

TOUT-EN-UN DROIT

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

3^e
édition

DROIT DE LA FAMILLE

Aline Cheynet de Beaupré



Introduction

I Introduction au droit civil des personnes

« *Familles! je vous hais!
foyers clos; portes refermées;
possessions jalouses du bonheur* ».

Familles! je vous aime! répond-on facilement pour en finir avec la douloureuse agressivité d'André Gide (*Les Nourritures terrestres*).

Pour le Droit civil, la famille est un groupe d'individus étroitement liés. Ils s'intègrent dès lors dans la vie de la cité (droit civil, lat. *civitas*: la cité). Un homme, une femme, un jour peut-être, plus tard, un enfant et ce, depuis toujours. Le doyen Carbonnier présentait la famille comme « la plus ancienne coutume de l'Humanité ». Notre lecture humaine s'attache ainsi à ce cercle qui nous a pétris, depuis le commencement du monde, quelque origine qu'on lui prête, Adam et Ève ou d'autres.

Le Droit est-il alors seulement autorisé à s'en mêler? Oui et non. Le Droit n'a rien à voir ni avec la procréation, ni avec notre vie de tous les jours. Il n'a, théoriquement, pas à savoir si l'on vit seul, en couple, marié ou non, avec ses parents, si l'on a eu des enfants avec la personne avec qui l'on vit actuellement...

En réalité, le Droit intervient parce que la famille est une structure fondamentale de la Société, l'un de ses piliers. De la *Guerre du feu* aux allocations familiales, la vie sociale est essentielle à l'homme.

Il apparaît alors rapidement nécessaire de protéger cette structure de base de la Société, l'organiser, poser les règles: définition de la famille, détermination de la notion de couple, appréhension d'un lien filiatif... Sans oublier la nature humaine: les crises internes de la famille (*Je ne veux plus vivre avec toi...*), comme les attaques extérieures (*Cet enfant n'est pas le vôtre...*).

La famille implique un groupe de personnes, plus ou moins large, dans leurs relations ou communauté de vie. Les personnes (du latin *persona*: masque) font l'objet de déterminations juridiques précises (cours de Droit des personnes) qui vont n'être que sommairement évoquées ci-après.

Être une personne physique (à distinguer de la personne morale) conduit à être titulaire d'un patrimoine (toute personne et seule une personne peut avoir un patrimoine) et ouvre aux droits de la personnalité: droit à la vie, respect de l'intégrité physique, respect de la vie privée, droit à l'image, droit à l'honneur, respect de la présomption d'innocence... Ces droits extrapatrimoniaux sont indisponibles, intransmissibles, imprescriptibles, non susceptibles d'évaluation en argent.

Toute personne est dotée de la personnalité juridique. C'est exclure, hier les esclaves, aujourd'hui les animaux, demain les robots du bénéfice de cette qualification. Ainsi l'Office Européen des Brevets (OEB) a-t-il refusé d'examiner des demandes de reconnaissance d'inventions présentées comme réalisées par un système d'intelligence artificielle (IA), seul un inventeur doté de la personnalité juridique peut solliciter le dépôt d'un brevet européen, une IA ne répond pas à cette exigence (OEB, 27 jan. 2020 demandes EP 18 275 163 et EP 18 275 174). Mais en Afrique du Sud, en juillet 2021, un brevet d'inventeur a été accordé à Dabus, une IA, pour des récipients alimentaires conservant mieux la chaleur...

Les frontières ne sont pas toujours étanches. Le Droit distingue déjà entre : personne morale (une entreprise, une association...) et personne physique (un humain), toutes deux sont dotées de la personnalité juridique. Dans les développements ci-après, seule la personne physique, humaine, sera retenue.

A Naissance

1 Commencement de la vie

Selon l'article 16 du Code civil :

« 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 ».

La question est alors : quand commence la vie ?

La détermination du commencement de la vie est laissée à la marge d'appréciation (marge nationale d'appréciation : MNA) des États (CEDH, 8 juill. 2004, aff. 53924/00, *Vo c/ France*). L'absence de consensus (et de certitudes) est une réalité, mais le droit français, comme les autres, doit poser ses règles. Les difficultés se concentrent face aux questions, notamment, d'avortement et d'indemnisation en cas d'accident.

■ Statut de l'embryon

Tant que l'enfant n'est pas né vivant et viable, embryon ou fœtus n'accèdent pas à la personnalité juridique. Leur qualification est délicate, il ne s'agit pas de biens, c'est-à-dire de choses susceptibles d'évaluation en argent (CEDH, 27 août 2015, aff. 46470/11, *Parillo c/Italie*). L'article 16 C. civ. lui est mal applicable, une certaine distinction est faite entre embryons *in vitro* et embryons *in utero*, visant à moins protéger les premiers afin d'autoriser une AMP ou des recherches sur les embryons « abandonnés ». Le Conseil constitutionnel lui-même, après la première loi bioéthique, a évoqué l'embryon et l'article 16, mais sans poser de claire corrélation entre les deux (Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC). Le Droit français est écartelé entre la protection de l'humain sans restriction, le maintien d'un droit d'accès à l'IVG et la détermination du commencement de la vie humaine.

Les gamètes n'étant pas des biens (Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2022, n° 21-17.654), les embryons le sont encore moins.

Après une destruction accidentelle d'embryons, la Cour suprême de l'Alabama (16 février 2024) a considéré que les embryons *in vitro*, conservés par congélation, étaient des

« enfants » dont la suppression devait être indemnisée sur le fondement d'une loi de 1872 relative au décès accidentel d'un mineur (A. Marais, The conversation, 29 fév. 2024 club des juristes).

■ « Mort » d'un fœtus

Quid lorsqu'un tiers cause accidentellement la perte d'un enfant à naître ?

Pour la Cour de cassation (Cass. crim., 25 juin 2002, n° 00-81.359), le principe de la légalité des délits et des peines qui impose une interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire soit étendue au cas de l'enfant à naître. Ce n'est pas un « autrui » au sens de l'article 221-6 du Code pénal. La Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, avait posé ces règles (Cass. Ass. pl., 29 juin 2001, n° 99-85.973) dans une affaire où un conducteur avait blessé une femme enceinte de six mois qui avait alors perdu le fœtus qu'elle portait.

Depuis ces arrêts (v. égal. Cass. crim., 30 juin 1999, n° 97-82.351) se fondant sur l'absence de personnalité juridique, le juge judiciaire refuse de considérer que les sanctions prévues en matière d'homicide ou de coups et violence ne s'appliquent lorsque la victime est un enfant à naître.

C'est ce qui fut appliqué dans « l'affaire P. Palmade » en 2024 après que l'humoriste conduisant sous l'emprise de drogues eu percuté un véhicule occasionnant notamment des dommages corporels à une femme enceinte qui perdit l'enfant qu'elle portait. L'atteinte mortelle au fœtus ne relève d'aucune qualification pénale. Celui qui cause la mort d'un enfant à naître n'engage pas sa responsabilité pénale en raison de l'absence de personnalité juridique du fœtus. Avant la naissance, l'être humain en est dépourvu.

Pour autant, la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) prévoit que l'enfant doit faire l'objet d'une protection juridique appropriée avant comme après la naissance. La CIDE constitue le traité relatif aux droits humains le plus largement adopté de l'histoire, ratifiée par 197 pays, a été entérinée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989. Elle pose les droits fondamentaux des enfants en 54 articles.

Un jugement du tribunal correctionnel de Tarbes en date du 4 février 2014, en matière d'accident de la circulation sous l'empire de stupéfiants, avait retenu la qualification d'homicide après avoir relevé que « *la réalité de l'atteinte mortelle, du fait de l'auteur de l'accident, portée à l'existence propre d'un fœtus de 30 semaines en bonne santé, est ainsi attestée par les constatations médicales. Conjuguée aux considérations humaines unanimement partagées, elle apparaît conforme aux principes juridiques et ne saurait être contestée par des prises de position purement doctrinales* ». Mais cette décision avait été infirmée par la cour d'appel. La position française repose donc sur une non-reconnaissance de droits pour le fœtus en cas d'accident.

Le Professeur Binet évoque la possibilité d'une infraction qui serait constituée par les faits d'atteinte mortelle à un enfant à naître et une autre qui concernerait les atteintes non mortelles, telles que les coups et violences.

« Il conviendrait de déterminer le quantum de la peine en veillant à ce qu'elle soit en relation avec l'importance de la valeur atteinte. L'article 521-1 du Code pénal prévoyant une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende à l'encontre de l'auteur d'acte de cruauté sur un animal lorsque ces actes ont causé sa mort, la sanction en cas d'atteinte mortelle à un enfant à naître devrait être plus importante. Ensuite, pour ne pas prendre le risque d'une confusion maladroite, il conviendrait de préciser que ces infractions spéciales sont inapplicables

lorsque l'atteinte résulte d'une interruption de grossesse réalisée conformément aux dispositions des articles L. 2211-1 et suivants du code de la santé publique. Enfin, pour que ne soit tirée aucune conséquence de ces nouvelles infractions en termes de qualification juridique, il serait opportun qu'elles ne soient codifiées, au Code pénal, ni dans le livre des crimes et délits contre les personnes, ni dans celui qui concerne les biens, mais dans le livre regroupant les autres crimes et délits (articles 511-1 et suivants). À défaut de lui rendre son enfant, ces solutions seraient de nature à rendre justice à la femme privée, contre sa volonté, d'une naissance espérée.» (J.-R. Binet, 27 nov. 2024, La Croix).

■ Contraception

Le 14 décembre 1967, la loi « Neuwirth » donnant l'accès à la contraception orale est votée, elle autorise l'usage des contraceptifs, mettant un terme à la loi de 1920 qui interdisait leur usage. L'objectif poursuivi était d'offrir aux femmes le droit de contrôler leur vie reproductive et réduire les avortements clandestins. La loi Neuwirth, considérée parfois comme une « révolution sociale », est entrée en vigueur en 1972.

■ IVG

L'interruption volontaire de grossesse (IVG, « loi Veil » du 17 janv. 1975) est possible en France avant la 14^e semaine de grossesse depuis 2022. L'embryon (jusqu'à la 8^e semaine) ou le fœtus (jusqu'à la 22^e semaine) expulsés sont dénommés « produits humains ». L'avortement n'est pas un droit, il n'existe qu'un « droit d'accès » à l'IVG.

En mars 2024, la France inscrit dans la Constitution la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse (IVG), qui relève de la seule appréciation des femmes. Il ne s'agit pas d'un « droit à », mais d'une « liberté de recourir à » l'IVG.

Alors que la France augmente les délais, certains États les réduisent. Ainsi de l'Idaho (2022) et du Texas aux États-Unis qui les réduisent à 6 semaines (battements de cœur). Aussi certains préconisent-ils un effet cliquet en France qui n'autoriserait pas d'évolution régressive (au nom de l'autonomie personnelle) et donc pas de retour en arrière.

En Europe, Andorre, Malte, Pologne et Vatican prohibent le recours à l'avortement. La Cour EDH ne reconnaît pas de droit à l'avortement, ni ne s'y oppose : les États peuvent « *légitimement choisir de considérer l'enfant à naître comme une personne et protéger sa vie* » (CEDH, 16 déc. 2010, aff. 25579/05, A, B et C c/Irlande).

La Cour suprême des États-Unis a, en juin 2022, annulé l'arrêt *Roe v. Wade* qui garantissait depuis 1973 l'avortement comme un droit constitutionnel. La Cour a confirmé une loi du Mississippi interdisant l'avortement après 15 semaines, mettant fin à l'arrêt en vigueur qui autorisait les avortements pratiqués avant la viabilité du fœtus en dehors de l'utérus, estimé à l'époque entre 24 et 28 semaines de grossesse. Les juges ont considéré que l'arrêt *Roe v. Wade*, et un autre arrêt, *Planned Parenthood v. Casey* de 1992, reposaient sur une interprétation juridique biaisée, la Constitution des États-Unis ne mentionnant pas spécifiquement le droit à l'avortement. Au niveau fédéral, le « droit à l'avortement » disparaît, chaque État étant libre de décider de leur cadre réglementaire dorénavant sur cette question. En 2024, les avortements auraient chuté de près de 40 % dans l'Iowa après l'entrée en vigueur de la loi « battement de cœur ».

■ Avortement « eugénique »

En 2017, le Comité des droits des personnes handicapées des Nations unies a déclaré que « *Les lois qui autorisent explicitement l'avortement en raison d'un handicap violent la Convention des droits des personnes handicapées* (art. 4, 5 et 8) ».

La Cour EDH ne reconnaissant pas de « droit à l'IVG », en 2020, le Tribunal constitutionnel polonais a déclaré l'avortement eugénique contraire à la dignité et à la vie de l'être humain dont le respect est garanti par la Constitution polonaise.

Par la Déclaration du Consensus de Genève (22 oct. 2020), 32 pays (États-Unis, Brésil, Égypte, Hongrie, Paraguay, Indonésie, Arabie saoudite, Ouganda...) affirment leur volonté d'une souveraineté nationale pour les lois liées à l'IVG, promouvant la famille et s'opposant à l'avortement comme « droit de l'homme ».

2 Enfant vivant

L'Organisation mondiale de la Santé (OMS) considère le fœtus viable à partir de la 22^e semaine d'aménorrhée (environ 4,5 mois) ou 500 grammes. Pourtant, scientifiquement, la médecine légale observe que l'enfant n'est pas viable à 23 semaines (échec total des tentatives de réanimation). Tout enfant né vivant est présumé viable, sauf carence d'un organe essentiel. Aucune action relative à un enfant non viable n'est possible en droit français (C. civ., art. 318).

Depuis 2008 (Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 2008, n° 06-16.498) est exceptionnellement autorisé un état civil pour l'enfant né sans vie (d. 20 août 2008). Il y a alors : rédaction d'un acte d'enfant sans vie par l'officier d'état civil qui figure dans le livret de famille mais sans filiation, ni personnalité juridique.

Seul un enfant né vivant et viable sera doté de la personnalité juridique et donc protégé pleinement par le Droit. Entrant dans la Société, il sera inscrit sur les registres de l'état civil après sa naissance (C. civ., art. 55).

Ainsi, jusqu'en 2021, l'article 79-1 du Code civil ne permettait pas une réelle individualisation de l'enfant, limitant aux seules mentions des dates, heure et lieu de l'accouchement ainsi que de l'identité des parents.

La loi du 6 décembre 2021 (arr. 2 mai 2022 pour les modifications du livret de famille) a permis, outre le prénom, de nommer les enfants nés sans vie, nom qui peut être celui du père, ou de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre choisi par les parents dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Pour autant, ces inscriptions n'emportent aucun effet juridique (pas de personnalité juridique...).

B Vie

1 Personnalité juridique

La personnalité juridique d'une personne physique constitue l'aptitude de tout être humain à être titulaire de droits et d'obligations.

Elle apparaît à compter de la naissance, mais à la condition que la *personne* soit née vivante et viable. À défaut il n'y a :

- pas d'action relative à la filiation possible (C. civ., art. 318) ;
- pas de succession possible (C. civ., art. 725, al. 1) ;

Inversement :

- l'interruption volontaire de grossesse est possible sous conditions (CSP, art. L. 2212-1) (cf. loi Veil du 17 janv. 1975 sur l'avortement) ;
- la destruction d'embryons *in vitro* est possible sous conditions (CSP, art. L. 2141-4).

À l'autre extrémité de la vie, la personnalité juridique prend fin avec la mort de l'individu. Il faut alors être parvenu à constater la mort effective de la personne (CSP, art. R. 1232-1).

Tout être humain né vivant et viable dispose de la personnalité juridique quelle que soit la durée de sa vie (quelques heures ou 120 ans).

2 Capacité juridique

Article 414 du Code civil :
« La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

La capacité juridique est conférée, en France, à toute personne majeure à partir de 18 ans (sauf le cas particulier du mineur émancipé, C. civ., art. 413-1 s.).

Le principe est qu'un mineur n'est pas doté de la capacité juridique d'exercice (frappé d'incapacité) et, en revanche, que tout majeur est capable. Ici aussi, une exception : les majeurs protégés (C. civ., art. 425 s.) placés sous un régime exceptionnel de protection pour « incapacité » par la tutelle ou la curatelle (en cas de sénilité, altération des facultés mentales, folie...). Un dernier régime ressemble aux précédents, la sauvegarde de justice, (pour les majeurs) mais le principe est alors la capacité sauf exception : certains des actes qui auraient été passés pourront être annulés *a posteriori*. Une distinction doit être faite entre la capacité d'exercice et la capacité de jouissance. Le mineur est seulement privé de la capacité d'exercice.

■ Les âges du mineur

Pendant sa minorité, les parents, titulaires de l'autorité parentale, agiront pour lui. Leur double consentement sera requis. Un enfant confié à l'ASE (Aide sociale à l'Enfance) ou en prison aura besoin de l'autorisation du directeur de la collectivité territoriale ou du service pénitentiaire.

Le Droit tient comptes des « différents âges du mineur » (de 0 à 18 ans) et gère de façon diversifiée certains droits (nationalité, consentement sexuel...):

- À sa naissance 11 vaccins sont obligatoires sous peine de ne pouvoir accéder aux structures collectives (crèches...) et la présence d'un seul des parents peut suffire (même si leur double présence est souhaitée).
- À 12 ans: l'enfant peut refuser que l'on souscrive une assurance vie sur sa tête sans son accord; il peut être vacciné contre la Covid avec son consentement (oral) et celui de l'un de ses parents,
- À 13 ans: il peut refuser le changement de son nom ou prénom dans le cadre d'une adoption, refuser une adoption, refuser de participer à l'acquisition de la nationalité française demandée par ses parents, refuser le prélèvement d'organes (RNR: registre national des refus);

Le droit pénal s'appuie notamment sur le critère du discernement (C. pén., art. 122-8) avec des incidences sur l'âge. Les mineurs de moins de 13 ans sont présumés ne pas être capables de discernement (et C. just. pén. mineurs, art. L. 11-1):

« Lorsqu'ils sont capables de discernement, les mineurs, au sens de l'article 388 du Code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables. Les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. »

- À 16 ans: demander la nationalité française s'il a des parents étrangers, solliciter son émancipation avec l'accord de ses parents, être vacciné contre la Covid sans l'accord parental...
- Sans âge précis, une mineure enceinte souhaitant avoir recours à l'IVG (interruption volontaire de grossesse, avortement) sans l'accord de ses parents doit être accompagnée d'un adulte de son choix. Depuis 2021, il en est de même en cas d'IMG (interruption médicale de grossesse).

Quant au droit pénal (not. C. pén. art. 222-22 s.), il gère la minorité ou la majorité pénale de façon très spécifique, et plutôt protectrice. La loi du 21 avril 2021 pose qu'aucun adulte ne peut se prévaloir du consentement sexuel d'un enfant s'il a moins de 15 ans, ou moins de 18 ans en cas d'inceste (cf. C. pén., art. 222-22-3).

Le Droit rencontre une difficulté certaine pour concilier l'autorité parentale sur le mineur et l'autonomie progressive accordée au mineur avant sa majorité.

3 Droits liés à la personnalité juridique

Les principaux droits attachés à la personnalité sont ainsi:

- Le droit à la vie (Conv. EDH, art. 2);
- Les droits dès le commencement de la vie (C. civ., art. 16);
- Le respect de l'intégrité physique (C. civ., art. 16 s.);
(Ces premiers droits sont d'ordre public: C. civ., art. 16-9);
- La jouissance des droits civils – pour *tout Français* – (C. civ., art. 8);
- Le respect de la vie privée (C. civ., art. 9; Conv. EDH, art. 8).

La vie de l'individu sera régie par le Droit de différentes façons selon son déroulement, selon ses actes, ses choix... Différentes étapes de vie jalonnent ce parcours différent pour

chacun d'entre nous mais avec des fils conducteurs souvent communs : minorité, majorité, couple, constitution d'une famille...

L'être humain vit sa famille à sa façon, librement et le Droit de la famille cherche à organiser les principales habitudes familiales des sujets de droit. On y retrouvera notamment : la vie en couple, dans sa diversité, les relations sexuelles, la paternité, la maternité, les séparations...

4 Droits sur son corps

Quelques grands principes guident les droits dont l'homme peut disposer sur son corps, mais ils connaissent des destinées différentes :

■ Les grands principes

- **Indisponibilité** : Si ce terme n'est plus trop employé par la loi aujourd'hui, il est pourtant crucial et renvoie à de multiples questions éthiques telles que les problématiques de brevetabilité du vivant, des gènes et des cellules souches...
- **Intégrité** : L'article 16-3 du Code civil oriente notamment vers les atteintes réalisées par nécessité médicale.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE) pose en son article 3 un droit à l'intégrité de la personne. En matière de médecine et de biologie doivent être respectés le consentement libre et éclairé de la personne concernée selon les modalités définies par la loi, l'interdiction des pratiques eugéniques (la sélection des personnes), l'interdiction de faire du corps humain et de ses parties une source de profit, l'interdiction du clonage reproductif des êtres humains...

- **Inviolabilité** : Ce principe se retrouve dans la loi du 29 juillet 1994, il est à rattacher à l'adage *noli me tangere*.

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.

- **Non patrimonialité** : La non-patrimonialité porte sur le corps, ses éléments et produits, on ne note que peu d'exceptions : les « produits », tels les cheveux, sont susceptibles d'être vendus.

La non-patrimonialité renvoie aux choses hors commerce (telles que les concevait l'ancien article 1128 C. civ., abrogé par la réforme du droit des contrats en 2016, abrogation considérée par certains comme annonciatrice de l'accueil futur de la GPA en France en permettant des contrats sur la personne humaine). C'est également le fondement de la gratuité des dons (de sang, de sperme, d'organes, de cellules...) faits du vivant. Si ces dons ne peuvent donner lieu à une rémunération du donneur par la suite, les éléments d'origine humaine, stockés, conservés, travaillés acquièrent une valeur ou un tarif de cession encadré par le Code de la santé publique.

■ Complexité des protections

- **Recherche médicale** : La protection porte sur le corps humain entier : ses éléments (organes, tissus, cellules...), produits (gamètes, sang...), individu vivant ou mort... Mais il faut concilier ces règles avec la recherche médicale, biomédicale ou génétique. De nombreuses réglementations existent depuis longtemps, connaissant quelques

évolutions: loi Caillavet (20 déc. 1988) sur la recherche biomédicale, don du sang, prélèvement pour autopsie, greffe, Convention d'Oviedo (Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine du 4 avril 1997), les diverses lois bioéthiques en France depuis 1994...

- **Consentement:** Le consentement de la personne (majeure et vivante) peut paradoxalement exister face aux atteintes à l'intégrité de son corps (atteintes par mutilations, coups et blessures, assassinat, masochisme). Une autre problématique se trouve dans le refus de soins manifesté par une personne majeure pour elle-même ou son enfant (objection des témoins de Jéhovah par ex.) en cas d'urgence thérapeutique. Le dilemme oppose, notamment, le respect de la volonté à la non-assistance à personne en péril. Le consentement conduit également sur les chemins de la contraception autorisée même pour les mineurs sans l'accord de leurs parents et même de l'interruption de grossesse, avec une réglementation spécifique.

- **Disposition partielle ou totale:** Disposer de son corps ou d'élément de son corps est rigoureusement encadré. Seul est accepté, un acte réalisé du vivant de la personne et portant sur des éléments renouvelables (don du sang ou de plaquettes), avec son consentement. Il a été reproché un non-respect du corps humain à un médecin qui avait réalisé une expérience sur le corps d'un jeune homme en état de mort cérébrale sans avoir prévenu quiconque (CE, 2 juillet 1993, n° 124960, aff. Milhaud).

Face à des dons d'organes (rein notamment), la réglementation est encore plus stricte, surveillant les personnes (majeures ou mineures), le cadre (intrafamilial ou don croisé d'organes), la non-patrimonialisation... En revanche, le principe de l'anonymat est bousculé, notamment dans le cadre intrafamilial.

- **Gestation pour autrui (GPA): prohibition d'ordre public:** Le recours à une mère porteuse en France est prohibé (C. civ., art. 16-7), cette prohibition est même d'ordre public (C. civ., art. 16-9). Il s'agit notamment d'éviter:
 - l'esclavagisme de certaines femmes (location de ventres avec des conditions draconiennes)
 - une marchandisation d'enfants
 - un enfant *objet* d'un contrat

Ce qui est parfois présenté comme « altruiste », solidaire voire éthique, repose en réalité sur des enjeux financiers (coût moyen d'une GPA aux États-Unis ou Canada: plus de 100 000 dollars contre 10 000 dollars en Inde...). L'application du droit des contrats implique des questions de vices cachés (handicap...), produit défectueux, non-respect du contrat (la mère porteuse a bu de l'alcool pendant la grossesse...), de livraison de la chose (obligation de remise du nouveau-né par la mère porteuse qui voudrait le garder ou à l'inverse obligation de récupérer l'enfant handicapé dont les parents d'intention ne voudraient plus...). Il ne s'agit pas d'hypothèses d'école, le contentieux est déjà là.

La prohibition n'a pas été remise en cause par la loi bioéthique du 2 août 2021 et dure depuis trente ans, avant même la première loi de bioéthique (Cass. Ass. pl., 31 mai 1991). La France a cependant du mal à articuler son choix réfléchi de prohibition avec le tourisme procréatif de certains Français (v. not.: l'article 47 de la loi du 2 août 2021). L'enjeu est de ne pas pénaliser les enfants du fait de l'action des parents d'intention.

En mars 2023 a été adoptée la Déclaration de Casablanca, Convention internationale pour promouvoir un contexte mondial de refus de la GPA (75 pays).

- **Handicap : indemnisation ?** Une grave question a été soulevée avec l'arrêt Perruche (Cass. Ass. Pl., 17 nov. 2000, n° 99-13.701) qui avait accepté une indemnisation en raison du préjudice causé par la naissance d'une personne handicapée après des erreurs d'examens médicaux. Cet arrêt très controversé a donné lieu à un correctif inscrit dans l'article apéritif de la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 :

Art. 1, loi du 4 mars 2002 :

« I – Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance [...] Les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale [...] Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été statué sur le principe de l'indemnisation. »

Cet arrêt, et la loi de 2002, sont à l'origine d'autres décisions (CEDH, 6 oct. 2005, aff. 11810/03, *Draon c/France* et Cass. 1^{re} civ., 24 janv. 2006, n° 02-16.648 : pouvait-on invoquer un préjudice du fait de sa naissance pour Chloé, née avec un handicap aux jambes, celle-ci ayant intenté son action avant la loi de 2002 ?). Dans ce même contexte (CEDH, 3 fév. 2022, aff. 001-215360, *N. M. et autres c/France*), la France a été condamnée pour avoir refusé d'indemniser le handicap d'un enfant qui n'avait pas été diagnostiqué avant sa naissance en appliquant rétroactivement la loi dite « anti-arrêt Perruche ». L'absence d'indemnisation des charges résultant du handicap d'un enfant né comme tel en raison d'une faute lors du diagnostic prénatal, par application rétroactive de la loi, constitue une privation de propriété au sens de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1. L'absence de jurisprudence constante et stabilisée des juridictions internes réalise une atteinte rétroactive aux biens non prévue par la loi.

La Cour EDH a statué ensuite sur l'indemnisation des parents (préjudice matériel et moral après erreur fautive de diagnostic prénatal) (CEDH, 2 nov. 2023, *N.M. et a. c/France*, n° 66328/14).

II Mort

La mort étant inéluctable, les règles juridiques sont nombreuses et le plus souvent ancestrales. La décomposition du corps constituant un problème de santé publique, les dispositions sont strictes.

Le corps ayant abrité une personne humaine avant de devenir une chose, est presque « sacré » et est protégé de façon spécifique (respect dû même après la mort, cf. C. civ., art. 16-1-1...).

Ne sera donné ici qu'un simple aperçu de quelques règles importantes.

A Constat de la mort

La détermination du moment de la mort est juridiquement importante car avec elle cesse la personnalité juridique et donc, la protection complète de la personne.

La mort devient presque aussi délicate, aujourd'hui, à déterminer que le commencement de la vie. Les frontières entre la vie et la mort se brouillent un peu en raison des progrès scientifiques.

Le constat de la mort (CSP, art. R. 1232-1) prévoit que :

« Si la personne présente un arrêt cardiaque et respiratoire persistant, le constat de la mort ne peut être établi que si les trois critères cliniques suivants sont simultanément présents :

1° Absence totale de conscience et d'activité motrice spontanée;

2° Abolition de tous les réflexes du tronc cérébral;

3° Absence totale de ventilation spontanée. »

B Euthanasie

Dans le sillage juridique de la mort naissent des questions portant sur l'euthanasie, les soins palliatifs, le suicide, le devenir du cadavre (inhumation ou incinération sont les deux seules options du droit français), le respect de la sépulture... Sur ces nombreuses questions, voir notamment : les articles 16-1-1 s. du Code civil et R. 2213-1-1 s. du Code général des collectivités territoriales.

Si le choix de sa mort est considéré parfois comme une liberté, il ne s'agit pas pour autant d'un droit. Le suicide n'est plus sanctionné pénalement (sauf incitation au suicide, non-assistance à personne en péril, C. pén., art. 223-6 et 223-13 not.), mais le suicide assisté n'est pas pour autant accueilli. La préservation de la vie des citoyens est une priorité, la mort est un accident.

Deux lois sur la fin de vie se sont suivies : la loi *Leonetti* du 22 avril 2005 et la loi *Claeys-Leonetti* du 2 février 2016. L'euthanasie en France est interdite, les soins palliatifs doivent être plus développés, l'obstination déraisonnable est prohibée (CSP, art. R. 4127-37), l'arrêt des traitements (CSP, art. R. 4127-37-2) peut être demandé ainsi que la sédation profonde et continue (CSP, art. R. 4127-37-3) dans certains cas.

C Cadavres

1 Inhumation ou crémation

Une dépouille doit être conservée et transportée selon une réglementation précise (CGCT). Le corps sera ensuite obligatoirement inhumé ou incinéré. Ce sont les deux seules possibilités en France. Cryogénisation (CE, 6 jan. 2006, req. n° 260307, *Martinot*), humusation ou aquamation ne sont acceptées que dans de rares pays.

L'inhumation conduira le corps dans une tombe dans un cimetière (dans la quasi-totalité des cas). Une concession peut être alors accordée pour un temps limité. En cas de crémation, les cendres peuvent rejoindre un columbarium, l'urne peut être scellée sur une sépulture ou

déposée dans une tombe ou encore les cendres peuvent être dispersées dans un jardin du souvenir. La dispersion est interdite sur la voie publique ou dans un lieu public (stade, square, jardin public...). Elle est autorisée en pleine mer, mais peut être interdite sur les cours d'eau. La dispersion dans une grande étendue (champ, prairie, forêt...) accessible au public mais appartenant à une personne privée est possible avec l'accord préalable du propriétaire du terrain.

2 Don d'organes

Les questions sont complexes et délicates. Les organes d'une personne décédée (mais maintenue en état de survie artificielle) peuvent être prélevés au bénéfice d'une personne malade en attente de greffe. La France pose une présomption de consentement. Pour s'opposer à un prélèvement potentiel il faut s'inscrire sur le registre national des refus.

3 Don du corps

Différente est la question du don du corps à la science qui suppose une démarche volontaire manifestée de son vivant par la personne aujourd'hui décédée. Son corps sera alors utilisé pour l'expérimentation, notamment par les étudiants en médecine.

La réglementation est importante : prélèvements d'organes sur personne vivante (CSP, art. L. 1231-1 s.) ou sur personne décédée (CSP, art. R. 1232-4-1), don d'organes apparenté, don croisé d'organes, don du corps à la science (CGCT, art. R. 2213-13)...

4 Sépultures

Les sépultures sont exclues du droit commun des successions : il y a indivision perpétuelle. La difficulté touche à la nécessité ou non, lors d'une inhumation ou de travaux, de recueillir l'accord de tous les coindivisaires. La démarche est marquée parfois par l'urgence, on ne connaît pas tous les indivisaires et il est encore plus difficile d'obtenir une réponse de leur part.

5 Funérailles

Le respect de la volonté du défunt peut être source de contentieux familial (Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2005, n° 05-15.839 désaccord entre incinération ou inhumation d'un musulman : l'inhumation a été préférée en ce qu'elle permettait d'opter plus tard, éventuellement pour une crémation...).

Financièrement, la personne qui a organisé les funérailles devra les payer (le concubin par exemple) mais elle pourra ensuite se tourner vers les héritiers pour solliciter leur participation financière.

La loi du 15 novembre 1887 est relative à la liberté des funérailles. Sur son fondement, les juges pourront néanmoins être conduits à désigner quel membre de la famille serait plus légitime qu'un autre pour l'organisation de funérailles en cas de désaccord familial. Le contentieux n'est pas rare et c'est au cas par cas que les juges désigneront qui du fils, de l'épouse, de la sœur... organisera les funérailles.

« À défaut de toute expression de volonté démontrée du défunt quant à l'organisation de ses obsèques, il convenait de rechercher et désigner la personne la mieux qualifiée pour les organiser, c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve... » Cass. 1^{re} civ., 30 avr. 2014, n° 13-18.951.

III Introduction au droit de la famille

A Impossible historique

Il faudrait remonter à la nuit de temps : les premiers hommes, Adam et Ève, les premières sociétés, tribus, toutes les civilisations, toutes les cultures, monogamie, polygamie, polyandrie, patriarcale, matriarcale (amazones)...

Trois grandes sources ont construit le droit français : le droit romain, le droit canonique (Église catholique) et les droits barbares (droit germanique notamment).

Le point de départ juridique sera le droit romain. À Rome, la *gens* visait une famille au sens très large comprenant le père, la mère, les enfants, les aïeux plus tous ceux qui vivaient sous le même toit. Elle désigne un groupe de familles ayant des liens patrilinéaires et portant le même nom (le gentilice). La *gens* patriarcale était placée sous la direction du seul père de famille : la puissance (*potestas*) du *paterfamilias*.

Le christianisme a contribué à l'évolution de la notion de famille à Rome, on parlera après Constantin de *domus* (la maison) puis de *familia*. C'est toujours viser un groupe, mais plus réduit : on ne retient plus que ceux qui vivent sous le même toit. Cette conception se retrouvera plus tard en France dans l'Ancien droit (avant la Révolution) : « vivre à même pot et feu ». Il s'agit de retenir l'existence d'un groupe social lié par la communauté de vie. Cette communauté de vie explique un certain nombre de règles du droit français contemporain de la famille.

L'influence du christianisme fait apparaître des implications morales dans la vie de la famille : autorité toujours, du mari et père (en latin, *auctoritas*, *augere* signifie augmenter, accroître, croître. L'autorité parentale c'est alors *conduire vers* et non *imposer*) mais aussi : amour et respect.

Plus tard, l'influence germanique, assez particulière, n'a laissé que quelques traces dans notre culture juridique. La femme était à l'époque achetée au père de famille et pouvait être répudiée par le mari.

Le droit français a surtout été marqué par l'influence de l'Église. Le mariage (devant Dieu) va devenir fondamental et diriger le droit de la famille. Les relations sexuelles hors mariage seront notamment prosrites. L'Église catholique (encore aujourd'hui) ne retient que le seul mariage religieux, célébré par un prêtre, engagement pris par les époux devant Dieu (lui conférant un caractère sacré) et en déduit l'indissolubilité du mariage : *ce que Dieu a uni, l'homme ne saurait le désunir*. Le divorce n'est donc pas accepté. Sous l'Ancien Droit, le curé de la paroisse tient les « registres paroissiaux » (*i.e.* : état civil) : baptêmes, mariages, sépultures. Ces trois événements religieux sont en décalage temporel par rapport à l'événement naturel.

L'édit de 1787 permettra aux protestants de se marier devant l'autorité civile. Le mariage n'est donc plus exclusivement sous la coupe de la religion catholique. L'étape révolutionnaire mettra en valeur des notions telles que la liberté et la laïcité. Plus tard (xx^e siècle) viendront celles de vie privée et d'épanouissement personnel.

B Structures familiales

L'évolution se fait aussi sentir dans la structure de la famille qui se rétrécit : familles cellulaires, voire nucléaires. La famille se réduit en nombre et ne vise plus tous les parents et alliés : le père, la mère, les enfants. Les grands parents sont de leur côté, les générations ne se cumulent pas sous un même toit (majoritairement).

En 2020, l'INSEE observait que les enfants vivent à :

- 66 % dans une famille traditionnelle,
- 25 % dans une famille monoparentale,
- 9 % dans une famille recomposée.

Une famille sur cinq vit avec trois enfants ou plus au domicile ; les familles recomposées sont les plus grandes.

La recomposition de la famille concerne des couples avec enfants qui se font ou se défont (mariage, divorce, remariage ou sans union matrimoniale), les enfants de la première union auront des « demi » frère et sœur, à quoi il faut ajouter des hypothèses de familles homoparentales. Les familles recomposées ne constituent pas une nouveauté mais se développent à la fin du xx^e siècle. Celui que l'on appelle, dans le langage courant, le beau-père ou la belle-mère après une nouvelle union est en réalité un parâtre ou une marâtre. Le beau-père est le père du mari ou de l'épouse.

De même, le Droit ne connaît pas de « demi » frère ou sœur. La terminologie idoine pour les enfants issus de différents lits est la suivante :

- même mère sont : frère ou sœur *utérins*
- même père sont : frère ou sœur *consanguins*
- mêmes père et mère sont : frère ou sœur *germains*.

Mieux vaudrait parler *des* familles à l'instar de Gide. Le pluriel s'impose à plus d'un titre.

C Reconnaissance de la famille

Le droit de la famille n'est, théoriquement, pas toujours du seul ressort du droit civil. Il suffira de penser aux législations socialistes des Républiques populaires qui voyaient dans la famille une institution de droit public. La famille n'était alors considérée que comme une cellule sociale ordonnée à la satisfaction des intérêts de la collectivité tout entière pour la réalisation de la société. Ce postulat posé, les interventions étatiques dans le droit de la famille étaient fortement élargies.

Mais on retiendra que, quels que soient les éternels reproches qu'on lui adresse, elle tient toujours le haut du pavé.

Les textes internationaux et autres grandes déclarations posent la famille comme une valeur fondamentale (Constitution de 1946, Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant...) :

- Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 16 § 3) :

« La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État ».

– Convention européenne des Droits de l'Homme (art. 8 et 12) :

« Toute personne a droit au respect de sa vie (...) familiale (...) » (art. 8)

« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. » (art. 12)

La famille est le pilier de la structure sociale ; outre la vie de groupe (la communauté de vie), la perpétuation de l'espèce est en jeu. Les politiques familiales prévoient ainsi souvent des incitations ou soutiens financiers à avoir plusieurs enfants. Les idéologies diffèrent : avoir une nation avec sa propre population, ne pas dépendre d'une main d'œuvre étrangère, avoir une population suffisante pour l'équilibre de l'économie nationale, préoccupations économiques (retraites), questions « d'identité nationale »... Les politiques familiales se retrouvent en tous domaines : la Chine n'accueillant que des adoptants au statut de cadres (conditions de revenus), l'Australie organisant une immigration sélective en fonction du pays d'origine et de l'activité professionnelle, la France raisonnant en immigration « choisie » (nombre, activité professionnelle)...

L'un des piliers de la famille est la mère. La *fête des Mères* est ainsi la seule « fête » d'un des membres de la famille officielle. Instituée par le président Auriol, la loi du 24 mai 1950 précise qu'une journée par an sera consacrée à rendre hommage aux mères françaises, cette journée est fixée au dernier dimanche de mai.

D Réformes du droit de la famille

Le droit des obligations, dans le Code civil, a traversé deux siècles sans réforme majeure. Seule la jurisprudence variait, encore la réforme du droit des obligations en 2016 a-t-elle maintenu inchangés de nombreux articles.

Pour le droit de la famille, presque aucun article de 1804 n'a été maintenu dans sa rédaction initiale dans le Code civil. C'est essentiellement à partir de 1960 qu'a été entreprise une refonte par pans entiers du Code civil de la totalité du droit de la famille. Le garde des Sceaux de l'époque, Jean Foyer (1921-2008, professeur à l'Université de Paris II) demande alors au doyen Carbonnier (1908-2003, professeur à l'Université de Paris II) de se charger de la réforme de tout le droit de la famille. La dernière réforme menée par le doyen est celle du divorce en 1975.

GRANDES DATES DE DROIT DE LA FAMILLE	
L. 14 décembre 1964	Tutelle et émancipation
L. 13 juillet 1965	Régimes matrimoniaux
L. 11 juillet 1966	Adoption
L. 3 janvier 1968	Incapables majeurs
L. 4 juin 1970	Autorité parentale
L. 3 juillet 1971	Droit des successions (retouches)
L. 3 janvier 1972	Droit de la filiation
L. 5 juillet 1974	Majorité à 18 ans
L. 11 juillet 1975	Divorce
L. 31 décembre 1976	Indivision
L. 28 décembre 1977	Absence
L. 23 décembre 1985	Égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs

GRANDES DATES DE DROIT DE LA FAMILLE	
L. 22 juillet 1987	Exercice de l'autorité parentale
L. 8 janvier 1993	État civil, famille, droits de l'enfant, JAF
L. 29 juillet 1994	corps humain, don des éléments et produits du corps humain, AMP et diagnostic prénatal
L. 5 juillet 1996	Adoption et adoption internationale
L. 15 novembre 1999	PaCS
L. 30 juin 2000	Prestation compensatoire (retouches)
L. 6 février 2001	Adoption internationale (retouches)
L. 3 décembre 2001	Droits du conjoint survivant et des enfants adultérins
L. 22 janvier 2002	Accès aux origines des personnes adoptées et des pupilles de l'État (accouchement sous X)
L. 4 mars 2002	Nom de famille et autorité parentale (retouches)
L. 26 mai 2004	Réforme du divorce
Ord. 4 juillet 2005	Portant réforme de la filiation
L. 4 avril 2006	Prévention et répression des violences dans le couple
L. 23 juin 2006	Réforme du droit des successions (+ PaCS)
L. 5 mars 2007	Protection des majeurs
L. 17 mai 2013	Ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe (« mariage pour tous »).
L. 18 novembre 2016	Modernisation de la justice du ^{xxi} e siècle (« J 21 ») (non spécifique au droit de la famille)
L. 2 août 2021	Relative à la bioéthique (+ PMA pour toutes)
L. 21 février 2022	Réforme de l'adoption
L. 2 mars 2022	Choix du nom issu de la filiation

Les principales réformes du droit de la famille ont eu pour objectif de faire progresser certaines valeurs. Parmi elles, l'égalité que ce soit l'égalité de l'homme et de la femme, des époux, des enfants entre eux (naturel et légitime), des parents naturels avant 2005.

La liberté a également été recherchée au travers notamment de ce que l'on désigne sous les volontés individuelles. Permettre de divorcer plus librement, d'organiser son divorce, parfois en accord avec le conjoint, passer des contrats entre époux. Sachant que l'égalité entre époux s'est réalisée notamment en donnant plus de liberté à la femme.

Un autre grand thème a été l'intérêt de l'enfant : celui-ci est surveillé en permanence : autour du changement de régime matrimonial, du divorce des parents, du choix de « la garde de l'enfant » (c'est-à-dire la fixation de la résidence habituelle des enfants) en cas de séparation des parents... Pour le doyen Carbonnier c'était une clef... ouvrant sur un terrain vague.

Pluralité est un autre mot d'ordre : pluralité des couples (mariage, PaCS, concubinage), des filiations, des divorces, types de familles (par le sang, par le droit...) et des recompositions contemporaines.

La famille est diverse, elle sera étudiée dans un « ordre naturel » : après qu'un couple a été formé, un enfant sera peut-être conçu donnant naissant à une famille. Alors naîtront des liens juridiques (droits et obligations) entre ces différentes personnes.

E Les couples

1 Notion de couple

Les situations sont multiples et différentes : un homme et une femme ; marié ou non marié, divorcé ou séparé, mais aussi des personnes de sexe identique vivant ensemble. Il s'agit en réalité de considérer la situation de deux personnes partageant une certaine communauté de vie.

Autrefois Loysel (1536-1617) disait : *Boire manger et coucher ensemble, c'est mariage ce me semble ?*

L'ennui (pour le Droit et la simplicité du cours), c'est que ce n'est plus vrai. Loysel, exprimait la « communauté de vie », critère essentiel pour parler aujourd'hui de couple. Le terme provient du latin *copula* : liens, chaînes, puis seulement au XIII^e siècle, relations charnelles. Dès lors, le droit exigera, dans une certaine mesure, pour ces différents couples l'existence ou la possibilité de relations sexuelles en plus de la communauté de vie.

Pour l'instant, nous ne nous soucions pas de savoir si le couple a des enfants. Lorsque l'enfant paraît, le couple disparaît, cédant la place aux « parents ». Ces parents suivent la diversité des familles : parents mariés, non mariés, démariés, homosexuels (mère porteuse pour un couple d'hommes, procréation plus ou moins médicalement assistée pour des femmes homosexuelles). Les parents relèveront, dans le cours, des développements relatifs à l'enfant et aux filiations.

■ Juger les couples

Le couple devient une notion juridique visant les époux (mariés), les partenaires (pacsés) comme les concubins. Le juge aux affaires familiales connaît des difficultés « familiales » de ces différents couples, la famille en est le socle. Il y a alors une légère confusion entre le couple et la famille. Les deux sont à dissocier, pourtant il est vrai qu'une famille sera majoritairement issue d'un couple. Le JAF n'est pas pour autant le juge unique pour toutes les questions contentieuses des couples.

COJ, art. L. 213-3 :

(...) *Le juge aux affaires familiales connaît :*

1° *De l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal judiciaire et du juge des tutelles des majeurs ;*

2° *Du divorce, de la 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 ;*

3° *Des actions liées :*

a) *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 ;*

b) *À l'exercice de l'autorité parentale ;*

- c) À la révision de la prestation compensatoire ou de ses modalités de paiement;
 - d) Au changement de prénom;
 - e) À la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent;
 - f) À la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé.
- 4° Des demandes d'attribution à un concubin de la jouissance provisoire du logement de la famille en application de l'article 373-2-9-1 du Code civil.

■ Violences au sein du couple (tel. : 3919)

La loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs se préoccupe du viol entre conjoints, pacsés ou concubins. Elle interdit la reconnaissance de l'irresponsabilité dans ces cas (C. pén., art. 222-22), étend la circonstance aggravante prévue pour les époux en cas de violence ou meurtre aux concubins et pacsés (C. pén., art. 132-80)... La protection des personnes en couples, quels qu'ils soient, progresse.

La loi du 9 juillet 2010, est en revanche plus désordonnée dans son intitulé : *Loi relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants*. On regrettera notamment de viser les « femmes » et non les personnes. La discrimination n'est pas loin. Outre qu'un homme peut aussi (même si plus rarement) être victime de telles violences en couples, une femme devenue homme puis victime de son ou sa partenaire ne sera pas visée par la protection de cette loi.

À ces textes il faut ajouter : la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, la loi du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille et la loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales (normalement, le terme « conjugal » ne vise que le couple marié...).

L'ordonnance de protection peut être établie après une requête au juge aux affaires familiales en vue de la délivrance d'une ordonnance de protection (C. civ., art. 515-9 s.; CPC, art. 1136-3 s.). La requête est adressée au tribunal judiciaire.

Toutes formes de violences conjugales sont interdites : homme ou femme, physiques, psychologiques ou sexuelles. Toutes les formes de couples sont visées : couples mariés, pacsés ou en union libre. Les ordonnances de protection peuvent être demandées pour être protégé d'une personne avec laquelle on vit ou même vivait en couple.

Parmi les mesures principales :

- le JAF peut interdire au défendeur la détention ou le port d'arme;
- le JAF peut interdire au défendeur d'entrer en contact avec la victime;
- le logement de famille peut faire l'objet d'une attribution à la victime, le défendeur ne peut bénéficier de la trêve hivernale, il est possible à la victime de demander de dissimuler l'adresse du nouveau domicile;
- le JAF peut fixer certaines modalités d'exercice de l'autorité parentale;
- les victimes de violences conjugales peuvent demander le déblocage anticipé de leur épargne salariale (d. 4 juin 2020).

Pour certains, les missions du JAF sont parfois teintées d'une coloration pénale.

La terrible « affaire des viols de Mazan » a conduit à la condamnation de Dominique Pélicot à 20 ans d'emprisonnement pour les viols commis par lui ou par son entremise sur sa femme Gisèle qu'il a droguée pendant 10 ans (51 hommes ont ainsi été condamnés en décembre 2024 pour avoir violé cette femme).

■ Lutte contre les violences faites aux femmes et Convention d'Istanbul

Cette convention signée en 2011 a été ratifiée par la France en 2014. Elle vise à lutter contre les violences faites aux femmes et les violences domestiques. Un organe *ad hoc*, le GREVIO, surveille les avancements effectifs des États ayant ratifié la Convention. Pour autant, si l'intention de départ est consensuelle, l'effectivité de la Convention est incertaine.

La France disposait déjà de textes spécifiques et les statistiques françaises sur ces violences n'ont absolument pas changé. Enfin, la Convention semble viser un objet différent de celui affiché : imposer la référence au *gender* dans les États signataires. Les audits du Grevio sont essentiellement axés sur l'importance accordée à la considération du *gender* par les États. Cette démarche presque insidieuse devient aberrante pour un texte consacré aux violences faites aux femmes car le genre ne légitime pas des dispositions spécifiques aux seules femmes qui peuvent, par ailleurs être autant d'anciens hommes...

C'est la raison du retrait de la Turquie en 2021, après ratification, de la Convention signée chez elle. L'Union européenne, en réaction, a décidé de ratifier à qualité ladite Convention en 2023.

2 Diversité juridique des couples

Les couples recouvrent trois situations : le mariage, le PaCS et le concubinage.

■ Uniformisation en progrès

Le mariage est en droit la norme de référence, l'institution sociale de base pour la famille. Aujourd'hui encore, le mariage est considéré comme la norme juridique de référence pour la gestion de la vie en couple.

Le Code civil raisonne à partir du mariage. Il n'exclut pas les autres hypothèses mais leur accordera moins de droits ou d'effets juridiques.

Quatre grandes catégories de couples peuvent être distinguées, juridiquement différentes :

- Le mariage : situation de droit (institutionnel)
- Le PaCS : situation de droit de personnes en couple mais non mariées (contractuel)
- Les fiançailles : situation de fait temporaire destinée à se transformer en situation de droit (coutumier ?)
- Le concubinage : situation de fait pouvant produire quelques effets de droit (hors du droit : « union libre »)

Ces couples non mariés sont tous très différents. Ils n'ont pas de point commun à eux trois, hormis la notion même de couple. Concubinage et fiançailles sont des situations de fait (par opposition aux situations de droit) alors que les pacsés vont être régis juridiquement. Les fiançailles ont pour vocation d'être l'antichambre du mariage, alors que les concubins parfois

ne veulent pas du mariage et que les pacsés, parfois, ne pouvaient se marier. Un autre point commun réside dans leur situation satellitaire par rapport au mariage. Enfin, on ajoutera que dans toutes ces hypothèses, le mot « couple » vise deux personnes (minimum et maximum), susceptibles d'avoir des relations sexuelles. Il s'agira donc d'exclure de simples cohabitations d'amis, ou de frères et sœurs. En revanche, la question de la sexualité reviendra parfois pour accepter ou non l'hypothèse d'un couple homosexuel.

La notion de couple progresse. La loi du 12 mai 2009 a confié au JAF le contentieux susceptible d'opposer concubins ou partenaires pacsés, la loi bioéthique du 7 juillet 2011 a aligné le PaCS et le concubinage sur le mariage en supprimant l'ancienne exigence d'une communauté de vie de deux ans pour les couples non-mariés candidats à l'AMP.

Lorsque le couple se sépare, l'ancien « amant » (l'« ex ») peut être concerné par la circonstance aggravante de l'article 132-80 C. pén., que l'on soit marié, concubin ou pacsé (mais seulement pour un crime ou un délit : Cass. Crim., 16 déc. 2009, n° 09-83.174).

De même, l'habilitation familiale (qui permet à un proche du majeur hors d'état de manifester sa volonté de le représenter pour la réalisation d'actes relatifs à ses biens ou à sa personne) est ouverte non seulement aux enfants de la personne à encadrer, mais également au conjoint, pacsé ou concubin de cette personne (ord. du 15 oct. 2015).

■ Dissonances subsistantes

Pourtant, des différences subsistent, parfois logiques, parfois surprenantes entre les différentes formes de couples. La question mériterait d'être clarifiée, le Droit ne gagnant jamais à la complication, souvent signe d'imperfection.

En matière de procédure pénale, lorsqu'un témoin prête serment, il doit jurer n'avoir pas de lien spécifique avec l'accusé, l'article 331 al. 2 Code pr. pén. prévoit que :

« (...) Les témoins doivent, sur la demande du président, faire connaître leurs nom, prénoms, âge, profession, leur domicile ou résidence, s'ils connaissent l'accusé avant le fait mentionné dans l'arrêt de renvoi, s'ils sont parents ou alliés, soit de l'accusé, soit de la partie civile, et à quel degré. Le président leur demande encore s'ils ne sont pas attachés au service de l'un ou de l'autre. »

Cet article doit être combiné avec l'article 335 Code pr. pén. :

« Ne peuvent être reçues sous la foi du serment les dépositions :

1° Du père, de la mère ou de tout autre ascendant de l'accusé, ou de l'un des accusés présents et soumis au même débat ;

2° Du fils, de la fille, ou de tout autre descendant ;

3° Des frères et sœurs ;

4° Des alliés aux mêmes degrés ;

5° Du mari ou de la femme ; cette prohibition subsiste même après le divorce ; (...) »

L'application stricte de la loi pénale conduit la Cour de cassation (Crim. 25 mai 2011, n° 10-86229) à considérer qu'un témoin pacsé n'est pas concerné par ces empêchements. On ne saurait donc lui reprocher de ne l'avoir pas signalé... Modifié en août 2011, l'article ne s'est pas vu pour autant ajouter l'hypothèse du PaCS.

À l'inverse, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 331 C. pr. pén. était inconstitutionnel pour rupture d'égalité des citoyens devant la loi en raison de la dispense de prestation de serment dont bénéficie un époux (Cons. const. QPC, 28 févr. 2020, n° 2019-828/829). L'article impose aux témoins de prêter serment et de « *parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité* ». Le refus de déposition est puni d'une amende de 3 750 € et le mensonge d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

Le mari ou la femme de l'accusé n'est pas obligé de prêter serment contrairement au concubin ou au partenaire de PaCS. L'explication donnée est que le législateur a voulu préserver le conjoint. Pour le Conseil :

« si l'intensité des droits et obligations qui s'imposent aux membres du couple diffère selon qu'ils choisissent l'une ou l'autre de ces unions, les concubins ou les partenaires liés par un pacte civil de solidarité ne sont pas moins exposés que les conjoints au dilemme moral dont le législateur a entendu préserver ces derniers lorsqu'ils sont appelés à témoigner au procès de leur conjoint accusé ».

De son côté, la Cour de cassation estime qu'une déposition effectuée sans prêter serment alors que le témoin aurait dû le faire, peut vicier la procédure. Limiter la liste des personnes susceptibles d'être dispensées du serment en raison de leur proximité avec l'accusé se justifie « *par l'intérêt qui s'attache à ce que la cour d'assises puisse facilement s'assurer de l'existence ou non du lien du témoin avec l'accusé. Tel est notamment le cas du mariage, compte tenu de la publicité dont il fait l'objet* ». On peut discuter de ce point puisque le pacte civil de solidarité fait l'objet d'un enregistrement en mairie et donc d'une publicité...

Concernant le concubinage, une cour d'assises peut dans le cadre de l'instruction s'assurer de l'existence d'une vie commune constitutive d'un concubinage. « *Dès lors, l'intérêt qui s'attache à faciliter la connaissance par la juridiction des liens unissant l'accusé et le témoin ne saurait, à lui seul, justifier la différence de traitement établie par les dispositions contestées entre le mariage, le concubinage et le pacte civil de solidarité* » selon le Conseil constitutionnel.

En droit des successions, le lien d'alliance est établi par le seul effet du mariage : la qualité de partenaire de PaCS n'emporte pas incapacité à être témoin lors de l'établissement d'un testament authentique instituant l'autre partenaire légataire. Un tel testament est donc valable alors qu'il ne l'est pas s'il s'agit d'un couple marié (Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2018, n° 17-10.876)...

Pour aller plus loin

Esclavage

- Le Code noir

Ce Code correspond à l'Ordonnance royale de Louis XIV ou Édit royal de mars 1685 touchant la police des îles de l'Amérique française (suivi par plusieurs autres textes). Il s'agit, à l'époque, de réglementer la situation des esclaves. Si le code est vu aujourd'hui de façon négative, il visait à apporter des règles de droit (on hésite à parler de « droits ») autour de la condition des esclaves. Sont ainsi prévus : des jours chômés, une nourriture « suffisante », l'interdiction de séparer les familles lors d'une vente, l'interdiction de la torture comme des abus sexuels... Pour autant, l'objectif premier est le commerce de la canne à sucre notamment.

- Abolitions

La première abolition de l'esclavage fut proclamée par la Convention nationale le 4 février 1794, près de quatre ans après la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Appliquée dans toutes les colonies françaises, sauf à l'île Bourbon et aux Mascareignes, elle fut révoquée en 1802. Il fallut attendre le 27 avril 1848 pour connaître l'abolition définitive de l'esclavage, suivie de l'émancipation des esclaves.

Bien plus tard, la loi du 21 mai 2001 a reconnu la traite et l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.

- Procès

Le 23 décembre 1843, Furcy, esclave d'origine indienne de l'île Bourbon, fut reconnu « né en état de liberté et d'intégrité de droits » par la Cour Royale de Paris. Il avait été maintenu illégalement en esclavage par ses maîtres depuis sa naissance. Le procès Furcy fut un des rares procès où un esclave osa assigner son maître en justice.

- Rapport annuel 2019 de la Cour de cassation (p. 211) :

À propos d'un cas soumis à la Cour de cassation (Cass. Soc., 3 avr. 2019, n° 16-20.490), on relèvera que bien que la jeune fille ait été clairement privée de son libre arbitre, il ne ressort pas du dossier qu'elle ait été tenue en *esclavage* au sens propre, c'est-à-dire que les époux concernés aient exercé sur elle, juridiquement, un *droit de propriété*, la réduisant à l'état d'« objet ».

En revanche, selon la Cour de Strasbourg, en ce qui concerne la notion de « servitude », elle vise une « forme de négation de la liberté, particulièrement grave » (v. le rapport de la Commission dans l'affaire Van Droogenbroeck c. Belgique du 9 juillet 1980, série B, n° 44, p. 30, §§ 78-80) et englobe, « en plus de l'obligation de fournir à autrui certains services [...] l'obligation pour le "serf" de vivre sur la propriété d'autrui et l'impossibilité de changer sa condition ».

Le concubinage

Le concubinage

Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux.

Le concubinage n'est entré dans le Code civil en 1999, que pour recevoir une définition (C. civ., art. 515-8).

Il demeure une situation de fait, non réglementée par le Droit (au contraire du pacte civil de solidarité ou du mariage). Des mineurs peuvent donc vivre en concubinage.

- Situation de fait (non pas une situation de droit)
- Article 515-8 du Code civil (simple définition)
- Couple de deux personnes physiques, de sexe différent ou non, partageant une certaine communauté de vie
- Mais : un couple de « célibataires » au regard, notamment, de l'état civil
- Les concubins sont des étrangers l'un pour l'autre
- Pas de régime matrimonial
- Pas de vocation successorale
- Pas de statut familial juridique
- La rupture du concubinage est libre (et non fautive en elle-même)
- Des solutions jurisprudentielles ou législatives spécifiques (droit au bail...) peuvent offrir des éléments de réponses juridiques au concubinage.
- Effets de droit exceptionnels :
 - société créée de fait (C. civ., art. 1832)
 - enrichissement injustifié (C. civ., art. 1303)
 - responsabilité civile délictuelle (C. civ. art. 1240) en cas décès causé par un tiers ou d'abandon dans des conditions extrêmes
 - droits conditionnés sur le logement (droit au bail...)
 - protection sociale de la personne à charge

« J'ai l'honneur de ne pas te demander ta main »
(Georges Brassens, *La Non-demande en mariage*)

« Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux », tels sont les mots prêtés au Premier Consul Bonaparte lorsqu'il surveillait les travaux préparatoires du Code civil avant 1804.

Ils donnent une idée de l'état d'esprit qui a présidé à la rédaction du Code civil. En réalité, il n'y avait aucun texte sur les concubins dans le Code civil, ni en 1804, ni récemment (jusqu'en 1999). On le retrouve encore dans les paroles du doyen Carbonnier : *Pas de droit là où l'on refuse le droit*. Il y a des conséquences juridiques à cet état d'esprit. Caricaturalement, cela revient à dire que les concubins qui entendent se placer en marge du mariage pour ne pas

avoir à en subir notamment les obligations, en parallèle ne bénéficieront pas des droits liés au statut matrimonial (protection des époux contre eux, contre les tiers).

Le concubinage est une situation de fait qui veut se placer hors le droit. C'est donc très logiquement qu'on ne trouve pas de texte à ce sujet. Comme ce n'est pas illégal, il n'y a pas non plus de texte posant de prohibition ni de sanction à l'encontre des concubins. Au contraire, les articles 225-1 s. du Code pénal protège contre les discriminations et pourrait être invoqué lors d'atteintes dirigées contre des concubins. Par ailleurs, la loi du 4 avril 2006 a étendu les sanctions pénales (circonstances aggravantes de violence dans le couple, notamment) aux concubins et pacsés.

Le concubinage doit être distingué du pacte civil de solidarité (PaCS). Le concubinage est aujourd'hui un des rares domaines où le couple vit en totale liberté et peut faire ce qu'il veut. Pourtant, le concubinage a connu une révolution très silencieuse le 15 novembre 1999. Ce jour-là, est adoptée la loi relative au PaCS. Mais à cette même occasion a été ajouté un nouveau chapitre dans le Code civil, derrière le chapitre relatif au PaCS. En effet, la loi du PaCS a institué un Titre XII dans le livre premier des personnes dans le Code civil, titre intitulé : *Du pacte civil de solidarité et du concubinage*. Un chapitre pour chacun et le second est composé d'un article unique : l'article 515-8.

I Présentation

Le concubin n'est pas un membre de la famille même en matière d'opérations funéraires. L'article L. 2213-14 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les opérations de fermeture et de scellement du cercueil doivent parfois se faire en présence d'un membre de la famille. La notion de « membre de la famille » renvoie à un lien de parenté ou d'alliance. À défaut de précision, la notion d'alliance est interprétée au sens strict : les concubins en sont exclus.

Pourtant, le juge aux affaires familiales sera compétent pour les difficultés « familiales » que le couple de concubins pourrait rencontrer, comme pour les autres couples (COJ, art. L. 213-3).

A Variétés de concubinages

Autrefois le droit, fortement hostile au concubinage, le désignait par : union illégitime. C'était l'influence de l'Église catholique notamment qui condamnait les relations sexuelles hors mariage. On parle aussi d'union libre. Le terme de cohabitation est à écarter en ce qu'il vise non une institution mais un état. La cohabitation se retrouvant pour le PaCS comme pour le concubinage, par exemple.

Plus spécifique est la diversité des situations que le concubinage peut viser.

En effet, ce peuvent être :

- une cohabitation juvénile (premier « petit ami » coïncidant avec le grand départ de la maison).
- un concubinage d'opposition au mariage,
- un ballon d'essai avant de faire le « grand pas » du mariage

- une situation de personnes qui voudraient se marier, mais ne le peuvent pas (concubinage adultère car l'un au moins des deux est encore marié même s'il ne vit plus avec son conjoint)
- une situation de personnes qui ne se sont posé aucune question et qui « vivent ensemble » tout simplement,
- une union qui ne dure pas longtemps,
- une union pour la vie, plus durable que certains mariages parfois...

La sociologie du concubinage fait apparaître une grande absence d'uniformité. Il s'agit là de la situation de fait par excellence : dans les faits, les choses sont ainsi.

En reprenant le terme d'*union libre*, est mise en exergue l'une des caractéristiques principales du concubinage : la liberté. C'est vivre sans le droit, hors du droit, dans le « non droit » (Jean Carbonnier), mais non pas nécessairement « hors la loi ».

B Définition du concubinage

Jusqu'au 15 novembre 1999 (loi relative au PaCS), pas de réelle définition du concubinage hormis la notion de couple. Présenter le concubinage comme des relations sexuelles hors mariage n'est pas suffisant.

On peut cependant retracer les conditions dégagées par la jurisprudence jusqu'en 1999 pour permettre de parler de concubins :

- deux personnes (c'est un couple),
- non mariées,
- ayant des relations sexuelles (*cum cubare* : coucher avec)
- partageant un minimum de communauté de vie (mais sans trop d'exigence quant à la permanence de la cohabitation)
- hétérosexuels (la Cour de cassation refusait de retenir une vision « large » du concubinage).

Le législateur n'a pas cherché à poser une nouvelle institution, il a simplement voulu faire entrer le concubinage dans le Code, lui donner un minimum de reconnaissance. Pourquoi alors que cela faisait presque deux siècles que l'on vivait sans ? À cause du PaCS. Un texte de loi pour une situation de fait hors du droit, donnait encore lieu à beaucoup de jurisprudence.

L'article 515-8 du Code civil propose la définition suivante :

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

Pas de régime juridique particulier, un seul article. Pourquoi ? Parce que l'article lui-même le dit : il s'agit d'une union de fait. Le Droit reconnaît simplement son existence, mais... en dehors du Droit.

Autre petite révolution (pour la jurisprudence surtout) : l'acceptation de la notion de concubinage homosexuel. C'est mettre fin au peu de droit sur le concubinage : on peut parler

de concubinage homosexuel. Cela signifie que pour les quelques solutions juridiques ou jurisprudentielles dont on dispose, elles pourront être utilisées, que les personnes vivent de fait en couple hétérosexuel ou homosexuel.

Enfin, il faut relever que si le Pacte civil de solidarité et le mariage (on le verra) sont réservés aux personnes majeures, la définition du concubinage ne le précise pas, pouvant accueillir, dès lors, des cohabitations très juvéniles.

- Union de fait
- Vie commune
- Stabilité minimale
- Continuité
- Deux personnes en couple

C'est retrouver l'ancienne définition ; derrière le mot couple se cache l'exigence de relations sexuelles, ce ne sont pas un frère et une sœur, pas de cohabitation fraternelle ni amicale.

II La communauté de vie des concubins

Parce que le Code civil ne réglemente pas en particulier le concubinage et parce que c'est précisément ce que recherchaient les concubins (absence d'encadrement juridique), on se trouve ici dans une situation de non droit. Et l'article 515-8 n'y change rien puisqu'il dit toujours : situation de fait ! Ce n'est pas pour autant dire que le Droit n'y a pas accès. En réalité, parce que ce sont des citoyens comme les autres, l'ensemble des règles classiques destinées aux citoyens pris isolément leur sont applicables, seul leur statut de couple est libre : ils sont traités comme des célibataires. Si l'on refuse le Droit quand tout va bien, il ne sera pas là quand le vent tournera. Juridiquement, les concubins sont des étrangers l'un pour l'autre.

A Les solutions contractuelles

Les concubins vont souvent chercher à régir leur vie en commun, un minimum de règles pour gérer la vie de tous les jours est nécessaire. La difficulté va venir précisément de ce qu'ils ont entendu vivre sans le mariage. Ils n'auront pas le droit dès lors de copier l'institution du mariage. Paradoxalement, ils ne peuvent par exemple passer entre eux des contrats par lesquels ils s'engageraient à être fidèles, à rester ensemble à vie ou autres engagements personnels similaires car il y aurait atteinte à la liberté individuelle. Ils peuvent encore moins s'engager à être infidèles ou à ne pas rester longtemps ensemble : ils sont hors du droit.

1 Chacun pour soi...

Régulièrement sont portées devant les juges des affaires qui sollicitent des applications s'inspirant du droit du mariage, notamment.

« *Aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté expresse à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées ; que c'est dès lors à bon droit, (...) que la cour d'appel a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'établir (...) un compte entre les parties* » (Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1991, n° 88-19.400) (v. également : Cass. 1^{re} civ., 19 déc. 2018, n° 18-12.311).

Le principe (toujours d'actualité en 2023 devant les juges, CA Caen, 4 mai 2023, not.) est que chacun des concubins devra assumer les dépenses courantes sans que l'on puisse retrouver un équivalent de l'article 214 du Code civil. Ce texte, en matière de mariage, organise la contribution aux charges du mariage. Celle-ci doit se faire selon les facultés de chacun, même si son conjoint n'est pas dans le besoin. Un époux peut exercer contre l'autre un recours en contribution, les concubins ne le peuvent pas. Les concubins ne sont pas solidairement responsables des charges du ménage comme le sont les époux en vertu de l'article 220 du Code civil (avantage parfois, inconvénient d'autres fois). En réalité, tout est affaire de preuve et de circonstances : il appartient au concubin qui demande un remboursement des charges de la vie commune engagées par lui, de rapporter la preuve (difficile) de l'obligation dont il se prévaut.

Doit être cependant signalé un courant accueillant des conventions entre concubins prévoyant la fin de leur union. Des tribunaux ont ainsi pu valider les accords conclus entre concubins prévoyant le paiement d'une indemnité afin de réparer les préjudices subis par l'un des deux lors de la rupture.

Tous les autres contrats sont possibles. Les concubins vont souvent chercher à pallier l'interdiction de régime matrimonial en en reconstruisant des bribes parallèles. Ils vont souvent chercher à s'accorder mutuellement des avantages patrimoniaux, notamment pour prévenir la disparition de l'un. En effet, le survivant n'a aucune vocation successorale puisqu'ils ne sont rien (juridiquement) l'un pour l'autre. Il faut alors expressément prévoir des testaments, assurances-vie, clauses de tontines... (la tontine, dite clause d'accroissement, est un pacte conclu entre plusieurs personnes lors de l'acquisition d'un bien et en vertu duquel seul le survivant de tous sera considéré comme propriétaire, chaque acquéreur conservant la jouissance du bien sa vie durant).

2 Libéralités entre concubins adultères

Certains contrats sont cependant délicats, tel est le cas des libéralités adultères. Ces libéralités étaient traditionnellement annulées pour cause immorale. Mais un arrêt fondamental (Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999, n° 96-11.946) a considéré que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs, la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretenait avec le bénéficiaire* ». Le caractère adultérin d'un concubinage n'est plus le critère de l'illicéité d'une libéralité.

3 Certificat de concubinage

Un tel certificat, délivré par certaines mairies, n'a pas de réelle valeur juridique mais peut servir à produire des effets de droit. Il sert parfois pour des organismes sociaux (maintien dans les lieux en matière de location, délivrance d'une carte familiale SNCF...) ou autres qui vont faire produire des effets de droit à certaines hypothèses de concubinage. On voit aussi des tarifs préférentiels appliqués par certains commerçants pour l'inscription de couples (des abonnements en salles de sport...): des tarifs spécifiques sont accordés à des personnes résidant dans la localité, ils demanderont un tel certificat ou alors se contenteront d'une facture établie au nom des deux personnes (ce qui peut être facilement obtenu sans qu'il y ait pour autant concubinage). Cette pratique cherche à copier l'institution matrimoniale en demandant une reconnaissance officielle (à la mairie) de ce que ces deux personnes ont une certaine communauté de vie.

B L'apparence

La communauté de vie va faire naître le doute : on ne sait pas ce qu'il se passe chez les concubins ni clairement la nature de leurs relations.

En matière de droit des biens le même type d'interrogation peut naître. Quel bien appartient à quelle personne lorsque deux ou plusieurs personnes cohabitent dans un même lieu, la preuve de la propriété est délicate (en l'absence de preuve : on présumera une contribution équivalente pour moitié chacun). Dès lors, la possession de l'un pourra être considérée comme entachée d'équivoque par les héritiers de l'autre ou par les créanciers (Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 2000, n° 97-15.406).

Les tiers ne savent pas toujours si le couple est marié ou non. Il a seulement l'apparence d'un couple marié. Parfois certains concubins en jouent afin d'obtenir plus facilement des crédits ou signer un bail. En effet, le droit matrimonial protège les créanciers des conjoints en permettant que les deux soient solidaires pour le paiement des dettes ménagères, même si elles ont été contractées par celui qui n'est pas solvable. Les garanties de paiement sont ainsi doublées. Revers de la médaille, étrangers l'un pour l'autre, les concubins qui souhaitent emprunter pour acquérir un bien immobilier, ne peuvent présenter l'addition de leurs deux revenus pour le calcul de leur taux d'endettement maximal.

Chacun pour soi : la jurisprudence le confirme, il n'existe pas de solidarité des dettes entre concubins. Ainsi, après la rupture d'un couple de concubins, des factures furent présentées par le fournisseur d'électricité à la concubine restée dans les lieux loués. Le concubin parti avait initialement seul signé le bail, l'ancienne concubine restée dans les lieux avait signé un nouveau bail avec le propriétaire après la rupture. Les arriérés de factures d'électricité ne purent être imposés à la concubine qui n'était pas titulaire du premier bail et n'était donc pas liée contractuellement avec le fournisseur d'énergie auparavant (Cass. 1^{re} civ., 2 mai 2001, n° 98-22.836).

C Les effets juridiques

Des règles de droit social sont applicables aux concubins. Ainsi, la loi du 2 janvier 1978 reconnaît-elle la qualité d'ayant-droit de l'assuré social à la personne vivant maritalement et à sa charge financière (assurance maladie et maternité).

En droit du travail, existe le droit de prendre des congés ensemble ou encore le rapprochement des fonctionnaires concubins.

En droit fiscal, les concubins ne peuvent pas effectuer une déclaration commune de leurs revenus, mais ils peuvent profiter d'avantages spécifiques dans certains cas. L'imposition des personnes mariées ou pacsées est ainsi dissociée de celle des personnes vivant en concubinage. Mais une personne mariée peut vivre en concubinage (adultère), l'administration fiscale a pris en compte ces situations particulières (v. not. CGI, art. 964).

Sans constituer un effet purement « financier », dans le même esprit, le concubinage (à le supposer établi, c'est-à-dire notoire) fera disparaître le bénéfice du bail forcé après divorce (C. civ., art. 285-1, al. 5).

L'autorité parentale permet également de bénéficier des dispositions de l'article 373-2-9-1 du Code civil (cf. COJ, art. L. 213-3) pour des demandes d'attribution à un concubin de la jouissance provisoire du logement de la famille.

III La cessation du concubinage

Adieu ma concubine...

La liberté du concubinage se retrouve dans la liberté de sa disparition : aucun engagement à quoi que ce soit. Du jour au lendemain chacun peut repartir de son côté. Le Professeur Malaurie l'exprimait ainsi : *À union libre, désunion libre*.

Le JAF est compétent pour régler les litiges relatifs à la dissolution du concubinage et sa liquidation éventuelle (Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2023, n° 21-25.044 : sur une demande d'indemnité, présentée par un ex-concubin, au titre de l'occupation sans droit ni titre par l'autre, d'un immeuble appartenant au demandeur, lors de la rupture de leur concubinage).

A La responsabilité

La totale liberté de rupture n'est en réalité pas parfaite. Il est des situations qui ne laissent pas le Droit indifférent, notamment en cas de rupture fautive.

La responsabilité civile délictuelle (C. civ., art. 1240) suppose :
une faute + un dommage + un lien de causalité.

Article 1240 du Code civil :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Ceci posé, l'article 1240 pourra servir notamment à sanctionner certaines ruptures. Si l'un des concubins en rompant cause un préjudice certain à l'autre, c'est sur le fondement de l'article 1240 que la victime pourra obtenir réparation. Mais il ne s'agit pas d'une règle spécifique au concubinage, ceci est valable pour tous et pour tous les actes de la vie courante.

Pour la grossesse de la concubine, ni responsabilité ni faute de la part du concubin. Une femme ne peut dire qu'elle subit un dommage du fait de sa grossesse (il ne s'agit pas d'un viol). En revanche, la cohabitation des concubins fera peser une probabilité de paternité sur les épaules du concubin. S'il ne reconnaît pas l'enfant, la concubine pourra intenter une action en recherche de paternité (C. civ., art. 327) à son encontre.

Ce qui est sanctionné, c'est la faute dans les circonstances de la rupture (abandonner une femme enceinte). En revanche, les mobiles – l'intention – sont indifférents (le concubin en a trouvé une plus jeune, moins laide, moins artificielle...). La réparation qu'obtiendra la victime consiste en des dommages-intérêts. En clin d'œil, peut être signalé une décision impliquant un concubinage adultère : abandonner sa maîtresse pour retrouver... sa femme, n'est pas fautif (CA Toulouse, 23 janvier 2001).

B Les sociétés créées de fait

- *Société de fait*: société fonctionnant alors qu'elle ne remplit pas toutes les conditions exigées par l'article 1832 du Code civil et encourant de ce chef la nullité.
- *Société créée de fait*: comportement de personnes agissant comme le feraient des associés (apports, partage des bénéfices et des pertes) mais n'ayant le plus souvent pas conscience d'agir comme des associés ou « *sans avoir exprimé la volonté de former une société* » (G. Ripert et R. Roblot).

1 Conditions

Cette définition permet à la jurisprudence, en l'absence de tout texte propre au concubinage, de trouver une réponse à la situation d'un concubin lésé par la rupture. Lorsque tous deux avaient ensemble travaillé activement pendant le concubinage dans le cadre de l'activité professionnelle de l'un d'eux (fonds de commerce...), lors de la rupture le non-commerçant ne pourra prétendre à quoi que ce soit, juridiquement. Les juges pourront retenir que leur activité commune a réalisé une société créée de fait (notion évoquée par l'article 1873 du Code civil), comme si une société avait été créée entre eux.

Se retrouvent, en effet, les éléments constitutifs de toute société, aux termes de l'article 1832 du Code civil :

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

Les associés s'engagent à contribuer aux pertes. »

Les apports respectifs sont des apports en nature : leur activité commune. Ils avaient ensemble la volonté de participer à une œuvre commune (*affectio societatis*). On en déduit la volonté de participer aux bénéfices et aux pertes. La rupture est l'occasion de dissoudre cette société supposée. Il s'agira donc de partager les bénéfices, s'il y en a (et l'actif social). Ceci se fera au bénéfice, notamment, de celui qui avait travaillé gratuitement pour son ex-concubin.

2 Jurisprudence

La jurisprudence est très stricte, elle exige la réunion de trois conditions :

- des apports mutuels
- une contribution aux bénéfices et aux pertes
- l'intention de s'associer pour la gestion du fonds (*affectio societatis*).

La communauté d'intérêts ne suffit pas seule à donner naissance à une société créée de fait. Elle nécessite une intention de mettre en commun tous les produits de l'activité conjointe et le partage des bénéfices et des pertes. Les concubins doivent avoir tacitement conclu et exécuté une convention comportant des apports, un partage de bénéfices et l'*affectio societatis*.

■ Société créée de fait acceptée

« M. Y... avait cautionné l'emprunt de 200 000 francs souscrit par Mme X..., marquant ainsi sa volonté de contribuer aux pertes éventuelles, dans l'hypothèse où sa concubine ne pourrait faire face aux échéances de cet emprunt ;

Et attendu, ensuite, qu'ayant relevé que les concubins avaient mis en commun leurs ressources pour la construction de l'immeuble destiné à assurer leur logement et celui des enfants, participant ainsi aux bénéfices, et ayant retenu que M. Y... était à l'origine de cette construction au même titre que Mme X..., ce qui impliquait l'affectio societatis, c'est à juste titre que la cour d'appel a estimé que la réunion de ces éléments caractérisait l'existence d'une société de fait » (Cass. 1^{re} civ., 11 fév. 1997, n° 95-13.029).

■ Société créée de fait refusée

– Projet immobilier :

Les exigences de la Cour de cassation sont exprimées par cet attendu de principe :

« L'intention de s'associer en vue d'une entreprise commune ne peut se déduire de la participation financière à la réalisation d'un projet immobilier et est distincte de la mise en commun d'intérêts inhérents au concubinage »

(Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 01-03.909, Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 2010, n° 08-13.200, Cass. com., 3 avr. 2012, n° 11-15.671, Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2021, n° 19-10.667) ;

– Éléments à établir séparément sans les déduire les uns des autres (Cass. com. 23 juin 2004, n° 01-10.106) ;

– À propos d'une exploitation agricole (Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2007, n° 06-15.249) :

« La seule communauté de vie ne suffit pas à établir l'intention de mettre en commun les biens du ménage et relevé que M. X... ne démontrait ni avoir effectué d'apports en numéraire, ni avoir contribué à apurer les dettes de l'exploitation agricole de Mme Y..., ni même avoir tenu une comptabilité, la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire qu'aucune société de fait n'avait existé entre les deux anciens concubins ».

– Pacsés séparés de biens (TJ Paris, 8 oct. 2024, RG n° 21/15741) :

Le partenaire de PaCS invoquait sa contribution aux apports, travaux de rénovation d'appartement et impôts payés pendant leur vie commune.

Le tribunal a retenu :

- une absence de preuve d'apports en industrie (il évoquait avoir fait jouer ses relations personnelles pour négocier un prix avantageux, avoir sollicité un ami non rémunéré pour les travaux) ;
- une *affectio societatis* non démontrée : malgré une vie commune et un projet immobilier partagé, le PaCS en régime de séparation de biens reflétait l'intention des parties de ne pas collaborer sur un pied d'égalité dans un projet commun ;
- des contributions domestiques et fiscales insuffisantes : avoir payé les impôts de sa partenaire et assumé des dépenses domestiques n'a pas été reconnu comme une preuve de collaboration financière à un projet économique commun, mais comme une contribution aux charges du PaCS.