exceptionnelle. Toutefois cette force varie selon les énonciations. Pour son origine, sa date, sa signature et les déclarations de l'officier, c'est-à-dire ses constatations personnelles, l'acte fait foi jusqu'à inscription de faux. Ainsi ces mentions sont presque incontestables car elles ne peuvent être contestées qu'au moyen d'une procédure pénale longue, coûteuse et risquée : la procédure d'inscription de faux (art. 303 à 316, CPC). Mais l'acte ne fait foi que jusqu'à preuve du contraire pour les déclarations que l'officier a relatées c'est-à-dire les énonciations qui émanent des parties ou des témoins.

La force probante d'un acte sous seing privé est plus fragile que celle de l'acte authentique. En effet, il suffit que l'une des parties conteste sa signature ou celle de l'autre pour que l'acte sous seing privé perde sa force probante, ce qui exige alors le recours à la procédure de vérification d'écriture. En ce qui concerne son contenu, les énonciations de l'acte ne font foi que jusqu'à preuve contraire écrite (art. 1341). Quant à la date, si entre les parties elle fait foi jusqu'à preuve contraire, elle est inopposable aux tiers qui pourront la considérer comme inexacte, antidatée ou postdatée, sauf si elle a été enregistrée.

La loi du 13 mars 2000 a permis d'admettre la validité et la force probante de ces deux actes, authentiques ou sous seing privé, même sous forme électronique.

Quelle que soit la conception de l'écrit, son exigence reste lourde pour les parties. C'est pourquoi des tempéraments ont été apportés au principe de la preuve par écrit des actes juridiques.

2. Les tempéraments au principe de la preuve écrite

Le Code civil prévoyait dès l'origine deux exceptions à l'obligation de prouver par écrit un acte juridique : l'existence d'un commencement de preuve par écrit qui autorise à rapporter la preuve par tous moyens et l'impossibilité de preuve écrite. La loi du 12 juillet 1980 a ajouté une nouvelle dérogation, celle qui autorise la présentation d'une « copie fidèle et durable » en lieu et place de l'écrit original. De même, le principe de la preuve écrite ne s'oppose pas à ce que la preuve de l'acte juridique soit faite par une autre preuve parfaite, aveu judiciaire ou serment décisoire.

Ainsi, dans certaines hypothèses, le législateur admet à la place de l'écrit des preuves qui lui sont jugées équivalentes dans leur fiabilité (A). Dans d'autres cas, il tolère que des preuves imparfaites soient substituées à l'écrit (B).

A) L'admission de preuves équivalentes à l'écrit

La loi du 12 juillet 1980 admet, si le titre original n'a pas été conservé, qu'une « copie fidèle et durable » puisse en tenir lieu (art. 1348, al. 2). Il y a donc une dispense de conserver l'écrit, peu important qu'il ait été perdu ou volontairement détruit. Toutefois la loi n'admet pas toutes les copies : il faut qu'elles constituent des reproductions fidèles (authenticité, impartialité, sincérité ; aucun doute quant à l'intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur ; aucunes manipulations ou falsifications possibles) et durables de l'original. L'article 1348 *in fine* répute durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ». La Cour de cassation a admis, dans un arrêt du 30 mai 2000, qu'une photocopie est une copie fidèle et durable si la partie à laquelle on l'oppose ne la conteste pas ou si les juges du fond, après vérification (par expertise), estiment souverainement qu'elle mérite cette qualification.

L'admission d'autres preuves parfaites, aveu et serment décisoire, est également possible. L'aveu est la reconnaissance par la personne d'un fait ou d'un acte qui peut lui porter préjudice (par exemple l'aveu de celui qui admet ne pas avoir payé son créancier). Si une partie reconnaît à l'audience l'exactitude de la prétention de son adversaire, le juge se trouve lié par cet aveu. C'est pourquoi, cette forme d'aveu a longtemps constitué la « reine des preuves ».

Le serment est l'affirmation solennelle de la véracité d'un fait ou d'un acte dont dépend l'issue du litige. Le serment décisoire est une procédure par laquelle une partie demande à l'autre d'affirmer, en prêtant serment à la barre, la véracité de ses affirmations. Ce procédé dépend entièrement de la bonne ou mauvaise foi des parties,

ce qui en fait un procédé très dangereux et donc rarement utilisé. En revanche, s'il est utilisé, il constitue une preuve parfaite dans la mesure où il lie le juge.

B) L'admission de preuves substituées à l'écrit

La loi prévoit qu'en présence d'un commencement de preuve par écrit, l'exigence de la preuve écrite disparaît. Le commencement de preuve par écrit ne remplace pas à lui tout seul l'écrit mais autorise à prouver par d'autres types de preuve que l'écrit instrumentaire. Selon l'article 1347 du Code civil, il s'agit de n'importe quel écrit « qui est émané de celui contre lequel la demande est formée... et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Il constitue un premier élément de preuve qui doit être complété par d'autres preuves, tels des témoignages ou des présomptions, pour emporter la conviction du juge.

La loi prévoit ensuite la possibilité d'invoquer n'importe quelle preuve quand le plaideur est dans l'impossibilité de produire un écrit soit que l'acte instrumentaire n'ait jamais pu être établi, soit qu'il ait ensuite été perdu.

La loi du 12 juillet 1980 a modifié l'article 1348, alinéa 2 du Code civil introduisant une dérogation au principe de la preuve écrite lorsqu'il a été impossible de se procurer une preuve écrite, que ce soit pour des raisons matérielles ou morales. L'impossibilité matérielle tient aux circonstances dans lesquelles l'acte juridique est intervenu (par exemple l'écrit n'est pas exigé pour la vente d'un animal lors d'une foire ou si une partie est incapable d'écrire). L'impossibilité morale permet de prendre en considération des relations de famille, un lien de subordination ou d'affection voire d'amitié, ou encore d'usages contraires, fondés sur des rapports de confiance. Les tribunaux admettent qu'il soit impossible d'exiger un écrit dans de telles circonstances et autorisent alors le plaideur à présenter en remplacement des témoignages ou de simples présomptions ou indices à l'appui de sa prétention.

L'article 1348 vise ensuite l'hypothèse dans laquelle un écrit a bien été établi mais a été perdu dans des circonstances qui ne sont pas imputables à celui qui invoque sa disparition c'est-à-dire en cas de perte de l'original par cas fortuit (il serait trop facile de détruire volontairement un acte pour échapper à l'obligation légale de le présenter à titre de preuve). Pour bénéficier de la liberté de la preuve, le plaideur doit démontrer le cas fortuit ou de force majeure qui a conduit à la perte du document et établir l'existence antérieure du titre. C'est parce qu'un titre a été établi puis perdu que la loi autorise de recourir à d'autres preuves. De la preuve de la perte du titre découlera *ipso facto* celle de son existence préalable.

8

SUJET PRATIQUE

Université de Strasbourg

1° Résoudre le cas pratique suivant (10 points)

M. Dubois, entrepreneur prospère, songe à prendre sa retraite. Ses enfants se désintéressent de l'entreprise familiale, il place tous ses espoirs dans son neveu Paul pour lui succéder. Afin de lui montrer l'intérêt qu'il lui porte, M. Dubois décide de gratifier le jeune homme d'une somme de 10 000 euros. Il lui envoie alors un long courrier dans lequel il explique vouloir lui donner les 10 000 euros mais que, pour éviter que ses propres enfants ne se sentent floués, il préfère déguiser le don sous forme d'un prêt. C'est ainsi que, lors d'une réunion de famille en janvier dernier, il remet à Paul un chèque contre rédaction de l'acte suivant : « Je, soussigné, Paul Dubois, déclare avoir reçu de mon oncle, Ernest Dubois, à titre de prêt la somme de dix mille (10 000) euros ». Pour plus de vraisemblance, il est précisé que le prêt doit être remboursé avant le 30 novembre de la même année. L'acte est signé par Paul.

Patatras ! En juillet, Paul part faire un stage de quatre mois aux USA. Tombé amoureux d'une jeune américaine, il annonce fin octobre à son oncle qu'il ne reviendra pas en France, que sa vie est désormais aux États-Unis. Dépité, M. Dubois décide de lui réclamer en justice le remboursement des 10 000 euros. Inquiet, Paul demande conseil à un avocat.

Ce dernier n'est pas très encourageant. Selon lui, Paul devra rembourser la somme versée. Il envisage néanmoins certains moyens de défense.

Essayez de découvrir le raisonnement suivi par l'avocat (chargé de la preuve, objet de la preuve, mode de preuve) et déterminez les moyens de défense dont pourrait se prévaloir Paul.

Il est inutile de résumer les faits.

2° Comparer droit personnel et droit réel (8 points)

3° A quoi servent les présomptions légales ? (2 points)

Durée de l'épreuve : une heure trente

Aucun document autorisé

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

1° Cas pratique

Ce cas pratique aborde des questions de preuve (et non de droit des contrats étudié en deuxième année).

En matière de preuve, il faut toujours poser trois questions rappelées par l'auteur du sujet : qui doit prouver (c'est la question de la charge de la preuve) ? Quoi (quel est l'objet de la preuve) ? Et comment (selon quels moyens) ?

- La charge de la preuve

Il s'agit de déterminer quelle partie au procès doit prouver les faits invoqués. Selon l'article 1315 du Code civil, la charge de la preuve incombe au demandeur : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Il faut faire attention à identifier le demandeur. Puisqu'il est demandé de découvrir le raisonnement de l'avocat de Paul, il s'agit pour celui-ci de prouver qu'il y a eu don et non de prouver le prêt accordé par l'oncle.

- L'objet de la preuve

Les modes de preuve admissibles diffèrent selon qu'il s'agit de rapporter la preuve d'un fait ou d'un acte juridique. Il importe donc de qualifier la situation juridique. Il a été indiqué qu'il s'agit de prouver l'existence d'un don (ou donation). S'agissant d'un acte juridique, sa preuve n'est pas libre.

- Les moyens de preuve admissibles

Si la preuve de faits juridiques est libre pour les actes portant sur une valeur supérieure à 1 500 euros, l'article 1341 pose le principe de la preuve par écrit. L'article 1326 précise que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme en toutes lettres et en chiffres.

Le Code civil admet toutefois des exceptions à la règle. Il s'agira de vérifier si on ne se trouve pas dans une exception prévue par la loi. Les faits renvoient à deux hypothèses. D'une part, Paul dispose du courrier dans lequel son oncle lui a expliqué vouloir lui donner les 10 000 euros mais que, pour éviter que ses propres enfants ne se sentent floués, il préférerait déguiser le don sous forme d'un prêt. Cet écrit devra être examiné comme possible commencement de preuve par écrit. D'autre part, le fait qu'il s'agisse d'un accord entre parents (oncle et neveu) n'est pas anodin et invite à s'interroger sur la possibilité d'invoquer l'exception à la preuve par écrit issue de l'impossibilité morale de se procurer un écrit.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

1. Cas pratique

L'objet du litige est un don d'un montant de 10 000 euros. Or le don, ou donation, est un contrat par lequel une personne se dépouille d'un bien lui appartenant en faveur d'une autre personne. Il s'agit donc d'un acte juridique. Le principe en matière de preuve d'un acte juridique d'une valeur supérieure à 1 500 euros est établi par l'article 1341 du Code civil qui exige une preuve écrite. Pour être valable un acte sous seing privé doit être signé. Puisqu'il s'agit d'un acte comportant de la part d'une personne un engagement de payer une somme d'argent, selon l'article 1326 du Code civil, il doit porter la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres.

La reconnaissance de dette de Paul semble valable. Les conditions légales sont réunies : sa signature, c'est-à-dire celle de la partie qui s'engage, et le montant en chiffres

et lettres. Paul doit réussir à prouver qu'il ne s'agissait pas d'un prêt mais d'un don déguisé.

En l'absence de preuve écrite d'un prêt, il faut rechercher si Paul ne peut invoquer une des exceptions à cette exigence d'un écrit. Le Code civil en prévoit plusieurs. Certaines sont à éliminer, eu égard aux faits, comme la perte ou la destruction ou la présentation d'une copie fidèle et durable d'un original qui n'existe pas. Il convient en revanche de rechercher si Paul n'est pas en possession d'un commencement de preuve par écrit (1) ou s'il ne peut être considéré comme ayant été dans l'impossibilité morale d'obtenir un écrit faisant état du don de son oncle (2), les deux cas lui permettant d'apporter une preuve, autre qu'écrite, de sa créance.

1. Le premier moyen de preuve : le commencement de preuve par écrit

Le commencement de preuve, écrit devant remplir les conditions prévues à l'article 1347 du Code civil, est un adminicule qui, comme son nom l'indique, doit être complété par d'autres moyens de preuve, indices, témoignages ou présomptions, pour valoir preuve d'un acte juridique supérieur à 1 500 euros.

L'article 1347 du Code civil définit le commencement de preuve par écrit comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Trois conditions apparaissent qu'il faut rechercher dans les faits : un écrit (1), émanant de celui contre lequel on l'allègue (2) et qui rend vraisemblable le fait allégué (3). Le courrier de l'oncle de Paul est bien un acte écrit, qui émane de sa personne (il l'a signé), c'est-à-dire de celui contre lequel on invoque le don. Sa rédaction rend crédible le don allégué par Paul. Même si les juges, usant de leur libre pouvoir d'appréciation, admettent que le courrier constitue un commencement de preuve par écrit, il ne suffit pas à prouver le don de 10 000 euros. Le commencement de preuve par écrit doit être complété par tous types de preuves, comme des témoignages ou des indices. Paul ne semble pas en possession de tels éléments.

Il convient alors d'envisager l'autre exception à l'exigence de preuve écrite d'un acte supérieur à 1 500 euros, l'impossibilité morale dans laquelle était Paul d'exiger la qualification de don par son oncle.

2. Le second moyen de preuve : l'impossibilité morale de se procurer un écrit

Le Code civil prévoit en son article 1348 qu'en cas d'impossibilité morale de se procurer un écrit, le demandeur pourra déroger à l'obligation de fournir une preuve écrite et pourra utiliser d'autres moyens de preuve.

D'après les faits, Paul ne dispose d'aucun écrit attestant d'un prêt en sa faveur. Mais l'auteur du don est son oncle. Cette relation familiale peut justifier qu'il était dans l'impossibilité morale d'exiger un écrit faisant état de la réalité d'un don de la part de son oncle, ce qui le dispenserait d'apporter une preuve écrite. L'article 1348 du Code civil autorise en effet celui qui a été dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit pour prouver l'existence d'un acte juridique à fournir une autre preuve. Les tribunaux admettent notamment l'impossibilité morale de se procurer un écrit à raison de relations de famille entre les protagonistes. Toutefois, ils vérifient si la nature de la relation interdit effectivement de réclamer un écrit. En l'espèce, s'agissant de son oncle, avec lequel visiblement il a des affinités et un intérêt commun pour l'entreprise familiale, Paul pourra établir qu'il était dans une relation telle qu'il lui était impossible d'exiger de son oncle la rédaction d'un acte portant la bonne qualification. Peu importe que depuis la relation se soit dégradée. Ce qui compte, c'est qu'au moment où l'acte écrit aurait dû être réalisé, Paul n'ait pas été en position de l'exiger.

Une fois l'impossibilité morale de se procurer l'écrit établie, en vertu de l'article 1348 du Code civil, Paul sera admis à prouver par tout moyen l'existence du don. Il pourra notamment apporter comme élément de preuve le courrier de son oncle. Peut-être même pourrait-il apporter des témoignages.

2. Comparer droit personnel et droit réel

Droit réel et droit personnel sont deux catégories de droits patrimoniaux. Au-delà de leur objet (1), ils se distinguent sur plusieurs points relevant de leur régime (2).

L'objet des droits

Le droit réel est un pouvoir juridique que le sujet de droit exerce sur la chose qui en est l'objet. Il représente le droit ou le pouvoir exercé directement ou indirectement par une personne sur une chose (« *res* », en latin, d'où l'adjectif « réel »). Traditionnellement les droits réels sont divisés en deux catégories : les droits réels principaux et les droits réels accessoires. Les premiers portent directement sur la chose considérée dans son ensemble. Leur titulaire peut retirer tous les avantages de la chose ou seulement une partie d'entre eux : on y trouve le droit réel principal par excellence qu'est le droit de propriété qui emporte toutes les prérogatives que l'on peut exercer sur la chose (*usus, fructus, abusus*) et les droits démembés de la propriété qui portent sur une ou plusieurs de ces prérogatives. Par exemple, l'usufruitier n'a que l'*usus* et le *fructus*, c'est-à-dire « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais a la charge d'en conserver la substance » (art. 578, C. civ.). Les droits réels

accessoires portent sur la chose qui en est l'objet d'une façon indirecte. En effet ils portent sur la valeur de la chose et non la chose elle-même. Ils ne sont que l'accessoire d'un droit de créance qu'ils garantissent (par exemple lors d'un prêt pour un achat immobilier, une banque prend l'inscription d'une hypothèque sur le bien acheté par l'emprunteur. En cas de défaillance de celui-ci elle aura un droit de préférence sur ce bien par rapport aux autres créanciers éventuels). Ces droits constituent des sûretés réelles par opposition aux sûretés personnelles où une personne s'engage à remplacer le débiteur qui viendrait à faillir (ex. un cautionnement). Ils peuvent porter sur des immeubles (ce sont les hypothèques) ou sur des meubles (il s'agit de gage quand il y a dépossession des biens corporels offerts en garantie ou de nantissement quand il n'y a pas dépossession, le bien garant, tel un fonds de commerce, continuant à être utilisé par son propriétaire).

Les droits personnels sont des droits de créance, c'est-à-dire des droits qu'une personne, le créancier, a contre une autre personne, le débiteur. Le créancier peut exiger que son débiteur exécute son obligation de faire, de ne pas faire ou de donner. Ces droits créent un rapport juridique entre deux personnes que l'on appelle « obligation ». Cette obligation s'inscrit à l'actif du patrimoine du créancier (c'est une créance) et au passif du débiteur (sous la forme d'une dette).

Le régime des droits

Les droits réels et les droits personnels s'opposent sur tous les aspects de leur régime juridique.

Nombre

Pendant longtemps on a considéré que les droits réels étaient définis et énumérés par la loi et n'existaient donc qu'en nombre limité. C'est pour cette raison que les formes d'appropriation de nouveaux droits subjectifs liés à l'évolution économique (ex. les clientèles) ou technologique (ex. les logiciels) échappent à la catégorie des droits réels. Cependant, en admettant, dans un important arrêt du 31 octobre 2012, qu'un propriétaire puisse consentir « un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien », la Cour de cassation a reconnu l'existence d'un droit qui n'entre pas dans la catégorie nommée des droits réels principaux. La cour confirme la possibilité de créer conventionnellement des droits réels, sous réserve du respect des règles d'ordre public. Un propriétaire peut donc volontairement constituer un droit réel au profit d'un tiers, en dehors de la liste des droits prévus par la loi. La Haute juridiction ne précise pas en revanche la nature de ces droits réels de jouissance, ce qui soulève des interrogations quant à leur régime juridique.

Contrairement aux droits réels, les droits personnels existent de façon certaine en nombre illimité : sauf la limite de l'ordre public et des bonnes mœurs, les rapports qui unissent deux personnes sont infiniment variés.

Opposabilité

Les droits réels sont opposables à tous, ou absolus, ce qui permet à leur titulaire de les invoquer à l'encontre de quiconque voudrait les transgresser.

Les droits personnels, quant à eux, ne sont pas opposables à tous : ils n'ont qu'un effet relatif puisqu'ils n'établissent de rapports qu'entre le créancier et le débiteur. Seul ce dernier est engagé et seul le créancier peut invoquer le droit à son encontre.

Garanties

Les droits réels accessoires offrent à leur titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Grâce au droit de suite, le créancier peut suivre la chose en quelques mains qu'elle se trouve (celles du débiteur ou un acquéreur). Le droit de préférence garantit au créancier d'être payé avant les autres créanciers sur le prix de la vente de la chose.

Contrairement aux droits réels, le créancier n'est garanti de l'exécution de son débiteur que par son droit de gage général sur le patrimoine de celui-ci. Il n'est qu'un simple créancier chirographaire qui ne dispose pas d'un bien déterminé en garantie de sa créance. Il ne bénéficie ni du droit de suite, ni du droit de préférence.

Transmission

La transmission des droits personnels nécessite des procédures particulières (par exemple celle de la cession de créance) alors que celle des droits réels est facile à réaliser.

3. À quoi servent les présomptions légales ?

L'article 1349 du Code civil définit les présomptions comme « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Les présomptions légales ont une incidence sur la charge de la preuve. En effet, elles renversent la charge de la preuve. L'article 1352, alinéa 1^{er} dispose en effet que « la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe ».

Les présomptions légales dispensent le demandeur de prouver ce qu'il allègue lorsqu'il est difficile, voire impossible pour lui d'apporter la preuve du fait ou de l'acte juridique invoqué. La loi déduit elle-même l'existence du fait à prouver de l'existence d'un autre

fait plus facile à prouver, dispensant ainsi le demandeur d'en faire lui-même directement la preuve.

Par exemple, l'article 312 du Code civil présume que le mari d'une femme est le père de l'enfant de celle-ci. En cas de litige relatif à sa filiation, l'enfant ou le père n'a pas à apporter la preuve de la paternité du mari qui est légalement désigné comme son père. Parce que statistiquement il y a toutes les chances pour que cette filiation soit véritable, la plupart des enfants d'un couple marié étant le fruit du mari, la loi les dispense de cette preuve.

Toutes les présomptions légales n'ont cependant pas la même force. Certaines sont des présomptions simples, dont la preuve contraire peut être apportée, alors que d'autres, irréfragables, ne peuvent être contredites. Les présomptions mixtes quant à elles ne peuvent être écartées que par des moyens limitativement prévus par la loi ou la jurisprudence.

9

SUJET PRATIQUE

Université de Nice Sophia Antipolis

QCM Institutions judiciaires privées

1) Quelle est la juridiction compétente pour juger les auteurs de délits ?

- a. tribunal de police
- b. tribunal correctionnel
- c. cour d'assises

2) Devant les conseils de prud'hommes, si la tentative de conciliation échoue, la procédure est-elle renvoyée devant :

- a. le bureau de jugement ?
- b. la chambre de jugement ?
- c. la section de jugement ?

3) Comment s'appelle le juge du tribunal de grande instance chargé de prononcer les jugements de divorce ?

- a. le juge aux affaires matrimoniales
- b. le juge aux affaires familiales
- c. le juge aux affaires conjugales

4) Quelle juridiction a compétence pour juger les litiges relatifs aux baux d'habitation ?

- a. le tribunal d'instance
- b. le juge des loyers
- c. le tribunal de grande instance

5) Comment s'appelle le procédé alternatif de solution des conflits instauré par un décret de 1996 ?

- a. la conciliation
- b. l'arbitrage
- c. la médiation

6) Quel nom les juges des tribunaux de commerce portent-ils ?

- a. les juristes
- b. les juges consulaires
- c. les juges commerciaux

7) Les juridictions de proximité sont-elles chargées de juger :

- a. uniquement du contentieux civil ?
- b. uniquement du contentieux pénal ?
- c. à la fois du contentieux civil et du contentieux pénal ?

8) Quelle est la juridiction de droit commun compétente pour trancher un litige civil dont l'intérêt en jeu est de 4 000 € ?

- a. la juridiction de proximité
- b. le tribunal d'instance
- c. le tribunal de grande instance

9) Quelle est la juridiction de droit commun compétente pour trancher un litige civil dont l'intérêt en jeu est égal à 10 000 € ?

- a. la juridiction de proximité
- b. le tribunal d'instance
- c. le tribunal de grande instance

10) Comment appelle-t-on la dernière partie d'un jugement ?

- a. les moyens
- b. les motifs
- c. le dispositif

11) Comment appelle-t-on l'acte par lequel une personne informe une autre qu'elle lui fait un procès ?

- a. une requête
- b. une assignation
- c. une signification

12) Comment appelle-t-on les juges composant les conseils de prud'hommes ?

- a. des juges ?
- b. des conseillers prud'hommes ?
- c. des juges prud'homaux ?

13) Comment appelle-t-on le juge chargé des affaires urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ?

- a. le juge des requêtes ?
- b. le juge d'instruction ?
- c. le juge des référés ?

14) La Cour de cassation comprend-elle :

- a. trois chambres civiles, une chambre commerciale, une chambre sociale et une chambre criminelle ?
- b. deux chambres civiles, une chambre commerciale, une chambre sociale et deux chambres pénales ?
- c. deux chambres civiles, deux chambres commerciales, une chambre sociale et une chambre criminelle ?

15) Les élections prud'homales ont-elles lieu :

- a. tous les quatre ans ?
- b. tous les cinq ans ?
- c. tous les six ans ?

16) Les élections des juges composant les tribunaux de commerce ont-elles lieu :

- a. tous les quatre ans ?
- b. tous les cinq ans ?
- c. tous les six ans ?

17) Comment appelle-t-on la juridiction compétente pour juger les contraventions ?

- a. le tribunal de simple police
- b. le juge de paix
- c. le tribunal de police

18) Une cour d'appel peut-elle :

- a. réformer ?
- b. casser ?
- c. annuler ?

19) Comment s'appelle la décision prise par un arbitre ou une chambre arbitrale ?

- a. une ordonnance
- b. une sentence
- c. un jugement

20) Quelles sont les juridictions compétentes pour juger les défaillances d'entreprises commerciales ou artisanales ?

- a. tribunaux de commerce
- b. tribunaux de grande instance
- c. chambres commerciales

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

1. Quelle est la juridiction compétente pour juger les auteurs de délits ?

b. tribunal correctionnel

Les juridictions pénales sont organisées selon une division tripartite des infractions. L'article 111-1 du Code pénal classe les infractions pénales suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions. Le tribunal de police juge les contraventions, le tribunal correctionnel juge les délits et la Cour d'assises juge les crimes.

2. Devant les conseils de prud'hommes, si la tentative de conciliation échoue, la procédure est-elle renvoyée devant :

a. le bureau de jugement

Le conseil de prud'hommes a pour mission de concilier et, à défaut, de juger les litiges individuels nés d'un contrat de travail ou d'apprentissage.

Composé de deux représentants des employeurs et deux représentants des salariés, le bureau de jugement, le bureau de jugement tranche les contestations qui n'ont pu faire l'objet d'une conciliation devant le bureau de conciliation.

3. Comment s'appelle le juge du tribunal de grande instance chargé de prononcer les jugements de divorce ?

b. le juge aux affaires familiales

Il est un juge du TGI compétent en matière de divorce et de séparation de corps et de leurs conséquences, de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins, sauf en cas de décès ou de déclaration d'absence et la révision de la prestation

compensatoire ou de ses modalités de paiement. Il connaît également des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, de la contribution aux charges du mariage ou du pacte civil de solidarité et de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants. Il a d'autres compétences notamment en matière de régimes matrimoniaux (homologation judiciaire du changement de régimes), d'exercice de l'autorité parentale, de changement de prénom ou de protection de la personne majeure menacée de mariage forcé.

Le JAF a succédé au juge aux affaires matrimoniales, selon les dispositions de loi n° 93/22 du 8 janvier 1993.

4. Quelle juridiction a compétence pour juger les litiges relatifs aux baux d'habitation ?

a. le tribunal d'instance

Ce tribunal est le juge ordinaire des petits litiges. Dans le cadre de sa compétence spéciale, le tribunal d'instance statue notamment sur les actions ayant pour objet des contrats de louage d'immeuble, c'est-à-dire des baux d'habitation. En revanche sont exclus les baux ruraux (qui relèvent de la compétence des tribunaux paritaires de baux ruraux) et certains aspects des baux commerciaux (compétence du tribunal de grande instance ou de son président)

5. Comment s'appelle le procédé alternatif de solution des conflits instauré par un décret de 1996 ?

c. la médiation

Il existe plusieurs modes alternatifs de règlement des différends : l'arbitrage, la médiation, la conciliation et la transaction. La médiation a été instaurée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996, codifiés aux articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile. Elle permet à un juge de désigner une tierce personne, avec l'accord des parties, pour les entendre et rechercher avec elles une solution aux fins de conciliation.

Le statut des conciliateurs a été fixé par le décret n° 78-381 du 20 mars 1978. L'arbitrage, c'est-à-dire la résolution de conflit par l'intermédiaire d'un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs arbitres, est régi par un décret n° 80-354 du 14 mai 1980 modifié en 1981 et les articles 2059 à 2061 du Code civil.

6. Quel nom les juges des tribunaux de commerce portent-ils ?

b. les juges consulaires

Par tradition, on donne le nom de juges consulaires, et non de juges commerciaux, aux magistrats des tribunaux de commerce qui tirent leur origine des juridictions consulaires de l'Ancien Régime.

Les jurisconsultes sont étymologiquement des « consultants en droit ». Ce sont des théoriciens, des penseurs du droit, en particulier à Rome.

7. Les juridictions de proximité sont-elles chargées de juger :

c. à la fois du contentieux civil et du contentieux pénal

Le juge de proximité a une double compétence. Il a une compétence en matière civile personnelle mobilière (droit de créance) lorsque la valeur du litige est inférieure ou égale à 4 000 euros. En matière pénale le juge de proximité connaît des contraventions des quatre premières classes (sous réserve de dispositions spéciales).

8. Quelle est la juridiction de droit commun compétente pour trancher un litige civil dont l'intérêt en jeu est de 4 000 € ?

a. la juridiction de proximité

Le juge de proximité statue sur les affaires civiles dont le montant est inférieur ou égal à 4 000 euros, ou si la valeur du litige étant indéterminée, l'action a pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros.

9. Quelle est la juridiction de droit commun compétente pour trancher un litige civil dont l'intérêt en jeu est égal à 10 000 € ?

b. le tribunal d'instance

Dans le cadre de sa compétence générale en matière civile, le tribunal d'instance statue sur les actions personnelles ou mobilières dont la valeur se situe entre 4 001 et 10 000 euros en premier ressort (à charge d'appel). De 0 à 4 000, c'est le juge de proximité qui est compétent.

10. Comment appelle-t-on la dernière partie d'un jugement ?

c. le dispositif

Le dispositif du jugement est la partie qui contient la solution du litige et à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée. Il s'oppose aux motifs du jugement qui se contentent d'étayer le dispositif. Les moyens constituent le soutien nécessaire de la demande et de la défense. Chaque partie fait valoir les moyens de droit et de fait à l'appui de leur prétention. Ces moyens peuvent être divisés en branches.

11. Comment appelle-t-on l'acte par lequel une personne informe une autre qu'elle lui fait un procès ?

b. une assignation

L'assignation est l'acte de procédure adressé par le demandeur au défendeur pour l'inviter à comparaître devant une juridiction de l'ordre judiciaire. Il est réalisé par l'intermédiaire d'un huissier de justice. Le terme signification désigne la formalité effectuée par l'huissier par laquelle l'acte de procédure est porté à la connaissance de son adversaire

12. Comment appelle-t-on les juges composant les conseils de prud'hommes ?

b. des conseillers prud'hommes

Le conseil des prud'hommes est une juridiction d'exception du premier degré. Il est composé de juges élus. Les conseillers ne sont donc pas des magistrats au sens précis du terme. En effet, les magistrats sont recrutés par concours ou par intégration sur titres.

13. Comment appelle-t-on le juge chargé des affaires urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ?

c. le juge des référés

Le juge des référés est le juge de l'urgence. Le juge peut prendre toutes les mesures urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Il peut aussi, même en présence d'une contestation sérieuse, prendre

des mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite (par exemple, faire cesser des travaux). En revanche, ses décisions ne tranchent pas sur le fond.

La requête est la demande écrite adressée au juge, sans mise en cause d'un adversaire, dans le cas où la situation à régler est urgente et où le contexte de l'affaire ne nécessite pas que s'instaure un débat contradictoire. Il n'y a pas de juge des requêtes.

14. La Cour de cassation comprend-elle :

a. trois chambres civiles, une chambre commerciale, une chambre sociale et une chambre criminelle ?

La Cour de cassation est composée de six chambres compétentes en fonction de la nature du litige :

- trois chambres civiles (la 1^{re} chambre civile, la 2^e chambre civile et la 3^e chambre civile) qui statuent sur les différentes matières de droit privé ;
- une chambre commerciale (compétente en matière de droit commercial et de droit de la concurrence) ;
- une chambre sociale (litiges liés au droit du travail) ;
- une chambre criminelle (pour les infractions au Code pénal).

A ces chambres s'ajoutent la chambre mixte (réunie lorsqu'une affaire relève de la compétence d'au moins deux chambres différentes) et l'assemblée plénière réunie obligatoirement en cas de deuxième pourvoi en cassation ou de façon facultative lorsque l'affaire pose une question de principe.

15. Les élections prud'homales ont-elles lieu :

b. tous les cinq ans

L'élection des juges reste un mode exceptionnel de recrutement qui répond au besoin de faire appel à des juges spécialisés. Les conseillers prud'hommes sont élus pour un mandat de cinq ans renouvelable, au suffrage direct, à la représentation proportionnelle au sein de deux collèges distincts : le collège des employeurs et le collège des salariés, divisés en autant de sous-collèges qu'il y a de sections distinctes au conseil des prud'hommes.

16. Les élections des juges composant les tribunaux de commerce ont-elles lieu :

a. tous les quatre ans

Les juges des tribunaux de commerce (ou juges consulaires) sont élus pour deux ans lors de leur première élection. À l'issue d'un premier mandat, ils peuvent être réélus pour période de quatre ans. La réponse de deux ne figurant pas parmi les propositions, il fallait bien répondre « tous les quatre ans ». A noter qu'après quatre mandats successifs dans un même tribunal de commerce, les juges consulaires ne sont plus éligibles dans ce tribunal pendant un an.

17. Comment appelle-t-on la juridiction compétente pour juger les contraventions ?

c. le tribunal de police

Le tribunal de police est compétent pour les contraventions de la cinquième classe et de certaines contraventions des quatre premières classes commises par un majeur (avec des exceptions comme les contraventions de 5^e classe commises par des mineurs). Puisque le juge de proximité, compétent pour les contraventions des quatre premières classes ne figurait pas parmi les propositions, il n'y avait pas de doute quant à la réponse.

La réforme judiciaire de 1958 a supprimé les justices de paix et les tribunaux de simple police pour les remplacer par les tribunaux d'instance et les tribunaux de police.

18. Une cour d'appel peut-elle :

a. réformer

La cour d'appel est la seule juridiction de droit commun du second degré : elle statue sur les affaires déjà jugées en premier ressort par toutes les juridictions du premier degré de son ressort judiciaire. Sa création repose sur le principe du double degré de juridiction. Le plaideur qui a succombé en première instance a la possibilité d'obtenir un réexamen de son affaire aussi bien en fait qu'en droit (sous réserve que la valeur du litige soit supérieure au taux de ressort de chaque juridiction).

Elle peut réformer le jugement qui n'est pas conforme aux exigences légales ou infirmer la solution donnée. La Cour de cassation quant à elle peut casser ou annuler (principalement un arrêt de cour d'appel).

19. Comment s'appelle la décision prise par un arbitre ou une chambre arbitrale ?

b. une sentence

L'arbitre ou la chambre arbitrale (composée de plusieurs personnes privée en nombre impair) rend une sentence (à l'issue d'une instance arbitrale). La sentence arbitrale, signée de toutes les parties, a autorité de la chose jugée pour la question tranchée.

Un jugement est rendu par un ou plusieurs magistrats des juridictions du premier degré (plus spécialement le terme désigne les jugements rendus par le TGI, le tribunal de commerce ou le tribunal administratif). Une ordonnance est une décision rendue par le chef d'une juridiction (président du TGI ou premier président de la cour d'appel) ou par les magistrats chargés de l'instruction.

20. Quelles sont les juridictions compétentes pour juger les défaillances d'entreprises commerciales ou artisanales ?

a. tribunaux de commerce

Le tribunal de commerce, juridiction d'exception du premier degré, composée de commerçants élus par leurs pairs, est compétent pour juger les affaires commerciales dont les redressements et liquidations judiciaires des entreprises commerciales. L'artisan peut être placé sous procédure collective. La compétence revient également au tribunal de commerce.

Il est également compétent en cas de contestations relatives aux engagements entre commerçants, aux actes de commerce (entre toutes personnes) et aux sociétés commerciales

10

SUJET THÉORIQUE

Université de Nice Sophia-Antipolis

Sujet : Les étudiants traiteront le sujet de dissertation suivant en rédigeant l'introduction et en présentant un plan détaillé : « Comparez la formation du PACS et du mariage ».

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet est intéressant pour deux raisons. La première est d'ordre méthodologique, l'étudiant doit confronter les deux modes de formation du couple en élaborant un plan qui souligne les différences et les convergences. Il doit éviter le piège de traiter la formation du mariage dans une partie et la formation du PACS dans une autre. La seconde est d'ordre pédagogique, le PACS a été réformé par la loi du 23 juin 2006 et le mariage par la loi du 17 mai 2013 (loi portant mariage pour tous). Le sujet suppose donc que l'actualité soit connue et exploitée de la part de l'étudiant.

Les différences entre le PACS et le mariage s'atténuent dans la mesure où le législateur pour corriger les inconvénients du PACS mis en évidence par la pratique s'inspire d'un modèle : le mariage. La remarque vaut particulièrement pour les obligations pesant sur les partenaires d'un PACS depuis le 1^{er} janvier 2007. Le Conseil constitutionnel avait dû préciser la pensée du législateur en ce qui concerne l'obligation de cohabitation, la précision est désormais apportée par l'article 515-4, al.1 du Code civil. Le PACS de

1999 ne posait pas de limites à l'aide mutuelle et matérielle prévue par l'article 515-4, al. 1, elles sont posées par la loi de 2006. L'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. En outre les partenaires s'apportent une assistance réciproque, l'inspiration est directement trouvée dans l'article 212 du Code civil relatif au mariage. Si le principe de la solidarité de paiement pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante est maintenu, comme dans le cadre du mariage, il est exclu si les dépenses sont manifestement excessives. Enfin, les critiques relatives à l'indivision de principe comme artefact du régime matrimonial des partenaires ont été entendues, depuis le 1^{er} janvier 2007, le régime légal des biens des partenaires est proche de celui de la séparation de biens. Ces éléments sont rappelés brièvement pour montrer que le sujet se place dans un contexte particulier : le PACS tend de plus en plus vers le modèle qu'est le mariage. Toutefois, les questions relatives à la filiation des enfants des partenaires sont toujours soigneusement évitées par le législateur. La question de l'organisation de la dissolution de PACS est également évitée. Plus technique et moins difficile pour les étudiants de première année qui ne connaissent pas encore le droit des régimes matrimoniaux, la question suggère de montrer le rapprochement entre le PACS et le mariage tout en soulignant les différences subsistantes en ce qui concerne la seule formation du couple.

Désormais avec la loi sur le mariage pour tous, la différence entre PACS et mariage est devenue si ténue que certains s'interrogent sur la nécessité de laisser subsister ces deux formes de couple. Le mariage peut désormais être célébré entre personnes du même sexe et la différence quant à la possibilité d'avoir un enfant est la même que le couple homosexuel soit pacsé ou marié. Les conditions de formation des couples sont alignées, les obligations liant les membres du couple sont pratiquement communes. Il reste la rupture : mariés il faut divorcer en passant par le juge aux affaires familiales, pacsés un simple courrier suffit.

En traitant le sujet, l'étudiant devra insister sur cette évolution qui marque un rapprochement croissant entre ces deux modalités de vie conjugale.

Méthodologie appliquée

La méthodologie pour rédiger une dissertation impose de respecter certaines étapes qui protègent l'étudiant du hors sujet et qui lui permettent de trouver le plan servant au mieux la démonstration nécessaire pour répondre au sujet.

Première étape, la lecture attentive du sujet

L'étudiant doit analyser le sujet en le lisant attentivement. Le premier mot est « comparaison », il impose de confronter point par point les éléments concernant la formation du mariage et du PACS. Il impose donc la méthode de travail. Le second terme est « la formation », il circonscrit le domaine du sujet. Il faut exclure la vie des couples comme la rupture. Les mots suivants finissent de définir le sujet en ne visant que le PACS et le mariage. Cette formule exclut le concubinage. Il ne faut reprendre que les conditions de formation des couples mariés et « pacsés », le sujet ne s'intéresse qu'aux couples dont la formation est organisée par le droit.

L'étudiant doit sur son brouillon récapituler (par exemple sous forme de deux colonnes) tout ce qu'il sait sur la formation du mariage et du PACS : le consentement, les empêchements à mariage et au PACS, les conditions relatives à l'âge et la capacité, les formalités de publicité. La récapitulation de ces connaissances devrait lui permettre de faire des rapprochements et des oppositions, bref de comparer afin de trouver le plan.

Seconde étape, la recherche du plan

Il s'agit de rechercher et de trouver un plan à partir des connaissances sur le sujet. La comparaison met en évidence des conditions de forme et des conditions de fond. Il est possible d'envisager un plan reposant sur cette distinction (fond - forme). Cependant, ce critère n'est pas le plus pertinent car, certaines des conditions de fond sont communes et certaines formalités se rapprochent. Par conséquent, l'évidence recommande d'arrêter un plan simple reposant sur les points communs et les points de divergence en se plaçant dans une perspective historique car les différences quant à la formation du couple ont presque toutes disparu. Cependant, si ce plan répond au sujet car il permet une comparaison, il convient de déguiser les titres. Pour cela il faut faire preuve d'un peu d'imagination. Pour les points communs, on peut envisager « la tentation des rapprochements », titre qui met en valeur la dynamique de la matière, le PACS tendaient à se rapprocher de son modèle, le mariage. Pour les différences, il faut souligner qu'elles ont disparu en raison de la réforme du mariage qui s'est rapproché du PACS. On peut envisager : « La disparition des différences ».

Le plan trouvé, il convient de rédiger l'introduction et conformément à la demande de l'enseignant de présenter un plan détaillé (pour la correction, nous montrerons comment un tel plan se rapproche d'une rédaction).

Le plan proposé est :

1. De la tentation du rapprochement
 - A) Le rapprochement quant à la forme
 - B) Le rapprochement quant au fond
2. A la disparition des différences
 - A) Les différences quant à la forme
 - B) Les différences quant au fond

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Si l'adoption du PACS en novembre 1999 avait soulevé débats et polémiques, sa réforme pourtant novatrice est passée sous silence. La loi du 23 juin 2006 relative au droit des successions a modifié en profondeur le PACS en modifiant sa nature car il passe du contrat au statut. Le rapprochement de ce dernier et du mariage est désormais évident même si la question de la filiation dans le cadre du PACS n'est toujours pas abordée. Pour le reste, le modèle de l'évolution du PACS est indubitablement le mariage. Pour s'en convaincre, il suffit de souligner les évolutions visant à améliorer un PACS fort critiqué à juste titre tant les défauts d'origine étaient importants. Inversement avec le vote de la loi du 17 mai 2013 consacrant le mariage pour tous, c'est le mariage qui s'est rapproché du PACS en autorisant le mariage entre personnes de même sexe.

En ce qui concerne les dispositions organisant la vie du couple, plusieurs points peuvent être mis en évidence. Une des difficultés dénoncées par la doctrine concernait l'absence de limites posées par la loi à l'aide mutuelle et matérielle prévue par l'article 515-4 al. 1, elles sont posées par la loi de 2006. L'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. En outre les partenaires s'apportent une assistance réciproque, l'inspiration est directement trouvée dans l'article 212 du Code

civil relatif au mariage. Si le principe de la solidarité de paiement pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante est maintenu, comme dans le cadre du mariage, il est exclu si les dépenses sont manifestement excessives. Enfin, les critiques relatives à l'indivision de principe comme artefact du régime matrimonial des partenaires ont été entendues, depuis le 1^{er} janvier 2007, le régime légal des biens des partenaires est proche de celui de la séparation de biens. Ces éléments sont rappelés brièvement pour montrer que le sujet se place dans un contexte particulier : le PACS tend de plus en plus vers le modèle qu'est le mariage. La jurisprudence devrait achever le rapprochement mariage/PACS dès lors que le mariage – avec toutes les dispositions qui lui sont attachées : régime primaire et régimes patrimoniaux – est ouvert aux couples de même sexe.

D'ailleurs, il faut remarquer que les questions relatives à la filiation des enfants des partenaires comme des époux de même sexe quant à l'adoption sont toujours soigneusement évitées par le législateur. Du coup, la filiation quel que soit le régime conjugal choisi est déconnectée du couple. Seuls les couples de sexes différents peuvent justifier de l'application des dispositions du Code civil relatives à la filiation. L'adoption, les procréations médicalement assistées et la gestation pour autrui restent des questions si sensibles que le législateur a renoncé à légiférer, pour l'instant.

La question de la dissolution du PACS est également évitée. En ce qui concerne la rupture du PACS, si le législateur reste discret sur la liquidation de la situation patrimoniale des partenaires, ces derniers procèdent toujours eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et obligations. Cependant, il apporte des précisions importantes inspirées, elles aussi du modèle que reste le mariage. Ainsi les créances existantes entre les partenaires sont réglées sur le modèle du règlement des récompenses dans le cadre de la liquidation des régimes matrimoniaux de communauté. Le législateur en 2006 a modifié les formalités de publicité du PACS en s'inspirant du mariage.

Le PACS est désormais mentionné en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires. Comme si ces changements pour faire du PACS un mariage *bis* ne suffisaient pas, la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 a encore renforcé le rapprochement. Le sort des partenaires, majeurs, en curatelle ou en tutelle est calqué sur celui du conjoint marié dans la même situation. Mais une différence oppose toujours mariage et PACS. La rupture du premier passe nécessairement par le divorce et suppose l'intervention du juge aux affaires familiales tandis que la rupture du second reste de nature contractuelle. Les modalités de liquidation des intérêts des époux sont progressivement alignées sur le modèle de la liquidation des régimes matrimoniaux.

La tendance générale vers un rapprochement jusqu'à l'assimilation de ces deux modes de conjugalité a trouvé son achèvement avec le vote et l'entrée en vigueur de la loi sur le mariage pour tous.

La principale différence entre PACS et mariage a disparu avec l'ouverture du mariage aux couples du même sexe. Par conséquent, la comparaison entre la formation de ces deux modes de vie en couple organisés par le Code civil montre que le législateur a d'abord cédé à la tentation du rapprochement (1) avant d'accepter la disparition des différences (2).

1. De la tentation du rapprochement

Cette tentation, comme le montre l'évolution de la loi concernant le sort des majeurs sous tutelle, touche la forme comme le fond. Il suppose le changement de nature du PACS qui de contrat devient un statut à part entière.

A) Le rapprochement quant à la forme

Ce rapprochement est essentiellement dû à l'amélioration de la publicité du PACS. Le mariage est mentionné sur l'acte de naissance des époux. Désormais, dans le cadre de la conclusion d'un PACS, le greffier (pas l'officier de l'état civil) est toujours en charge des formalités de publicité. Le caractère occulte du PACS ayant été dénoncé comme générateur d'insécurité juridique car les tiers contractants des partenaires pouvaient rester dans l'ignorance du PACS, la loi de 2006 réforme la publicité.

L'article 515-3-1 du Code civil précise que le PACS doit être mentionné en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires avec l'indication de l'identité de l'autre. Les officiers de l'état civil se retrouvent après transfert de compétence en charge de publicité qui était confiée au greffier. La preuve du PACS est donc améliorée sur le modèle du mariage dont la preuve préconstituée dépend de l'inscription de l'acte de célébration sur le registre de l'état civil.

B) Le rapprochement quant au fond

Certaines dispositions sont le fait de la loi de 2007, d'autres existaient déjà dans la loi de 1999. La nouveauté législative est le fait de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs. Cette dernière, on l'a vu, aligne les conditions de conclusion du PACS par les majeurs protégés sur celles du mariage.

Déjà la loi de 1999 avait étendu au PACS l'interdiction de polygamie qui frappe le mariage. Elle prend une tournure particulière avec l'impossible cumul du PACS et du

mariage. Demain comme aujourd'hui le PACS est fermé à une personne déjà engagée dans les liens du mariage (art. 515-1) et la survenance du mariage de l'un des partenaires entraîne la dissolution du PACS. Désormais avec la loi sur le mariage pour tous, il faut envisager la dissolution du PACS par les partenaires de même sexe désireux de se marier.

Autre point de rapprochement, déjà acquis et préservé par la loi nouvelle : les empêchements communs au mariage et au PACS : impossibilité de conclure l'un ou l'autre entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au 3^e degré inclus. De manière surprenante, le Code civil est plus exigeant pour le PACS que pour le mariage dans la mesure où les rares dérogations prévues pour le mariage (dispenses du chef de l'État, art. 164 et 366, C. civ.) ne se retrouvent pas pour le PACS. L'interprétation des textes sera d'autant plus extensive que le mariage version 2013 modifie les empêchements à mariage pour tenir compte du mariage entre personnes de même sexe (art. 162, C. civ.).

2. A la disparition des différences

Le mariage et le PACS ne sont plus des statuts d'organisation de la vie en couple distincts depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013. La principale différence qui les opposait était la différence de sexe (sur l'affirmation de la différence de sexe dans le cadre du mariage, *Civ. 1^{re}, 13 mars 2007*), elle est supprimée par la loi. Du coup l'ensemble des différences relatives aux conditions de forme, ou aux conditions de fond disparaissent ou sont maintenues conduisant à faire une distinction formaliste de ces nouveaux modes de conjugalité.

A) Les différences quant à la forme

Le formalisme du mariage lui reste propre. Pour mener la comparaison jusqu'au bout, il convient de s'intéresser au modèle du mariage qui est le plus complet et rechercher les correspondances et différences dans le cadre de la formation du PACS.

Le formalisme du mariage se déroule en trois étapes : les formalités antérieures à la célébration du mariage, les formalités pendant la célébration, enfin les formalités postérieures qui assurent la publicité du mariage. Si l'on confronte le formalisme de la formation du PACS à ces trois étapes, il est possible de voir les différences qui les distinguent. Désormais ce qui distingue le mariage du PACS tient moins dans ces éléments techniques que sur des questions emblématiques.

1) La compétence de l'officier de l'état civil

Le vote de la loi du 17 mai 2013 a soulevé la question de la clause de conscience des maires ne voulant pas célébrer un mariage homosexuel.

Le Conseil constitutionnel par une décision du 18 octobre 2013 (n° 2013-353 QPC) tout en rappelant le caractère constitutionnel de la clause de conscience précise que les maires et leurs adjoints exercent une fonction d'officier de l'état civil au nom de l'État et doivent assurer l'exécution des lois et des règlements. Ils ne peuvent pas manifester leur opposition au mariage pour tous, il faut assurer le bon fonctionnement et la neutralité de l'État.

De manière pragmatique, le maire, l'adjoint peut trouver parmi les membres du conseil municipal, un volontaire pour célébrer le mariage.

2) Le formalisme de la formation

La simplicité du PACS tranche une fois de plus avec les multiples contraintes caractérisant la célébration du mariage. En ce qui concerne le PACS, avant comme après la réforme de 2006 et les précisions de la loi du 28 mars 2011, l'article 515-3, al.1 du Code civil énonce que les partenaires doivent faire une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance du ressort de leur résidence commune. Ils doivent produire au greffier la convention (qui désormais peut être authentique) passée entre les partenaires et justifier leur identité. La loi de 2006, prévoit, non plus la production d'un certificat de non-PACS, mais la production d'un certificat de naissance. Le greffier conserve la mission d'enregistrer la convention initiale sur un registre avant de la restituer aux partenaires.

Le mariage connaît un formalisme plus exigeant, mais qui a été modifié par la loi de 2013. Les articles 74 et 165 du Code civil sont modifiés pour que le mariage puisse être célébré dans la commune du domicile ou de la résidence de plus d'un mois de l'un ou l'autre des époux, mais aussi la commune du domicile ou de la résidence de l'un des parents des époux.

Curieusement, au sein même de l'institution du mariage une différence est introduite entre les mariages célébrés entre époux du même sexe et les autres. Les premiers profitent seuls du nouvel article 171-9 du Code civil relatifs au mariage des Français à l'étranger. Il s'agit, dès lors que l'un des époux est Français, de dépasser les entraves à leur mariage, en leur permettant de se marier dans la commune de leur choix. Sur ce point la loi de 2013 fait tout pour favoriser le mariage entre personne de même sexe même si l'un des époux est d'une nationalité qui lui interdit une telle union.

3) Le déroulement de la célébration

Le nouvel article 165 du Code civil creuse encore la différence entre la dimension contractuelle du PACS et la dimension sacramentelle du mariage. Il introduit une curiosité au regard du caractère civil du mariage, ce dernier désormais est une cérémonie républicaine. On assiste à un curieux rapprochement sémantique entre le mariage civil et le mariage religieux qui lui exclut toujours le mariage entre personnes de même sexe.

B) La disparition des différences quant au fond

La différence majeure consacrée par la Cour de cassation le 13 mars 2007 était la différence de sexe. Elle est désormais balayée par la loi. Le nouvel article 143 du Code civil énonce : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe ».

En regard, on retrouve l'article 515-1 du Code civil pour lequel le PACS est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe.

Les exigences de la loi restent plus précises en matière de mariage :

- la protection du consentement reste spécifique au mariage car le Code civil prévoit une série de textes particuliers ;
- plus original encore, le mariage prévoit des mécanismes préventifs assurant la sincérité de la formation du mariage : les oppositions à mariage. Elles permettent de prévenir la célébration d'un mariage irrégulier et constituent le dernier recours des parents pour empêcher un mariage qu'ils condamnent. Aucun mécanisme similaire ne se retrouve dans le cadre du PACS.

La protection dans le cadre du PACS dépend pour l'essentiel du droit commun des contrats bien qu'aucune application n'ait été mise en œuvre par les juges. Pourtant, implicitement, une protection propre au consentement des incapables caractérisait le PACS de 1999. En effet, le PACS n'était envisageable en dépit du silence de la loi pour les majeurs sous curatelle qu'avec l'autorisation du curateur. En ce qui concerne le majeur sous tutelle (art. 506-1 anc., C. civ.), la conclusion du PACS, était interdite comme pour les mineurs. Autant de différences avec le mariage, les mineurs émancipés peuvent se marier et les majeurs protégés aussi sous réserve de l'obtention des autorisations nécessaires. La loi du 5 mars 2007 achève le rapprochement avec le mariage. Le PACS est toujours fermé aux mineurs. L'article 460 du Code civil prévoit désormais expressément l'intervention du curateur pour le PACS d'un majeur sous curatelle. Le sort du majeur sous tutelle désirent conclure un PACS en application de la loi de 2007 est aligné sur celui du mariage du majeur sous tutelle. Ce dernier point montre que le législateur sur bien des points a cédé à la tentation du rapprochement.

11

SUJET THÉORIQUE

Université de Nice Sophia Antipolis

Dissertation : « Erreur cause de nullité du mariage »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Il s'agit d'une question de cours sur l'intégrité du consentement dans le mariage. Seule l'erreur, vice du consentement des époux, est visée par le sujet. Il faut prendre soin **d'éviter** le hors sujet en **évitant** de traiter de l'existence du consentement et des autres vices du consentement. Le sujet, l'erreur, cause de nullité du mariage, impose à l'évidence l'étude de la sanction en cas d'erreur à savoir la nullité relative pour l'intégrité du consentement.

Méthodologie appliquée

Le sujet ne présente aucune difficulté particulière. L'étudiant doit, dans un premier temps, rassembler ses connaissances de cours, puis dans un second temps, rechercher un plan.

Première étape : Détermination des problèmes de droit et lecture attentive du sujet

L'article 180 du Code civil sur l'intégrité du consentement est le premier concerné par le sujet. La dissertation ne doit traiter que de l'article 180 du Code civil et de la sanction qui lui est attachée. En effet, la sanction ne doit pas être négligée, elle fait partie intégrante du sujet, il faut donc expliquer les conditions et les conséquences de la nullité est relative.

Seconde étape : Recherche du plan

Comme pour toutes dissertations, plusieurs plans sont acceptables. Cependant, quels qu'ils soient, ils doivent mettre en valeur les différences de régimes existant dans la protection du consentement.

En l'espèce pour cette question de cours, le plan s'impose, d'abord l'étude de l'erreur, vice du consentement et ensuite la sanction, la nullité relative

1. L'erreur, vice du consentement
 - A) Erreur sur la personne
 - B) Erreur sur les qualités essentielles de la personne
2. La sanction : la nullité relative
 - A) Condition de mise en œuvre
 - B) Effets de la nullité

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Acte juridique, le mariage ne se résume pas à un simple contrat, cependant, il repose fondamentalement sur l'engagement volontaire des futurs époux. La volonté de chacun d'entre eux est donc toujours exigée, c'est le sens de l'article 146 du Code civil : il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement. Le consentement libre et intègre, exempt de tous vices, des futurs époux est donc indispensable à la validité

du mariage. Ainsi au-delà de l'intégrité du consentement, c'est aussi l'existence du consentement qu'exige le Code civil.

Aucune volonté extérieure ne doit pouvoir empêcher le mariage des époux librement consentants. Ce principe est le corollaire de l'existence en droit français d'un véritable droit au mariage qualifié de droit subjectif de la personnalité. Par conséquent, ce droit ne peut pas subir de restriction intempestive. Il garantit la liberté de choix entre le célibat, le mariage, le PACS ou le concubinage. Le principe de la liberté du mariage est consacré à travers l'affirmation de la constitutionnalité de l'article 180 du Code civil par la décision du Conseil constitutionnel du 22 juin 2012 (n° 21012-261) rendue à la suite de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. La possibilité offerte au procureur de la République de former opposition à mariage ou à poursuivre l'annulation du mariage est un moyen d'assurer la protection de la liberté du mariage.

L'influence du droit des contrats sur l'acte juridique qu'est le mariage est évidente ; le consentement doit être exempt des vices décrits par l'article 1109 du Code civil : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou qu'il a été extorqué par la violence ou surpris par dol ».

Certes, il est logique de contrôler lors de la formation du mariage les vices du consentement des contrats. Cependant, il a fallu réaliser une adaptation car le mariage n'est pas un contrat comme les autres. Le dol n'est pas envisageable. La maxime de Loysel sur ce point ne laisse aucun doute : en mariage trompe qui peut. L'erreur, elle, est possible. Cependant, elle est originale, car, dans le cadre du mariage, l'erreur sur la personne est sanctionnée. L'article 180 du Code civil reprenant une jurisprudence séculaire (*arrêt Berthon Cass. Ch. réun. 24 avril 1862, D. 1862. 1.153, S. 1862.1.341*) énonce : s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités substantielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage. L'alinéa 1 de ce même article précise les modalités de l'adaptation des vices du consentement en ces termes : le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre ».

Le respect de l'intégrité du consentement ne serait pas effectivement protégé à défaut de sanction. Or la sanction est sévère, elle est à l'image de l'importance du consentement. Il doit être sérieux et surtout non affecté par un vice du consentement, notamment par l'erreur, à défaut, la nullité est prescrite. Qu'elle soit relative ou absolue ses effets sont les mêmes, l'annihilation de l'acte du mariage. Ses tempéraments, par le

biais du mariage putatif, sont également communs. Le mariage doit rester une union volontaire entre deux personnes conscientes de leur engagement. Par conséquent, la loi stigmatise l'erreur comme vice du consentement du mariage (1) et en assure la protection par la nullité du mariage (2).

1. L'erreur, vice du consentement

L'erreur, vice du consentement, prend deux aspects distincts dans le cadre du mariage. Le premier l'erreur sur la personne reste rare (A), tandis que le second, l'erreur sur les qualités essentielles de la personne est délicat à apprécier (B).

A) L'erreur sur la personne

L'erreur dans la personne reste marginale. Elle implique de se tromper sur l'identité physique ou civile du futur conjoint. L'identité physique est vérifiée par la présence, en personne des deux époux devant l'officier d'état civil, en effet, il n'y a pas de mariage par procuration (contrairement à certains droits étrangers). L'erreur sur l'identité civile est plus probable, mais, elle implique la production d'un faux état civil, un des futurs conjoints prétend être célibataire alors qu'il est déjà marié et non divorcé par exemple. La nullité n'est prononcée que si l'erreur a été déterminante du consentement.

B) L'erreur sur les qualités essentielles de la personne

L'erreur sur les qualités essentielles de la personne est le fait de l'arrêt Berthon : une jeune femme se marie avec un homme dont elle apprend, par la suite qu'il est un ancien forçat. Seule l'erreur dans la personne est alors reconnue, elle est donc déboutée de sa demande d'annulation du mariage car il n'y a pas d'erreur d'état civil mais seulement sur l'honorabilité de son mari. L'évolution de la jurisprudence s'est progressivement imposée en déformant le contenu de l'article 180 du Code civil. Ainsi le TGI de Paris, le 8 février 1971, dans des circonstances très proches de l'affaire Berthon prononce l'annulation du mariage. Une veuve de gendarme ayant découvert après la célébration de son second mariage qu'elle a épousé un repris de justice ; le mariage a été annulé pour erreur dans la personne comprise comme erreur sur les qualités essentielles de la personne. Plus récemment, le tribunal de grande instance de Paris a annulé le mariage célébré entre un Français et une ressortissante étrangère. Ce dernier, après le mariage, avait découvert que sa femme se livrait à la prostitution avant et après son mariage. Le tribunal constate que la prostitution n'est pas compatible avec « la conception normale de la moralité de sa future épouse que peut se faire un candidat au mariage, qu'avec les obligations légales et notamment celles de

fidélité, prévue à l'article 212 du Code civil ». Ce premier point réglé, le TGI de Paris, le 13 février 2001, constate l'erreur de l'époux, erreur déterminante qui avait vicié son consentement : le mariage est donc annulé. L'erreur est également jugée déterminante par le TGI de Dinan le 4 avril 2006, lorsque l'époux qui ignorait la séropositivité de sa femme la découvre quelques mois après le mariage. Une telle solution n'est pas toujours acquise en raison de l'appréciation des circonstances de l'espèce par le juge. Elle est également soumise à la prescription prévue par le Code civil. La Cour d'appel de Paris dans une décision du 15 juin oppose à une épouse qui reprochait à son mari de lui avoir caché des activités inavouables (activités occultes, usage de faux, homosexualité, travesti, etc.) la prescription car les époux avaient cohabité pendant six mois depuis que l'époux a retrouvé sa liberté et pris connaissance de l'erreur.

La loi du 11 juillet 1975 consacre cette évolution jurisprudentielle en introduisant l'alinéa 2 de l'article 180 du Code civil. L'erreur sur les qualités essentielles de la personne est appréciée souverainement par les juges du fond. Elle est déduite des finalités du mariage. Les exemples restent nombreux en jurisprudence. Mener une vie conjugale suppose l'honorabilité du conjoint, la connaissance de sa religion, de sa santé mentale, de sa loyauté. La fidélité, l'époux est importante ; ainsi celui qui, après, son mariage continue à vivre avec une maîtresse et quitte sa femme peu de temps après sa célébration pour aller vivre avec sa maîtresse a un comportement qui permet de reconnaître l'erreur sur les qualités essentielles de la personne (*TGI Le Mans, 7 sept. 1981*). Dans des circonstances analogues, une épouse, dont le mari lui avait caché une double vie et avait en marge de son mariage une famille naturelle, a obtenu l'annulation de son mariage sur le fondement de l'article 180 du Code civil (*Rennes, 11 décembre 2000*). En revanche, la stérilité n'est pas retenue comme erreur sur les qualités substantielles de la personne. Les juges considèrent que les époux peuvent recourir aux procréations médicalement assistées (PMA). De même, la demande en annulation d'un mariage pour erreur sur les qualités essentielles de la personne a été refusée par la cour d'appel de Paris au motif que le fait pour le mari d'avoir caché à sa femme une liaison antérieure au mariage ne révélait pas un défaut de sentiment envers sa femme. En outre, l'épouse ne prouvait pas qu'elle aurait renoncé au mariage si elle avait eu connaissance de cette liaison (*Paris, 20 décembre 2001*). L'erreur sur le rôle que la future épouse doit tenir au regard de l'éducation du jeune enfant du mari, veuf, n'est pas davantage une cause d'annulation du mariage sur les qualités essentielles de l'épouse. La Cour d'appel de Montpellier le 8 février 2011 (n° 10/01367) estime qu'un veuf ayant épousé une jeune malienne de 30 ans sa cadette après recherche sur internet ne peut pas demander l'annulation du mariage pour erreur sur les qualités

essentielles de la personne parce que sa femme a abandonné le domicile familial. Le mari estimait avoir été trompé sur la capacité de son épouse à s'occuper de son enfant et s'être trompé sur les véritables intentions de sa femme. Selon la cour d'appel l'éducation d'un enfant n'est plus la pièce maîtresse d'un mariage, le mari aurait été mieux inspiré de fonder sa demande sur le défaut d'intention matrimoniale de sa jeune épouse. La preuve de l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint n'est pas donc toujours aisée à rapporter. Quoi qu'il en soit, cette preuve est libre, mais avant tout, il faut établir que la qualité a été déterminante du consentement au mariage. La sanction en cas d'erreur dans le mariage est la nullité.

2. La sanction : la nullité relative

Quelle que soit la forme de la nullité, les effets et les tempéraments sont les mêmes (B). En revanche, les conditions de mise en œuvre de la nullité relative en cas d'erreur sont spécifiques (A).

A) Condition de mise en œuvre

La nullité relative sanctionne le vice du consentement qu'est l'erreur. Les vices du consentement ouvrent droit à une demande en nullité offerte au conjoint trompé ou violenté. Soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond les cas d'erreur sont très variés. L'erreur sur les sentiments religieux du conjoint a été considérée comme déterminante pour une femme pratiquante découvrant l'existence de la maîtresse de son mari et le caractère durable de cette relation, en 1981, la solution parallèle a été retenue pour le mari s'apercevant de l'absence de moralité de la jeune femme qu'il a épousée, en 1995.

La nullité est alors relative afin de protéger le conjoint victime des vices du consentement ou l'incapable mineur qui a donné inconsidérément son consentement. Les titulaires de l'action sont le conjoint trompé ou mineur même après le prononcé du divorce, les parents qui auraient dû consentir au mariage.

Cette action est éteinte par prescription ou par confirmation. La prescription est quinquennale (art. 1304 al 1, C. civ.) dans le cadre des vices du consentement. Elle était plus brève en matière de mariage. L'article 181 du Code civil aligne la prescription sur celle du droit commun : cinq ans. Ce délai commence à courir soit à compter du mariage.

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

B) Effets de la nullité

Ils sont sévères, il s'agit de l'annulation rétroactive du mariage : l'usage du nom du mari est perdu, la déclaration de nationalité est caduque. Ces effets sont tempérés car depuis la loi du 3 janvier 1972, les enfants issus du mariage restent légitimes. Le juge statue sur l'exercice de l'autorité parentale. Le recours au mariage putatif permet de dissoudre le mariage en maintenant ses effets patrimoniaux acquis. Il implique que les époux soient de bonne foi, c'est-à-dire que l'un d'entre eux ou les deux devaient ignorer la cause de nullité du mariage et que le mariage ait existé c'est-à-dire qu'il soit vraisemblable (intervention d'un officier d'état civil dans une cérémonie digne de ce nom). Grâce au mariage putatif, les effets de la nullité ne jouent que pour l'avenir. La nullité se rapproche alors du divorce tant pour la liquidation du régime matrimonial que pour l'avenir des enfants. Sur le fondement de cette analogie, la jurisprudence a accepté le versement d'une prestation compensatoire au conjoint de bonne foi. La mauvaise foi de l'un des époux peut entraîner sa condamnation au versement de dommages-intérêts conséquents à la victime de ses actes.

12

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Université de Perpignan

Sujet : Commentez l'arrêt rendu par la 1^{re} chambre civile de la cour de cassation, le 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Bordeaux, 19 avril 2005), que, malgré l'opposition notifiée le 27 mai 2004 par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, le maire de la commune de Bègles, en sa qualité d'officier d'état civil, a procédé, le 5 juin 2004, au mariage de MM. X... et Y... et l'a transcrit sur les registres de l'état civil ; que cet acte a été annulé, avec mention en marge des actes de naissance des intéressés ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches : (...)

Sur le second moyen, pris en ses cinq branches :

Attendu que MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir annulé l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, avec transcription en marge de cet acte et de leur acte de naissance, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en retenant que la différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage, cependant que cette condition est étrangère aux articles 75 et 144 du code civil, que le premier de ces textes n'impose pas de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence expressément aux termes «mari et femme», la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2°/ qu'il y a atteinte grave à la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention lorsque le droit interne est incompatible avec un aspect important de l'identité personnelle du requérant ; que le droit pour chaque individu d'établir les détails de son identité d'être humain est protégé, y compris le droit pour chacun, indépendamment de son sexe et de son orientation sexuelle, d'avoir libre choix et libre accès au mariage ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que par l'article 12 de la Convention se trouve garanti le droit fondamental de se marier et de fonder une famille ; que le second aspect n'est pas une condition du premier, et l'incapacité pour un couple de concevoir ou d'élever un enfant ne saurait en soi passer pour le priver du droit visé par la première branche de la disposition en cause ; qu'en excluant les couples de même sexe, que la nature n'a pas créés potentiellement féconds, de l'institution du mariage, cependant que cette réalité biologique ne saurait en soi passer pour priver ces couples du droit de se marier, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ alors que si l'article 12 de la Convention vise expressément le droit pour un homme et une femme de se marier, ces termes n'impliquent pas obligatoirement que les époux soient de sexe différent, sous peine de priver les homosexuels, en toutes circonstances, du droit de se marier ; qu'en excluant les couples de même sexe de l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé les articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ que le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'écarte délibérément de celui de l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'il garantit le droit de se marier sans référence à l'homme et à la femme ; qu'en retenant que les couples de même sexe ne seraient pas concernés par l'institution du mariage, et en annulant l'acte de mariage dressé le 5 juin 2004, la cour d'appel a violé l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne MM. X... et Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette la demande de MM. X... et Y... ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du treize mars deux mille sept.

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

Le commentaire de la décision de la Cour de cassation condamnant le mariage homosexuel est un de ces grands arrêts, classiques, proposés comme sujet d'examen dans différentes universités. L'arrêt est particulièrement intéressant après le vote de la loi du 17 mai 2013 relative au mariage pour tous. L'affaire est bien connue par les étudiants et le piège principal à éviter est de faire une dissertation café du commerce sur le thème de l'arrêt. L'arrêt reste très important sur plusieurs points. Le premier d'entre tous est l'affirmation que le mariage n'était envisageable qu'entre un homme et une femme. De ce point de vue, la Cour oppose le mariage au Pacte civil de solidarité, opposition qui ne vaut plus depuis le vote de la loi de 2013. Le second point important réside dans l'argumentation du pourvoi présenté à la Cour, elle visait différentes règles

du droit civil français et des textes internationaux, il faut apprécier ces arguments par rapport à la loi. Les articles 75 et 144 du Code civil sont visés. Il s'agit d'une relecture des textes classiques en confirmant l'analyse majoritaire de la doctrine, ces textes sous-entendent que le mariage ne peut concerner qu'un homme et une femme tant que la loi n'était pas modifiée par la volonté du législateur. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme est également visé avec l'article 14 sur la liberté de tout à chacun sur sa vie privée, de même l'article 12 de la Convention sur le droit au mariage et le droit de fonder une famille est rappelé comme étant l'autre liberté fondamentale tout en soulignant que ce droit peut être limité par le droit national à un homme et une femme. Enfin, un des aspects les plus originaux de l'arrêt est la référence à l'article 9 de la charte des droits fondamentaux consacrant le droit au mariage, or cet article n'était pas de droit positif lorsque l'arrêt a été rendu. Il est entré dans le droit positif après la signature et la ratification du Traité de Lisbonne fondant la dernière réforme de l'Union européenne.

Le commentaire d'arrêt est donc facile car le sujet est bien connu et difficile car la tentation de faire une dissertation sur l'arrêt est encore plus grande que lorsque l'arrêt aborde des questions plus techniques du droit.

Méthodologie appliquée

Le piège principal pour commenter l'arrêt du 13 mars 2007 est de faire une dissertation sur l'interdiction du mariage homosexuel en droit français avant le vote de la loi consacrant le mariage pour tous. Pour éviter ce piège, l'étudiant doit reprendre et appliquer la méthodologie du commentaire d'arrêt. Il doit lire l'arrêt avec attention pour le comprendre et en souligner les mots clefs (un quart d'heure), après cette lecture il doit établir la fiche d'arrêt, qui doit être achevée au plus tard après trois quarts d'heure d'examen. Cette fiche permet de trouver un plan de commentaire et d'avoir la trame de l'introduction du commentaire d'arrêt.

Première étape : la lecture attentive de la décision

Cette étape est le préalable indispensable à la réussite du commentaire d'arrêt. Elle doit permettre de souligner les mots clefs de décision. En isolant ces termes, l'étudiant détermine les points de droit indispensables à commenter.

Cette première lecture met en évidence quelques points essentiels. D'abord, seul le second moyen du pourvoi est soumis à la sagacité de l'étudiant pour son commentaire. Ensuite, les auteurs du pourvoi proposent une interprétation pour le moins osée des articles 75 et 144 du Code civil. Ils estiment que par leur formulation ces textes

ne circonscrivent pas réellement le mariage à un homme et une femme. Ensuite, les auteurs du pourvoi surenchérisent en se référant à la convention européenne des droits de l'homme et aux libertés fondamentales qu'elle garantit. Ils exploitent toutes les libertés : le respect de la vie privée et des choix de vie que cela sous-entend, le droit au mariage et à fonder une famille, l'interdiction de toute discrimination suggérant que traiter différemment les couples homosexuels constitue une telle discrimination. Enfin, ils invoquent même l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui est redondant avec l'article 12 de la Convention EDH. Cependant, à la différence de la Convention EDH, l'article 9 de la Charte abandonne clairement toute référence à une quelconque différence de sexe dans le droit au mariage. Son entrée en vigueur parallèlement au vote de la loi de 2013 en France témoigne d'une évolution profonde du droit et de la société au regard du mariage pour tous.

Cette première lecture conduit à isoler l'attendu lapidaire de la Cour de cassation qui ne se laisse pas impressionner par le flot des droits fondamentaux évoqués. Elle rappelle simplement la règle essentielle du droit français de l'époque : le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. En outre, la Cour de cassation connaît la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui n'a jamais consacré le mariage homosexuel, tout en laissant aux États la liberté de le faire. Elle laisse donc implicitement la porte ouverte à une loi qui est intervenue six ans plus tard.

Avant de rechercher le plan l'étudiant doit établir la fiche d'arrêt, cette dernière est d'autant plus importante qu'elle sert de trame à l'introduction du commentaire d'arrêt.

Deuxième étape : l'élaboration de la fiche d'arrêt

Au plus tard, cette fiche doit être établie trois quarts d'heure après le début de l'épreuve.

1) Les faits

Le maire de Bègles a célébré le mariage de deux homosexuels, le 5 juin 2004, en dépit de l'opposition du procureur en date 27 mai 2004. Inévitablement le mariage est annulé.

2) La procédure

Le mariage a été annulé par le tribunal de grande instance de Bordeaux, cette annulation a été confirmée par la cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005. Cette décision fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

3) Le problème de droit

La question sur laquelle la Cour de cassation doit se prononcer est celle de savoir si la différence de sexe est une condition substantielle du mariage en droit français en application des articles 75 et 144 du Code civil.

4) Les thèses en présence

Le couple homosexuel candidat au mariage s'appuie dans la première branche du second moyen sur une analyse biaisée du droit français en vigueur à l'époque. Par une lecture exégétique surprenante, ils estiment que ces textes n'exigent pas expressément la différence de sexe des futurs époux. Ensuite, dans les deuxième, troisième et quatrième branche du second moyen, ils invoquent la Convention EDH et ses droits fondamentaux. L'article 8 édictant le droit au respect et à la protection de la vie privée est interprété comme protégeant le libre choix de son orientation sexuelle et doit garantir le libre choix et l'accès au mariage. L'article 14 de la même convention est alors cité pour appuyer cette liberté de choix. Cet article condamne toute discrimination. Le couple homosexuel dénonce la fermeture du mariage aux couples homosexuels comme étant une discrimination condamnable. L'article 12 de la même convention qui consacre le droit au mariage et à fonder une famille est évoqué comme devant offrir ce droit aux couples homosexuels car le droit au mariage n'est pas refusé au couple ne pouvant pas avoir d'enfant. Enfin, dans la 5e branche du second moyen, les futurs époux invoquent l'article 9 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui formule le droit au mariage sans faire référence à un homme et une femme. Ils passent sous silence que ce texte, contrairement à la Convention EDH, n'est pas applicable en droit français. La charte n'a aucune force contraignante.

Les arguments du ministère public sont simples, on les devine derrière la formule lapidaire de la Cour de cassation, l'article 144, comme tous les autres articles du Code civil relatifs au mariage, se réfèrent expressément et implicitement à l'homme et à la femme. Le mariage bien qu'il ne soit pas défini par le code ne peut se concevoir dans la logique des textes qu'entre un homme et une femme. En outre, le droit français conserve l'entière liberté de cette exigence sans contredire les dispositions des textes européens consacrant les droits fondamentaux.

5) La solution

La Cour de cassation cisèle une formule concise qui pose un principe de droit : « Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention

européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ».

Troisième étape : la recherche du plan

Le plan s'impose à lecture de la formule ciselée par la Cour de cassation. En étudiant, les termes clefs de cette formule, on trouve une règle de droit « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » et on trouve l'absence de contradiction de cette règle avec les textes internationaux érigeant les droits fondamentaux. Par conséquent, le plan doit reprendre ces deux aspects de l'attendu de la Cour de cassation. La première partie doit étudier l'affirmation explicite, pour la première fois, d'une règle sous-entendu par le Code civil : le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. La seconde partie doit montrer que cette règle est conforme aux engagements pris par la France de respecter les droits fondamentaux de la Convention EDH. Si le plan du commentaire d'arrêt doit s'appuyer sur l'arrêt, dans les développements l'étudiant doit montrer qu'il connaît la loi de 2013 et doit mettre en perspective son commentaire avec l'adoption du mariage pour tous.

Le plan du commentaire peut être le suivant :

1. Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme
 - A) L'analyse des textes propres au mariage
 - B) Le PACS, contrat proposé aux couples homosexuels
2. Le respect des droits fondamentaux
 - A) Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme
 - B) L'article 9 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Le retour de la querelle des anciens et des modernes ou coup d'état retardé des modernes ? Le mariage en droit français était encore en 2007 l'union entre un homme et une femme. Six ans après, 17 mai 2013, la règle change, après l'intervention du législateur, le mariage pour tous est consacré. L'affaire de Bègles est bien connue pour avoir été largement médiatisée par la volonté de l'officier de l'état civil et des homosexuels candidats au mariage. Le débat était lancé, il fallait juste attendre un changement de majorité pour que le politique prenne la décision de changer la société française. L'arrêt commenté est devenu historique pour rendre compte de l'état du droit avant la loi du 17 mai 2013. Le maire de Bègles a célébré le mariage de deux homosexuels, le 5 juin 2004, en dépit de l'opposition du procureur en date 27 mai 2004. Inévitablement le mariage est annulé en l'état du droit en vigueur à l'époque.

Le mariage est annulé par le tribunal de grande instance de Bordeaux, cette annulation est confirmée par la cour d'appel de Bordeaux du 19 avril 2005. C'est cette décision qui fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation de la part du couple homosexuel soucieux sans doute d'épuiser les voies de recours devant les juridictions françaises pour pouvoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme qui confirme la liberté de choix laissé aux États pour accepter ou refuser le mariage entre les personnes de même sexe.

La question sur laquelle la Cour de cassation doit se prononcer est celle de savoir si la différence de sexe est une condition substantielle du mariage en droit français en application des articles 75 et 144 du Code civil dans leur version antérieure à la loi de 2013.

Les thèses en présence reflétaient la querelle des classiques et des modernes. D'un côté, le couple homosexuel entendait imposer une lecture surprenante du Code civil de l'époque et exploiter au-delà de leur contenu les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. De l'autre côté, le Ministère public

en s'opposant au mariage homosexuel et en demandant son annulation défend une analyse traditionnelle du mariage en France.

Le couple homosexuel candidat au mariage s'appuie dans la première branche du second moyen sur une analyse biaisée du droit français. Par une lecture exégétique étonnante, ils estiment que ces textes n'exigent pas expressément la différence de sexe des futurs époux. Ensuite, dans les deuxième, troisième et quatrième branche du second moyen, ils invoquent la Convention EDH et ses droits fondamentaux. L'article 8 édictant le droit au respect et à la protection de la vie privée est interprété comme protégeant le libre choix de son orientation sexuelle et doit garantir le libre choix et l'accès au mariage. L'article 14 de la même convention est alors cité pour appuyer cette liberté de choix. Cet article condamne toute discrimination. Le couple homosexuel dénonce la fermeture du mariage aux couples homosexuels comme étant une discrimination condamnable. Enfin, l'article 12 de la même convention qui consacre le droit au mariage et à fonder une famille est évoqué comme devant offrir ce droit aux couples homosexuels car le droit au mariage n'est pas refusé au couple ne pouvant pas avoir d'enfant. Enfin dans la 5^e branche du second moyen, les futurs époux invoquent l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui formule le droit au mariage sans faire référence à un homme et une femme. Ils passent sous silence que ce texte, contrairement à la Convention EDH, n'est pas applicable en droit français. La charte n'a aucune force contraignante.

Les arguments du ministère public sont simples, on les devine derrière la formule lapidaire de la Cour de cassation, l'article 144, comme tous les autres articles du Code civil relatifs au mariage, se réfèrent expressément et implicitement à l'homme et à la femme. Le mariage bien qu'il ne soit pas défini par le code ne peut se concevoir dans la logique des textes qu'entre un homme et une femme. En outre, le droit français conserve l'entière liberté de cette exigence sans contredire les dispositions des textes européens consacrant les droits fondamentaux.

Sans surprise pour tout juriste, la Cour de cassation cisèle une formule concise qui pose un principe de droit : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; ».

La solution apportée par la Cour de cassation assure l'intégrité du droit français de l'époque et répond clairement au pourvoi sans perdre de temps sur une analyse

exégétique des textes évoqués. Elle formule clairement la règle de droit sous entendue par le Code civil et aujourd'hui dépassée : le mariage est l'union d'un homme et d'une femme (1). Elle balaye rapidement les arguments tirés des articles de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la règle du droit français réservant le mariage aux couples constitués d'un homme et d'une femme n'est contredite par aucune des dispositions de ces textes (2).

1. Le mariage est l'union d'un homme et d'une femme

L'apport essentiel de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2007 est la formulation d'une règle jusque-là restée dans le non-dit « le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». La règle est sans appel, elle sonne comme un impératif. En soi, elle ne mérite pas de commentaire particulier, mais elle suscite une première remarque, elle dit le non-dit du droit interne français. Or par là, elle oblige à l'analyse des dispositions du Code civil relatives au mariage, spécialement l'analyse des articles 75 et 144 cités par la première branche du second moyen du pourvoi (A), mais elle impose, c'est toute la subtilité du non-dit, de replacer le mariage dans son contexte (B).

A) L'analyse des textes propres au mariage avant la loi de 2013

Un peu d'histoire : les deux textes visés par le pourvoi sont l'article 75 et l'article 144 du Code civil version antérieure à la loi du mariage pour tous. Le premier de ces textes prévoyait que l'officier de l'état civil reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ. Quant à l'article 144 du code, il précise toujours que l'homme et la femme ne peuvent pas se marier avant l'âge de 18 ans (loi n° 2006-399 du 4 avril 2006), mais la loi du 17 mai 2013 gomme la différence qui était maintenue entre un homme et une femme. Par sa formulation lapidaire, la Cour de cassation écarte l'interprétation exégétique de ces articles tentée par le pourvoi mais qui présageait l'avenir. S'ils ne posent pas clairement l'exigence de la différence de sexe pour la célébration du mariage, il est évident que la référence faite au mari et à la femme, à l'homme et à la femme interdit toute interprétation favorable au mariage homosexuel en l'état des textes jusqu'en 2013.

La Cour de cassation en rappelant que le mariage est l'union d'un homme et d'une femme s'inscrit dans le prolongement de sa jurisprudence ancienne. Dès 1903 (*Civ., 6 avril 1903*), elle avait, sous le visa des articles 144, 146 et 180 § 2, précisé que le

mariage ne pouvait être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'un au sexe masculin et l'autre au sexe féminin.

En effet, il semble indiscutable que les rédacteurs du Code civil n'ont pas pensé nécessaire de poser la condition de la mixité du couple pour la célébration du mariage. La condition s'imposait d'évidence dans la société de l'époque. La finalité du mariage est clairement la procréation. Il est possible de rappeler la phrase de Portalis : « le mariage, c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». On ne peut être plus clair et plus en harmonie avec la règle édictée par la Cour de cassation, le mariage est bien l'union d'un homme et d'une femme en droit français.

Autant d'arguments qui montrent la faiblesse de l'analyse du pourvoi sur ce point quand il affirme, sans le démontrer, que l'article 75 du Code civil n'impose de formule sacramentelle à l'échange des consentements des époux faisant référence aux termes « mari et femme ». Au demeurant, conscient que l'argument se retournerait contre eux les défenseurs du mariage homosexuel passent sous silence l'offre d'un statut de couple aux homosexuels par le droit français avec le PACS, offre brouillée par la consécration du mariage pour tous.

B) Le PACS, un contrat face au mariage pour les couples homosexuels

Le PACS introduit en 1999 dans le Code civil, par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, apporte la preuve *a contrario* de l'exclusivité du mariage aux couples formés d'un homme et d'une femme en offrant une alternative aux couples homosexuels.

Certes, le PACS n'est pas le mariage, pourtant, il convient de souligner le rapprochement important réalisé entre les deux types de contrats par loi du 23 juin 2006. En effet, si le PACS versus 1999 entendait se distinguer du mariage pour ne pas porter préjudice à ce dernier, le PACS *versus* 2006 (entrée en vigueur de la loi le 1^{er} janvier 2007) opère un rapprochement indéniable du statut des couples mariés et « pacsés ».

Le mariage peut rester l'apanage de l'homme et de la femme puisque les couples homosexuels peuvent se pacser. Le PACS, nouvelle mouture, tend vers le modèle qu'est le mariage. Le partenaire survivant en cas de décès bénéficie de la protection offerte au conjoint survivant par le droit des régimes matrimoniaux, il peut rester dans le logement pendant un an à la charge de la succession. Quant aux relations patrimoniales, la nouvelle loi introduit, par principe, un régime équivalent à celui de la séparation des

biens, laissant ouverte la possibilité de choisir l'indivision comme succédané de régime de communauté. Plus caractéristique encore du rapprochement avec le mariage, le PACS donne droit à un véritable devoir d'assistance entre partenaires et il est désormais transcrit en marge de l'acte de naissance des partenaires avec indication de l'identité du partenaire. Au final, PACS et mariage les ressemblances sont grandes. La seule différence importante qui subsiste concerne le droit de la filiation, l'exercice de l'autorité parentale. Ces dispositions restent totalement absentes de la législation sur le PACS puisque le domaine d'application de ce dernier exclut les questions relatives à la filiation.

Pourtant, même sur ce plan, le PACS était une véritable alternative au mariage en raison de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, par une décision du 24 février 2006, la première chambre civile a décidé que l'article 377, al. 1 du Code civil ne s'oppose pas à ce qu'une mère vivant avec une concubine et seule titulaire de l'autorité parentale puisse déléguer tout ou partie de l'exercice de cette autorité parentale à la femme avec qui elle vit si cette décision va dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Cependant l'exercice a des limites par une décision du 20 février 2007, la première chambre civile a précisé que l'adoption simple d'un enfant mineur par la compagne de la mère biologique est contraire à l'article 365 du Code civil car elle aboutit à la perte des droits de la mère biologique de l'enfant.

Ainsi, la Cour de cassation en édictant la règle, « le mariage est l'union d'un homme et une femme » exprime en une formule aussi ramassée que complète l'état du droit interne français. L'affirmation est d'autant plus justifiée que le PACS était devenu, en 2007, une véritable alternative au mariage offerte aux couples homosexuels.

Désormais, la différence entre le PACS et le mariage a disparu avec la loi de mai 2013 ; les caractéristiques s'estompent et on peut même se demander s'il faut maintenir ces deux formes de conjugalité. En réalité, le PACS et le mariage offrent une option à tous les couples sans discrimination aucune (car la filiation n'est pas concernée) : contrat ou institution ; rupture conventionnelle ou rupture judiciaire. La ligne de partage n'est plus celle des couples de même sexe ou non, mais le choix de l'instrument juridique de la relation de couple. La Cour de cassation a dit le droit de l'époque, le législateur a écrit le droit positif... rendant obsolète l'arrêt de 2007.

La Cour de cassation remplissant pleinement sa fonction avait donné l'exacte image du droit applicable lorsqu'elle a statué. En outre soucieuse de la hiérarchie des normes, elle avait pris soin de répondre par une formule unique et lapidaire aux arguments du pourvoi relatifs au respect des droits fondamentaux, montrant par là même que

si mariage pour tous il doit y avoir c'est un véritable choix de société que seul le législateur français peut réaliser et assumer.

2. Le respect des droits fondamentaux

Croyant impressionner la Cour de cassation en évoquant la convention européenne des droits de l'homme d'application directe en droit français, les « époux homosexuels » multiplient dans les branches deux, trois et quatre du second moyen la référence aux articles de la Convention européenne des droits de l'homme. En outre, sans reconnaître que n'a pas force obligatoire en 2007, ils utilisent l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux qui dans la formulation du droit au mariage ne semble pas imposer la différence de sexe entre les époux. La réponse de la Cour de cassation sur ces questions est tranchante : « ce principe (mariage entre un homme et une femme) n'est contredit par aucune des dispositions de la convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ». Ainsi il convient de dissocier le sort de la Convention européenne des droits de l'homme (A) et celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (B).

A) Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme

L'affirmation de la Cour est globale, elle ne daigne pas répondre point par point aux arguments qui lui sont soumis. Pourtant, la lecture des deuxième, troisième et quatrième branche du second moyen du pourvoi montre une méconnaissance ou une manipulation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'interprétation des textes évoqués.

En effet, l'article 8 de la Convention européenne a déjà été évoqué par les couples transsexuels devant la Cour européenne. En 2002, (*arrêt Goodwin et I. c/ R.U, 11 juillet 2002*), elle opère un revirement. Jusque-là, elle estimait que le refus de prendre en compte juridiquement le changement de sexe des transsexuels ne constituait pas une violation de l'article 8 (*arrêt Rees c/ R.U, 17 octobre 1986*). Le 11 juillet 2002, elle change d'analyse et reconnaît le droit au changement d'identité sexuelle et le droit au mariage qui en découle. Le changement de sexe autorise le mariage en définissant toujours le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, mais la Cour reconnaît en même temps que le droit de se marier n'implique pas nécessairement celui de fonder une famille. Cette jurisprudence issue du revirement a été confirmée en 2003 (*arrêt Van Kuck c/ Allemagne, 12 juin 2003*) et en 2006 (*Grant c/ R.U, 23 mai 2006*).

La Cour de justice des communautés européennes a fait sienne cette jurisprudence (CJCE, 7 janvier 2004). L'affaire est donc entendue, le mariage des transsexuels est acquis, les anciens ne sont plus si conservateurs que cela ! Cependant ce respect de la vie privée et de l'orientation sexuelle des transsexuels n'implique pas pour autant le droit au mariage des homosexuels. Ces derniers n'ont pas changé de sexes et leur mariage suppose que l'on change la définition de ce contrat particulier qui est une véritable institution et la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore franchi ce pas. Elle sera d'autant moins encline à condamner la France sur ce point que la législation française leur offre une véritable alternative au mariage, le PACS. Or la Cour a d'ores et déjà souligné que chaque État gardait la liberté d'introduire par sa loi le mariage homosexuel ou une autre forme de statut pour ces couples (*Evans c/ R.U.*, 7 mars 2006). La formule est toujours valable et laissait la France libre au regard du vote de la loi du 17 mai 2007.

A la lumière de cette jurisprudence et de la formulation de l'article 12 sur le droit au mariage qui fait expressément référence à l'homme et à la femme (« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier... »), un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme de la part du couple homosexuel ne pouvait pas aboutir d'aboutir dans l'immédiat. La liberté est de principe quant au choix de la politique législative des États tant que les couples de même sexe se voient proposer un statut alternatif.

Quant à la discrimination dont seraient victimes les couples homosexuels, une fois de plus l'affirmation du pourvoi montre une méconnaissance de la jurisprudence de la Cour européenne. Pour qu'il y ait discrimination, il faut qu'il y ait traitement différencié de personnes se trouvant dans une situation en tous points comparable. Or pour le moins, un couple homosexuel n'est pas assimilable à un couple composé d'un homme et d'une femme. A situation différente, solution différente : aux couples de sexe différent, le mariage ; aux couples homosexuels le PACS. La loi sur le mariage pour tous remet en cause ce principe, imposant au nom de la non-discrimination un même statut pour des couples pourtant différents. Certains y voient une difficulté à venir et la porte ouverte à des revendications difficiles à refuser... L'avenir le dira.

Enfin, on comprend bien pourquoi la cinquième branche du second moyen du pourvoi fait référence à l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux, mais une telle référence était en réalité inutile à l'époque.

B) L'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La tentation de se fonder sur l'article 9 de la Charte proclamée à Nice en décembre 2000 était grande car le texte ne fait plus de référence expresse à la différence de sexe pour définir le droit au mariage. Dès lors l'argument est facile : le droit de se marier et de fonder une famille doivent être garantis par les législations nationales pour les couples homosexuels comme pour les autres.

En réalité, il est possible de ne pas être convaincu. Le droit de fonder une famille ne peut *a priori* concerner que les couples susceptibles de procréer sauf à franchir un pas supplémentaire et autoriser les couples homosexuels à adopter des enfants ce qui est maintenant le combat en France puisque la loi de mai 2013 a écarté cette partie du projet. La question reste donc toujours sans réponse. Or la Cour de cassation, s'est, d'ores et déjà, prononcée par la négative sur cette question par sa décision du 20 février 2007 (*Civ. 1^{re}, 20 février 2007*). Surtout, comme le souligne la Cour de cassation « la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas en France de force obligatoire ». En effet, en 2007, la Charte n'était que proclamée solennellement. Certes, les institutions communautaires, y compris la Cour de justice des Communautés européennes ont pris l'engagement d'en tenir le plus grand compte et de l'intégrer dans leur arsenal législatif, mais ce n'est pas le cas des États membres. Le traité de Lisbonne désormais entré en vigueur a rendu, par renvoi, la Charte obligatoire, elle engage désormais la France sans soulever d'autres difficultés compte tenu de l'évolution de la législation française.

13

DISSERTATION

Université de Nice Sophia Antipolis

Sujet : « Les conséquences du PACS »

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

Le Pacte Civil de Solidarité est entré dans le droit positif depuis 1991. Il a été réformé en profondeur par la loi portant réforme du droit des successions du 23 juin 2006 et par la loi du 1^{er} juillet 2010. Si les premières années, le nombre de PACS semblait faible, il semble que ce contrat original connaisse un succès grandissant. Les conséquences attachées à la conclusion d'un PACS ont été largement modifiées par la loi de 2006, retouchées par les textes de 2009, 2010 et 2011, pour se rapprocher des conséquences attachées au mariage. En effet, la portée de l'indivision posée comme un succédané du régime matrimonial soulevait des difficultés. La solidarité des partenaires pour le paiement des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses nécessaires au logement devait être circonscrite (art. 515-4, al. 2, C. civ.) tout comme la notion d'aide mutuelle et matérielle que se devaient les partenaires (art. 515-4, al. 1, C. civ.). Toutes ces dispositions ont été changées et ces améliorations expliquent que le PACS soit devenu une véritable modalité juridique de la vie de couple.

Méthodologie appliquée

Première étape : Comme pour tout sujet de dissertation, dans un premier temps, il faut lire attentivement le sujet pour le comprendre et éviter la tentation du hors sujet. Il n'est pas demandé de traiter du PACS dans son ensemble, mais seulement de ses conséquences. Tout ce qui a trait à la formation, à la dissolution du PACS doit donc être écarté. S'il ne faut évoquer que les effets, même sur ce point, il convient d'être attentif. En effet, le sujet vise les conséquences du PACS. Il convient donc de traiter des engagements réciproques des partenaires, mais également de leurs obligations vis-à-vis des tiers.

Si la question de la présomption d'indivision de l'article 515-5 du Code civil mérite d'être abordée c'est sous l'angle des obligations que l'article et le régime faisait naître afin d'expliquer pourquoi la nouvelle loi la remplace par un régime proche de la séparation de biens.

Deuxième étape : Le sujet une fois cerné, l'étudiant doit réunir toutes ses connaissances sur le sujet au brouillon. Avant la rédaction, il convient de rechercher un plan. Ce dernier s'impose presque de lui-même. Les conséquences du PACS concernent d'abord les partenaires dans leurs relations réciproques. Cependant, il convient de ne pas oublier leurs relations avec les tiers. En ce qui concerne les conséquences entre les partenaires, la partie la plus importante concerne l'application de l'article 515-4, al. 1 du Code civil. Il convient donc de la traiter dans le B de la première partie. Les obligations plus indirectes sont celles qui découlent du régime des biens et de l'interprétation que l'on tente de donner aux dispositions en faveur des obligations personnelles ; il vaut mieux les traiter dans le A.1. Pour ce qui est des conséquences envers les tiers, la partie la plus importante concerne l'analyse de l'article 515-4, al. 2, il faut donc aborder ce point dans le A.2.

Le plan proposé est donc le suivant :

1. Les conséquences du PACS pour les partenaires
 - A) Les conséquences induites par les textes
 - B) Les conséquences issues de l'article 515-4, al.1 du Code civil
2. Les conséquences du PACS pour les tiers
 - A) Les conséquences nées de l'article 515-4, al. 2 du Code civil
 - B) Les conséquences lors de la dissolution du PACS

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Les conséquences du PACS sont essentiellement de nature patrimoniale car le PACS est « un contrat patrimonial, précaire par essence, destiné à organiser la vie commune d'un couple qui n'entend assumer aucune obligation autre qu'à très court terme. » (*F. Dekeuwer-Défossez, « PACS et famille », RTD civ. 2001.545.*) En réalité, une telle définition n'est plus tout à fait exacte depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 de la loi du 23 juin 2006 portant réforme du droit des successions. Le PACS s'est tant rapproché du mariage qu'aujourd'hui, il est moins un contrat qu'un statut.

Une telle évolution était prévisible car elle s'inscrit dans la logique du législateur de 1999 transcrite par la place qu'il lui a affecté dans le Code civil. Déjà, il entendait rapprocher le PACS du droit de la famille et les réflexions menées par la doctrine ainsi que la jurisprudence donnaient à réfléchir sur les obligations personnelles des partenaires. La plus importante restant la fidélité. L'interprétation de l'article 515-4 du Code civil est particulièrement importante : quel sens faut-il donner à l'obligation « d'aide mutuelle » et matérielle ? L'aide « mutuelle » n'est-elle que matérielle ou peut-elle prendre une dimension morale ? La lecture du Code civil conduit à ne voir qu'une aide mutuelle c'est-à-dire réciproque et matérielle ce qui exclut tout engagement moral et personnel. Les adjectifs « mutuel » et « matériel » qualifient cumulativement la notion d'aide. Nulle disposition dans la loi n'évoque une obligation quelconque de fidélité. Le silence du législateur est éloquent sur ce point. Pourtant, la discussion continue, l'obligation de vie commune de l'article 515-1 du Code civil est interprétée en faveur de la reconnaissance d'une forme de fidélité découlant de la loyauté dans l'exécution du contrat. L'évolution du droit pourrait laisser apparaître un paradoxe entre la déliquescence de la notion de fidélité dans le mariage et l'émergence d'une obligation de fidélité dans le PACS (*L. Antonini-Cochin, Le paradoxe de la fidélité, D. 2005. chron. 24*). D'aucuns estiment que la fidélité reste une des obligations du mariage, elle n'est, en principe, associée ni au concubinage, ni au PACS. Exclure toute obligation de fidélité est même l'expression d'une cohérence salutaire de la loi, le

PACS n'interdit en rien le mariage. Au contraire, l'article 515-7 du Code civil prévoit la rupture du PACS par le mariage de l'un des partenaires. Le PACS n'a pas à être rompu avant la célébration du mariage, il est rompu par le mariage. Le Conseil constitutionnel a même souligné dans sa décision du 9 novembre 1999 que cette disposition garantit le principe constitutionnel de liberté du mariage (consid. n° 42). Fidélité ne rime donc pas avec obligations des « pacsés ». Le PACS ne s'assimile pas au mariage, comme le montre la tentative d'un couple homosexuel de célébrer leur mariage le 5 juin 2004.

Le caractère contractuel et patrimonial du PACS gênait l'émergence d'obligations personnelles et réciproques entre les partenaires du Pacte les dispositions de la loi laissent plus de place à de tels engagements. En revanche, les conséquences du PACS pour les partenaires existent indubitablement au plan patrimonial, leur organisation est nettement plus satisfaisante que lors de l'adaptation de la loi de 1991. Les premières sont des conséquences propres aux relations entre les partenaires (1). Les secondes constituent des conséquences envers les tiers (2).

1. Les conséquences du PACS pour les partenaires

Certaines d'entre elles sont indirectes, elles sont induites par les textes (A). Les autres sont directement définies par l'article 515-4, al. 1 du Code civil (B).

A) Les conséquences induites par les textes

Elles sont au nombre de deux pour l'essentiel. L'une est de nature personnelle et est au cœur de la notion même de PACS, il s'agit de la notion de vie commune. L'autre est de nature patrimoniale et résulte de la présomption d'indivision.

La notion de vie commune définie par l'article 515-1 du Code civil a été interprétée par le Conseil d'État dans sa décision du 9 novembre 1999. Elle participe de la nature même du PACS puisque le Conseil précise que le pacte ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et une simple cohabitation. Il suppose une résidence commune, une vie de couple qui seules justifient les interdictions dans la formation du PACS (art. 515-2, C. civ.). La loi de 1999 n'imposait pas expressément le devoir de cohabitation aux partenaires ; les nouvelles dispositions de l'article 515-4, al. 1^{er}, énoncent sans ambiguïté qu'ils s'engagent à une vie commune.

Cette obligation de cohabitation désormais clairement légale va appuyer l'interprétation de l'article 515-1 en faveur de la fidélité et du devoir de loyauté dans l'exécution du pacte. Loyauté rime-t-elle avec les conséquences attachées au PACS ? D'aucuns considéraient que le PACS étant un contrat comme un autre. La loi de 2006 transforme

suffisamment la nature du PACS pour qu'une telle interprétation ne puisse plus être retenue. Les partenaires du PACS seraient comme tous contractants soumis à l'obligation de bonne foi imposée par le droit commun des contrats, mais également à une obligation de cohabitation qui suggère davantage qu'avant une obligation de fidélité. Il n'en demeure pas moins qu'il se dégage plus que jamais de ces principes une obligation de loyauté implicite qui s'imposerait aux partenaires. Cette loyauté pourrait toujours être assimilée à une nouvelle forme d'obligation de fidélité. L'audace de certains magistrats de première instance se trouve renforcée par la loi de 2006. Une ordonnance du Tribunal de Grande Instance de Lille, le 5 juin 2002, a consacré une obligation de fidélité sur le fondement de la loyauté dans l'exécution du contrat de PACS. Cependant, que dire de cette fidélité plus que précaire puisque la liberté du mariage demeure et que la rupture du PACS peut intervenir à tout moment sans être constitutif d'une faute. Toutefois, l'infidélité est une cause de rupture du PACS. La cohabitation qui est une des conditions du PACS (art. 515-1, C. civ. et 515 -4, al. 1^{er}, C. civ.) a pu être interprétée en faveur de la reconnaissance de relations personnelles entre les partenaires. Si cette condition de cohabitation est une condition de résidence commune, le rapprochement entre le PACS et le mariage opéré en 2006 pourrait bien en faire une obligation de cohabitation à l'image de celle qui caractérise le mariage.

La présomption d'indivision était la disposition la plus critiquée par la doctrine, elle était qualifiée de « bombe à retardement » ou « de loi périlleuse pour les imprudents et indulgente pour les habiles » (*M. Monteillet-Geffroy, Le notaire et le contentieux du PACS, JCP.N.2001, p. 744 ; F. Douet, note sous réponse ministérielle n° 39459, Dr. Famille, 2001, n° 12*). Dès lors on comprend que le législateur en 2006 ait décidé de désamorcer la bombe en abandonnant le régime fondé sur la double présomption d'indivision pour le remplacer par un régime proche de la séparation de biens. Un régime matrimonial de séparation adapté à la souplesse et la liberté qui doivent caractériser le PACS est posé par la loi nouvelle.

L'ancien article 515-5 du Code civil prévoyait une présomption d'indivision générale portant sur tous les biens acquis à titre onéreux par les partenaires en cours de PACS. Il distinguait entre les meubles meublants et les autres biens. L'alinéa 1 concernait les premiers et prévoit que la présomption d'indivision peut être écartée par une clause spécifique intégrée dans le Pacte civil de solidarité. En revanche, l'alinéa 2 ne prévoyait pas une telle souplesse pour les autres biens. La présomption d'indivision ne pouvait donc pas être écartée lors de la signature du PACS, une fois pour toutes.

Les critiques de la doctrine et les difficultés pratiques ont convaincu le législateur. Le principe de l'indivision est supprimé. À l'inverse, le régime matrimonial proposé

en l'absence de choix exprès des partenaires en faveur de l'indivision, est celui de la séparation de biens. Par conséquent, chaque partenaire garde l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Chacun des partenaires continue seul à répondre de ses dettes personnelles. La loi du 1^{er} juillet 2010 achève de rapprocher le PACS et le mariage en précisant que les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées pour les besoins de la vie courante, mais en ce qui concerne les dépenses manifestement excessives, cette solidarité ne joue pas. En outre, elle ne vaut pas pour les achats à tempérament, les emprunts (sauf s'ils portent sur des sommes modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante) qui ne sont pas conclus par les deux partenaires.

Les partenaires peuvent décider conventionnellement de revenir au régime de l'indivision qui ferait office, en quelque sorte, de régime de communauté. Le nouvel article 515-5-1 précise que les biens sont réputés indivis pour moitié. L'article 515-5-3 du Code civil organise le régime de l'indivision. Sauf dispositions contraires dans la convention d'indivision, chaque partenaire est gérant de l'indivision conventionnelle. En ce qui concerne l'administration des biens indivis, ils peuvent se servir des dispositions du Code relatives aux conventions d'indivision, précieux instruments d'organisation de la gestion de l'indivision. La volonté de communauté indivise qui animerait les partenaires est quoi qu'il en soit limitée par les nouvelles dispositions de l'article 515-5-2 du Code civil, il énumère les biens qui restent la propriété personnelle des partenaires (les deniers perçus par les partenaires, les biens à caractère personnel, etc.).

L'aide mutuelle et matérielle prévue par l'alinéa premier de l'article 515-4 du Code civil impliquent de véritables obligations réciproques entre les partenaires avant comme après la loi de 2006.

B) Les conséquences issues de l'article 515-4, al.1 du Code civil

Cet article dispose que les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'apportent une aide mutuelle et matérielle. Les modalités de cette aide sont fixées par le pacte. Cette aide mutuelle a pu être considérée, en 1999, comme l'ébauche d'obligation personnelle d'entraide entre les concubins. L'un des partenaires ne pouvant pas laisser dans le besoin l'autre. Cette analyse est confortée par la loi du 23 juin 2006. Cependant, la mise en œuvre de ce principe est laissée à la liberté contractuelle. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a précisé le caractère d'ordre public de ce devoir d'entraide ; seules les modalités sont abandonnées au bon vouloir des partenaires.

La pratique s'est déjà proposée de fournir des modèles de contrats organisant cette aide mutuelle et matérielle. La liberté d'organisation de l'aide mutuelle connaît une indiscutable limite, en raison de la décision du Conseil constitutionnel, il n'est pas possible d'envisager une clause qui méconnaîtrait le caractère obligatoire de l'article 515-4, al. 1. Au-delà, la liberté des partenaires est totale. Le plus souvent on trouvera une clause réglant la contribution des charges de la vie commune à proportion des facultés respectives des partenaires. L'influence du contrat de mariage est patente. Elle n'est pas le fruit du hasard, mais correspond à une attente pratique, en effet, cette clause permet de tenir compte automatiquement des modifications de fortunes des partenaires du PACS. Toutefois, en laissant les parties fixer les modalités de l'aide, la loi permet la prévision d'une répartition de moitié des charges de la vie commune. Dans ce cas, la prudence recommande de prévoir une clause d'adaptation en cas de revers de fortune d'un des partenaires. Les modèles de contrat proposés sont très détaillés, visant pour certaines clauses, les dépenses de santé, le paiement des frais inhérent au logement, les dépenses de nourriture, etc. En cas de litige, le juge du contrat devra en tenant compte de la situation de chacun des partenaires définir la mise en œuvre de ce devoir dans le silence du pacte. Il devra interpréter le contrat conclu par les partenaires s'il en existe un.

Avant la réforme de 2006, le juge devait interpréter le silence de la loi, car très souvent les partenaires négligent de rédiger un contrat. Cette négligence est désormais palliée par la loi. L'article 515-4 précise toujours que les partenaires s'apportent une aide mutuelle et matérielle, mais il aménage le texte sur deux points très importants. D'abord, les partenaires, sauf stipulations contractuelles, ne doivent l'aide matérielle qu'en fonction de leurs facultés respectives. Ensuite, il est écrit qu'ils s'apportent une assistance réciproque. L'attraction du mariage est très nette : cette disposition fait songer à l'article 212 du Code civil donnant définitivement une dimension extrapatrimoniale au PACS.

En ce qui concerne le logement, les partenaires ne bénéficient pas des mêmes droits que les époux. La loi n'introduit pas de texte proche de l'article 215 du Code civil qui impose l'accord des époux pour la disposition et le choix du logement de la famille. En revanche, les partenaires bénéficient des avantages non négligeables déjà offerts aux couples mixtes de concubins notoires par la loi du 6 juillet 1989, le partenaire non-signataire du bail peut bénéficier de la poursuite du bail d'habitation en cas d'abandon du domicile du locataire ou du transfert du bail en cas de décès du locataire. À la différence des concubins non « pacsés », le partenaire, même non-signataire du bail est tenu solidairement au paiement des loyers. Cette précision revient déjà à envisager

les obligations des partenaires d'un PACS à l'égard des tiers ainsi que leurs droits lors de la dissolution du PACS.

2. Les obligations des partenaires d'un PACS envers les tiers et à la dissolution du PACS

Le PACS a normalement plus d'effets entre les signataires, qu'à l'égard des tiers, le pacte est opposable aux tiers. Si ces derniers ne sont pas concernés par les engagements contractuels réciproques des partenaires en vertu de l'effet relatif du contrat, ils bénéficient de son opposabilité aux tiers. Cette remarque est d'autant plus justifiée que depuis 2006 le PACS semble davantage être un statut qu'un simple contrat. En outre, dans le cadre du PACS, certaines dispositions législatives, en particulier l'article 515-4, al. 2 du Code civil (Loi du 1^{er} juill. 2010), intéressent les tiers, plus particulièrement les créanciers (A). La loi fait apparaître d'autres obligations lors de la dissolution du PACS, à cette date les partenaires n'en sont plus vraiment et pourtant, ils ne sont pas des étrangers l'un envers l'autre (B).

A) Les obligations nées de l'article 515-4, al. 2 du Code civil

La loi de 2006, puis celle de 2010, ont réformé cette disposition en s'inspirant du régime primaire applicable aux époux. L'article 515-4, al. 2 prévoit que les « partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. *Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives* » « *Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux partenaires, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante.* ». Le texte distingue donc entre les dépenses de la vie courante et les dépenses manifestement excessives et introduit les mêmes nuances que l'article de 220 du Code civil dont l'influence est évidente.

En ce qui concerne les dépenses de la vie courante, il s'agit là de lourdes obligations qui pèsent sur les partenaires, heureusement, ils ne sont plus tenus en cas de dépenses excessives. Le contenu de ces obligations est difficile à définir, l'inspiration vient de l'article 220 du Code civil, disposition fondamentale du régime primaire qui prévoit la contribution partagée des époux à l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Le rapprochement des deux textes permettra peut-être de se servir de la jurisprudence de l'un pour préciser le domaine d'application de l'autre. Pourtant, la rédaction de l'article 515-4, al. 2 est moins précise. La notion d'entretien de l'article 220 du Code

civil est plus restrictive que celle des besoins de l'article 515-4, al. 2 comme le souligne la Cour de cassation. Ainsi, le terme de besoin permet de retenir comme solidaire la dette relative à une indemnité d'occupation (*Civ. 1^{re}, 7 juin 1989*). Désormais, l'article est plus équilibré qu'en 1999 car les dépenses sont encadrées par la notion d'excès. Les dépenses sont moins précises que celles des époux car la référence à l'adjectif « courante » est vague à la différence de celles d'entretien du ménage et de l'éducation des enfants, mais si elles sont excessives elles échappent à la solidarité.

L'autre limite de l'article 220 du Code civil concernant les achats à tempérament est introduite par la loi du 1^{er} juillet 2010. Le législateur a ainsi achevé le travail de rapprochement du PACS et du mariage offrant une sécurité salubre aux partenaires. L'interprétation donnée par la jurisprudence à l'article 220 du Code civil devrait pouvoir être transposée aux PACS. Ainsi concernant les achats à tempérament, l'importance de la somme engagée devrait être indifférente, ce qui n'est pas le cas pour l'emprunt qui doit rester modeste et utile aux dépenses de la vie courante. Ainsi la solidarité devrait jouer, comme pour le mariage, pour le crédit renouvelable utilisé pour effectuer des achats de petits montants pour les besoins du ménage (*Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008*). Il va de soi, le texte l'indique, clairement, que dès lors que les partenaires ont tous deux conclu le contrat d'emprunt la solidarité joue. De même pour les emprunts passés pour améliorer le logement principal, ceci exclut la solidarité pour un emprunt contracté pour les besoins de l'entreprise exploitée par l'un des partenaires. Les exemples inspirés du mariage peuvent être ainsi multipliés. Les réformes législatives apportent un progrès notable quant à la sécurité juridique des tiers dans leurs relations avec les partenaires d'un PACS.

Franchissant un pas supplémentaire dans la protection du bailleur, la loi « SRU » du 13 décembre 2000, dans son article 189 modifie la loi de 1989 (art. 9-1, Code des baux), afin de préciser que les congés et significations effectués par le bailleur à son locataire sont opposables au « pacsé » de ce dernier même si l'existence du PACS n'a pas été signifié au bailleur. Par principe, le PACS ne fait pas l'objet d'une publicité, la loi SRU sacrifie ici la discrétion caractéristique du PACS aux intérêts du bailleur.

La jurisprudence ne s'est pas encore clairement prononcée sur la portée exacte de ces engagements, le législateur l'a fait pour elle. Il est intervenu pour préciser les modalités de dissolution du PACS, même si la liquidation des intérêts patrimoniaux des partenaires est laissée à leur discrétion et à leur convenance.

B) Les conséquences lors de la dissolution du PACS

Le rapprochement avec le mariage est encore une fois sensible. Lors de la dissolution du PACS, les partenaires n'en sont plus et pourtant, il leur faut redevenir des étrangers l'un à l'autre !

En ce qui concerne l'attribution préférentielle, les dispositions du Code civil sont désormais applicables au partenaire survivant. L'influence du mariage ne s'arrête pas là. Les avantages accordés par la loi sur les successions au conjoint survivant sont partiellement étendus au partenaire survivant. Il se voit appliquer l'article 763 du Code civil et peut bénéficier de la jouissance gratuite du logement commun et du mobilier que le garnit pendant un an après le décès. En revanche, il ne dispose pas du même droit viager sur le logement que le conjoint survivant. L'article 515-7, al. 9 précise qu'en cas de désaccord sur les conséquences patrimoniales de la rupture le juge devra statuer.

En application du dernier alinéa de l'article 515-7 du Code civil, les créances entre les partenaires sont réglées sur le modèle des récompenses appliquées dans le cadre de la liquidation des régimes de communauté. On peut voir un paradoxe dans ce dernier rapprochement. Le régime de séparation de biens est de principe, mais le règlement des créances entre époux est réalisé en application d'un mécanisme propre aux régimes de communauté ! Le paradoxe mérite d'être nuancé car en ce qui concerne les créances entre époux le Code civil opère un renvoi à l'article 1469 et au profit subsistant.

Pourtant des différences subsistent, la Cour de cassation par une décision du 23 janvier 2014 exclut le versement de la pension de réversion au partenaire survivant. Cette dernière reste le privilège du conjoint. La Cour de cassation sous-entend qu'entre PACS et mariage le choix est librement fait par les membres du couple et choisir le PACS revient à renoncer à la pension de réversion. La solution est nettement posée : « après avoir exactement rappelé qu'en réservant au conjoint survivant la possibilité d'obtenir une pension du chef du conjoint décédé, ce qui supposait une union par mariage, l'article L. 353-1 du Code de la sécurité sociale tirait les conséquences d'un statut civil spécifiquement défini par le législateur, la cour d'appel en a justement déduit que la différence de situation entre les personnes mariées et les autres quant aux droits sociaux reposait sur un critère objectif ».

14

SUJET THÉORIQUE

Université de Limoges

Dissertation : « Couple et fidélité »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet est un classique du genre. Il recèle un piège classique et facile à déjouer pour un étudiant, il est formulé en utilisant la préposition « et » : « couple et fidélité ». Il ne faut surtout pas dissocier les deux notions, mais les confronter. Quant aux notions de couple et de fidélité, les remarques sont les mêmes que pour le sujet posé à Paris 12, le couple est plus large que le seul mariage. La fidélité ne dépend pas des mêmes textes juridiques et présente des caractéristiques propres à chaque couple.

Dans le couple marié, la fidélité est une des obligations du mariage affirmée à l'article 212 du Code civil. Pourtant, en dépit de son statut légal, la fidélité est une obligation qui est attaquée. Elle n'est plus une cause de nullité même si les libéralités sont faites pour maintenir une relation adultère. Elle avait déjà subi les assauts du droit du divorce qui, dès 1975, ne fait plus de l'adultère une cause péremptoire de divorce.

Dans le couple pacsé, les dispositions de la loi de 1999 ne prévoient pas expressément d'obligation de fidélité. La loi du 23 juin 2006 renforce le rapprochement avec le modèle que constitue le mariage. La tentation de consacrer une obligation de fidélité dans le PACS se dessine. Ainsi, le juge a voulu voir dans l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de PACS, l'expression d'une obligation de fidélité. Les obligations morales apparaissent dans le cadre du PACS.

Dans le couple de concubins, la liberté prédomine, il n'est pas question de fidélité dans une relation qui repose sur la liberté et qui doit en outre respecter la liberté du mariage.

Trois couples, trois modèles de fidélité. On a pu y voir des paradoxes, l'émergence de la fidélité s'imposerait progressivement dans le PACS tandis que ce devoir légal s'affaiblirait dans le mariage.

Méthodologie appliquée

Première étape

Comme pour tout sujet de dissertation, l'étudiant doit le lire avec attention pour en comprendre le sens et éviter le hors sujet. En l'espèce, comme le montre l'analyse du sujet, il faut retenir deux mots importants :

- le mot couple. Il convient de préciser son sens en droit positif. Il recouvre trois réalités différentes : le mariage ; le PACS ; l'union libre ;

- le mot fidélité. Il se retrouve dans l'article 212 du Code civil et appartient donc aux dispositions du régime primaire du mariage. Il ne se retrouve pas dans la loi relative au PACS. Il entre en contradiction avec la notion même d'union libre. La définition de la fidélité mérite d'être approfondie. Elle est souvent approchée en creux comme une des causes du divorce pour faute (art. 242, C. civ.). Elle concerne l'infidélité tant physique qu'intellectuelle, elle doit constituer une faute grave et renouvelée rendant intolérable le maintien de la vie commune.

Les notions mieux définies, l'étudiant doit au brouillon récapituler toutes ses connaissances sur elles.

Deuxième étape

La compréhension du sujet acquis et le recensement des connaissances réalisés, il convient de passer à la recherche du plan. A la réflexion chaque couple est confronté

de manière différente à la fidélité. Les couples mariés ont une obligation légale. Les couples non mariés n'en ont pas. Cependant, les partenaires d'un PACS tentent une interprétation du pacte en faveur de l'existence d'obligation morale dont celle de la fidélité tandis que les concubins ne disposent d'aucun texte et ne peuvent prétendre à aucune obligation morale comme la fidélité.

Le sujet proposé contient un piège qu'il faut immédiatement écarter : il ne faut pas traiter dans une première partie le couple et dans une seconde partie la fidélité. La présence du « et » impose la confrontation des notions.

Un plan descriptif est envisageable : à chaque couple sa fidélité. Un plan en trois parties pourrait être tentant : l'obligation légale du couple marié, l'obligation virtuelle du couple pacsé et l'absence d'obligation du couple de concubins. Un tel plan ne tient pas dans la mesure où par définition, il n'y aurait rien à dire dans la dernière partie sauf à démontrer la liberté de principe et à commenter la notion de faute dans la rupture de concubinage. Il est possible de rechercher un autre plan qui parte d'une constatation simple : le seul texte existant visant la fidélité est l'article 212 du Code civil concernant le mariage. Pour les couples non-mariés tout est affaire d'interprétation, l'obligation de fidélité n'est pas légale, mais découverte à travers la lecture de dispositions qui sont parfois très éloignées de cette préoccupation. Par conséquent, dans le mariage, la fidélité est une obligation légale, dans les autres formes de couples, elle est une obligation révélée.

Le plan proposé est le suivant :

1. Le couple marié : la fidélité, une obligation légale
2. Le couple non marié : la fidélité, une obligation révélée

Quant aux sous-parties, il convient de constater que dans le mariage la fidélité est affaiblie par l'évolution du droit du divorce et celle du droit des libéralités tandis que dans le PACS l'interprétation extensive de la loi de 1999 crée une obligation négligée par le législateur et que dans l'union libre, seul de droit de la responsabilité vient sanctionner les abus de comportement des concubins. Ainsi dans le I, il est possible de démontrer que la fidélité est une obligation édulcorée (A) et que paradoxalement, les relations adultères sont reconnues par le droit et ne sont plus directement condamnées au nom du devoir de fidélité (B). Dans le II, on peut constater que la fidélité est recherchée et parfois révélée au détriment d'une lecture fidèle des textes, ainsi dans le PACS, la loyauté de l'exécution contractuelle devient un succédané de la fidélité (A) et dans l'union libre, l'honneur est suggéré comme un substitut de la fidélité (B).

Enfin la **troisième étape** consiste dans la rédaction de la dissertation qui dans le contexte d'un examen doit se faire directement au propre en se servant du plan et des notes brèves rappelant les connaissances utiles au traitement du sujet.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La fidélité est le propre du mariage. Tout à chacun rêve de la fidélité de l'autre marié ou non et faute d'en obtenir l'assurance morale il tente d'en inscrire l'obligation légale. L'article 212 qui consacre l'obligation de fidélité dans le mariage depuis le Code napoléon montre pourtant depuis plusieurs années qu'il n'est qu'un faible rempart face à l'évolution des mœurs. Confrontée à la mobilité des couples, l'obligation de fidélité s'émousse. En matière de divorce, elle n'en est plus une cause péremptoire et elle est écartée avant même le prononcé définitif du divorce. Obligation légale, elle ne résiste plus aux libéralités faites par le conjoint adultère. Au nom du respect d'une relation adultère, les libéralités ne sont plus nulles pour cause immorale même si elles devraient encore être illicites. A l'heure de l'interrogation sur le caractère obsolète de l'article 212 du Code civil, d'autres couples tentent d'inventer une obligation de fidélité. Certains partenaires d'un PACS veulent découvrir dans leur contrat patrimonial une obligation de fidélité à travers l'exécution de bonne foi de leurs obligations contractuelles ! Chassez la fidélité dans le mariage, elle veut renaître dans le concubinage ! En effet, les pacsés ne sont pas les seuls à rêver d'une obligation de fidélité, les couples ne sont plus à un paradoxe près ! Les concubins (art. 515-8, C. civ.) au nom du respect de la vie commune qui est la leur aimeraient bien la voir protégée par un succédané de fidélité, à défaut de contrat, l'honneur est appelé à la rescousse. Fidélité mon amie quand elle lie le compagnon, fidélité mon ennemi quand elle m'impose des obligations ! Tout le paradoxe de couples est là.

La fidélité est l'autre aspect d'une obligation de vie commune. Ce rappel n'est pas anodin, pour se trouver une obligation de fidélité, les couples non mariés s'appuient

sur cette notion de vie commune. Les partenaires du PACS s'appuient sur l'article 515-1 du Code civil qui définit le pacte comme un contrat ayant pour objet d'organiser la vie commune de deux personnes. L'introduction de l'article 515-8 du Code civil définissant le concubinage par référence à la vie commune du couple pourrait servir de base à une réflexion sur la fidélité qu'entraînerait cette vie commune. Qu'en est-il de la fidélité dans le couple, obligation morale pour tous, obligation légale pour certains, elle présente des exigences variables. Le droit doit-il ou peut-il intervenir dans ce domaine ? Le mariage désormais pour tous depuis 2013 en tant qu'institution reste le bastion d'une fidélité affirmée, mais qui devient une fidélité de pacotille. Le PACS dans son cheminement vers le modèle qu'est le mariage découvre une obligation de fidélité dans le respect du contrat instaurant une vie commune. Les concubins enfin, inquiets de la reconnaissance de leur vie commune tentent d'y voir le point de départ d'obligation qu'ils nient en optant pour l'union libre. Faut-il défendre l'institution du mariage en lui réservant le monopole de la fidélité ? Faut-il accéder à l'attente des pascés soucieux d'une communauté de vie dans la confiance mutuelle ? Le débat est ouvert. Le sort des concubins ne pose pas les mêmes difficultés, le choix qu'ils font de la liberté les condamne aux risques de l'infidélité. En l'état du droit positif, seul le couple marié se voit imposer une obligation légale de fidélité (1), les autres couples cherchent à la révéler par l'interprétation de dispositions apparemment éloignées de cette préoccupation (2).

1. Le couple marié : la fidélité, une obligation légale

La fidélité est une des obligations du mariage. À l'origine, elle était autant une obligation morale qu'une obligation légale. Elle devient une coquille vide en ne restant qu'une obligation légale oubliée dans un de ces vieux articles du Code civil pour être un concept dépassé. Obligation légale, la violation de la fidélité reste une cause du divorce mais de façon édulcorée (A). Obligation légale, la fidélité n'est plus un obstacle à la reconnaissance des relations adultères par le droit (B).

A) La fidélité, une obligation édulcorée

Le recul de la fidélité est manifeste à travers l'étude de la jurisprudence. Celle qui définit la notion de fidélité est ancienne et celle qui limite les conséquences de la violation de cette obligation est novatrice.

L'étude de la jurisprudence montre que l'adultère comporte deux éléments constitutifs. Le premier est l'élément matériel qui est la violation de l'article 212. Le second est l'élément intentionnel ce qui implique la nécessité d'une culpabilité morale. Le conte-

nu de l'obligation de fidélité dépasse l'obligation de n'avoir des relations sexuelles qu'avec son conjoint. Elle comprend « le petit adultère » selon l'expression du Doyen Carbonnier. La jurisprudence précise que constituent une violation de l'obligation de fidélité : les fréquentations équivoques, les échanges de correspondance, des amitiés particulières. Une affaire est particulièrement révélatrice de l'étendue du devoir de fidélité. L'infidélité spirituelle est stigmatisée à travers la condamnation d'une relation toute spirituelle entre une femme mariée et un évêque. Mieux, la simple tentative d'adultère constitue également une violation du devoir de fidélité. L'appréhension du contenu de la fidélité peut surprendre par son étendue au moment où d'autres branches du droit semblent en atténuer sa portée.

Le droit du divorce, reflet de la crise du couple, est révélateur d'une approche moins sévère de l'adultère tant en ce qui concerne l'étendue dans le temps de l'obligation de fidélité qu'en ce qui concerne l'appréciation de la cause du divorce. Il est incontestable que la fidélité dure autant que le mariage. Sur ce point, de plus en plus elle est battue en brèche pendant la procédure de divorce. Ainsi la Cour de cassation dans un arrêt du 4 novembre 2011 (*Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, n° 10-20.114*) casse un arrêt de cour d'appel qui avait annulé un contrat de courtage matrimonial car l'homme qui l'avait souscrit, en instance de divorce, était encore marié et violait par ce contrat son obligation de fidélité. Les juges du fond en avaient conclu que le contrat de courtage matrimonial était nul pour cause illicite contraire à l'ordre public. La Cour de cassation casse car selon elle « *le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée* ». Indiscutablement, cette solution participe de l'affaiblissement de la force de l'obligation de fidélité. Le divorce est donc révélateur de l'évolution de la conception juridique de la fidélité dans le mariage. L'évolution de la jurisprudence montre que l'adultère pendant la période de séparation voit son effet atténué.

Cette obligation d'ordre public fait de manière surprenante l'objet d'aménagements contractuels pendant la durée de la procédure de divorce. Désormais, en présence d'un couple dont la vie commune est déjà rompue, l'infidélité ne semble plus sanctionnée. Elle peut même faire l'objet d'une convention. Un juge aux affaires familiales a accepté d'homologuer une convention temporaire de divorce dans le cadre d'un divorce sur requête conjointe dispensant les époux de leur devoir de fidélité pendant l'instance du divorce. Confirmant *a contrario* cette contractualisation de l'obligation de fidélité dans la procédure de divorce, la cour d'appel de Grenoble a prononcé le divorce aux torts

exclusifs de l'époux ayant commis l'adultère pendant la procédure de divorce à défaut de convention dispensant les époux de leur obligation de fidélité. L'avenir de la fidélité dans le mariage en voie de dissolution est remis en cause avec l'immixtion du contrat.

Aménagée par contrat, la fidélité n'est plus qu'une cause facultative de divorce depuis la dépénalisation de l'adultère par la loi du 11 juillet 1975. Le juge n'est donc plus lié par la constatation d'un adultère pour prononcer le divorce, ce n'est plus qu'une faute civile, objet d'une appréciation souveraine des juges du fond. Elle doit remplir les conditions légales de la faute dans le cadre du divorce et constituer une violation suffisamment grave ou renouvelée du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. Un assouplissement de cette double condition a été introduit par la seconde chambre civile permettant au juge de ne retenir qu'une des deux conditions avant de revenir à plus de sévérité en réaction au laxisme de certains juges du fond. La première chambre civile semble revenir à plus de souplesse par une série de décisions de janvier 2005. Tout assouplissement en la matière laisse plus de liberté pour les juges du fond dans l'appréciation de la faute d'adultère et de l'exigence de la fidélité. La réforme du divorce du 26 mai 2004 ne change pas les données du problème car le nouvel article 242 vise la violation des devoirs du mariage et l'article 212 reste inchangé consacrant toujours la fidélité comme une obligation du mariage.

Pour être édulcorée, sous la pression d'une évolution sociologique des mœurs dans le cadre du mariage, la fidélité prend un sens paradoxal. Face à un mort mariage, pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, la fidélité est davantage celle du couple adultère qui est le couple vivant et réel au sens sociologique du terme. Dès lors où est la fidélité ? Dans l'obligation légale de l'article 212 ou dans la reconnaissance d'une relation adultère ? La fidélité légale s'oppose à la fidélité de fait. Comment choisir entre l'une et l'autre ? L'adaptation du droit au fait est une œuvre difficile, choisir l'une revient à affaiblir l'autre et à introduire des contradictions dans le système juridique.

B) La reconnaissance de la relation adultère

Elle prend plusieurs formes et elle naît du paradoxe d'une relation adultère parfois plus vivante que le mort-mariage qu'elle est supposée violer. Le droit de la responsabilité est le premier révélateur de la reconnaissance de la relation adultère. Depuis 1975, la relation adultérine n'empêche pas l'indemnisation de l'amant en cas de décès accidentel de l'époux infidèle. Dès 2000, discrètement, la Cour de cassation semblait reconnaître qu'entretenir une relation avec une personne mariée n'est pas constitutif d'une faute. Elle confirme cette solution en 2001 affaiblissant d'autant le devoir de fidélité. Désormais « le seul fait d'entretenir une relation avec un homme marié ne

constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse » (*Civ. 2^e, 5 juillet 2001*). Par conséquent, l'épouse victime de l'adultère de son mari poursuivi en action de paternité intentée par sa maîtresse, ne peut pas intenter une action en responsabilité sur le fondement de 1382 du Code civil contre cette maîtresse pour réclamer réparation du préjudice subi. Or on ne peut pas nier l'existence du préjudice, la position de la Cour de cassation ne s'explique donc que par le refus de constater une faute. Pour ne plus être une faute en soi, la participation à l'adultère doit être caractérisée par des circonstances de fait, par exemple une attitude créant le scandale et l'intention de nuire au conjoint, enfin des manœuvres pour détourner l'époux de son conjoint.

Au-delà de la jurisprudence, la loi amoindrit l'obligation de fidélité, désormais l'obtention ou le versement d'une prestation compensatoire est déconnecté de toute notion de faute. Ainsi le conjoint ayant commis l'adultère, dès lors qu'il vérifie les conditions légales, est en mesure de réclamer le versement d'une prestation compensatoire.

Le droit des successions affaiblit aussi le devoir de fidélité en acceptant de reconnaître les relations adultères dans le cadre des libéralités. Le revirement de jurisprudence a été largement commenté, la Cour de cassation considère depuis le 3 février 1999 « *que n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la liberté dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ». Plus récemment encore, la Cour de cassation, par une décision en Assemblée plénière du 29 octobre 2004 a repoussé les limites apparemment suggérées jusque-là et qui maintenaient la violation des bonnes mœurs si les libéralités servaient à acheter la relation adultère. Désormais, les libéralités visant à récompenser ou maintenir l'adultère ne sont plus nulles pour cause immorale. Malmenée dans le mariage en dépit de l'article 212 du régime primaire, la fidélité émerge dans les autres formes de couple soucieux de donner force juridique à leur engagement de vie commune.

2. Le couple non marié : la fidélité, une obligation révélée

Par principe, il n'y a pas d'obligation de fidélité dans les autres formes de couples que sont le PACS et l'union libre. Le PACS est considéré avant tout comme un contrat organisant les obligations patrimoniales des partenaires. Pourtant, en se fondant sur la communauté de vie prévue par l'article 515-1 du Code civil certains tentent de voir l'indiscernable : une obligation de fidélité au-delà de la loyauté dans l'exécution des contrats. Cette tentation prise de plus en plus au sérieux pourrait nourrir l'imagination des concubins. L'article 515-8 du Code civil qui définit l'union libre fait également

référence à la vie commune. Cependant, l'absence de lien de droit entre les concubins s'oppose à toute inspiration dans le droit des contrats. Il est possible de se tourner vers le droit de la personne et l'honneur des concubins. Ainsi dans le PACS, la loyauté dans l'exécution des contrats est le succédané de la fidélité (A) et dans l'union libre, l'honneur pourrait être vu comme un substitut de la fidélité (B).

A) Le PACS : la loyauté, succédané de la fidélité

La décision du Conseil constitutionnel rendue le 9 novembre 1999 à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la première loi sur le PACS précise en évoquant les articles 515-1 et 515-4 du Code civil que le PACS implique une véritable vie commune qui suppose une vie de couple et justifie les interdictions de l'article 515-4 du Code civil. Le trouble gagne alors lorsque revient en mémoire l'adage de Loysel, « boire, manger, coucher ensemble, c'est le mariage se me semble ». L'enjeu est bien là : le rapprochement du PACS et du mariage achevé par la loi consacrant le mariage pour tous pose la question de la fidélité dans le PACS. Le choix entre les deux formes de conjugalité étant désormais total, faut-il imposer la fidélité aux seuls couples ayant choisi le mariage ? Ou fort du rapprochement réalisé, faut-il dépasser la lettre du texte et voir dans cette vie commune le fondement d'une obligation de fidélité dans le PACS ? La loi du 23 juin 2006 renforce les obligations personnelles liant les partenaires. Ces derniers s'engagent à mener une vie commune. A la différence du mariage, ils ne peuvent pas avoir de domicile distinct, une telle obligation évoque indubitablement un devoir de fidélité.

Jean trompe son partenaire dans le PACS avec Laurent. Trahi, le partenaire fait venir un huissier au petit matin pour constater, avec succès, l'adultère. Mais adultère rime avec fidélité. Le préalable tient donc dans l'établissement d'une obligation de fidélité dans le PACS. Le droit est alors appelé utilement au secours de la moralité des PACS homosexuels. L'article 515-1 du Code civil prévoit une communauté de vie entre les partenaires. Conformément à l'interprétation du Conseil constitutionnel, cette communauté ne vise pas le simple partage d'un appartement... L'article 1134 du Code civil prend alors le relais. Le PACS est un contrat, les contrats doivent être exécutés de bonne foi. Cette exécution de bonne foi sans dénaturer le pacte organisant une vie commune oblige à une exclusivité de vie avec le partenaire, en d'autres termes, elle vise l'obligation de fidélité. Le tribunal de grande instance de Lille, le 5 juin 2002, adopte ce raisonnement. La jurisprudence suit la doctrine qui avait souligné que l'interdiction de conclure plusieurs PACS implique simultanément une forme d'exclusivité sexuelle.

Cette même doctrine franchit un pas supplémentaire en considérant que cette obligation pourrait être qualifiée d'ordre public. L'organisation de vie commune est

d'ordre public, il n'est pas permis aux partenaires d'un PACS d'avoir des domiciles distincts. Si les partenaires ne vivent pas ensemble, le PACS pourrait être qualifié de fictif. La contradiction est totale alors que le devoir de fidélité est contractualisée dans le mariage perdant peut-être son caractère d'ordre public, le PACS redécouvre le caractère d'ordre public de la fidélité.

Les conséquences ne sont pas négligeables. Le partenaire victime de l'adultère pourra obtenir la résiliation du PACS aux torts exclusifs du partenaire fautif. Le spectre du divorce pour faute apparaît en filigrane bien que là encore le droit des contrats soit du plus grand secours. En effet, la résiliation étant la sanction classique en cas d'inexécution de ses obligations par une des parties. Le droit commun de la responsabilité remplit aussi un rôle novateur car il permettra au partenaire victime d'obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi. Novateur, ce rôle est aussi paradoxal quand on rappelle que la responsabilité du complice de l'adultère dans le mariage n'est plus susceptible d'engager la responsabilité de l'amant ou de la maîtresse.

Le PACS entraîne donc un devoir de fidélité qui pour ne pas être expressément reconnu dans le Code civil connaît des sanctions juridiques. En ce qui concerne l'union libre, la fidélité n'est pas reconnue, elle nierait la définition même du concubinage qui repose sur l'absence de tous liens de droit entre les concubins.

B) L'union libre, l'honneur, substitut de fidélité ?

Ultime espace de liberté, seul le concubinage permet le marivaudage. Pourtant, la communauté de vie entraîne toujours, au moins dans l'inconscient, l'exclusivité sexuelle. Ainsi dans certaines conditions, la violation d'une fidélité non plus légale mais naturelle est prise en compte par le droit. Une première tentative date de 1978, la fidélité pourrait être indirectement protégée à travers l'atteinte à l'honneur de la concubine d'un couple vivant de manière stable et notoire en union libre alors que le concubin vit avec une autre femme au domicile.

C'est dans les sanctions des ruptures pour faute qu'il faut voir une résurgence d'un devoir naturel, moral de fidélité dans l'union libre. Cependant l'infidélité ainsi sanctionnée entre souvent en concours avec la fidélité du mariage. Ainsi, a été reconnue fautive une rupture du fait d'un concubin, marié, qui après avoir enjoint sa concubine à déménager, à quitter son emploi et l'avoir empêchée de reprendre un emploi en lui promettant de subvenir à ses besoins, l'abandonne. Plus indirectement, la maîtresse d'un homme marié père de plusieurs enfants légitimes peut demander réparation du préjudice qu'elle a subi en raison du comportement fautif de ce dernier à son égard.

15

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Université de Chambéry

Sujet : Commentez l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 juillet 2010, Cass. civ. 1^{re} 8 juillet 2010, n° 09-66.186

Sur le moyen unique :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Dijon, 8 mars 2010) qui a prononcé le divorce des époux Z... -X... à ses torts exclusifs de l'avoir déboutée de sa demande de prestation compensatoire sans caractériser que l'équité le commandait en considération des critères prévus à l'article 271 du code civil ou au regard des circonstances particulières de la rupture, de sorte que la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des dispositions des articles 270 et 271 du code civil ;

Mais attendu qu'en relevant que la charge des quatre enfants communs était entièrement assumée par M. Z... puisque la mère ne versait aucune contribution pour leur entretien et ne leur rendait que de rares visites, que Mme X... n'avait que 33 ans lorsqu'elle a cessé d'avoir la charge des enfants et ne justifiait pas des efforts entrepris pour suivre une formation ou exercer un emploi, la cour d'appel, qui s'est déterminée au regard des critères posés par l'article 271 du code civil relatifs à l'âge de l'épouse, sa situation au regard de l'emploi, aux choix professionnels faits par les époux et aux charges engendrées par l'entretien et l'éducation des enfants, s'est fondée sur des considérations d'équité pour refuser d'allouer à Mme X... une prestation compensatoire et a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

L'arrêt est intéressant en ce qu'il illustre l'exception au principe de l'octroi de la prestation compensatoire indépendamment de la prononciation du divorce aux torts exclusifs d'un époux. Il permet de rappeler l'évolution introduite par la loi du 26 mai 2004. Avant son entrée en vigueur, l'époux contre qui le divorce était prononcé aux torts exclusifs ne pouvait pas prétendre à la prestation compensatoire. Depuis son entrée en vigueur la prestation compensatoire peut lui être octroyée. Cependant l'article 270 du Code civil prévoit une exception : pour des raisons d'équité ou en considération des critères d'évaluation de la prestation compensatoire, le juge peut décider de ne pas octroyer de prestation compensatoire à l'époux contre qui le divorce est prononcé aux torts exclusifs.

Méthodologie appliquée

La méthodologie du commentaire d'arrêt ne change pas d'un commentaire à l'autre. Premièrement, il faut lire l'arrêt avec attention. Deuxièmement, il faut établir la fiche d'arrêt qui sert de trame à la rédaction de l'introduction du commentaire. Troisièmement, il faut rechercher un plan qui met en évidence les problèmes de droit abordés par l'arrêt. Quatrièmement, il faut rédiger le commentaire.

L'élaboration de la fiche d'arrêt est déterminante de la réussite du commentaire.

Fiche d'arrêt

1) Les faits

Un couple divorce aux torts exclusifs de la femme. Elle se plaint d'avoir été déboutée de sa demande de prestation compensatoire car son mari dispose de revenus professionnels et pas elle. Le mari a la charge exclusive des quatre enfants du couple, elle ne voit que rarement ses enfants et ne verse aucune contribution pour leur entretien.

2) La procédure

La cour d'appel par une appréciation souveraine des articles 270 et 271 du Code civil a estimé que l'exception posée par l'article 270 al. 3 du Code civil devait jouer. En s'appuyant sur l'équité, et en considération des éléments d'appréciation de la prestation compensatoire de l'article 271 du Code civil, la cour d'appel a estimé que, l'épouse contre qui le divorce est prononcé aux torts exclusifs, n'a pas à recevoir de prestation compensatoire.

La femme se pourvoit en cassation, mais son pourvoi est rejeté, la Cour de cassation estime que les juges du fond ont légalement justifié leur décision en se référant aux éléments d'appréciation de l'article 271 d'évaluation de la prestation compensatoire et en se fondant sur des considérations d'équité, pour décider que l'épouse ne devait pas recevoir de prestation compensatoire.

3) Le problème de droit

Les conditions de l'exception du versement d'une prestation compensatoire dans le cadre d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du conjoint qui réclame la prestation compensatoire.

4) Les thèses en présence

Le mari suivi par les juges estime que non seulement sa femme à tous les torts mais qu'en plus elle ne vient pas voir ses enfants, ne contribue pas à leur entretien et ne fait rien pour trouver un emploi en dépit de son jeune âge.

La jeune femme estime qu'elle ne peut pas verser une participation à l'entretien de ses enfants car elle est privée de ressource. Elle estime que la rupture de la vie commune issue du mariage fait naître un déséquilibre de niveau de vie en sa défaveur car son mari a des revenus professionnels et pas elle.

5) La solution

La Cour de cassation rejette le pourvoi en précisant les conditions du refus exceptionnel de l'octroi d'une prestation compensatoire pour disparité de niveau de vie en présence d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux créancier de la prestation compensatoire. Elle rappelle les considérations d'équité. Elle rappelle la référence aux éléments d'appréciation du montant de la prestation compensatoire posés par l'article 271 du Code civil. Par un contrôle léger qui s'explique par l'appréciation souveraine des juges du fond, elle rejette le pourvoi en constatant que la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Recherche du plan

Une difficulté particulière peut être rencontrée par l'étudiant sur le commentaire de l'arrêt du 8 juillet 2010 car il ne présente qu'un moyen unique. Il est alors nécessaire de dissocier deux aspects distincts d'un même problème de droit : les conditions d'octroi ou pas de la prestation compensatoire. Pour s'en sortir, il peut rappeler le principe actuel d'octroi possible de la prestation compensatoire en rappelant l'évolution législative pour aborder dans un second temps les conditions de l'exception explicitées par l'arrêt. Ainsi la première partie peut porter sur la prestation compensatoire et le divorce aux torts exclusifs d'un époux et la seconde partie sur les conditions du refus de la prestation compensatoire.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La prestation compensatoire se mérite ! Tel pourrait être la morale de l'arrêt de la première chambre civile du 8 juillet 2010. Un couple divorce aux torts exclusifs de la femme. Elle se plaint d'avoir été déboutée de sa demande de prestation compensatoire car son mari dispose de revenus professionnels et pas elle. Le mari a la charge exclusive des quatre enfants du couple, elle ne voit que rarement ses enfants et ne verse aucune contribution pour leur entretien. Le mari suivi par les juges estime que non seulement sa femme à tous les torts mais qu'en plus elle ne vient pas voir ses enfants, ne contribue pas à leur entretien et ne fait rien pour trouver un emploi en dépit de son jeune âge. Par conséquent, elle ne devrait pas bénéficier d'une prestation compensatoire.

La jeune femme estime qu'elle ne peut pas verser une participation à l'entretien de ses enfants car elle est privée de toutes ressources. Selon elle la rupture de la vie commune à la suite du divorce fait naître un déséquilibre de niveau de vie en sa défaveur car son mari a des revenus professionnels alors qu'elle ne travaille pas.

La cour d'appel par une appréciation souveraine des articles 270 et 271 du Code civil a estimé que l'exception posée par l'article 270 al. 3 du Code civil devait jouer. En s'appuyant sur l'équité, et en considération des éléments d'appréciation de la prestation compensatoire de l'article 271 du Code civil, elle a jugé que, l'épouse contre qui le divorce est prononcé aux torts exclusifs, n'a pas à recevoir de prestation compensatoire. La femme se pourvoit en cassation, mais son pourvoi est rejeté. La Cour de cassation rejette le pourvoi en précisant les conditions du refus exceptionnel de l'octroi d'une prestation compensatoire pour disparité de niveau de vie en présence d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux créancier de la prestation compensatoire. Elle rappelle les considérations d'équité. Elle rappelle la référence aux éléments d'appréciation du montant de la prestation compensatoire posés par l'article 271 du Code civil. Par un contrôle léger qui s'explique par l'appréciation souveraine des juges du fond, elle rejette le pourvoi en constatant que la cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Le problème de droit soumis à la Cour de cassation concerne les conditions de l'exception du versement d'une prestation compensatoire dans le cadre d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du conjoint qui réclame la prestation compensatoire. Pour mieux comprendre la nécessaire justification du refus d'octroyer une prestation compensatoire à l'épouse fautive, il convient de rappeler le principe posé par le législateur en 2004 (1) avant de tirer partie des précisions de l'arrêt sur les conditions du refus exceptionnel de versement d'une prestation compensatoire (2).

1. Une prestation compensatoire de principe

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 mai 2006, le divorce prononcé aux torts exclusifs d'un époux ne prive pas nécessairement ce dernier de la prestation compensatoire. Pourtant la privation de la prestation compensatoire peut resurgir, mais de manière exceptionnelle. L'arrêt de la Cour de cassation illustre ce balancement entre principe et exception.

A) La réforme de 2004

L'arrêt en contrôlant la justification du refus d'octroi de la prestation compensatoire à l'épouse jugée fautive lors de son divorce pour faute montre la rupture existante entre les dispositions applicables sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975 et celles de la loi du 26 mai 2004.

L'ancien article 280 -1 du Code civil posait comme principe que le conjoint divorcé à ses torts exclusifs était privé de prestation compensatoire. Cette disposition introduisait une sanction contre l'époux fautif en interdisant au juge du fond toute appréciation sur sa situation matrimoniale. Cette sanction moraliste est abandonnée par le législateur de 2004. La solution est radicalement opposée. La cause du divorce n'a, en principe, plus d'incidence sur le droit à la prestation compensatoire. Seule la disparité des conditions respectives de niveau de vie des époux en raison du prononcé du divorce doit être prise en compte. Fort du principe, on comprend pourquoi l'épouse à qui la cour d'appel de Dijon a refusé la prestation compensatoire alors qu'en filigrane, il apparaît qu'elle n'a pas de revenus professionnels, se pourvoit en cassation.

La lecture du pourvoi laisse apercevoir la subtilité des nouvelles dispositions législatives. Il est reproché aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé l'équité qui commandait le refus de la prestation compensatoire au regard des circonstances particulières de la rupture. Ainsi pour ne pas être frappé par une déchéance de principe de son droit à la prestation compensatoire, l'époux exclusivement fautif, reste prisonnier de l'appréciation souveraine des juges du fond, car il a droit à une prestation compensatoire, mais sous conditions.

B) Une prestation compensatoire sous conditions

Elles apparaissent dans le pourvoi et sont examinées par la Cour de cassation. L'article 270 al. 3 expressément visé par l'arrêt pose les conditions légales du refus de prestation compensatoire.

La première condition déterminante du refus est l'équité. Le pourvoi y fait référence pour reprocher à la cour d'appel de ne pas l'avoir caractérisée. La Cour de cassation l'a repris en soulignant que la cour d'appel s'est fondée sur des conditions d'équité pour refuser d'allouer la prestation compensatoire à l'épouse.

L'équité est associée à deux autres éléments que l'article 270, al. 3 rend alternatif (soit). Le premier est la prise en considération des critères de l'article 271 du Code civil. Ces derniers sont destinés à apprécier le montant de la prestation compensatoire due. Le second est évoqué par le pourvoi sans être retenu par la Cour de cassation : les circonstances particulières de la rupture.

L'arrêt pour rappeler ces conditions et leur juste place est exemplaire, mais il apporte des enseignements quant à l'appréciation de la justification du refus de la prestation compensatoire.

2. Le refus de la prestation compensatoire

Le refus est justifié. La Cour de cassation rejette le pourvoi en soulignant que la cour d'appel a légalement justifié sa décision. À ce titre l'arrêt est instructif sur la mise en œuvre de l'exception de l'article 271, al. 3.

A) Les considérations d'équité de l'article 270 Code civil

Elles sont le fondement de l'exception. Or la notion d'équité reste vague en dépit de la lecture de l'arrêt. En effet, aucune précision n'est apportée par la Cour de cassation sur cette notion. Elle constate que les juges du fond y font référence. Ces dernières ne précisent pas leur appréciation de l'équité. Il en ressort une impression d'insécurité combinée avec une sanction moraliste du comportement de l'époux exclusivement fautif.

Le système de 2004 alors qu'il semblait consacrer une approche objective du divorce, débarrassée de toute vision moraliste des causes et conditions du divorce, rend l'allocation de la prestation facultative en présence d'un divorce prononcé pour faute exclusive purement subjective.

Il est difficile pour les époux d'anticiper les critères objectifs la mise en œuvre de l'exception de l'article 270, al. 3 du Code civil. On peut regretter une telle insécurité juridique. Elle n'est pas améliorée par la référence aux circonstances particulières du divorce. Heureusement, elle est compensée par le renvoi aux critères de l'article 271. On comprend mieux le choix de cette référence par les juges dans l'affaire commentée.

B) Les critères posés par l'article 271 du Code civil

Si l'équité le commande le juge peut refuser d'allouer la prestation compensatoire en considération des critères de l'article 271. Le rapprochement des textes est surprenant car les critères d'évaluation du montant de la prestation compensatoire sont utilisés pour justifier le refus de prestation. Une telle application des textes peut sembler paradoxale, mais elle mérite d'être approuvée pour être conforme aux directives du législateur.

L'arrêt sur ce point est exemplaire. En les adaptant aux circonstances, les juges du fond font référence à l'âge de l'épouse (2^e tiret de l'article), sa qualification professionnelle (3^e tiret de l'article) et aux conséquences de ses choix professionnels (4^e tiret). Tous ces éléments sont utilisés pour montrer que l'équité impose de priver l'épouse de sa prestation compensatoire. Elle est encore assez jeune pour entreprendre une formation professionnelle afin de trouver un emploi. La charge des enfants revient au

mari (avant dernier tiret de l'article) cette responsabilité et cette charge financière ne pèsent donc pas sur l'épouse mais sur le seul mari. Ces points de contrôle doivent être réalisés, mais pour ce qui est de leur appréciation, elle relève souverainement des juges du fond.

Le contrôle de chacun de ses points en une stricte application des dispositions du Code civil explique un rejet peu surprenant de la Cour de cassation.

16

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Université Toulouse 1 Capitole

Commenter l'arrêt suivant : CA Versailles, 28 octobre 2010 (extraits).

FAITS ET PROCÉDURE

Par jugement du 3 juillet 2009, le JAF du TGI de NANTERRE a rejeté les actions en divorce pour faute dont il était saisi par Philippe G. et Sophie L.

Sophie L. a formé contre cette décision un appel général le 20 juillet 2009.

SUR CE, LA COUR

- Sur les demandes en divorce pour faute

- Sur la demande de Philippe G.

Considérant que Philippe G. fait grief à son épouse d'avoir entretenu depuis septembre 2004 une relation adultère avec le président directeur général de la société BP France qui emploie Sophie L. et indique avoir envoyé à l'entreprise le 29 novembre 2006 un mail « calme et mesuré » faisant état de cette relation ; qu'il ajoute que Sophie L. a fait obstacle à ce qu'il voie les enfants librement, tentant de couper ceux-ci de leur père ; Considérant que le grief d'adultère avancé par Philippe G. ne repose sur aucun élément objectif et qu'il ne saurait, en raison de son inconsistance, être retenu comme une cause de divorce ; Considérant que Philippe G. échoue également à rapporter la preuve de ce que Sophie L. aurait mis obstacle à ses rapports avec les enfants ; Que dès lors, le premier juge doit être approuvé d'avoir rejeté l'action en divorce pour faute intentée par Philippe G. ;

- Sur la demande de Sophie L.

Considérant qu'en reconnaissant avoir envoyé un mail « calme et mesuré », Philippe G. occulte le contenu et les circonstances précises de cette dénonciation ; Que, sur son contenu, le mail dont Philippe G. est l'auteur laisse clairement entendre

que Sophie L. ne doit sa promotion professionnelle qu'à la relation intime qu'elle a nouée avec son supérieur ; Que, sur les circonstances et les conséquences de sa diffusion, il ressort de l'attestation de Séverine D. que Philippe G. a alerté la direction américaine de l'entreprise sur la relation intime qu'il supposait entre sa femme et le directeur de la filiale française de la société, provoquant ainsi la propagation d'une rumeur qui a déclenché une enquête du service de sécurité de la société ; Qu'en diffusant une conviction injurieuse pour sa femme au sein du milieu professionnel de celle-ci, Philippe G. a manqué gravement aux obligations de respect et d'assistance découlant du mariage, cette violation rendant intolérable le maintien de la vie commune ;

Considérant en outre qu'il ressort des attestations d'Alain B. et de M. D. et qu'il n'est pas contesté que Philippe G. a, dès la séparation de fait des époux, entretenu plusieurs relations extra-conjugales, ce qui, même si la séparation des époux atténue la rigueur de cette obligation, constitue une violation grave de l'obligation de fidélité qui demeure jusqu'à ce que le mariage soit dissous, cette violation rendant intolérable le maintien de la vie commune ; Qu'ainsi, le divorce doit être prononcé aux torts exclusifs de Philippe G., le jugement étant infirmé de ce chef;

· Sur les dommages et intérêts

Considérant qu'en diffusant dans le milieu professionnel de son épouse une rumeur peu flatteuse pour elle, ayant débouché sur une enquête interne de nature à la déstabiliser et à compromettre son autorité, Philippe G. a fait preuve d'une réelle intention de lui nuire qui apparaît fautive au sens de l'article 1382 du code civil ; Qu'il doit être alloué à Sophie L. une indemnité de 8.000 euros en réparation du préjudice moral subi ;

· Sur la prestation compensatoire

Considérant selon les dispositions de l'article 270 du code civil, que le juge peut refuser d'accorder une prestation compensatoire si l'équité le commande, lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ;

Considérant en l'espèce que Philippe G., aux torts exclusifs duquel le divorce est prononcé, sollicite une somme de 75.000 euros à titre de prestation compensatoire ; Qu'il convient de se placer au jour de l'arrêt qui prononce le divorce pour apprécier cette demande ; Qu'il doit être observé que la rupture du couple s'est produite après que Philippe G., qui occupait des fonctions rémunératrices au sein de la société RANK XEROX, a décidé de créer sa propre société sans toutefois parvenir à un résultat, sans retrouver d'activité salariée en rapport avec le train de vie antérieur de la famille et sa participation financière aux charges du mariage ;

Qu'il a diffusé au sein du milieu professionnel de son épouse une rumeur infondée de nature à compromettre sa situation à une époque où lui-même se trouvait en grande difficulté financière, obéissant à une intention de nuire manifeste ;

Qu'il doit être retenu que la perte des revenus conséquents que lui assurait son emploi de responsable marketing chez RANK XEROX résulte d'un choix personnel et que l'échec de son entreprise commerciale lui est imputable ;

Qu'il doit également être retenu que Philippe G. a fait le choix personnel de partir au Maroc pour y vivre avec une nouvelle compagne et qu'il y a trouvé un niveau de vie élevé confirmé par les attestations de M. D. et de M. B. ;

Considérant qu'en l'état de ces constatations, l'équité conduit la cour à rejeter la prétention de Philippe G. à percevoir une prestation compensatoire ; (...).

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

L'arrêt donné à commenter porte sur le divorce pour faute et ses conséquences. Il est très intéressant car il permet de caractériser les causes du divorce pour faute. L'article 242 du Code civil n'est pas cité, mais il apparaît en filigrane à travers une appréciation soignée des causes du divorce des époux pour conclure au divorce aux torts exclusifs du mari. Outre la cause du divorce, l'arrêt permet d'aborder les conséquences du divorce : le versement de dommages-intérêts pour faute du mari envers sa femme sur le fondement, visé, de l'article 1382 du Code civil et le versement ou non d'une prestation compensatoire au bénéfice du conjoint fautif.

Le commentaire permet donc de faire le tour des questions les plus caractéristiques du divorce pour faute.

Comme pour tout commentaire d'arrêt, il convient d'abord d'établir la fiche d'arrêt pour s'assurer de sa bonne compréhension puis pour disposer du matériau pour l'introduction du commentaire.

Fiche d'arrêt

1) Les faits

Le divorce pour faute de Philippe G. et Sophie L. est particulièrement conflictuel. Lui accuse sa femme d'adultère avec son supérieur hiérarchique et envoie un mail révélant cette relation, fautive, au sein de l'entreprise mettant son épouse en grande difficulté professionnelle. En raison de la fausseté de la faute d'adultère le mari ne peut pas obtenir le divorce pour faute aux torts de son épouse. En revanche, cette dernière dénonce et prouve les conséquences dommageables dans l'entreprise du mail diffamant envoyé par son mari : une enquête du service de sécurité a été déclenchée. Par suite, elle prouve que son mari a manqué gravement aux obligations de respect et d'assistance découlant du mariage, cette violation rendant intolérable le maintien de la vie commune. En outre, elle prouve que son mari depuis leur séparation de fait (ce

qui atténue le devoir de fidélité) a violé son obligation de fidélité. Elle établit que la violation de cette obligation conjugale rend intolérable le maintien de la vie commune, sur ce point la cour d'appel infirme le jugement de première instance. Enfin le conflit existe encore quant aux conséquences patrimoniales du divorce. Elle demande et obtient des dommages-intérêts en raison de la diffusion du mail ayant porté préjudice à sa femme sur son lieu de travail et lui demande sans succès l'octroi d'une prestation compensatoire.

2) La procédure

Il s'agit d'une décision de cour d'appel statuant en droit et en fait et réformant pour partie le jugement de première instance.

3) Le problème de droit

Pour l'essentiel, un premier problème de droit vise la faute dans le divorce. Un second problème concerne les conséquences patrimoniales du divorce pour faute tant sur le terrain de la responsabilité et que sur celui de la prestation compensatoire.

4) Les thèses en présence

Lui reproche à sa femme une relation adultère mensongère et de faire obstacle à ce qu'il voit librement ses enfants. Pour ces deux fautes, il demande le divorce pour faute aux torts de sa femme. En plus, il demande le versement d'une prestation compensatoire car il a quitté son emploi pour monter sa propre entreprise, il a connu un échec et désormais il est sans emploi.

Elle demande le divorce pour deux fautes. La première est la violation du respect et d'assistance découlant du mariage, en raison d'un mail envoyé par son mari sur son lieu de travail l'accusant d'avoir une relation adultère avec son supérieur. Ce mail, rapportant des faits mensongers, lui a porté préjudice car il a conduit à une enquête du service de sécurité de la société qui l'emploie. Cette violation à une obligation du mariage rend intolérable le maintien de la vie commune. Elle établit, en plus, les relations adultères de son mari après leur séparation de fait, soulignant une violation de l'obligation d'adultère rendant intolérable le maintien de la vie commune. Elle demande le versement de dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi à son travail à la suite du mail mensonger sur sa relation adultère avec son supérieur hiérarchique. Elle conteste la demande de versement de la prestation compensatoire : son mari a volontairement quitté son emploi et vit au Maroc avec sa nouvelle compagne en bénéficiant, de nouveau, d'un niveau de vie élevé.

5) La solution

La cour d'appel de Versailles confirme le jugement sur plusieurs points : le refus du divorce pour faute de l'épouse, le versement de dommages-intérêts à l'épouse pour le préjudice subi du fait de l'envoi du mail mensonger de son mari à son travail, le problème du versement d'une prestation compensatoire au profit du mari.

Recherche du plan

C'est la troisième étape avant la rédaction. Le plan s'impose après avoir bien lu et compris l'arrêt. Il convient d'établir un plan de commentaire respectueux de la structure de l'arrêt et des questions de droit qu'il aborde. Dans le cas du commentaire de l'arrêt de la CA de Versailles, le plan s'impose de lui-même : d'une part la cause du divorce pour faute (art. 242, C. civ.) et d'autre part, les conséquences patrimoniales du divorce pour faute prononcé aux torts exclusifs du mari.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

Le divorce pour faute reste souvent le point d'orgue des règlements de compte entre époux. Le divorce de Philippe G. et de Sophie L. en est la parfaite illustration. Leurs demandes de divorce pour faute se croisent. Lui reproche à sa femme une relation adultère mensongère et de faire obstacle à ce qu'il voit librement ses enfants. Pour ces deux fautes, il demande le divorce pour faute aux torts de sa femme. En plus, il demande le versement d'une prestation compensatoire car il a quitté son emploi pour monter sa propre entreprise, il a connu un échec et désormais il est sans emploi.

Elle demande le divorce pour deux fautes. La première est la violation du respect et d'assistance découlant du mariage, en raison d'un mail envoyé par son mari sur son lieu de travail l'accusant d'avoir une relation adultère avec son supérieur. Ce mail, rapportant des faits mensongers, lui a porté préjudice car il a conduit à une enquête du service de sécurité de la société qui l'emploie. Cette violation à une obligation

du mariage rend intolérable le maintien de la vie commune. Elle établit, en plus, les relations adultères de son mari après leur séparation de fait, soulignant une violation de l'obligation de fidélité rendant intolérable le maintien de la vie commune. Elle demande le versement de dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi à son travail à la suite du mail mensonger sur sa relation adultère avec son supérieur hiérarchique. Elle conteste la demande de versement de la prestation compensatoire : son mari a volontairement quitté son emploi et vit au Maroc avec sa nouvelle compagne en bénéficiant, de nouveau, d'un niveau de vie élevé.

En première instance, l'action en divorce pour faute du mari contre l'épouse est rejetée à défaut d'apporter la preuve de la relation adultère de l'épouse et des obstacles mis par cette dernière pour empêcher son mari de voir ses enfants. La cour d'appel confirme cette analyse. De même, il est constaté que le mail injurieux et mensonger du mari a déclenché une enquête du service de sécurité ce qui est constitutif de la part du mari de la violation des obligations de respect et d'assistance qui découlent du mariage. La violation de son obligation de fidélité par le mari pendant la séparation de fait des époux est reconnue entraînant elle aussi l'impossibilité de maintenir la vie commune. La cour d'appel infirme le jugement de ce chef. En ce qui concerne les conséquences patrimoniales du divorce, la cour d'appel fixe des dommages-intérêts dus par le mari à sa femme pour la faute commise à l'occasion de l'envoi du mail injurieux à son travail. Elle refuse le versement d'une prestation compensatoire au profit du mari car il a quitté volontairement un emploi bien rémunéré avant d'échouer lors de la création de son entreprise et qu'il vit désormais avec un niveau de vie élevé au Maroc avec sa nouvelle compagne. La cour statue en équité en prenant en considération les éléments constatés.

L'arrêt a ceci d'intéressant qu'il pose en dissociant clairement les problèmes la question de l'appréciation de la faute dans le divorce (1) avant d'envisager les conséquences de ce dernier tant au regard de la responsabilité des époux que de la prestation compensatoire, éventuellement due au conjoint contre qui le divorce est prononcé aux torts exclusifs (2).

1. La faute : cause du divorce

Les époux par leurs accusations réciproques mettent en évidence la violation de plusieurs obligations du mariage tout en soulignant que cette violation rend intolérable le maintien de la vie commune.

A) La faute d'adultère

Elle est invoquée par les deux époux. Lui dénonce l'adultère de son épouse dans un mail calme et mesuré sans apporter aucun élément objectif prouvant cette relation. Elle évoque des relations extra-conjugales après leur séparation de fait dont la preuve est établie.

Dans les deux cas, l'adultère n'est pas retenu comme cause de divorce pour des raisons différentes plus ou moins bien explicitées dans l'arrêt commenté.

En ce qui concerne l'adultère supposé de l'épouse, la preuve n'en est pas rapportée. Or l'arrêt ne le précise pas, mais cette preuve doit être apportée par le demandeur sans recourir à la violence ou à la fraude (art. 259-2, C. civ.). Sur ce point la cour fait montre d'une sévérité sans surprise : absence d'élément objectif, inconsistance de l'accusation. Résultat : l'accusation d'adultère de la femme ne peut être retenue comme une cause de divorce.

De son côté, Sophie L. fait état des relations extra-conjugales de son mari après leur séparation de fait. Il est reconnu que l'obligation de fidélité perd de son intensité en raison de la séparation. Cependant il est justement rappelé que l'obligation de fidélité persiste jusqu'à la dissolution du mariage. Ici ce n'est pas la preuve qui pose problème, la réalité de ces relations n'est pas mise en cause. En revanche, c'est l'appréciation de la violation d'une obligation conjugale justifiant le divorce pour faute aux torts exclusifs du mari. Il a été jugé qu'après l'intervention d'une ordonnance de non conciliation, en cours de procédure, les époux ne reçoivent pas d'immunité pour leurs actes. Ainsi l'adultère peut être établi. Cependant la jurisprudence prend en compte l'introduction de la procédure de divorce pour refuser d'établir l'adultère comme fautif. Il en est ainsi après que l'un des conjoints ait abandonné le domicile conjugal. Il en est ainsi lorsque la relation adultère intervient neuf ans après un jugement de séparation de corps. On le sait dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, il a été accepté une dispense mutuelle de l'obligation de fidélité dans la convention temporaire de divorce. Cette décision est intervenue avant la réforme simplifiant la procédure de divorce. En l'espèce, on peut comprendre qu'en première instance, la violation de l'obligation de fidélité ait été retenue : la séparation n'est pas

de corps, mais de fait laissant subsister toutes les obligations du mariage. Pour autant, les relations conflictuelles entre les époux sont de longue date et la présence d'un mort mariage pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier a pu être constatée. Dans ce cas l'obligation de fidélité perd de son importance et peut ne pas être retenue comme constitutive d'une faute au sens de l'article 242 du Code civil.

B) Les violations des obligations nées du mariage

Dans l'échange de leurs invectives, les époux font valoir d'autres violations des obligations du mariage telles que celles définies par l'article 212 du Code civil.

Il fait état sans le prouver des empêchements mis en œuvre par sa femme pour le couper de ses enfants. La faute ici invoquée vise une violation de l'autorité parentale (art. 371-1, C. civ.) partagée par les époux sur leurs enfants. Cette obligation comprend le droit pour les parents de maintenir des relations avec leurs enfants. Cette faute est vite écartée pour absence de preuve.

Plus sérieusement car elle convainc les juges, l'épouse fait état de la violation des obligations de respect et d'assistance posées par l'article 212 du Code civil. En effet en envoyant un mail mensonger, diffusant une « conviction injurieuse » relative à la relation adultère de sa femme (expliquant sa promotion !) avec le directeur général de la société qui l'emploie, le mari a propagé une rumeur qui a déclenché une enquête du service de sécurité de la société. Ce faisant il a manqué à ses obligations de respect et d'assistance.

Pour retenir contre le mari, la violation des obligations de respect, d'assistance, de fidélité comme une faute constituant une cause de divorce, les juges tiennent compte de la jurisprudence de la Cour de cassation qui veille au respect des deux conditions posées par l'article 242 du Code civil. Ils visent une violation grave des obligations du mariage respectant le caractère alternatif des caractères posés par l'article. La violation est grave ou renouvelée, mais pas les deux à la fois. En l'espèce, elle est grave. Ils précisent encore que cette violation rend intolérable le maintien de la vie en commun. Ils respectent donc la double condition posée par le texte tenant compte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation.

La cour d'appel fait état, implicitement d'une jurisprudence qui autorise à ce que des faits, ici le mail fautif, qui engagent la responsabilité d'un des époux pour faute constituent également une cause du divorce. Mais par cette remarque, on évoque déjà le rôle de la faute dans les conséquences patrimoniales du divorce.

2. La faute : appréciation des conséquences patrimoniales du divorce

L'arrêt apporte des précisions intéressantes sur ce point. D'une part, il traite des dommages-intérêts alloués pour faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil et d'autre part il évoque les conditions d'équité qui président à l'octroi de la prestation compensatoire.

A) La prestation compensatoire

Premier point : l'arrêt vise l'article 270 du Code civil qui prévoit expressément qu'en tenant compte de conditions d'équité, une prestation compensatoire peut être envisagée au profit du conjoint à l'encontre de qui le divorce est prononcé aux torts exclusifs. C'est une innovation de la loi du 26 mai 2004. La cour se prononce sur les circonstances particulières de la rupture pour les apprécier. Elle souligne que la rupture est intervenue après que le mari ait quitté ses fonctions rémunératrices dans une grande société pour créer sa propre société. Il a échoué et n'a pas retrouvé un emploi en rapport avec le train de vie antérieure de la famille. Elle rappelle qu'il a diffusé un mail mensonger créant une rumeur infondée de nature à compromettre la situation de son épouse alors qu'il était lui-même dans une grande difficulté financière. Enfin elle insiste sur le fait que la perte de ses revenus de salariés et l'échec de son entreprise lui sont imputables. Pour finir, elle remarque que le mari vit avec sa nouvelle compagne, au Maroc, en ayant retrouvé le train de vie qui était le sien. Pour toutes ses raisons, la cour, sur le fondement de l'article 270 dernier alinéa, estime que la demande de prestation compensatoire du mari doit être rejetée.

C'est une des premières applications de cette disposition. Déjà, le comportement incompréhensible d'une épouse qui avait rejeté mari et enfants pour une vie exclusivement spirituelle avait été pris en considération pour lui refuser la prestation compensatoire pour des raisons d'équité. L'approche de la cour est donc enrichissante : elle vise clairement et en détail les circonstances de la rupture pour rejeter la demande du mari fautif en raison de l'équité. Sans le dire, sans citer l'article 271 du Code civil, la cour d'appel, par l'appréciation des circonstances de la rupture, souligne que le niveau de vie du mari est rétabli et que la perte de son emploi, l'échec de son entreprise lui sont imputables. Elle vérifie implicitement que les conditions objectives d'une prestation compensatoire ne sont pas vérifiées.

En revanche, la demande de dommages-intérêts de l'épouse est prise en compte.

B) Les dommages-intérêts

Distincte de la prestation compensatoire, la réparation du préjudice supporté par l'un des époux par le comportement fautif de l'autre est reconnue sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ce fondement est important car il marque la différence avec les dommages-intérêts prévus par l'article 266 du Code civil. Ces derniers ont trait à la réparation du préjudice causé par la rupture du lien conjugal. Les dommages-intérêts de l'article 1382 du Code civil vise à réparer les préjudices nés d'autres circonstances. La Cour de cassation a rappelé cette différence dans une décision du 18 janvier 2012 (*Civ. 1^{re}, 18 janv. 2012*). La cour d'appel respecte cette différence à la lettre. Le mail envoyé par le mari est une cause du divorce caractérisée en tant que telle dans le respect de l'article 242 du Code civil. Il est aussi à l'origine d'un préjudice supportée par l'épouse à son travail. L'enquête interne diligentée à la suite du mail est de nature à la déstabiliser et à remettre en cause son autorité. En outre, le mari en écrivant le mail fait preuve d'une réelle volonté de nuire ! Toutes les conditions de l'article 1382 sont réunies : une faute, un dommage, un lien de causalité. Un dommage « professionnel », indépendant du divorce.

L'arrêt de la cour d'appel est d'une grande précision pour aborder des questions très différentes attachées au divorce pour faute : les fautes qui causent le divorce et leurs caractères d'une part et les conséquences pécuniaires distinctes que sont la prestation compensatoire, le versement de dommages-intérêts sur le fondement du droit commun et non de l'article 266 du Code civil, d'autre part.

17

COMMENTAIRE D'ARRÊT

Université du Sud – Toulon Var

Sujet : Commentez l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 9 mars 2011, Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 2011 - n° 10-10.385

Attendu que Mme X... et Mme Y..., vivant ensemble depuis 2000, ont eu chacune un enfant né, par insémination artificielle, du même donneur ; qu'elles ont formé une demande d'adoption simple de l'enfant né de leur compagne et consenti à l'adoption de leur enfant par celle-ci ; que le tribunal, après avoir joint les deux requêtes, les a rejetées en application de l'article 365 du code civil ;

Sur le premier moyen (...)

Sur le second moyen, pris en ses quatre branches, ci-après annexé :

Attendu que Mme X... et Mme Y... font le même grief à l'arrêt ;

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard, d'autre part, que l'article 365 du code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage, la cour d'appel, qui n'a contredit aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, et qui a pris en considération l'intérêt supérieur des enfants, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

L'arrêt à commenter porte sur un débat de société d'une grande actualité, l'adoption d'enfants après insémination artificielle par deux concubines de sexe féminin vivant ensemble de longue date. Le refus d'accorder une telle adoption par la jurisprudence française est constant. Il se vérifie dans l'espèce commentée avant peut-être d'être bientôt démentie par le législateur. Le thème polémique et actuel ne doit pas tromper l'étudiant, il ne lui est pas demandé d'ouvrir le débat et de donner un point de vue personnel. Le commentaire d'arrêt est un exercice technique qui ne laisse pas la place aux discussions « café du commerce ». L'étudiant doit se contenter de commenter l'arrêt. Il devrait être aidé par une connaissance préalable de la décision. Elle présente un intérêt suffisant pour avoir été présentée et expliquée en cours. En effet, elle intervient après que la question prioritaire de constitutionnalité posée par les concubines ait été transmise au Conseil constitutionnel par une décision du 8 juillet 2010. Cette décision a d'ailleurs été posée en sujet d'examen à l'université de Rouen. Le Conseil constitutionnel dans sa réponse en date du 6 octobre 2010 a estimé que l'article 365 du Code civil est conforme à la Constitution française. En outre, la Cour EDH par une décision du 15 mars 2012, « Gas et Dubois contre France », a validé la position française de refus de l'adoption par le partenaire homosexuel. L'arrêt à commenter complète le contrôle de l'article 365 en précisant qu'il est conforme à la Convention EDH anticipant ainsi la solution de la CEDH.

Méthodologie appliquée

Pour éviter la tentation de la polémique, l'étudiant doit préparer ce commentaire d'arrêt comme un autre. Il doit donc respecter les quatre temps de sa méthode. Premièrement, lire l'arrêt avec attention. Deuxièmement, établir la fiche d'arrêt qui sert de trame à la rédaction de l'introduction du commentaire. Troisièmement, rechercher le plan qui met en évidence les problèmes de droit abordés par l'arrêt. Quatrièmement, rédiger le commentaire.

Fiche d'arrêt

1) Les faits

Un couple de concubines homosexuelles après plus de dix de vie commune demandait l'adoption des enfants que chacune avait eus par insémination artificielle, du même donneur. Elles ont formé une demande d'adoption simple de l'enfant de leur compagne. Cette adoption croisée fait l'objet d'un long feuilleton judiciaire.

2) La procédure

Les juges du fond ont refusé l'adoption croisée réclamée par les concubines. Elles se pourvoient en cassation et leur affaire donne lieu à une question prioritaire de constitutionnalité à propos de la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil. Fermant le droit à l'adoption, il porterait atteinte aux droits de fonder une famille et de mener une vie familiale normale, au principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, au principe de non-discrimination entre les enfants, au principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Une fois connue la réponse du Conseil constitutionnel qui par sa décision du 6 octobre 2010 conclut à la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil, l'affaire revient devant la Cour de cassation le 9 mars 2011. La Cour ne se prononce plus sur la constitutionnalité de l'article désormais acquise mais affirme qu'il est conforme aux dispositions de la Convention EDH.

3) Le problème de droit

Le problème de droit porte sur la conventionnalité de l'article 365 du Code civil. Plus précisément, sur la conventionnalité des dispositions du Code civil français qui par les effets de l'adoption simple en ce qui concerne le transfert de l'autorité parentale dessert la famille naturelle de l'enfant.

4) Les thèses en présence

Les concubines prétendent à une violation de leurs droits fondamentaux en principe garantis par le bloc de constitutionnalité français et par la Convention EDH.

5) La solution

La Cour de cassation, fidèle à sa jurisprudence constante, rejette le pourvoi. L'adoption simple ne prévoit le partage de l'autorité parentale qu'en faveur du conjoint c'est-à-dire en présence d'un mariage. En refusant l'adoption simple à la concubine ce qui conduit au transfert de l'autorité parentale au détriment de la famille naturelle, la cour d'appel n'a pas violé des dispositions de la Convention EDH qui prend en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

Recherche du plan

C'est la troisième étape avant la rédaction. Le plan s'impose après avoir bien lu et compris l'arrêt. La difficulté pour cet arrêt est que seule la question de la conventionnalité de l'article 365 est traitée alors que l'étudiant doit connaître le contexte de l'arrêt. Il doit savoir que la constitutionnalité de l'article a été prononcée par le Conseil constitutionnel. Pourtant si l'information doit être signalée dans l'introduction, elle ne peut pas figurer dans le commentaire.

Par conséquent, le plan devrait s'organiser sur les aspects techniques de l'article 365 du Code civil et de ses effets avant de les mesurer à l'aune des dispositions de la CEDH.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La revendication du droit à l'enfant par les couples homosexuels prend toutes les formes. Elle passe par un fort lobbying politique qui devrait finir par leur donner gain de cause, pour l'instant, ils bénéficient du mariage pour tous ce qui change la portée de l'arrêt ici commenté. Elle passe par une instrumentalisation, jusqu'à présent toujours condamnée par la Cour de cassation, des dispositions du Code civil français. L'affaire commentée s'inscrit dans le droit fil d'affaires précédentes et conformément à sa jurisprudence constante la Cour de cassation en rejetant le pourvoi confirme le refus d'adoption simple de l'enfant naturel d'un concubin par son partenaire. L'affaire pourtant est un véritable feuilleton judiciaire pour avoir donné lieu à deux décisions de la Cour de cassation, une décision du Conseil constitutionnel, saisi sur question prioritaire de constitutionnalité. Beaucoup de bruit pour rien car le Conseil constitutionnel considère que l'article 365 du Code civil est constitutionnel et la dernière décision de la Cour de cassation, ici commentée, le déclare conforme à la Convention EDH anticipant sur une décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 12 mars 2012.

Les faits à l'origine de l'affaire sont devenus d'une grande banalité. Un couple de concubines homosexuelles après plus de dix ans de vie commune demandait l'adoption des enfants que chacune avait eus par insémination artificielle, du même donneur. Chacune a formé une demande d'adoption simple de l'enfant de sa compagne. Les juges du fond refusent de faire droit à leur demande. La Cour de cassation est saisie une première fois du litige, après la soumission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel qui estime conforme à la constitution les dispositions de l'article 365 du Code civil en cause, la Cour de cassation saisie une seconde fois, rejette le pourvoi des concubines en considérant que la cour d'appel de Paris a légalement justifiée sa décision de rejet de la demande d'adoption simple car d'une part, elle a pris en considération l'intérêt supérieur des enfants et d'autre part, elle a jugé que l'impossibilité, en l'état de la législation française, de réaliser une adoption simple avec partage de l'autorité parentale en dehors du mariage ne contredit pas les dispositions de la Convention EDH.

Le problème de droit est ainsi clairement posé. Il ne s'agit pas de débattre du droit à l'adoption des couples homosexuels et de la discrimination qu'ils supporteraient. Il s'agit de savoir si l'impossibilité d'une adoption simple avec partage de l'autorité parentale en dehors du mariage est discriminatoire et contrevient aux droits fondamentaux protégés par la CEDH. L'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant s'inscrit, quant à elle, dans le respect de la CEDH qui consacre cette notion. Ainsi pour conclure que la cour d'appel a justifié sa décision, la Cour de cassation s'appuie d'une part sur l'analyse de l'article 365 du Code civil (1) et constate sa conformité à la CEDH (2).

1. L'analyse de l'article 365 du Code civil

Elle est menée par la Cour de cassation dans son attendu en termes nets pour souligner que l'adoption simple ne permet le partage de l'autorité parentale qu'en présence d'un couple marié (A). À partir de cette analyse, elle souligne l'inadaptation de cette règle de droit à la situation des concubines qui entendent réaliser une adoption simple croisée de leurs enfants (B).

A) Le partage de l'autorité parentale réservé aux couples mariés

L'article 365 du Code civil, à l'image de l'ensemble du droit de l'adoption français s'appuie sur l'institution du mariage. La Cour de cassation énonce que « l'article 365 du Code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint, et qu'en l'état de la législation française, les conjoints

sont des personnes unies par les liens du mariage ». Par cette analyse de l'article 365 qui fait l'objet d'une jurisprudence constante depuis 2007, elle pose clairement les données du problème.

L'adoption simple de l'enfant de son conjoint entraîne le transfert de l'autorité parentale au bénéfice de l'adoptant. L'article 365 ne prévoit qu'une exception au profit du conjoint. La jurisprudence a toujours interprété le mot conjoint comme désignant des personnes unies par les liens du mariage. La décision de principe en la matière a été rendue par la première chambre civile le 19 décembre 2007. Dans cette affaire, l'adoption avait été simplement prononcée au profit du partenaire dans le cadre d'un PACS. Pas plus que le concubin(ne), le partenaire n'est un conjoint. La cassation était donc intervenue pour violation de la loi. Depuis, les couples non mariés ne peuvent pas bénéficier d'une adoption simple au profit du partenaire ou concubin du parent naturel sans supporter l'inconvénient du transfert de l'autorité parentale. La règle vaut pour tous les couples non mariés et pas seulement pour les couples homosexuels, mais seuls ces derniers se voient refuser le mariage, seule solution juridique à leur dilemme. Le critère étant le mariage, il va de soi que depuis l'entrée en vigueur de la loi pour le mariage pour tous, le partage de l'autorité parentale est offert aux couples mariés de même sexe comme aux autres.

Or les inconvénients du transfert de l'autorité parentale sont nettement suggérés par la Cour de cassation.

B) Les inconvénients du transfert de l'autorité parentale pour les couples de concubins

L'application stricte de l'article 365 du Code civil aboutit à un paradoxe. Alors que l'adoption simple est utilisée pour tenter de fonder une famille équivalente à celle d'un couple marié et de ses enfants en donnant un statut de beau-parent au concubin ou à la concubine, le transfert de l'autorité parentale prive la mère biologique de ses droits sur l'enfant. Cette conséquence est contraire au but poursuivi par les couples non mariés et est contraire à l'intérêt de l'enfant. C'est exactement ce que signifie la Cour de cassation qui énonce : « la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présente toute aptitude à exercer cette autorité et ne manifeste aucun rejet à son égard ».

L'instrumentalisation de l'article 365 du Code civil par les couples non mariés mène à une impasse en l'état du droit positif français. Ce dernier n'ouvre l'adoption qu'aux couples mariés et aux célibataires rejetant hors de ce mode de filiation toutes les

autres formes de couples. Les arguments sont variés. L'adoption est une institution qui s'appuie sur une autre institution, le mariage. La recherche de l'intérêt de l'enfant qui doit être adopté par un couple stable. La question relève sans doute d'un choix législatif qui échappe à la compétence de la Cour de cassation. Cette dernière n'a qu'une mission : faire respecter le droit positif français. Or elle le fait d'autant plus facilement que l'article 365 du Code civil a été jugé conforme à la Constitution.

En effet, les plaignantes avaient posé une question prioritaire de constitutionnalité sur la constitutionnalité de l'article 365. Question prioritaire de constitutionnalité qui avait été renvoyée par la Cour de cassation (8 juillet 2010) au Conseil constitutionnel qui a conclu à la conformité du texte à la Constitution (6 octobre 2010). Cette incertitude écartée, l'article peut être appliqué avec rigueur. L'intervention de la loi en faveur du mariage pour tous ne change rien à la solution opposée aux concubins. Si les deux femmes, aujourd'hui entendent recourir à l'article 265 du Code civil, elles doivent simplement se marier.

Sous jacente, la question de la discrimination que supporteraient les couples homosexuels n'est jamais abordée pas même lorsque le Cour affirme la conventionnalité de l'article 365 du Code civil qui était le seul recours subsistant pour les concubines.

2. La conformité aux dispositions de la CEDH

L'attendu de la Cour de cassation suggère un classement dans l'importance des droits fondamentaux. Il met positivement en valeur l'intérêt supérieur des enfants, (A) tandis qu'il affirme en bloc la conformité des dispositions à la Convention EDH (B).

A) L'intérêt supérieur des enfants

Ce droit fondamental est consacré tant pas la CEDH que par la convention de New York relative aux droits de l'enfant. Il est donc particulièrement important. En outre, il est une des notions phare du droit de la famille en droit français.

Il reste que la Cour de cassation ne précise rien puisqu'elle se contente de constater que la cour d'appel a pris en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Que faut-il entendre par là ? L'intérêt des enfants consiste-t-il à être élevé par un couple stable ? Plus proche du texte, l'intérêt de l'enfant réside sans doute dans l'adéquation entre sa filiation naturelle et la détention de l'autorité parentale par sa mère naturelle. Le transfert de l'autorité parentale n'est souhaitable qu'en situation de crise ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque, la Cour de cassation le souligne, la mère de l'enfant présente toute aptitude pour exercer cette autorité parentale et ne manifeste aucun

rejet à l'égard de son enfant. Cette vision de stabilité du lien de filiation dans son intégrité devrait correspondre à l'intérêt de l'enfant.

C'est sans doute là que réside l'intérêt de l'enfant si l'on place l'arrêt commenté dans la perspective de deux autres décisions de la Cour de cassation. Cette dernière, le 17 juin 2012, a refusé, dans deux décisions, de donner l'exequatur à des décisions étrangères qui avaient établi la filiation par adoption plénière à l'égard des enfants du couple non marié et homosexuel. Or ces décisions sévères viennent après celle du 8 juillet 2010 dans laquelle, pour l'adoption simple entraînant le partage de l'autorité parentale entre la mère naturelle et l'adoptante, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y a pas atteinte à l'ordre public français. Toute la différence tient sans doute dans la différence existant entre l'adoption simple et l'adoption plénière qui entraîne la rupture des liens de filiation antérieurs. La solution pour les couples homosexuels réside alors dans le tourisme procréatif ! En effet, anticipant la solution de la Cour EDH, la Cour de cassation ferme la porte de l'atteinte à la Convention EDH dans sa décision du 9 mars 2011.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le mariage pour tous, la jurisprudence précédente tombe pour les couples de même sexe, mariés. En effet, il n'est plus envisageable de déclencher l'ordre public à l'encontre de décisions étrangères admettant l'adoption plénière ou simple par des couples homosexuels puisque la loi française l'autorise d'ores et déjà en France. L'adoption étant adossée à l'institution du mariage en ouvrant le mariage aux couples de même sexe le législateur leur a ouvert le droit à l'adoption. Ainsi le conjoint marié qu'il soit ou non du même sexe que son conjoint peut adopter l'enfant de l'autre. Les juges du fond ne s'y trompent d'ailleurs pas, le TGI de Lille le 14 octobre 2014 a prononcé l'adoption plénière en faveur de la conjointe de la mère des deux petites filles de 8 et 10 ans.

B) Le respect de la CEDH

C'est presque une affirmation de principe posée par la Cour de cassation : la cour d'appel n'a contredit aucune des dispositions de la Convention EDH. Les droits fondamentaux concernés ne sont pas précisés. On sait qu'il s'agit du droit de fonder une famille et de mener une vie familiale normale. Ici la normalité est délicate à définir.

Le véritable argument réside dans la discrimination que supporteraient les couples homosexuels. La Convention européenne consacre le principe de non-discrimination entre les couples, principe de non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle. Or une stricte analyse du texte donne raison à la Cour de cassation. Ce sont tous les

couples non mariés qui sont visés et pas seulement les couples homosexuels. Il est vrai qu'ils sont les seuls à ne pas pouvoir se marier !

La Cour de cassation a anticipé la décision de la Cour EDH. Dans une autre affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a écarté le grief de discrimination. En se fondant sur la notion de vie privée et familiale, elle conclut à l'absence de discrimination dans son arrêt du 12 mars 2012. Elle conforte ainsi la position de la Cour de cassation en rappelant la liberté laissée aux États quant à l'accueil ou non du mariage homosexuel. Une fois que l'État a décidé de légaliser le mariage homosexuel, les époux ont tous les mêmes droits qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. C'est à cette aune que doit être compris l'arrêt commenté, les concubines n'ont plus qu'un salut désormais, le mariage !

18

DISSERTATION

Université de Toulouse 1 Capitole

Sujet : « Possession d'état et filiation »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Il s'agit d'une dissertation portant sur une question classique. Un tel sujet est régulièrement donné aux étudiants passant leur examen en droit de la famille. La possession d'état en droit de la filiation est un point important qu'il est nécessaire d'avoir acquis.

Méthodologie appliquée

La méthode de la dissertation est toujours la même.

Dans un premier temps, il faut lire et comprendre le sujet.

Les mots clefs sont :

- « possession d'état », concept original propre au droit de la famille, la possession d'état relève du droit de la preuve comme du droit substantiel, elle concerne tant

la filiation que, moins souvent le mariage. En matière de filiation elle s'appuie sur l'apparence pour faciliter la preuve de la filiation légitime ou naturelle. Elle repose sur trois éléments : *nomen* (porter le nom correspondant à l'état dont l'enfant a la possession), *tractatus* (comportement de l'entourage qui confirme la possession d'état), *fama* (réputation aux yeux du public, on a la réputation de sa filiation) ;

- « et » cette conjonction de coordination impose la confrontation des notions de possession d'état et de filiation. Sa présence interdit de traiter dans une partie la possession d'état et dans l'autre la filiation. Il faut dans les deux parties confronter les deux notions en trouvant des fonctions différentes à la possession d'état dans la filiation ;

- « filiation », le terme sous-entend le droit de la filiation et surtout l'établissement, la preuve de la filiation.

Une fois, les définitions posées et le sujet compris, il faut rechercher un plan qui réponde à la question posée. À partir des connaissances issues du cours, il apparaît que la possession remplit deux fonctions en matière de filiation. D'une part, elle permet d'apporter la preuve de la filiation et d'autre part, elle est également un moyen d'établir la filiation.

Le plan proposé pourrait être le suivant :

1. Possession d'état et preuve de la filiation
 - A) Les qualités de la possession d'état
 - B) La consolidation ou la fragilisation de la filiation
2. Possession d'état et établissement de la filiation
 - A) L'établissement de la filiation
 - B) La contestation de la filiation

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La possession d'état repose sur l'apparence. Elle est une notion originale qui est plus ou moins reconnue par le législateur, selon les époques, mais elle est un précieux complément en droit de la filiation. Dans le cadre de l'ordonnance du 4 juillet 2005, le législateur lui a donné pour mission la stabilité des filiations. Les éléments constitutifs de la possession sont inchangés et expliquent le rôle qui est le sien dans la filiation.

La possession d'état se compose de trois éléments classiques : le *tractatus*, le *nomen*, la *fama*. Le *tractatus*, c'est la vie de famille, le comportement des proches, l'article 311-1 du Code civil l'explique en ces termes : « cette personne a été traitée par celui ou ceux dont on la dit issue comme leur enfant ». Il est l'élément le plus important de la possession d'état car il est le plus probant. L'enfant doit être traité comme leur enfant par ses parents et réciproquement, en grandissant, il doit les traiter comme ses parents. Les actes qui caractérisent le *tractatus* sont ceux qui assurent l'entretien à l'éducation de l'enfant. La *fama* repose sur la réputation de la personne qui est reconnue comme l'enfant de ses parents, dans la société, dans la famille et par l'autorité publique. Elle vise donc la commune renommée, elle repose sur la perception des tiers. Pour être significative, elle doit être associée au *tractatus*. L'article 311-1, 3° du Code civil la définit ainsi : « Que cette personne est reconnue comme leur enfant aux yeux de la société et par la famille ». Enfin le troisième élément constitutif, le moins probant aujourd'hui, le *nomen*, « la personne porte le nom de celui ou de ceux dont on la dit issue ». Le port du nom est en principe révélateur de l'appartenance à la famille. Pour apprécier ce dernier élément, il convient de tenir compte des nouvelles dispositions du droit civil français sur les conditions de l'attribution du nom de famille. Si ces éléments constitutifs sont significatifs, ils ne sont pas exclusifs. L'article 311-1 dispose dans son premier alinéa que la possession d'état est dégagée par « une réunion suffisante de faits qui révèlent le lien de filiation ». Le *tractatus* est l'élément essentiel, le seul indispensable à l'établissement de la possession d'état.

Le rappel de ces éléments constitutifs explique que la possession d'état puisse être qualifiée par certains comme une possession d'état à tout faire. Elle est une notion à « multiples facettes », elle remplit avant tout une fonction probatoire, mais elle permet également d'établir et de contester la filiation. Confronter possession d'état et filiation conduit à évoquer la première fonction attribuée à la possession d'état, à savoir, la preuve de la filiation (1) avant de souligner son apport au fond du droit en montrant son rôle dans l'établissement de la filiation (2).

1. Possession d'état et preuve de la filiation

Le rôle premier de la possession d'état est probatoire. L'ordonnance de 2005 confirme, s'il en était besoin, cette analyse puisque la possession d'état trouve sa place avec les dispositions relatives à la preuve et aux présomptions. Elle est une preuve d'autant plus précieuse que si elle est composée d'éléments de faits, appréciés souverainement par les juges du fond, tout en étant aussi une notion de droit (A). À ce titre, elle fait l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation fort utile car pour consolider la filiation la possession d'état doit présenter certains caractères, leur absence fragilise la filiation (B).

A) Les qualités de la possession d'état

Ces qualités sont nécessaires à l'efficacité de la preuve par possession d'état. L'article 311-2 du Code civil tel que rédigé par l'ordonnance de 2005 dispose que « *la possession d'état doit être continue, paisible, publique et non équivoque* ». L'énumération décrit deux caractères. Le premier est la continuité. La possession d'état doit être continue ce qui signifie qu'elle doit être stable et régulière. Continue signifie également la permanence de la possession, il vaut mieux qu'elle ne s'interrompe pas. Elle ne doit pas être intermittente. Elle doit s'inscrire dans le temps, c'est-à-dire qu'elle doit être durable. Plus elle dure, plus elle est solide. Ainsi l'article 333, al. 2 du Code civil prévoit que la possession d'état depuis plus de cinq ans rend inattaquable la filiation. Sur l'appréciation de ce facteur temps, tout est affaire de circonstances et la jurisprudence est variée et nuancée. La possession d'état doit être continue et actuelle. Le second est l'absence de vice c'est-à-dire que la possession d'état doit être paisible, publique et non équivoque. Il est évident que l'inspiration vient du droit des biens (art. 2276, C. civ.). Pour remplir sa fonction probatoire, la possession doit vérifier toutes ses qualités. À cette condition seulement, elle peut consolider la filiation.

L'ordonnance de 2005 supprime la distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle, par conséquent, la référence à l'indivisibilité de la possession d'état d'enfant légitime. Si ces conditions sont réunies la possession d'état consolide la filiation par l'intermédiaire de l'apparence. Seulement l'apparence laisse présumer l'existence de l'état, la preuve contraire est toujours possible. Elle est utile car elle permet de faire constater l'existence de la filiation par l'intermédiaire d'un jugement ou d'un acte de notoriété. Toutefois l'ordonnance cultive une certaine ambiguïté car cet acte ne crée pas l'état, il ne fait que constater l'apparence de l'état.

B) La consolidation ou la fragilisation de la filiation

La preuve de la possession d'état permet de consolider la filiation. Le principe est la liberté de la preuve. Cependant, dès 1972 la loi facilite la preuve de la preuve, c'est-à-dire la preuve de la possession d'état. En dehors de tout procès, la possession d'état peut être établie par un acte de notoriété (art. 335, C. civ.). L'ordonnance de 2005 a maintenu le système. L'acte peut être demandé par les parents et par l'enfant, il est établi à partir des déclarations de trois témoins. Cet acte fait foi jusqu'à preuve du contraire, il ne fait donc que renverser la charge de la preuve. L'autre moyen d'établir la possession d'état est d'obtenir un jugement (art 330, C. civ.). Le tribunal statue alors également sur l'exercice de l'autorité parentale, la contribution à l'entretien de l'enfant et à l'éducation de l'enfant et à l'attribution du nom.

La possession d'état ne peut établir la filiation que dans la mesure où elle est constatée, mais elle ne peut pas conférer juridiquement l'état. En revanche, en son absence, la filiation est fragilisée.

L'ordonnance de 2005 entend favoriser la sécurité du lien de filiation. La jurisprudence va dans le même sens. Dès lors que la possession d'état est conforme au titre de naissance, il est difficile de contester la filiation paternelle même si les parents étaient séparés, même si le père n'avait eu que peu de contact avec sa fille. Des échanges réguliers, le fait que la jeune fille porte le nom de son père suffisent à stabiliser définitivement la filiation. L'article 333 du Code civil va dans le même sens et tire les conséquences que la possession d'état est conforme au titre. Dans ces cas seuls peuvent agir en contestation l'enfant, ses père et mère ou celui qui prétend être le parent véritable. Ainsi l'action est strictement attribuée pour protéger la stabilité de la filiation. L'article 333 précise encore que l'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession a cessé, ou, ajoute la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, cinq ans à compter « du décès du parent dont le lien de filiation est contesté ». Ceci signifie que passé ce délai, il n'est plus possible d'attaquer une filiation dont la possession

est conforme au titre. L'équilibre ainsi par les textes entre respect de la filiation biologique et affective est consacrée par la Cour de cassation qui a refusé, à ce titre de transmettre au Conseil constitutionnel, une question prioritaire de constitutionnalité critiquant le texte.

En revanche, l'article 334 du Code civil précise qu'à défaut de conformité entre le titre et la possession d'état, une action en contestation de filiation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt. L'action est alors enfermée dans le délai prévu par l'article 321 du Code civil, à savoir dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame.

Dans le même esprit, l'article 313 du Code civil précise que la présomption de paternité est écartée lorsque l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et que l'enfant n'a pas de possession d'état à son égard. Pourtant, comme pour rattraper cette fragilité regrettable dans la filiation de l'enfant, l'article 314 du Code civil énonce que si la présomption de paternité est écartée en application de l'article 313, elle est rétablie de plein droit « si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers. »

Cependant la possession d'état présente des facettes multiples et elle est aussi un moyen de fond pour établir ce qui signifie aussi contester la filiation.

2. Possession d'état et établissement de la filiation

La possession d'état est aussi un mode d'établissement de la filiation, l'ordonnance de 2005 a confirmé cette fonction dans l'article 310-1 : « La filiation est légalement établie, dans les conditions prévues au chapitre II du présent titre, par l'effet de la loi, par la reconnaissance volontaire ou par la possession d'état constatée par un acte de notoriété ». Elle reste donc un mode d'établissement de la filiation. Réciproquement, elle établit la filiation par sa présence, mais en son absence elle facilite sa contestation.

A) L'établissement de la filiation

L'ordonnance de 2005 confirme la fonction de la possession d'état en matière d'établissement de la filiation sans plus faire aucune différence entre les différentes filiations.

La possession ne présente pas le même intérêt dans toutes les hypothèses. Elle reste plus utile pour établir la filiation naturelle paternelle. Par exemple, elle peut servir les

intérêts de l'enfant, élevé par son père sans avoir été reconnu. Pour pouvoir venir à la succession de son père, il pourra établir sa filiation en recourant à la possession d'état. Les époux réconciliés après une période de séparation légale qui fragilise la filiation de leur enfant commun peuvent utiliser la possession d'état pour rétablir la présomption de paternité du mari.

L'enfant soucieux d'établir sa filiation peut recourir à un acte de notoriété qui permettra de faire mention en marge de l'acte de naissance. L'article 317 al. 4 du Code civil dispose que la preuve de l'existence de la possession d'état entraîne l'établissement de la filiation, elle est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Ce n'est pas l'acte de notoriété qui établit la filiation, mais l'existence de la possession d'état dont l'acte n'est que la preuve. L'ordonnance de 2005 impose que la possession d'état soit établie dans un titre ce qui est une condition supplémentaire. Elle vaut alors autant que l'acte de naissance ou la reconnaissance. L'article 311 du Code civil rappelle les modalités d'établissement de l'acte de notoriété (art. 311, al. 2, C. civ. modif. loi 28 mars 2011) ainsi que les délais, y compris en cas de décès du parent prétendu.

Le jugement est l'autre moyen. L'article 330 du Code civil précise que la possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne intéressée. Le jugement qui établit la possession d'état ne garantit pas pour autant la vérité biologique de la filiation. La possession d'état a toujours été le reflet d'une vérité sociologique. Cette possession d'état judiciairement constatée établit la filiation. Elle emporte aussi mention en marge de l'acte de naissance.

Inversement, l'absence de la possession d'état autorise la contestation de la filiation.

B) Contestation de la filiation

L'article 334 du Code civil précise que « À défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée par toute personne qui y a intérêt dans le délai prévu à l'article 321 du Code civil ». Les conditions de l'action sont clairement énoncées. Premièrement, il ne faut pas qu'il y ait une possession d'état conforme au titre. Deuxièmement, une fois établie cette lacune, il faut prouver l'absence de paternité ou de maternité. Cette preuve est établie par tous moyens. On retrouve les éléments du droit antérieur. Cependant, l'ordonnance est fidèle à son objectif de stabilisation des filiations en réduisant les prescriptions.

Une filiation établie par possession d'état peut également être contestée. Il convient alors de prouver que les éléments de la possession d'état n'étaient pas réunis.

L'ordonnance de 2005 remplit la mission qu'elle s'était donnée. Elle stabilise et sécurise le droit de la filiation par l'intermédiaire des délais de prescription. L'article 321 introduit un délai de 10 ans à compter de la remise en cause de l'état auquel la personne prétend. Au-delà de 5 ans un enfant dont le titre est conforme à la possession d'état est à l'abri de toute contestation de sa filiation (art. 333, C. civ.) Le titre le protège de toute contestation, indépendamment de la possession d'état au bout de 10 ans (art. 334, C. civ.).

19

DISSERTATION

Université de Toulouse 1 Capitole

Sujet : « L'autorité parentale sur la personne de l'enfant »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Le sujet est une classique dissertation sur une question de cours. Il vise à contrôler les connaissances de l'étudiant et sa capacité à les organiser.

Méthodologie appliquée

Comme pour tout sujet de dissertation, il convient de définir les notions du sujet, de réunir ses connaissances et trouver un plan adapté au sujet.

La définition juridique de l'autorité parentale est donnée par l'article 371-1 du Code civil. Elle est un ensemble de droits et de devoirs qui ont pour finalité l'intérêt de l'enfant. Le même article précise qu'elle appartient aux parents de l'enfant jusqu'à sa majorité. Le but est d'assurer son éducation, son développement dans le respect de sa personne.

L'intitulé du sujet porte sur la personne de l'enfant. L'approche est donc large et vise l'ensemble des dispositions du Code civil. Il convient donc de traiter le contenu des droits et devoirs attachés à l'autorité parentale avant d'envisager les modalités de l'exercice de cette autorité parentale.

Le plan pour une telle question de cours s'impose :

1. Les éléments constitutifs de l'autorité parentale
 - A) La protection de l'enfant
 - B) L'éducation de l'enfant
2. L'exercice de l'autorité parentale
 - A) L'exercice conjoint en présence des parents unis
 - B) L'exercice conjoint en présence de parents désunis

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

INTRODUCTION

La loi du 4 mars 2002 marque l'achèvement d'une évolution de l'autorité parentale, elle est désormais clairement présentée comme une coparentalité. Elle vise ainsi à prendre en compte l'égalité des filiations, mais aussi à assurer une meilleure protection de l'enfant quelle que soit sa situation de famille. L'autorité parentale appartient d'abord aux parents qui ont une vocation naturelle à protéger leurs enfants. Autrefois remise au mari, elle est désormais partagée également entre la mère et le père. Pour contrer la réalité sociologique de la primauté du lien établi entre la mère et les enfants, la loi pose le principe du maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de séparation des parents.

Pour comprendre la notion d'autorité parentale sur l'enfant (c'est-à-dire le mineur non émancipé), il faut rappeler qu'elle est une fonction qui est confiée aux seuls père et mère. Le seul objectif est celui de l'intérêt de l'enfant et la loi précise qu'il est d'ordre public. Cet intérêt consacré comme primordial encadre les dispositions du Code civil qui précisent que les objectifs de l'autorité parentale consistent dans

la protection et l'éducation de l'enfant. Si les parents s'avèrent incapables d'exercer l'autorité parentale, la société se doit d'intervenir.

Le principe demeure celui de l'autorité parentale accordée aux parents avec la responsabilité qui accompagne cette fonction tant que l'enfant est un mineur non émancipé. Deux points méritent l'attention : le premier vise à expliciter les éléments constitutifs de l'autorité parentale pour mieux cerner la fonction revenant aux parents. Le second s'attache aux modalités d'exercice de l'autorité parentale.

1. Les éléments constitutifs de l'autorité parentale

Ces éléments figurent à l'article 371-1 du Code civil. Ce dernier vise les droits et les devoirs des parents soulignant la corrélation existant entre leurs fonctions et l'étendue de leur responsabilité. Surtout, l'article place le rôle des parents sous l'égide d'un principe général qui dicte l'interprétation de l'ensemble des textes relatifs à l'autorité parentale : l'intérêt de l'enfant. L'alinéa deux de l'article précise quelles sont les finalités à poursuivre : protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité et assurer son éducation (pour permettre son développement dans le respect dû à la personne). Ces deux finalités sous l'emprise de l'intérêt de l'enfant méritent d'être étudiées.

A) La protection de l'enfant

Elle est assurée quotidiennement par les parents à travers le droit de garde. Les parents fixent la résidence de l'enfant afin d'assurer leur communauté de vie avec ce dernier. Cette communauté de vie autorise une surveillance efficace de l'enfant. On note immédiatement que le corollaire de cette proximité consiste dans la responsabilité des parents pour tous les actes de leurs enfants. La communauté de vie est expressément visée par l'article 371-3 du Code civil qui énonce que : « l'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi ». Le droit de garde trouve son prolongement dans la surveillance de l'enfant : les parents le contrôlent tant dans le logement de la famille qu'à l'extérieur. Ils veillent à ses allées et venues, ses relations avec des camarades ou des adultes. Cette surveillance va jusqu'à la possibilité de prendre connaissance de la correspondance de l'enfant, la jurisprudence applique le principe tout en gardant la mesure nécessaire. Les parents doivent assurer le logement de leurs enfants, cette obligation s'intègre dans l'obligation d'entretien.

La protection de l'enfant passe avant tout par la protection de sa santé. Ce devoir suppose que les parents, l'un et l'autre, doivent donner leur consentement aux actes médicaux prodigués à l'enfant (traitement, hospitalisation, intervention chirurgicale). En cas d'urgence, le médecin peut agir avec le consentement d'un seul des parents voir sans consentement aucun. En fonction de son âge et de son discernement, l'avis du mineur est pris en compte : il doit être informé et dans la mesure du possible, il doit être associé à la prise de décision.

La protection des droits de la personnalité de l'enfant est exercée par ses parents : ils autorisent la divulgation de sa photo, d'éléments relatifs à sa vie privée. Réciproquement le principe est que les parents défendent les droits de la personnalité de leur enfant en justice.

La protection de l'enfant n'est pas le seul aspect de la fonction assurée par les parents, l'autre aspect réside dans l'éducation de l'enfant.

B) L'éducation de l'enfant

L'enfant a droit à recevoir une éducation (si les parents ne garantissent pas ce droit, l'État intervient notamment par le jeu de l'assistance éducative). Ce droit est consacré par les textes internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 26 ; convention internationale des droits de l'enfant, art. 28). Le Code de l'éducation français pose le principe de l'instruction obligatoire pour les enfants entre 6 et 16 ans. Dans le cadre de cette obligation, les parents gardent la liberté de choix des modalités de l'éducation de leurs enfants (enseignement religieux ou non, enseignement public, privé, à la maison...). Au-delà de l'âge de 16 ans, le Code de l'éducation pose le droit de l'enfant à poursuivre ses études, en dépit de l'opposition de ses représentants légaux. Des mesures d'assistance éducatives existent pour assurer son effectivité à ce droit. Les parents ont le droit de surveiller l'enseignement dispensé à leur enfant.

Ce droit à l'éducation couvre l'apprentissage, l'éducation religieuse. Cette dernière soulève des questions parfois délicates en cas de désaccord des parents, le juge peut intervenir pour maintenir le *statu quo*. Si l'enfant a déjà un certain âge, le choix de la religion peut être reporté à sa majorité. Si les choix religieux des parents font courir un danger à l'enfant (abandon de ce dernier à l'âge de 6 ans dans une école dirigée par un adepte du Sahaja Yoga en Inde) des sanctions de droit pénal sont envisageables.

Un droit de correction est reconnu aux parents, mais tout abus est sévèrement sanctionné au civil et même au pénal (en cas de maltraitance). Le retrait de l'autorité parentale est envisageable (art. 378 et 378-1, C. civ.).

Les éléments constitutifs de l'autorité parentale sur le parent resteraient lettre morte s'ils ne s'accompagnaient pas par des dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

2. L'exercice de l'autorité parentale

Le principe est celui de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les parents. Ces modalités de mise en œuvre divergent que les parents vivent ensemble avec l'enfant ou non.

A) L'exercice conjoint en présence de parents unis

L'article 372 du Code civil pose le principe de l'exercice en commun de l'autorité parentale pour toutes les familles (mariage, pacs ou concubinage) et quelle que soit la nature de la filiation (légitime, naturelle ou adoptive).

Cet exercice conjoint suppose que les deux parents exercent conjointement et non concurremment les mêmes droits et devoirs. Par suite, chacun des parents doit demander et obtenir l'accord de l'autre pour les actes qui ne sont pas usuels. Pour ces derniers, l'article 372-2 du Code civil pose une présomption d'accord des parents. La règle vaut dispense de preuve de l'accord des deux parents et décharge de responsabilité pour les tiers qui croient que les deux époux sont d'accord pour un acte usuel.

Le juge décide souverainement quels sont ces actes usuels. Il faut y voir tous les actes de la vie quotidienne, sans gravité. On y retrouve les demandes administratives, les décisions relatives à la scolarité dès lors qu'il n'y a pas de changement d'établissement, les décisions touchant aux soins médicaux courants (vaccinations, soins dentaires, blessures légères, maladies infantiles...), le choix du nom d'usage de l'enfant, etc.

Réaliste, le législateur a prévu de régler les conflits entre les parents. L'article 372-1 du Code civil précise que le parent le plus diligent peut saisir le juge aux affaires familiales qui statue après avoir tenté de concilier les parties. Il est prévu la possibilité de recourir à un médiateur.

B) L'exercice conjoint en présence de parents désunis

L'exercice en commun reste le principe même lorsque les parents de l'enfant sont séparés (art. 373-2, al. 2, C. civ.). La séparation impose cependant que le juge aux affaires familiales (JAF) fixe les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. L'article 373-2-11 du Code civil précise que le juge aux affaires familiales doit prendre

en compte « notamment » : les accords passés entre les parents, les sentiments exprimés par l'enfant mineur, l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre, l'intérêt de l'enfant, l'âge de l'enfant, les enquêtes sociales, etc.

La résidence alternée est envisageable, elle n'est pas de principe, elle est une possibilité offerte au juge. Il est préférable qu'elle repose sur un accord entre les parents, mais ce n'est pas une obligation légale. Le juge peut la décider à titre provisoire. L'accord des parents n'est ni nécessaire, ni suffisant (le juge n'est pas lié par leur convention). Le seul critère – justifiant la décision du juge – est l'intérêt de l'enfant. Il tient également compte des conditions concrètes de vie des parents (contraintes professionnelles ; distance d'habitation ; mésentente entre les parents). C'est au juge qu'il revient de fixer le rythme et les modalités de l'alternance qui n'implique pas nécessairement un partage égalitaire du temps passé par l'enfant auprès de chacun de ses parents. En cas de dysfonctionnement les juges mettent fin à la résidence alternée. En se fondant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge peut décider de fixer la résidence de l'enfant au domicile de l'un de ses parents. Les raisons sont appréciées au cas par cas (immaturité de la mère, alcoolisme du père...). L'article 373-2-1 du Code civil prévoit expressément le droit de visite et d'hébergement pour le parent qui ne vit pas avec l'enfant. La loi du 4 mars prévoit le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents. Il reste les circonstances exceptionnelles qui mettent l'enfant en danger, le juge doit alors en tenir compte.

L'autorité parentale n'est exercée de manière unilatérale que dans les cas les plus graves. Il y a les cas de décès de l'un des parents ou encore de l'impossibilité pour l'un des parents de manifester sa volonté. Il y a aussi l'hypothèse où l'un des parents peut constituer une menace pour l'enfant. Toutes les décisions en la matière doivent tenir compte de l'intérêt de l'enfant, voir de sa volonté.

Par exception, l'autorité parentale peut être exercée de manière unilatérale. C'est le cas au profit du parent qui a reconnu l'enfant en premier et que la filiation au profit de l'autre parent n'est pas établie dans l'année de la naissance de l'enfant. Celui des parents qui exerce seul l'autorité parentale veille à la santé, la sécurité et la moralité de l'enfant. Il prend toutes les décisions relatives à son éducation. Il est responsable du fait de l'enfant (art. 1384, al. 4, C. civ.). Le père ou la mère qui n'exerce pas l'autorité parentale ne jouit que de prérogatives fondamentales : consentement au mariage, à l'adoption ou encore à l'émancipation. Il ou elle a droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant, ce droit se traduit pas un droit de visite et

d'hébergement qui doit respecter l'intérêt de l'enfant. Il ou elle conserve un droit de surveillance sur l'entretien et l'éducation de l'enfant (art. 373-2-1, al. 4, C. civ.).

L'exercice en commun de l'autorité parentale peut être rétabli par une déclaration conjointe ou par une décision du juge aux affaires familiales. L'exercice de l'autorité parentale est l'occasion de procédures qui servent de cadre privilégié à l'audition de l'enfant en justice.

20

QUESTIONS DE COURS

Faculté de Droit de Draguignan

1. Les troubles anormaux de voisinage

- a) Définition et fondement juridique**
- b) Conditions et effets**

2. La délimitation du périmètre de la propriété

- a) Le bornage**
- b) La clôture**
- c) La représentation cadastrale**

3. Les effets juridiques de la possession en matière mobilière

Expliquez le principe posé par l'article 2276 du Code civil en distinguant

- a) le cas où le possesseur a acquis son bien du propriétaire (a domino)**
- b) le cas où le possesseur a acquis son bien d'un autre que le propriétaire (a non domino)**

4. Les actions possessoires

- a) Notion des actions possessoires (A quoi servent-elles ? Quel est le droit protégé ? Qui peut invoquer le trouble possessoire ? Qui peut être l'auteur du trouble ? Quelle condition générale doit exister pour que le trouble permette une action possessoire ?)**
- b) Expliquez les trois actions possessoires**
 - plainte**
 - dénonciation de nouvel œuvre**
 - réintégration**

BONUS

- 1) *Quel est le revirement opéré par le tribunal des conflits le 14 mai 2012 dans l'affaire société Orange ?*
- 2) *Que dit la Cour de cassation dans son arrêt Civ. 3^e, du 20 février 2013 « Terre Atararo » ?*
- 3) *Quel est l'apport de l'arrêt Com 10 février 2009 en matière d'usufruit sur les parts sociales ?*

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

S'agissant de questions de cours, il conviendra d'y répondre tout simplement une par une. L'étudiant doit être clair, précis et complet dans ses réponses.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS****1. Les troubles anormaux de voisinage****A) Définition et fondements juridiques**

La vie en collectivité impose de respecter et supporter les inconvénients de son voisinage. Cependant, le dommage anormal, parce qu'excessif, doit être réparé. Un arrêt de

la Chambre des requêtes du 20 février 1949 a initié cette jurisprudence en affirmant que « le droit de propriété est limité par l'obligation naturelle et légale de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage ».

À l'origine, le trouble de voisinage a été une application de la théorie de l'abus de droit. Il s'en est progressivement détaché : la responsabilité peut être engagée même si aucune faute n'a été commise, même si le propriétaire ne fait qu'exercer ses prérogatives légales. Deux arrêts de principe ont admis que si « le propriétaire voisin de celui qui construit légitimement sur son terrain est néanmoins tenu de subir les inconvénients normaux du voisinage, en revanche, il est en droit d'exiger une réparation dès lors que les inconvénients excèdent cette limite » (*Civ. 3^e, 4 fév. 1971*). La Cour de cassation y a vu un principe général selon lequel « nul ne doit causer un trouble anormal de voisinage ». Une responsabilité est envisageable en l'absence de faute caractérisée. Toutefois, en pratique, les tribunaux continuent souvent à justifier cette responsabilité en se fondant sur l'article 1382 du Code civil, bien que cela soit devenu inutile. En effet, la responsabilité tenant au voisinage n'est pas tant fondée sur la faute que sur le dommage anormal (celui-ci peut provenir d'une usine polluante et bruyante qui a pourtant obtenu toutes les autorisations administratives nécessaires à son fonctionnement et ne commet aucune faute).

B) Conditions et effets

La distinction avec l'abus de droit est nette : l'abus suppose une faute, pas le trouble de voisinage. Deux conditions sont nécessaires : un trouble anormal et une relation de voisinage

- *L'existence d'un trouble anormal*

Il est reconnu comme tel soit lorsqu'il est important, soit lorsqu'il est répétitif (le défaut d'ensoleillement, le bruit... constituent des troubles normaux s'ils sont de courte durée et épisodiques, anormaux s'ils sont fréquents et durables). Son appréciation dépend des circonstances de temps (jour ou nuit, dimanche ou semaine, installation antérieure ou postérieure...), de lieu (zone industrielle ou résidentielle) et de la réceptivité personnelle de la victime (plus ou moins grande nervosité, plus ou moins bon sommeil...). Le préjudice supportable, et donc le caractère anormal du trouble, est apprécié en fonction de chaque victime. La jurisprudence a tendance à admettre de façon extensive les troubles anormaux de voisinage. Tout peut devenir un trouble anormal (le chant d'un coq en ville, le stockage de meules de foin en limite de propriété, un chantier qui se prolonge...).

- La relation de voisinage

Le droit positif tend à privilégier les rapports interpersonnels, entre voisins et non entre fonds. Tous ceux qui subissent un trouble anormal (propriétaire, locataire ou occupant) peuvent agir à l'encontre de leur voisin (propriétaire, locataire ou occupant). La jurisprudence a même admis une action contre le constructeur en charge de travaux causant des nuisances anormales (par leur durée ou leur ampleur), c'est-à-dire l'entrepreneur, le sous-traitant ou l'architecte. Elle les tenait responsables en tant que « voisin occasionnel » (Civ. 3^e, 22 juin 2005). La jurisprudence semble revenir sur cette responsabilité de plein droit des constructeurs en recherchant, au-delà de la simple participation au chantier, la cause directe des troubles anormaux de voisinage. Ne peuvent être tenus responsables que les usagers habituels de l'immeuble voisin : propriétaires, locataires, usufruitiers ou simples occupants.

Le droit commun de la responsabilité détermine la manière de réparer les inconvénients anormaux du voisinage. On retrouve alors le souci de faire cesser le trouble et de réparer le préjudice (qui peut être durable et conduire au versement d'une rente). Si le versement de dommages et intérêts ne pose pas de problème, il en va différemment pour faire cesser le trouble. En effet, la séparation des pouvoirs empêche le juge de l'ordre judiciaire d'interdire une activité, même préjudiciable pour les voisins, que l'administration a autorisée. Il peut tout au plus ordonner certains travaux d'amélioration et des dommages et intérêts si le préjudice subsiste.

Il existe des limites à la réparation. Le trouble n'est plus anormal quand le voisin victime s'est mis lui-même en situation de le subir. Plus particulièrement l'antériorité du trouble, ou la préoccupation, constitue une exception opposable à la victime. Celui qui s'installe près d'une exploitation industrielle, agricole, artisanale ou commerciale polluante ou bruyante, ne peut obtenir réparation du trouble sauf en cas d'aggravation ultérieure. L'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation qui pose la règle de la pré-occupation subordonne son application à trois conditions : l'antériorité de l'activité génératrice de nuisance, l'exercice de l'activité dans le respect de la législation, et l'absence de modification dans les conditions d'exploitation.

2. La délimitation du périmètre de la propriété

A) Le bornage

Le bornage consiste à délimiter deux fonds de terre contigus en plaçant des signes distinctifs, des bornes sur les limites des propriétés. Cette opération s'effectue d'un

commun accord entre voisins et à frais communs. À défaut d'accord, l'article 646 du Code civil permet à tout propriétaire d'obliger son voisin à borner en intentant une action en bornage. Le bornage, amiable ou judiciaire, a pour effet de fixer définitivement les limites des propriétés et l'emplacement des bornes doit être respecté. En revanche, l'opération de bornage est sans conséquence sur le titre de propriété, car elle n'est pas une preuve de propriété. Même si le bornage dissimule parfois une contestation de la propriété, l'action en bornage ne doit pas être confondue avec l'action en revendication qui seule permet de fixer la propriété des parcelles concernées en apportant d'autres preuves de cette propriété. Notamment, la première est une action réciproque, alors que la seconde est unilatérale, exigeant de la part du demandeur d'apporter la preuve de la propriété du fonds qu'il réclame.

B) La clôture

Tout comme le bornage, la clôture pose les limites du voisinage. Mais alors que le bornage est contradictoire, la clôture est unilatérale. Elle a pour but d'élever des obstacles pour interdire l'accès des personnes ou des animaux à une propriété immobilière. Elle est à la fois un droit et une obligation. Tout propriétaire a le droit de clore son héritage (sauf s'il est assujéti à une servitude), mais dans les agglomérations la clôture devient une obligation (art. 663, C. civ.). Lorsque la clôture voisine avec les bornes, elle délimite la propriété en surface, mais elle n'est pas plus que celle-ci une preuve de la propriété elle-même. Si la clôture appartient à l'un des propriétaires, elle ne pose aucune difficulté. En revanche, si elle appartient aux deux, elle est soumise au régime de la mitoyenneté.

C) La représentation cadastrale

Le cadastre est un document administratif qui représente le plan de la propriété immobilière d'une commune, sous la forme de parcelles. Les documents cadastraux sont tenus à jour au niveau des mairies et des centres des impôts fonciers, et identifient avec précision chaque parcelle de terrain, la nature, la consistance et les éléments d'équipement des constructions qui y sont édifiées. Ils servent de base aux évaluations foncières utilisées notamment pour l'établissement de la taxe foncière et la taxe d'habitation.

La représentation cadastrale ne fait pas preuve du droit de propriété sur un fonds mais constitue uniquement un indice des limites de la propriété, les parcelles et les propriétés ne coïncidant pas nécessairement (une parcelle peut être divisée en plusieurs propriétés ou une propriété comporter plusieurs parcelles).

3. Les effets juridiques de la possession en matière mobilière

Selon l'article 2276 du Code civil, « en fait de meubles la possession vaut titre ». Cette formule vaut comme règle de preuve et comme règle d'acquisition de la propriété mobilière. Tout dépend de la personne de qui le possesseur a acquis son bien.

a) Si le possesseur a acquis son bien du véritable propriétaire (*a domino*), l'article 2276 joue comme règle de preuve : le possesseur est présumé propriétaire.

b) Si le possesseur a acquis son bien d'un autre que le propriétaire (*a non domino*), l'article 2276 pose une règle de fond. Dans le cas où le possesseur a acquis le bien meuble d'une personne qui n'est pas le propriétaire du bien, tel un vendeur ou un locataire, il en devient propriétaire. L'article pose en effet le principe de l'acquisition instantanée de la propriété d'un meuble par le possesseur de bonne foi l'ayant acquis d'un non-propriétaire.

Cette règle traduit le passage d'une situation de fait, la possession, en une véritable situation de droit, la propriété. La possession équivaut purement et simplement à un titre de propriété et celui qui possède une chose mobilière ne peut se voir opposer aucune revendication. Cette règle ne s'applique que dans les cas où le propriétaire a remis la détention d'un meuble à un tiers (par un contrat de dépôt, de prêt, de location...) qui l'a ensuite transmis à un tiers de bonne foi (par exemple l'ami indélicat qui vend un objet qu'on lui a simplement prêté). Le détenteur lui-même ne peut pas réclamer l'application de la règle de l'article 2276 puisqu'il n'est pas un véritable possesseur (simple détenteur dépourvu d'*animus*).

L'alinéa 2 de l'article 2276 exclut les cas où les meubles ont été volés – ou perdus – puisque par définition leur propriétaire ne s'en est pas volontairement dessaisi.

4. Les actions possessoires

A) Notion des actions possessoires

- A quoi servent-elles ? les actions possessoires servent à assurer la protection de la possession. Elles permettent au possesseur de se faire maintenir – ou rétablir – en possession quand celle-ci est troublée par les atteintes de tiers.

- Quel est le droit protégé ? les actions possessoires concernent tous les droits possédés sur un immeuble, par conséquent, tous les droits réels immobiliers bénéficient de ces actions, comme le droit de propriété, l'usufruit ou les servitudes.

- Qui peut invoquer le trouble possessoire ? L'article 2278 du Code civil prévoit que « la protection possessoire est (...) accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui elle tient ses droits ». Les possesseurs, les détenteurs (comme les locataires, en vertu de la loi du 9 juillet 1975) et tous ceux qui exercent un droit sur un immeuble (propriétaire, copropriétaire, usufruitier, titulaire d'une servitude ou de tout autre droit réel immobilier) peuvent invoquer le trouble possessoire. La Cour de cassation en a déduit que la seule limite à l'action possessoire réside dans l'hypothèse où la dépossession est le fait de celui qui a octroyé au détenteur le droit qu'il exerce.
- Qui peut être l'auteur du trouble ? Le trouble doit émaner d'un tiers et consister dans un acte volontaire qui implique la contestation de la qualité de possesseur. Peu importe en revanche que son auteur ait cru être dans l'exercice de son droit, qu'il ait été de bonne ou mauvaise foi ou qu'il profite ou non de la dépossession.
- Quelle condition générale doit exister pour que le trouble permette une action possessoire ? D'une manière générale, pour que l'action possessoire soit recevable, il faut que le demandeur ait possédé ou détenu le bien paisiblement (s'il a eu recours à des actes de violences à un moment ou à un autre l'action n'est pas recevable). En revanche, la condition de la possession ou de la détention depuis au moins un an exigée par l'article 1264 du Code de procédure civile ne s'applique pas à la réintégration.

B) Expliquez les trois actions possessoires

- **complainte** : elle représente l'action possessoire de droit commun, les deux autres en étant des variétés particulières. Elle permet de faire cesser tout trouble, de fait ou de droit, actuel de la possession. Elle sanctionne tout acte, matériel ou juridique, contredisant la possession (agression matérielle ou action en justice tendant à dénier la possession).
- **dénonciation de nouvel œuvre** : elle constitue une catégorie préventive de la complainte puisqu'elle protège la possession des troubles éventuels et futurs. Elle vise ainsi à suspendre des travaux en cours qui troubleraient la possession une fois achevés, sans que le juge puisse en ordonner la destruction. Si les travaux sont achevés et causent effectivement un trouble il faut exercer la complainte.
- **réintégration** : elle permet de défendre le possesseur contre les dépossessions les plus graves, réalisées par violence ou voie de fait. Elle conduit à la restitution de l'objet litigieux ou la remise des choses en l'état antérieur. Cette action se distingue des deux autres par deux particularités : elle n'est soumise à aucune condition de délai (alors que la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre nécessitent d'être possesseur

ou détenteur depuis au moins un an) et il suffit que la possession soit paisible alors que pour les autres actions elle doit être également continue et non-équivoque.

Question Bonus

1) Quel est le revirement opéré par le Tribunal des conflits le 14 mai 2012 dans l'affaire société Orange ?

Le 14 mai 2012, le Tribunal des conflits a tranché sur la compétence du juge liée aux contentieux des antennes-relais de téléphonie mobile. Il a décidé que seul le juge administratif était habilité à demander le démontage d'une antenne-relais en vertu de la police spéciale de l'État. Il ne reconnaît une compétence du juge judiciaire qu'en cas de trouble anormal de voisinage.

2) Que dit la Cour de cassation dans son arrêt Civ 3^e, du 20 février 2013 « Terre Atararo » ?

Dans son arrêt *Terre Atararo*, la Cour de cassation affirme qu'une possession acquisitive peut se poursuivre *solo animo*. La possession peut produire ses effets, notamment en matière d'acquisition de la propriété, dès lors qu'elle a été établie à l'origine dans ses deux éléments : des actes matériels (le *corpus*) et l'intention de se comporter comme le véritable propriétaire (l'*animus*). Le 20 février 2013, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a admis que la possession légale utile pour prescrire ne peut s'établir à l'origine que par des actes matériels d'occupation réelle et se conserve tant que le cours n'en est pas interrompu ou suspendu. Autrement dit, le *corpus* et l'*animus* doivent être réunis au commencement de la possession mais la seule intention, l'*animus*, peut ensuite suffire pour la poursuite de la celle-ci, tant qu'elle n'a pas été interrompue avant l'expiration du délai de prescription par un acte ou un fait contraire.

3) Quel est l'apport de l'arrêt Com., 10 février 2009 en matière d'usufruit sur les parts sociales ?

Dans un arrêt de principe, rendu le 10 février 2009 la chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé qu'en matière de démembrement de propriété, le fait pour un usufruitier de parts sociales (qui a fait donation de la nue-propriété à ses enfants) de voter la mise en réserve du bénéfice social ne constitue pas une donation indirecte aux nus propriétaires.

L'usufruitier a le droit aux fruits. La date de perception de ceux-ci varie selon leur nature. À propos des fruits civils, l'article 585 pose la règle selon laquelle ils sont

réputés être acquis jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de l'usufruit. Or pour la Cour de cassation, les bénéfices sociaux distribuables n'ont la nature de fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes. Avant la décision de l'assemblée générale de distribution les bénéfices n'ont pas encore d'existence en tant que fruits. Cela signifie que l'usufruitier des parts sociales n'a pas, avant cette attribution, de droit sur les bénéfices et ne peut donc en faire donation aux nus-proprétaires.

L'hésitation était permise car si l'associé usufruitier décide de mettre en réserve systématiquement les bénéfices réalisés par la société, on peut estimer qu'il transmet indirectement ces bénéfices à ses descendants nus-proprétaires. En effet, lorsque la pleine propriété des parts leur sera acquise, ils pourront alors se verser les dividendes relatifs aux bénéfices mis en réserve auparavant par l'usufruitier. Dans son arrêt du 10 février 2009, la Cour de cassation décide qu'une telle méthode ne constitue en rien une donation car tant que le résultat n'est pas affecté, il n'y a pas de dividende ; autrement dit la décision de mettre en réserve systématiquement les bénéfices réalisés prise en assemblée générale n'implique aucune dépossession en faveur des enfants nus-proprétaires, l'usufruitier n'ayant pas de droit acquis aux bénéfices tant qu'ils n'ont pas été distribués.

21

DISSERTATION

Université de Paris II

Sujet : « Les constructions ou plantations érigées sur le sol d'autrui »

CONSEILS POUR TRAITER LE SUJET

Analyse du sujet

Sous une apparente unicité, le sujet proposé aborde en réalité deux thèmes : la construction sur le terrain d'autrui et l'empiètement. Rien dans son énoncé ne permet de ne traiter que du cas des seules constructions ou plantations entièrement réalisées sur le sol d'autrui. Il fallait donc traiter également l'hypothèse des constructions empiétant partiellement sur le fonds voisin, le Code civil réglementant ces deux cas distinctement.

Textes

Article 544, C. civ. : « *la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »

Article 545, C. civ. : « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique moyennant une juste et préalable indemnité* ».

Article 546, C. civ. : « *la propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession* ».

Article 552, C. civ. : « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* ».

Article 555, C. civ. : « *lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers et avec des matériaux appartenants à ce dernier, le propriétaire du fonds a le droit, sous réserve des dispositions de l'alinéa 4, soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever...* »

Méthodologie appliquée

Détermination des problèmes de droit

Le droit de propriété est un droit inviolable et sacré. À ce titre le propriétaire est protégé contre les atteintes portées à ses biens par les tiers et notamment lorsque ceux-ci effectuent des constructions ou plantations sur son fonds. Par accession, le propriétaire du fonds devient propriétaire des ouvrages qui y sont réalisés, pourtant le code civil distingue deux hypothèses :

- lorsque la construction ou plantation a été totalement érigée sur le terrain d'autrui, le propriétaire victime de cette construction se voit offert par l'article 555, C. civ. une possibilité d'option entre conserver l'ouvrage, moyennant le versement d'une indemnité, ou en exiger la suppression ;
- lorsque la construction est partiellement érigée sur le terrain d'autrui, c'est-à-dire lorsqu'elle empiète sur celui-ci. Or dans cette hypothèse, le législateur ne prévoit que la démolition par application de l'article 545 qui interdit toute expropriation publique comme privée.

Recherche d'un plan

Le sujet concerne deux situations distinctes. Sa formulation oblige aussi à organiser sa réflexion autour du sort des constructions ou plantations et non pas se placer du côté du propriétaire du fonds ou du constructeur. On a vu que le sort de la construction qui empiète est moins favorable que celui de la construction entièrement construite sur le terrain d'autrui. L'une devra être démolie, l'autre pourra subsister.

Le plan proposé reprend cette idée :

1. Le sort malheureux de la construction ou plantation érigée en partie sur le terrain d'autrui
2. Le sort avantageux de la construction ou plantation entièrement érigée sur le terrain d'autrui

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

Il est toujours étonnant de penser que quelqu'un puisse construire sur le terrain d'autrui. Pourtant cette hypothèse n'est pas seulement d'école. La seule possession ou détention du fonds, l'état du cadastre, les difficultés liées au bornage des propriétés et parfois l'intention malicieuse d'agrandir sa propriété, favorisent ces situations où une personne effectue, en tout ou partie, des constructions sur un terrain dont elle n'est pas propriétaire.

Or ces constructions constituent des atteintes intolérables au droit de propriété du propriétaire du terrain. Mais le constructeur est également un propriétaire. Donc lorsqu'une construction ou une plantation est réalisée en tout ou partie sur le terrain d'autrui deux droits sont en conflit : celui du propriétaire de la construction ou de la plantation et celui du propriétaire du terrain.

Le droit résout différemment les conflits entre le constructeur et le propriétaire du fonds, selon l'importance de l'atteinte au droit du propriétaire du fonds en distinguant la construction ou plantation totalement édifiée sur le terrain d'autrui (art. 555, C. civ.) et le simple empiètement d'une partie de la construction (art. 545, C. civ.).

L'article 555 consacre le droit d'accession du propriétaire du fonds qui devient propriétaire des constructions ou plantations effectuées par des tiers : la propriété du fonds l'emporte sur la propriété des biens meubles considérés comme accessoires. Cette priorité se justifie par l'importance respective apportée traditionnellement à ces deux catégories de biens. L'article 555, alinéa 1^{er} lui offre une option : soit conserver la propriété des réalisations, soit renoncer à leur accession et exiger leur enlèvement par le constructeur ou le planteur.

Lorsque la construction n'est que partiellement érigée sur le terrain d'autrui, les tribunaux considèrent qu'il n'y a plus construction sur le terrain d'autrui mais empiètement. Ils n'appliquent pas l'article 555 du Code civil mais l'article 545 selon lequel « nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique ». La sanction de l'empiètement est alors sévère puisque le législateur ne prévoit que la démolition de la partie qui empiète par application de l'article 545. Le sort de la construction partiellement érigée sur le terrain d'autrui apparaît ainsi malheureux (1) par rapport à celui plus favorable, réservé à la construction totalement érigée sur le terrain d'autrui (2).

1. Le sort malheureux de la construction ou plantation partiellement érigée sur le terrain d'autrui

L'empiètement est considéré comme une atteinte intolérable au droit de propriété qui doit cesser, et ce, quelle qu'en soit la cause (erreur involontaire ou emprise intentionnelle) ou l'ampleur. Le principe est la suppression de toute forme d'empiètement, peu importe les conditions dans lequel il est intervenu.

A) Le principe de la démolition de la construction qui empiète

Selon l'article 552 du Code civil, le propriétaire du sol est propriétaire du dessus comme du dessous. Il peut donc s'opposer à tout empiètement qu'il soit aérien (avancée d'une toiture par exemple), souterrain (fondations d'un immeuble ou racines d'un arbre pour lesquelles l'article 673 du Code civil prévoit la possibilité pour le propriétaire du fonds envahi de les couper) ou tout simplement horizontal (constructions ou plantations franchissant les limites de propriétés). La loi ordonne la démolition.

Le principe de la démolition trouve son fondement théorique dans les articles 544 et 545 du Code civil. Puisque le propriétaire a le droit d'user, de jouir et de disposer « de la manière la plus absolue » des choses, il ne peut en être privé que pour une raison supérieure. Une expropriation prononcée pour le bien général peut seule alors justifier une atteinte au droit de propriété. L'article 545 interdit *a contrario* toute « expropriation pour cause d'utilité privée », ce qui serait le cas si le constructeur acquérait la partie qui empiète. Ce qui compte c'est la suppression de l'empiètement car elle est la seule garante du respect de l'absolutisme du droit de propriété.

B) La rigueur de la solution indifférente aux conditions de l'empiétement

La sanction de l'empiétement apparaît parfois disproportionnée : l'équité tendrait à ne pas systématiquement ordonner la destruction de la partie de la construction en cause.

Pourtant la destruction est ordonnée même si l'empiétement est minime. Après de nombreuses hésitations jurisprudentielles la solution semble maintenant claire et les tribunaux font une application fréquente des dispositions de l'article 545, quelle que soit l'importance de l'empiétement. La démolition a ainsi été ordonnée d'une clôture qui ne débordait que de 0,5 centimètre sur le fonds contigu (*Civ. 3^e, 20 mars 2002*).

La Cour de cassation a rejeté toutes les tentatives d'assouplissement de sa jurisprudence en écartant le silence gardé pendant toute la durée des travaux du propriétaire du terrain sur lequel ils empiètent, la disproportion entre les frais de démolition et le préjudice né de l'empiétement. La démolition est également ordonnée que le constructeur soit de bonne ou mauvaise foi. Les juges considèrent qu'il ne peut pas y avoir d'abus en la matière car il s'agit de l'exercice du droit de protéger sa propriété contre une usurpation. Pourtant, et à contre-courant de la sévérité de la jurisprudence, le projet de réforme du droit des biens a estimé nécessaire d'éviter les abus lorsque l'empiétement est minime et involontaire. Il propose d'enfermer l'action dans un délai très court de deux ans à compter de la connaissance de l'empiétement et au plus tard dix ans après l'achèvement des travaux. Passé ce délai, il serait possible aux propriétaires concernés de demander au juge de prononcer le transfert de propriété moyennant une indemnité (projet d'article 639, C. civ.).

En attendant, le constructeur de bonne foi qui ne fait qu'empiéter sur le fonds d'autrui reste plus sévèrement traité que s'il y construit l'ensemble de la construction, car dans ce cas il ne peut être contraint à la démolition. La construction totalement érigée sur le terrain d'autrui jouit en effet d'un sort plus favorable que celle qui ne l'est qu'en partie puisqu'elle n'est pas systématiquement vouée à la démolition.

2. Le sort avantage de la construction ou plantation totalement érigée sur le terrain d'autrui

Le propriétaire du fonds devient par accession propriétaire des plantations ou constructions nouvelles réalisées par les tiers. Il a alors le choix entre conserver leur propriété ou exiger leur suppression. Leur auteur quant à lui n'est plus maître de leur sort, il ne peut intervenir sur les termes de l'option. Pourtant la loi prévoit que sa bonne foi fera disparaître cette option en refusant au propriétaire la possibilité d'exiger la suppression des constructions par leur auteur. Entre une possible conservation (A) et une impossible destruction (B), la construction totalement érigée sur le terrain d'autrui a plus de chances de subsister.

A) La possible conservation de la construction ou plantation érigée de bonne foi

L'alinéa premier de l'article 555 pose clairement une faculté d'option pour le propriétaire d'un fonds sur lequel ont été érigées des constructions, plantations ou ouvrages par un tiers sur le terrain d'autrui. Il « a le droit (...) soit d'en conserver la propriété, soit d'obliger le tiers à les enlever ». Les alinéas 2 et 3 précisent les termes de cette option.

L'alinéa 2 envisage la première hypothèse de la suppression des réalisations. Le propriétaire peut renoncer à son droit d'accession et exiger que le tiers enlève à ses frais la construction ou plantation, avec en plus versement de dommages et intérêts pour le préjudice éventuellement subi par le propriétaire du fonds.

L'alinéa 3 prévoit le cas où le propriétaire du fonds décide de conserver les constructions, plantations ou ouvrages venus s'incorporer à son immeuble. Il doit alors obligatoirement indemniser le tiers auteur de ces réalisations. La loi lui offre cependant le choix entre deux modalités. L'indemnité peut être égale soit au montant de la plus-value procurée au fonds grâce à la construction ou à la plantation, soit au coût des matériaux et au prix de la main-d'œuvre estimés à la date du remboursement, « compte tenu de l'état dans lequel se trouvent les réalisations ». Le constructeur a un droit à être indemnisé garanti par un droit de rétention sur le sol (par exemple l'occupation des constructions).

B) L'impossible destruction de la construction ou plantation érigée de bonne foi

L'alinéa 4 prévoit que si le tiers auteur des réalisations était de bonne foi, le propriétaire n'a plus le choix, il ne peut en exiger la suppression et doit, puisqu'il les conserve, verser une indemnité. Il ne conserve plus que le choix entre les deux modalités de cette indemnisation prévue à l'alinéa 3. En effet la bonne foi n'a pour conséquence que de faire disparaître l'option offerte par l'article 555 au profit du propriétaire, elle n'intervient pas sur l'indemnisation. À partir du moment où le propriétaire décide de conserver le bien peu importe la bonne ou mauvaise foi du constructeur, ce dernier devra être indemnisé.

En faisant référence au « tiers évincé qui n'aurait pas été condamné, en raison de sa bonne foi, à la restitution des fruits », l'alinéa 4 de l'article 555 vise donc le possesseur de bonne foi, celui qui, selon l'article 550, se croyait propriétaire en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignorait les vices, par opposition à celui qui savait que le terrain ne lui appartenait pas (le détenteur précaire comme le locataire qui sait pertinemment qu'il n'est pas propriétaire du fonds sur lequel il construit) ou qui continue à construire après avoir eu connaissance des vices de son titre. La faculté d'options n'existe donc en réalité qu'à l'égard de ce dernier, constructeur de mauvaise foi. La construction ou plantation totalement érigée sur le terrain d'autrui ne connaîtra le même sort funeste que celle qui empiète, que si son auteur était de mauvaise foi.

22

SUJET PRATIQUE

Université de Nice Sophia-Antipolis

1 - Donner une définition de la servitude (2 points)

2 - Le traitement juridique de l'empiétement d'une construction sur un fonds voisin (6 points)

3 - Monsieur Hervé, copropriétaire d'un appartement dans la résidence « Les hirondelles » situé à Cannes vient vous consulter.

Il vous raconte que Monsieur Pastor, propriétaire de l'appartement contigu à leur appartement va réaliser la construction d'un velux (fenêtre de toit) pour apporter plus de jour dans son appartement. Or il estime que cette construction qui va se trouver, une fois réalisée, à 50 cm de leur terrasse le privera de la liberté d'utiliser sa terrasse car son voisin aura désormais une vue directe sur celle-ci.

Il vous précise que cette construction fait suite à une décision de l'assemblée générale des copropriétaires autorisant les copropriétaires qui le souhaitent à installer des fenêtres de toit. Il vous dit que la décision a été prise le 1^{er} janvier 2013 à la majorité simple mais après, le même jour lors de la même assemblée par un vote à la majorité de l'article 25-1 de la loi du 10 juillet 1965.

Il vous demande ce qu'il peut faire juridiquement pour s'opposer à cette construction. (12 points)

Indication supplémentaire : le règlement de copropriété considère que les terrasses sont des parties privatives.

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Méthodologie

Les deux premières questions sont des questions de cours.

En ce qui concerne le cas pratique, les faits indiquent que plusieurs voies sont à examiner :

- la **contestation de la décision de l'assemblée générale**, prise le 13 janvier 2013, qui a autorisé les copropriétaires à installer des fenêtres de toit. Il s'agit de vérifier si la décision pouvait valablement être prise à la majorité de l'article 25-1 ou dans quelle mesure Monsieur Hervé pourrait la contester ;
- le **non-respect des distances de construction** : l'ouverture doit-elle respecter les distances prévues dans le code civil. Ceci implique de qualifier la nature de la fenêtre (jour ou vue) ;
- les **troubles de voisinage ou possessoires**. Un copropriétaire peut exercer des actions en justice fondées sur les troubles de voisinage ou possessoires.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

1. Donner une définition de la servitude

Droit réel démembrement de la propriété, la servitude est une charge imposée sur un fonds, le fonds servant, pour l'usage et l'utilité d'un fonds, le fonds dominant, appartenant à un autre propriétaire.

2. Le traitement juridique de l'empiétement d'une construction sur un fonds voisin

L'empiétement est considéré comme une atteinte intolérable au droit de propriété qui doit cesser, et ce, quelle qu'en soit la cause (erreur involontaire ou emprise intentionnelle) ou l'ampleur. Le principe est la suppression de toute forme d'empiétement, peu importe les conditions dans lequel il est intervenu.

- Le principe de la démolition de la construction qui empiète

Selon l'article 552 du Code civil le propriétaire du sol est propriétaire du dessus comme du dessous. Il peut donc s'opposer à tout empiétement qu'il soit aérien (avancée d'une toiture par exemple), souterrain (fondations d'un immeuble ou racines d'un arbre pour lesquelles l'article 673 du Code civil prévoit la possibilité pour le propriétaire du fonds envahi de les couper) ou tout simplement horizontal (constructions ou plantations franchissant les limites de propriétés). La loi ordonne la démolition.

Le principe de la démolition trouve son fondement théorique dans les articles 544 et 545 du Code civil. Puisque le propriétaire a le droit d'user, de jouir et de disposer « de la manière la plus absolue » des choses, il ne peut en être privé que pour une raison supérieure. Une expropriation prononcée pour le bien général peut seule alors justifier une atteinte au droit de propriété. L'article 545 interdit *a contrario* toute « expropriation pour cause d'utilité privée », ce qui serait le cas si le constructeur acquérait la partie qui empiète. Ce qui compte c'est la suppression de l'empiétement car elle est la seule garante du respect de l'absolutisme du droit de propriété.

- La rigueur de la solution indifférente aux conditions de l'empiétement

La sanction de l'empiétement apparaît parfois disproportionnée : la destruction est ordonnée même si l'empiétement est minime. Après de nombreuses hésitations jurisprudentielles la solution semble maintenant claire et les tribunaux font une application fréquente des dispositions de l'article 545, quelle que soit l'importance de l'empiétement. La démolition a ainsi été ordonnée d'une clôture qui ne débordait que de 0,5 centimètre sur le fonds contigu.

La Cour de cassation a rejeté toutes les tentatives d'assouplissement de sa jurisprudence en écartant le silence pendant toute la durée des travaux du propriétaire du terrain sur lequel ils empiètent, la disproportion entre les frais de démolition et le préjudice né de l'empiétement. La démolition est également ordonnée que le constructeur soit de bonne ou mauvaise foi. Les juges considèrent qu'il ne peut pas y avoir d'abus en la matière car il s'agit de l'exercice du droit de protéger sa propriété contre une usurpation.

3. Cas pratique

Monsieur Hervé, copropriétaire d'un appartement dans une résidence, est inquiet car son voisin, Monsieur Pastor, projette de réaliser une fenêtre de toit qui lui donnera une vue sur sa terrasse, troublant son intimité. Une décision d'assemblée générale a autorisé ce type de travaux mais Monsieur Hervé cherche une solution juridique pour s'opposer à cette construction.

Plusieurs voies sont à examiner :

- **la contestation de la décision de l'assemblée générale**, prise le 13 janvier 2013, qui a autorisé les copropriétaires à installer des fenêtres de toit.

L'article 42 alinéa 2 de la loi du 10 juillet 1965 précise que la contestation des décisions votées en assemblée doivent être introduites par les copropriétaires opposants ou défaillants (et non abstentionnistes) dans un délai préfix de deux à compter de la notification de ces décisions par le syndic. Cette notification doit elle-même intervenir dans un délai de deux mois à compter de la tenue de l'assemblée générale. Aucune indication n'est donnée quant à la date de la notification. Si les conditions sont réunies (non abstentionniste et délai non échu), Monsieur Hervé peut envisager de demander la nullité de la décision en raison d'un vice de fond, si la décision a été prise à une majorité inférieure à celle exigée. Il s'agit de vérifier si la décision pouvait valablement être prise à la majorité de l'article 25-1.

La loi fixe les règles des différentes majorités requises en fonction de la décision qui doit être prise par l'assemblée. En l'espèce la décision porte sur l'ouverture d'une fenêtre de toit. Or, selon l'article 4 de la loi de 1965, le toit est une partie commune. L'article 25 b) soumet l'autorisation donnée à des copropriétaires d'effectuer des travaux affectant les parties communes à la majorité des voix de tous les copropriétaires (dite majorité absolue de l'article 25). En outre, lorsque le projet n'a pas été adopté à la majorité de l'article 25 mais a obtenu au moins le tiers des voix de tous les copropriétaires, l'article 25-1 prévoit la possibilité d'organiser un second vote à la majorité simple des voix exprimées des copropriétaires présents ou représentés (majorité de l'article 24). D'après les faits, la décision a été valablement prise grâce à cette « majorité de rattrapage ». Monsieur Hervé ne peut donc envisager une action en nullité, mais il n'est pas démuné.

- **l'article 15 de la loi de 1965 précise que les copropriétaires gardent le droit d'exercer seuls les actions concernant la propriété ou la jouissance de leurs lots**, à condition d'en informer le syndic. Selon le règlement de copropriété, les terrasses sont

des parties privatives. Elles sont donc la propriété exclusive du copropriétaire qui peut exercer les actions utiles à en préserver la pleine jouissance.

L'article 42 alinéa 1^{er} de la loi du 10 juillet 1965 fixe un délai de dix ans pour les actions personnelles nées de l'application de la loi entre des copropriétaires. Les actions personnelles se prescrivent par cinq ans (art. 2224, C. civ.) et les actions réelles immobilières par trente ans (art. 2227, C. civ.), ce qui laisse largement le temps à Monsieur Pastor pour agir.

Plusieurs actions sont encore à envisager mais elles ne pourront intervenir qu'à partir de la réalisation de l'ouverture, source de dommage pour Monsieur Hervé.

- **le non-respect des distances de construction.** Les distances d'ouverture entre la fenêtre et la terrasse de Monsieur Pastor seront-elles respectées ? Les ouvertures sur la propriété de son voisin sont régies par les articles 675 à 680 du Code civil qui distinguent selon les jours et les vues. La fenêtre de toit est une vue puisqu'elle est ouvrante, laisse passer l'air, la lumière et surtout ici le regard. La loi prévoit des distances différentes selon qu'il s'agit d'une vue droite ou oblique. S'agissant d'une fenêtre de toit qui donne sur une terrasse, la vue est oblique puisqu'elle oblige de se pencher pour regarder chez le voisin. L'article 679 exige une distance d'au moins 0,60 mètre (soit 60 centimètres). La future fenêtre sera seulement à 50 centimètres, Monsieur Hervé semble donc pouvoir s'opposer à son ouverture. Cependant, la jurisprudence considère que les règles du code civil relatives aux servitudes de vue ne s'appliquent pas dans les rapports entre copropriétaires d'un ensemble immobilier (*Civ. 3^e, 2 déc. 1980*).

Monsieur Hervé, copropriétaire peut exercer en revanche des actions en justice fondées sur les troubles de voisinage ou possessoires.

- le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble du voisinage s'applique également à tous les occupants d'un immeuble en copropriété. Monsieur Hervé pourra donc envisager une **action pour trouble anormal du voisinage** puisque la future fenêtre l'empêchera de jouir pleinement de sa terrasse. Il devra démontrer le caractère excessif du trouble causé à son intimité pour obtenir soit des dommages-intérêts, soit la suppression de la fenêtre.

- Monsieur Hervé pourra envisager d'exercer l'**action possessoire** de dénonciation de nouvel œuvre. Cette action a pour objet de faire cesser des travaux en cours, non achevés par un voisin sur son propre fonds dans la mesure où ils constituent une menace de trouble futur. A ce stade le juge peut ordonner la suspension des travaux.

Une fois les travaux achevés, il faut exercer une autre action possessoire, la plainte. Cette action est ouverte en cas de trouble de fait tel le percement d'une ouverture. Le juge peut demander la suppression ou la modification des travaux litigieux ainsi que le versement de dommages-intérêts en réparation du préjudice qui aurait été subi.

23

CAS PRATIQUE

Université de Toulouse 1 Capitole

Traiter les trois questions suivantes :

1. Monsieur Lebon a prêté à sa fiancée, qui était confrontée à des difficultés financières, la somme de mille six cents euros. Il lui a remis la somme en espèces en présence d'un ami commun. Aucun reçu n'a été établi. Elle devait le rembourser six mois plus tard. Le délai est aujourd'hui expiré et Monsieur Lebon attend toujours le remboursement de son prêt. En outre, les fiançailles ont été rompues. Il vient vous consulter. Il voudrait savoir s'il pourrait obtenir un jugement condamnant son ex-fiancée au paiement de la somme due.

2. Monsieur Labour vend une propriété agricole constituée d'une ferme et de plusieurs hectares et terrains agricoles attenants à cette ferme. Lors de la visite de cette propriété, l'acquéreur avait remarqué que le vendeur possédait deux superbes tracteurs, d'une marque haut de gamme, pour exploiter ses terres. Or, lorsqu'il prend possession de la propriété qu'il vient d'acquérir, il s'aperçoit que les deux tracteurs ont été emportés par le vendeur. L'acte ne contenait aucune disposition relative à ces biens. Il vous demande si Monsieur Labour avait le droit d'enlever et de garder ces tracteurs. Vous devez lui répondre en motivant votre réponse.

3. Donner la définition :

A/ de l'acte juridique (au sens du *negotium*)

B/ du fait juridique

**CONSEILS
POUR TRAITER
LE SUJET**

Analyse du sujet

Le cas pratique proposé distingue deux questions : la première est relative à un problème de preuve, la seconde aborde la distinction entre les biens meubles et les biens immeubles.

Textes

- Textes relatifs au droit de la preuve

Article 1326, C. civ. : « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite « par lui-même », de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres* ».

Article 1341, C. civ. : « *il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre ou outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.*

Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

Article 1347, C. civ. : « *les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.*

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».

Article 1348, C. civ. : « les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.

Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

- Textes relatifs à la distinction entre les biens meubles et les biens immeubles

Article 516, C. civ. : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

Article 517, C. civ. : « Les biens sont immeubles ou par leur nature ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

Article 524, C. civ. : « Les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.

Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds :

Les animaux attachés à la culture ;

Les ustensiles aratoires ;

Les semences données aux fermiers ou métayers ;

Les pigeons des colombiers ;

Les lapins des garennes ;

Les ruches à miel ;

Les poissons des eaux non visées à l'article 402 du code rural et des plans d'eau visés aux articles 432 et 433 du même code ;

Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;

Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ;

Les pailles et engrais.

Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure ».

Méthodologie appliquée

Le cas pratique abordant deux thèmes, il faut les traiter l'un après l'autre.

a) Les questions en matière de preuve

En matière de preuve il faut poser trois questions habituelles : quel est l'objet de la preuve, à qui en incombe la charge et selon quels moyens ? Ce qui revient à se demander : qui doit prouver, quoi et comment.

En l'espèce, l'objet du litige est prêt. Monsieur Lebon doit apporter la preuve d'un contrat de prêt, c'est-à-dire d'un acte juridique, d'un montant de 1 600 euros.

Le principe de l'article 1341 est celui de la preuve écrite pour les sommes supérieures à 1 500 euros. Or, il n'y a pas d'écrit. Face à une telle absence, il s'agit de vérifier si on ne se trouve pas dans une exception prévue par la loi à l'exigence de prouver par écrit un acte juridique d'une valeur supérieure à 1 500 euros.

Ainsi, le fait qu'il s'agisse d'un prêt entre fiancés n'est pas anodin et invite à s'interroger dans un premier temps sur la possibilité d'invoquer l'exception à la preuve par écrit issue de l'impossibilité morale de se procurer un écrit. Dans un second temps, il faudra s'interroger sur l'admissibilité comme moyen de preuve de l'autre élément à la disposition de Monsieur Lebon, à savoir le témoignage de l'ami commun.

b) Les questions relatives à la distinction entre meubles et immeubles

Selon l'article 516 du Code civil, « tous les biens sont meubles ou immeubles ». La distinction des meubles et des immeubles, fondée sur le critère de la fixité ou de la mobilité des choses, fait des tracteurs des meubles. Toutefois, la distinction a été complétée par l'utilisation d'autres critères. Ainsi, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'un fonds sont-ils des immeubles par destination. En l'occurrence, il faut vérifier si les tracteurs remplissent les conditions de l'immobilisation par destination économique pour emporter cette qualification et être compris dans la vente de l'immeuble, ici la propriété agricole.

**CORRIGÉ
PROPOSÉ PAR
LES AUTEURS**

1. Le remboursement du prêt

Monsieur Lebon a prêté 1600 euros à son ex-fiancée qui refuse de le rembourser. Pour espérer obtenir en justice son remboursement, il doit apporter la preuve de la réalité de ce prêt.

Selon l'article 1315 du Code civil la charge de la preuve incombe au demandeur : « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». En l'occurrence le demandeur ici est bien Monsieur Lebon puisque c'est lui qui réclame le remboursement du prêt consenti à son ancienne fiancée. Celle-ci n'a pas, dans un premier temps, à prouver qu'elle n'a pas reçu la somme litigieuse.

Monsieur Lebon devra donc apporter la preuve d'un contrat de prêt, c'est-à-dire d'un acte juridique (il s'agit d'un contrat destiné à produire des effets de droit entre les parties, le prêteur et l'emprunteur). En l'occurrence le prêt porte sur 16 000 euros. Cette précision est indispensable puisque selon le Code civil la preuve est différente selon la valeur de l'acte, inférieure ou supérieure à 1 500 euros depuis le 1^{er} janvier 2005 : si la somme est supérieure à 1 500 euros, la règle de l'article 1341 du Code civil exige un écrit comme preuve ; si elle est inférieure, la preuve de l'acte est entièrement libre. Il faut aussi préciser qu'il ne s'agit pas d'un acte entre commerçants, auquel cas la preuve aurait été libre également.

D'après les faits, Monsieur Lebon ne dispose d'aucun écrit. Toutefois, la loi admet des exceptions à cette exigence de la preuve par écrit d'un acte juridique. L'article 1348 du Code civil autorise ainsi celui qui a été dans l'impossibilité morale de se procurer un écrit pour prouver l'existence d'un acte juridique à fournir une autre preuve. Les tribunaux admettent l'impossibilité morale de se procurer un écrit, à raison de relations de famille, de confiance, de subordination ou d'amitié entre les protagonistes. Toutefois, ils vérifient si la nature de la relation interdit effectivement de réclamer un écrit. En l'espèce, s'agissant d'un prêt à sa fiancée, Monsieur Lebon pourra invoquer qu'ils étaient très proches et que leur relation amoureuse lui a rendu

impossible d'exiger une quelconque reconnaissance de dette écrite. Peu importe que depuis la relation se soit dégradée, puisqu'aujourd'hui les fiançailles ont été rompues. Ce qui compte, c'est qu'au moment où l'acte écrit aurait dû être réalisé, Monsieur Lebon n'ait pas été en position de l'exiger. Cela sera vraisemblablement admis.

Une fois l'impossibilité morale de se procurer l'écrit établie, en vertu de l'article 1348, Monsieur Lebon est admis à prouver par tout moyen l'existence du prêt. En l'espèce, il dispose du témoignage de son ami commun présent lors de la remise de la somme en espèces à l'ex-fiancée. Le témoignage est une preuve orale mais, dans le cadre de l'exception de l'article 1348, il est admis pour faire la preuve d'un acte juridique d'une valeur supérieure à 1 500 euros.

En conséquence, compte tenu des circonstances, Monsieur Lebon a toutes les chances d'obtenir un jugement condamnant son ex-fiancée au paiement de la somme due.

2. Le sort des tracteurs

Le sort des tracteurs dépend de leur qualification de meubles ou d'immeubles. Meubles, ils ne seront pas compris dans la vente de la propriété ; immeubles, ils seront attachés à celle-ci.

Le critère de distinction entre les meubles et les immeubles est dans un premier temps un critère physique, selon lequel tout ce qui bouge ou se bouge est meuble et ce qui est fixe est immeuble. Ainsi, les tracteurs sont-ils à première vue des meubles. Mais il a fallu admettre des critères complémentaires pour qualifier de meubles ou d'immeubles les biens incorporels et même certains biens corporels. Des critères légaux (la loi précise si les droits sont mobiliers ou immobiliers) et psychologiques (il est tenu compte pour la qualification de certains biens corporels de la volonté de leur propriétaire) sont utilisés pour compléter ou corriger cette classification physique.

Notamment, un meuble peut être considéré comme un immeuble par destination. Les immeubles par destination sont des choses mobilières que la loi considère fictivement comme des immeubles à raison des liens qui les unissent à un immeuble par nature dont ils constituent l'accessoire. Il s'agit de meubles qui sont donc affectés soit à l'exploitation, soit à l'ornementation d'un immeuble par nature. Or, les indications données à propos des tracteurs conduisent à s'interroger sur leur éventuelle affectation à l'exploitation d'un fonds.

Deux conditions sont nécessaires à cette immobilisation par destination :

- la première condition, juridique, est l'unité de propriétaire : le meuble doit être la propriété de celui qui est propriétaire de l'immeuble par nature. Les faits indiquent que le vendeur de la propriété « possédait » les tracteurs. Il en était donc le propriétaire.

- la seconde condition, matérielle, est le rapport de destination entre les deux biens : le meuble doit être affecté à l'immeuble. La loi fixe elle-même les conditions matérielles de l'immobilisation par destination économique ou ornementale. L'article 524 du Code civil donne une liste désuète des immeubles par destination économique (animaux attachés à la culture, pigeons des colombiers, lapins des garennes, alambics...) mise à jour par la jurisprudence (matériels d'équipement industriel, emballages...). Il faut que le meuble soit indispensable à l'exploitation du fonds pour que l'on puisse admettre une unité d'exploitation soumise à un même régime juridique. En l'espèce, les tracteurs servaient au vendeur « pour exploiter ses terres ». Le lien d'affectation est établi : les tracteurs étaient affectés à l'exploitation de la propriété agricole. Dès lors, en l'absence de toute disposition contraire, ils étaient compris dans la vente, ce qui interdisait à Monsieur Labour de les enlever et de les garder.

3. Définitions

Acte juridique (au sens du *negotium*) : manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (par opposition à l'*instrumentum*, l'acte instrumentaire, c'est-à-dire l'écrit qui constate l'acte juridique et permet d'en faire la preuve).

Fait juridique : tout événement auquel la loi attache des effets de droit qui n'ont pas été directement voulus par les intéressés.



INTRODUCTION AU DROIT ET DROIT CIVIL

Annales corrigées

23 sujets d'annales et d'actualité avec conseils et corrigés
pour vous préparer aux épreuves

2015

LE CONTENU DU LIVRE

Un ensemble construit, cohérent et complet
en matière d'annales corrigées :

- les **sujets** ont été choisis parmi ceux récemment posés dans la plupart des facultés de droit de France ;
- tous les **corrigés** ont été rédigés par l'équipe pédagogique qui anime chaque livre ; ils vous donnent ce que doit contenir une excellente copie le jour de l'examen ;
- des **sujets d'actualité**, composés spécialement par les auteurs, sont ajoutés pour tenir compte de « ce qui bouge » et de ce qui est « nouveau » ;
- l'**ensemble du programme** de la matière est couvert ;
- tous les **types d'épreuves** qui peuvent vous être posés le jour de l'examen sont traités.

Pour bien préparer vos travaux dirigés et réussir vos examens de fin de 1^{er} et 2^e semestres en L1 et L2



Licence • Master • Doctorat



Prix : 15,50 €

ISBN 978-2-297-03980-2

www.lextenso-editions.fr

Gualino

lextenso éditions

Réussir
mon cursus

