

# L'état de la réforme du droit français de la famille en 2001

Jacqueline Rubellin-Devichi\*

Il vaudrait sans doute mieux parler des réformes ... tant l'ensemble paraît peu ordonné!

Depuis quelques années, prenant conscience des transformations de la société, les gouvernements français ont eu l'ambition d'accomplir une réforme globale du droit de la famille: en 1996, la *Conférence de la famille*, qui devait se tenir chaque année, avait mis à l'étude différentes directions de recherches sur la famille et le droit civil, et les prestations sociale, et la vie quotidienne, et le travail, d'où étaient sorties des propositions de réforme. Le gouvernement suivant commandait quatre rapports, remis au Premier Ministre avant la Conférence de la famille de 1998.<sup>1</sup> À la suite de cette Conférence, la ministre de la Justice confiait à un groupe de professionnels du droit (universitaires, magistrats, avocats, notaires), présidé par le professeur Françoise Dekeuwer-Défossez la mission de lui faire un rapport sur et des propositions sur une réforme du droit de la famille. Ce rapport, qui contient des analyses juridiques remarquables et formule plus de cent propositions,<sup>2</sup> a été rendu en septembre 1999.

Peut-être croyait-on que la réforme allait s'effectuer de la même manière que celle de la refonte entreprise à partir des années soixante,<sup>3</sup> qui donna lieu à des lois qu'un auteur appelle à juste titre lois de «seconde génération», parce qu'elles sont le prolongement des précédentes.<sup>4</sup> Seulement, la rédaction des avant projets des lois des

---

\* Professeur émérite de l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Présidente de l'Association française de recherches en droit de la famille

<sup>1</sup> I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, Odile Jacob, Doc. fr., 1998; C. Thélot et M. Villac, *Politique familiale: bilan et perspectives*, 1998; D. Gillot, *Pour une politique de la famille rénovée*, 1998; M. André, *La vie quotidienne des familles*, 1998).

<sup>2</sup> *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps*, La documentation française, 1999).

<sup>3</sup> La refonte devait couvrir tout le droit civil de la famille et des personnes, et les textes de loi s'échelonnèrent avec régularité (1964, tutelle; 1965, régimes matrimoniaux; 1966, adoption; 1968, incapables majeurs; 1970, autorité parentale; 1972, filiation; 1975, divorce; 1976, indivision; 1977, absence). La réforme du droit des successions était prête ... et n'est toujours pas votée.

<sup>4</sup> Les lois postérieures, appelées "lois de seconde génération" par le doyen Cornu (Précit Domat, Dr. civ. La famille, 7e éd. 2001, n 6), ne constituent pas des réformes de fond, elles

années soixante avait été confiée par le Garde des sceaux de l'époque au doyen Carbonnier, et quel que soit le sort qu'ils aient subi au cours des travaux parlementaires, la cohérence de l'ensemble est très forte. Outre que, comme on l'a écrit, il n'y a guère qu'un juriste par siècle de l'espèce de ce savant auteur, il n'était guère pensable qu'aboutirait en un ou deux ans une réforme du droit de la famille, alors que la précédente avait occupé une vingtaine d'années.

D'ailleurs, rien n'étant entrepris, ce sont les Parlementaires, peut-être lassés par le peu d'empressement de nos ministres et de notre gouvernement, qui ont fini par agir: ce qui n'est pas forcément un mal, dans la mesure où nos représentants opèrent eux aussi dans la clarté des travaux préparatoires. Mais l'absence de présentation en Conseil des Ministres et d'examen par le Conseil d'État propres aux projets de loi se fait sentir dans le manque de sérénité et de recul, et les rivalités politiciennes finissent par produire des effets surprenants, telle que l'unanimité sur la version la moins satisfaisante d'un texte, ce qui fut le cas de la loi sur la prestation compensatoire en matière de divorce du 30 juin 2000, puis de la loi du 6 février 2001 sur l'adoption internationale, qui était destinée à contrer une circulaire ministérielle, mais dont le résultat fut encore plus catastrophique. Le PACS est né – pour des raisons évidentes, le gouvernement ne voulant pas s'embarrasser d'un projet si contesté – d'une proposition de loi; la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'homme le 2 février 2000 (arrêt Mazurek), pour sa discrimination successorale à l'égard de l'enfant adultérin a précipité la réforme prête depuis 1991, et qui ne venait toujours pas: la proposition de loi concernant les droits successoraux du conjoint survivant déposée à la fin de l'année 2000 et déjà votée en première lecture le 8 février 2001, va enfin la faire aboutir; c'est encore une proposition de loi, adoptée le même jour en première lecture, qui a porté devant le Parlement la question du nom patronymique. Pour l'instant, les seuls textes concernant la famille qui ont été présentés sous forme de projets sont issus du ministère des affaires sociales et de la solidarité: il s'agit de la loi du 13 décembre 2000 relative à la contraception d'urgence, du projet du 5 décembre 2000 relatif à l'interruption de grossesse et à la contraception, devenu loi le 29 juin 2001 et du projet du 17 janvier 2001 relatif aux origines personnelles, votée en première lecture le 31 mai, qui n'a pas l'ambition que laissait présumer la vaste campagne contre l'accouchement sous X et envisage seulement la création d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et la suppression de la possibilité de demander le secret de l'identité des parents de l'enfant en le remettant à l'ASE (article 62-4 du Code de la famille, devenu aujourd'hui article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles). La Ministre

---

*cont.*

sont dans le prolongement des premières (1985, régimes matrimoniaux; 1987, autorité parentale; 1993, filiation, nom, autorité parentale, audition de l'enfant en justice). Les lois sur l'adoption n'ont jamais fait partie de cette œuvre d'ensemble, pas plus la "grande loi" du 11 juillet 1966 que celle du 5 juillet 1996; Il en va de même des lois dites bioéthiques du 29 juillet 1994, qui touchent évidemment, le droit de la famille, notamment en ce qu'elles ont défini les couples auxquels elles étaient susceptibles de s'appliquer.

de la Justice et la ministre déléguée à la famille et à l'enfance ont publié le 4 avril 2001 un document d'orientation relatif à la réforme du droit de la famille, bien amaigrie, et qui, pour l'instant, manque singulièrement d'harmonie.<sup>5</sup> On a beau espérer que les travaux préparatoires, puis la jurisprudence, donneront aux textes la cohérence ou l'unité qui leur manque, rien n'est moins sûr.<sup>6</sup>

En tout cas, ce n'est pas l'annonce de réformes qui a remis l'envie de fonder une famille à l'honneur: Le nombre des naissances, qui avoisinait 720 000 depuis plusieurs années<sup>7</sup> (), a progressé jusqu'à 778 900 en 2000, tandis que le nombre des mariages lui-même augmente régulièrement, d'une façon qui commence à devenir significative: 304 300 mariages ont été célébrés en 2000, alors que ce nombre n'avait pas été atteint depuis 1983. Or, même en exceptant le PACS et le concubinage homosexuel, qui ne modifient pas le taux de natalité, la famille non fondée sur le mariage se porte bien, puisque les naissances d'enfants naturels dépassent 40% du total des naissances.

Mais il reste vrai que «la plupart des couples se marient et ne divorcent pas; il y a plus d'enfants légitimes que d'enfants illégitimes, le nombre des naissances dépasse celui des avortements».<sup>8</sup> Le Bilan 2000 de l'INSEE vérifie cette affirmation: 29 600 000 personnes vivent en couples, dont 24 800 000 sont mariés, 4 800 000 sont des couples de fait. À quoi l'on peut ajouter la faiblesse, étonnante eu égard aux déchainements suscités par la préparation de la loi, du nombre de pactes souscrits (moins de 30 000 en un peu plus d'un an, alors qu'il y a eu plus de 3 000 000 mariages en 2000).

Il y a bien peu de temps que la doctrine s'est avisée qu'il convenait de définir le couple. Jusqu'à une période récente, en effet, la notion allait de soi: dès 1970, sous le titre Sociologie du couple, le doyen Carbonnier étudiait les couples en mariage, et les couples hors mariage.<sup>9</sup> Ainsi qu'un auteur le constate avec pertinence,<sup>10</sup> «ménage», «foyer» ou «couple» désignaient indifféremment, pour les sociologues, les

<sup>5</sup> V. J. Rubellin-Devichi, «Regards sur quelques incohérences en matière de droit de l'enfance», D. 2001, p. 1323.

<sup>6</sup> À la rivalité latente mais manifeste qui oppose l'Assemblée et le Sénat (V. les travaux préparatoires relatifs à la prestation compensatoire, il s'en ajoute parfois une autre: par le très célèbre arrêt Perruche du 17 novembre 2000, la Cour de cassation a condamné un médecin fautif de n'avoir pas constaté à l'échographie que l'enfant d'une femme enceinte naîtrait handicapé, à verser des dommages et intérêts à ce dernier: le Sénat a décidé, en première lecture, le 17 mars 2001, que «l'article 16 du Code civil devrait être complété par un alinéa ainsi rédigé: "Nul n'est recevable à demander une indemnisation du seul fait de sa naissance"». L'Assemblée Nationale, le 10 mai 2001, a heureusement mis fin à cette surprenante intervention qui bafouait la séparation des pouvoirs ...

<sup>7</sup> *Population et Société* mars 2000, n° 355

<sup>8</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, p. 211.

<sup>9</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, 8<sup>e</sup> éd. p. 217.

<sup>10</sup> R.-M. Roland, *Le couple et l'artifice. Droit des néoconjugalités, mariages fictifs, concubinages, pacs*, thèse Lyon 3, L'Hermès éd., préface F. Dagognet et J. Rubellin-Devichi, 2000

démographiques et les économistes l'entité basique de la famille; utilisé par le législateur fiscal pour la première fois en 1917 à l'occasion de la création de l'impôt sur le revenu – il n'était bien entendu question que du couple marié – le mot entre dans le Code de la Santé publique (art. L. 152-2 et s.) avec les lois bioéthiques du 29 juillet 1994. Mais cette fois, il s'agit d'un couple marié ou vivant en concubinage stable, «formé d'un homme et d'une femme». L'entrée du terme «couple» dans le Code civil s'est réalisée avec la loi du 15 novembre 1999, qui, à l'article 515-8, vise «deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple».

Mais la notion de couple demeure une notion de fait, et la question se pose seulement de «la concurrence des formes juridiques de vie en couple»,<sup>11</sup> sans que la définition du couple soulève vraiment des difficultés. Un point est certain, rappelé par le Conseil constitutionnel à propos du PACS, le 9 novembre 1999: la notion de vie commune visée à l'article 515-1 ne saurait se limiter à une simple communauté d'intérêts suppose, outre une résidence commune, une *vie de couple*: La vie de couple, c'est manifestement celle de deux personnes qui sont unies par un lien charnel, la *copula carnalis* qui sert à caractériser les liens du mariage, où la communauté de vie recouvre à la fois l'obligation de vivre ensemble, et celle d'avoir des relations sexuelles – le *debitum conjugale*, plus discret lorsqu'il est habillé de latin.

Ce qui fait la famille, c'est l'enfant: même si la famille «n'est pas subordonnée à la présence d'enfants [...], la famille sans enfant laisse toutefois une impression d'incomplétude, comme la cage sans oiseaux, écrivait Victor Hugo [...]».<sup>12</sup> Avant de présenter l'état des réformes concernant les couples, il est préférable, et beaucoup plus facile d'exposer les réformes en vue concernant les enfants, d'abord parce que, sauf cas exceptionnel, et à la différence des couples qui se font et se défont, la filiation est établie une fois pour toutes, ensuite, parce que, aujourd'hui, sous quelques différences d'interprétation de l'intérêt de l'enfant et, pour certains, de l'intérêt de la famille, un large consensus s'est établi sur ce qu'il convient de faire, c'est-à-dire achever l'égalité des filiations et de la condition juridique qui en découle.

## Les Enfants

S'agissant de l'établissement de la filiation, curieusement, les idées force sont toujours celles qui avaient présidé à l'élaboration de la loi du 3 janvier 1972: égalité, et vérité biologique. Les progrès énormes réalisés en matière de preuves biologiques, [et l'admission plus large, par l'État et la société, de la pluralité des modèles conjugaux] font que la doctrine est unanime sur le principe qu'il est nécessaires

---

<sup>11</sup> J. Hauser, *Dr. famille*, hors série, Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 20

<sup>12</sup> J. Carbonnier, *La famille*, *op. cit.*, p. 8

d'achever l'égalité des filiations.<sup>13</sup> Les premiers éléments avaient été posés par la loi de 1972 qui avait aboli la hiérarchie des filiations; un pas a été franchi avec la loi du 8 janvier 1993<sup>14</sup> Une première série de modifications est souhaitée depuis longtemps: l'évolution du droit de la filiation a été accomplie pour partie par la jurisprudence, notamment pour permettre au père légitime de contester sa paternité sur le fondement de l'article 322 *a contrario*<sup>15</sup> et créer une action en contestation directe de paternité légitime; or si la jurisprudence peut créer une action, elle ne peut en déterminer les règles, et c'est la raison pour laquelle cette action est aujourd'hui ouverte à tout intéressé, y compris le père légitime qui aurait laissé passer le délai très bref du désaveu de paternité (C. civ. art. 316), y compris aussi, après le décès de celui-ci, à ses parents au degré successible; l'action est ouverte pendant trente ans (quarante-huit à l'enfant parce que la prescription ne court pas pendant la minorité). La différence entre les régimes des actions relatives à la filiation légitime et celles qui sont relatives à la filiation naturelles ne se justifie plus: elle s'est justifiée longtemps, de façon fort logique, par le fait que la difficulté de preuves, spécialement en matière de filiation paternelle, rendait très méfiant le législateur, qui en matière de filiation légitime, avait recueilli la présomption de paternité, d'abord irréfragable puis susceptible de preuve contraire. Aujourd'hui, où les preuves négatives et positives de paternité, par les expertises héredo-biologiques et les analyses des empreintes génétiques permettent d'approcher de la certitude absolue,<sup>16</sup> la nature de la filiation ne justifie plus de différences dans le régime des actions. L'unification ne rencontrera pas de difficulté en ce qui concerne les actions. Il ne sera pas difficile non plus d'admettre, comme le fait la Convention de Bruxelles relative à l'établissement de la filiation maternelle des enfants naturels signée le 12 décembre 1962 – mais non ratifiée par la France –, que «Lorsqu'une personne est désignée dans l'acte de naissance d'un enfant naturel comme étant la mère de ce dernier, la filiation maternelle est établie par cette désignation. Cette filiation peut toutefois être contestée». Mais même si l'on va vers la fin de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, il ne pourra y avoir identité parfaite, la présomption de paternité, née avec le mariage, ne pouvant trouver un substitut dans la famille hors mariage: à cette exception près, «tout le reste en matière de filiation peut être ramené à un droit commun unique».<sup>17</sup>

<sup>13</sup> V. en ce sens le rapport de la Commission Dekeuwer-Défossez, p. 189; J. Rubellin-Devichi, «Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation», Mélanges offerts à André Colomer, éd. Litec, 1993, p. 397, n 6; P Murat, «L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement: Jusqu'où aller ?, Dr. famille, oct. 1998, chron. n 14.

<sup>14</sup> Loi n 93-22 «relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales»; V. J. Rubellin-Devichi, «Une importante réforme en droit de la famille»: la loi n 93-22 du 8 janvier 1993, JCP 1993, I, 3659.

<sup>15</sup> Depuis Cass. 1re civ. 27 mai 1985 (deux arrêts), Bull. civ. I, n 76.

<sup>16</sup> Ce qui a d'ailleurs conduit la Cour de cassation à décider que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder (Cass. 1re civ. 28 mars 2000, Bull. civ. I, n 103).

<sup>17</sup> P. Murat, «Vers la fin des filiations légitimes et naturelles», Dr. famille, hors série, Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 38.

Les inégalités successorales qui frappaient l'enfant adultérin sont en train de disparaître; l'autorité parentale s'exercera sous peu de façon identique sur l'enfant légitime et sur l'enfant naturel, avec d'ailleurs plus d'autonomie, mais plus de devoirs, notamment du respect de l'autre, à la charge des parents; la loi sur le nom, objet de travaux préparatoires en cours, devrait également abolir la suprématie du père légitime, c'est-à-dire du mari, et ouvrir, peut-être une option entre le nom des deux parents, unifiant là encore presque totalement les règles de l'attribution du nom sur l'enfant légitime et sur l'enfant naturel.

Tout ne va pas pour le mieux dans le meilleur des mondes, toutefois; l'enfant continue d'être considéré comme un individu que seul ses parents ou ses représentants légaux doivent protéger; il n'a pas accès à la justice, il peut demander à être entendu, mais le juge décidera – discrétionnairement – de la réponse à lui faire; et pour couronner le tout, la Cour de cassation – la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire – continue d'affirmer, contrairement au Conseil d'État – la plus haute juridiction de l'ordre administratif – que la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ne peut être invoquée devant les tribunaux, car elle ne crée des obligations qu'à la charge de États-Parties!<sup>18</sup>

## Le Mariage

Manifestement, en apparence du moins, le mariage n'a subi aucune modification. Ainsi que le constatait le doyen Carbonnier, «les vents de réforme qui ont soufflé sur le droit de la famille, ont laissé intact le mariage, régi, à quelques exceptions près, par les textes originaires du Code Napoléon. Le mariage lui-même, union des personnes, est tel qu'il était en 1804: laïc, unique, ne laissant aucune possibilité de déroger aux règles qu'il engendre».<sup>19</sup> Les devoirs des époux (fidélité, secours, assistance, communauté de vie) sont inchangés, et aujourd'hui encore, ceux qui se marient entendent bien le faire pour l'éternité, à quelques exceptions étranges près qui ne font que confirmer la règle: l'article qu'écrivait le doyen Carbonnier en 1950, *Terre et Ciel dans le droit du mariage*,<sup>20</sup> vaut pour la plupart des 300 000 mariages célébrés aujourd'hui, même si le chiffre annuel des divorces tourne autour de 120 000.

Récemment encore, le doyen Carbonnier constatait que personne, à notre époque,

---

<sup>18</sup> J. Rubellin-Devichi, «Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises», JCP G 1994, I, 3739; «L'application en France de la Convention relative aux droits de l'enfant: Toujours la portion congrue», *Journal du droit des Jeunes*, mai 2001, n 205.

<sup>19</sup> J. Carbonnier, «Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité», IX<sup>e</sup> Colloque national de démographie; cette conclusion juridique a été publiée à la *Revue Population*, n 3, 1992.

<sup>20</sup> J. Carbonnier, «Terre et ciel dans le droit du mariage», *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, Etudes offertes à Georges Ripert, T. 1 1950, p. 325.

n'a porté la main sur le mariage, qui est l'une de nos institutions qui nous divise le moins.<sup>21</sup> Quelques réformes sont sans doute envisageables, mais en fait, la vraie question serait de savoir s'il faut déjuridiciser le mariage, de n'en faire plus qu'un pacte privé, une sorte de contrat entre concubins. Mariage-contrat ou mariage institution? Personne ne semble y penser sérieusement et la plupart des auteurs en droit de la famille, font leur la belle définition donnée par le professeur Meulders-Klein: «acte de liberté engageant la liberté, acte d'une gravité quasi-religieuse, il est aussi un pacte doublement fondateur, même s'il ne dure pas toujours autant que la vie, et c'est ce qui fait sa spécificité par rapport à toute autre forme d'union».<sup>22</sup> Cependant il demeure vrai, ainsi que le souligne le professeur Hauser, que si le mariage, «derrière une stabilité apparente ponctuée de quelques arrêts solennels, donne souvent l'impression de ne pas bouger», ce n'est qu'une illusion: «Il accumule quasi génétiquement le flux du droit familial».<sup>23</sup>

Concernant le mariage lui-même, en fait, peu de modifications sont souhaitées: le rapport de la Commission Dekeuwer-Défossez propose de fixer, dans l'article 144 du Code civil, l'âge du mariage pour les filles (15 ans jour d'hui) à 18 ans comme pour les garçons; par voie de conséquence, les dispositions relatives au consentement des parents seraient presque toutes supprimées. D'autre part, les oppositions (C. civ. art. 172 et s.) émanant de la famille et devenues rarissimes disparaîtraient, seul le Ministère public, auquel on peut toujours s'adresser, conservant cette prérogative; le toilettage de quelques dispositions en matière de nullité est aussi envisagé.

Mais les réformes qui s'avèrent nécessaires concernent au plus haut chef et en premier lieu les effets du mariage, c'est-à-dire le statut matrimonial: pour ceux qui continuent à croire que le mariage est non seulement le plus fréquent, mais le meilleur procédé de fondation d'une famille, il est nécessaire d'éviter que cette forme privilégiée d'union se trouve en définitive pénalisée.

En dehors du droit civil, en matière d'imposition sur le revenu par exemple, il conviendrait sans doute, pour assurer au moins l'égalité des couples mariés avec les couples non-mariés et l'égalité des couples bi-actifs avec ceux dans lesquels un seul des époux travaille,<sup>24</sup> d'envisager par exemple l'abandon du quotient familial et la recherche d'une autre technique, par les ministères concernés, pour prendre en compte le conjoint au foyer et les enfants.

En droit civil, trois domaines méritent la réflexion du législateur: les régimes matrimoniaux, les donations entre époux et le droit successoral du conjoint survivant.

<sup>21</sup> J. Carbonnier, «Le droit entre le droit et le non droit», art. préc., p. 745.

<sup>22</sup> M.-T. Meulders-Klein, «Le démariage consensuel», *Revue des sciences morales et politiques*, 1995, p. 175.

<sup>23</sup> J. Hauser, «Glossaire des mariages de l'an 2000», *Mélanges offerts à André Colomer*, 1993, p. 190.

<sup>24</sup> J. Commaille, *Les stratégies des femmes, travail, famille et politique*, La découverte, 1993; *Misères de la famille, question d'État*, Presses de Sciences Po, 1996: 39,4 % des femmes travaillent dans l'Union européenne, 80 % chez les moins de 30 ans.

Les régimes matrimoniaux ont fait l'objet de la grande loi du 13 juillet 1975, à l'instigation du doyen Carbonnier, qui érigea en principe l'égalité entre époux, parachevée par la loi du 23 décembre 1985 quant à leurs pouvoirs de gestion et de disposition. Ces réformes nécessaires à un fonctionnement harmonieux des régimes, essentiellement du régime de communauté, qui est à plus de 90% celui des Français, ont vraiment donné satisfaction «Une communauté renforcée, une égalité confortée, tel est le sens de l'évolution du régime légal ces trente dernières années».<sup>25</sup>

Cependant, ainsi que l'a fait observer le Professeur Simler,<sup>26</sup> la gestion dite concurrente, qui donne aux deux époux les mêmes pouvoirs sur les biens communs, s'accompagne naturellement de l'engagement de la communauté par les dettes de chacun (C. civ. art. 1413). Mais depuis 1985, il est de plus en plus fréquent que chacun des époux travaille – le couple bi-actif est devenu la norme – et que, lorsqu'ils sont commerçants, artisans ou agriculteurs, la ruine de l'un entraîne la ruine de l'autre, d'une façon injuste et dramatique pour le patrimoine de la famille. Des propositions de réforme sont à l'étude. La plus claire, du côté des commercialistes, serait de décider que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou civil emporterait de plein droit séparation de biens et partage anticipé de la communauté, quitte peut-être à décider qu'après la fin de la procédure et pour l'avenir les époux reprendraient ou pourraient reprendre leur régime antérieur (V. P. Rubellin, Régimes matrimoniaux et Procédures collectives, thèse Strasbourg 1999); au civil, d'autres constructions sont mises en avant, respectueuses de l'esprit communautaire qui correspond à la mentalité de la plupart des époux; il s'agit par exemple de la communauté à gestion séparée ou de la communauté différée que propose le professeur Simler, mais il y a tant d'autres urgences que l'heure ne semble pas propice à entreprendre de telles réformes, qui figurent pourtant parmi les plus nécessaires.

Plus facile, figurant dans tous les vœux des praticiens et les propositions de lois, et souhaitée pratiquement par toute la doctrine, la suppression de l'homologation du changement de régime matrimonial (C. civ. art. 1397) ne devrait pas faire de difficultés. Nouveauté, jugée nécessaire par la loi du 13 juillet 1965 qui portait ainsi atteinte au principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux, absolu depuis 1804., s'accompagnait, comme à titre transitoire, de précautions: «Après deux années du régime matrimonial, conventionnel ou légal, les époux pourront convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier, ou même d'en changer entièrement, par un acte notarié qui sera soumis à l'homologation du tribunal de leur domicile [...]». Les nombreuses études ... menées sur l'intérêt de la famille en tant que condition du

---

<sup>25</sup> R. Le Guidec, «30 ans d'application du régime matrimonial légal», *Dr. famille*, janvier 1998, p. 4.

<sup>26</sup> P. Simler, «Pour un autre régime matrimonial légal», *L'Avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, 1998, p. 455; «Pour une révision du droit des régimes matrimoniaux», *Dr. famille*, n spécial Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 31.

changement de régime matrimonial<sup>27</sup> ont montré que finalement il est si vague qu'il n'existe pas ou, selon M. Malaurie, que la notion dépend «de la personnalité et des habitudes des juges et du Parquet; comme l'*Equity* du Chancelier anglais, elle varie avec la longueur des pieds du magistrat»<sup>28</sup>

Il faudrait sans doute intervenir à propos de la liquidation du régime: tous ceux qui ont travaillé sur la question, et notamment la Commission Jean Hauser qui réfléchissait pour la mission de recherche Droit et Justice, sur les conséquences financières de la séparation des couples, savent combien peuvent durer les liquidations de régime matrimonial, alors que rien n'est prévu aujourd'hui pour faire accélérer les propositions présentées par le notaire ou faire juger rapidement les procès-verbaux de difficultés. Il serait nécessaire d'imposer un délai pour saisir le notaire, pour que celui-ci présente rapidement son projet de liquidation, et pour contraindre les parties à vider toutes les difficultés au même moment. Le notariat n'est d'ailleurs pas hostile à cette idée, bien que par essence sa mission le conduise à éviter le contentieux et à parvenir à un accord entre les parties.

Deux questions importantes méritent une attention particulière: les donations entre époux et les droits successoraux du conjoint survivant.

Les donations entre époux sont soumises à un régime particulier qui est une séquelle du temps où presque tous les contrats entre époux étaient prohibés, parce que l'on estimait que s'unir pour fonder une famille, sous l'autorité unique du mari, qui en était le chef, était incompatible avec la vie professionnelle, qui pouvait amener mari et femme à contracter ensemble, précisément sur le pied d'égalité entre citoyens, hérité de la période révolutionnaire. Aujourd'hui, même la vente entre époux est permise, les époux peuvent librement souscrire un contrat de société ensemble, l'un peut être employé par l'autre. Cependant, les donations entre époux continuent d'être révocables (C. civ., art. 1096) et par contrecoup nulles lorsqu'elles sont déguisées (C. civ. art. 1099, al. 2), ou faites à personnes interposées (C. civ. art. 1100). Les motifs avancés pour la révocabilité ont perdu de leur pertinence: l'indépendance réelle des époux, la possibilité de divorcer relèguent aux oubliettes le temps où un mari aurait pu se faire donner la fortune de sa femme, puis maltraiter celle-ci jusqu'à la fin de ses jours; l'immutabilité des régimes matrimoniaux n'est plus un principe absolu, et l'information des tiers est à peu près assurée par les mesures de publicité – ils auraient d'ailleurs plutôt à se demander si leur débiteur est encore marié.

Le résultat inadmissible de cette révocabilité, qui subsiste après un divorce, est qu'un ex-époux peut révoquer sa propre donation, et exiger de recevoir celle de son ex-conjoint, si celui-ci est décédé sans avoir pensé à la révoquer. Pire encore: la libre révocabilité des donations entre époux est «protégée», en quelque sorte, par la nullité

---

<sup>27</sup> V. par ex. M. Gobert, «Mutabilité ou immutabilité des régimes matrimoniaux», JCP 1969, éd. G, I, 2281; J.-P. Langlade-O'Sughrie, «Pour la liberté totale de changer de régime matrimonial», JCP 1992, éd. N, p. 251

<sup>28</sup> P. Malaurie, «Changement conventionnel de régime matrimonial et suppression de l'homologation judiciaire», *Defrénois* 1998, art. 36845, p. 913).

des donations déguisées qu'ils pourraient se consentir pour tourner la règle: il arrive assez souvent qu'un époux, ou ses héritiers réservataires, dénoncent le déguisement, et invoquent la nullité. Certes, les tribunaux requalifient quand ils le peuvent cette soi-disant donation et décident qu'il s'agit d'une rémunération pour la collaboration apportée par l'épouse à la profession de son mari,<sup>29</sup> ou pour son activité dans la direction du foyer, si elle dépasse son obligation de contribuer aux charges du mariage;<sup>30</sup> Ainsi, la Cour de cassation a rejeté, le 13 mai 1998<sup>31</sup> le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Lyon pour avoir refusé de qualifier donations indirectes, donc révocables, deux assurances-décès contractées le même jour par deux époux, dont les primes étaient payées sur un compte commun, et qui étaient toutes deux gérées par la femme, la cour d'appel ayant justement constaté que «les assurances des époux étaient contractées *dans l'intérêt de la famille* et que la désignation de chaque conjoint en qualité de bénéficiaire avait pour contrepartie la désignation de l'autre». Mais l'ingéniosité de telles gymnastiques juridiques ne peut en outre, Il faut souligner que les donations entre concubins échappent, évidemment, à cette incertitude. Même si l'on accepte l'idée de l'égalité des modes de conjugalité, il est extrêmement choquant de voir les donations entre époux pénalisées, alors que les donations entre concubins, naguère considérées comme illicites et immorales sont aujourd'hui valables et irrévocables. Est-ce parce qu'il s'agit d'une matière trop technique, est-ce parce qu'il craint un recours plus fréquent au divorce s'il abrogeait la révocabilité des donations entre époux? En tout cas, le législateur français ne semble toujours pas, pour l'instant, avoir des envies de réformes sur ce point qui laisse pourtant, chaque année, bien des époux et surtout des épouses, surpris et démunis. Au parlementaire qui attirait l'attention du garde des Sceaux sur la situation des époux qui peuvent effectuer une donation ensemble, mais que chacun peut révoquer sans que l'autre soit prévenu, il a été répondu encore en 1994 que la révocabilité des donations entre époux s'expliquait «par le souci de protéger le donateur à la fois d'un éventuel acte irréfléchi de sa part et d'un abus d'influence de l'époux donataire». <sup>32</sup> s raisons avancées sont surprenantes, tant elles sont périmées. En réalité, il n'y a pas de vraies raisons au maintien de la révocabilité des donations entre époux, même pour les donations de biens à venir, qui peuvent être remplacées par le recours à des dispositions testamentaires toujours révocables.<sup>33</sup>

Cette réforme, qui ne semble pas passionner nos faiseurs de projets ou de propositions de lois, devient pourtant urgente, à peine de consacrer une inégalité

<sup>29</sup> V. par ex. Cass. 1re civ. 19 mai 1976, Bull. civ. I, n 183; .

<sup>30</sup> Cass. 1re civ. 4 mars 1980, Bull. civ. I, n 76; 28 févr. 1984, Bull. civ. I, n 78.

<sup>31</sup> Bull. civ. I, n 170; Defrénois 1998, art. 36848, p. 937, rapport P. Sargos.

<sup>32</sup> Rép. quest. écrite n 17168, JOAN 19 septembre 1994, p. 468

<sup>33</sup> Il existe une divergence dans les propositions de réformes. Certains souhaitent la suppression totale de la révocabilité – la Commission Dekeuwer-Défossez –, d'autres estimant qu'elle doit être maintenue pour les donations de biens à venir – le Congrès des Notaires de France de 1999.

insupportable entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas; en effet, s'agissant des donations entre concubins, qui, elles, sont irrévocables, puisque le concubinage n'est qu'un état de fait, et qu'elles s'analysent donc comme des donations à un tiers, elles pouvaient – et peuvent toujours en principe – être annulées pour cause illicite et immorale, lorsque la cause en est «le prix du stupre»; il y a longtemps que la jurisprudence refusait l'annulation, même demandée par l'épouse bafouée, si la libéralité était due, par exemple, à la reconnaissance des soins dispensés par la maîtresse, ou au fait que celle-ci hébergeait le mari ou l'assistait dans sa profession ou dans ses obligations. Mais le principe, quoique de plus en plus affaibli, demeurait tout de même que l'adultère, violation des devoirs du mariage, entraînait la nullité de la donation à la concubine (ou, plus rarement, au concubin) pour immoralité de la cause.

Or, par un arrêt extrêmement remarqué, le 3 février 1999, la Cour de cassation énonce, dans un attendu de principe, que «n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire»; l'attendu se retrouve dans l'arrêt rendu dans le même sens le 16 mai 2000.<sup>34</sup>

Les droits successoraux du conjoint survivant sont parmi les pans de notre Code civil, ceux qui devraient être examinés et modifiés en priorité.<sup>35</sup> Les enquêtes sociologiques qui avaient précédé la réforme des régimes matrimoniaux, à l'instigation du doyen Carbonnier, montraient que de très nombreux couples croyaient que le mariage emportait communauté universelle, c'est-à-dire que l'union des personnes entraînait l'union des biens et plus nombreux encore sont aujourd'hui ceux qui croient que le conjoint survivant hérite en première ligne, qu'il y ait ou non des enfants du mariage. La désillusion risque d'être rude: légèrement améliorée au cours du temps, la condition juridique du conjoint survivant, étranger à la famille par le sang bien que ce soit lui qui la fonde, était à l'origine et demeure très médiocre;

aujourd'hui, pour prendre l'hypothèse la plus courante, lorsque le *de cujus* laisse un époux et des enfants, l'époux n'a aucun bien en pleine propriété, et hérite d'un usufruit qui porte sur le quart de l'actif successoral (C. civ., art. 767). Il ne vient en pleine propriété, en présence d'enfants, que si ceux-ci sont tous des enfants adultérins (art. 759), car il est considéré alors comme victime de l'outrage fait au mariage. A vrai dire, cette solution transactionnelle – qui nous a valu d'être condamnés par le Conseil de l'Europe dans l'arrêt Mazurek du 1er février 2000 et se trouve de toute façon amenée à disparaître est probablement due aussi au fait que l'opinion publique aurait difficilement admis que l'enfant adultérin, n'ayant rien eu jusqu'à la loi du 3 janvier 1972, qui lui a donné une existence juridique en tant que tel, évinçât totalement le conjoint survivant. Aujourd'hui, on est plus sensible au fait que l'enfant n'a pas à payer les fautes de ses parents, ce qui explique la volonté de mettre

---

<sup>34</sup> Sur ces arrêts, et les commentaires extrêmement nombreux, V. H. Bosse-Platière, JCP G 1999, I, 160, n 1; B. Beignier, Dr. famille, mai 1999, Comm. n 54; sept. 2000, n 100 et n 102.

<sup>35</sup> J. Carbonnier, «Le droit de la famille, état d'urgence», Flexible droit, 9<sup>e</sup> éd. 1998, p. 278.

tous les enfants sur pied d'égalité et d'abolir toute discrimination fondée sur la naissance, mais on a aussi davantage conscience que les conjoints survivants, même lorsqu'ils ne sont pas en présence d'enfants adultérins, doivent avoir une vocation successorale augmentée.

On aurait cru que ce serait chose faite avec le projet n 2530, «modifiant le Code civil et relatif aux héritiers», déposé à l'Assemblée nationale le 23 décembre 1991.<sup>36</sup> Un changement de gouvernement a tout remis en question, en 1995, et le dernier changement, en sens inverse, permettait d'espérer une réforme prochaine: la France, championne des droits de l'enfant comme des droits de l'homme, ne pouvait s'offrir de mal traiter un enfant, fut-il adultérin, ni de laisser le conjoint survivant – quatre fois sur cinq l'épouse – dans un état proche du dénuement si le défunt n'a pris aucune disposition testamentaire.

Le projet de réforme de 1991 a bénéficié des nombreuses études qui avaient été faites sur la question (notamment par et pour le 84<sup>e</sup> congrès des notaires de France, «Le couple et la modernité», ainsi que de l'expérience des pays étrangers. Il a fait du conjoint survivant un héritier en rang utile et proposé que «si le défunt laisse des enfants ou des descendants, le conjoint recueille, à son choix, l'usufruit de la totalité ou la propriété du quart des biens existant au décès». C'est la première fois dans notre droit qu'était admise l'idée que le conjoint survivant devait pouvoir hériter d'une part en pleine propriété en présence d'enfants. Le projet n'a pas voulu faire du conjoint survivant un héritier réservataire,<sup>37</sup> à l'instar de certains pays étrangers, mais il institue cependant une espèce de réserve, en assurant une sorte de «minimum successorale légal» au conjoint privé de tout ou partie de ses droits successoraux par le *de cuius*.<sup>38</sup>

Il y a toujours eu de bonnes raisons pour que le projet ne soit pas discuté, moins attractif, sans doute que d'autres. Le sort de l'enfant adultérin, et l'arrêt Mazurek, ainsi que l'envie de réformer ont réveillé les ardeurs législatives.

Mais, comme certains auteurs l'ont fait remarquer avec pertinence,<sup>39</sup> la diversité des situations s'est accentuée; les unions successives se sont multipliées, certains, comme au temps de l'Édit des Secondes Noces, se remarquant avec des personnes de l'âge de leurs enfants; l'accroissement de la longévité fait que le conjoint survivant –

<sup>36</sup> En même temps que le projet 2531, qui devint finalement la loi du 8 janvier 1993 «relative à la filiation, etc ...».

<sup>37</sup> Une lettre modificative de la Chancellerie, au début 1997, en avait repris l'idée, qui a heureusement disparu avec la dissolution de l'Assemblée nationale.

<sup>38</sup> Sous le titre «De la contribution de la succession au maintien des conditions d'existence et du cadre de vie du conjoint», le projet prévoyait «La contribution est susceptible d'exécution en nature sous la forme d'un bail ou en argent, ou dans l'une et l'autre de ces deux formes». On voit que la situation n'est pas sans évoquer les conséquences de la dissolution du mariage par divorce, et que le législateur est fidèle à sa philosophie, qui est de ne pas laisser le conjoint survivant, ou le conjoint divorcé dans le besoin.

<sup>39</sup> V. notamment P. Catala, «Le problème du successoral», Dr. famille, n spécial Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 31.

en général la veuve, qui survit de dix ans en moyenne à son mari – perd, s'il l'a jamais eue, sa capacité à bien gérer son patrimoine, et que les enfants héritent lorsqu'ils sont eux même grands parents; en outre, il faut penser, bien que ce soit hasardeux, que ceux qui ont un patrimoine important et aiment toujours leur conjoint – sans quoi ils le quitteraient – peuvent prendre des dispositions testamentaires.

Aussi existe-il d'assez grandes divergences sur la place idéale du conjoint survivant, et sur le rang qu'il convient de lui accorder.

En présence de descendants, le droit positif n'accorde au conjoint survivant qu'un quart en usufruit, à moins qu'il ne soit en présence d'enfants adultérins, auquel cas, jusqu'à l'arrêt Mazurek, il prenait la moitié du patrimoine du défunt en pleine propriété (depuis, c'est l'incertitude, en attendant le vote de la loi qui, à coup sûr, ramènera l'égalité entre les enfants, et unifiera leur situation successorale. Le projet de 1991 ouvre une option au conjoint, entre le quart en pleine propriété et l'usufruit de la totalité, quel que soit le nombre d'enfants; la Commission Dekeuwer-Défossez proposait de ne pas ouvrir d'option, d'augmenter l'usufruit jusqu'à la totalité, laissant à chaque descendant, de quelque lit qu'il soit, le droit d'exiger sa part de réserve contre l'abandon de son droit dans la quotité disponible.

La proposition de loi déposée le 17 janvier 2001 et votée à l'unanimité en première lecture par l'Assemblée nationale le 8 février<sup>40</sup> supprime elle aussi l'option, et attribue au conjoint survivant le 1/4 en pleine propriété; une proposition de loi déposée le 31 janvier par un Sénateur<sup>41</sup> reprend, sur ce point, la solution de la Commission Dekeuwer-Défossez.

Entre l'usufruit universel, qui risque de faire des nu-proPRIÉTAIRES à vie, lorsque le conjoint survivant est très jeune, avec des conflits inéluctables lorsqu'il s'y a pas que des enfants communs, et le quart en pleine propriété, qui risque d'obérer lourdement, dans les petits patrimoines, ce que les enfants recevront du défunt, sans vraiment satisfaire les besoins du conjoint survivant, la suggestion du professeur Catala,<sup>42</sup> l'un des auteurs, avec le doyen Carbonnier, de la rédaction du projet de 1991, pourrait être la voie moyenne satisfaisante: en présence d'enfants seulement communs, le conjoint aurait à choisir entre le 1/4 en pleine propriété et l'usufruit en totalité; si le de cujus avait des enfants d'autres lits, l'option disparaîtrait, le conjoint bénéficiant seulement du 1/4 en pleine propriété.

Il faut ajouter que dans presque tous les projets ou propositions de lois, des

---

<sup>40</sup> Proposition de loi (n 2867) «relative aux droits du conjoint survivant», présentée par M. le député Vidalies *et alii*, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 17 janvier 2000 et adoptée en première lecture le 8 février 2001.

<sup>41</sup> Proposition de loi «visant à améliorer les droits et les conditions d'existence des conjoints survivants et à instaurer dans le Code civil une égalité successorale entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou adultérins», présentée par M. le sénateur About, Sénat, n 211, annexe au procès-verbal de la séance du 31 janvier 2001.

<sup>42</sup> P. Catala, «Le problème du droit successoral», préc.; (ou: Dr. famille, n spécial Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 34); Pour une réforme des successions, Rép. Defrénois 1999, p. 449.

dispositions règlent la question de ce que l'on a appelé, après le projet de 1991 «le minimum successoral garanti», c'est-à-dire la subsistance et le maintien du conjoint survivant dans le logement, ce qui, pour l'immense majorité des Français, dont le patrimoine se compose d'un logement, du mobilier et de quelques liquidités, correspond dans les petites successions, à l'équivalent d'un usufruit total, sans les inconvénients de ce dernier.<sup>43</sup>

En l'absence de descendants, le droit actuel ne donne qu'un usufruit sur la moitié de la succession, lorsque le défunt laisse des ascendants ou des frères et surs (C. civ. art. 767); mais, solution de rattrapage inventée au cours de l'évolution des droits du CS, si ces héritiers dits de deuxième ordre n'existent que dans la ligne paternelle ou maternelle, le conjoint prend la part de la ligne manquante, c'est-à-dire la moitié en pleine propriété (C. civ., art. 767); Les résultats sont évidemment aléatoires.

Aujourd'hui, le resserrement des liens de couple et la prévalence de l'affection sur les liens du sang ont conduit à faire l'unanimité sur la solution la plus opportune en l'absence de descendants, mais en présence des père et mère du défunt: le projet de 1991 offre une option au conjoint survivant en présence du second ordre d'héritiers (ascendants, quels qu'ils soient, et frères et surs): la moitié en pleine propriété ou la totalité en usufruit; la proposition de loi votée par l'Assemblée nationale supprime l'option, donne au conjoint survivant la moitié en pleine propriété en présence des deux parents, les trois quarts si l'un d'eux est prédécédé.

Dans plusieurs propositions de réforme, notamment celles du Congrès des notaires de France en 1999 et celles de la Commission Dekeuwer-Défossez), il est question de l'exclusion totale par le CS des collatéraux privilégiés et des ascendants plus éloignés, ce qui n'emporte pas l'adhésion de tous: lorsque le *de cujus* laisse un grand-père et son conjoint, est-il vraiment opportun – et moral – de renvoyer à la charge de la collectivité nationale, et dans quelles conditions, l'auteur de l'un de ceux qui vous ont donné le jour, alors que, observe le professeur Catala, un droit alimentaire contre la succession ou un usufruit, qui n'est pas appelé à durer très longtemps, ne seraient pas une lourde charge?<sup>44</sup>

La réforme des droits du conjoint survivant devrait prendre rapidement sa forme définitive et entrer rapidement en application. Le jour où elle sera votée, elle redonnera au mariage une caractéristique de poids par rapport à cette autre forme de conjugalité qu'est le concubinage; en attendant, il convient de rappeler qu'en matière fiscale, le législateur favorise la famille fondée sur le mariage, en ce sens qu'en matière de libéralités et de droits de succession, un abattement de 500 000 francs est applicable entre époux, les fractions suivantes étant taxées progressivement; il n'en va pas ainsi pour les personnes vivant en concubinage qui, étrangères l'une à l'autre,

---

<sup>43</sup> J. Combret, Actes du Congrès des Notaires «Demain La famille ?», Marseille, 1999. Ainsi serait réglée une autre question, celle d'une éventuelle réserve du CS, (quotité abstraite et intangible, qui risquerait d'être tantôt inutile, tantôt insuffisante).

<sup>44</sup> La proposition votée par l'Assemblée nationale prévoit en ce cas pour les ascendants ordinaires une créance d'aliments contre la succession.

subissent les droits de succession applicables entre étrangers, c'est à dire 60%, du moins si elles ne contractent pas un PACS, qui offre à ses signataires un abattement de 375 000 francs (CGI, art. 779).

## **Le Divorce**

C'est le divorce qui est le point de mire de tous les réformateurs: peut-être, comme le disait le doyen Carbonnier, parce qu'en matière de divorce chacun se sent compétence, peut-être parce qu'il concerne chaque année presque 500 000 individus, sans doute aussi parce que la belle loi du 11 juillet 1975 qui constitue toujours le droit positif, a mal vieilli en face des évolutions de la société. Cette loi, «portant réforme du divorce» a crée, à côté du divorce pour faute jusque là seul existant, des divorces par consentement mutuel (divorce sur demande conjointe et divorce sur demande acceptée) et des divorces-faillites (divorce pour rupture de la vie commune et divorce pour altération grave des facultés mentales). Le droit du divorce est resté identique, depuis lors, quant aux règles de fond, si l'on excepte le sort de l'enfant après le divorce, qui a fait l'objet de retouches postérieures, et la loi du 8 janvier 1993, instaurant pour rassembler les contentieux familiaux<sup>45</sup> le juge aux affaires familiales, qui a confié à ce dernier le soin de prononcer seul le divorce, dans tous les cas, sauf s'il estime nécessaire de juger en collégialité, ou si les divorçants le demandent, ce qui semble être le cas dans les divorces conflictuels. Le fait que le JAF soit devenu, comme on le dit souvent, le «juge de tous les divorces» est un heureux changement: le même juge instruisant la procédure, statuant sur les mesures provisoires (qui sont souvent entérinées et deviennent sans changement les mesures accessoires) et prononçant désormais le divorce est à même de conseiller éventuellement la forme de divorce qui lui paraîtrait la meilleure pour les parties, et l'on pourrait exaucer sans difficulté le vu de ceux qui pensent le choix du type de divorce devrait intervenir.

Pour le reste, en instaurant une telle diversité des cas de divorce, la réforme de 1975 avait atteint son but: introduire un divorce par consentement mutuel pour ceux qui sont capables de s'entendre pour divorcer, soit en réglant totalement les conséquences du divorce, soit en laissant dans une seconde phase contentieuse au juge le soin de le faire; permettre de recouvrer sa liberté matrimoniale à celui qui accepte d'assumer les charges et de rester entièrement tenu du devoir de secours vis-à-vis de son ex-conjoint, enfin, maintenir le divorce pour faute pour ceux qui ne se résignent pas à voir dans l'engagement souscrit au moment du mariage un contrat d'où l'on peut sortir, ou presque, de sa seule volonté. Nombreux sont en effet ceux

---

<sup>45</sup> Le JAF est désormais compétent pour tout le contentieux de obligations alimentaires et tout le contentieux de l'autorité parentale.

pour qui le divorce-sanction a encore un sens.<sup>46</sup> Selon l'annuaire statistique de la justice, en 1996 sur 117 716 divorces prononcés, il y a eu 49 463 divorces sur requête conjointe et 15 876 divorces sur demande acceptée; 75 divorces pour altération des facultés mentales; 1 708 pour séparation de fait; 50 490 divorces pour faute. La durée de la procédure a plutôt tendance à s'allonger: 9 mois, 6 en moyenne pour le divorce sur requête conjointe; 12 mois, 6 pour le divorce sur demande acceptée; 15 mois, 4 pour les divorces pour rupture de la vie commune; 16 mois, 4 pour le divorce pour faute, et ce ne sont là que des moyennes. Les espoirs de rapidité ont été déçus, mais il serait regrettable de céder à l'envie de simplification, et, pour s'aligner sur d'autres pays d'Europe, de supprimer la variété des cas de divorce, qui correspond aux diverses conceptions du mariage que se font nos concitoyens, ou, à l'inverse, d'ajouter un nouveau cas de divorce devant l'officier d'état civil, comme pour se marier.

Le divorce sans juge. C'est le divorce dont rêvent ceux qui trouvent que le divorce actuel fait la part trop belle aux femmes, ceux qui croient au miracle des époux parfaitement d'accord et parfaitement aptes à régler leurs difficultés, et le partage de leurs biens, les magistrats harassés par une surcharge de travail, et ceux qui nous gouvernent et pensent aux économies budgétaires. Mais ils négligent le fait que l'officier d'état civil, en célébrant le mariage, fait entrer les époux dans une condition particulière, l'état matrimonial, qui s'impose à eux immédiatement, et tant qu'ils ont le statut de gens mariés, tandis que le divorce, c'est la rupture du statut, dont il faut bien en régler les causes et apprécier les conséquences: sinon l'état d'époux n'aurait aucun sens, et ne se différencierait pas beaucoup de l'état de concubins. Le divorce prononcé sur simple déclaration, devant le maire ou devant le juge fragiliserait l'institution du mariage que l'État a pour mission de protéger; il faut du temps et de la réflexion avant d'officialiser une séparation, et l'État, par l'intermédiaire du juge et de l'avocat se doit de veiller à la protection du plus faible, c'est-à-dire, dans la plupart des cas, de la femme et des enfants. L'argument du coût du divorce témoigne d'une méconnaissance profonde de la réalité des situations: la justice est gratuite, et l'aide juridictionnelle, totale ou partielle, permet à ceux qui n'en n'ont pas les moyens d'obtenir l'assistance d'un avocat,<sup>47</sup> qui leur serait d'ailleurs bien nécessaire toutes les fois qu'après un divorce sur simple déclaration surgirait, fatalement, un conflit à propos des biens. La plupart des juristes se sont montrés hostiles à cette forme de divorce, repoussée également par la Commission Dekeuwer-Défossez, elle a ressurgi récemment, en même temps que celle de la suppression du divorce pour faute, et le maintien des seuls divorces pour cause objectives et par consentement mutuel. On ne sait ce qu'il en adviendra.

---

<sup>46</sup> Le *vrai* consentement au divorce ne sera certainement pas recueilli par le maire ou l'un de ses adjoints, à moins qu'ils ne soient juristes, et ne craignent pas de mécontenter l'un de leurs électeurs: il n'y a pas eu beaucoup d'enthousiasme chez les premiers magistrats des communes . . .

<sup>47</sup> Elle est très importante en France, V. Statistique de la Justice, éd. 1998, p. 236 et s.

Dès qu'il a été question de réformer le divorce, les propositions ont été fort nombreuses; en ce qui concerne les cas, elles vont toutes dans le même sens, celui d'une simplification, les précautions et les garde-fous qui entouraient l'institution en 1975 n'ayant véritablement plus lieu d'être

Le divorce sur requête conjointe (C. civ. art. 230), sur lequel on avait fondé beaucoup d'espoirs, s'est avéré finalement assez décevant: il est d'abord très lent, et met l'un des époux à la merci de l'autre s'il change d'avis et refuse de revenir devant le juge, puisque toute la procédure tombe, ce qui est d'autant plus grave aujourd'hui, où les délais sont devenus excessifs.

Certes, il ne convient pas de rendre ce divorce trop expéditif, car certains couples trop vifs pourraient bien se retrouver divorcés sans l'avoir réellement voulu; il serait opportun de suivre l'avis du rapport Coulon,<sup>48</sup> et de supprimer l'une des deux audiences, lorsque le juge estime que la convention qui lui est présentée mérite l'homologation sans plus tarder, et à condition que les parties soient représentées par deux avocats différents, ce qui, en tout cas dans de nombreux barreaux de province, est la règle générale. La commission de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris propose encore plus judicieusement, que les époux, d'un commun accord exprimé dans leur requête initiale, demandent au juge de procéder en une seule comparution, en les dispensant du délai de trois mois de l'article 231 du Code civil: le juge garderait ainsi le choix entre les deux formules.

Mais le défaut le plus grave de ce divorce conventionnel est que, par crainte de voir renaître des litiges après le prononcé du divorce, la Cour de cassation a décidé que la convention homologuée faisait corps avec le jugement de divorce, et a tiré de cette «indésirable indivisibilité»<sup>49</sup> le refus d'admettre une action en justice pour lésion, omission d'un bien, ou encore fraude de l'un des époux.<sup>50</sup> Il est nécessaire pour ramener la convention homologuée dans le droit commun des conventions, avec les recours habituels, faute de quoi la désaffection des justiciables ira grandissante envers ce type de divorce, qui représente pourtant celui qui est le plus près de la moins mauvaise solution: que les divorçants assument leur séparation.

Le divorce demandé par l'un des époux et accepté par l'autre (C. civ., art. 233), plus justement nommé par le doyen Carbonnier «divorce sur double aveu» présente beaucoup d'avantages: d'abord, les divorçants n'ont pas à être d'accord sur tout, comme dans le divorce sur requête conjointe: ils sont seulement d'accord sur la nécessité de la séparation, et pourront plaider, au contentieux, sur ses conséquences, pour que le juge statue; ensuite, le juge ne peut se montrer trop directif et refuser le divorce, comme en matière de requête conjointe; mais surtout, une fois la première

---

<sup>48</sup> J.-M. Coulon, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997.

<sup>49</sup> A. Tisserand, «L'indésirable indivisibilité du divorce sur demande conjointe», *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, 1991, p.498.

<sup>50</sup> Depuis Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 mai 1987 (Bull. civ. II, n 102), la jurisprudence n'a pas varié: V. «Le contentieux suscité par la convention définitive dans le divorce sur requête conjointe», chron. Droit de la famille, JCP 1997, I, 4045.

phase terminée, le principe est acquis,<sup>51</sup> et l'un des époux n'est plus à la merci de l'autre qui ne voudrait plus divorcer. Ce sont les raisons principales pour lesquelles, dans certaines villes, ce type de divorce est préféré au divorce sur demande conjointe, même lorsque les époux sont d'accord sur le principe de la séparation et sur ses conséquences.

Les réformes proposées vont de la suppression de ce type de divorce et de son unification avec le divorce sur requête conjointe à un allègement de la procédure, permettant aux époux d'introduire leur demande ensemble, et d'être dispensés du mémoire (C. pr. civ., art. 1129 et s.), qui allonge parfois inutilement le délai.

Les divorces pour rupture de la vie commune sont des divorces pour cause objective, qui n'ont été acceptés qu'avec réticence, car pour certains ils constituaient une véritable répudiation. Or le divorce pour séparation de fait de plus de six ans, qui avait fait parler de «bigamie sociale» est aujourd'hui devenu un cas de divorce résiduel, dont on peut dire qu'il a été beaucoup utilisé au lendemain de la loi, mais ne l'est plus guère que dans les cas où celui contre lequel le divorce est demandé s'«obstine» à ne pas demander le divorce, pour ne pas rendre sa liberté matrimoniale au conjoint – ce qui expliquerait la proportion élevée de demandes féminines (42%).

La clause de dureté de l'article 240 du Code civil, qui a pour but d'éviter l'automatisme du divorce lorsque les conditions en sont réunies, est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond; dans 95 % des cas, elle est invoquée par la femme souvent 'épouse délaissée qui veut par dessus tout empêcher le remariage de son conjoint; elle est très rarement retenue;<sup>52</sup> la crainte de voir les juges, dans leur pouvoir souverain, interpréter différemment la clause selon leurs croyances ou leurs convictions s'est avérée sans fondement: la jurisprudence est uniforme.

Aujourd'hui, où l'on se soucie peu de vivre en concubinage, même adultérin, ce divorce est rarement demandé, parce qu'il est très lourd dans ses conséquences. Certains voudraient qu'on le supprime, d'autres qu'on le maintienne en lui donnant un caractère plus objectif; la plupart souhaite une réduction du délai de six ans à trois ans; quelques uns souhaiteraient que la pension alimentaire soit remplacée par une prestation compensatoire, comme dans les autres divorces, ce qui effacerait au moins le sentiment d'injustice et d'amertume du conjoint divorcé contre son gré, qui ne comprend pas pourquoi il n'a pas la sécurité que confère la prestation compensatoire. Mais alors, pour respecter la philosophie du divorce pour rupture de la vie commune, il paraîtrait nécessaire de ressusciter dans sa teneur initiale le

<sup>51</sup> V. encore Cass. 2<sup>e</sup> civ. 15 janv. 1997 (Bull. civ. II, n 9).

<sup>52</sup> Les motifs retenus sont à peu près toujours les mêmes: l'aggravation d'un état de santé déjà déficent, V. par ex. Grenoble, 12 sept 1994 (aggravation de l'état dépressif, avec risque suicidaire aigu, *Juris-Data* n 046064); Paris, 2 juin 1993, (équilibre psychologique fragile de l'épouse âgée de 72 ans, *Juris-Data* n 022413); Bordeaux, 9 mars 1994, risque d'un choc psychologique pouvant provoquer des séquelles irréversibles, *Juris-Data* n 040872). Les convictions religieuses sont la plupart du temps écartées, sauf circonstances exceptionnelles (V. par ex. le fait que la femme soit catéchiste, joint à 40 ans de mariage (Metz, 28 avr. 1992, *Juris-Data* n 047947)

texte du doyen Carbonnier, qui proposait «de garder, au moins à l'arrière-plan, en renfort de la maintenance, la technique actuelle de la pension alimentaire essentiellement variable, sur le fondement rationnel d'un maintien du devoir de secours au profit du défendeur».<sup>53</sup>

Le divorce pour faute a suscité une abondante jurisprudence caractérisée par deux traits essentiels: d'abord, l'adultère n'étant plus une cause péremptoire de divorce, les tribunaux ont assez souvent à apprécier les circonstances dans lesquelles il a été commis et à rejeter la demande.<sup>54</sup> Ensuite, depuis quelque temps, la Cour de cassation exerçait un contrôle très rigoureux sur la double condition posée à l'article 242 du Code civil, et sanctionnait impitoyablement les décisions qui n'avaient pas précisé en quoi les fautes retenues rendaient intolérables le maintien de la vie commune et constituaient une violation grave ou renouvelée des devoirs du mariage. Cette attitude de la Cour de cassation, qui naguère abandonnait à l'appréciation souveraine des juges du fond le contrôle de la double condition de l'article 242 correspond sans doute au souci de lutter contre un divorce convenu entre les parties et dissimulé sous un divorce pour faute; le pluralisme des cas de divorce devrait maintenir la pureté du divorce pour faute<sup>55</sup> et éviter ainsi le glissement vers un divorce général pour cause objective.

Pendant, dans trois arrêts rendus le 16 et le 30 novembre 2000<sup>56</sup> a repris son affirmation traditionnelle du pouvoir souverain d'appréciation par la Cour d'appel; ce revirement remarqué par la doctrine s'accompagne toutefois de l'affirmation que la Cour de cassation entend toujours vérifier si les faits invoqués répondent à la double condition exigée par le texte. Il se pourrait donc que la Cour abandonne simplement son contrôle formel, une fois le coup de semonce donné, qui avait eu pour conséquence navrante de maintenir des divorçants dans les liens du mariage, alors qu'il était avéré que l'un d'eux était l'auteur de violences sur l'autre, ou entretenait une liaison injurieuse.<sup>57</sup>

Si l'on examine la jurisprudence relative à la faute, on s'aperçoit que la plupart des manquements aux obligations conjugales invoqués sont graves: adultère, ivrognerie et violences familiales, outre quelques fautes particulières qui montrent un certain désintérêt pour la famille, telles qu'une passion immodérée pour l'informatique ou pour la restauration d'un bateau. La suppression du divorce pour faute, et son remplacement par un divorce pour cause objective ne paraissent pas souhaitables il y

---

<sup>53</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, p. 154.

<sup>54</sup> V. H. Bosse-Platière, chron. Dr. famille, JCP 1998, I, 101: par exemple, lorsque la liaison reprochée à l'un des époux est postérieure à la liaison de l'autre (Grenoble, 30 avr. 1996), ou encore parce que les deux époux se conduisaient aussi mal l'un que l'autre, et toléraient leurs adultères respectifs (Bordeaux, 19 déc. 1996)

<sup>55</sup> Cornu, Cours de droit civil, Les cours de droit, 1976, p. 91.

<sup>56</sup> Cass. 2e civ., 16 nov. 2000 et 30 nov. 2000 (deux arrêts), Dr. famille, fév. 2001, comm. n 16, obs. H. Lécuyer.

<sup>57</sup> V. par ex. Cass. civ. 22 janv. 1997, 12 mars 1997, 29 avril 1997, JCP 1997, I, 4045, obs. H. Bosse-Platière.

a encore beaucoup de nos concitoyens qui sont attachés à la valeur du mariage, et ne veulent pas le voir réduit à un contrat à durée indéterminée.

La prestation compensatoire. Pris dans ce tourbillon d'idées réformatrices, le gouvernement tardait à entamer une réforme globale du divorce; mais les conséquences du divorce – spécialement au regard de la prestation compensatoire – étaient devenues si injustes que le Sénat, comprenant qu'il ne fallait attendre la réforme promise ni du droit de la famille, ni seulement du droit du divorce, avait voté une proposition de loi le 25 février 1998 «relative à la prestation compensatoire en matière de divorce».

Ce sont essentiellement le caractère forfaitaire de la prestation compensatoire et l'impossibilité de demander au juge d'après le divorce une augmentation ou une diminution, sauf en cas d'exceptionnelle gravité (art. 273 du Code civil) qui se trouvaient critiqués.<sup>58</sup>

La prestation compensatoire, «destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives des époux», ainsi que l'énonce l'article 271 du Code civil, fut une innovation de la loi de 1975. Pour rompre avec la situation antérieure, et éviter tout contentieux à retardement, le principe était posé d'une prestation à caractère forfaitaire, fixée une fois pour toute, au jour de la dissolution du mariage, et versée si possible en capital. La règle est dure: selon l'article 273, aucune révision n'était envisagée, «même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties». Mais elle était tempérée par une sorte de clause de dureté: la révision devenait possible «si son absence devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité»; les tribunaux ont toujours eu une attitude extrêmement restrictive, conformément au vu du législateur.<sup>59</sup>

Le principe de l'attribution était – et est toujours – de la prestation en capital; ce n'est qu'à défaut de capital que la prestation devrait prendre la forme d'une rente, selon l'article 276. Cependant, la loi n'a pas été appliquée correctement: le créancier préférerait une rente, pour ne pas manquer de ressources après avoir épuisé son capital, le débiteur trouvait le paiement de la rente moins lourde à supporter que le capital, et «les tribunaux retrouvaient avec plaisir l'image familière de la pension alimentaire». <sup>60</sup> C'est pourquoi, dans les premières années, la loi de 1975 avait été appliquée sans beaucoup tenir compte des directives du nouveau texte, ni sur la

---

<sup>58</sup> V. par ex. A. Bénabent, «Assainir l'après-divorce», *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, PUS/LITEC, 1991, p. 19; «Quelques réformes en matière de divorce», D. 1997, p. 225. V. notamment A. Bénabent, Plaidoyer pour quelques réformes du divorce, D. 1997, chron. p. 225; J. Hauser, Les conséquences financières de la séparation des couples, GIP Mission droit et justice, 1997).

<sup>59</sup> Sont pris en compte le chômage, mais non la diminution de ressources dues à la retraite, qui était prévisible; la survenance d'une maladie ou d'un accident empêchant toute activité, mais non la liquidation judiciaire lorsque le débiteur a la perspective de retrouver rapidement un autre emploi ou refuse de donner des informations sur ses revenus actuels.

<sup>60</sup> J. Carbonnier, Droit civil, La famille, n 176.

forme que devait prendre la prestation ni sur la prééminence du capital;<sup>61</sup> il se trouvait, plus de vingt ans après la loi de 1975, des débiteurs qui depuis janvier 1976, payaient les mensualités d'une rente viagère, régulièrement réévalués pour tenir compte de l'indexation, et leur situation était d'autant plus difficile et injuste que la jurisprudence appliquait avec rigueur l'interdiction de révision sauf exceptionnelle gravité dans les conséquences du divorce, ce qui évidemment signifie que l'ex-époux débiteur ne peut jamais invoquer l'amélioration substantielle des relations de l'ex-époux créancier.<sup>62</sup>

La proposition votée par le Sénat était exemplaire, améliorant sans bouleverser les règles existantes, elle ouvrait la révision, aussi bien au créancier qu'au débiteur et aux héritiers de ce dernier, en cas de changement substantiel aussi bien dans les ressources que dans les besoins des parties; elle donnait à chacun des ex-époux la possibilité de demander la conversion en capital de la rente précédemment fixée; elle décidait même expressément que si le débiteur décédait avant la date d'expiration du délai de la fin de la rente, la charge de celle-ci prenait fin; elle récrivait l'alinéa 1er de l'article 276-1 pour rappeler que la rente peut être cautionnée dans sa durée, permettait l'attribution d'un bien en pleine propriété comme modalité d'exécution d'un bien en capital, et étendait la liste des garanties qui peuvent être imposées.

On pouvait d'autant plus s'attendre à ce que l'Assemblée nationale adopte la proposition de loi votée par le Sénat que les tribunaux avaient depuis longtemps modifié leur jurisprudence et assez bien répondu aux vœux du législateur: la prestation compensatoire concerne à peu près 400 000 débiteurs (masculins à 98%); (20% des jugements actuels comportent une prestation en capital; 61% en rentes, le plus souvent temporaires, mais parfois viagères lorsque la santé ou l'âge de l'épouse l'imposent (31% sont versées à vie, soit 3336 décisions, source: Rapport «Le divorce en 1996», Ministère de la Justice, SDESD, 1999).

Or, contre toute attente, l'Assemblée Nationale, peut-être enfin – et un peu tard – convaincue du bien-fondé des reproches adressés par toute la doctrine et les praticiens au système mis sur pied en 1975, a décidé ... de supprimer les rentes temporaires, de permettre à titre exceptionnel les rentes viagères, de ne conserver, pratiquement, que la prestation en capital ... en permettant toutefois son échelonnement dans le temps; le plus surprenant est que le Sénat s'est incliné.

Le moins qu'on puisse dire est que la loi du 30 juin 2000 a peut-être été votée à

---

<sup>61</sup> V. par ex. J. Rubellin – Devichi, «Réforme de la prestation compensatoire, étape n2», JCP G 2000, n12, act. p. 507.

<sup>62</sup> Ainsi, que le débiteur d'une rente modeste devienne très riche, il ne devait pas plus que ce qui avait été fixé au moment du divorce; que le créancier acquière une immense fortune (par exemple en gagnant au loto)n'empêche pas que l'époux débiteur doive continuer à verser la prestation sous forme de rente tant qu'elle est due, et souvent jusqu'à la mort du créancier; l'exemple célèbre est celui de l'ex-époux condamné à verser une prestation compensatoire, puis renvoyé de son travail après que son ex-épouse eut convolé avec le chef de son entreprise, qui doit continuer à verser les arrérages de la rente

l'unanimité, mais qu'elle a fait l'unanimité contre elle.<sup>63</sup> Il restera, une fois de plus, à la jurisprudence de la rendre viable, et peut-être au législateur, qui semble se décider à mettre sur le chantier une réforme globale du divorce,<sup>64</sup> d'en gommer les aspérités ...

## Les Concubinages

Aujourd'hui, le couple de concubins est entré dans la vie sociale, il est reconnu, au grand jour, comme une forme à part entière de conjugalité, et même comme un couple fondateur d'une famille, du moins s'il y a des enfants – des deux ou de l'un ou l'autre – et s'il s'agit d'un concubinage hétérosexuel, le couple homosexuel n'ayant accédé à de concubins que tout récemment, par la loi du 15 novembre 1999.<sup>65</sup>

Le concubinage homosexuel commence à être reconnu comme un mode de vie qui ne doit pas faire l'objet d'exclusion; l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce que «toute personne a droit au respect de sa vie privé et familiale» serait assurément invoqué avec succès devant nos tribunaux: dans l'affaire, célèbre en France, du licenciement de l'aide-sacristain de Saint-Nicolas du Chardonnet, renvoyé pour sa séropositivité et son homosexualité, la Cour de cassation, a censuré l'arrêt d'appel «pour avoir mis en cause les murs du salarié sans avoir constaté d'agissements de ce dernier ayant créé un trouble caractérisé au sein

---

<sup>63</sup> V. par ex: A. Bénabent, «Prestation compensatoire: la révision de dupes ?», D. 2000, n17, point de vue p. V; H. Bosse-Platière, «La réforme de la prestation compensatoire. Premières applications», JCP G, 2001, I, 193, n 03; M. Brazier, «La prestation compensatoire de l'an 2000», Gaz. Pal., 10-12 sept. 2000, p. 7 et s; H. Lécuyer, «La loi n2000 – 596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Étude de droit civil», Dr. famille sept. 2000, chron. n17; J. Massip, «Divorce: la réforme des prestations compensatoires», Defrénois 2000, p. 1329; H. Poivey – Leclercq, «Observations d'un praticien sur la réforme de la prestation compensatoire», RJPF sept. et oct. 2000, p. 6 et s.; J. Rochfeld, «Loi n2000 – 596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce», RTD civ. 2000, p. 907; J. Rubellin – Devichi, «Réforme de la prestation compensatoire, étape n2», JCP G 2000, n12, acte. p. 507; J. – B. Seube, «Dans l'ombre de la loi sur les prestations compensatoires: insuffisances, incertitudes, incohérences, paradoxes, effets pervers», Dr. famille nov. 2000, chron. n20; S. Thouret, «Les conséquences pratiques de la loi n2000 – 596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce», Août-sept. 2000, chron. n10; J. Vasseaux, «La réforme de la prestation compensatoire par la loi n2000-586 du 30 juin 2000», JCP N 2000, p. 1759).

<sup>64</sup> V. H. Lécuyer, «La question du divorce», Dr. famille, n spécial Perspectives de réformes en droit de la famille, déc. 2000, p. 34.

<sup>65</sup> La loi du 15 novembre 1999 «relative au pacte civil de solidarité» a introduit dans le Code civil un article 515-8: «Le concubinage est une union de fait, caractérisé 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»

de l'association», et la cour de renvoi a considéré que le motif était tiré uniquement de la vie privée du salarié, dont les agissements en dehors de l'entreprise relevaient de l'exercice de ses libertés.<sup>66</sup> Les tribunaux français n'ont par ailleurs aucune réticence à indemniser le survivant lorsque l'autre membre du couple décède par la faute d'un tiers; un tribunal a même calculé le montant du préjudice en faisant «application des mêmes principes que ceux qui dictent la détermination du préjudice d'un conjoint survivant»,<sup>67</sup> du fait de la stabilité et de la fidélité des relations existant au moment du décès entre les deux concubines.

En tout cas, aux couples mariés s'opposent désormais: les concubins hétéro ou homosexuels qui répondent à la définition de l'article 515-8 du Code civil, les concubins ayant une vie commune ni stable ni continue ou ne vivant pas ensemble, qui échappent à la définition du même texte, et qui bénéficieront sans doute des avantages qui leur étaient jusque là accordés, les couples hétérosexuels partenaires d'un PACS et enfin les couples homosexuels aussi partenaires d'un PACS. Dans un souci de clarification, il convient de suivre l'évolution chronologique, et de distinguer successivement le concubinage ordinaire, le concubinage homosexuel et le PACS.

Le concubinage ordinaire – A l'évidence, la reconnaissance, par la société elle-même, de la coexistence des diverses formes de conjugalité, et la disparition de la réprobation qui entourait ceux qui ne fondent pas leur famille sur le mariage, reposent sur des raisons très complexes; parmi elles, fort probablement, la neutralité croissante de l'État, qui, comme le souligne Jacques Commaille, «tend en fait à instaurer une sorte d'indifférenciation des statuts juridiques quel que soit le mode de constitution du couple»,<sup>68</sup> mais aussi, la maîtrise totale de la procréation, qui fait que l'enfant né hors mariage ne peut plus être considéré comme la punition de l'inconduite de sa mère, et l'existence du divorce, qui rend la séparation aussi facile – mais toujours aussi douloureuse – aux couples mariés qu'aux couples qui ne le sont pas.

Il faut ajouter l'effet du nombre: il y a aujourd'hui plus de deux millions de couples non mariés sur les dix millions de couples existants, ce qui représenterait 20% contre 3,6% en 1975.<sup>69</sup> Surtout, ces concubinages modernes sont fondateurs d'une famille:

Sur les 778 900 naissances de l'an 2000, près de 40 % sont des naissances hors mariage, contre 6,8% en 1970); l y a de plus en plus d'enfants chez les

<sup>66</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 avr. 1991, JCP 1991, II, 21724, note A. Sériaux, et sur renvoi, Paris, 22 janv. 1992, IR, p. 125.

<sup>67</sup> TGI Belfort, 25 juillet 1995, chron. Droit de la famille, JCP 1996, I, 3903, n 3.

<sup>68</sup> J. Commaille, «Nouvelle légalité et mode d'analyse des comportements familiaux», Colloque INED préc., p. 40; V. aussi «La régulation politique de la famille», *La famille, l'état des savoirs*, sous la direction de F. de Singly, éd. La découverte, 1991, p. 265; *L'esprit sociologique des lois (Essai de sociologie politique du droit)*, PUF, 1994 coll. Droit, Éthique et Société.

<sup>69</sup> G. Desplanques et M. de Saboulin, «Les familles aujourd'hui», *Données sociales 1990*, p. 276.

cohabitants qui ne ressentent plus la nécessité de se marier pour élever un ou plusieurs enfants. Même s'il y a encore assurément beaucoup de naissances d'enfant légitimes qui sont le fruit d'un concubinage antérieur de leurs parents, le nombre élevé des enfants naturels et qui le restent est dû sans doute, outre l'évolution des mentalités, aux lois du 22 juillet 1987 et du 8 janvier 1993: les enfants ne souffrent plus du choix de mode de conjugalité de leurs parents.

Un phénomène récent marquant est aussi que le volume du contentieux relatif au concubinage s'est considérablement accru, peut-être parce que les intéressés eux-mêmes, reconnus par le législateur et par la société, ne tiennent plus leur union ou leur désunion dans la zone du non-droit.

Que le concubinage soit désormais défini dans le Code civil ne change rien à sa nature – il reste du domaine du fait – ni aux règles qui lui sont applicables.

Le principe est toujours que le concubinage ne produit aucun effet, et en particulier, que les dispositions écrites pour les époux ne sont pas applicables aux concubins; les juges ont à dire de plus en plus souvent que la rupture reste libre, et ne peut ouvrir un droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif: la Cour de cassation censure les juridictions qui l'oublient;<sup>70</sup> la Cour d'appel de Colmar, pour attribuer 50 000 francs de dommages et intérêts au titre de la réparation du préjudice moral relève soigneusement «que la rupture a été brutale et soudaine, après près de 6 ans de liaison dont trois de concubinage avec promesse de mariage, sans dialogue préalable, et qu'elle s'est matérialisée par le déménagement des affaires personnelles sans préavis et en l'absence du concubin»;<sup>71</sup> La Cour de cassation, le 7 avril 1998,<sup>72</sup> approuve une Cour d'appel d'avoir condamné l'ex-concubin à verser 500 000 francs à la femme avec qui il avait vécu 11 ans, qui avait quitté son emploi à sa demande, dont il avait eu un enfant et qu'il avait congédié brusquement.

Il n'y a pas de régime applicable au patrimoine des concubins; pour pallier la rigueur de la séparation qui conduit chacun à reprendre ses biens, les tribunaux utilisent parfois l'indivision ou la gestion d'affaire, ou la théorie de la société créée de fait, ou celle de l'enrichissement sans cause. Mais ils sont sévères, et exigent que les conditions en aient réellement existé.<sup>73</sup> L'attitude des tribunaux, refusant de voir des obligations entre concubins là où les éléments n'en sont pas relevés minutieusement, ne les empêche pas de tenir compte du concubinage du créancier, ou du débiteur, pour fixer, lors du divorce de l'un d'eux, le montant de la prestation compensatoire, ou même la pension alimentaire due pour l'enfant, entretenu, dans une certaine

<sup>70</sup> V. par ex. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 1992, Bull. civ. 1, n 204; les juges du fond ont souvent à rejeter la demande de dommages et intérêts de la concubine, qui ne peut apporter la preuve d'une faute. V. par ex. Bordeaux, 23 janvier 1992 (Juris-data n40070); Dijon, 27 mai 1993 (Juris-Data n 44999); Orléans, 19 octobre 1993 (Juris-Data n 46418); Bordeaux, 27 octobre 1993 (Juris-Data n 45247).

<sup>71</sup> Colmar, 18 septembre 1992 (Juris-Data n 47971).

<sup>72</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avril 1998, Dr. famille 1998, Comm. n 81, obs. H. Lécuyer.

<sup>73</sup> V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juil. 1997, Comm. n 153, obs. H. Lécuyer.

mesure, par le concubin de sa mère:<sup>74</sup> en réalité, il n'y a pas d'incohérence, dans la mesure où, irréductiblement polymorphe, selon l'expression du doyen Cornu, le concubinage est appréhendé de façon différente, en fonction des effets qu'il produit.

Parce qu'il vient presque à égalité avec le mariage, sinon dans la vie sociale, du moins dans la perception que l'on en a, le concubinage a cessé d'être ignoré par le législateur: le concubin est entré depuis longtemps dans la législation sur les loyers, au titre de bénéficiaire du maintien dans les lieux ou de continuateur du contrat de bail;<sup>75</sup> la loi du 6 juillet 1989 énonce, à l'article 15, que le bénéficiaire de la reprise peut être le bailleur, son conjoint, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint ou concubin notoire: c'est peut-être le premier pas vers la reconnaissance de liens d'alliance créés par le concubinage. D'un autre côté, l'article 434-1 du nouveau Code pénal qui détermine les bénéficiaires de l'immunité pour non-dénonciation de crime fait désormais une place non seulement au conjoint de l'auteur, mais aussi «à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui».

Depuis la loi du 8 janvier 1993, le Code civil consacre l'exercice en commun de l'autorité parentale pour les concubins qui ont reconnu leur enfant avant qu'il ait atteint l'âge d'un an (art. 372 al. 2), effectuant ainsi, dans ce cas, une assimilation presque totale avec des parents mariés, assimilation que la loi «relative à l'autorité parentale» adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 14 juin 2001 (texte n 687) est en train de parachever; ce sont sans doute les lois dites «bioéthiques», du 29 juillet 1994, qui fournissent l'exemple le plus achevé de la prise en compte obligée du couple de concubins comme du couple marié, parce qu'elles placent presque sur pied d'égalité quant à l'accès à la procréation médicalement assistée «l'homme et la femme formant le couple». L'article L. 152-2 du Code de la santé publique dispose que l'homme et la femme qui forment le couple demandeur doivent être «mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans».

La situation des concubins ordinaires est ainsi souvent aussi avantageuse que celle des époux; elle l'est parfois davantage, notamment en ce qui concerne le régime juridique des libéralités (V. *supra*), mais elle l'est beaucoup moins au plan fiscal: donner ou léguer un bien à son concubin, considéré alors comme un tiers, oblige celui-ci à payer 60% de la valeur du bien au titre des droits d'enregistrement. Les concubins le savent, et c'est pourquoi ils s'assurent souvent contre ce risque, ou passent ensemble l'achat du logement, en adjoignant à l'acte un pacte tontinier.

Le concubinage homosexuel. Lorsque nous recherchons les éléments constitutifs du concubinage,<sup>76</sup> il fallut bien reconnaître que la plupart se retrouvaient dans ces

---

<sup>74</sup> Ajoutons que la rupture du concubinage de l'enfant qui poursuit ses études entraîne une augmentation de la pension que le père doit verser (Colmar, 13 mai 1992, *Juris-Data* n 47937).

<sup>75</sup> V. J. Rubellin-Devichi, «La famille et le droit au logement», *RTD civ.* 1991, p. 254.

<sup>76</sup> J. Rubellin-Devichi, *Les concubinages*, Approche socio-juridique, préface J. Carbonnier, Post-face Jacques Commaille, éd. CNRS, 1986, Vol. 1, Chapitre introductif, p. 26 et s.

unions d'individus de même sexe, vivant ensemble, assumant les devoirs de secours et d'assistance que le Code impose aux époux, et constituant un patrimoine commun, notamment au moyen de pactes tontiniers: dans l'esprit des couples homosexuels qui font célébrer leurs «unions d'amitié homosexuelle» en Europe et aux États-Unis, c'est même d'un mariage qu'il s'agit. En tout cas, c'est d'une union qui s'inscrit dans la durée pour tout ceux qui veulent un enfant et le recherchent soit par le biais d'une adoption, soit en choisissant une mère porteuse, sur catalogue américain, ou, s'agissant des femmes, en faisant inséminer l'une d'elles avec le sperme d'un homme à qui il est demandé ensuite ou de disparaître, pour ne pas troubler l'harmonie de la famille formée par l'enfant et ses deux mères,<sup>77</sup> ou de se manifester, pour que l'enfant ne soit pas perturbé par l'idée qu'il n'avait pas été fait comme les autres.<sup>78</sup> L'effroyable pandémie du SIDA, qui a frappé plus durement et plus tôt les homosexuels, a accentué la ressemblance entre les unions hétéro et homosexuelles: la fidélité, qui, dit-on, n'était pas un devoir essentiel dans le couple homosexuel, y est assumée comme une obligation morale vis-à-vis du partenaire, et le sort du survivant est devenu la préoccupation primordiale.

Il paraissait difficile, comme le soulignait il y a plus de dix ans le professeur Leveneur<sup>79</sup>, de décider que deux individus qui «couchent ensemble» (*cum cubare*) qui vivent «comme en mariage», par référence à l'adage de Loysel, ne vivent pas en concubinage, sauf à faire accéder le concubinage «classique», pour reprendre l'expression de cet auteur, à une reconnaissance institutionnelle.

Or précisément, dans un souci manifestement de moralisation fût-ce au mépris de la logique juridique, la Cour de cassation a voulu consacrer une définition du concubinage excluant le concubinage homosexuel, dans les deux arrêts rendus par la Chambre Sociale le 11 juillet 1989, où, suivant les conclusions de son avocat général, elle a refusé d'admettre qu'un steward et son compagnon pouvaient obtenir les billets de faveur réservés aux couples mariés ou concubins par la Compagnie Air France, et qu'une femme pouvait être bénéficiaire de l'assurance maladie-maternité en tant qu'ayant droit de celle avec laquelle elle vivait en concubinage.<sup>80</sup> Elle a réitéré son refus, le 17 décembre 1997, en refusant le transfert du bail au compagnon d'un

<sup>77</sup> Quelquefois, le père tient à se manifester: dans une affaire jugée par la Cour de cassation le 9 mai 1994 (V. J. Rubellin-Devichi, *Dict. perm. Bioéthique*, V *Maternité de substitution*, n 18), la mère, engagée dans une liaison homosexuelle, voulait empêcher le donneur de sperme, lui-même homosexuel, qui avait reconnu l'enfant, d'exercer ses droits d'autorité parentale. Elle invoquait un «détournement d'insémination artificielle» mais elle a perdu, et l'exercice a été déclaré commun entre le père et la mère.

<sup>78</sup> En Grande Bretagne, beaucoup de femmes homosexuelles vivant en couple veulent un enfant, et souhaitant éviter les relations sexuelles avec un homme, désirent recourir à l'insémination artificielle, comme Martina Navratilova l'a indiqué à Wimbledon, selon le *Sunday Times* du 3 juillet 1994; certains couples d'homosexuelles se seraient même adressées au Leicester Royal Infirmary.

<sup>79</sup> L. Leveneur, *Situations de fait et droit privé*, LGDJ, 1990, p. 443, n 363 et s.

<sup>80</sup> J. Rubellin-Devichi, obs. RTD civ. 1990, p. 43 et réf. cit.; «Les concubinages: mise à jour», *Liber amicorum à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, p. 389.

locataire décédé, malgré les conclusions de son avocat général.<sup>81</sup> Cette jurisprudence a été considérée comme tellement établie – bien que le Code civil prohibe, à l'article 5, les arrêts de règlement – que le Conseil d'État a estimé, dans un arrêt rendu le 4 mai 2001,<sup>82</sup> qu'avant la loi du 15 novembre 1999, la SNCF n'aurait pas dû délivrer de «carte couple» permettant de voyager à tarif réduit aux époux ou aux concubins, à deux individus de même sexe, le concubinage ne pouvant concerner alors qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme.

Le pacte de solidarité civile(PACS) – La volonté de prendre en compte le désir de solidarité dans les couples homosexuels n'est certainement pas étrangère aux mouvements qui ont conduit le législateur à intervenir. Sans doute pas comme en Suède, où depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1988, la loi reconnaît aux concubins hétéro-sexuels ou homosexuels des droits identiques à ceux des époux, ni comme au Danemark, où la loi en vigueur depuis le 1er octobre 1989 (reprise dans la loi du 23 juin 1994, entrée en application le 1er janvier 1995) permet aux homosexuels qui ne sont pas parents à un degré rapproché, et qui ne sont pas engagés dans les liens d'un mariage d'enregistrer leur contrat de partenariat, celui-ci produisant les mêmes effets que le mariage, sauf le droit d'adopter des enfants; ni comme en Norvège, qui reconnaît depuis le 1er août 1993 ce même genre de célébration; ni comme en Ontario, où fin septembre 1992, la Commission d'enquête sur les droits de la personne a ordonné au gouvernement de la province canadienne de permettre aux survivants de couples homosexuels de recevoir les primes de régime de retraite de leur conjoint, ni comme la loi belge «instaurant la cohabitation légale» du 29 novembre 1998, ni finalement comme aux Pays-Bas, où deux lois du 21 décembre 2000 ont carrément aboli la différence des sexes dans le mariage et dans la parenté.<sup>83</sup>

Les mouvements de défense des homosexuels ont été à l'origine des tentatives d'organisation législative de donner un cadre juridique au mode de vie de ceux qui ne peuvent se marier, en affirmant que les couples hétérosexuels sont aussi concernés par les textes proposés. Il y a eu diverses propositions de lois sur le partenariat civil (25 juin 1990), sur le contrat d'union civile (25 novembre 1992), sur le contrat de partenariat civil, (17 juillet 1993), sur un contrat d'union sociale (23 juillet 1997), et sur un contrat d'union civile et sociale (datant du même jour), sur les droits des couples non mariés (30 septembre 1997). Enfin, une proposition de loi relative au «Pacte civil de solidarité» adoptée le 9 décembre 1998 a abouti, à la suite de plus de mille amendements, au vote de la loi qui, après visa du Conseil constitutionnel, est devenue la loi du 15 novembre 1999. Le vote a été bizarre, les députés de droite ne se

---

<sup>81</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ. 17 déc. 1997, D. 1998, p. 111, concl. J.-F. Weber, concl. J.-F. Weber et note J.-L. Aubert; D. 1998, p. 215; dans le même sens, CA Paris, 27 avr. 1989, JCP IV, 341: décès du locataire; 10 mai 1990, D. 1990, somm. 306, obs. Ph. Bihir; 9 juin 1995, RTD civ. 607, obs. J. Hauser.

<sup>82</sup> CE 4 mai 2001, D. 2001, Inf. rap. p. 1851; évidemment, l'arrêt n'a pas de conséquences pratiques

<sup>83</sup> V. H. Fulchiron, «Le mariage homosexuel et le droit français (À propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)», D. 2001, p. 1628.

souciant que de voter contre le texte, sans réellement l'examiner, ce qu'ils avouent regretter un peu maintenant.

Conçu à l'origine pour donner un statut aux couples homosexuels mis à l'écart par la Cour de la cassation, le contrat proposé a été rapidement envisagé aussi pour être offert aux couples hétéro sexuels: il est plus rentable, politiquement parlant, d'intéresser, outre 50 000 couples homo-sexuels, 2 millions ou plus de couples hétéro-sexuels. C'est le cas de beaucoup de pays étrangers –à l'exception du Danemark. Beaucoup ont trouvé qu'affirmer qu'il convient de proposer un «statut intermédiaire entre le mariage et le concubinage» aux couples qui choisissent de vivre en union libre est une hérésie juridique choquante: il est normal de venir au secours de ceux qui ne peuvent se marier, il l'est moins d'offrir le PACS à ceux qui pourraient se marier mais ne le veulent pas. Il serait peu surprenant qu'une proportion très élevée de concubins hétéro-sexuels se déclare intéressée par le PACS, qui présente certains avantages importants du mariage (abaissement des droits d'enregistrement sur les successions par exemple) sans ses inconvénients (pas de devoir de fidélité, liberté totale de rupture). Sans le vouloir, nos Parlementaires auront consacré le pseudo-mariage, le mariage de seconde zone ... pour les couples hétéro-sexuels.

En fait, on a des renseignements assez précis sur les statistiques, dont on ne peut vraiment tirer un bilan.<sup>84</sup> Du 15 novembre 1999, jusqu'à la fin mars 2001, environ 37 000 PACS ont été conclus (6211 en 1999, 23644 en 2000, et 7238 au premier trimestre 2001). Mais, au nom du respect de la vie privée et compte tenu du risque de révéler l'orientation sexuelles des intéressés (alors qu'il aurait suffi de recueillir anonymement les données), aucune indication sur l'âge et le sexe ne doit être fournie,<sup>85</sup> aussi, les renseignements glanés ici et là sont-ils contradictoires: tantôt l'on prétend que la majorité des couples qui souscrivent un PACS sont des couples homosexuels qui légalisent leur union surtout par souci de reconnaissance sociale, tantôt l'on affirme qu'il s'agit de couples hétéro-sexuels, qui veulent bénéficier des avantages fiscaux, notamment de fonctionnaires, qui concluent un PACS pour obtenir des points nécessaires à une mutation, le PACS étant devenu un motif de rapprochement des fonctionnaires; on dit aussi que serait très utilisé le recours au PACS, puisqu'il est un élément à prendre en considération pour l'obtention d'un titre de séjour.

La nature juridique du PACS mérite une réflexion attentive: d'après l'article 515-1, le pacte civil de solidarité est un contrat; comme le mariage, il organise la vie commune de deux personnes. À la différence du mariage, il peut être contracté par deux personnes de même sexe. Contrat, donc relevant du droit patrimonial, mais placé dans le Livre Du droit des personnes, le PACS apparaît d'une nature juridique ambiguë; il participe de l'institutionnel. Ainsi que l'a montré le doyen Carbonnier<sup>86</sup> l'aval du législateur lui était nécessaire, à peine d'illicéité, pour que des individus

---

<sup>84</sup> P. Festy: «Pacs, l'impossible bilan», *Population et sociétés*, n 369, juin 2001.

<sup>85</sup> Décrets du 21 décembre 1999 et Circ. du 11 octobre 2000, pris après avis de la Commission Informatique et Libertés (CNIL)

<sup>86</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, La famille*, 20<sup>éd.</sup> 1999, p. 696.

puissent passer un contrat concernant leur communauté de vie, en réalité leur vie de couple, qui ne fait pas partie du domaine où il est possible de contracter (C. civ., art. 1128).

Contrat organisant la vie commune, notamment la communauté de dépenses et d'habitation, le PACS ne peut être conclu que par des personnes majeures, capables, de même sexe ou de sexe différent. La conclusion d'un PACS est interdite par l'article 515-2 du Code civil à ceux entre lesquels le mariage serait impossible à cause de leur lien de parenté (à peu près comme les articles 162 et 163 l'interdisent pour le mariage) elle est interdite aussi pour cause de bigamie (Comp. avec C. civ., art. 147). Le concubinage ordinaire, hétéro ou homosexuel (C. civ., art. 515-8), lui, peut être incestueux, il est en tout cas fréquemment adultérin

Le PACS est un contrat solennel, encore que l'on puisse hésiter,<sup>87</sup> puisqu'il faut une déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance de la résidence commune; il faut produire la convention en double original, avec certaines pièces d'état civil, ainsi que des certificats du greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire. Le greffier vise et date les exemplaires de la convention, et les restitue à chacun. La déclaration est inscrite sur un registre spécial et doit l'être également sur le registre tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chacun des partenaires.

L'article 515-4 consacre l'aide «mutuelle et matérielle» des partenaires. Ils peuvent en fixer les modalités dans le pacte, faute de quoi, le juge risque d'avoir à la faire; ils ne peuvent en tout cas s'en dispenser en l'écartant. L'alinéa 2 consacre la solidarité à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et les dépenses relatives au logement commun.

L'article 515-5 instaure une indivision des meubles meublants acquis à titre onéreux après la conclusion du PACS. Cette indivision peut être prévue différemment dans la convention, elle peut même être exclue. A défaut, elle est présumée. Pour les autres biens, acquis à titre onéreux, après la conclusion du pacte, l'alinéa 2 envisage une présomption d'indivision par moitié si l'acte d'acquisition ou de souscription n'en dispose autrement. Il y aura sans doute des difficultés pour analyser l'opération: par exemple le fisc, au vue de l'origine des deniers, pourrait être amené à constater qu'il s'agit d'une libéralité, et les héritiers réservataires, s'il en existe, le prétendront probablement. Cependant, si l'on veut bien considérer la nature sui generis du pacte, et songer que sa cause efficiente étant la vie commune, le législateur a accompagné cette union de personnes d'une possibilité d'union de biens avec un régime particulier: les acquêts deviennent bien communs (comme en matière de régime matrimonial légal, par exemple).

En matière fiscale, la situation des partenaires est avantageuse; l'imposition sur le revenu devient commune au bout de trois ans; la perception des droits de

---

<sup>87</sup> V. B. Beignier, 'À propos du pacte civil de solidarité: problème quant à l'acte authentique', *Defrénois* 2000, p. 211; J. Hauser, «Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel»? *Defrénois* 2001, p. 673.

mutation à titre gratuit ne s'effectue qu'après un abattement de 375 000francs, les fractions de parts taxable étant soumises à un taux de 40 et 50%. Les partenaires d'un PACS bénéficieront désormais des prestations de sécurité sociale; en revanche, le titulaire du droit à l'allocation de soutien familial perd ce droit, non plus seulement s'il se marie ou vit en concubinage, mais s'il conclut un pacte civil de solidarité.

L'article 515-7 règle la sortie du PACS. Les partenaires peuvent y mettre fin d'un commun accord ou par décision unilatérale; le mariage met fin au PACS automatiquement, mais il doit être signifié aux partenaires avec la copie de l'acte de naissance du nouveau marié portant mention en marge.

S'agissant de la liquidation des droits et des obligations, elle doit être effectuée par les partenaires eux-mêmes. A défaut d'accord, c'est le juge qui statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture. Ce juge ne peut être que le tribunal de grande instance puisqu'on est en matière de liquidation. On comprend qu'il pourra éventuellement considérer qu'il y a eu un enrichissement sans cause, peut-être une société créée de fait, comme il le fait en matière de concubinage libre. Mais la formule «sans préjudice de la réparation du dommage éventuellement subi» semble indiquer qu'il peut y avoir une faute. Or, la faute ne peut pas être la rupture qui est libre, ni même semble-t-il les circonstances de la rupture si l'on a fait correctement les assignations prévues: c'est pourquoi le doyen Carbonnier a pu utiliser une image très parlante: il s'agit d'un divorce «foudroyant».

Les enfants et le PACS. Le changement social le plus notable, relativement à la façon d'appréhender le concubinage homosexuel, s'est produit à propos de l'intérêt de l'enfant, en matière de divorce puis de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant naturel. En 1934, le «plus grand avantage» (selon la lettre de l'article 302 alors en vigueur) de la petite fille était d'être enlevée à sa mère lesbienne, pour être confiée à sa grand-mère.<sup>88</sup> Aujourd'hui, les juges n'hésitent pas à laisser les enfants chez leur mère qui vit avec une autre femme, comme c'était le cas dans la deuxième espèce de l'arrêt du 11 juillet 1989 rejetant la notion de concubinage homosexuel. Le 25 avril 1991, la Cour de Pau confie l'enfant, à son père, homosexuel vivant en couple stable avec un autre homme, car elle est plus heureuse et épanouie auprès de lui, qu'auprès de sa mère et ne s'entend pas avec le concubin de celle-ci; les Cours de Metz, le 25 juillet 1995 et de Grenoble, le 30 janvier 1996, estiment que l'homosexualité du père n'est pas un motif de supprimer son droit de visite et d'hébergement; la Cour d'Angers, le 25 juillet 1995 et le 22 mai 1996, décide que la résidence de l'enfant peut parfaitement être fixée chez la mère qui a formé un couple homosexuel.<sup>89</sup> Si l'homosexualité du demandeur peut justifier un refus de l'agrément nécessaire en France pour adopter un enfant étranger, c'est à condition de ne pas le dire, et d'étayer le refus en s'appuyant sur le fait «que le demandeur ne présente pas de garanties suffisantes sur un plan familial, éducatif et psychologique pour accueillir

---

<sup>88</sup> Cass. req. 7 mai 1934, Gaz. Pal 1934, 481.

<sup>89</sup> V. Y. Favier, chron. Droit de la famille, JCP 1997, I, 4045, n 9 et réf. cit.

un enfant adopté».<sup>90</sup> Il semblerait d'ailleurs qu'il y a un recours pendant devant la Commission européenne des droits de l'homme, pour violation de l'article 8 de la CEDH

Aucun article du PACS ne concerne les enfants et le Conseil constitutionnel a, à juste titre, dans sa décision, constaté que la 'la loi est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du Code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble des dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée'. Il en résulte, comme le souligne le professeur P. Murat ('Vers la famille homosexuelle par adoption?', *Dr. famille* 2000, chron. n 8) que 'le PACS s'inscrit donc dans une certaine continuité législative qui n'entend pas ouvrir l'adoption aux concubins ni consacrer de droit à la procréation pour les couples homosexuels'. La voie de l'adoption leur est en effet fermée puisqu'elle n'est accessible qu'à un couple marié ou à un personne seule mais non à couple de concubin qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel. Quant à l'accès à une assistance médicale à la procréation, il n'est autorisé qu'à un couple formé d'un homme et d'une femme (C. santé publ., art. L. 152-2). Il reste que l'instauration du PACS contribue à favoriser la demande de reconnaissance de ce que l'on appelle improprement (V. I. De Benalcaza, 'Une nouvelle filiation: l'homoparentalité', *Gaz. Pal.* 10 au 12 déc. 2000, p. 18;— F. Leroy, *Les enfants de PACS, réalité de l'homoparentalité*, L'atelier de l'Archer, 1999;— M. Gross (ss. Direct), *Homoparentalité, état des lieux*, ESF, 2000). C'est dans le domaine de l'adoption que les espoirs que mettent certains dans une modification législative risquent d'être le plus déçus. S'il est envisageable comme on le soutient (V. obs. J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2000, p. 434) que la position des juridictions françaises qui refusent l'agrément à l'adoption en raison de l'homosexualité du candidat (V. CE, 9 oct. 1996, *Dr. famille* 1997, comm. n 6, obs. P. Murat) vaille à la France une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 8 combine avec l'article 14, ce qui est loin d'être sûr (V. pour un refus de toute violation, CE, 12 févr. 1997, cité par le commissaire du gouvernement Bézard, *AJDA* 1999, p. 1036), il faut aussi constater que cette condamnation n'offrirait pas un droit à l'adoption aux homosexuels. Elle obligerait simplement les départements à abandonner leur motivation générale et abstraite pour une motivation concrète et précise dans l'intérêt de l'enfant (V. sur tous ces points, J. Rubellin-Devichi, 'Faut-il réformer l'adoption?' in Perspectives de réformes en droit de la famille, *Dr. famille*, Hors série déc. 2000, p. 47).

---

<sup>90</sup> CE 9 oct. 1996, obs. Y. Favier, chron. Droit de la famille, JCP 1997, I, 3096, n 10.

**Bibliographie Complémentaire**

- A. Bénabent, *La famille*, LITEC, 10<sup>e</sup> éd. 2001
- J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *La famille*, PUF, coll. *Thémis*, 20<sup>e</sup> éd. 1999
- G. Cornu, *Droit civil*, *La famille*, Montchrestien, coll. *Domat*, 7<sup>e</sup> éd. 2001
- J. Hauser et D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, *La famille*, t. 1, *Fondation et vie de la famille*, LGDJ 2<sup>e</sup> éd. 1993, t. 2, *Dissolution de la famille*, LGDJ 1991;
- P. Malaurie, *Droit civil*, *La famille*, CUJAS, 6<sup>e</sup> éd. 1998;
- L. Leveneur, s/ H. et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3<sup>e</sup> vol., 7<sup>e</sup> éd. 1995.,
- F. Terré et D. Fenouillet 1996, *Les personnes, la famille, les incapacités*, *Précis Dalloz*, 6<sup>e</sup> éd. 1996