UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON III

FACULTÉ DE DROIT DE LYON

LE DROIT DES ADULTES VULNÉRABLES MAIS CAPABLES

Thèse de Doctorat en Droit

présentée et soutenue publiquement par

Fabrice LHUILLIER

Diplômé Supérieur de Notariat

le 1er juillet 2005

JURY

Mme Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI
Professeur Émérite de l'Université Jean Moulin Lyon III
Présidente de l'Association française de recherches en droit de la famille
Directeur de recherche

M. Thierry FOSSIER
Conseiller à la Cour d'appel de Riom
Professeur associé à l'Université d'Auvergne Clermont I
Vice-Doyen de la Faculté
Rapporteur

M. Yann FAVIER
Maître de Conférences à l'Université de Chambéry
Rapporteur

M. Jacques CHARLIN
Notaire honoraire
Professeur associé à l'Université Jean Moulin Lyon III

Mme Muriel REBOURG
Maître de Conférences à l'Université de Bretagne Occidentale

L'Université Jean Moulin LYON III n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A

act.	actualité(s)
A. J. Famille	Actualité juridique Famille
A. J. Pénal	Actualité juridique Pénal
A. J. D. A.	Actualité juridique Droit administratif
A. J. D. I.	Actualité juridique Droit immobilier
al.	alinéa
ALD	Actualité législative Dalloz
A. N.	Assemblée Nationale
art.	article
Ass.	assemblée
Ass. Plén.	arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

B

B. I. D	Bulletin d'information et de documentation de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
B. O. C. C. R. F.	Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
BRDA.	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation

C

c./	contre
C. A. A.	Cour administrative d'appel
C. E.	Conseil d'État
C. E. D. H.	Cour européenne des droits de l'homme

C. E. S.	Conseil économique et social
C. G. I.	Code général des Impôts
C. J. C. E.	arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
Cass.	Cour de cassation
ch.	chambre
chron.	chronique
circ.	circulaire
Civ.	civil(e)
comm.	commentaire (s) ou commenté (s)
concl.	conclusions
Cons. Const.	décision du Conseil constitutionnel
Contrats Conc. Consom.	Contrats Concurrence Consommation
corr.	correctionnel(le)

D

D.	Dalloz
D. G. C. C. R. F.	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
D. H.	Dalloz Hebdomadaire
(dir.)	sous la direction de
D. P.	Recueil périodique Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
doct.	doctrine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. pén.	Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Dr. et patr.	Droit et patrimoine

E

esp.	espèce

F

fam.	Famille
fasc.	fascicule

G

Gaz. Pal.	Gazette du Palais

I

I. R.	informations rapides

J

J. C. P.	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
J. C. P. éd. E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
J. C. P. éd. N.	Juris-classeur périodique, édition notariale
J. C. P. E	Juris-classeur périodique, édition entreprise et affaires

. et A.

J. E. X.	juge de l'exécution
jur.	jurisprudence
Jur. -Cl. civ.	Juris-classeur civil
Jur. -Cl. Europe	Juris-classeur europe
Jur. -Cl. pénal	Juris-classeur pénal
J. O.	Journal Officiel

L

L. G. D. J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

M

Mixte	arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation

N

N. C. P. C.	Nouveau Code de procédure civile

O

obs.	observations
ord.	ordonnance

P

p.	page
P. A. C. S.	pacte civil de solidarité
panor.	panaroma
pp.	pages
prat.	pratique
préc.	précité
P. U.	Presses Universitaires
P. U. F.	Presses Universitaires de France

R

rapp.	rapport
R. D. sanit. soc.	Revue de droit sanitaire et social
Rec. CE	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (LEBON)
Req.	arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rép. min.	réponse ministérielle
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Réu.	arrêt des chambres réunies de la Cour de Cassation
Rev. Conc. Consom.	Revue de la Concurrence et de la Consommation
R. F. D. A.	Revue Française de droit administratif
R. G. A. T.	Revue générale des assurances terrestres
R. J. C.	Recueil de jurisprudence constitutionnelle (L. FAVOREU)
R. J. S.	Revue de jurisprudence sociale
R. J. P. F.	Revue de jurisprudence des personnes et de la famille
R. R. J.	Revue de recherche juridique
R. S. crim.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R. T. D. civ.	Revue trimestrielle de droit civil

R. T. D. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R. T. D. eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R. T. D. hom.	Revue trimestrielle de droit de l'homme

S

s.	suivant(e)s
S.	Recueil SIREY
sect.	section
Soc.	arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	sommaire (s)
spc.	spécialement
ss.	sous

T

T. A.	jugement d'un tribunal administratif
T. G. I.	jugement d'un tribunal de grande instance
T. I.	jugement d'un tribunal d'instance
Trib. civ.	jugement d'un tribunal civil
Trib. corr.	jugement d'un tribunal correctionnel

INTRODUCTION

« La grandeur d'une société se juge par la place qu'elle donne à la personne et d'abord à celle du plus faible (...) ».

Jean-Paul II[1].

« Les personnes sont le principe et la fin du droit ».

Portalis[2]

1. Les difficultés de la vie quotidienne obligent souvent les personnes, partagées entre le désir et la crainte du changement, à une somme inouïe d'adaptations physiques et psychologiques. En effet, bien que l'homme soit porté à rechercher le bonheur, qui est l'équilibre entre sa soif d'avoir et son besoin d'être, la plupart des personnes traversent au cours de leur existence des épreuves importantes.

Si le droit des personnes physiques régit et en même temps a pour vocation de protéger l'homme, la nécessité de cette protection varie en fonction de la capacité des individus à supporter les épreuves, qui est très inégale, suivant qu'ils sont forts, faibles, ou équilibrés.

Leur faculté d'adaptation aux bouleversements de la vie dépend de leur degré de fragilité, qui revêt des formes multiples, s'additionnant souvent entre elles, car lorsque l'on est déclassé sur un domaine, il y a fort à parier que l'on est mal en point sur d'autres.

---

[1]. Discours à Rome le 14 avril 1997 devant les évêques français de la région lyonnaise. La documentation catholique du 14 avril 1997.

[2] . J. E. M. PORTALIS, Discours préliminaire au Code civil (an IX).

Leur niveau de faiblesse n'est ni immuable ni absolu, car nous jouons tous de multiples rôles dans nos vies. Il est aussi relatif et il varie en fonction des circonstances, car qui peut prétendre n'avoir pas connu, au cours de sa vie, à côté des périodes de joie, d'espérance et de puissance, des moments de tristesse, de dépression ou d'impuissance.

Ainsi, pour deux auteurs, l'homme « *peut être dominant dans sa vie professionnelle ou ses activités sportives et dominé dans ses relations familiales et ce rapport peut s'inverser à un autre moment* ». En outre, « *l'individu qui est actuellement dominant a été autrefois dominé, et il le reviendra très probablement à la fin de son existence* »[3].

De même, il est bien des contrats dans lesquels chacun connaît, dans le temps, des moments de plus ou moins grande vulnérabilité. Ceci se vérifie, lorsqu'une personne, en position d'infériorité au moment où elle négocie la conclusion d'une convention, se trouve ensuite en meilleure posture lors de son exécution.

2. La vulnérabilité est une notion, liée à la vie, qui a commencé dans la faiblesse physique et juridique, le bébé, le foetus et l'embryon humains étant les plus fragiles des mammifères. Elle voit donc sa limite dans la mort.

De par son immaturité physique et psychologique, l'enfant est aussi, par nature un être vulnérable[4], qui le rend inapte pour agir seul et sans protection sur la scène juridique. Face à cette vulnérabilité de l'enfant, le droit a instauré un système de protection fondé sur son incapacité d'exercice : incapacité à contracter[5], interdiction de disposer à titre gratuit[6], recours à des tiers en cas de licitation de ses biens[7], limitation de l'aptitude à se marier[8] et à donner par contrat de mariage[9], ou encore l'administration légale de ses biens[10].

---

3. J. –D. DE LANNOY et P. FEYEREISEN, L'inceste, Que sais-je ?, n° 2645, P. U. F., 1998, pp. 73 et 74.
4. Sur la vulnérabilité de l'enfant, voir : A. –S. BRUN et C. GAILLIARD, *« La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours »'* : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, P. U. de Grenoble, 2000, pp. 145 et s., spc. p. 146.
5. Article 1124 du Code civil.
6. Article 903 du Code civil.
7. Article 1687 du Code civil.
8. Article 148 du Code civil.
9. Article 1095 du Code civil.
10. Article 389 du Code civil.

En raison de la complétude de ce système, qui a été critiqué au motif qu'il ne prend pas suffisamment en compte les degrés de maturité de l'enfant variant en fonction de son âge et de ses facultés de discernement[11], la vulnérabilité de celui-ci, étant en l'occurrence assimilée à son incapacité, certes de plus en plus relative, ne fera pas l'objet d'autres développements, puisque notre étude se limite aux adultes vulnérables mais capables, ce qui n'inclut pas les enfants mineurs, dont la majorité est fixée à 18 ans depuis la loi du 5 juillet 1974. Pour un auteur[12], cet âge défini par la loi est *« aussi bien l'indice du développement mental que du développement physique de l'individu. Il sera donc un des plus fermes critères de discernement (l'âge de raison), témoin fidèle de l'esprit mais aussi un signe de force. Présomption tirée du plerumque fit, la capacité civile n'est que le reflet d'une capacité naturelle moyenne ».*

Au-delà de 18 ans, les enfants deviennent des adultes, juridiquement affranchis de toute autorité, même pour les actes les plus graves de la vie, et ils deviennent absolument indépendants en droit.

C'est d'ailleurs ce que prévoit expressément l'article 488, alinéa 1er, du Code civil lorsqu'il dispose qu'*« à partir de cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile »*.

Cependant, ce n'est pas parce que les enfants sont devenus des adultes capables qu'ils ne demeurent pas sujets à la vulnérabilité, terme, qui n'est employé que depuis 1836, et qui signifie généralement une faiblesse trouvant son expression dans le rapport aux autres, faiblesse d'autant plus essentielle, que les personnes sont, par essence, des êtres sociaux pour lesquels les relations sont aussi importantes pour leur survie que leur compétence à résoudre leurs problèmes physiologiques.

Il en résulte que beaucoup d'adultes sont concernés par la définition selon laquelle est vulnérable celui qui *« peut être facilement atteint, attaqué »*[13], qui *« se défend mal »*[14].

---

11. En ce sens, voir : F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la justice, La Documentation française, 1999, pp. 99 et 100.
12. G. CORNU, *« L'âge civil »* : *in* Mélanges P. ROUBIER, Éditions Dalloz, 1961, tome II, p. 9.
13. V° Vulnérable, Dictionnaire de la langue française, Le Grand Robert, t. IX, 1996, p. 839.
14. V° Vulnérable, Dictionnaire de la langue française, Nouveau Petit Robert, 1994, p. 2421.

Dans l'Ancien Droit, la faiblesse de la victime d'une infraction pénale était due à son jeune âge, et si les personnes âgées bénéficiaient d'une protection particulière, c'était moins en raison de leur faiblesse que du fait d'un statut spécifique, tel que celui de père ou d'ascendant.

Bien que le Droit prenne depuis longtemps en considération, au moins indirectement, le souci de la protection des personnes faibles, la notion juridique de vulnérabilité n'est apparue que récemment.

En effet, notre droit positif ne reconnaît officiellement la particulière vulnérabilité de la victime que depuis les lois n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs et n°81-82 du 2 février1981 relative au renforcement de la sécurité et à la protection de la liberté des personnes, qui avaient utilisé des techniques différentes.

La première avait prévu une aggravation de la peine lorsque le viol ou l'attentat à la pudeur étaient commis *« sur une personne particulièrement vulnérable en raison d'une maladie, d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale ou d'un état de grossesse »*.

La seconde renforçait les sanctions applicables aux violences volontaires dès lors qu'elles étaient exercées sur *« toute personne hors d'état de se protéger elle-même en raison de son état physique ou mental »*.

Pour un auteur[15], le Nouveau Code pénal de 1994 *« n'a pas repris à proprement parler ni l'une, ni l'autre de ces formules, mais il s'en est inspiré pour aboutir à des solutions différentes. Désormais, les cas de vulnérabilité sont limitativement énumérés et non, comme en 1981, laissés à la libre appréciation du juge, mais l'énumération est différente, de celle de 1980 »*.

Désormais, d'après ce Nouveau Code[16], encourt une peine plus sévère, celui qui porte atteinte à l'intégrité d'une *« personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de l'auteur »*.

---

15. M. LAGRAULA-FABRE, La violence institutionnelle : une violence commise sur des personnes vulnérables par des personnes ayant autorité, Thèse Lyon III, 2003, p. 26, n°12.

Cette nouvelle version ajoute à la précédente la circonstance tenant à l'âge de la victime, qui est essentiellement un âge avancé ou plus précisément le grand âge, puisque les mineurs de moins de quinze ans sont cités indépendamment de cette énumération et bénéficient à ce titre d'une protection spécifique. Cependant, les autres éléments de définition constitués par la maladie, l'infirmité, la déficience physique ou psychique et l'état de grossesse ont été conservés en l'état.

Dans tous les cas, ces éléments ne constituent une circonstance aggravante que s'ils ont entraîné chez la victime une vulnérabilité particulière. Cette dernière est facile à démontrer lorsque la maladie a entraîné un état de grande faiblesse empêchant la victime de se protéger, ou qu'un handicap physique ou psychique constitue un obstacle à sa fuite ou un élément ne lui permettant pas de se défendre.

En ce qui concerne les personnes handicapées, la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées[17] a inséré dans l'article L. 114 du Code de l'action sociale et des familles une définition du handicap inspirée de la classification internationale du fonctionnement, du handicap, et de la santé décidée en 2001 par l'Organisation mondiale de la santé[18]. Désormais, *« constitue un handicap toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement* (infrastrutures, constructions, transports, postes de travail etc.) *par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives* (autisme) *ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de sané invalidant »*. Le handicap suppose donc toujours une altération anatomique ou fonctionnelle, quelle qu'en soit la cause : anomalie congénitale, trouble de développement de l'enfance, maladie, ou traumatisme, mais ce qui est nouveau, c'est le déplacement du regard de la loi vers les difficultés en résultant

---

16. Voir notamment les articles 221-4, 222-3, 222-8, 222-10, 222-12 à 222-14, 222-24, 222-28 et 222-29, 223-15-2, 225-7, 225-16-2, 311-4 et 312-2, du Nouveau Code pénal.

17. Sur cette loi, voir : S. DOUAY, *« La loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées L. n°2005-102, 11 févr. 2005 »* : J. C. P., 2005, act., 132.

18. Pour une compréhension environnementale du handicap, voir aussi les *« Règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées »* édictées par les Nations Unies et publiées en 1982 : *« Le handicap est fonction des rapports des personnes handicapées avec leur environnement. Il surgit lorsque ces personnes rencontrent des obstacles culturels, matériels et sociaux qui sont à la portée de leurs concitoyens. Le handicap réside alors dans la perte ou la limitation des possibilités de participer sur un pied d'égalité avec les autres individus, à la vie de la communauté »*.

pour les personnes handicapées, c'est-à-dire une limitation objective de leurs activités sociales, et notamment de leur communication avec les autres, qui est le premier handicap du handicap.

Cette définition prend en compte la double blessure vécue au quotidien par les handicapés, comme l'a bien observé un auteur dans ces termes : *« celle qui a endommagé leur corps, leur sens ou leur esprit, et l'autre, bien plus intolérable, que constitue le rejet dont ils sont victimes »*[19].

De plus, la loi reconnaît expressément le handicap lié à une altération psychique ainsi que le polyhandicap qui est un handicap grave à expression multiple, associant déficience motrice et déficience mentale sévère ou profonde, entraînant une restriction extrême de l'autonomie et des possibilités de perception, d'expression et de relations.

De cette définition légale du handicap, qui ressemble beaucoup à la définition générale de la vulnérabilité, à savoir une faiblesse trouvant son expression dans le rapport aux autres, il peut être déduit que ledit handicap est un facteur majeur de particulière vulnérabilité, car il crée au préjudice de la personne handicapée un désavantage et parfois une entrave dans ses relations avec les autres, qu'elle doit supporter et qui la mettent dans des situations de faiblesse caractérisée, auxquelles elle ne peut résister, car il faut rappeler avec un auteur que *« la vulnérabilité n'est pas simplement la faiblesse, elle est une faiblesse exposée à une force démeusurée »*[20].

Mais, en plus de ces causes physiologiques de faiblesse, notre époque contemporaine connaît, avec ampleur, des facteurs psychologiques, économiques, sociaux et familiaux, qui fragilisent la personne, qu'un auteur[21] qualifie de *« vulnérable »* dès lors qu'elle « *peut être blessée. Dans un premier sens, la blessure (vulnus) est synonyme de plaie, c'est-à-dire de lésion*

---

[19]. C. GARDOU, Fragments sur le handicap et la vulnérabilité. Pour une révolution de la pensée et de l'action, Éditions érès, collection Connaissances de l'éducation, janvier 2005, p. 18.
Dans le même sens, voir pour le point de vue d'un médecin psychiatre : C. ANDRÉ, Psychologie de la peur, craintes, angoisses et phobies, Éditions Odile Jacob, 2004, p. 306 : *« Toute forme de handicap visible par autrui peut faire ainsi le terrain de peurs sociales invalidantes : il existe par exemple des cas de phobie sociale secondaires à des maladies de Parkinson, où les patients développent une peur excessive du regard social sur leurs tremblements et leur incapacité »*.

[20]. X. PIN, *« La vulnérabilité en matière pénale »* : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., 2000, pp. 119 et s., spc. p. 122.

corporelle. Mais rapidement, y compris en latin classique, vulnerare revêt un sens figuré. On l'utilise, par exemple, pour l'atteinte portée à l'ordre public. Dès lors, le vulnérable est celui qui peut être blessé, au sens physique du terme, mais aussi au sens imagé, c'est-à-dire celui qui est susceptible d'être victime d'une atteinte portée à son patrimoine, à ses biens, à ses intérêts ».

De cette approche, il résulte que la vulnérabilité est une notion polysémique, subsumant des phénomènes d'origines variées et que le droit connaît, même s'il ne le dit pas expressément. Elle procède ainsi de plusieurs sources qui accompagnent les personnes dans toute leur vie, et qui peuvent conduire à des situations d'exclusion, accompagnées, en dehors des aspects purement matériels, de sentiments de solitude, d'ennui et de vide de l'existence.

LES FACTEURS DE LA VULNÉRABILITÉ

3. Compte tenu de la diversité et de la complexité des facteurs de la vulnérabilité, il est nécessaire de les présenter de la façon suivante : les origines psychologiques, les raisons économiques et sociales, et les paramètres familiaux. En effet, sans cette connaissance, il ne serait pas possible d'apprécier comment le droit appréhende la vulnérabilité, dont il se doit de traiter aussi bien les symptômes que les causes profondes.

Les origines psychologiques de la vulnérabilité

4. La capacité des individus à faire face aux problèmes de la vie dépend en partie de la façon dont ils perçoivent ou ignorent les solutions adéquates, de leur faculté d'accepter ou de rejeter le fait qu'il existe des difficultés insolubles à leur échelle, et de leur possibilité de conserver ou de reconstituer rapidement leur équilibre interne. La gestion des épreuves relève également

---

[21]. J. –P. CHAZAL, *« Vulnérabilité et droit de la consommation »* : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 243 et s., spc. pp. 243 et 244.

de notre histoire personnelle, et de la manière dont chacun de nous a été préparé et conditionné pour les affronter. Cet ensemble fait prendre conscience de notre plus ou moins grande vulnérabilité psychologique. Sans cette conscience, les hommes sont prisonniers des apparences, et ne peuvent voir que les ombres des choses.

La vie demandant de la force, il est fréquent, surtout pour une personne s'identifiant à une illusoire toute-puissance, de rejeter et même de renier sa propre vulnérabilité au lieu de l'intégrer, de l'accepter et de la gérer.

Le cadre de référence de chaque être humain comprend une multitude d'éléments inscrits dans sa mémoire consciente ou inconsciente, parmi lesquels se trouvent les messages de ses parents et de sa famille, les événements de son enfance, les conflits, les frustrations, les refus, les rancoeurs, les amours, les absences, les stéréotypes, les préjugés, et les contradictions oubliées ou refoulées.

Ce ne sont donc pas toujours les événements, qui sont en eux-mêmes dramatiques, c'est plutôt la façon dont ils sont ressentis, avec une perception de leurs conséquences qui change avec la structure psychologique propre à chaque personne. Ainsi, les personnes vivent leurs épreuves avec plus ou moins de facilité, suivant leur degré de vulnérabilité. En effet, les personnes psychologiquement vulnérables peuvent être, d'une manière simpliste et très imparfaite, intégrées dans l'un des trois groupes suivants.

Le premier groupe est composé de gens créatifs, généralement dotés d'une forte personnalité, qui sont conscients du pouvoir qu'ils ont sur eux-mêmes[22], dominent leur vie, devinent que la joie et la lumière proviennent d'eux, comprennent que le futur se prépare longtemps à l'avance, estiment que les problèmes rencontrés sont un appel à changer, et n'hésitent pas longtemps à effectuer un travail sur eux, car ils ressentent intuitivement qu'ils sont responsables de ce qui leur arrive. Ils réagissent de manière harmonieuse et intelligente, sans effort apparent, et en harmonie avec eux-mêmes. Ils sont parfois même capables de rejeter les sentiments qui les attristent ou les déprime, en pensant que lorsque le jour décline, ce n'est pas la nuit qui vient, mais ce sont les étoiles qui apparaissent. Comme un auteur l'a judicieusement observé, ils ont appris que « *les ruptures apportent, en même temps que des*

---

[22]. En ce sens, voir : B. STARCK, « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* » : R. T. D. civ., 1958, pp. 475 et s., spc. p. 484.

souffrances, une sorte de virginité, une possibilité de tout recommencer puisqu'on a tout perdu »[23]. Néanmoins, lorsqu'ils sont affligés d'une maladie grave, ils établissent une hiérarchie dans leurs besoins, qu'ils veulent tous satisfaire, et qui sont par ordre d'importance : la survie, la sécurité, la reconnaissance par les autres, l'estime et l'affirmation de soi. De plus, ils gouvernent parfois même leur mort, qui ne les prend pas en traîtres, en obéissant à leur horloge interne, et en admettant qu'elle ne soit pas un échec, mais un choix naturel. En se sachant vulnérables et en s'acceptant dans leur totalité, ils empruntent le chemin de la résolution de l'angoisse fondamentale de leur décès.

Le deuxième groupe d'individus est davantage le spectateur que l'artisan de sa vie. Là, la personne se résigne à l'évidence que des inconnus la dirigent et la maintiennent en dessous de ses véritables possibilités. Elle se pose en victime de forces extérieures, des autres ou des circonstances. Elle n'exerce généralement pas de métier gratifiant, et se trouve être complètement submergée par les difficultés de l'existence, qu'elle considère soit comme une malédiction venue de l'extérieur, soit comme une iniquité criante. Culturellement démunie, elle est souvent inapte à pouvoir contrôler sa représentation d'elle-même. Si ces personnes n'aiment généralement pas le droit parce que, selon un auteur, elles estiment « *que la loi ne les aide pas, mais les persécute, qu'elle permet les saisies, l'expulsion, la condamnation des vagabonds, des mendiants... »*, elles le trouvent « *injuste car il traite de la même manière les puissants et les misérables »*[24]. Ainsi, les individus de ce groupe vivent une existence sans harmonie, où les événements semblent conspirer pour que rien ne se passe correctement. Le passé comme l'avenir semblent leur manquer, si bien qu'ils se trouvent être plus vulnérables aux maladies[25]. Ces personnes désespérées, qui regardent défiler la vie plutôt que d'y participer, sont touchées par un sentiment d'impuissance, souvent consécutif à un changement de situation. Pour les hommes qui s'identifient plutôt à leur travail - fondement de leur dignité -, le licenciement ou la mise à la retraite constituent des épreuves conséquentes, parce qu'ils ont été élevés dans l'idée qu'ils devaient être des pourvoyeurs de fonds. En revanche, pour les femmes, les changements pathogènes sont plutôt d'ordre affectif, par exemple : divorce, départ des enfants. Les ruptures liées à leur vie affective leur provoquent souvent des drames

---

[23]. S. BARBARAS, La rupture pour vivre, Éditions Robert LAFFONT, Paris, 1997, p. 13.
[24]. S. DION-LOYÉ, Les pauvres et le droit, P. U. F., collection Que sais-je ?, 1997, p. 5.
[25]. S. SULTAN, M. FERRERI et A. ANDRONIKOF-SANGLADE, « *Non-observance, prise de risque et relation à soi : une autre lecture du concept de vulnérabilité »* : *in* R. JOUVENT (dir), La vulnérabilité, P. U. F., collection Monographies de psychopathologie, 2001, pp. 9 et s., spc. p. 10.

ou de douloureux traumatismes. D'après de nombreux sociologues, plus les individus sont dans une situation défavorable, moins ils sont capables de vouloir un changement, et de discerner ce que celui-ci pourrait leur apporter[26].

Le troisième groupe est plus hétérogène, parce qu'il comprend des êtres humains plutôt indécis, instables, et surtout faibles... qui ne savent pas se prendre en charge, qui se résignent à garder leurs vieilles habitudes même quand elles sont pénibles, et qui se trouvent effrayés ou démunis face à la nécessité de faire des choix souvent vitaux. Désunis par les conflits, ils naviguent dans le désarroi entre une extrême lucidité et une certaine confusion, et ils ont l'impression d'être moins précieux que les autres. Leur regret du passé et leur peur de l'avenir se mêlent pour encombrer leur présent de multiples angoisses. Un peu à la manière des vieux cultivateurs à qui le grand beau temps faisait souvent dire « *on va le payer* », ils connaissent le bonheur anxieux, c'est-à-dire qu'ils éprouvent une grande difficulté à savourer les bons moments et à se réjouir de leurs éventuelles réussites. Ils sont aussi l'illustration du phénomène du sabotage qui est l'un des mécanismes les plus étranges de la conduite humaine, dans les domaines personnel, professionnel ou social. Paradoxalement, ces individus, étant tous composés de plusieurs personnalités aux multiples tiroirs, prennent consciemment de bonnes décisions, mais leur inconscient travaille pour leur faire faire ce qu'il faut pour ne pas les mener à bien. Ainsi, pendant toute leur vie, ils n'accomplissent que des actions manquées. Ils se heurtent à leur propre mur, au lieu de passer par ou à côté de la porte ouverte.

Quels que soient, les groupes dans lesquels on tente de les classer, beaucoup de personnes présentent des failles, et se caractérisent par une grande vulnérabilité psychologique. Dans ce sens, une psychologue observe que « *nous sommes tous divisés entre une volonté sans bornes, des désirs pas toujours réalistes et cette limite que constitue le champ du possible. Nos souhaits, nos ambitions ne sont pas forcément adaptés aux exigences de l'offre et de la demande ambiantes* »[27].

Ainsi, tout le monde n'a pas les mêmes ressources morales, intellectuelles, affectives, physiques ou psychologiques pour affronter seul les épreuves de la vie. De plus, l'humanité étant compartimentée, et chaque compartiment étant lui-même divisé, les simples faits

---

[26]. R. GIROD, Les inégalités sociales, P. U. F., collection Que sais-je ?, 2ème édition 1993, p. 16.
[27]. I. TAUBES, « *Avoir confiance en soi* » : Psychologies, n° 99, juin 1992, pp. 24 et s., spc. p. 27.

d'appartenir à telle nationalité, à telle race, à telle classe sociale, au clan des riches ou des pauvres, d'épouser des idéaux politiques ou philosophiques et d'adopter des croyances religieuses imposent à l'homme son uniforme mental, en brimant ses possibilités générales, ses spontanéités, et même son intelligence, et lui inculquant des rétrécissements et des préjugés, dont il lui est très difficile de se défaire. Ces clivages conduisent à la séparation, à l'hostilité, à la compétition, aux conflits, à la vanité, aux échecs et à la souffrance.

Ces constatations sont d'autant plus préoccupantes que les sociétés industrielles fabriquent de plus en plus de marginaux rejetés par le machinisme et la mondialisation qui engendrent une grande vulnérabilité économique et sociale.

Les raisons économiques et sociales de la vulnérabilité

5. Longtemps considérée comme volontaire, marginale et individuelle dans nos sociétés d'abondance, la pauvreté, rebaptisée « *exclusion* », est devenue un phénomène social et familier.

Elle avive les angoisses de franges de plus en plus nombreuses de la population, qui sont inquiètes face au risque de se voir un jour prises dans le piège de la précarité, d'autant que même les familles aisées ne peuvent plus se vanter qu'un de leurs enfants ne sera pas un jour un fugueur, un drogué, un délinquant ou un révolté. Elle accompagne le sentiment presque généralisé d'une dégradation de la cohésion sociale.

La pauvreté, qui n'est pas forcément le synonyme de l'exclusion, semble avoir toujours menacé la condition humaine. Ce phénomène implique plutôt au premier chef des dimensions sociales et psychologiques, mais l'économie revêt une grande utilité, en analysant les transformations structurelles, les processus et les trajectoires susceptibles d'y conduire, à condition de ne pas oublier que, selon un auteur, *« l'exclusion n'est pas un concept de la théorie économique »*[28], qui se confond parfois avec « *l'économisme* »[29]. Cependant, cette

[28]. B. GAZIER, « *Implicites et incomplètes : les théories économiques de l'exclusion* » : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 42 et s., spc. p. 42.

position traditionnelle est aujourd'hui contestée, au motif que la science économique prend de plus en plus en considération des préoccupations d'ordre éthique.

Les raisons économiques de la vulnérabilité

6. Le chômage est généralement considéré comme le mécanisme premier, mais non exclusif, de la vulnérabilité économique, induite des modifications structurelles du système productif.

Ce n'est pas la seule forme d'exclusion, mais elle l'emporte par ses conséquences et son ampleur sur les autres, à commencer par l'épreuve identitaire et l'offense au moi de l'exclu, qu'elle impose à ceux qui en sont les victimes. Comme il rend le futur incertain, le chômage agit comme un révélateur de la vulnérabilité de la personne qu'il frappe, car il l'oblige à faire une sorte d'inventaire des ressources utilisables, et rend patents, chez certains d'entre eux des manques jusqu'alors refoulés ou travestis.

Depuis une vingtaine d'années, les restructurations industrielles, la recomposition des relations professionnelles, les redéploiements de l'appareil productif pour affronter la concurrence internationale, et le passage d'une conception taylorienne de l'organisation du travail à une société de l'intelligence ont entraîné la détérioration de la situation des couches les plus vulnérables de la population, se traduisant par une réduction drastique des emplois non qualifiés, une précarisation croissante des conditions de travail de groupes qui étaient jusque là intégrés, la remise en cause du modèle du contrat de travail à durée indéterminée, une modification de l'image de l'entreprise vécue comme une machine à précariser, une marginalisation croissante des chômeurs de longue durée privés de toute espérance crédible d'un retour à l'emploi, un commencement prématuré de la vieillesse, définie comme le temps du rejet dans le monde des improductifs, avec la dévalorisation de plus en plus précoce de la

---

[29]. A. EUZÉBY, « *La mondialisation de l'économie, source de vulnérabilité* » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 47 et s., spc. p. 54.

force de travail âgée, la renaissance d'îlots ruraux de pauvreté[30], et une augmentation de la population pénitentiaire[31].

Ainsi, le chômage touche désormais tous les milieux, tous les âges, tous les groupes sociaux et tous les territoires.

Les raisons sociales de la vulnérabilité

7. Les raisons sociales de la vulnérabilité comprennent deux volets essentiels, qui sont la persistance des inégalités sociales et l'aggravation des conditions de vie d'une grande partie de la population fragilisée par la montée du chômage.

30. D. RETAILLE, « *La territorialité des exclus, réconfort d'identité ou enfermement* » : *in* A. S. BAILLY (dir.), Terres d'exclusions, terres d'espérance, préc., pp. 17 et s., spc. p. 24.
31. T. GODEFROY, « *Nouvelle donne sur le marché du travail, nouvelle économie répressive ?* » : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 449 et s., spc. p. 451.

LA PERSISTANCE DES INÉGALITÉS SOCIALES

8. Aucune vie en société n'étant possible sans une spécialisation des positions et des tâches, la différenciation sociale est un fait universellement attesté[32]. Il en résulte des inégalités sociales, qui consistent en des répartitions non uniformes de toutes sortes d'avantages et de désavantages, sur lesquels la société exerce une certaine influence. Ces inégalités s'expliquent par la situation que les individus peuvent obtenir sur le marché du travail au sens large. Les personnes se procurent cette situation par l'argent ou en offrant leurs compétences. Selon l'importance des fonctions exercées, la rémunération est plus ou moins élevée, mais elle dépend également de l'abondance ou de la rareté des candidats à ce genre de profession, ainsi que du degré d'estime et d'agrément attachés à ce métier.

Parmi les nombreuses formes de différenciations sociales, les plus importantes sont au nombre de trois.

1°) Les pires des inégalités sont celles qui ont trait à la durée de l'existence, bien qu'elles se soient atténuées dans les pays développés, où l'espérance de vie moyenne s'allonge presqu'en permanence[33]. Cependant, les diverses fractions de la population n'en bénéficient pas toutes au même degré[34]. Les chances d'accéder le plus tard possible à la mort diffèrent selon les conditions de vie des intéressés, de leur travail, de leurs possibilités d'accès aux contrôles de santé et aux soins médicaux, de leur niveau culturel, de leurs comportements, du climat[35], et de facteurs génétiques.

2°) Les inégalités de participation au pouvoir perdurent pour trois raisons principales : premièrement, la progression de l'idéal démocratique est contrariée par le penchant autocratique de la classe dirigeante ; deuxièmement, les différences de revenus et de

---

32. En ce sens, voir : Y. GRAFMEYER, *« La ségrégation spatiale »* : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 209 et s., spc. p. 212.
33. En ce sens, voir : Y. CASTELLAN, La famille, P. U. F., collection Que sais-je ?, Paris, 5ème édition corrigée, 1996, p. 43.
34. En ce sens, voir : G. MENAHEM, *« Troubles de santé à l'âge adulte et difficultés familiales durant l'enfance »* : Population, 1992, pp. 893 et s., spc. p. 901.
35. G. JOHANET, « *L'égalité d'accès aux soins »* : *in* Conseil d'État, Rapport public 1998, Jurisprudence et avis de 1997, Réflexions sur le droit à la santé, Études et documents n° 49, La Documentation Française, pp. 429 et s., spc. p. 430.

patrimoines ont augmenté depuis les années 1980 ; troisièmement, il existe des disparités dans l'accès à de nombreux produits qui ne sont pas à la portée de tout le monde, et aux services publics traditionnels et de santé, qui ne desservent pas en pratique tous les milieux au même degré.

3°) Les inégalités des chances continuent d'exister dans le giron de l'école. En dépit des progrès accomplis dans la démocratisation des études, l'influence du milieu social d'origine se fait sentir dans la faculté de les réussir au sein d'établissements de niveau élevé, et dans l'aptitude à trouver un emploi, car si l'enseignement distribue des diplômes, il n'attribue pas les places. De plus, l'élévation des niveaux d'instruction s'avérant plus rapide que la croissance des parties supérieures de la pyramide des emplois, la société attribue à de plus en plus de personnes des fonctions inférieures à celles qu'auraient dû en principe leur valoir leurs diplômes.

L'AGGRAVATION DES CONDITIONS DE VIE D'UNE GRANDE PARTIE DE LA POPULATION FRAGILISÉE PAR LA MONTÉE DU CHÔMAGE DE MASSE

9. Un auteur définit la vulnérabilité sociale comme « *une zone intermédiaire, instable, qui conjugue la précarité du travail et la fragilité des supports de proximité* »[36]. L'inégale aptitude des individus à s'adapter aux mutations contemporaines est consacrée dans le relâchement des liens sociaux. Ce processus, qui augmente la vulnérabilité des personnes faibles, se manifeste dans la précarité des conditions de vie des chômeurs et dans la problématique du défaut de cohésion sociale en résultant.

Sur le premier point, il apparaît essentiel que derrière la peur collective de l'inactivité et le thermomètre du chômage, ce n'est pas seulement la crainte de se trouver privé d'emploi, c'est aussi le spectre de la précarité qui se dessine, avec l'angoisse de ne pas en sortir indemne, l'anxiété des ruptures et des régressions, ainsi que la résurgence de l'obsession d'avoir à vivre

[36]. O. MAZEL, L'exclusion le social à la dérive, Le Monde Éditions, Marabout, collection Le Monde poche, La Flèche (Sarthe), 1997, p. 65.

au jour le jour[37]. Cette situation est d'autant plus préoccupante que les premières victimes du chômage sont les personnes les plus faibles qui cumulent souvent plusieurs handicaps : revenus défaillants, médiocrité des conditions de logement et de santé, fragilité des réseaux de proches, participation incertaine à toute forme de vie sociale institutionnalisée. Mais la pauvreté et le niveau élevé du chômage affectent aussi l'ensemble de la société, en devenant ce que l'on a appelé la « *nouvelle question sociale* » menaçante pour l'ordre social et la cohésion des individus.

Sur le deuxième point, l'histoire récente révèle l'existence d'une France à deux vitesses, séparant ceux qui sont intégrés dans le monde du travail de ceux qui, n'ayant pas accès à l'emploi, deviennent des laissés pour compte.

Les manifestations concrètes de la fracture sociale sont au moins au nombre de quatre.

La première consiste dans l'apparition d'une angoisse collective, où de nombreuses personnes se considèrent déjà comme exclues, et dans laquelle beaucoup d'autres, dont la situation est instable, craignent aussi de le devenir.

La deuxième révèle une compression des classes moyennes, dont une partie bascule dans la pauvreté. En effet, en se généralisant, le chômage pèse durablement sur le niveau de vie des ménages, contribue à accroître leur précarité, souvent accentuée par le surendettement, et conduit au refoulement dans la sphère de l'inactivité et de l'assistance de nombreuses de personnes rejetées par l'appareil productif.

La troisième forme est l'émergence d'une impression de mobilité sociale descendante ressentie par une fraction majeure des classes moyennes et populaires et selon laquelle le futur réserverait un plus mauvais sort que le présent.

Le quatrième phénomène observé réside dans la crise des banlieues, où la démoralisation des jeunes des milieux modestes en quête d'identité face à un avenir qui leur semble bouché, est, au moins, partiellement à l'origine de la délinquance, de la destruction des espaces collectifs et de leurs affrontements avec la police. En effet, l'exclusion sociale est reconnue pour conduire à des situations de déviance, qui tombent sous le coup de la loi. Les nuits bleues des

[37]. En ce sens, voir : A. JACQUARD, Le souci des pauvres. L'héritage de François d'Assise, Éditions Calmann-

banlieues, qui sont un rappel périodique de ce désespoir, traduisent la fragilité des équilibres et trahissent une rupture importante de certains liens sociaux. En outre, la pauvreté, limitant les chances sociales, entraîne aussi fréquemment une désorganisation de la famille, qui conduit souvent à une plus grande vulnérabilité des personnes qui en sont membres.

Les paramètres familiaux et la vulnérabilité

10. Mailles essentielles du tissu social, les familles sont aujourd'hui considérées comme les lieux privilégiés de la prise en charge des besoins vitaux de leurs membres[38], alors que la sociologie, l'histoire et l'ethnologie démontrent qu'il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, la signification du terme *« famille »* a considérablement évolué selon les époques si bien que celui s'est appliqué tantôt à l'ensemble d'un groupe vivant sous un même toit et une autorité commune, tantôt aux seuls liens de sang, tantôt au seul couple marié ou non marié.

En tout état de cause, la solidarité familiale fait partie des solidarités privées qui interviennent dans différents cadres : associatif, corporatif, religieux etc, mais ce n'est qu'au sein de la famille qu'il existe des devoirs impératifs, qui apparaissent aussi bien dans les règles relatives au droit des régimes matrimoniaux, au droit du pacte civil de solidarité, au droit des successions, qu'aussi et surtout dans celles qui concernent les obligations alimentaires.

Cependant, la diversité contemporaine des structures familiales conduit à traiter d'abord du rôle important et non exclusif de cette catégorie de solidarité dans la protection des adultes vulnérables, puis du rôle essentiel et de plus en plus difficile du couple dans la protection des adultes vulnérables, et enfin des conséquences des ruptures familiales sur la vulnérabilité des adultes.

Le rôle important et non exclusif des solidarités familiales dans la protection des adultes vulnérables

---

Lévy, Paris, 1996, p. 112.

38. Sur tous ces paramètres, voir : P. BERTHET, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, Éditions L'Harmattan, Paris, 2000, pp. 10, 19, 23, 217, et 221.

11. Avec la crise de l'État-providence obligé d'évoluer d'une tradition universaliste à une pratique plus sélective[39], et des formes de protection collective, le rôle et l'importance de la solidarité familiale, perçus à travers le prisme de l'exclusion, sont de plus en plus reconnus. Tout en étant liée aux politiques sociales, l'entraide de la famille apparaît souvent comme un refuge contre l'insécurité, la vieillesse, et la maladie, si bien qu'en rupture avec la version moderniste du foyer nucléaire, l'idée d'une famille plus élargie tente de faire sa réapparition, avec la reconnaissance des vertus protectrices de la parenté, qui peut assurer aux personnes vulnérables, une présence au coeur de leur vie quotidienne et lors des phases essentielles de leur existence. Ses réseaux se manifestent au sein des membres de la famille restreinte[40], soit par un soutien domestique, soit par l'accès à autrui (pour trouver un travail, un logement ou s'introduire dans un circuit de troc), soit par des transferts financiers.

Cependant, la protection familiale n'est pas la panacée universelle, pour quatre raisons.

Premièrement, elle est relative, car elle dépend de l'importance de ses ressources.

Deuxièmement, elle est souvent *a minima*, en étant plus nécessaire dans les milieux exposés à des risques de précarisation, donc dotés de faibles ressources.

Troisièmement, l'insertion que la famille est susceptible de faciliter dépend de son milieu social, et tend parfois à enfermer le chômeur dans un univers limité.

Quatrièmement, l'entraide familiale repose sur un équilibre fragile des relations d'échanges entre parents, qui donne lieu à des rapports subtils, où la dépendance entre générations est déniée au nom de l'autonomie revendiquée par chacune.

Le rôle essentiel et de plus en plus difficile du couple dans la protection des adultes vulnérables

---

39. P. –H. IMBERT, « *Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels* » : Revue de droit public, 1989, pp. 739 et s., spc. pp. 745 et 747.
40. E. CRENNER, « *Famille, je vous aide* » : INSEE PREMIÈRE, n° 631, février 1999, pp. 1 et s., spc. p. 1.

11. Le législateur contemporain a consacré l'utilité majeure du couple puisqu'il a précisé dans l'article 1er de la loi n°94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille que « *la famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la nation* ». Cependant, depuis le rétrécissement du groupe familial, le couple, joue un rôle essentiel, sans lequel tout devient difficile, dans la volonté de protéger efficacement les adultes les plus vulnérables. Des auteurs éminents ont souligné son importance en écrivant que celui-ci « *demeure le lieu, pour longtemps encore, du renouvellement physique de la société* »[41]. « *Il est alors, en même temps le thème privilégié de ceux qui veulent maintenir ou réformer cette société* »[42]. Mais en plus de cette fonction de reproduction, la tendance majoritaire considère le couple comme le meilleur refuge pour se protéger d'un monde incertain, et lui assigne des missions aussi variées que la sécurité affective, la sécurité matérielle, les satisfactions sexuelles, intellectuelles, etc. Ainsi, par le couple, et en dehors des aspects sentimentaux et de la reconnaissance sociale, les conjoints ou les concubins tirent également un bénéfice financier, bien qu'ils n'en aient pas toujours conscience au début de leur union, mais qui leur apparaît clairement au moment où une séparation survient. Comme le souligne sagement le dicton populaire selon lequel on ne vit pas d'amour et d'eau fraîche, la vie commune permet généralement aux deux partenaires l'accès à un niveau de vie supérieur à celui auquel ils auraient pu prétendre s'ils étaient restés seuls. Cependant, le couple est devenu plus vulnérable qu'auparavant parce que, selon un sociologue, « *ses structures ont été soudainement et profondément bouleversées, et parce qu'il est devenu plus difficile à construire par les jeunes partenaires qui se lancent dans l'aventure de la vie à deux* »[43].

D'ailleurs, le concept de vie familiale, protégé sur la base de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)* », ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage, mais il peut englober d'autres relations *de facto*, a récemment rappelé la Cour européenne des droits

---

41. J. –B. d'ONORIO, note ss. C. E., Ass., 2 juillet 1982, Mlle R. : D., 1984, jur., pp. 425 et s., spc. p. 427.
42. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, 2ème édition, L. G. D. J., 1993, p. 9, n° 8.
43. J. –C. KAUFMANN, Sociologie du couple, P. U. F., collection Que sais-je ?, 2ème édition corrigée, 1995, p. 3.

de l'homme[44]. En effet, si, pour les juristes, la famille était traditionnellement basée sur le couple marié et les relations entre époux, cet ancien modèle s'est estompé au profit de celui de l'union libre dans laquelle les jeunes hétérosexuels ou homosexuels font leur apprentissage du couple. Cette évolution vers la pluralité des formes familiales trahit la fragilité de la conjugalité. Ainsi, les couples sont aujourd'hui soumis à un risque globalement élevé de rupture, mais dont l'évolution diffère, selon que ceux-ci sont unis par les liens du mariage ou du concubinage. Alors que les ruptures après un mariage restent pratiquement constantes, les ruptures sans mariage augmentent, ce qui est inquiétant pour ceux qui en sont victimes, parce que les séparations, les divorces et les dissociations familiales sont des sources importantes de vulnérabilité des personnes.

[44]. C. E. D. H., 22 avril 1997 : D., 1997, jur., pp. 583 et s., note S. GRATALOUP.

Les incidences des ruptures familiales sur la vulnérabilité des adultes

12. Alors que l'intégration familiale constitue un soutien à la crise de statut qu'est le chômage, les ruptures conjugales contribuent au risque d'exclusion par l'appauvrissement qui en résulte, mais encore en raison de l'isolement, du sentiment de solitude, de la perte de sociabilité, de soutien et d'insertion qu'elles provoquent[45]. D'ailleurs, un sociologue a judicieusement écrit que « *ne pas appartenir à un tissu de relations familiales, à un réseau de sociabilité et de solidarité privé, est ainsi construit comme risque solitude, en quelque sorte* »[46]. Les rapports entre chômage et rupture conjugale sont très étroits, l'un entraînant l'autre et réciproquement pour accroître les inégalités sociales et provoquer des situations de précarité et d'exclusion sociale.

Bien que la loi civile n'oblige pas les hommes et les femmes à s'accoupler, la solitude conjugale est un facteur capital de vulnérabilité personnelle, même à l'âge de la maturité, et surtout lorsqu'elle est subie. Ainsi, elle justifie que la société confère à ceux qui vivent à deux un statut plus favorable qu'à ceux qui vivent seuls[47]. Pour tenter d'atténuer cette solitude et d'alléger le fardeau supporté par la solidarité extra-familiale, l'article 23 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, assigne à la famille un rôle essentiel, puisqu'il prévoit que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État* »[48].

En plus de ses fondements institutionnels et politiques, cette règle repose sur la lutte contre la fragilisation des adultes les plus vulnérables, parce que plus le capital économique et relationnel des individus est élevé, moins le stress post-séparation est destructeur, et que corrélativement pour les personnes déjà touchées par d'autres vulnérabilités, les ruptures familiales ne font d'abord qu'accroître leur dépendance en leur retirant une source de

---

45. G. POUSSIN et E. MARTIN-LEBRUN, Les enfants du divorce. Psychologie de la séparation parentale, éditions Dunod, Paris, 1997, p. 86.

46. C. MARTIN, *« Trajectoires post-divorce et vulnérabilité »* : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 172 et s., spc. p. 172.

47. En ce sens, voir : J. HAUSER, « *Couple et différence de sexe* » : *in* C. BRUNETTI-PONS (dir.), La notion juridique de couple, préc., pp. 95 et s., spc. p. 111 ; F. MONÉGER, « *Pacte civil de solidarité (PACS). Aspects sociaux* » : J. C. P., éd. N., 2000, famille, pp. 452 et s., spc. p. 452 .

protection. En effet, l'un des effets à long terme de la vie au sein d'une famille dysfonctionnelle est l'insécurité, une grande partie de la codépendance se produisant parce que les personnes vulnérables ne se sentent pas en sécurité dans leurs relations. De plus, les ruptures familiales créent des remous intérieurs et déstabilisent profondément aussi bien les hommes que les femmes. Ce n'est pas sans raison que les psychologues estiment qu'elles constituent encore plus que l'emprisonnement, la mort d'un parent proche, le licenciement, ou la mise à la retraite, l'un des stress majeurs pouvant menacer leur équilibre personnel et parfois même conduire les plus fragiles vers le suicide[49].

Les religions et l'éthique, ayant pris la mesure de l'ampleur des problèmes liés à la vulnérabilité des individus, proclament la nécessité d'une lutte de tous les jours contre la marginalisation des blessés de la vie, et enseignent que toute société doit répondre d'une manière ou d'une autre aux difficultés qu'elle soulève en son sein[50].

13. Cette volonté protectrice assigne au Droit, art du juriste et du juge, la mission ancestrale de concilier l'inégalité factuelle des hommes et leur égalité juridique, et par voie de conséquence la vocation à combattre la vulnérabilité sous toutes ses formes, en n'oubliant pas que s'il accomplit des progrès substantiels, ceux-ci supposent également des réformes des structures politiques, économiques et sociales, et une évolution des mentalités. Pour accomplir cette tâche exaltante, le Droit a mis en œuvre de multiples moyens, avec des fortunes diverses, mais la recette miracle n'existe pas. Comme un auteur l'a justement souligné, ces voies *« ont toutes leur valeur à condition de ne pas les croire infaillibles : ici comme partout le droit et les institutions ne sont pas des potions magiques »*[51].

Face à la diversité des sources de la vulnérabilité, le Droit est successivement intervenu, d'une manière très hétéroclite, dans trois domaines principaux.

Tout d'abord, et depuis l'Antiquité, le droit civil se préoccupe des vulnérabilités tenant à la famille puisqu'il traîte des ruptures de couples, en distinguant, d'une part, celles concernant

---

48. Dans le même sens, voir la Charte sociale européenne du 18 août 1961 ratifiée par la France le 23 décembre 1972.

49. P. SURAULT, « *Nuptialité, divortialité et suicidité : des ruptures à rapprocher ?* » : Population, 1992, pp. 1042 et s., spc., p. 1042.

50. G. PROCACCI, *« La naissance d'une rationalité moderne de la pauvreté »* : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 405 et s., spc. p. 405.

51. P. MALAURIE, *"Préface"* : *in* S. DION-LOYE, Les pauvres et le droit, préc., p. 3.

les couples mariés où les règles émanant du droit des régimes matrimoniaux, du droit du divorce, et du droit des successions et des libéralités sont à la fois traditionnellement nombreuses et protectrices, et d'autre part, celles se rapportant aux concubins qui ont été successivement soumis au statut de seconde zone du concubinat romain, à l'hostilité du droit canonique, à l'ignorance du Code civil, à la volonté de la jurisprudence du XXème siècle de protéger les victimes les plus vulnérables en faisant notamment appel aux ressources du droit des obligations, et maintenant aux dispositions qui ont instauré le pacte civil de solidarité, à un tel point d'ailleurs qu'un auteur célèbre a pu légitimement écrire qu'au moment de son bicentenaire, le Code civil *« devient de moins en moins le fameux Code des biens pour être de plus en plus le Code des personnes »*[52].

Ensuite, et plus récemment, le Droit a souhaité protéger les personnes de la pauvreté, ce qui était, et demeure, particulièrement bienvenu, puisque sous l'Ancien Régime, les pauvres n'avaient pas de droits, ils n'avaient que des devoirs. La Révolution de 1789 a modifié cette conception, en instituant les droits de l'homme, qui seront ultérieurement traduits par l'octroi de moyens d'existence tels que la Sécurité sociale, les minima sociaux, les allocations familiales, le revenu minimum d'insertion, par le renforcement du droit au logement, par la tendance du droit du travail à protéger les salariés, par la vocation du droit de la consommation à renforcer les droits des consommateurs, par le droit fiscal qui favorise les administrés les plus démunis, et par la procédure civile qui met en œuvre des techniques profitant aux justiciables les plus défavorisés.

Enfin, le droit des incapacités est, par essence, celui qui assure directement la protection des personnes[53] les plus vulnérables, sur le plan psychologique. Sa mission est d'autant plus importante et difficile qu'à la différence du droit antique, le droit positif fait de tous les hommes des personnes et leur reconnaît à tous la personnalité juridique. D'ailleurs, la doctrine traditionnelle identifie les notions de sujet de droit et de personne, en consacrant l'idée selon laquelle l'homme est une personne en tant qu'il est sujet de droits et d'obligations, alors que comme un auteur l'a judicieusement montré, si l'être humain est une catégorie biologique ou philosophique, la personne n'est qu'un point d'imputation fictif d'obligations et de droits et

---

52. B. BEIGNIER, *« La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial »* : Dr fam., mars 2002, chron., n°5, pp. 4 et s., spc. p. 4.
53. G. MARTY et P. RAYNAUD, Les personnes, 3ème édition, Sirey, 1976, p. 629, n° 504.

que celui-ci ne peut en aucun cas être confondu avec celle-ci[54]. Un autre auteur a d'ailleurs déduit de cette différence fondamentale que la personne peut soit subsister lorsque l'être humain est absent ou mort, soit disparaître même si l'être humain est vivant et présent. Ces décalages sont manifestes en cas de déclaration d'absence ou lors des diagnostics précoces de la mort[55].

Dans les titres IX, X et XI de son livre intitulé *« Des personnes »*, le Code civil de 1804 avait réglementé les principales institutions qui étaient en rapport avec les incapacités : autorité parentale, tutelle, protection des majeurs, et il avait inclus, jusqu'à la loi du 18 février 1938, les femmes mariées dans le cercle des incapables.

14. Avec pour objectif de réduire le moins possible l'étendue de la personnalité juridique des personnes les plus vulnérables, le Code civil du XXI^{ème} siècle distingue deux catégories d'incapables : les mineurs non émancipés et les majeurs, dont l'altération des facultés mentales ou corporelles médicalement établie, résultant de la maladie, de l'infirmité ou de l'affaiblissement dû à l'âge, qui relèvent d'un régime de protection continue, prévu par la loi n°68-5 du 3 janvier 1968, et adapté tant à la gravité de ladite altération, -selon les cas, ils seront sous sauvegarde de justice[56], sous curatelle ou sous tutelle-, qu'à leurs besoins de protection, dont la satisfaction est surveillée et contrôlée par le juge des tutelles, personnage central du système, qui dispose d'importants pouvoirs de contrainte et par le procureur de la République qui peut les visiter ou les faire visiter et qui a l'obligation de faire procéder aux actes conservatoires. C'est d'ailleurs ce qu'un auteur a résumé en écrivant qu'il s'agit de l'*« une des caractéristiques traditionnelles de notre droit de confier le soin de la protection des incapables à l'autorité judiciaire »*[57]. Ainsi, le législateur français, imprégné de l'idéal des droits de l'homme, érige la liberté en principe et ne restreint qu'avec circonspection la capacité des personnes, parce que c'est diminuer leur personnalité, dont la plénitude est déjà en elle-même une liberté civile. De plus, toute protection, même si elle procède des meilleures

---

54. H. KELSEN, Théorie pure du droit, L. G. D. J. et Éditions Bruylant, 1999, p. 173.
55. M. IACUB, Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique, Éditions EPEL, 2002, p. 197.
56. Observation est ici faite que la sauvegarde de justice est plutôt un régime de protection sans incapacité, puisqu'elle laisse au majeur qui y est soumis la possibilité de conclure tous les actes de la vie civile, une protection lui étant néanmoins assurée contre les actes lésionnaires ou excessifs qu'il pourrait passer.
57. J. MASSIP, Les incapacités (Étude théorique & pratique), Éditions Répertoire du notariat Defrénois, 2002, p. 646, n°746.

intentions, peut aliéner les incapables en les présumant étrangers à l'univers des personnes raisonnables et en risquant, plus ou moins, de les infantiliser.

15. De ces idées découlent trois conséquences.

Premièrement, l'article 1123 du Code civil qui dispose que *« Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi »*[58], a une importance symbolique considérable. Ainsi que le fait judicieusement remarquer un auteur, cette phrase « *résume en effet en quinze mots l'essentiel de la philosophie du législateur en matière d'incapacité : la capacité est un principe, l'incapacité est une exception qui doit être strictement entendue* »[59], bien que parfois cette assertion soit démentie par notre jurisprudence, qui avait, par exemple, interprété extensivement l'énumération des actes interdits au prodigue par l'ancien article 513 du Code civil. Mise à part cette réserve, il demeure que l'article 1123 du Code civil, empreint d'une atmosphère de liberté et d'égalité civiles, a pour conséquence essentielle qu'il ne peut exister d'incapacité qu'en vertu d'une loi.

Deuxièmement, la notion d'incapacité étant une notion large, deux techniques de protection des incapables sont concevables. La plus souple prive l'incapable de la possibilité d'exercer lui-même ou d'exercer seul certains droits sans lui enlever ces droits eux-mêmes : l'incapacité est dite alors d'exercice. La plus dure ôte à l'incapable certains droits ou lui interdit purement et simplement certaines activités juridiques. Si la première technique est heureusement nettement plus utilisée que la seconde qui est tout à fait exceptionnelle, on rencontre encore cette dernière :

- en matière de mariage où l'âge pour convoler est de 15 ans pour la femme et de 18 ans pour l'homme (article 144 du Code civil) ;

- en matière de libéralités : le mineur âgé de moins de 16 ans ne peut pas disposer (article 903 du Code civil) ; incapacité de recevoir des personnes visées aux articles 909 du Code civil et

---

58. Ce principe est rappelé d'une manière générale par l'article 488 du Code civil qui dispose que : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile* », et dans le domaine de la vente par l'article 1594 du Code civil qui prévoit que : « *Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre* ».

59. H. PÉRINET-MARQUET, « *Contrats et obligations. Capacité de contracter* » : Jur. -Cl. civ., art. 1123 à 1125-1, fasc. B., 8, 1993, p. 3, n°1 ; T. FOSSIER, *« Mémoire pour servir à l'histoire d'une loi future…1re partie »* : Dr fam., juin 2002, chron., n°12, pp. 4 et s., spc. p. 5.

L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles, incapacité limitée de recevoir des officiers d'un bâtiment maritime (article 995 du Code civil) ;

- dans le droit de l'assistance médicale à la procréation, réservée à l'homme et à la femme formant un couple et en âge de procréer (article L. 2141-2, alinéa 3, du Nouveau Code de la santé publique) ;

- en matière de vente : incapacité d'acheter de certains intervenants à la vente pour éviter un certain nombre d'abus et une confusion préjudiciables à la sécurité juridique (articles 1596 et 1597 du Code civil, article 711 de l'ancien Code de Procédure civile) ;

- en matière contractuelle : incapacité du tuteur de passer des conventions avec le mineur (articles 450 et 907 du Code civil) ; incapacité des administrateurs et du personnel des HLM (article L. 423-10 du Code de la construction et de l'habitation) ; incapacité du personnel de certains hôpitaux (article 1125-1 du Code civil) ; incapacité variable des personnes morales : le législateur cantonne leur action dans la limite de leur objet ;

- en matière pénale : caractère automatique de nombreuses interdictions, déchéances et incapacités résultant de plein droit de certaines condamnations particulières, mais les juges peuvent cependant en ordonner le relèvement soit au moment du prononcé de la condamnation, soit ultérieurement (article 132-21, alinéa 2 du Nouveau Code pénal). Aux termes de l'ancien article 29 du Code pénal, quiconque avait été condamné à une peine criminelle était pendant la durée de sa peine en état d'interdiction légale. Une telle sanction n'a plus aujourd'hui un caractère automatique. Toutefois, le jugement ou l'arrêt de condamnation peut toujours assortir la peine de la privation des droits civils ;

- et en matière politique : mineurs privés du droit de vote.

Troisièmement, si comme le souligne un auteur, « l'incapacité fait partie de la grosse artillerie juridique et ne doit être utilisée, sous son nom ou sous un autre, que dans le strict domaine où elle est nécessaire »[60], son caractère exceptionnel, qui exigerait, selon un autre auteur, la construction d'une théorie de la représentation légale des incapables[61], conduit à se demander

60. J. HAUSER, *« La notion d'incapacité »* : Petites affiches , n° 164, du 17 août 2000, pp. 3 et s., spc. p. 8.
61. T. FOSSIER, *« La représentation légale des incapables, une théorie à construire »* : Dr fam., mai 2004, études, n°10, pp. 6 et s.

si le droit positif protège suffisamment les adultes vulnérables afin de leur éviter d'être assujettis à un régime de protection continue, et de devenir, par voie de conséquence, des incapables majeurs.

En raison de la multitude des textes applicables dans des domaines très diversifiés, la réponse à cette question est à rechercher dans une appréciation d'ensemble de ceux-ci.

Soit, le droit des adultes capables ne prend pas assez en compte leur vulnérabilité, et l'incapacité demeure, malgré les apparences textuelles, la technique la plus appropriée pour leur apporter le soutien dont ils ont besoin.

Soit, le droit des adultes capables assure une protection adaptée à leur vulnérabilité, et dès lors, le champ d'application du régime des incapables majeurs peut encore être restreint.

D'une manière générale, il peut, d'ores et déjà, être soutenu que le droit applicable aux adultes vulnérables repose sur une unité de pensée du législateur et de la jurisprudence, qui instituent, sans toujours l'exprimer clairement, le principe de leur protection généralisée.

Cependant, si l'existence de ce principe ne fait aucun doute, le degré actuel de protection juridique des adultes vulnérables mais capables nécessite des perfectionnements techniques qui ne peuvent que contribuer à réduire le champ d'application des incapacités.

Cette théorie se vérifie dans tous les domaines où le Droit, en tant que science de la vie, s'intéresse à la vulnérabilité des adultes, qu'il appréhende en fonction de ses causes.

16. Tantôt, les origines de la vulnérabilité se situent en dehors du cadre familial, elles sont, soit psychologiques, soit économiques et/ou sociales. Ces hypothèses seront regroupées sous l'appellation de vulnérabilités extra-familiales.

Tantôt, les sources de la vulnérabilité proviennent des ruptures vécues par les adultes vivant en couple. Ces cas seront regroupés sous la dénomination de vulnérabilités familiales.

Ainsi, dans une première partie, qui sera consacrée aux vulnérabilités extra-familiales, nous montrerons comment le Droit prend d'abord en considération la vulnérabilité psychologique des individus, même si la résolution des problèmes y afférents relève plutôt des sciences

médicale ou psychologique, puis de quelle façon, il lutte contre les vulnérabilités économiques et sociales, dont sont victimes de plus en plus de nos concitoyens.

Dans une deuxième partie qui concernera les vulnérabilités familiales, notre propos nous conduira à voir comment le Droit vise à atténuer les conséquences des ruptures des couples non mariés et des couples mariés, qui ne font qu'accroître les autres vulnérabilités des adultes déjà faibles.

Ces deux parties démontreront le bien fondé de l’assertion selon laquelle il convient de perfectionner la protection dont bénéficie déjà les adultes vulnérables mais capables afin qu’ils ne deviennent pas incapables.

PREMIÈRE PARTIE LE DROIT ET LES VULNÉRABILITÉS EXTRA-FAMILIALES

17. *« Notre société est de plus en plus génératrice de vulnérabilité, de situations susceptibles de produire des dommages. Si la vulnérabilité des personnes n'est pas nouvelle, celle résultant du contexte économique et social tend à se développer. Comment le droit doit-il réagir face à de telles situations ? Doit-il les ignorer ou au contraire les appréhender ? C'est en faveur de cette dernière réaction que le droit positif s'est orienté »*[62].

En effet, le droit des adultes vulnérables mais capables a pour objectif essentiel de tous les protéger, leur utilité n'étant liée au travail ni corrélée à la possession de biens matériels. D'ailleurs, toutes les personnes sont tantôt dominantes tantôt dominées selon les partenaires, les circonstances, les lieux etc., mais la détermination des plus vulnérables d'entre elles a évolué. Les faibles d'hier, qui n'ont pas disparu, étaient plutôt caractérisés par l'âge, le sexe et la condition sociale[63]. Ils étaient plus exposés que les forts aux violences ou à l'abus d'autorité. Les faibles d'aujourd'hui, moins structurés qu'autrefois par les repères éducatifs et les valeurs morales, sont différents, mais ils ont en commun d'être généralement sous la domination d'un professionnel à la fois plus puissant et mieux informé qu'eux : salarié face à son employeur, débiteur surendetté, usager des banques, locataire d'un appartement, acquéreur d'une maison individuelle, télé-acheteur, consommateur démarché à domicile etc…

Bien que le XX^{ème} siècle ait apporté à la majorité d'entre nous la santé, le confort, la longévité et une sécurité sans rapport avec ceux dont bénéficiaient nos grands parents, le cumul des vulnérabilités chez les personnes fait désormais partie de ces situations intolérables, qui présentent des risques intéressant toute la société dans son entier.

D'un point de vue général, et comme conséquence du droit pour chacun à sa personnalité juridique[64], le Droit reconnaît de plus en plus l'identité des individus[65], qui est composée de

---

62. Dépliant de présentation du Colloque Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. Faculté de Droit de Grenoble. Centre de Droit fondamental. Jeudi 23 mars 2000.

63. Selon la triologie de l'article 1112 du Code civil : « *Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».*

64. Article 16 de la Convention européenne des droits de l'homme.

65. F. VASSEUR-LAMBRY, *« L'identité de la personne humaine »* : Petites affiches, n°91, du 6 mai 2004, pp. 5 et s., spc. p. 9.

leur nationalité, de leur nom, de leur domicile, de la tenue des registres de l'état civil, et de leurs empreintes génétiques[66].

Plus spécifiquement, et dans la mouvance contemporaine tendant à l'humanisation de l'exclusion, le droit des adultes vulnérables mais capables les protège en atténuant leurs vulnérabilités psychologiques (Titre I), d'une part, et en luttant contre leurs vulnérabilités économique et sociale (Titre II), d'autre part[67].

Certes perfectibles, ces protections permettent le plus souvent aux adultes vulnérables d'être capables et de le demeurer.

---

66. L'article 16-11 du Code civil, modifié par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, pose en principe l'interdiction du prélèvement sur le défunt dans le cadre du procès en filiation, sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant.

67. X. PIN, « *La vulnérabilité en matière pénale* » : *in* F. COHET-CORDEY, (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 119 et s., spc. p. 125 ; S. VICENTE, « *Vulnérabilité et droit des biens* » : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 65 et s., spc. p. 65.

TITRE 1
L'ATTÉNUATION DES VULNÉRABILITÉS PSYCHOLOGIQUES PAR LE DROIT

18. Personne n'aime être ignoré, blessé ou traité comme s'il n'avait pas d'importance.

Bien que tout adulte ait droit à son intégrité physique et mentale[68], et que le sentiment d'invulnérabilité soit souvent invoqué comme responsable de la prise de risques inutiles, les vulnérabilités psychologiques sont souvent mal perçues tant dans notre société qui les voit comme des traits féminins, indignes d'un homme ou de toute personne ayant réussi qu'au niveau de l'amour propre de la personne qui n'aime généralement pas se sentir faible.

En outre, l'identification de l'homme à sa vulnérabilité peut faire d'un individu une victime du monde, sans cesse blessée ou exploitée par les autres, réagissant avec une sensibilité excessive à toutes les situations et se révèlent incapable de se protéger, ou de satisfaire ses besoins.

Parmi les thérapeutiques susceptibles de contribuer à la diminution des vulnérabilités psychologiques, on peut se demander quelle est la part du Droit parmi les sciences humaines ?

En effet, si le juriste se contente de se référer aux apparences, le droit positif ne semble pas se préoccuper des vulnérabilités psychologiques des individus, car il est fréquent de souligner que ce n'est pas son rôle.

Mais, s'il approfondit l'analyse, il constate que le bonheur de chacun a pour limite les droits d'autrui, et que l'ensemble du Droit, en n'acceptant pas l'inacceptable, lutte contre l'insoutenable et participe au triomphe de l'humanisme, au contraire de certaines personnes qui capitulent devant les génocides, les infanticides, les crimes sexuels, le suicide, la drogue, l'alcoolisme, le sadisme, etc., en soulignant que « *ça a toujours existé* » et en précisant que ces

faiblesses marquent, à leur manière, la fin de l'Histoire et l'aboutissement ultime de la société occidentale.

Dans cette mouvance, un auteur parle même d'un « *droit thérapeute* »[69].

Cette étude est nécessaire, car le propre de tout esprit humain aimant et responsable réside dans son désir de repousser le sommeil des solutions de facilité. Ainsi, à l'instar des idées reçues, le juriste humaniste pense que le Droit peut devenir un phare dans l'obscurité où vivent adultes les plus vulnérables, car ainsi que le souligne un auteur, « *aussi difficile et délicat soit-il, le propos du juriste s'impose néanmoins puisque le droit aussi, est parole* »[70], et que la puissance du verbe sur l'organisme peut provoquer une grande influence : elle peut stresser, provoquer des tensions, mais aussi rassurer. Dans le même sens, un autre auteur observe également qu' « *on ne peut, et c'est bien malheureux, attendre du droit qu'il accomplisse des miracles. Qu'au moins il contribue à éviter le pire* »[71].

En parcourant son chemin au travers de quelques branches juridiques, le juriste s'aperçoit que le Droit tend à atténuer réellement les vulnérabilités psychologiques des individus, en les encourageant à lutter pour le bien, en leur permettant d'éradiquer le négatif et le scepticisme qui sont en eux, en les incitant à penser qu'ils sont intérieurement plus riches qu'ils ne pensent, et en donnant ainsi un sens à leur vie, par le triomphe de la lumière sur les ténèbres.

Ce faisant, le Droit renforce indirectement la capacité des adultes vulnérables, en prenant en compte leurs vulnérabilités psychologiques deux manières.

Premièrement, il consacre une éthique de la vie privilégiant le respect de chacun (Chapitre 1).

Deuxièmement, il assure d'une manière générale la protection de leur consentement et de leur santé (Chapitre 2).

---

68. Article 3 1. de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.
69. M. –H. RENAUT, « *De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires* » : Les petites affiches, n° 14, du 2 février 1998, pp. 5 et s., spc. pp. 6 et 10.
70. C. LABRUSSE-RIOU, « *Couple et lien affectif* » : in C. BRUNETTII-PONS (dir.), La notion juridique de couple : préc., pp. 75 et s., spc. p. 77.
71. J. NORMAND, « *La notion juridique de couple. Rapport de synthèse* » : in C. BRUNETTI-PONS (dir.), La notion juridique de couple, préc., pp. 140 et s., spc. p. 148.

CHAPITRE 1
LA CONSÉCRATION DU RESPECT DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES

19. De notre plus jeune âge jusqu'à nos derniers jours, notre quotidien est fait de relations avec les autres. Pour être réussies, elles exigent un esprit tolérant, au motif que les humains sont au fond plus semblables que dissemblables.

Avec la confiance en soi, le sens du partage, le sentiment de justice, et l'autonomie, le respect de la personne constitue l'une des valeurs essentielles de la société contemporaine[72]. Ne pas l'avoir est pour celui qui en est atteint un handicap psychologique dans toutes les circonstances de la vie. À cet égard, un auteur a judicieusement résumé la situation en écrivant que : « l'humain n'est humain que s'il est responsable, tolérant, compatissant, soucieux des faibles et des démunis, c'est-à-dire que s'il reconnaît ses devoirs autant qu'il réclame ses droits »[73].

De plus, si le respect est une dimension de notre personnalité éminemment mobile, plus ou moins haute, plus ou moins stable, il permet à l'autre d'être reconnu comme une fin et non comme un moyen utilisé pour son propre intérêt. Cette observation est d'autant plus importante que, pour un auteur, « les bases du respect de soi, c'est-à-dire la possibilité de développer ses potentialités, ses aspirations, et de leur voir reconnaître une valeur à la fois publique et personnelle »[74] sont très fragiles et parfois inexistantes chez les adultes vulnérables.

En outre, le respect exclut l'idée perverse selon laquelle les forts et les grands se doivent de dominer les faibles et les petits, qui font tous partie les uns et les autres de l'espèce humaine. Il

---

72. V. DESCOMBES, « *Louis DUMONT ou les outils de la tolérance* » : Esprit, juin 1999, pp. 65 et s., spc. p. 66 ; L. DUMONT, *« Tocqueville et le respect de l'autre »* : Esprit, juin 1999, pp. 82 et s., spc. p. 85.
73. P. GABOURY, Je n'ai droit à rien, clameur des droits, silence des devoirs, Éditions de Mortagne, 1996, p. 75.

lutte contre le désir fréquent de l'homme d'asservir l'autre, en exploitant son travail sans dédommagements, en l'utilisant sexuellement sans son consentement, en s'appropriant ses biens, en l'humiliant, en lui infligeant des souffrances, en le martyrisant et à l'extrême limite en le tuant.

Enfin, le respect résulte de toute l'éducation que chacun a reçue[75], et il a besoin d'être régulièrement alimenté tout au long de la vie.

La consécration du respect de l'ensemble des personnes par le Droit est importante pour celles qui sont psychologiquement vulnérables, car les traiter comme des sujets capables, c'est les reconnaître remplies d'espoirs, avec leurs dons et leurs disgrâces. En effet, pour protéger ceux qui ont perdu toute estime pour eux-mêmes, le devoir du Droit est d'enraciner le respect de soi dans l'esprit de chaque citoyen. Qui plus est, cette consécration juridique du respect assure la vénération de l'individu lui-même, et de l'ensemble de ses semblables. Ainsi, la primauté de l'idée de respecter les personnes psychologiquement vulnérables transparaît tant dans les fondements du droit des personnes (SECTION 1), que dans le droit pénal (SECTION 2).

SECTION 1
LES FONDEMENTS DU DROIT DES PERSONNES ET LES VULNÉRABILITÉS PSYCHOLOGIQUES

20. Comme toute société humaine dépend, pour sa formation et son maintien, de normes reconnues par ses membres comme supérieures et inviolables, le droit des adultes vulnérables mais capables repose sur deux fondements juridiques essentiels : la suprématie de la personne

---

74. C. AUDARD, « *La démocratie rêvée* » : *in* C. AUDARD (dir.), Le respect. De l'estime à la déférence : une question de limite, Éditions Autrement, Série Morales, n°10, Paris, 1995, pp. 177 et s., spc. pp. 179 et 180.
75. T. PERLES, « *L'enfant dans les vicissitudes des névroses conjugales* » : Les petites affiches, n° 118, du 1er octobre 1997, pp. 15 et s., spc. p. 15.

au sein de l'ordre juridique (§ I), et la prédominance d'une philosophie privilégiant la vie fondée sur l'égalité (§ II).

§ 1 - LA SUPRÉMATIE DE LA PERSONNE AU SEIN DE L'ORDRE JURIDIQUE

21. L'idée de la suprématie de la personne au sein de l'ordre juridique est née de la distinction romaine fondamentale personnes/choses (A), mais elle a été confortée par l'apparition récente de la notion de dignité de la personne consécutive aux atrocités commises par des êtres humains sur d'autres êtres humains lors des deux dernières guerres mondiales (B).

A - LA DISTINCTION FONDAMENTALE PERSONNES/CHOSES

22. La distinction millénaire que le Droit fait régner entre les personnes et les choses est fondée sur le sens commun qui suffit à faire reconnaître que le corps humain n'est pas une chose mais la personne, une et indivisible, et à conférer la personnalité juridique à tout être humain vivant.

Ainsi, le droit à la personnalité juridique des personnes, sujets de droit, les sépare radicalement de l'ordre des objets inanimés ou des animaux. C'est ce qu'exprime l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme aux termes duquel : « *Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* ». Dans un raccourci saisissant d'intensité, ce texte résume toutes les autres règles du Droit.

23. Cependant, la personnalité juridique, qui se définit comme l'aptitude de tout être humain à la qualité de sujet de droit et à la jouissance d'un certain nombre de droits qualifiés de civils,

ne doit pas rester une abstraction, mais elle nécessite d'être mise en oeuvre concrètement. Il en résulte que s'il n'y a pas de droit sans titulaire[76], il n'y a pas non plus d'être humain sans droit.

24. Sous l'influence de préoccupations scientifiques, sociales, morales, religieuses et philosophiques, le XX^{ème} siècle a remplacé la *summa divisio meubles-immeubles* du siècle précédent par une autre distinction fondamentale, qui suppose l'existence de deux ordres : le premier étant celui des choses et le second celui des personnes.

25. Un auteur a bien décrit cette distinction dans ces termes[77] : « *Qu'est ce qu'une chose ? Du point de vue du droit, encore une fois, une chose c'est ce sur quoi l'homme peut exercer une maîtrise absolue, qu'il peut, en quelque sorte, investir de sa personnalité. Autrement dit, la chose se présente comme une structure neutre, passive, sans esprit, une sorte de page blanche sur laquelle l'homme inscrirait son pouvoir. C'est pourquoi -et là le droit rejoint la philosophie- la personne a le droit de placer sa volonté en chaque chose qui, de ce fait, devient et reçoit comme but essentiel (qu'elle n'a pas en elle-même) comme destination et comme âme, ma volonté. Autrement dit, seule une chose peut être l'objet du droit de propriété, et c'est bien ainsi que l'entend notre Code civil qui précise que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue.*

Quant aux personnes, elles s'opposent, trait par trait aux choses. D'une part, elles sont hors du commerce juridique ; elles ne peuvent, en tant que telles, être l'objet d'une convention ; on ne peut pas acheter ou vendre une personne. D'autre part, elles jouissent de droits propres (droits subjectifs) qui leur permettent, tout à la fois, de se faire reconnaître et respecter comme personnes (libertés publiques et privés) et de se rendre propriétaires des choses ».

Ainsi, depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile, les êtres humains ne sont pas des choses, mais des personnes.

26. Cette distinction juridique, qui est aussi une hiérarchie[78], a une portée psychologique considérable, car elle rappelle aux individus moralement vulnérables, et plus particulièrement aux handicapés, aux malades, aux harcelés, aux mannequins, aux salariés ou aux

---

76. En ce sens, voir : l'article 2059 du Code civil ; Civ. 1ère, 22 juillet 1987 : Bull. civ., I, n° 258, p. 187.
77. B. EDELMAN, *« Le droit et le vivant »* : La Recherche, n° 212, juillet-août 1989, Seuil, pp. 966 et s.
78. En ce sens, voir : P. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil. Les biens. La publicité foncière, préc., p. 11.

homosexuels, etc. qui sont ou se considèrent traités comme des objets, qu'ils sont avant tout des personnes respectables. Elle souligne enfin que traiter son propre corps ou le corps de l'autre en objet ne peut qu'engendrer le mépris de soi et le mépris de l'autre.

27. Reprenant dans l'esprit l'aphorisme du jurisconsulte Hermogénien (IV^{ème} siècle ?) « Hominum causa omne jus constitutum » (le droit a été institué tout entier pour les hommes), inséré sous la rubrique du titre « de statu hominum » du Digeste (1, 5, 2), la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 a consacré ce volontarisme protecteur dans l'article 16 du Code civil[79] qui dispose que « la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ». Pour un auteur, cet article signifie que l'homme est « une personne qui est sacrée » alors que « ni la terre, ni les arbres, ni les fleuves, ni les animaux ne le sont »[80].

Bien que cet article ne soit pas un texte de nature constitutionnelle, sa formulation symbolique très large conduit à penser qu'il constitue aujourd'hui la morale officielle des pouvoirs publics et de ceux qui n'ont pas d'autres repères que la loi, un principe interprétatif de portée générale et une disposition normative, ayant une pleine portée juridique[81].

28. Ainsi, l'article 16 du Code civil énonce que la personne jouit d'une supériorité de premier rang et fait reposer notre ordre juridique « sur la base de la distinction radicale personnes-choses, qui est une condition sine qua non, non seulement de l'existence du système, mais du respect dû à la personne humaine »[82]. Cette summa divisio contemporaine constitue une garantie essentielle du respect de tout individu. En effet, seule la personne physique relève du domaine de l'être et non de l'avoir[83], et à cet égard, l'article 5 3 de la Charte des droits sociaux

---

[79]. Dans le même sens, voir l'article 2 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine adoptée par le Conseil des ministres le 19 novembre 1996 et l'article 16-9 du Code civil.

[80]. P. MALAURIE, « *L'homme, être juridique* » : D., 1994, chron., pp. 97 et s., spc. p. 97.

[81]. En ce sens, voir : Lyon, 13 mars 1997 : D., 1997, I. R., p. 103 ; Defrénois, 1997, I, art. 36578, pp. 640 et s., obs. P. MALAURIE, toutefois censuré par Crim, 30 juin 1999 : J. C. P., 1999, En bref, p. 1504 ; Defrénois, 1999, I, art. 37047, pp. 1048 et s., obs. P. MALAURIE ; J. C. P., 2000, II, 10231, note G. FAURE ; D., 1999, jur., pp. 710 et s., note D. VIGNEAU.

[82]. R. ANDORNO, *« Procréations artificielles, personnes et choses »* : R. R. J., 1992-1, pp. 13 et s., spc. p. 22 ; S. CORONE, note ss. T. G. I. Créteil, 1ère ch. civ., 1er août 1984 : J. C. P., 1984, II, 20321 ; X LABBÉE, note ss. Toulouse, 4ème ch. civ., 26 mars 1991 : D., 1992, somm. comm., pp. 61 et s., spc. p. 61.
Sur les limites de la distinction, voir : X. LABBÉE, note ss. T. G. I. Lille, 5 décembre 1996 : D., 1997, jur., pp. 376 et s., spc. p. 378.

[83]. A. BATTEUR, « *De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les anormaux et les lois du 29 juillet 1994* » : Les petites affiches, n° 149, du 14 décembre 1994, pp. 29 et s., spc. p. 29.
Toulouse, 21 septembre 1987 : D., 1988, jur., pp. 184 et s., note D. HUET-WEILLER.

fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 précise que : « La traite des êtres humains est interdite »., et l'article 225-4-1 du Code pénal, issu de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, définit la traite des êtres humains comme « le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à la disposition d'un tiers, même non identifié », et la sanctionne de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende. La sanction est d'ailleurs aggravée en cas de particulière vulnérabilité de la victime.

La distinction fondamentale personnes/choses a pour conséquences que l'individu n'est pas un objet faisant partie des droits réels, et qu'aucun moyen de coercition ne peut être exercé sur son corps dans un procès civil pour obtenir de celui-ci soit sa comparution personnelle, soit qu'il se prête à une expertise médicale ou à un prélèvement aux fins d'analyse[84].

Dans le même esprit, l'interdiction de tuer l'homme et le principe de l'imprescriptibilité[85] des crimes contre l'Humanité sont des frontières à ne pas franchir, de l'interdiction de traiter les personnes comme des choses.

En dépit de son caractère fondamental, la distinction personnes/choses n'a pas à elle seule suffi à empêcher l'esclavage, la barbarie ou les horreurs des conflits armés. Face à ces mépris réitérés des droits de l'homme, cette distinction a été complétée par un deuxième principe directeur, celui de la dignité de la personne humaine, qui est notre qualité commune et qui fait que tous les hommes sont hommes, sans exception ni restriction[86].

B - LA DIGNITE DE LA PERSONNE

---

84. Article 16-11 du Code civil.

85. Article 213-5 du Nouveau Code pénal.
Crim., 26 janvier 1984 : J. C. P., 1984, II, 20197, rapp. LE GUNEHEC, concl. DONTENWILLE, note D. RUZIE . B. EDELMAN, note ss. Paris, 1ère ch. A, 28 mai 1996 : D., 1996, jur., pp. 617 et s., spc. p. 619.

86. F. FRESNEL, *« Éloge de la folie par le droit ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales »* : Gaz. Pal. des 2/3 août 2000, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2.

29. Le respect de la dignité de la personne humaine est la prise de conscience qui nous fait reconnaître l'humanité dans la personne d'autrui comme en nous-mêmes, et en particulier pour les adultes les plus vulnérables. Cependant, si en tant que valeur universelle, la dignité est une invention ancienne, il n'en va pas de même pour le concept juridique qui a eu du mal à sortir du cadre du droit naturel pour s'inscrire dans celui du droit positif, parce qu'il se rapproche de la morale[87] et que ses contours ne sont ni intangibles ni immuables[88]. Ainsi que l'écrit un auteur, la dignité signifie *« l'interdiction de tout acte inhumain, c'est-à-dire de tout acte qui tend à méconnaître en tout homme, en tout être humain, une personne humaine*[89] *»*.

Avant d'être inclus en droit français, ce principe a d'abord été consacré par plusieurs conventions internationales relevant tantôt des normes universelles tantôt du droit européen.

30. Les normes universelles proclament l'exigence de la dignité humaine dans quatre textes essentiels.

Le premier est le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, reprenant en le complétant celui de la Charte des Nations Unies, qui se réfère à « *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* » et affirme sa « *foi dans les droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des hommes et des femmes* ». Sur le plan international, c'est cette Déclaration qui reconnaît, selon un auteur, *« dans un instrument international à vocation universelle, la dignité de la personne humaine comme fondement de la liberté, et de la justice et de la paix »*[90].

Le deuxième est le Pacte international de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques qui réitère ce principe dans son préambule et dans ses articles 7 et 8. De plus, l'article 10 de ce Pacte, applicable aux détenus, qui sont, sous certains aspects, des

---

87. V. SAINT-JAMES, « *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français* » : D., 1997, chron., pp. 61 et s., spc. p. 65.
88. P. LAMBERT, *« Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational »* : R. T. D. hom., 1998, pp. 291 et s., spc. p. 294.
89. B. MATHIEU, « *La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire* » : D., 1996, chron., pp. 282 et s., spc. p. 285.
90. M. BENCHIKH, *« La dignité de la personne humaine en droit international »* : *in* M. –L. PAVIA et T. REVET (dir.), La dignité de la personne humaine, Economica, collection Études juridiques, 1999, pp. 37 et s., spc. p. 39 ;

personnes particulièrement vulnérables[91], énonce avec force que : « *1. Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».*

Le troisième comprend la Déclaration des droits du déficient mental[92] et la Déclaration des droits des personnes handicapées[93], respectivement proclamés par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 20 décembre 1971 et le 9 décembre 1975 qui prévoient le droit pour le handicapé au respect de sa dignité humaine.

Le quatrième est la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997 qui affirme la primauté de la personne humaine en se fondant sur le principe cardinal de sa dignité consacré dans plusieurs de ses articles.

31. Le droit européen édicte également l'exigence de dignité dans quatre textes importants[94].

Premièrement, si ce concept n'est pas repris textuellement dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, cette omission est réparée de deux manières.

D'une part, dans une décision du 22 novembre 1995, SW c/Royaume Uni, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que l'essence même de la Convention était « *le respect de la dignité et de la liberté humaines »*[95].

D'autre part, les articles 3, 4-1 et 14 de ladite Convention concrétisent et rendent effectif le respect de la dignité humaine en interdisant les « *traitements inhumains et dégradants »*[96],

---

91. En ce sens, voir : D. MAYER, « *Le principe du respect par l'État du droit à la vie de ses citoyens doit-il être inconditionnel ? (À propos du rapport 1985 d'Amnesty International et du Protocole additionnel n° 6, Convention européenne des droits de l'homme, sur l'abolition de la peine de mort) »* : Rev. sc. crim., 1986, pp. 55 et s., spc. p. 55 ; V. TCHEN, *« Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire »* : R. F. D. A., mai-juin 1997, pp. 597 et s., spc. p. 599.

92. Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2856 (XXXVI) du 20 décembre 1971, art. 6.

93. Assemblée générale des Nations Unies, résolution 3447 (XXX) du 9 décembre 1975, art. 3.

94. Le principe de la dignité humaine de tout homme, et encore plus s'il est handicapé ou vulnérable, a été fermement rappelé par la recommandation R. (99) 4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 23 février 1999.

95. C. E. D. H., 22 novembre 1995, SW c/Royaume Uni, série n° 335 B : J. C. P., 1996, I, 3910, n° 1, note F. SUDRE.

96. Pour deux exemples, voir : C. E. D. H., 25 avril 1978, Tyrer, série A, n° 26 ; C. E. D. H., 24 avril 1998, Selçuk et Asker c/Turquie : J. C. P., 1999, I, 105, n° 14 note F. SUDRE.

dans un contexte où la protection des droits de l'homme revêt un caractère de plus en plus intense.

Dans une décision du 15 mai 1980, la Commission européenne des droits de l'homme a utilisé le critère d'humiliation et d'avilissement pour reconnaître que des conditions de détention de détenus terroristes irlandais étaient susceptibles de constituer un traitement dégradant, même si les conditions dégradantes avaient été créées par le détenu qui avait fait la grève de la saleté[97].

Dans l'affaire Herczegfalvy c/Autriche jugée le 24 septembre 1992, la Cour européenne des droits de l'homme[98] a considéré que la situation d'infériorité et d'impuissance qui caractérise les patients internés dans des hôpitaux psychiatriques appelait une vigilance accrue dans le contrôle du respect de la Convention, et que ces malades incapables d'autodétermination n'en demeurent pas moins protégés par l'article 3 dont les exigences ne souffrent aucune dérogation.

Dans le même esprit, la décision de la Cour européenne des droits de l'homme Ribitsch c/ Autriche du 4 décembre 1995[99] a posé le principe que tout usage de la force physique contre une personne privée de liberté qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le comportement de celle-ci porte atteinte à la dignité humaine.

En application de ce principe, et dans une décision X... c/Turquie du 25 septembre 1997, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'ensemble des actes de violence physique et mentale commis par un agent de l'État sur la personne de la requérante, âgée de dix-sept ans, pendant sa garde à vue sont des tortures interdites par l'article 3 de ladite Convention[100].

---

97. C. E. D. H., 15 mai 1980, Mac Feely : Req. n° 8 317/78, Dr 20, p. 44.

98. C. E. D. H., 24 septembre 1992, Herczegfalvy c/Autriche : Revue universelle des droits de l'homme, 1993, pp. 51 et s.

99. C. E. D. H., 4 décembre 1995, Ribitsch, série A, n° 336 : J. C. P. 1996, I, 3910, n° 12, note F. SUDRE.
Dans le même sens, voir : C. E. D. H., 9 juin 1998, Tekin c/Turquie : J. C. P., 1999, I, 105, n° 12, note F. SUDRE ; C. E. D. H., 1er mars 2001, Berktay c/Turquie : J. C. P., 2001, I, 342, n°s. 1 et 2, note F. SUDRE ; C. E. D. H., 19 avril 2000, Peers c/Grèce : J. C. P., 2001, I, 342, n° 4, note F. SUDRE.

100. C. E. D. H., 25 septembre 1997, X. c/Turquie : D., 1998, somm. comm., pp. 205 et 206, obs. J. – F. RENUCCI. (La Cour serait d'ailleurs parvenue à la même conclusion pour chacun de ces motifs pris séparément).
Dans le même sens, voir : C. E. D. H., 18 octobre 2001, Indelicato c/Italie : J. C. P., 2002, I, 105, n° 2, obs. F. SUDRE.

De même, dans une décision Selmouni c/France du 28 juillet 1999[101], la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France pour tortures policières, dans une espèce où des actes de violence physique et mentale, revêtant un caractère particulièrement grave et cruel, avaient été commis sur un condamné, par des policiers dans l'exercice de leurs fonctions, et ayant provoqué des douleurs et des souffrances aiguës.

En outre, les juges de la Cour européenne des droits de l'homme ont défini le traitement dégradant comme étant celui qui humilie grossièrement un individu devant autrui ou le pousse à agir contre sa volonté ou sa conscience. Il suppose « *des mesures de nature à créer chez des individus des sentiments de peur, d'angoisse, et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir, et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale* »[102]. De même, pour la Commission européenne des droits de l'homme, un traitement peut être dégradant « *lorsqu'il provoque un abaissement de rang, de la situation ou de la réputation de celui qui en est l'objet aux yeux d'autrui ou à ses propres yeux* »[103].

Dans un arrêt du 30 avril 1996, P... c/S et Cornwall County Council[104], la Cour de justice des communautés européennes a considéré que le licenciement d'un transsexuel, pour le motif lié à sa conversion sexuelle, constituait une discrimination basée sur le sexe.

Dans l'affaire D c./Royaume-Uni jugée le 20 février 1997, la même Cour a considéré que l'expulsion d'un malade du sida en phase terminale s'analysait en un traitement inhumain dès lors que le requérant se retrouverait dans le pays d'accueil sans domicile, sans ressources et sans soutien, cette situation risquant d'engendrer une angoisse et une incapacité extrêmes de nature à l'empêcher de préserver sa dignité humaine dans ce qu'elle a de plus élémentaire[105].

Enfin, quatre affaires ont permis à la Cour européenne des droits de l'homme de renforcer la portée du droit pour les détenus à des conditions de détention conformes à la dignité humaine.

---

[101]. C. E. D. H., 28 juillet 1999, Selmouni c/ France : J. C. P., 1999, act., p. 1504 ; J. C. P., 2000, I, 203, obs. F. SUDRE ; R. T. D. civ., 1999, pp. 911 et s., obs. J. –P. MARGUENAUD et J. RAYNARD.

[102]. C. E. D. H., 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni : série A, n° 25 : in V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 6ème édition 1998, pp. 13 et s.

[103]. C. E. D. H., 14 décembre 1973, Asiatiques d'Afrique orientale c/ Royaume-Uni,, § 188.

[104]. C. J. C. E., 30 avril 1996, P. c/S. et Cornwall County Council, aff. C-13/94 : J. C. P. éd. E., 1997, I, 659, n° 2, obs. P. –H. ANTONMATTEI.

[105]. C. E. D. H., 20 février 1997, D./ Royaume-Uni : cité *in* L. –E. PETTITI, *« La dignité de la personne humaine en droit européen »* : préc., pp. 60 et 61.

L'arrêt Price c./Royaume-Uni du 10 juillet 2001[106] juge qu'une personne gravement handicapée doit bénéficier de conditions de détention adaptées à ses besoins spécifiques, en considérant que celles-ci constituent un traitement dégradant au sens de l'article 3, dès lors que la détenue souffre sérieusement du froid, risque d'avoir des douleurs à cause de la dureté et de l'inaccessibilité de son lit et ne peut que très difficilement aller aux toilettes ou se laver.

L'arrêt Valasinas c./Lithuanie du 24 juillet 2001[107] précise que la fouille à corps doit être conduite de manière convenable dans le respect de la personne du détenu afin de ne pas l'humilier, le rabaisser et porter atteinte à sa dignité, ce qui n'est pas le cas lorsque celle-ci est pratiquée sur le requérant, en présence, notamment d'une gardienne.

L'arrêt Mouisel c/France du 14 novembre 2002[108] a condamné la France, pour traitement inhumain et dégradant, dans une affaire où le détenu souffrant d'une leucémie chronique avait fait l'objet de refus d'aménagement de ses conditions d'emprisonnement, à l'occasion de son traitement médical, ceux-ci ayant *« constitué une épreuve particulièrement pénible et causé une souffrance allant au-delà de celle que comporte inévitablement une peine d'emprisonnement et un traitement anticancéreux »*.

Les arrêts Lorsé et a c./Pays-Bas et Van Der Ven c./Pays-Bas du 4 février 2003[109] ont considéré que les modalités d'exécution d'un placement en quartier de haute sécurité ne doivent pas soumettre *« l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention »*.

Deuxièmement, l'Acte final de la conférence d'Helsinki sur la sécurité et la coopération en Europe, signé le 1er août 1975, par 33 États européens c'est-à-dire tous les États d'Europe sauf l'Albanie, plus les États-Unis et le Canada, fonde également l'ensemble des « *libertés et droits civils, politiques, économiques, sociaux, culturels et autres (...) sur la reconnaissance de la*

---

106. C. E. D. H., 10 juillet 2001, Price c./Royaume-Uni : J. C. P., 2002, I, 105, n° 3, obs. F. SUDRE.
107. C. E. D. H., 24 juillet 2001, Valasinas c./Lithuanie : J. C. P., 2002, I, 105, n° 4, obs. F. SUDRE.
Dans le même sens, voir : C. E. D. H., 4 février 2003, Lorsé et a c./Pays-Bas : J. C. P., 2003, I, 160, n°2, obs. F. SUDRE.
108. C. E. D. H., 14 novembre 2002, Mouisel c/France : R. F. D. A ., 2003, p. 938, obs. H. LABAYLE et F. SUDRE.
Dans le même sens, voir : C. E. D. H., 27 novembre 2003, Henaf c/France : J. C.P. 2004, I, 107, n°2, obs. F. SUDRE.
109. C. E. D. H., 4 février 2003, Lorsé et a c./Pays-Bas : J. C. P., 2003, I, 160, n°2, obs. F. SUDRE.
C. E. D. H., 4 février 2003, Van Der Ven c./Pays-Bas : J. C. P., 2003, I, 160, n°2, obs. F. SUDRE.

dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine » et son article 1er dispose que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

Troisièmement, le Préambule de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine signée à Oviedo (Espagne) le 4 avril 1997, précise que les États sont résolus à « *prendre, dans le domaine des applications de la biologie et de la médecine, les mesures propres à garantir la dignité de l'être humain et les droits et libertés fondamentaux de la personne* ». Cette résolution est traduite dans l'article 1er de ladite Convention qui affirme : « *Les parties à la présente convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* ».

Quatrièmement, la Charte des droits fondamentaux, intégrée dans le projet de constitution européenne, traite de la dignité à deux endroits.

D'une part, son préambule souligne que : « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au coeur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice* ».

Et, d'autre part, son article 1er intitulé « *Dignité humaine* » dispose que : « *la dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ».

32. Dans cette mouvance, le droit français a intégré la notion de dignité de la personne, d'abord explicitement dans des textes spéciaux, puis de façon générale dans l'article 16 du Code civil.

Les textes spéciaux mentionnant la dignité de l'homme sont apparus dans les domaines de la communication audiovisuelle, en droit de la santé publique et surtout en droit pénal.

L'article 1er de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 limite la liberté de communication *« dans la mesure requise par le respect de la dignité de la personne humaine »*.

33. En droit de la santé, les articles 2 et 10 du Code de déontologie médicale précisent le devoir du médecin de protéger la dignité de la personne, et l'article L. 3211-3 du Nouveau Code de la santé publique dispose qu' « *en toutes circonstances, la dignité de la personne* (atteinte de troubles mentaux et) *hospitalisée* (sans son consentement) *doit être respectée (...)* ».

34. Le droit de la famille protège la dignité de la vie familiale, en instituant une obligation alimentaire entre certains de ses membres, et une obligation d'entretien des jeunes majeurs vulnérables, afin d'atténuer leur détresse de ne pas manger à leur faim ou de les aider à terminer leurs études. Pour la dignité des couples mariés, il exige de chacun des époux qu'il veille tant à sa propre santé qu'à celle de l'autre, et il impose aux conjoints une obligation mutuelle de secours.

35. Le droit des obligations protège la dignité de la personne en prohibant les engagements perpétuels, en instaurant des limites en matière de preuve, en décidant qu'en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources[110], et en interdisant l'exécution forcée en nature des obligations de faire, qui pourrait avoir pour résultat de rendre, au moins pour un temps, le débiteur esclave de son créancier[111].

36. Si le droit pénal français s'est toujours attaché à protéger la personne humaine, il le faisait initialement, sans recourir expressément à la notion de dignité, dans quatre domaines.

Premièrement, l'homicide commis et les blessures faites en duel sont un crime ou un délit punissable, bien que le combat se soit passé avec loyauté[112].

Deuxièmement, le droit prohibe avant toute décision coercitive les violences physiques[113] ou morales sous toutes leurs formes et s'oppose à tout traitement dégradant infligé à une personne poursuivie[114].

---

110. Article 2024 du Code civil issu de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions.
111. En ce sens, voir : N. MOLFESSIS N., « *La dignité de la personne humaine en droit civil* » : *in* M. – L. PAVIA et T. REVET (dir), La dignité de la personne humaine, préc., pp. 107 et s., spc. p. 118.
112. Crim., 22 juin 1837 : S., 1837, I, pp. 465 et s.
113. G. STÉFANI, G. LEVASSEUR et B. BOULOC, Procédure pénale, Dalloz, 16ème édition 1996, n° 36, p. 34.

Troisièmement, l'inculpé est une partie, un sujet et non un objet au cours du procès. De même, et selon des auteurs, le droit ne considère plus le détenu comme « *un simple numéro privé de personnalité, mais un homme, à qui il faut redonner, au besoin le respect de lui-même* »[115].

Quatrièmement, le droit interdit certaines mesures de sûreté aux condamnés, telles que la castration ou la stérilisation, et certaines opérations de psychochirurgie (lobotomie, leucotomie, topectomie), et il refuse d'admettre que les détenus soient sollicités en vue de se prêter à des recherches biomédicales, sauf s'il en est attendu un bénéfice direct et majeur pour leur santé[116].

Pour sa part, le Nouveau Code pénal tend à défendre toujours plus la personne humaine, en introduisant la notion de dignité, à laquelle il consacre tout son chapitre II du titre II du livre II. Cependant, si l'émergence de ce concept constitue une innovation conceptuelle importante, sa portée demeure limitée. En effet, la loi pénale ne définit pas la notion de dignité, elle fait seulement appel à celle des victimes en décrivant les incriminations qui en résultent, et qui sanctionnent, notamment le proxénétisme, le bizutage, les pratiques de harcèlement sexuel et de harcèlement moral, la discrimination, certaines conditions de travail ou d'hébergement...

Parallèlement, le Code de procédure pénale protège aussi la dignité des détenus[117].

37. À la différence des règles françaises précédentes, l'article 16 du Code civil a innové en consacrant pour la première fois en droit interne et de façon générale le droit à la dignité, puisqu'il interdit expressément « *toute atteinte à la dignité* » de la personne.

---

114. C. E. D. H., Tomasi c/France, 27 août 1992 : série A, n° 241-A : *in* F. SUDRE, *« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme »* : J. C. P., 1993, I, 3654, n° 6 ; F. SUDRE, *« L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, du 27 août 1992, Tomasi c/ France : mauvais traitements et délai raisonnable »* : R. S. crim., 1993, pp. 33 et s., spc. p. 36.
Dans le même sens, voir : C. E. D. H., 4 décembre 1995, Ribitsch c/Autriche : Procédures, avril 1996, comm., n° 118, p. 11, obs. J. BUISSON.
Dans le sens d'une atténuation de la rigueur de cette jurisprudence, voir : C. E. D. H., Teixiera de Catro, 9 juin 1998 ;

115. G. STÉFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, Droit pénal général, Dalloz, 16ème édition 1997, p. 385, n° 499.

116. Art. D. 363 du Code de procédure pénale.

117. Art. D. 189, al. 2, et D. 275, al. 3, du Code de procédure pénale ; art. 723-8 du Nouveau Code pénal.

L'article 1, alinéa 1er, de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions a complété ce principe en précisant que *« la lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains... ».*

Cette généralisation législative du principe de la dignité de l'homme est également reconnue par la justice, puisque tant le Conseil constitutionnel, que les juges judiciaire et administratif lui ont donné une force juridique et un relief particuliers.

38. Tout d'abord, et par trois décisions concordantes des 27 juillet 1994[118], 19 janvier 1995[119], et 16 juillet 1996[120] Conseil constitutionnel a conféré à ce principe une valeur constitutionnelle, en plaçant le droit français au diapason du droit international et des constitutions des grandes démocraties étrangères et en considérant avec une certaine audace « *qu'il ressort du préambule de la Constitution de 1946 (alinéa 1er), selon lequel "au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés (...) que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle ».*

Pour l'adulte vulnérable, il en résulte notamment que celui-ci possède à l'égard de la société, des droits qui garantissent, dans l'intégrité et la dignité de sa personne, son plein développement physique, intellectuel et moral.

Malgré ses limites, la constitutionnalisation du principe de la dignité de l'homme ne constitue pas une simple déclaration d'intention, mais une norme s'imposant à toutes les autorités françaises.

39. Les juridictions de l'ordre judiciaire se réfèrent aussi à la notion de dignité de l'homme, en lui donnant un relief particulier, en ce sens qu'elles sont confrontées au paradoxe suivant : si d'un côté, elles mettent en concurrence la dignité avec d'autres principes, ce qui paraît

---

118. Cons. const., 27 juillet 1994 : D., 1995, jur., pp. 237 et s., note B. MATHIEU.
119. S. DION, *« Le droit à l'habitat du pauvre, une application du principe de la dignité de la personne humaine »* : Les petites affiches, n° 49, du 22 avril 1996, p. 11.
120. Cons. const., 16 juillet 1996 : J. C. P., 1996, II, 22709, note N. VAN TUONG ; D., 1997, jur., pp. 69 et s., note B MERCUZOT ; Les petites affiches, n° 144, du 29 novembre 1996, pp. 5 et s., note B. MATHIEU.

critiquable, d'un autre côté, cette confrontation donne au concept de dignité sa réelle dimension et sa véritable efficience.

C'est ainsi que se fondant sur ce principe, un arrêt rendu par la Cour de Bordeaux le 18 avril 1991[121] a décidé qu'« *à moins de la considérer comme une personne morte civilement et devenue simple objet de soins assurant son maintien en une vie devenue artificielle, la victime d'atteintes gravissimes et maximales à la conscience doit être respectée dans sa dignité humaine et protégée dans l'ensemble de ses droits et en tant que personne ; qu'elle demeure sujet de droit même si, selon les données actuelles de la science médicale, elle est considérée comme privée de conscience ne possédant plus qu'une vie végétative et se trouvant dans un état estimé irréversible* ». Sur le fondement de la dignité humaine, cet arrêt protège ainsi la personne confrontée à une situation de vulnérabilité extrême.

40. Pour sa part, la jurisprudence sociale fait une application large de la notion de dignité du salarié ou de l'assuré. Tout d'abord, elle considère que constitue une « *atteinte à la dignité de travailleur* », à l'origine d'un préjudice moral, le fait pour un salarié d'être placé en marge de l'entreprise pendant plus de seize mois, dans l'attente de l'issue de la procédure autorisant son licenciement, en étant intégralement payé mais en étant privé de la prestation de travail à laquelle il peut prétendre en contrepartie de son salaire[122]. De même, elle estime que commet une faute l'obligeant à réparer le dommage moral causé, l'employeur qui oblige des salariés licenciés à quitter les lieux de travail sans même revoir leurs collègues, en récupérant rapidement leurs affaires personnelles, mesures légitimement ressenties comme humiliantes, et qui les invite de façon particulièrement vexatoire à emprunter des taxis pour se rendre sans délai de réflexion vers l'antenne de reclassement[123]. Ensuite, elle décide que la disposition du règlement intérieur d'un magasin exigeant que les salariés devaient conserver, en vue d'un éventuel contrôle, le ticket de caisse des achats effectués dans le magasin, était contraire à la dignité de la personne du salarié[124], ou encore que le fait de faire surveiller une salariée par d'autres salariés n'ayant pas autorité hiérarchique sur elle était contraire à la dignité de l'intéressée[125]. Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 1995 a cassé un jugement

---

121. Bordeaux, 1ère ch., 18 avril 1991 : D., 1992, jur., pp. 14 et s., note S. GROMB.
122. Lyon, 5ème ch., 10 juin 1980 : Gaz. Pal., 1981, I, somm., p. 150.
123. Cons. prud'hommes de Tours, 13 décembre 1993 : Droit ouvrier, 1994, p. 76.
124. Orléans, 21 mars 1996 : Juris-Data n° 045426.
125. Dijon, 1er avril 1997 : Juris-Data n° 040374.

refusant d'opposer la rigueur des textes[126] à une situation mettant en cause quotidiennement la dignité humaine, et autorisant la victime d'un accident du travail atteinte de paraplégie sensitive motrice complète à présenter une demande de remboursement de doigtiers et de gants stériles.

Les campagnes publicitaires sont aussi parfois des moyens de porter atteinte à la dignité des personnes. Ainsi, dans l'affaire Benetton où des affiches publicitaires montraient un corps humain fractionné en quartiers estampillés VIH, un arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1996[127], a jugé qu'« *en imposant au regard, en des lieux de passage public forcé ou dans certains organes de presse, l'image fractionnée et tatouée du corps humain, les sociétés appelantes ont utilisé une symbolique de stigmatisation dégradante pour la dignité des personnes atteintes de manière implacable en leur chair et en leur être, de nature à provoquer à leur détriment un phénomène de rejet ou de l'accentuer ; qu'elles ont de la sorte abusé de leur liberté d'expression* ».

41. La jurisprudence administrative connaissait la notion de dignité de la personne humaine avant sa constitutionnalisation, mais elle l'applique maintenant avec encore plus de relief. Ainsi, par exemple, et sur ce fondement, un arrêt du Conseil d'État du 27 octobre 1995[128] a autorisé les maires à interdire l'attraction dite de « *lancer de nain* ». Comme l'observait le commissaire du Gouvernement, « *cette attraction renvoie (...) au sentiment obscur et profondément pervers selon lequel certaines personnes constitueraient, du fait de leur handicap, ou de leur apparence physique, des êtres humains de second rang, et susceptibles d'être traités comme tels* »[129]. De plus, cette attraction porte aussi atteinte à la dignité des spectateurs qui y participent ou y assistent, car à l'indécence du regard se surajoute la question du corps chosifié et manipulé. En outre, cet arrêt estime que le consentement du nain concerné est juridiquement indifférent, car il faut éviter à travers un avantage procuré à un individu, l'humiliation d'une communauté toute entière. En paraphrasant Bossuet dans son sermon *« sur l'éminente dignité des pauvres »*, on peut dire à propos de la personne handicapée que c'est

---

126. Soc., 1er juin 1995 : pourvoi n° 92-17.036.
127. Paris, 1ère ch. A, 28 mai 1996 : D., 1996, jur., pp. 617 et s., note B. EDELMAN.
128. C. E., ass., 27 octobre 1995, Ville d'Aix-en-Provence : R. F. D. A., 1995, pp. 1204 et s., concl. P. FRYDMAN ; D., 1996, jur., pp. 177 et s., note G. LEBRETON ; J. C. P., 1996, II, 22630, note F. HAMON. Dans le même sens, voir : C. E., ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge : D., 1995, I. R., p. 257.
129. En ce sens, voir : Bordeaux, 2 février 1994 : Juris-Data n° 043262.

« *parce qu'on méprise (sa) condition,* (que le Conseil d'État) *relève (sa) dignité »*, même contre le gré du principal intéressé.

Ainsi, la dignité, dont la protection pénale mériterait d'être renforcée[130], représente le seuil au-delà duquel l'homme tombe dans l'inhumain. Dès lors que l'on considère que la protection de la personne humaine est un impératif essentiel, la distinction homme/choses et la dignité de l'individu doivent être complétées par le droit à la vie associé à l'idée de l'égalité entre tous les êtres humains.

§ 2 - LA PRÉDOMINANCE D'UNE PHILOSOPHIE PRIVILÉGIANT LA VIE FONDÉE SUR L'ÉGALITÉ

42. Afin d'améliorer le bien-être psychologique des adultes particulièrement vulnérables, le droit positif érige en dogme le respect de soi-même et des autres, en préférant d'abord la vie à la mort (A), puis en l'associant au principe de l'égalité entre tous les êtres humains (B).

A - LE DROIT A LA VIE

43. Le droit à la vie est l'une des valeurs fondamentales de toute société démocratique car la vie est certainement la plus grande liberté de chacun d'entre nous. À ce propos, trois auteurs ont judicieusement écrit que *« protéger la vie, c'est protéger l'homme total. C'est aussi -par un bien légitime détour- protéger l'humanité dans son ensemble, qui a besoin de la vie de chacun d'entre nous »*[131]. Ainsi, le droit le plus élémentaire de la personne, c'est-à-dire celui

---

130. En ce sens, voir : P. MISTRETTA, *« La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal »* : J. C. P., 2005, I, 100, qui observe notamment qu'aucune mention n'est faite aux actes de torture et de barbarie dans le chapitre relatif aux atteintes à la dignité de la personne et qui propose la création d'un délit général d'atteinte à la dignité de la personne humaine, inséré en tête du dispositif sanctionnateur actuel, qui permettrait de sanctionner tous les comportements non spécialement visés par les textes.

131. A. SÉRIAUX, L. SERMET, D. VIRIOT-BARRIAL, Droits et libertés fondamentaux, Éditions Ellipses, 1998, pp. 29 et s., n° 32.

qui conditionne tous les autres, réside dans le respect de sa vie, sous ses deux aspects : physique et psychique.

44. Selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, ce droit, qualifié par un auteur de « *droit suprême de l'être humain* »[132], est, en dehors des quatre conventions de Genève du 12 août 1949, reconnu, pour les adultes, par trois conventions internationales : la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[133], le Pacte international de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques[134], et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, dont l'article 2 dispose : « *§ 1 - Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.*

§ 2 - La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement retenue ;

c) pour réprimer, conformément à la loi une émeute ou une insurrection ».

45. Cet article 2 est le fruit d'un compromis. En effet, d'un côté, ledit article tend à renforcer la vigueur du droit à la vie, mais d'un autre côté, ce droit n'est pas un droit absolu.

D'abord, ce texte, fondé sur l'idée selon laquelle l'humanité ne peut progresser que si elle est capable d'abandonner l'habitude de tuer, impose aux États signataires une obligation stricte de veiller à la protection de la vie humaine et à la sécurité de leurs peuples. De plus, ce texte qui, selon un auteur, *« laisse une marge considérable d'appréciation aux législateurs nationaux »*[135], ne les n'empêche pas de renforcer la protection du droit à la vie. C'est ainsi

---

132. En ce sens, voir : G. GUILLAUME, « *Droit à la vie* » : *in* M. BETTATI, O. DUHAMEL, et L. GREILSAMER, La Déclaration universelle des droits de l'homme, Gallimard, 1998, pp. 37 et s., spc. p. 37.
133. Art. 2.
134. Art. 6.
135. L. FAVOREU, *« Les juges constitutionnels et la vie »* : Droits, n° 13-1991, pp. 75 et s., spc. p. 77.

que la France a depuis longtemps adopté cette attitude. En effet, le Code pénal de 1810, comme le Nouveau Code pénal répriment plusieurs infractions contre la vie d'autrui, et le droit civil considère que la vie n'est pas une marchandise et répute illicites tous trafics sur la vie. De plus, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme tend à imposer, sur le fondement de cet article 2, aux États relevant de sa juridiction des obligations positives, telles que par exemple celles de prendre en matière de santé publique et d'environnement les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes[136].

46. Cependant, cette vision optimiste des choses doit être tempérée, car quatre éléments permettent d'affirmer que le droit à la vie des adultes vulnérables[137] n'est qu'un droit relatif, pas autant protégé qu'il serait souhaitable.

47. Le premier élément consiste dans l'existence résiduelle de la peine de mort. En effet, l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme précise que cette peine ne peut être prononcée qu'en raison d'un délit et à plus forte raison d'un crime, mais pas d'une contravention, à condition que la loi l'ait elle même prévu en vertu du principe de légalité et qu'un juge officiellement institué en ait décidé ainsi dans le cas particulier qu'il avait à trancher. **48.** Toutefois, cette situation n'est susceptible de se présenter qu'exceptionnellement en France puisque la loi du 9 octobre 1981 a aboli la peine de mort pour tous les crimes de droit commun et que notre pays a ratifié le Protocole additionnel n° 6 du 28 avril 1983 à la Convention concernant l'abolition de la peine de mort, dont l'article 2 prévoit qu'un « *État peut prévoir dans sa législation la peine de mort pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre* ». Ainsi, le souci sécuritaire l'emporte sur le droit à la vie pendant certaines périodes troublées, qu'il s'agisse soit du régime de salut public prévu par l'article 16 de la Constitution de 1958[138], soit de l'état de siège mentionné dans l'article 36 de

---

136. C. E. D. H., 17 janvier 2002, Calvelli et Ciglio c/Italie, et C. E. D. H., 18 juin 2002, Oneryildiz c/Turquie : R. F. D. A., 2003, pp. 937 et s., obs. H. LABAYLE et F. SUDRE.

137. Notre propos, étant limité aux adultes vulnérables mais capables, exclut de traiter de la reconnaissance partielle du droit à la vie de l'embryon humain, et du problème très controversé de l'indemnisation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé par suite d'une erreur médicale admise par Ass. plén., 17 novembre 2000 : J. C. P., 2000, II, 10438, rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE ROSE, note F. CHABAS ; Gaz. Pal., des 24/25 janvier 2001, jur., pp. 4 et s., rapp. P. SARGOS, concl. J. SAINTE ROSE, note J. GUIGUE ; Dr fam., janvier 2001, comm., n° 11, pp. 28 et s., obs. P. MURAT ; J. C. P., 2001, I, 293, n° 7, obs. P. MURAT ; Defrénois, 2001, I, art. 37309, n° 17, pp. 262 et s., obs. J. –L. AUBERT ; F. TERRÉ, « *Le prix de la vie* » : J. C. P., 2000, act., aperçu rapide, pp. 2267 et s.

138. C. E. Ass., 2 mars 1962, sieur Rubin de Servens et autres : Rec. CE, p. 143 ; A. J. D. A., 1962, pp. 214 et s., chron. J. –M. GALABERT et J. –F. GENTOT ; J. C. P., 1962, II, 12613, concl. J. –F. HENRY.

la Constitution, soit de l'état d'urgence régi par la loi du 3 avril 1955 modifiée, soit de l'état de guerre subordonné à une déclaration du Parlement en application de l'article 35 de la Constitution de 1958.

49. De plus, l'article 3 du Protocole additionnel n° 6 du 28 avril 1983 à la Convention relative à l'abolition de la peine de mort interdit l'invocation d'autres dangers en précisant qu'aucune dérogation n'est autorisée aux dispositions du Protocole au titre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, en ce qui concerne la France, et hormis le cas de guerre, aucun rétablissement de la peine de mort ne peut plus être envisagé, même sous l'empire de l'article 16 de la Constitution.

Enfin, un deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 15 décembre 1989, retient un système similaire, duquel le Conseil d'État déduit qu'une demande d'extradition d'un criminel étranger réfugié en France ne saurait être suivie d'effet tant que le Gouvernement français n'a pas acquis la certitude que la peine de mort ne lui serait pas infligée par les autorités de son pays[139].

50. Le deuxième élément résulte de l'existence du droit au suicide qui selon un auteur « *peut être défini comme le fait de se donner volontairement, intentionnellement et délibérément la mort et non de commettre une imprudence, une négligence ou un acte de dévouement dont les conséquences peuvent être mortelles* »[140].

Dans le contexte actuel de fragilité des personnes face à la douleur, le droit positif n'exige pas de l'être humain qu'il conserve sa vie, notamment lorsque sa souffrance lui est devenue intolérable. Ainsi, malgré sa gravité et le fait qu'il soit parfois pris en considération en droit civil[141], le suicide est licite.

51. Cette position est sage, puisque la perspective d'une condamnation pénale ne saurait en aucune façon empêcher l'individu vulnérable de se suicider. Cependant, la tendance à la

---

139. C. E., 25 février 1987 : D., 1987, jur., pp. 305 et s., concl. M. BONICHOT.

140. G. TEILLIAIS, « *Assurance-vie et suicide* » : La revue des huissiers de justice, 1999, n° 2, La revue des idées, pp. 69 et s., spc. p. 69 ; F. TERRÉ, *« Du suicide en droit civil »* : *in* Études dédiées à Alex WEIL, Dalloz-Litec, 1983, pp. 523 et s., spc. pp. 523 et 524.

141. Article L. 132-7 du Code des assurances.
Civ. 1ère, 9 juin 1998 : D., 1998, jur, pp. 618 et s., note B. BEIGNIER ; Civ. 1ère, 23 juin 1998 : D., 1998, jur., pp. 618 et s., note B. BEIGNIER ; Paris, 7ème ch. A, 7 décembre 1999 : D., 2000, jur., comm., pp. 327 et s., note B. BEIGNIER.

protection des adultes fragiles apparaît dans le souhait du législateur contemporain de prévenir le suicide, qui est un véritable fléau social, puisqu'il constitue la première cause extérieure de mortalité en France.

D'abord, le suicide n'est pas un droit de l'Homme, parce qu'une telle qualification aurait pour conséquences de permettre à l'individu suicidaire de demander des dommages et intérêts à celui qui l'en a empêché, et donc d'interdire indirectement toute intervention salvatrice.

Ensuite, la loi n° 87-1133 du 31 décembre 1987, aujourd'hui reprise dans les articles 223-13 à 223-15 du Nouveau Code pénal, a voulu protéger les candidats à la mort prématurée, en créant le délit de provocation au suicide d'autrui qui consiste soit dans l'accomplissement d'un acte de provocation directe accompli à l'égard d'un individu déterminé, soit en l'incitant à passer à l'acte, soit en lui fournissant les moyens d'accomplir son acte, soit dans la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort.

Enfin, la Cour suprême[142] retient la responsabilité civile d'un médecin, lorsque celui-ci a laissé sortir un malade atteint, depuis plusieurs années, d'une pathologie anxieuse de long cours et qui, dès sa sortie de l'établissement psychiatrique s'est suicidé.

52. Le troisième élément concerne la tolérance de fait de l'euthanasie, qui est un drame tout aussi douloureux que celui du suicide dans lequel la législation française a fait longtemps la sourde oreille[143].

Le cas typique est celui du malade incurable ou qui souffre atrocement et qui supplie un proche ou un membre du personnel médical de lui ôter la vie[144]. Le thème de l'euthanasie ayant longtemps soulevé des discussions passionnées entre ses détracteurs et ses partisans, l'ensemble de la classe politique était jusqu'à une époque toute récente hostile à s'engager

---

142. Civ. 1ère, 10 juin 1997 : Bull. civ., I, n° 198, p. 132.
143. En ce sens, voir : E. DUNET-LAROUSSE, « *L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal* » : R. D. sanit. soc., 1998, pp. 265 et s., spc. p. 266.
144. J. –C. BASTE, « *Le point de vue du médecin* » : Les petites affiches, n° 61, du 21 mai 1997, pp. 20 et s., spc. pp. 20 et 21.

dans la voie de la légalisation de l'euthanasie[145], car le soutien apporté à un tel projet n'obéit pas à des mobiles strictement politiques et tend à désacraliser la vie humaine.

Pour sa part, la jurisprudence refuse d'admettre que le consentement de la victime puisse justifier celui qui a, en toute connaissance de cause, donné la mort[146]. De plus, les articles 20, 37 et 38 du Code de déontologie médicale mettent à la charge des médecins une obligation d'assistance aux personnes en fin de vie. Donc, l'euthanasie est, en principe, pénalement constitutive d'un assassinat, c'est-à-dire d'un meurtre commis avec préméditation, mais les juridictions de jugement, qui bénéficient de très larges pouvoirs d'appréciation, ne prononcent que des peines symboliques eu égard aux mobiles humainement compréhensibles du prévenu[147]. De surcroît, lorsqu'un consensus entre l'équipe soignante et la famille existe, la loi du silence, qui est certes moins respectée qu'il y a quelques années, ne permet pas la sanction des euthanasies les plus fréquentes.

Par contre, il arrive que des procédures judiciaires voient le jour lorsqu'une mésentente survient entre les différents protagonistes. Ainsi, par exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 19 février 1997[148] a condamné pour homicide involontaire un médecin anesthésiste qui s'était abstenu d'ordonner le transfert d'une accidentée de la route dans un centre hospitalier universitaire, et avait pris seul, malgré des avis contraires émis par des infirmières traumatisées ayant fait un rapport à leur direction, la décision d'extuber (c'est-à-dire d'arrêter le respirateur, l'hydratation et la nutrition artificielle) et d'arrêter la réanimation, en désaccord avec l'éthique médicale et les règles consacrées par la pratique.

53. Face à cette situation dans laquelle les médecins réanimateurs, qui arrêtent chaque année entre 75 000 et 100 000 appareils de réanimation, sont exposés à des risques non négligeables de sanctions ordinales et pénales, même s'ils se conforment à des règles de bonnes pratiques professionnelles, l'euthanasie demeure un sujet d'actualité aussi bien en Europe qu'en France.

---

145. N. LENOIR, *« La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997 »* : *in* Conseil d'État, rapport public 1998, jur. et avis de 1997, réflexions sur le droit de la santé, Études et documents n° 49, La documentation française, pp. 339 et s., spc. p. 340.
146. Crim., 16 novembre 1827 : S., 1827, I, pp. 702 et 703 ; Crim., 2 juillet 1835 : S., 1835, I, pp. 861 et 862.
147. J. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Faits justificatifs, consentement de la victime »* : Jur. -Cl. pénal, app. art. 122-4 à 122-7, 8-1996, pp. 1 et s., spc. p. 5, n° 18.
148. Crim., 19 février 1997 : D., 1998, jur., pp. 236 et s., note B. LEGROS.

Au plan européen, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé le 29 avril 2002[149] de reconnaître à une Anglaise, âgée de 44 ans, atteinte d'une maladie neuro-dégénératrive irréversible et incurable, paralysée du cou jusqu'aux pieds, le droit de mettre fin à ses jours avec l'aide de son mari, en décidant qu'il n'existait pas *« de droit fondamental à la mort »*, en jugeant impossible de contraindre un État à *« cautionner des actes visant à interrompre la vie »*, et en rejetant la plainte pour violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui vise l'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

Au plan national, la réforme de l'euthanasie était délicate, comme pour tout ce qui concerne les grandes questions relatives à la vie humaine. Ainsi qu'un auteur l'avait noté : *« puisse le législateur se montrer à la hauteur de la tâche qui l'attend »*[150]. À cet égard, il convient de souligner que dans le contexte émotionnellement dramatique d'une affaire qui avait bouleversé nos concitoyens en 2004, la loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de la vie fixe la position du droit dans trois directions.

D'abord, elle refuse la dépénalisation de l'euthanasie qui demeure une transgression de la loi et qui, si elle était admise, remettrait en cause le principe de l'interdiction de tuer. C'est ainsi que selon l'auteur de la proposition à l'origine de la loi, il s'agit d'*« une loi du laisser-mourir, pas du faire-mourir »*. D'ailleurs, les spécialistes et praticiens soulignent que les demandes d'euthanasie disparaissent ou deviennent rarissimes quand les soins palliatifs sont proposés[151].

Ensuite, elle renforce les droits généraux du malade :

- en instituant un droit au refus de l'obstination déraisonnable, expression préférée à celle d'acharnement thérapeutique, lorsqu'il n'existe aucun espoir réel d'obtenir une amélioration de son état et que les actes médicaux entraînent une prolongation artificielle de la vie ;

---

149. C. E. D. H., Pretty c/Royaume-Uni, 29 avril 2002 : R. T. D. sanit. soc., 2002, pp. 475 et s., obs. P. PEDROT ; R. T. D. civ., 2002, pp. 858 et s., obs. J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD ; J. C. P., 2002, I, 157, n°s 1 et 13, obs. F. SUDRE ; R. J ; P. F., 2002, 7-8/11, p. 11, obs. E. GARAUD ; A. J. D. A., 2003, act. jur., pp. 1383 et s., note B. LE HAUT-FERRASÈSE ; A. GARAY, *« Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le précédent de la dramatique affaire Pretty »* : Gaz. Pal. des 14/15 août 2002, doct., pp. 2 et s. ; E. CHVIKA, *« Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme ? (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, Diane Pretty c/Royaume-Uni) »* : Dr fam., mars 2003, chron., n°9, pp. 7 et s.

150. S. VALORY, *« Éditorial : La vie est sacrée »* : R. J. P. F., mai 2002, p. 1.

- en définissant des procédures d'arrêts de traitement qui distinguent selon que le malade est conscient ou inconscient. Dans le premier cas, le médecin, auquel le malade oppose un refus de soins, peut faire appel à un autre membre du corps médical. De plus, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable, celle-ci étant inscrite dans son dossier médical (art. 1111-10 du Code de la santé publique). Dans le deuxième cas, aucune limitation ou arrêt de traitement ne peut être réalisé sans avoir respecté une procédure collégiale définie par voie réglementaire et sans avoir consulté la personne de confiance, la famille ou un proche, ainsi que les directives anticipées éventuelles (art. 1111-4 du Code de la santé publique).

Enfin, elle reconnaît des droits spécifiques aux malades en fin de vie qui se traduisent :

- par l'autorisation donnée au médecin de limiter ou d'arrêter le traitement, lorsque le malade en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, le décide. Dans cette hypothèse, le médecin doit respecter sa volonté, après l'avoir informé des conséquences de son choix, mais il doit dispenser des soins palliatifs, afin de sauvegarder sa dignité de personne mourante ;

- par le renforcement du rôle de la personne de confiance visée à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, dont l'avis doit prévaloir sur tout autre avis non médical. D'ailleurs, selon deux auteurs[152], *« ce mécanisme présente beaucoup d'avantages ; d'abord, il permet de réduire le cercle de famille avec lequel le médecin avait l'habitude de discuter, à une seule personne ; ensuite, celle-ci peut autoriser ou refuser le concours à de nouvelles techniques médicales en fonction de l'intérêt de son mandant ; enfin, même si ce dernier est frappé d'une mesure judiciaire de protection, le juge peut maintenir la désignation»* ;

- par l'insertion d'un article L. 1111-12 du Code de la santé publique qui dispose que *« toute personne majeure peut rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ces directives anticipées indiquent les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou de l'arrêt de traitement. Elles sont révocables à tout moment »*. Cette dernière disposition est susceptible de susciter de graves difficultés d'application pour les personnes qui, au moment crucial, ne peuvent plus

---

[151]. En ce sens, voir : A. CHEYNET de BEAUPRÉ, *« La loi sur la fin de vie »* : D., 2005, point de vue, pp. 164 et s., spc. p. 164.

exprimer leur volonté, ou sont devenues inconscientes. Il en résulte que, sous couvert de mandataire ad hoc, ce texte légalise indirectement la mort par procuration, ce qui est contraire au droit à la vie.

54. Cependant, lorsque le législateur a arrêté la position du Droit en la matière, il a eu conscience de l'extrême difficulté de fixer des limites sûres à l'euthanasie, et son message envoyé aux adultes vulnérables, et notamment à ceux qui sont âgés, seuls, malades, défavorisés, ou dans la détresse, est qu'ils ne se sentent pas obligés, par l'effet de pressions, réelles ou imaginaires, de solliciter une mort prématurée, puisque l'euthanasie n'est pas dépénalisée.

Si cela n'avait pas été le cas, cette position aurait été contraire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a rappelé les caractères sacré et prééminent de la vie en soulignant que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme ne saurait sans distorsion de langage être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir le droit de mourir, ni comme créant un droit à l'auto-détermination donnant à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie (§ 39).

55. Le quatrième élément concerne les cas d'état de nécessité, et à cet égard, l'article 2 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme exclut du champ d'application du droit à la vie les cas de mort non intentionnellement recherchée, qui sont : la légitime défense, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime.

Pour la légitime défense, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé dans son arrêt McCann et autres c/Royaume-Uni du 27 septembre 1995[153] que la défense devait être « *strictement proportionnée* » à l'agression, et ainsi que l'opération devait être menée de façon à réduire au minimum le recours à la force meurtrière.

Le contrôle de la nécessité de l'usage de la force est relatif. Ainsi, dans une décision X... et autres c/ Chypre du 9 octobre 1997, la Cour européenne des droits de l'homme[154] a jugé que le

---

152. D. FROGER et P. MORIN, *« Le droit doit limiter les progrès de la science »* : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 60 et s., spc. p. 62.
153. C. E. D. H., Mc Cann et autres c/Royaume-Uni, 27 septembre 1995 : Rec., Série A, n° 324 ; *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 6ème édition 1998, pp. 7 et s.
154. C. E. D. H., X. et autre c/Chypre, 9 octobre 1997 : D., 1998, somm. comm., p. 205, obs. J. –F. RENUCCI.

recours à la force meurtrière était nécessaire et proportionnée, car son seul but avait été de libérer une jeune femme qui avait été prise en otage par son fiancé.

Quant à l'ordre de la loi et au commandement de l'autorité légitime, la réserve apportée au droit à la vie ne paraît viser que les exécutants. Dans ce cas, la permission de tuer peut résulter de la décision d'une simple autorité légale, ce qui ne résout pas les difficultés liées à sa légitimité et au devoir de l'exécutant de ne pas obéir à un commandement manifestement excessif.

Le droit à la vie et la notion de dignité sont par nature égalitaires. Ils sont l'expression complémentaire de l'exigence d'une grande solidarité entre les membres de la communauté des êtres humains. En effet, si le Droit rejetait l'égalité, il nierait la dignité de l'homme et se couperait des valeurs dont l'oubli ne pourrait mener qu'à la barbarie.

B - LE PRINCIPE DE L'EGALITE ENTRE TOUS LES ETRES HUMAINS

56. L'inégalité a été souvent considérée comme inévitable, même par Portalis qui dans son discours au Corps législatif exposant les motifs du titre relatif à la propriété[155] déclarait que « *les hommes ne naissent égaux, ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents. Les hasards et les événements mettent encore entre eux des différences. Ces inégalités qui sont l'oeuvre de la nature entraînent nécessairement celles que l'on rencontre dans la société* ». Et, il concluait « *N'aspirons pas à être plus humains que la nature, ni plus sages que la nécessité* ». Cependant, pour un auteur, « *l'égalité est gravée pour l'éternité dans le marbre d'un universalisme abstrait* »[156]. Elle a une aura qui attire la proclamation. Au même titre que l'idée de justice, le sentiment d'égalité se pose comme le principe actif de la société démocratique. Cette règle permet de mieux respecter les autres, en ne se considérant pas comme leur supérieur. Reprenant cet idéal à son actif, le droit des adultes vulnérables mais

---

155. Discours au Corps législatif du 6 pluviôse an XII : Recueil des lois composant le Code civil, tome 3, Paris, 1804, pp. 41 et s., spc. pp. 46 et 47.

156. E. DECAUX, *« Non-discrimination »* : *in* M. BETTATI, O. DUHAMEL et L. GREILSAMER, La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 34 et s., spc. p. 35.

capables considère que l'un de ses fondements réside dans le principe de l'égalité de tous les êtres humains qui repose sur la tradition républicaine française ancrée sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Code civil, la Déclaration Universelle des droits de l'homme et la Constitution du 4 octobre 1958.

57. Tout d'abord, l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « *les hommes naissent libres et égaux en droits* ». Cette phrase vise à garantir une application identique des lois[157] en n'excluant aucun domaine. Mais, cet article est peu utilisé par la jurisprudence qui le considère comme trop général et trop vague[158]. C'est pourquoi, les textes les plus souvent invoqués sont les articles 6 et 13. L'article 6 de cette même Déclaration ne préconise pas l'égalité absolue, mais elle la concrétise aux yeux de la loi dans ces termes : « *La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». L'article 13 de ladite Déclaration instaure le principe d'égalité devant l'impôt en ces termes : « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leur faculté* ».

58. Ensuite et bien qu'il ne contenait pas d'article général sur l'égalité, le Code civil de 1804 était fortement imprégné de ce postulat puisque, selon un auteur, « *"il faisait table rase des distinctions sociales et des hiérarchies périmées qu'elles fussent terriennes ou nobiliaires, religieuses ou laïques, financières ou bourgeoises, corporatives ou individuelles (...)* »[159].

Pour transposer le principe d'égalité, le Code civil comportait des règles d'égalité spécialisée, mais plusieurs exceptions venaient en atténuer la portée.

Les règles d'égalité spécialisée édictées en 1804 étaient au nombre de trois. La première intéressait les membres de la communauté nationale, et était incluse dans l'article 8 aux termes duquel « *Tout Français jouira des droits civils* ». La deuxième concernait l'égalité des créanciers[160]. La troisième portait sur l'égalité successorale[161].

---

157. En ce sens, voir : O. JOUANJAN, « *Réflexions sur l'égalité devant la loi* » : Droits, 1992, n° 16, pp. 131 et s., spc. p. 134.
158. En ce sens, voir : C. LEBEN, *« Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi »* : Revue de droit public, 1982, pp. 295 et s., spc. p. 308.
159. L. JOSSERAND, « *Sur la reconstitution d'un droit de classe* » : D. H., 1937, chron., pp. 1 et s., spc. p. 1.
160. Article 2093 du Code civil.

Mais, ce système égalitaire instauré par le Code civil comporte deux catégories d'exceptions.

Les premières se rencontrent dans le droit civil classique issu du Code Napoléon, mais on peut avancer que celles-ci sont presque toutes tombées en désuétude.

Les secondes, qui peuvent être qualifiées de contemporaines, se sont manifestées à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, et tendent surtout à compenser des inégalités économiques.

Les principales exceptions historiques au principe d'égalité étaient au nombre de quatre. Il s'agissait des étrangers, des enfants naturels, des gens du commun[162], et des femmes, alors que le principe de l'égalité des sexes était implicitement contenu dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789.

Les exceptions du droit civil contemporain au principe d'égalité sont nées d'une réaction contre l'atomisme du Code civil, qui considérait les hommes comme des êtres abstraits et interchangeables. Là, au contraire, le droit civil moderne fait apparaître des personnes concrètes prises dans la réalité de leur travail, de leurs besoins, et de leur situation de famille. Les deux notions de profession et de catégorie sociale sont les instruments de cette différenciation, qui reste fidèle à l'esprit de la Révolution, puisque ceux-ci ne sont généralement pas établis dans l'intérêt des grands, mais dans celui des petits[163].

En outre, l'article 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme loue l'idée d'égalité et la traduit en droit international dans cette formule solennelle : « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* ».

59. Enfin, la Constitution du 4 octobre 1958 promeut le principe d'égalité de trois manières.

Premièrement, elle proclame en son article 1er que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

---

161. Sur le caractère non universel de l'égalité dans les successions, voir : J. CARBONNIER, « *Le droit de la famille, état d'urgence* » : J. C. P., 1998, I, 184.

162. Domicile de dépendance imposé aux domestiques, et prééminence reconnue au propriétaire pour la preuve du bail.

163. J. CARBONNIER, « *De peu, de tout et de rien* » : *in* Études offertes à René RODIÈRE, Dalloz, 1981, pp. 47 et s., spc. p. 47.

Deuxièmement, son article 2, alinéa 4, dispose que : « *La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ».*

Troisièmement, son article 3 prévoit que le suffrage est « *universel, égal et secret* ».

Le principe d'égalité étant aujourd'hui le moyen d'inconstitutionnalité le plus souvent évoqué[164], plusieurs décisions du Conseil constitutionnel l'ont élevé au rang de principe de valeur constitutionnelle[165], et le Conseil d'État l'affirme comme principe général de droit[166], situé à la fois en amont et en aval du droit écrit.

La consécration du principe d'égalité a une portée intégratrice extrêmement forte puisqu'elle crée un lien étroit entre les êtres humains qui peuvent le percevoir de deux façons. De manière passive, le principe d'égalité trouve un terrain d'élection dans l'interdiction des discriminations illégitimes et arbitraires, et de manière active, il exige d'assurer une égalité concrète, réelle, et non plus seulement formelle entre les citoyens.

Cependant, pour un auteur, le thème de l'égalité devant la loi tend aujourd'hui à être relayé *« par une polarisation excessive sur l'égalité de traitement »*[167], dont la logique économique domine parfois l'individu. C'est pourquoi le droit des adultes vulnérables mais capables lutte contre cette tendance à la déshumanisation de l'homme, et dans ce domaine, le droit pénal tient une place très importante.

---

164. Conseil d'État, Rapport public 1996 sur le principe d'égalité, n° 48, La Documentation française, p. 30 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 9ème édition, 1997, pp. 286 et s., spc. p. 288.

165. Cons. const., 73-51 D. C., 27 décembre 1973, Taxation d'office : R. J. C., pp. 28 et s. ; J. C. P., 1974, II, 17691, note NGUYEN QUOC VINH ; Cons. const., 82146 D. C., 18 novembre 1982, Quotas par sexe : R. J. C., pp. 134 et s. ; Cons. const., 89-268 D. C., 29 décembre 1989, Loi de finances 1990 : R. J. C., pp. 382 et s.

166. C. E., 25 juin 1948, Société du Journal L'Aurore : Rec. C. E., pp. 289 et s. ; C. E., 9 mars 1951, Société des concerts du Conservatoire : Rec. C. E., p. 151.
E. PICARD, *« L'émergence des droits fondamentaux en France »* : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 6 et s., spc. p. 25.

167. A. GARAPON, « *Peine fixe v. individualisation : analyse d'un clivage culturel* » : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 137 et s., spc. p. 146.

SECTION 2
LE DROIT PÉNAL ET LES VULNÉRABILITÉS PSYCHOLOGIQUES

60. Le droit pénal protège les valeurs sociales qu'une société considère comme fondamentales. Lorsque le législateur sanctionne un acte grave, les mesures, qui s'imposent, relèvent du droit pénal, qui allie la réprobation morale à la punition. À l'origine, plus orienté vers la protection de l'ordre public qu'à la vie et à la sûreté de l'individu[168], ce droit s'intéresse aux adultes psychologiquement vulnérables de quatre manières complémentaires.

Premièrement, si la charge de la preuve des infractions incombe au ministère public ou à la victime si celle-ci est à l'initiative des poursuites, le juge pénal a un rôle protecteur important, puisqu'il rassemble les éléments fournis par les parties, en utilisant ses pouvoirs coercitifs (perquisition, saisie de pièces, audition de témoins, interrogatoire de l'inculpé)[169].

Deuxièmement, le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif. En effet, l'acte contraire à l'ordre social, constitue une infraction et doit être réprimé.

Troisièmement, le droit pénal a pour la finalité la défense de la personne contre toutes les atteintes, qu'elles visent sa vie, son corps, ses libertés, sa sûreté, sa dignité ou son environnement. Il fait de la protection des faibles l'une de ses grandes orientations.

Quatrièmement, le droit pénal prend en compte la vulnérabilité psychologique des adultes de deux manières, soit directement (§ 1), soit indirectement (§ 2).

§ 1 - LA PRISE EN COMPTE DIRECTE DE LA VULNÉRABILITÉ PSYCHOLOGIQUE DES ADULTES

168. En ce sens, voir : P. RENAUD-DURAND, « *La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal* » : *in* C. LAZERGES (dir), Réflexions sur le nouveau Code pénal, Éditions A. Pédone, Paris, 1995, pp. 120 et s., spc. p. 120.
169. C. KATZ, *« La preuve en matière de harcèlement sexuel : pas vu, pas pris ? »* : Gaz. Pal. des 27/28 mai 1998, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2.

61. Le droit pénal accorde une place spéciale aux adultes les plus faibles, car ces derniers se trouvent dans l'incapacité de se défendre face à leur agresseur. Pour un auteur, il exprime « une pédagogie du respect des plus faibles et de la solidarité »[170], qui se manifeste dans l'aggravation de la sanction de certains comportements (A), et dans l'extension des cas d'abus de faiblesse (B).

A - L'AGGRAVATION DE LA SANCTION PENALE DE CERTAINS COMPORTEMENTS

62. Les dispositions du Nouveau Code pénal aggravant les sanctions, lorsque la victime est un adulte particulièrement vulnérable, sont nombreuses, et cette aggravation concerne aussi bien les infractions volontaires contre les personnes (a) que les infractions contre les biens (b).

a - LES INFRACTIONS VOLONTAIRES D'ATTEINTE À LA VIE, À L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE ET À LA DIGNITÉ DES ADULTES

63. Le fondement de ces infractions réside dans le sentiment qu'ont les victimes d'être réduites à l'état d'objet et non de personne par leurs agresseurs, car la violence est souvent le déni de l'autre en tant que sujet[171].

Pour renforcer la protection des adultes les plus vulnérables, la jurisprudence interprète de manière extensive la notion de violence qui ne suppose pas nécessairement un contact matériel entre coupable et victime. Il faut, et il suffit, que les actes incriminés entraînent une atteinte à l'intégrité physique ou psychique des victimes, atteinte qui peut se traduire par une

---

170. C. LAZERGES, *« À propos des fonctions du nouveau Code pénal français »* : Archives de Politique Criminelle, 1995, n° 17, p. 10.
171. En ce sens, voir : L. DALIGAND, *« Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel »* : Petites affiches, n° 53, du 3 mai 1995, pp. 56 et s.

émotion, une inquiétude, un stress[172]. Ainsi, ont été condamnés ceux qui vocifèrent et poussent des cris au point d'inquiéter ceux à qui ils sont destinés. Autrement dit, la violence peut consister à utiliser la voix humaine dont l'intensité crée le trouble chez les auditeurs. D'ailleurs, l'incrimination de violence inclut l'hypothèse où ce n'est pas l'intensité, mais le contenu des paroles qui produit le même effet. Dans ce sens, un arrêt ancien a admis que constituait une violence punissable le fait d'aborder de façon agressive une jeune fille et de lui faire une proposition obscène[173].

En outre, les peines sanctionnant les infractions volontaires d'atteinte à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité des personnes sont élevées d'une manière significative quand la victime est « une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ». Ce leitmotiv revient dans une vingtaine d'articles du Code pénal, si bien qu'un auteur a pu relever que la vulnérabilité des personnes était devenue « une valeur sociale privilégiée »[174], à telle enseigne que l'article 14 de la loi n°2002-1062 du 6 août 2002 a exclu du bénéfice de l'amnistie les atteintes volontaires à l'intégrité des personnes d'une particulière vulnérabilité.

Enfin, les infractions concernées par l'élévation des sanctions encourues en présence d'une victime particulièrement vulnérable sont nombreuses, puisqu'elles comprennent : le meurtre, les violences[175], les atteintes portées contre l'intégrité physique accompagnées de tortures et d'actes de barbarie, la traite des êtres humains, et cinq types de violences de nature sexuelle, à savoir : le viol, les agressions sexuelles autres que le viol, le harcèlement sexuel, le bizutage et le proxénétisme.

---

172. Crim., 16 décembre 1953 : D., 1954, jur., p. 129 ; Crim., 9 janvier 1986 : Gaz. Pal., 1986, II, pp. 598 et s., obs. J. –P. DOUCET.

173. Crim., 14 novembre 1931 : Bull. crim., n° 258.

174. C. BARBERBER, « *Les personnes vulnérables* » : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1996, pp. 277 et s., spc. p. 281.

175. Parmi les circonstances aggravantes des violences, figurent aussi celles commises par le conjoint ou le concubin de la victime. Cette disposition est destinée à lutter contre les violences dites *« conjugales ».*
Crim. 9 février 1993 : Lexis-Laser ; Crim. 2 décembre 1998 : *in* J. –P. DOUCET, chron. de droit criminel : Gaz. Pal. des 21/22 avril 1999, pp. 12 et s.

64. Le viol a été à l'origine de la création du concept de personne particulièrement vulnérable[176]. Pour protéger les victimes de cette infraction, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, tout en rappelant que l'état de particulière vulnérabilité de la victime doit résulter d'un état préexistant au viol[177], a tendance à créer une présomption de contrainte, en faveur de cette dernière : elle l'a fait notamment dans trois affaires : la première concernait un radiesthésiste-magnétiseur, qui avait au cours d'une consultation imposé des rapports sexuels à une cliente rendue particulièrement vulnérable par son état de santé[178], la deuxième intéressait une femme hospitalisée, souffrant de psychonévrose, violée par un infirmier de nuit[179], la troisième montrait une femme, atteinte d'affection vaginale la prédisposant peu à un rapport sexuel librement consenti, en consultation chez son gynécologue, qui l'avait violée[180]. Dans ces trois espèces, la particulière vulnérabilité de la victime résulte d'une dégradation de son état de santé ;

Cependant, la Cour de cassation a rappelé à deux reprises qu'en matière de viol sur une personne handicapée ou malade, la question posée aux jurés de l'apparence et de la connaissance de la vulnérabilité par l'auteur devait être distinguée de la question de la vulnérabilité, pour ne pas être entachée de complexité[181].

65. En ce qui concerne les agressions sexuelles autres que viol qui nécessitent qu'elles soient commises avec violence, contrainte, ou surprise, il est intéressant de noter qu'une décision du 3 mars 1998 du Conseil national de l'ordre des médecins, confirmée par un arrêt du Conseil d'État du 8 décembre 2000[182] a condamné un médecin psychiatre à l'interdiction d'exercer la médecine pendant quatre mois pour avoir eu des relations intimes avec une de ses patientes, qui se trouvait dans une situation d'infériorité, voire de dépendance, ce qui dénote

---

176. M. GENDREL, *« Les infractions contre la famille et la morale sexuelle »* : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1964, pp. 31 et s., spc. pp. 37, 38, 41, et 56 ; I. CORNARDS, « *L'inceste en droit français* » : Gaz. Pal., 1995, I, doct., pp. 888 et s., spc. p. 893.
Pour un cas où la preuve n'est pas rapportée, voir : Crim., 27 avril 1994 : Bull. crim., n° 157, pp. 357 et s. ; Gaz. Pal., 1994, I, somm., p. 412.

177. Crim., 17 octobre 1984 : Bull. crim., n° 308, pp. 816 et s. ; R. S. crim., 1985, pp. 813 et s., obs. G. LEVASSEUR.

178. Crim., 3 septembre 1991 : Gaz. Pal., 1992, chron. droit crim., p. 38, note J.-P. DOUCET.

179. Crim., 8 juin 1994 : Dr. pén., novembre 1994, comm., n° 232, pp. 7 et s., obs. M. VÉRON ; Gaz. Pal., 1994, II, somm., p. 674.

180. Crim. 25 octobre 1994 : Dr. pén., mars 1995, p. 8, comm., n° 63, obs. M. VÉRON.

181. Crim., 11 décembre 1996 : Bull. crim., n° 461, pp. 1340 et s. ; Crim., 19 mars 1997 : Bull. crim., n° 114, pp. 377 et s.

182. C. E., sect. du contentieux, 8 décembre 2000, concl. R. SCHWARTZ : R. D. sanit. soc., 2001, pp. 59 et s.

indirectement une conception large de la vulnérabilité psychologique, la situation d'infériorité et de dépendance étant en l'occurrence assimilée à une déficience physique ou psychique.

66. Pour le proxénétisme, il convient de souligner qu'en vertu de la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure est désormais puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 45 000 € le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations sexuelles de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse. Par sa décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel a rappelé que « le délit n'est constitué que si la vulnérabilité de la personne qui se prostitue est apparente ou connue de l'auteur » de sorte que le caractère intentionnel de l'infraction est ainsi assuré (65ème considérant).

67. En outre et pour lutter contre l'homophobie, la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a prévu comme circonstance particulière aggravante le fait de commettre, dans le domaine exclusif des atteintes aux personnes, une infraction en considération de « l'orientation sexuelle » de la victime. Dans le même esprit, les discriminations opérées entre les personnes, en raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur santé, de leur handicap[183], de leurs moeurs, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée constituent une infraction délictuelle prévue aux articles 225-1 et suivants du Code pénal. À ce propos, la loi n°2003-88 du 3 février 2003 visant à aggraver les peines punissant les infractions à caractère raciste, antisémite ou xénophobe a institué pour les infractions de meurtre, tortures et actes de barbarie, de violences et de destructions, dégradations ou détérioration une circonstance aggravante de racisme.

---

183. Le Nouveau Code pénal ne définit pas la notion de handicap. En vertu de l'article 225-3 du Nouveau Code pénal, la répression ne s'applique pas aux discriminations fondées sur l'état de santé ou sur l'handicap lorsque celles-ci consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur une inaptitude médicalement constatée, ou lorsqu'elles ont pour objet la prévention d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne, ou des risques d'incapacité de travail. L'extension de la répression des discriminations fondées sur le handicap et l'état de santé résulte des lois du 13 janvier 1989 et du 12 juillet 1990.
Pour un exemple de répression antérieur à ces lois, voir Crim., 20 mai 1985 : Rev. Conc. Consom., n° 35 du 3ème trimestre 1986, p. 42.

68. De plus, la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité crée notamment un délit de provocation à la haine, à la violence, et à la discrimination à l'égard de personnes en raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle (homosexuelle, hétérosexuelle, bisexuelle[184]) ou de leur handicap, limité toutefois aux discriminations liées à l'emploi, au logement et aux services[185].

69. Il est symbolique que notre droit interdise et sanctionne toujours plus ces discriminations pour assurer le respect et la dignité des personnes les plus vulnérables auxquelles sont en l'occurrence assimilés les homosexuels, ce qui est critiqué par un auteur[186] qui considère que « cette reconnaissance d'un groupe caractérisé par le comportement sexuel de ses membres est, d'une certaine manière, attentatoire à la liberté de ceux qui y sont nécessairement intégrés, alors même qu'ils ne souhaitent pas s'identifier ainsi ».

70. Enfin, la répression est renforcée en matière de délaissement en un lieu quelconque d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique. Cette incrimination, qui s'apparente sans le dire à un délit intentionnel commis par celui qui délaisse volontairement une personne vulnérable en sachant qu'elle est incapable de se protéger efficacement, est très large. En effet, dès l'instant que le délaissement aboutit à laisser une victime sans soins et sans surveillance, peu importe la qualité du coupable -membres de la famille, responsables de maisons d'accueil, tiers chargés de la personne-, la nature du lieu de délaissement -lieu solitaire ou non solitaire, abandon de l'individu vulnérable dans son logement pendant les vacances-, ou la durée du délaissement, celle-ci n'étant prise en compte qu'en raison de la gravité de ses conséquences.

En revanche, le Nouveau Code pénal n'a pas prévu d'aggraver la sanction quand la provocation au suicide est commise sur un adulte vulnérable ou quand il s'agit d'une atteinte sexuelle définie par l'article 227-25 du Nouveau Code pénal qui dispose que « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la

---

Pour deux exemples de répression postérieurs à ces lois, voir : T. G. I. Nantes, 1er mars 1990 : Dr. pén., février 1991, comm. n. 47, p. 6, obs. M. VÉRON M. ; Paris, 19 septembre 1994 : Juris-Data n° 022591.

184. Pour les transsexuels, la question est plus difficile. Sur ce point, voir : Y. PADOVA, *« Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie. À propos de la loi du 30 décembre 2004 »* : Gaz. Pal. des 16/17 mars 2005, doct., pp. 2 et s., spc. p. 6.

185. Ce délit est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

186. B. MATHIEU, *« Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus »* : A. J. D. A., 2005, tribune, p. 113.

personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende ».

Dans ces deux cas, seule la minorité de 15 ans est retenue. C'est étrange de ne pas y avoir assimilé les adultes vulnérables qui sont souvent très influençables dans ces domaines.

b - LES INFRACTIONS CONTRE LES BIENS

71. Même si le Nouveau Code pénal a placé les atteintes aux personnes au centre de ses préoccupations, les infractions contre les biens restent socialement très importantes en raison de leur fréquence et de leur impact auprès des victimes vulnérables. Dans ce domaine, comme dans le précédent, la politique pénale suivie vise à étendre leur protection en aggravant les sanctions applicables lorsque les infractions sont facilitées par l'état de faiblesse des victimes ou commises à leur détriment.

Les infractions facilitées par la vulnérabilité particulière des victimes

72. La particulière vulnérabilité de certaines victimes intervient parfois dans la définition du vol[187]. En effet, cette incrimination peut être retenue, lorsqu'un prévenu se fait remettre des choses par une personne, dont le consentement n'est pas totalement conscient, soit parce que, trop jeune, elle agit sans discernement[188], soit parce que ses facultés intellectuelles ou mentales sont altérées par l'âge[189]. En outre, alors que le vol simple est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende, le vol facilité par l'état vulnérable d'une personne est passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ; toutefois,

187. Article 311-1 du Nouveau Code pénal.
188. Crim., 26 juin 1974 : Bull. crim., n° 243, pp. 622 et s.
189. Crim., 25 janvier 1973 : Bull. crim., n° 45, pp. 114 et s. ; Crim., 4 mai 1973 : Bull. crim., n° 207, pp. 493 et s. ; Crim., 17 janvier 1978 : Bull. crim., n° 20, pp. 44 et s. ; Crim., 16 mars 1989 : Gaz. Pal., 1989, 2, somm., p. 379, obs. J. –P. DOUCET ; R. S. crim, 1990, p. 80, obs. P. BOUZAT.

cette circonstance n'a qu'une portée limitée, car le texte ne vise que le vol *« facilité »* par cet état, et non celui commis au détriment d'une personne vulnérable. De même, la sanction de la destruction, de la dégradation ou de la détérioration d'un bien appartenant à autrui est aggravée, lorsque cette catégorie d'infractions est facilitée par l'état vulnérable de la personne.

Ainsi, pour qu'il y ait circonstance aggravante, la vulnérabilité doit faciliter la commission de ces infractions. Par exemple, sera aggravé le vol d'un appartement facilité par le fait que le gardien de l'immeuble soit un handicapé moteur quand bien même la victime du vol ne rentre pas dans la catégorie des personnes vulnérables. Par contre, le vol commis dans une résidence secondaire en l'absence du propriétaire qui est handicapé physique est un vol commis au préjudice d'une personne vulnérable mais non facilité par l'état de vulnérabilité. Ici, le fait que le propriétaire soit handicapé n'a eu aucune influence sur la manière dont le vol a pu être commis et à ce titre ne peut être aggravé.

Les infractions commises au détriment des adultes particulièrement vulnérables

73. Les peines de l'extorsion de fonds, encore appelée « *racket* », sont augmentées lorsque cette infraction est commise au préjudice, et pas seulement facilitée, d'une personne d'une particulière vulnérabilité[190].

74. De plus, les plafonds des sanctions de l'escroquerie, sont également augmentés lorsque le délit est commis soit par une personne qui fait appel au public en vue de l'émission de titres ou en vue de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale[191], soit au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une

---

[190]. Paris, 9ème ch. corr. B, 27 septembre 1991 : D., 1991, jur., pp. 635 et s., note D. FORTIN ; R. S. crim., 1992, pp. 759 et s., obs. P. BOUZAT ; Crim., 3 octobre 1991 : Dr. pén., mars 1992, comm., n° 64, obs. M. VÉRON ; R. S. crim., 1993, p. 109, obs. P. BOUZAT ; Crim., 6 février 1997 : Dr. pén., juillet 1997, comm., n° 94, p. 10, obs. M. VÉRON.

[191]. Paris, 29 mai et 1er juin 1995 : Dr. pén., novembre 1995, comm. n° 251, pp. 7 et s., obs. M. VÉRON.
Pour d'autres exemples d'escroquerie à la charité publique antérieurs au Nouveau Code pénal, voir :
Crim. 29 décembre 1949 : J. C. P., 1950, II, 5582, note A. C. ; Crim. 10 octobre 1977 : Bull. crim., n° 298, pp. 757 et s. ; Crim. 10 juin 1991 : Bull. crim., n° 247, pp. 636 et s. ; Dr. pén., novembre 1991, comm. n° 283, p. 7, obs. M. VÉRON.

infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur.

75. De surcroît, d'autres mesures existent afin de sanctionner « *le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli* »[192], et le fait de soumettre une telle personne à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine[193].

76. Enfin, le législateur autorise la levée du secret professionnel pour informer les autorités compétentes des sévices et privations infligés à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger elle-même en raison de son âge ou de son état physique ou psychique.

Avant d'envisager l'extension des cas de délit d'abus de faiblesse, il convient de relever la rareté des condamnations par les juridictions de fond pour des infractions, dont des adultes vulnérables sont les victimes. Ce phénomène peut être expliqué par deux propositions traditionnelles, dont la portée est aujourd'hui affaiblie. La première énonce que les adultes* vulnérables sont souvent si vulnérables qu'ils ne peuvent pas dénoncer toutes les infractions dont ils sont victimes. La seconde expose que lorsque des adultes vulnérables se plaignent, leur témoignage est souvent sujet à débat, voire à caution : quel poids a la plainte d'une handicapée mentale qui dénonce une agression sexuelle imposée par son éducateur ?

B - L'EXTENSION DES CAS DE DELIT D'ABUS DE FAIBLESSE

77. Présent dans l'article 406 du Code pénal de 1810, le délit d'abus de faiblesse était à l'origine destiné à protéger les fils de famille mineurs contre la rapacité des usuriers. Bien qu'avec l'abaissement de l'âge de la majorité en 1974, le nombre des victimes potentielles ait

---

192. Article 225-13 du Code pénal. (Cinq ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende).

193. Paris, 13ème ch. B, 26 juin 1996 : Dr. pén., novembre 1996, comm., pp. 6 et s., n° 243, obs. M. VÉRON ; Paris, 11ème ch. A, 19 janvier 1998 : Dr. pén., mai 1998, comm., pp. 12 et s., n° 64, obs. M VÉRON ; Crim., 11 février 1998 : Dr. pén., mai 1998, comm., pp. 13 et s., n° 65, obs. M. VÉRON ; Gaz. Pal. des 17/18 juillet 1998, p. 8, obs. J. –P. DOUCET.

fortement diminué, le législateur a conservé cette protection dans le Nouveau Code pénal, et il l'a même étendue aux personnes particulièrement vulnérables. Mais auparavant, l'évolution économique avait aussi engendré de nouvelles pratiques d'abus de faiblesse, liées à des méthodes de vente agressives, cristallisant manoeuvres et artifices, qui bafouaient ensemble les intérêts élémentaires des consommateurs les plus vulnérables[194].

Ces comportements avaient conduit le législateur de 1972 à créer le délit consumériste d'abus de faiblesse, qui demeure malgré l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal, si bien que pour des situations de fait voisines, il existe deux délits qui brouillent l'image de cohérence du droit.

a - LE DÉLIT GÉNÉRAL D'ABUS DE FAIBLESSE

78. L'incrimination de l'abus de faiblesse a pour but de permettre de réprimer des agissements proches de l'escroquerie commis au préjudice de victimes incapables de se défendre en raison de leur âge ou de leur état physique ou psychique, et la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative aux sectes l'a insérée dans un Titre deuxième consacré aux atteintes à la personnes, alors qu'auparavant il s'agissait d'un délit contre les biens.

Aujourd'hui, les dispositions de l'article 223-15-2 du Nouveau Code pénal prévoient qu' « *Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse, soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou*

194. M. LEROUX, « *L'abus de faiblesse des consommateurs, un abus de circonstances* » : Rev. Conc. Consom.,

d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 € d'amende ».

79. Cependant, si cette infraction est assortie de pénalités élevées, sa réalisation nécessite généralement[195] la réunion de sept éléments constitutifs : victime d'une vulnérabilité particulière, abus frauduleux, contrainte, acte ou abstention, préjudice grave, lien de causalité et intention coupable.

Premièrement, les victimes capables, et susceptibles de bénéficier de cette protection, doivent prouver qu'elles sont atteintes d'une vulnérabilité particulière issue soit de leur âge[196] qui est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux[197] et qui est variable selon les personnes, soit de leur maladie, de leur infirmité, de leur déficience physique ou psychique, ou de leur état de grossesse. Dans ces hypothèses, la preuve sera la plupart du temps rapportée par la production d'un certificat médical. En outre, la déficience psychique peut aussi être volontairement provoquée par l'emploi illicite de stupéfiants et dans ce cas la peine sera plus sévère (dix ans d'emprisonnement et 7 500 000 € d'amende).

Deuxièmement, il doit y avoir un abus frauduleux qui consiste à tirer profit de la situation de la victime, par un mensonge et rien de plus[198]. Pour un auteur, « *la formule du caractère frauduleux de l'abus paraît devoir caractériser non seulement l'exigence d'un dol général mais aussi celle d'un dol spécial. Celui-ci consiste dans la volonté de causer un préjudice à la victime, condition vérifiée dans le texte d'incrimination aux termes duquel l'acte ou l'abstention doit avoir été gravement préjudiciable »*[199].

Troisièmement, il est nécessaire d'établir l'existence d'une contrainte qui peut être définie en se référant à l'article 122-2 du Nouveau Code pénal qui vise « *la personne qui a agi sous l'emprise d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ».*

---

n° 72, mars-avril 1993, pp. 41 et s., spc. p. 41.

195. L'abus de faiblesse dû à certains comportements émanant des sectes et créé par la loi du 12 juin 2001 est présenté au n°162.

196. Crim., 29 novembre 2000 : Dr. pén., juin 2001, comm., n° 70, p. 12, obs. M. VÉRON.

197. Crim., 30 avril 1996 : Bull. crim., n° 175, pp. 500 et s. ; R. S. crim., 1997, pp. 110 et s., obs. R. OTTENHOF.

198. P. DECHEIX, « *Abus frauduleux d'un état de faiblesse »* : Jur. -Cl. pénal, art. 313-4, 8-1996, p. 8, n° 56 et p. 9, n° 60.

199. R. OTTENHOF, « *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable (art. 313-4 nouv. c. pén.) »* : R. S. crim., 1997, pp. 110 et s., spc. p. 112.

Quatrièmement, la signature d'un acte juridique ou une abstention est requise.

Cinquièmement, l'article 223-15-2 exige que la victime ait subi un préjudice grave apprécié souverainement par les tribunaux. Cette règle, qui n'existe pas pour l'escroquerie, la filouterie, l'abus de confiance, le chantage, l'extorsion, ou le vol, est excessive, car, en l'occurrence, les adultes vulnérables sont soumis à un régime plus rigoureux que les autres.

Sixièmement, un lien de causalité doit exister entre l'abus entaché de fraude et de contrainte et l'accomplissement de l'acte ou l'abstention.

Septièmement, et conformément au principe général posé par l'article 121-3 du Nouveau Code pénal, le délit suppose l'intention de le commettre, ce qui signifie que l'auteur de l'infraction devait savoir que la victime était d'une vulnérabilité particulière. Cette preuve sera rapportée lorsque cette vulnérabilité est apparente : maladie, femme dans un état avancé de grossesse ou connue de l'auteur. En outre, l'auteur doit également avoir conscience d'abuser de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse de sa victime, ce qui ressortira de son comportement, notamment des mensonges qu'il a proférés.

80. D'une manière générale, la jurisprudence admet largement la notion de vulnérabilité de la victime en procédant plus par des affirmations que par des motivations explicites.

Ainsi, dans une espèce où Mme B., aide ménagère au service d'un couple de personnes âgées respectivement de 86 et 84 ans, avait reçu frauduleusement du mari, qui confondait les anciens et les nouveaux francs, des sommes d'argent et divers avantages en nature, en cachette de l'épouse de celui-ci, pour un montant évalué à 57 000 F (8 689,59 €) et constituant une part importante des revenus des victimes, déduction faite de son propre salaire et de dépenses diverses effectuées au bénéfice du couple, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 avril 1996 a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt de condamnation, en estimant que l'infraction était caractérisée « *en tous ses éléments tant matériels qu'intentionnel* ».

81. De même, dans une affaire où le médecin traitant d'une personne âgée, dont il avait pu constater la dégradation de l'état général physique et psychique, avait obtenu de celle-ci la signature d'un compromis de vente, sous conditions suspensives, d'un terrain, dont le prix fixé apparaissait anormalement bas, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du

12 janvier 2000[200] s'est contenté d'affirmer que la Cour d'appel « *avait souverainement constaté l'existence de l'intention frauduleuse résultant de l'absence de toute vérification du prix fixé* », et que la signature de l'acte par la victime était *« de nature »* à lui causer un grave préjudice, ce qui permet d'observer que l'abus de faiblesse est par lui-même préjudiciable, même sans préjudice !

82. En outre, le délit général d'abus de faiblesse est en concours avec le délit consumériste d'abus de faiblesse.

Le premier est par certains aspects plus large que le second, et par d'autres plus étroit[201].

Il est plus large, car il est puni quelles que soient les circonstances dans lesquelles il est intervenu et quelle que soit la nature de l'acte ou de l'abstention provoquée par l'abus, sous réserve que la victime en ait subi un grave préjudice.

Il est plus étroit, car l'article 223-15-2 du Nouveau Code pénal énumère limitativement les états d'ignorance et de faiblesse, alors que les prévisions du délit consumériste d'abus de faiblesse sont moins limitatives.

De plus, ce dernier délit étant puni d'un emprisonnement de cinq ans au lieu de trois, les Parquets le préfèrent au délit général d'autant que dans cette hypothèse, ne sont pas exigées les deux conditions cumulatives requises par le texte du Code pénal, à savoir, la ruse et la contrainte. Il en résulte que des adultes particulièrement vulnérables sont à cet égard moins protégés que certains consommateurs faisant l'objet d'un démarchage à domicile, auquel, selon un auteur, « *la jurisprudence donne un caractère de plus en plus large, donc de plus en plus sévère* »[202].

Avant de traiter du délit consumériste d'abus de faiblesse, il convient de souligner l'existence d'une disposition pénale protectrice des adultes particulièrement vulnérables dans le domaine

---

[200]. Crim., 12 janvier 2000 : R. S. crim., 2000, pp. 614 et s., obs. R. OTTENHOF ; Bulletin d'actualité - Lamy droit économique, n° 139, mai 2001, p. 4 ; Rapport 2000 de la Cour de cassation, La protection de la personne, p. 466 ; Dr. pén., juin 2000, comm., n° 69, obs. M. VÉRON ; D., 2001, jur. comm., pp. 813 et s., note J. – Y. MARÉCHAL.

[201]. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Dalloz, 4ème édition 1996, p. 147, n° 148.

[202]. P. BOUZAT, « *Démarchage à domicile* » : R. T. D. com., 1992, p. 270.

de la divination. En effet, l'article R. 34-7° de l'ancien Code pénal continue de réprimer[203] *« les gens qui font métier de deviner et pronostiquer, ou d'expliquer les songes »*. De plus, en prenant appui sur cette hostilité de principe, un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1989[204] a stigmatisé la cause illicite d'une vente de talismans, encens, ouvrages et autres matériels d'occultisme intervenue entre deux parapsychologues, professionnels de la voyance, moyennant le prix de 52 875 F (8 060,74 €).

Dans ce domaine très sensible, puisqu'il touche à l'avenir et au porte-monnaie des adultes vulnérables par leur particulière anxiété face à l'avenir, on se félicite de la collaboration du droit pénal et du droit civil, qui ont la même volonté protectrice partagée par les initiateurs du délit consumériste d'abus de faiblesse.

b - LE DÉLIT CONSUMÉRISTE D'ABUS DE FAIBLESSE

83. Le législateur s'est d'abord préoccupé d'apporter une protection particulière aux personnes faibles ou ignorantes, lors de la souscription d'un engagement dans le cadre du démarchage à domicile, soit parce qu'elles ne sont pas en mesure d'en apprécier la portée, ou de déceler les ruses déployées pour les convaincre, soit parce qu'elles ont été soumises à une contrainte, qui traduit chez le professionnel une volonté de profiter de la faiblesse de son interlocuteur[205].

L'article 7 de la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 a institué un délit réprimant ceux qui font souscrire des engagements à ces personnes, par le moyen de visites à domicile, et prévu des peines d'emprisonnement de cinq ans et d'amende de 9 000 €.

---

203. Dans le même sens, voir : J. MESTRE, *« Les professionnels sont-ils tenus d'un devoir de divination ? »* : Dr et patr., n°102, mars 2002, éditorial, p. 3.
204. Civ. 1ère, 12 juillet 1989 : Bull. civ., I, n°293, pp. 194 et s.
205. G. RAYMOND, « *Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) »* : Gaz. Pal. des 10/12 mars 2002, colloque, pp. 33 et s., spc. p. 33.

Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance complète la faculté de renonciation instituée par la loi en matière de vente à domicile, car le consommateur vulnérable, par hypothèse crédule ou naïf, n'en fait pas toujours usage[206].

84. Compte tenu de l'évolution des techniques commerciales, devenues plus agressives, l'article 1er-II de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, inséré dans l'article L. 122-9 du Code de la consommation, a étendu le champ d'application de ce délit[207], en ajoutant, à l'hypothèse initiale et étroite[208] du démarchage et de la vente à domicile, cinq situations nouvelles :

1°) le démarchage par téléphone ou télécopie ;

2°) la sollicitation personnalisée à se rendre sur un lieu de vente, effectuée à domicile et assortie de l'offre d'avantages particuliers ;

3°) les réunions ou excursions organisées par l'auteur de l'infraction ou à son profit ;

4°) la transaction réalisée hors des lieux de vente, ou dans le cadre de foires ou de salons, considérés comme propices à des achats précipités ;

5°) la transaction conclue dans une situation d'urgence ayant mis la victime dans l'impossibilité de consulter d'autres professionnels. Ce cas peut viser les engagements excessifs (travaux inutiles[209], prix exorbitants[210]) obtenus en exploitant l'inquiétude ou l'ignorance des consommateurs[211] confrontés à une situation d'urgence.

85. Bien que le législateur ne soit pas allé jusqu'à généraliser le délit d'abus de faiblesse, en supprimant toute référence à des circonstances particulières, comme l'y avait incité un

---

206. B. BELLOIR-CAUX, « *Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive ?* » : Les petites affiches, n°70 du 11 juin 1993, pp. 19 et s., spc. p. 19.
207. M. LEROUX, « *Consommation. Protection des consommateurs : ce qui change avec la loi du 18 janvier 1992* » : Rev. Conc. Consom., n° 66, mars-avril 1992, pp. 44 et s.
208. J. –P. PIZZIO, « *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs* » : A. L. D., 1992, pp. 181 et s., spc. p. 189, n°55 ; J. –P. PIZZIO, Code de la consommation commenté, Montchrestien, 1995, Paris, p. 157.
209. T. G. I. Paris, 7 janvier 1998 : *in* D. G. C. C. R. F., Bureau B 2, flash jur., index 1998, p. 61.
210. P. ARHEL, « *Les prix abusivement... élevés* » : J. C. P. éd. E, 1997, I, 632, n° 17.
Paris, 22 mai 1991 : B. I. D., 1991, n°12, pp. 20 et s. ; Trib. corr. Paris, 31ème ch., 1er juin 1993 : R. T. D. com., 1994, pp. 139 et s., obs. P. BOUZAT ; Paris, 24 janvier 1994 : B. I. D., 1994, n°11, p. 24.
211. T. G. I. Paris, 18 juin 1997 : *in* D. G. C. C. R. F., Bureau B 2, Flash jur. Index 1998, pp. 62 et s.

auteur[212], le nombre et la variété de celles-ci montrent que le champ d'application de ce délit est suffisamment large pour protéger les personnes les plus fragiles.

Pour sa part, la jurisprudence apprécie au cas par cas la situation des parties. Il en résulte que si d'une manière générale, elle est favorable à une large admission du délit d'abus de faiblesse, certains éléments limitent cette tendance.

86. La tendance à l'admission large du délit d'abus de faiblesse se manifeste dans l'appréciation de ses circonstances constitutives.

Ainsi, la jurisprudence considère que le délit d'abus de faiblesse peut être commis à l'occasion de toutes les activités de démarchage[213], y compris celles qui échappent à la législation et celles qui sont réglementées par un texte particulier[214] (assurance-vie par exemple).

Le délit d'abus de faiblesse ne vise que certaines personnes dans des situations bien précises.

Par conséquent, le législateur, tout en reconnaissant l'existence de consommateurs fragiles en plus des incapables, n'a pas prévu une protection générale des adultes, mais une protection spéciale exigeant, pour être mise en oeuvre, la réunion de trois éléments : l'état de faiblesse ou d'ignorance du client[215], la souscription d'un ou de plusieurs engagements, et l'inaptitude du consommateur à apprécier la portée de cet engagement ou l'abus de sa faiblesse ou de son ignorance au moyen d'une ruse, d'un artifice, ou d'une contrainte.

87. La jurisprudence apprécie généralement, avec une bienveillance marquée, la faiblesse ou l'ignorance de la personne bénéficiant de cette protection, puisque celle-ci peut résulter, soit d'une vulnérabilité structurelle, soit d'une vulnérabilité momentanée.

Premièrement, elle retient les facteurs de vulnérabilité structurelle de la victime suivants : l'âge qui pris isolément n'est pas un critère déterminant de l'existence du délit d'abus de

---

212. J. CALAIS-AULOY, Propositions pour un Code de la consommation. Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre, La documentation française, 1990, p. 59.
213. Crim., 26 février 1979 : Bull. crim., n°85, pp. 241 et s.
214. Trib. corr. Strasbourg, 16 avril 1982 : Consommateurs Actualités, 1982, n°349, p. 9.
215. R. OTTENHOF, *« Abus de faiblesse. Article 313-4 du Code pénal et articles L. 122-8 et 10 du Code de la consommation »* : R. S. crim., 2000, pp. 614 et s., spc . p. 617.

faiblesse, l'illettrisme d'une victime âgée de soixante cinq ans, aux modestes ressources, et présentant une *« vulnérabilité particulière qui était apparente »*[216], le faible niveau d'instruction[217] et une aptitude au raisonnement très bas[218], client crédule, facilement impressionnable et sans défense[219], l'état de santé de la victime[220] : faiblesse physique au sortir d'une opération chirurgicale[221], troubles de la mémoire[222], problèmes cérébraux[223], état mental déficient[224], personne âgée de 90 ans, atteinte d'une importante surdité, présentant des carences amnésiques, se déplaçant à l'aide d'un déambulateur, et incapable d'entretenir une conversation normale[225], personnes très handicapées dont la vulnérabilité était patente et ne pouvait échapper à un observateur doué de facultés intellectuelles normales[226], les faibles ressources de la victime[227], et la méconnaissance de la langue française par des étrangers[228].

Deuxièmement, les juges du fond relèvent l'exploitation de la vulnérabilité momentanée des consommateurs : exploitation de l'émotion des personnes fragilisées, consécutive à des pannes domestiques[229], dont elles ne pouvaient apprécier la gravité, exploitation de la peur d'une personne en lui présentant des coupures de presse sur la recrudescence des agressions, pour la convaincre d'acquérir un système d'alarme[230], réalisation en urgence de travaux de

---

216. Crim., 29 avril 2003 n°2188 F-D. Dugast : BRDA, 2003, n°12, § 26, p. 14.
217. Trib. corr. Belley, 14 décembre 1989 : R. T. D. com., 1990, pp. 291 et s., obs. P. BOUZAT.
218. Lyon, 19 septembre 1990 : D., 1991, jur., pp. 250 et s., note F. RUELLAN ; Crim., 3 juillet 1991 : Dr. pén., janvier 1992, p. 10, n° 12, note J. –H. ROBERT.
219. Crim., 11 mai 1999 : B. I. D., 1999, n° 10, p. 48.
220. Paris, 22 mai 1991 : B. I. D., 1991, n° 12, pp. 20 et s. ; T. G. I. Mâcon, 18 juin 1997 : *in* D. G. C. C. R. F., Bureau B 2, flash jur., index 1997, p. 53.
221. T. G. I. Poitiers, 24 juin 1992 : Contrats Conc. Consom., octobre 1992, pp. 15 et s., obs. G. RAYMOND.
222. Paris, 12 mars 1985 : Juris-Data n° 021213.
223. Trib. corr. Paris, 17 juin 1993 : inédit.
224. Paris, 9ème ch., sect. B., 28 février 1990 : Juris-Data n° 022382.
225. Angers, 11 mars 1999 : Contrats Conc. Consom., janvier 2000, comm., n° 15, p. 26, obs. G. RAYMOND.
226. Rennes, 25 février 1999 : B. I. D., 1999, n° 9, pp. 45 et 46. (L'élément intentionnel se déduit du cumul des handicaps présentés par les victimes et du rôle actif joué par les prévenus auprès de celles-ci pour les déterminer à signer les contrats et à obtenir immédiatement des fonds).
227. Paris, 9ème ch. A, 17 septembre 1991 : Dr. pén., juin 1992, comm., pp. 9 et s., n° 154, note J. –H. ROBERT. En sens contraire, voir : Riom, 15 février 1989 : Juris-Data n° 051319 ; Crim., 19 février 1997 : Dr. pén., mai 1998, comm., pp. 18 et s., n° 71, note J. –H. ROBERT.
228. Trib. corr. Paris, 3 juin 1993 : inédit ; Paris, 9ème ch., 12 mai 1996 : Contrats Conc. Consom., octobre 1996, p. 19, n° 178, obs. G. RAYMOND ; Crim., 5 août 1997 : Dr. pén., mars 1998, comm., p. 15, n° 37, note J. –H. ROBERT.
229. Toulouse, 26 septembre 1991 : préc. ; T. G. I. Paris, 27 septembre 1991 : préc. ; T. G. I. Nancy, 3 novembre 1995 : *in* D. G. C. C. R. F., bureau B 2, flash jur., index 1997, p. 51 ; Crim., 30 octobre 1996 : *in* D. G. C. C. R. F., bureau B 2, flash jur., pp. 41 et 42 ; T. G. I. Paris, 1er avril 1997 : B. I. D., 1998, n° 5, pp. 26 et s. ; T. G. I. Paris, 7 janvier 1998 : B. I. D., 1998, n° 12, p. 27 ; Paris, 2 février 1998 : *in* D. G. C. C. R. F., bureau B 2, flash jur., index 1998, pp. 65 et 66.
230. T. G. I. Lyon, 18 janvier 1988 : préc.

remplacement d'un système de fermeture allant au-delà du simple changement de serrure demandé par deux personnes âgées[231], exploitation de la situation de demandeur d'emploi, scénario soigneusement mis au point afin d'endormir la vigilance des participants, de telle sorte que les plus fragiles et les moins informés ne se trouvent plus en mesure d'apprécier la portée de leurs engagements et de déceler les ruses et artifices employés pour les convaincre d'y souscrire[232], ou démarcheur ayant obtenu d'une personne l'engagement d'acheter deux meubles, au motif qu'elle était fatiguée par une nuit de travail[233].

Cependant, par un arrêt du 18 mai 1999, la Cour de cassation[234] a précisé que pour être caractérisé, le délit d'abus de faiblesse nécessitait l'existence d'un « *état de faiblesse ou d'ignorance de la victime, préalable à la sollicitation et indépendant des circonstances dans lesquelles elle a été placée pour souscrire l'engagement* », et a cassé une décision ayant estimé que l'abus de faiblesse découlait de la mise en scène, des ruses et des artifices déployés par les vendeurs pour convaincre la victime de souscrire une commande. Cet arrêt est critiquable, car l'exigence d'un état de faiblesse objectif des victimes restreint le champ d'application de l'article L. 122-8 du Code de la consommation, qui ne distingue pas selon que la faiblesse est congénitale ou résulte des circonstances.

88. Après avoir prouvé la faiblesse ou l'ignorance de la victime, qui doit être relevée par le juge, il faut démontrer que le démarcheur a obtenu de celle-ci la souscription d'un engagement au comptant ou à crédit, ou, à défaut d'un engagement formel, la remise au professionnel, sans contreparties réelles, d'espèces ou d'autres instruments de paiement

Pour fortifier cet élément constitutif du délit, les magistrats s'intéressent à l'achat effectué par le consommateur, et plus précisément à l'utilité de celui-ci.

Ainsi, la jurisprudence a pris en considération l'inutilité de l'engagement souscrit dans les cas non limitatifs suivants : l'importance démesurée d'une commande de vin pour quelqu'un qui n'en boit jamais[235]; l'achat par une personne âgée d'une quantité faramineuse de produits

---

En sens contraire, voir : Agen, 7 février 1997 : *in* D. G. C. C. R. F., bureau B 2, Flash jur., index 1997, p.40.
231. Paris, 6 octobre 1998 : B. I. D., 1999, n° 9, p. 42.
232. Besançon, 12 décembre 1996 : *in* D. G. C. C. R. F., bureau B 2, flash jur., index 1997, pp. 51 et 52.
233. Paris, 13ème ch. A, 15 juin 1999 : BRDA, n° 19 du 15 octobre 1999, pp. 10 et s.
234. Crim., 18 mai 1999 : B. I. D., 1999, n° 10, pp. 48 et s.
235. T. G. I. Poitiers, 24 juin 1992 : préc.

d'entretien - égale à celle d'un droguiste à cinq reprises[236] -, l'achat inutile d'un tapis par une personne âgée[237], système d'alarme très sophistiqué vendu pour une maison très dégradée et sans confort[238], vente de produits ou d'appareils à la vertu thérapeutique très limitée ou inadaptée aux personnes considérées, le remplacement non nécessaire d'appareils[239], la commande de rempaillage de chaises alors que la victime ne possède que des chaises en plastique[240], la vente d'une encyclopédie à trois jeunes chômeurs, alors que les maquettes utilisées normalement par les démarcheurs suffisent amplement à leur activité de démarchage[241], système de sécurité vendu d'un coût particulièrement important et non proportionné à la configuration du domicile de la victime[242].

Cette preuve de l'inutilité de l'achat est intéressante, parce qu'elle fait apparaître que la victime a subi un préjudice, et qu'elle démontre, soit la contrainte ou les ruses du démarcheur, soit un manque de discernement du consommateur.

Ainsi, la jurisprudence apprécie si la victime était en mesure d'apprécier la portée de ses engagements[243]. Les circonstances lui permettent parfois de répondre à cette problématique par la négative[244]. Il en est ainsi en cas de réitération de commandes de lots identiques de lingerie fine extrêmement onéreux et manifestement dépourvus de toute utilité[245].

89. Enfin, la jurisprudence vérifie si le professionnel n'a pas abusé de la faiblesse ou de l'ignorance du consommateur au moyen d'une ruse, d'un artifice ou d'une contrainte pour le convaincre de signer le contrat. Il en est ainsi en cas d'octroi de délai de paiement d'un prétendu versement comptant réalisé en fait à crédit, d'existence simultanée de plusieurs crédits pour financer la même acquisition, du recours alternatif à six organismes de crédit différents, de l'enchevêtrement des paiements à assurer[246], de l'utilisation de documents rappelant des documents officiels, du démontage de la totalité de l'appareil à réparer pour

---

236. Poitiers, 10 septembre 1987 : Juris-Data n° 043567.
237. Paris, 9ème ch., sect. A, 8 juin 1988 : préc.
238. Angers, 19 avril 1988 : Juris-Data n°044948.
239. Paris, 9ème ch., sect. B., 28 février 1990 : préc. ; Trib. corr. Paris, 31ème ch., 1er juin 1993 : préc.
240. Paris, 12 mars 1985 : préc.
241. Trib. corr. Albi, 11 juillet 1985 : préc.
242. Crim., 11 mai 1999 : B. I. D., 1999, n° 10, p. 48.
243. Toulouse, 10 octobre 1991 : B. I. D., 1992, n° 7/8, pp. 28 et s.
244. Bordeaux, 11 avril 1995 : Juris-Data n°051298.
245. Lyon, 19 septembre 1990 : préc.
246. Lyon, 19 septembre 1990 : préc.

impressionner le client et finalement lui annoncer que l'appareil n'est pas réparable et qu'il lui faut en acheter un neuf[247], de l'annonce de risques de dommages importants, de démarcheurs restant plusieurs heures à domicile, entraînant la panique d'une personne âgée[248], du harcèlement d'un couple soumis à des visites très rapprochées[249] et de la présentation de coupures de presse relatant des faits divers de nature à créer chez une personne âgée un sentiment d'insécurité pour l'amener à acheter un système d'alarme[250].

Malgré le développement d'une appréciation large de certains éléments constitutifs du délit, et notamment de la vulnérabilité de l'adulte victime qui peut être aussi bien structurelle que momentanée, la jurisprudence rappelle qu'aucun de ceux-ci ne doit être considéré isolément, car ce délit est une infraction complexe nécessitant plusieurs actes de nature différente à deux titres.

90. Premièrement, le délit d'abus de faiblesse ne bénéficie qu'aux acquéreurs, et non aux vendeurs[251].

Deuxièmement, les personnes ne sont pas présumées en état de faiblesse ou d'ignorance par nature[252]. Ce qui importe, c'est que l'état psychique ou l'ignorance de la victime ne lui permette pas d'apprécier la portée de l'engagement qu'elle prend[253]. Il en résulte que s'il n'y a pas de difficultés particulières, lorsque la personne démarchée est analphabète ou gravement handicapée (aveugle, inapte à l'écriture) ou susceptible d'être mise sous un régime de protection judiciaire défini par les articles 490 et suivants du Code civil, il n'en va pas de même dans toutes les autres hypothèses.

Devant ces exigences de preuve, les applications jurisprudentielles de ce texte sont rares d'autant plus que les victimes sont la plupart du temps culturellement et financièrement démunies, et par conséquent peu aptes à assurer ou à faire assurer leur défense. Il en résulte

---

247. Toulouse, 26 septembre 1991 : préc.
248. Paris, 8 juin 1988 : préc.
249. Lyon, 19 septembre 1990 : préc. ; Grenoble, 2 novembre 1995 : préc. ; Paris, 13ème ch. A, 19 mars 1996 : Juris-Data n° 020723.
250. T. G. I. Lyon, 18 janvier 1988 : préc.
251. Agen, ch. corr., 11 mars 1996 : J. C. P., 1997, IV, 998 ; Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1997, n°s. 1/2, n° 4333, pp. 119 et s.
252. Paris, 9ème ch. appels corr. B., 17 janvier 1992 : Contrats Conc. Consom., septembre 1992, p. 16, n° 170, obs. G. RAYMOND ; Toulouse, 10 octobre 1991 : B. I. D., 1992, n° 7/8, p. 28.
253. Crim., 26 février 1979 : Bull. crim., 1979, n°85, pp. 241 et s.

que certaines affaires aboutissent à des relaxes avec des motivations très brèves axées sur une absence de preuve apportée par la victime[254]. Enfin, et comme le souligne avec beaucoup de finesse un auteur, le délit d'abus de faiblesse a « *tout de même l'inconvénient d'obliger les juges à donner, des victimes, un portrait humiliant* »[255].

§ 2 - LA PRISE EN COMPTE INDIRECTE DE LA VULNÉRABILITÉ PSYCHOLOGIQUE DES ADULTES

91. Le droit pénal prend en compte de manière indirecte la vulnérabilité psychologique des adultes de deux façons.

D'une part, il tend à assurer leur sécurité (A).

D'autre part, il protège les adultes mis en examen par les valeurs humanistes (B).

---

254. Pour un exemple concernant une personne atteinte de surdi-mutité ayant signé une offre de crédit à la consommation, voir : Douai, 7 novembre 2002 : Contrats Conc. Consom., juillet 2003, comm., n°117, p. 26, obs. G. RAYMOND.

255. J. –H. ROBERT, note ss Crim., 3 juillet 1991 : préc.

A – L’OBJECTIF DE LA SECURITE DES ADULTES

92. Cet objectif, qui est l’une des préoccupations essentielles des pouvoirs publics (a), se traduit par une limitation des pouvoirs du juge (b).

a - L'UNE DES PRÉOCCUPATIONS ESSENTIELLES DES POUVOIRS PUBLICS

93. Pour parer aux inquiétudes des adultes les plus vulnérables, les autorités publiques ont pris conscience que l’intérêt général se confond de plus en plus avec la défense de leur sécurité.

Cependant, il convient de relever une double orientation.

Les valeurs humanistes sont plutôt incarnées par le magistrat qui estime généralement nécessaire l’individualisation des peines et l’importance d'une appréciation pour départager non pas le noir et le blanc, mais le gris clair et le gris foncé, l'égalité abstraite des délinquants cèdent devant leur inégale dangerosité.

Les parlementaires, souvent très proches des préoccupations de leurs électeurs, créent périodiquement des nouveaux délits et contraventions aux éléments constitutifs parfois très flous, et fixent des limites au pouvoir du juge d'apprécier en toute liberté la conduite des prévenus.

b - LES LIMITATIONS AU POUVOIR DU JUGE

94. Elles apparaissent dans quatre domaines : la force des preuves, la recherche des preuves, la déqualification du terrorisme en infraction de droit commun, et la fixation autoritaire du montant des peines.

Le premier concerne la force des preuves. En application du système de l'intime conviction le juge pénal apprécie en principe et en toute liberté la valeur des preuves qui lui sont soumises. La conséquence de ce système est qu'en principe, les procès-verbaux constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements. Cependant, si certains procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire[256], d'autres procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux[257].

Le deuxième est relatif à la recherche des preuves : la loi du 21 janvier 1995 d'orientation sur la sécurité a légalisé l'enregistrement visuel de vidéosurveillance sur les voies publiques, les abords des bâtiments et installations publics, et des lieux « *particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol* », soit à des fins de police administrative, soit à des fins de constatation de certaines infractions..

Le troisième déqualifie le terrorisme, de nature politique, en infraction de droit commun afin d'en faciliter la répression[258]. Cette idéologie sécuritaire tend à prendre aujourd'hui une place considérable. Ainsi, la disposition essentielle de la loi du 9 septembre 1986 sur le terrorisme a consisté à confier à une Cour d'assises spéciale, composée exclusivement de sept magistrats le soin de juger les crimes *« en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».*

D'autres règles sont venues compléter cette création : prolongation de la durée maximale de la garde à vue, autorisation assez large des perquisitions de nuit par la loi du 30 décembre 1996, possibilité d'organisation de l'audience de la Cour d'assises spéciale dans tout autre lieu que celui habituellement utilisé par la loi du 29 décembre 1997.

Dans le même esprit, mais avec encore plus de force, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne[259], promulguée sans saisine préalable du

---

256. Article 431 du Code de procédure pénale ; article 537 du Code de procédure pénale relatif aux procès-verbaux constatant les contraventions ; article 104 du Code de l'urbanisme ; article L. 228-27 du Code rural (agents assermentés de l'Office national de la chasse) ; article L. 237-4 du Code rural en matière de pêche (si le procès-verbal est dressé par un seul agent) ; article L. 238 du Livre des procédures fiscales (en matière d'impôts indirects) ; article L. 450, alinéa 2 du Code de commerce ; article 35 de la loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie.

257. Article 336 du Code des douanes ; article L. 237-4 du Code rural (en matière de pêche).

258. A. VANDERVORST, « *Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme* » : R. R. J., 1998, n° 3, pp. 1009 et s., spc. p. 1013.

259. H. CAUSSE, « *Le principe de sûreté et le droit à la sécurité Regards sur la future loi (loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 « sécurité quotidienne »* : Gaz. Pal. des 19/20 décembre 2001, doct., pp. 2 et s., spc. p. 6, n° 18.

Conseil constitutionnel[260], pose d'entrée l'affirmation du principe selon lequel : « *La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités*[261]*. À ce titre, elle est un devoir pour l'État qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et de leurs prérogatives, de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics »*. Cette loi traduit ce principe en prenant une batterie de mesures qui visent à intensifier la lutte contre le terrorisme, en élargissant les possibilités d'intervention des officiers de police judiciaire et des agents de police judiciaire, mais aussi de différents personnels de sécurité. Parmi la multitude de nouveaux moyens juridiques mis en oeuvre, il est intéressant de noter les éléments suivants.

Les officiers et agents de police judiciaire adjoints peuvent, sur réquisitions écrites du Procureur de la République, procéder, tant à des contrôles d'identité, qu'à la visite des véhicules circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans les lieux accessibles au public.

Le juge des libertés et de la détention du Tribunal de grande instance peut, à la requête du Procureur de la République, autoriser, par décision écrite et motivée, les officiers et agents de police judiciaire à procéder à des perquisitions, visites domiciliaires et saisies de pièces à conviction, alors qu'auparavant ces pouvoirs ne pouvaient être exercés qu'en cas de flagrance ou si une information était ouverte.

Pour améliorer la sécurité des aérodromes et des ports, la loi redéfinit les règles applicables à la visite des personnes, des bagages, du fret, des colis postaux, des aéronefs et des navires. Dans ce contexte, elle autorise les policiers, les gendarmes et les douaniers (uniquement en matière maritime) à effectuer des fouilles corporelles[262] pour la prévention des infractions de terrorisme, et de trafic de stupéfiants ou d'armes, en liaison avec le terrorisme, et dispose que ces fouilles doivent être opérées par une personne du même sexe que celle qui subit

---

260. P. JAN, « *État de nécessité contre État de droit (à propos de la loi sur la sécurité quotidienne)* » : D., 2001, point de vue, pp. 3443 et s., spc. p. 3444.
261. F. –J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « *Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne (1ère partie)* » : Petites affiches, n° 237, du 28 novembre 2001, pp. 4 et s., spc. p. 5.
262. M. HERZOG-EVANS, « *Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles* » : Gaz. Pal., des 24/26 février 2002, doct., pp. 3 et s., spc. pp. 3, 4, et 6.

l'opération. Cependant, le texte est muet sur la forme des fouilles (intégrale ou limitée à des palpations) et sur les solutions susceptibles d'être appliquées en cas de refus de l'intéressé(e).

La loi précise dans quelle mesure les entreprises privées de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds peuvent procéder à certaines inspections ou fouilles, ce qui peut susciter des réserves importantes[263] puisque les pouvoirs régaliens de l'État confiés à la police sont privatisés dans un domaine qui concerne des personnes vulnérables.

Le quatrième se traduit par une fixation par le législateur du montant des peines : peine-plancher, ou période de sûreté[264], dont l'objet est de réprimer sévèrement les infractions les plus odieuses et d'assurer une prétendue égalité de traitement des délinquants qui tend à prendre le visage, non plus de la peine arbitraire, mais celui d'une rigidité aseptisée[265]. Mais, heureusement, le Conseil constitutionnel limite cet égalitarisme excessif en tirant du principe de nécessité des peines l'exclusion de peines « *automatiques* »[266], ce qui permet de traiter, avec plus d'optimisme, de la protection des personnes mises en examen par les valeurs humanistes.

B – LA PROTECTION DES ADULTES MIS EN EXAMEN PAR LES VALEURS HUMANISTES

95. Dans une démocratie, les moyens de lutte contre la criminalité ne doivent pas conduire à l'élimination des valeurs incarnées par les droits fondamentaux, qui permettent à chaque personne, même incarcérée, de se sentir considérée à sa juste valeur d'être humain.

---

263. F. –J. PANSIER et C. CHARBONNEAU C., « *Commentaire du chapitre V de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne* » : Petites affiches, n° 247, du 12 décembre 2001, pp. 4 et s., spc. pp. 4 et 5.
264. P. GALLIER, « *Peine (Nouveau Code pénal* » : *in* Cahiers de l'actualité 1998-2 Mise à jour, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Tome V, Légitime défense à rébellion, p. 660, n° 58 et s. ; J. -F. SEUVIC, *« La période de sûreté »* : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1996, pp. 311 et s., spc. pp. 312, 318 et 325.
265. G. LEVASSEUR, A. CHAVANNE, J. MONTREUIL et B. BOULOC, Droit pénal général et procédure pénale, Sirey, 13ème édition 1999, p. 35, n° 88.
266. Cons. const., 93-325 DC des 12-13 août 1993 : in L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 47, pp. 827 et s., 49ème considérant.

Parmi les droits de l'homme proclamés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, deux appellent des développements : la sûreté (a), et la liberté d'expression (b).

a - LA SÛRETÉ

96. Proclamée droit naturel et imprescriptible de l'homme par l'article 2 de la Déclaration de 1789, reconnue par l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et affirmée par l'article 66 de la Constitution de 1958 aux termes duquel « *nul ne peut être arbitrairement détenu* », la sûreté permet aux personnes d'exercer l'ensemble de leurs libertés. Elle est un droit relativement bien protégé qui bénéficie de l'appui de trois principes complémentaires.

97. Le premier principe est celui de la légalité des incriminations proclamé dans l'article 7 de ladite Déclaration en vertu duquel « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Selon le Conseil constitutionnel, ces prescriptions obligent le législateur à définir les infractions « *en termes suffisamment clairs et précis* » pour exclure l'arbitraire[267], et éviter les interprétations jurisprudentielles divergentes. De plus, par sa décision du 28 novembre 1973[268], le juge constitutionnel a rappelé que la privation de liberté relève de la loi et a permis vingt ans plus tard la suppression de l'emprisonnement contraventionnel[269]. Cependant, derrière son apparence optimiste, le postulat du légalisme est altéré par la poursuite de l'inflation des textes de nature pénale qui soumettent les citoyens à une pression répressive croissante. Il connaît ainsi trois catégories de limites qui mettent les personnes concernées dans une situation de particulière vulnérabilité.

---

267. Cons. const., n° 86-213 D. C., 3 septembre 1986, Lutte contre le terrorisme : R. J. C., pp. 275 et s., spc. p. 275.
268. Cons. const., 28 novembre 1973 : D., 1974, jur., pp. 269 et s. ; Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1974, pp. 889 et s., note J. de SOTO.
269. A. VARINARD, obs. ss C. E., 12 février 1960, Société Eky et Crim., 26 février 1974, *in* J. PRADEL et A. VARINARD, Les grands arrêts du droit criminel, Tome I - Les sources du droit pénal. L'infraction, Dalloz, 2ème édition 1997, pp. 37 et s., spc. pp. 47 et 48.

98. Il s'agit d'abord du droit pour la police de retenir toute personne contrôlée qui refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier par tout moyen de son identité, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les contrôles préventifs ou répressifs. Cependant, la crainte de l'arbitraire policier est restreinte par cinq garanties importantes.

1°) La rétention ne peut durer que le temps strictement nécessaire à la vérification d'identité, qui ne peut durer que maximum quatre heures.

2°) L'intéressé doit être informé par un officier de police judiciaire de la possibilité dont il dispose d'informer le procureur de la République de la vérification dont il fait l'objet, le procureur ayant le pouvoir de mettre fin à tout moment à la rétention.

3°) Le retenu peut prévenir à tout moment sa famille, ou toute personne de son choix.

4°) La prise d'empreintes digitales ou de photographies doit être autorisée par le procureur de la République ou par un juge d'instruction, et ne peut intervenir que si la personne interpellée a fourni des éléments d'identité manifestement inexacts, ou persiste à refuser de déclarer son identité.

5°) L'officier de police judiciaire doit mentionner dans un procès-verbal, présenté à la signature de l'intéressé, les motifs et les conditions du contrôle et de la vérification ; ce procès-verbal, dont copie est remise à l'intéressé, est transmis au procureur de la République, qui devra le détruire dans un délai de six mois si aucune charge n'est finalement retenue.

99. Il s'agit ensuite de la garde à vue qui, selon un auteur[270], peut se définir *« comme la détention d'une personne dans les locaux de la police ou de la gendarmerie pour les nécessités de l'enquête ou de l'instruction, dans ce dernier cas dans le cadre d'une commission rogatoire »*. Celle-ci est réglementée dans les articles 63 à 65 et 77 du Code de procédure pénale, plusieurs fois remaniés qui s'efforcent de concilier les nécessités de l'enquête avec les droits des particuliers confrontés à une situation qui les rend exceptionnellement vulnérables, en décomposant la garde à vue en deux étapes : la première intervient à l'initiative d'un officier de police judiciaire, mais ne doit durer que vingt-quatre

[270]. A. GIUDICELLI, *« La garde à vue après la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 »* : A. J. Pénal, juillet-août 2004, pp. 261 et s., spc. p. 261.

heures maximum, la seconde, qui s'analyse en une prolongation facultative de la première, peut durer plusieurs jours, mais ne peut avoir lieu que sur autorisation d'un magistrat.

La garde à vue de vingt-quatre heures peut être décidée lorsqu'il existe des indices faisant présumer que la personne a commis ou tenté de commettre une infraction, et même depuis la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002, lorsqu'il n'existe contre ladite personne aucun indice matériel, mais dont le comportement, les relations avec la victime ou le fait qu'elle soit mise en cause par des témoins font qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner que ladite personne a commis ou tenté de commettre une infraction. Pour un auteur, cette formulation *« extraordinairement vague (...) laisse aux officiers de police judiciaire une considérable marge de manoeuvre »*[271]. Afin de protéger les personnes gardées à vue, l'officier de police judiciaire doit obéir à certaines règles. Il est placé sous le contrôle du procureur de la République qui doit en être informé dès le début de la garde à vue et qui a le pouvoir de lui adresser des instructions. Il doit rédiger un procès-verbal d'audition de la personne gardée à vue sur lequel il mentionne le jour et l'heure du début de la garde à vue, les motifs de celle-ci, la durée des interrogatoires, la durée des repos séparant ces interrogatoires, le jour et l'heure de la fin de la garde à vue, ainsi que les demandes éventuellement formulées par l'individu en garde à vue, qui bénéficie à ce titre de plusieurs droits, dont il doit être immédiatement informé, et qui sont la juste et nécessaire contrepartie de son sacrifice imposé par les nécessités de l'enquête : droit de faire prévenir dans les trois heures, par téléphone, « *une personne avec laquelle elle vit habituellement ou l'un de ses parents en ligne directe, l'un de ses frères et soeurs ou son employeur* », droit d'être examiné par un médecin[272] désigné par l'officier de police judiciaire ou par le procureur de la République à sa demande ou à la demande d'un membre de sa famille, droit, s'il le demande de s'entretenir avec un avocat, qui dans le silence de la loi n'interrompra pas le travail des enquêteurs pouvant poursuivre leurs investigations et interroger la personne gardée à vue sans attendre l'arrivée dudit avocat[273], droit pour toute partie au procès pénal de demander tout acte nécessaire à la manifestation de

---

271. E. PUTMAN, *« Présentation de la loi du 4 mars 2002 modifiant la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence »* : R. J. P. F., mai 2002, n°5, p. 12.

272. En application de l'article 63-3 du Code de procédure pénale, le médecin doit se prononcer *« notamment »* sur la compatibilité de l'état de santé avec la garde à vue dans les locaux de police ou de gendarmerie.
Sur l'importance de ce rôle, voir : P. CHARIOT, *« L'intervention du médecin en garde à vue »* : A. J. Pénal, juillet-août 2004, pp. 279 et s.

273. J. –D. NUTTENS, « *Présomption d'innocence : le Parlement fait la loi* » : Gaz. Pal. des 21/22 juin 2000, doct., pp. 2 et s., spc. p. 3.

la vérité, et droit pour l'avocat de demander à être présent lors des diverses investigations menées par le juge d'instruction.

La garde à vue initiale peut être prolongée d'un nouveau délai de 24 heures lorsque existent à l'encontre des personnes concernées « *des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction* ». Cette prolongation ne peut intervenir que sur autorisation écrite du procureur de la République dans le cadre de l'enquête de flagrance et sur décision du procureur dans l'enquête préliminaire, ce magistrat étant censé exercer un contrôle sur celle-ci. La personne dont la garde à vue est prolongée a le droit de se faire à nouveau examiner par un médecin. À l'issue de la garde à vue, elle est soit remise en liberté, soit déférée devant le procureur de la République, qui décide des poursuites pénales éventuelles. Le juge d'instruction éventuellement saisi par lui pourra alors, s'il souhaite prolonger la privation de liberté, prendre une ordonnance de mise en détention provisoire et décerner un mandat de dépôt contre la personne jusque là gardée à vue. En principe, la garde à vue ne peut donc pas durer plus de quarante-huit heures. Toutefois, il existe une catégorie d'exceptions à cette règle, en matière d'infractions relevant de la criminalité organisée visées à l'article 706-73 du Code de procédure pénale[274], pour lesquelles la garde à vue peut durer jusqu'à quatre jours.

Dans tous les cas, la jurisprudence[275] considère que le dépassement de la durée maximale de la garde à vue porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée et constitue une cause de nullité.

100. Il s'agit enfin de la détention provisoire qui est l'une des questions plus controversées de la procédure pénale. Devant les dangers de cette mesure qui tiennent à la privation de la liberté de l'intéressé[276] et à la limitation de la portée du principe de la présomption d'innocence, l'article 137 du Code de procédure pénale précise que « *la personne, mise en*

---

274. Cette liste comprend les infractions de trafic de stupéfiants, les actes de terrorisme et de nombreuses autres infractions dès lors qu'elles ont été commises en bande organisée : le meurtre, le crime de tortures et actes de barbarie, l'enlèvement et la séquestration, la traite des êtres humains, le proxénétisme, le vol, l'extorsion, les destructions, dégradations et détériorations d'un bien, la fausse monnaie, les trafics d'armes, les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'un étranger en France, le blanchiment et le recel des choses provenant des infractions précédentes, ainsi que le délit d'association de malfaiteurs, lorsqu'il est commis en vue de perpétrer l'une des infractions qui précèdent.

275. Crim., 13 février 1996 : Bull. crim., n°74, pp. 216 et s. ; Crim., 15 décembre 1999 : Bull. crim., n°311, pp. 964 et s. ; Crim., 17 mars 2004 : Bull. crim., n°69, pp.°264 et s.

276. E. PUTMAN, « *L'apport aux droits fondamentaux de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence* » : R. J. P. F., novembre 2000, n° 11, pp. 6 et s., spc. p. 8.

examen, présumée innocente, reste libre. Toutefois, en raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté, elle peut être astreinte à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire. Lorsque celles-ci se révèlent insuffisantes au regard de ces objectifs, elle peut, à titre exceptionnel, être placée en détention provisoire ». Et, l'article préliminaire du Code de procédure pénale rappelle que « *les mesures de contrainte... doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnelles à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne ».* De même, l'article 144-1 du Code de procédure pénale dispose que « *la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable… ».*

En dépit de ces invitations à la prudence, la détention provisoire est fréquemment utilisée, si bien que le législateur intervient fréquemment pour améliorer la protection des individus et en préciser le régime juridique qui comprend les motifs, la procédure, la durée et la fin.

La détention provisoire, qui n'est possible qu'en matière criminelle et qu'en matière délictuelle lorsque la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, compte tenu le cas échéant, de l'aggravation de la peine encourue en cas de récidive, ou encore pour une personne mise en examen pour un délit prévu par le livre III du Code pénal et puni d'une peine égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement si, dans les six mois qui précèdent, cette personne a déjà fait l'objet pour un délit d'une peine supérieure ou égale à deux ans d'emprisonnement, n'est légale que si elle repose sur l'un des motifs limitativement énumérés par l'article 144 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire, soit qu'elle constitue l'unique moyen de conserver des preuves ou des indices, ou d'empêcher une pression sur les témoins ou les victimes, ou d'empêcher une concertation avec des complices, soit qu'elle constitue l'unique moyen de protéger l'intéressé, de garantir son maintien à la disposition de la justice, de mettre fin à l'infraction ou de prévenir son renouvellement, ou de mettre fin à « *un trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public »* causé par l'infraction. En dehors de ces hypothèses, une détention avant jugement est illégale.

De plus, alors qu'avant la loi du 15 juin 2000, la décision de placer en détention une personne mise en examen reposait uniquement sur le juge d'instruction, le droit à la sûreté de l'individu est aujourd'hui mieux préservé, puisque l'article 145-5 du Code de procédure pénale exige la prise en considération des charges de famille lors du prononcé de la mise en détention

provisoire[277] et que le juge des libertés et de la détention remplace le juge d'instruction dans ses rôles antérieurs de mise et de maintien en détention dans quatre cas :

- il ordonne le placement en détention, à la suite d'un débat contradictoire ;

- il ordonne la prolongation de la détention à l'expiration des délais prévus par la loi ;

- il statue sur les demandes de mise en liberté formées par le détenu ;

- enfin, en cas de violation des obligations du contrôle judiciaire, prescrit par le juge d'instruction, il peut ordonner la révocation de ce contrôle et placer le mis en examen en détention.

De surcroît, le juge d'instruction reçoit les demandes de mise en liberté et ce n'est que s'il refuse d'y faire droit qu'elles sont soumises au juge des libertés et de la détention. En somme, il suffit d'un magistrat pour remettre en liberté, mais il en faut deux pour décider ou maintenir une incarcération (système du « *double regard* »).

En outre, trois garanties complémentaires protègent les personnes détenues. Premièrement, l'ordonnance prescrivant le placement en détention doit être spécialement motivée[278]. Deuxièmement, elle ne peut être prise qu'après un débat contradictoire entre l'accusation et la défense. Troisièmement, elle est susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction, qui peut l'annuler et faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Cependant, la loi du 9 mars 2004 a ajouté à l'article 137-4 du Code de procédure pénale un deuxième alinéa qui permet, en matière criminelle ou pour les délits punis de dix ans d'emprisonnement, au procureur de la République de saisir directement le juge des libertés et de la détention, en lui déférant sans délai la personne mise en examen, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention entraînant le cas échéant la caducité de l'ordonnance du juge d'instruction ayant placé la personne sous contrôle judiciaire. Pour un auteur[279], cette disposition *« consacre une double*

---

277. C. CHARBONNEAU et F. –J. PANSIER, « *La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche* » : Gaz. Pal., des 21/22 juin 2000, doct., pp. 11 et s., spc. p. 13.

278. Les décisions des juridictions d'instruction adoptant des motivations vagues ou stéréotypées sont systématiquement annulées. Voir pour des exemples : Crim., 24 juin 1971 : D., 1971, jur., pp. 546 et s., note J. PRADEL ; Crim., 19 février 1980 : D., 1980, jur., pp. 356 et s., note P. CHAMBON ; Crim., 13 février 1989 : Bull. crim, n° 66, pp. 179 et s.

279. C. GUÉRY, *« Une détention provisoire exceptionnelle… mais souhaitable »* : A. J. Pénal, juin 2004, pp. 238 et s., spc. p. 238.

chance au ministère public qui souhaite obtenir une détention provisoire dans certains cas. La saisine du juge d'instruction peut se doubler de celle du JLD alors que le ministère public demeure libre d'apprécier au cas par cas, et après la première comparution, l'intérêt de mettre en œuvre le texte ».

Enfin, le législateur fixe des durées maximales à la détention provisoire, mais il reconnaît encore aux juges d'instruction de larges possibilités de prolongations si bien que l'article 144-1 du Code de procédure pénale leur rappelle à bon escient que « *la détention provisoire ne peut excéder une durée raisonnable, au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen et de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité ».*

C'est pourquoi la détention provisoire prend fin dans deux séries d'hypothèses, soit au cours de l'instruction, soit à sa clôture.

Premièrement, la détention peut cesser au cours de l'instruction selon deux modalités principales. D'une part, la mise en liberté peut être décidée, même sans la demande de la personne mise en examen, soit par le juge d'instruction d'office, soit par le juge des libertés et de la détention. D'autre part, et le plus souvent, c'est l'intéressé lui-même ou son avocat qui sollicite sa libération.

Deuxièmement, le sort de la détention, à la clôture de l'instruction, varie selon qu'il s'agit d'un délit ou d'un crime. En matière correctionnelle, elle prend fin de droit, sauf possibilité pour le juge d'en décider le maintien, voire d'ordonner la détention, par une ordonnance distincte de l'ordonnance de règlement et spécialement motivée. En effet, la détention ne peut se justifier que par son caractère de mesure de sûreté non par les besoins de l'instruction que l'on présume terminée. En matière criminelle, la détention subsiste de droit, sauf à être relayée par l'ordonnance de prise de corps. Cette ordonnance de prise de corps vaut pendant un an de sorte qu'à l'expiration de ce délai, le détenu est libéré s'il n'a pas comparu devant la Cour d'assises, le délai courant à compter de la date à laquelle la décision de mise en accusation est devenue insusceptible de recours.

En cas de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement, la personne est obligatoirement indemnisée du préjudice que lui a causé sa détention injustifiée dans les conditions prévues par la loi du 15 juin 2000 qui en a renforcé la portée.

101. Le deuxième principe, qui concerne la légalité des peines, réside dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que : « *... nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi* ». L'article 111-3 du Nouveau Code pénal précise ce principe en énonçant que : « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention* ». Ainsi, par cette règle de justice, tendant à empêcher toute arrestation ou toute poursuite arbitraire, et à protéger la liberté des citoyens, le juge ne peut prononcer que les peines expressément prévues, écrites et publiées[280].

102. Le troisième principe est relatif à la non-rétroactivité de la loi pénale. Son fondement repose sur l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a valeur constitutionnelle et qui s'impose au législateur[281]. Il est rappelé dans l'article 112-1 du nouveau Code pénal qui énonce : *« Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date* », et l'article 2 du Code civil le complète utilement en prévoyant que « *la loi ne dispose que pour l'avenir* ». Ce principe constitue une garantie importante de la liberté des citoyens. Dès lors qu'une loi nouvelle vient modifier, postérieurement à la commission des faits, les conditions de la répression, cette loi ne pourra pas s'appliquer et c'est la loi ancienne qui continuera à jouer. Cependant, comme la loi nouvelle constitue, en principe un progrès par rapport à la loi ancienne, c'est la nouvelle loi qui prévaudra chaque fois qu'elle se révèle plus douce pour l'individu poursuivi. La rétroactivité des lois pénales plus douces, qui contribue à la protection de la liberté

---

280. Grenoble, 1ère ch. corr., 19 février 1999 : D., 1999, jur., pp. 480 et s., note M. REDON.

281. Cons. Const., 82-155 D. C. du 30 décembre 1982, loi de finances rectificative 1982 : R. J. C., pp. 149 et s., 33ème considérant ; Cons. Const., 89-248-D. C. du 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel : *in* L. FAVOREU et L. PHILIP, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, préc., n° 43, pp. 716 et s., 35ème considérant ; Cons. Const., n° 92-307 du 25 février 1992, Zones de transit : R. J. C., préc., pp. 493 et s., 25 et 26èmes considérants.

individuelle, est, selon un auteur, « *un principe général de valeur constitutionnelle*[282] *et supranationale, qui est fondé sur des raisons humanitaires, l'égalité entre les anciens et les nouveaux délinquants et le caractère non nécessaire de la sévérité antérieure révélé par l'édiction de la loi nouvelle »*[283]. En dépit de cet environnement textuel, la Cour de cassation limite la portée de ce principe en conférant plein effet à une disposition législative expresse ayant pour objet de maintenir la possibilité de poursuites sur le fondement de dispositions pénales abrogées[284] et en manifestant une réticence à la rétroactivité des règlements économiques plus doux de source interne[285], au motif que ces derniers perdraient, si tel n'était pas le cas, une grande partie de leur valeur intimidante.

b - LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION

103. Corollaire de la liberté de pensée, la liberté d'expression et de communication est indispensable.

Consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, cette liberté s'exerce dans les limites prévues par la loi et dans le respect des autres droits fondamentaux, car elle n'est pas une liberté supérieure, au-dessus de toutes les autres. La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé à plusieurs reprises que cette liberté constituait l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et valait même pour les informations et les

---

[282]. Cons. Const., n° 80-127 D. C., 19 et 20 janvier 1981 : J. C. P., 1981, II, 19701, note C. FRANCK ; D., 1982, jur., pp. 441 et s., note A. DEKEUWER.
[283]. A. DEKEUWER, « *La rétroactivité in mitius en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté ! »* : J. C. P., 1997, I, 4065, n° 1.
[284]. Crim., 28 novembre 1996 : Bull. crim., n° 436, pp. 1274 et s. ; Crim., 6 février 1997 : Bull. crim., n° 51, pp. 166 et s. ; Dr. pén., juin 1997, pp. 11 et s., comm. 80, obs. J. –H. ROBERT ; Crim., 20 mars 1997 ; Bull. crim., n° 116, pp. 385 et s. ; Crim., 5 mai 1997 : Gaz. Pal., des 26-27 septembre 1997, p. 15.
[285]. Crim., 12 décembre 1996 : Bull. crim., n° 466, pp. 1360 et s.

idées qui heurtent, choquent[286] ou inquiètent. En conséquence, elle considère que toute restriction en la matière n'est admissible que si elle est proportionnée au but recherché[287].

La liberté d'expression et de communication est dans l'ensemble bien respectée en France, mais son intensité varie suivant qu'il s'agit de la presse écrite ou de la communication audiovisuelle.

104. En ce qui concerne la liberté de la presse, elle est d'abord consacrée dans l'article 1er de la loi du 29 juillet 1881 qui proclame que « *l'imprimerie et la librairie* » sont libres. De plus, elle est considérée comme une liberté fondamentale de premier rang, et à ce titre, elle bénéficie d'un statut privilégié au sein des libertés et droits fondamentaux, avec la possibilité pour la personne qui se dit victime d'un abus de cette liberté d'obtenir réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, si l'abus en cause n'est pas réprimé par la loi du 29 juillet 1881[288].

Par contre, la liberté de communication audiovisuelle relève de ces libertés qui ne sont ni générales ni absolues parce que le développement des médias audiovisuels conduit à l'accroissement des atteintes à l'intégrité morale, psychologique et sociale de personnes rendues particulièrement vulnérables par les excès d'une certaine presse.

Ainsi, la liberté de communication est d'abord limitée d'une manière générale par la présomption d'innocence (1), et elle subit ensuite des limites spéciales, qui proviennent, soit de textes particuliers, soit de décisions jurisprudentielles (2).

---

286. Voir cependant : G. COHEN-JONATHAN, « *Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la pensée. Protection de l'activité sociale et politique. Droit au respect des biens. Principes de non discrimination* » : Jur. -Cl. Europe, fasc. 6522, 9-1992, p. 13, n° 44.

287. C. E. D. H., 7 décembre 1976, Handyside c./Royaume-Uni : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 422 et s., n°s 1117 et s. ; C. E. D. H. 25 mars 1985, Barthold c./ Allemagne : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 430 et s., n°s 1139 et s. ; C. E. D. H., 8 juillet 1986, Lingens c./Autriche : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 432 et s., n°s 156 et s. ; C. E. D. H. 26 septembre 1995, Vogt c./Allemagne : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 460 et s., n°s 1210 et s. ; C. E. D. H du 23 septembre 1994, Jersild c./Danemark : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 450 et s., n° 1190 et s. ; C. E. D. H. du 24 mai 1988, Müller et autres c./Suisse : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 456 et s., n°s 1199 et s. ; C. E. D. H. du 20 septembre 1994, Otto Preminger Institut c./Autriche : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., p. 650, n° 262 ; C. E. D. H. du 25 novembre 1996, Wingrove c./Royaume-Uni : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 453 et s., n° 1195 et s.
En sens contraire, voir : C. E. D. H. du 28 août 1986, Glasenapp c./Allemagne : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, préc., pp. 458 et s., n° s. 1206 et s.

1 - La présomption d'innocence

105. La présomption d'innocence, placée théoriquement en tête des garanties du procès, protège la liberté de la personne considérée comme un véritable sujet. Pour un auteur, sa signification « *est nette : c'est au poursuivant de rapporter la preuve de la culpabilité car le prévenu est juridiquement innocent aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été juridiquement démontrée, sans le moindre doute. Ainsi le veut le capital principe de la présomption d'innocence* »[289].

Cependant, le droit pénal ne lui accorde pas de dispositions véritablement spécifiques puisqu'aucun délit ne vise directement les atteintes à celle-ci, et qu'il ne protége que le secret de l'instruction[290], permettant de garder confidentiels les éléments de l'enquête préliminaire et de l'instruction judiciaire d'une part, l'honneur et la réputation des personnes mises en cause[291] à travers la répression du délit de diffamation, d'autre part. D'ailleurs, cette protection pénale n'ayant pas paru suffisante au législateur, l'article 9-1 du Code civil a consacré sur le plan civil l'existence du droit de chacun au respect de la présomption d'innocence[292], qui est rappelé par l'article 48 de la Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 et qui a désormais une portée plus étendue pour six raisons essentielles.

---

288. Ass. plén., 12 juillet 2000 (5 arrêts) : J. C. P., 2000, IV, 2524 à 2527 ; G. VINEY, « *Responsabilité civile* » : J. C. P., 2000, I, 280, n°s. 2 et s.

289. J. PRADEL, Manuel de procédure pénale, éditions Cujas, 10ème édition, 2000, p. 308, n° 366.

290. Article 11 du Code de procédure pénale.

291. P. AUVRET, « *Les sanctions du non respect de la présomption d'innocence par les journalistes* » : Gaz. Pal., 1995, II, doct., pp. 1053 et s., spc. p.1054.

292. Le principe de la présomption d'innocence est également énoncé par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, les articles 10 et 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, les articles 14 et 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 16 décembre 1966 et ratifié par la France en janvier 1981, le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, et dans l'article 6-2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
O. DUFOUR, « *Le projet de loi sur la présomption d'innocence en discussion à l'Assemblée* » : Petites affiches, n° 56 du 19 mars 1999, pp. 3 et s., spc. p. 4.

Premièrement, l'article préliminaire du Code de procédure pénale prévoit que les atteintes à la présomption d'innocence dont peuvent faire l'objet les personnes suspectées ou poursuivies sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.

Deuxièmement, avant la loi du 15 juin 2000, l'article 9-1 du Code civil visait d'une manière restrictive la personne placée en garde à vue, mise en examen ou faisant l'objet d'une citation à comparaître en justice, d'un réquisitoire du procureur de la République ou d'une plainte avec constitution de partie civile lorsqu'elle est présentée publiquement, avant toute condamnation, comme étant coupable des faits faisant l'objet de l'enquête ou de l'instruction judiciaire. La loi du 15 juin 2000 a voulu rectifier cette vision restrictive de la personne visée, il s'agit dorénavant de la même personne présentée publiquement comme coupable de fait faisant l'objet d'une enquête ou instruction et ce avant toute condamnation, sans autre précision.

Troisièmement, l'article 9-1 du Code civil, dans sa version antérieure à la loi du 15 juin 2000 permettait à la victime d'obtenir en référé l'insertion d'un communiqué destiné à faire cesser l'atteinte à cette présomption ; mais le délai pour agir était de trois mois ce qui affaiblissait la force de ce droit. La loi du 15 juin 2000 a heureusement supprimé ce trop court délai de prescription et offre désormais au juge des référés plus de moyens pour faire cesser de manière efficace le trouble : insertion d'une rectification ou diffusion d'un communiqué.

Quatrièmement, le législateur de l'an 2000 a inséré un article 35 ter dans la loi de 1881 qui sanctionne d'une amende de 15 000 € la diffusion d'une image d'une personne identifiable mise en cause dans une procédure pénale avant toute condamnation pénale faisant apparaître des menottes, une entrave ou que la personne est soumise à la détention provisoire ou la réalisation, l'utilisation ou la fourniture d'éléments de sondage ou autre consultation sur la culpabilité d'une personne[293]. Dans le même esprit, l'article 803 du Code de procédure pénale

---

[293]. C. CHARBONNEAU et F. –J. PANSIER, « *La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche* » : Gaz. Pal., des 21/22 juin 2000, pp. 11 et s., spc. p. 13.
Sur une mesure d'entrave (chaîne reliant une cheville au montant d'un lit) disproportionnée au regard des nécessités de la sécurité dans le cadre du transfert d'un détenu de 75 ans dans un hôpital pour une opération chirurgicale considérée comme un traitement inhumain, voir : C. E. D. H., 27 novembre 2003, Hénaf c/France : D., 2004, jur. comm., pp. 1196 et s., note D. ROETS.

prévoit l'obligation, pour les autorités judiciaires et les chefs d'escorte, de prendre les mesures utiles pour éviter l'enregistrement de l'image d'une personne menottée ou entravée[294].

Cinquièmement, l'article 9-1 du Code civil définit l'atteinte à la présomption d'innocence comme la présentation d'une personne coupable avant toute condamnation. L'interprétation de cette disposition a évolué. Si dans un premier temps, un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1998[295] a fait prévaloir, sur la lettre du texte la nature et la finalité de la présomption d'innocence, en décidant qu'elle ne tombait qu'en vertu d'une condamnation irrévocable, il est regrettable de relever que dans un deuxième temps, un arrêt de la même Cour du 12 juillet 2001[296] en a nettement limité la portée en précisant que l'atteinte à la présomption d'innocence suppose que l'écrit litigieux contienne des conclusions définitives manifestant un préjugé tenant pour acquise la culpabilité de la personne visée, et en posant le principe selon lequel la liberté de communication des informations justifie la publication de l'image d'une personne impliquée dans une affaire judiciaire, sous réserve du respect de la dignité de la personne humaine.

Sixièmement, un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre du 22 juin 1996 a considéré que l'article 9-1 du Code civil avait pour but la protection de la présomption d'innocence et posait un principe supérieur à la liberté d'expression, à laquelle il s'oppose et qu'il tend à limiter[297].

2 - Les limites particulières à la liberté d'expression et de communication

106. Ces limites résultent tantôt de mesures législatives tantôt de la jurisprudence.

---

294. Sur la préservation de la dignité de la personne par ces dispositions, voir : E. PUTMAN, « *L'apport aux droits fondamentaux de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence* » : préc., p. 7.
295. Civ. 1ère, 12 novembre 1998 : Bull. civ., I, n° 313, p. 2216 ; Cour de cassation, Rapport 2000, La protection de la personne, La Documentation Française, Paris, 2001, pp. 58 et s.
296. Civ. 1ère, 12 juillet 2001 : Dr et patr., n° 98, novembre 2001, jur. et législation, n° 2952, pp. 103 et s., obs. G. LOISEAU ; D., 2002, n°17, jur. comm., pp. 1380 et s., note C. BIGOT.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 19 octobre 1999 : D., 2000, jur., pp. 737 et s., note S. –A. DUBERNAT.
297. T. G. I. Nanterre, réf., 22 juin 1996 : Gaz. Pal., 1996, II, jur., p. 559.

Parmi les mesures législatives, il paraît intéressant d'en souligner trois qui devraient constituer les bases d'une éthique journalistique minimale.

Premièrement, l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 dispose que « *la communication audiovisuelle est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limitée que dans la mesure requise, d'une part par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et d'autre part la sauvegarde de l'ordre public* ».

Deuxièmement, l'article 227-24, alinéa 1er, du Nouveau Code pénal précise que « *le fait de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ».

Troisièmement, la loi du 15 juin 2000 a créé trois délits spécifiques : d'abord, celui de diffusion sans l'accord de la personne mise en cause dans une procédure pénale, de son image montrant qu'elle est menottée, entravée ou placée en détention provisoire, ensuite celui de réalisation ou de diffusion d'un sondage sur la culpabilité d'une personne, et enfin celui de diffusion, sans l'accord de la victime, de l'image des circonstances d'un crime ou d'un délit portant gravement atteinte à sa dignité, avec l'aggravation de ce délit lorsqu'il s'agit de la diffusion de l'identité ou de l'image d'une victime d'agression ou d'une atteinte sexuelle. Dans ce contexte de renforcement des droits des victimes d'infractions[298], par essence particulièrement vulnérables, la loi du 15 juin 2000 a institué de multiples obligations d'information à leur profit : obligation pour les enquêteurs de les informer de leur droit à indemnisation et de la possibilité de saisir un service ou une association d'aide aux victimes, obligation pour le juge d'instruction d'avertir la victime de son droit de se constituer partie civile, et d'informer la partie civile tous les six mois de l'avancement du dossier, ainsi qu'obligation pour la juridiction qui condamne une personne pour une des infractions prévues par les articles 706-3 à 706-14 du Code de procédure pénale d'informer la victime de son droit

[298]. Sur le passage d'une politique d'aide aux victimes à une politique de droits des victimes, voir : J. –P. JEAN, *« Dix ans de réformes pénales : une recomposition du système judiciaire »* : Regards sur l'actualité, 2004, n°300, pp. 33 et s., spc. p. 34.

de saisir la Commission d'indemnisation des victimes d'infractions[299]. Prenant en considération les difficultés matérielles fréquemment rencontrées par les victimes de petits délits, l'article 114 de ladite loi modifiant l'article 15-3° du Code de procédure pénale crée un guichet unique en matière de dépôt de plainte, en obligeant les enquêteurs à recevoir les plaintes des victimes, et à les transmettre, le cas échéant, au service compétent. En outre, méritent aussi d'être citées la possibilité désormais donnée à la victime, dès le stade de l'enquête, de formuler devant un officier de police judiciaire une demande de dommages et intérêts qui, avec l'accord du parquet, vaudra constitution de partie civile si des poursuites sont engagées, en pratique, dans le cadre du traitement des procédures en temps réel, ainsi que la reconnaissance dans la loi de la possibilité pour le juge d'instruction de procéder à des investigations sur la personnalité de la victime et sur le préjudice subi par elle. L'accroissement de la protection des victimes d'infractions transparaît enfin dans l'importance donnée par le législateur aux associations qui ont pour objet de leur venir en aide. Le rôle de ces dernières est affirmé puisque le parquet peut y avoir recours, que l'article 2-6 du Code de procédure pénale relatives aux associations de lutte contre l'homophobie leur est étendu, et que les nouveaux articles 2-17, 2-18 et 2-19 confèrent aux associations de lutte contre les sectes, aux associations de victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles et aux associations de défense des maires victimes d'infractions dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, le droit de se constituer partie civile incidente dans certaines procédures.

107. Les jurisprudences administrative et judiciaire admettent également que la liberté d'expression soit exceptionnellement restreinte, lorsqu'elle porte atteinte à d'autres droits plus fondamentaux.

Comme cela a été précisé précédemment, le Conseil d'État, dans plusieurs arrêts rendus au sujet de propos racistes et antisémites ou encore insultants et violents proférés à l'égard de policiers par des auditeurs intervenus à l'antenne lors d'émissions radiophoniques, a considéré que de tels comportements étaient attentatoires à la dignité de la personne, et qu'il appartenait en conséquence aux titulaires d'autorisations d'en assurer le respect.

---

[299]. Sur cette commission, voir : P. MEUN , « *La commission d'indemnisation des victimes d'infractions et l'appel. Perspectives de réforme* » : J. C. P., 1999, I, 127 ; A. SCHNEIDER, *« La faute de la victime devant la CIVI »* : D., 2003, n°18, chron. doct., pp. 1185 et s.

En outre, par un arrêt du 3 décembre 1993, le Conseil d'État a estimé que « *les services de télévision par câble doivent respecter l'ordre public, la sécurité et la santé publique, la dignité de la personne humaine, l'égalité entre les hommes et les femmes, la protection des mineurs et le droit de réponse (...) en l'absence même de textes d'application de la loi de 1986 »*[300].

De plus, et sur le fondement de l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile, le président du Tribunal de grande instance a le droit de prescrire en référé l'interdiction de projeter un film, lorsque sa projection cause un dommage illicite à une ou plusieurs personnes atteintes dans leurs droits fondamentaux. Cependant, ce texte a surtout été invoqué par des milieux catholiques intégristes souhaitant, par ce biais, faire interdire la projection de films qu'ils considéraient comme offensants[301], tels que « *Je vous salue Marie »* ou « *La dernière tentation du Christ »*. Mais à chaque fois, la manoeuvre a échoué, car la censure judiciaire n'a pas pour objet le respect d'un ordre moral incompatible avec la liberté d'expression[302].

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 20 février 2001[303] a affirmé que la liberté de communication autorisait la publication des images de victimes impliquées dans un événement, *« sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine »*. Pour apprécier l'atteinte à cette dignité[304], la jurisprudence prend souvent en considération la vue du sang et/ou de la mort, d'autant que les journaux à sensation sont la plupart du temps animés par des intentions racoleuses ou morbides . En effet, hormis une espèce relative à l'image d'une victime de l'attentat RER Saint Michel dans laquelle la Cour de cassation[305] a considéré qu'il n'y avait pas atteinte à ses droits, car la photo de cette personne vue de trois quarts et assise sur un trottoir était *« dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence »*, les photos de victimes ensanglantées sont souvent condamnées[306], et il en a été

---

300. C. E., 3 décembre 1993, Soc. Ciné Cinéma Câble : Rec. CE, p. 642. Par contre, l'arrêt C. E. D. H. du 23 septembre 1994, Jersild refuse la censure d'une émission diffusant des opinions racistes.

301. Ord. Président T. G. I. Paris, 28 janvier 1985 : Gaz. Pal., 1985, I, jur., pp. 122 et s. ; Paris, 1ère ch. A, 13 mai 1985 : Gaz. Pal., 1985, I, jur., pp. 342 et s., note P. BERTIN.

302. Sur l'effet publicitaire d'une telle procédure, voir : E. DERIEUX, « *Référé et liberté d'expression* » : J. C. P., 1997, I, 4053, n° 4.

303. Civ. 1ère, 20 février 2001 : D., 2001, somm., pp. 1990 et s., obs. A. LEPAGE.

304. Sur ce thème, voir : T. HASSLER, *« La liberté de l'image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation »* : D., 2004, chron. doct., pp. 1611 et s., spc. p. 1613.

305. Civ 1ère, 20 février 2001 : Légipresse, 2001, III, 53.

306. Pour une autre victime de l'attentat du RER Saint Michel, très ensanglantée, mais aussi partiellement dénudée, voir : T. G. I. Paris, 30 juin 1997 : Légipresse, 1997, 1, 100.

ainsi dans la célèbre affaire Érignac, puisqu'un arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2000[307] a estimé qu'il y avait eu atteinte à la dignité pour diffusion dans la presse de la photo du cadavre du Préfet Érignac juste après son assassinat.

Cependant, dans une affaire, où un hebdomadaire à grand tirage avait, pour illustrer un article consacré aux accidents de la route, publié la photographie d'un adolescent inanimé, étendu à demi dévêtu sur un brancard, le visage ensanglanté, un arrêt de la Cour de cassation du 4 novembre 2004[308] suscite une certaine inquiétude. En effet, alors que l'atteinte à la dignité de la victime paraissait, en l'occurrence tout à fait convaincante, cet arrêt, tout en rappelant que le principe de la liberté de la presse implique le libre choix des illustrations d'un débat général de phénomène de société sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine, reproche à la Cour d'appel, qui avait condamné l'hebdomadaire, de n'avoir pas suffisamment caractérisé cette atteinte à la dignité, ce qui conduit à relever que dans l'aménagement des rapports entre la liberté de la presse et la protection de la personne, le principe constitutionnel de la dignité de cette dernière n'a plus en pratique la primauté que la théorie lui attribue.

108. Pour sa part, un auteur a judicieusement complété la jurisprudence en ajoutant qu'en matière de presse, *« est attentatoire à la dignité humaine (notion de droit) la publication journalistique, dans le temps suivant un événement dramatique, de l'image qui prend pour objet essentiel la représentation d'une personne identifiée ou aisément identifiable (notion de fait), et saisie dans une situation particulièrement humiliante ou dégradante (notion de fait encore). À ce dernier égard, il s'agira, selon les espèces, des gros plans sur les blessures ou handicaps majeurs, sur les traits figés sous le choc d'un coup mortel ou défigurés par l'angoisse ou la souffrance, du visage hagard ou de la quasi-nudité suscités par l'événement violent auquel l'on vient juste d'être mêlé. Dans toutes ces hypothèses, certaines publications jettent en pâture au public un élément consubstantiel à la personne et que celle-ci, ou les*

Pour la photo d'une personne accidentée de la route, voir : T. G. I. Nanterre, 5 novembre 2001 : Légipresse, 2002, I, 3.
Pour la photo d'une victime ensanglantée de l'antifada, voir : T. G. I. Paris, 3 avril 2002 : Légipresse, 2002, I, 150.

307. Civ. 1ère, 20 décembre 2000 : D., 2001, somm., pp. 1990 et s., obs. A. LEPAGE.

308. Civ. 2ème, 4 novembre 2004 : J. C. P., 2004, II, 10186, note D. BAKOUCHE.

protecteurs naturels de son image que sont ses proches si elle est décédée, étaient en droit de retenir »[309].

Au-delà d'une certaine imprécision de la notion de dignité de la personne humaine, on ne peut qu'acquiescer à sa promotion qui la protège lorsqu'elle est particulièrement vulnérable.

Après avoir consacré en théorie le respect de la personne et sa primauté au sein de la société, le droit continue son oeuvre en facilitant l'expression de sa véritable volonté et en souhaitant améliorer sa santé.

309. J. –P. GRIDEL, *« Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité »* : D., 2001, chron. doct., pp. 872 et s., spc. p. 875.

CHAPITRE 2
LA PROTECTION DU CONSENTEMENT ET DE LA SANTÉ DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES

109. En général, le droit a pour fonction de rappeler aux adultes psychologiquement vulnérables qu'ils sont des personnes comme les autres, en les aidant à assumer leurs faiblesses.

Plus spécifiquement, le droit civil prend en compte leurs vulnérabilités psychologiques en protégeant d'abord leur consentement (SECTION 1) puis leur santé (SECTION 2).

SECTION 1
LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES

110. Le consentement est l'instrument privilégié de l'autonomie de l'Homme. Le protéger, c'est respecter sa volonté et exprimer le souhait de l'intégrer dans la communauté, au lieu de l'exclure. De plus, l'extrême vulnérabilité des adultes handicapés mentaux rend délicate la détection des mauvais traitements dont ils sont parfois victimes, car comment agir lorsque leurs difficultés intellectuelles freinent la révélation des faits, et qu'ils éprouvent un sentiment de honte ou que les agresseurs les ont contraints au silence. Ces pratiques relèvent souvent du droit pénal, mais le droit civil participe aussi à la protection de la dignité humaine. L'humanisation contemporaine de ce dernier conduit ainsi au renforcement de la protection

des adultes psychologiquement vulnérables qui intervient sur le terrain des incapacités intermittentes[310] (§ 1) et par l'intermédiaire du droit commun des obligations (§ 2).

§ 1 - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES SUR LE TERRAIN DES INCAPACITÉS INTERMITTENTES

111. Ainsi que l'a souligné avec raison un auteur *« le droit des incapacités reflète l'état d'esprit d'une société, son aptitude à assumer la protection de ceux qu'elle décrète particulièrement vulnérables. Lorsqu'il s'agit de personnes majeures, les choix sont d'autant plus difficiles à assumer que l'incapacité prononcée est alors accidentelle par opposition à l'incapacité naturelle des mineurs »*[311]. De plus, le principe d'égalité a pour conséquences que, du seul fait qu'elle existe, chaque personne a des droits et des obligations, que tous les êtres humains sont égaux en droit, et qu'ils ont donc tous vocation à les exercer. C'est ce que traduit l'article 1123 du Code civil qui dispose que « *Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Ce principe est fondé sur l'idée selon laquelle restreindre la capacité, c'est diminuer la personnalité, dont la plénitude est déjà en elle-même une liberté civile.

112. Cependant, les hommes ne naissent et ne demeurent pas égaux en lucidité. L'expérience révèle que de nombreux adultes ne peuvent pas être traités comme les autres sujets de droits, parce qu'en raison de leur âge, d'une infirmité ou d'une maladie de l'esprit ou du corps, ils ne disposent pas de toutes leurs facultés mentales. Cette inégalité naturelle s'impose au législateur qui assure à ces individus plus faibles une protection particulière en les privant,

---

310. Sur la critique de la notion d'incapacité, voir : J. HAUSER, « *La notion d'incapacité* » : Petites affiches, n° 164, du 17 août 2000, pp. 3 et s., spc. p. 3.

avec plusieurs variantes, de la capacité d'exercer leurs droits afin de compenser leur vulnérabilité.

Face à cette situation, le droit distingue les adultes incapables, qui sont les majeurs relevant d'un régime de protection continue prévue par la loi du 3 janvier 1968, et les adultes vulnérables mais capables qui bénéficient de deux catégories de dispositions protectrices de leurs intérêts : l'une résulte du régime des incapacités intermittentes (A), et l'autre est liée à l'hospitalisation (B).

A – LES DISPOSITIONS RESULTANT DU REGIME DES INCAPACITES INTERMITTENTES

113. Les dispositions assurant aux majeurs vulnérables mais capables des protections intermittentes sont de trois ordres.

D'abord, le droit positif, préoccupé par la faiblesse particulière des malades de l'esprit, a confirmé les solutions généralement admises par la jurisprudence en matière d'actes juridiques accomplis par un majeur soumis à un trouble mental lors de leur passation (a).

Ensuite, il existe des règles particulières aux actes effectués pendant la dernière maladie (b).

Enfin, dans le domaine des faits dommageables, l'irresponsabilité civile des malades mentaux a cédé la place à un principe entièrement nouveau qui n'assure pas vraiment leur protection (c).

a – LE PRINCIPE DE NULLITÉ DES ACTES JURIDIQUES POUR TROUBLE MENTAL INDÉPENDAMMENT DE TOUT RÉGIME DE PROTECTION CONTINUE

---

311. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Incapables majeurs et pratique notariale »* : Dr et patr., n° 80, mars 2000,

114. À ce titre, la loi de 1968 a prévu une protection qui ne peut jouer qu'*a posteriori* et à l'occasion d'un acte particulier, car jusqu'alors, le sort des actes juridiques passés par une personne atteinte dans ses facultés mentales n'avait pas été envisagé d'une manière générale. Le législateur de 1804, qui était respectueux de la liberté civile des personnes, pensait que l'homme était intelligent ou ne l'était pas. En effet, il n'avait pas mis en place de système intermédiaire de protection puisqu'il n'avait pas connaissance des enseignements de la science psychiatrique moderne qui nous a appris depuis qu' *« entre ces deux situations opposées, il existait une foule d'individus susceptibles de succomber à des crises accidentelles qui bouleversent leur équilibre intellectuel et affectif »*[312]. Cependant, l'article 901 du Code civil, applicable aux libéralités, avait précisé que « *Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit »*, si bien que l'un des moyens privilégiés de contestation des dispositions des dernières volontés tient dans l'allégation d'un trouble ou de l'usure intellectuelle de leur auteur, car il n'est pas rare, selon un auteur, que leur « *formulation intervienne assez tardivement et s'inscrive, par là, dans cette phase de clair-obscur mental qui parfois précède, en l'annonçant, l'éternité du silence »*[313]. Cependant, l'ancien article 504 du même Code avait limité les possibilités d'attaquer les actes juridiques pour cause de démence, après le décès de leur auteur en autorisant le recours aux héritiers qu'en cas d'ouverture d'une mesure de protection ou lorsque l'acte portait en lui-même la preuve du trouble mental, car l'annulation *post mortem* à l'initiative des héritiers comporte bien des inconvénients tenant au fait qu'aucune expertise directe sur l'auteur de l'acte ne peut plus intervenir, d'où des difficultés d'établissement de la preuve de l'insanité d'esprit, et des risques tenant à l'introduction d'actions abusives par des héritiers floués et déçus[314]. Mais en vertu de la théorie générale des actes juridiques, la jurisprudence avait généralisé la règle de l'article 901 en annulant ces actes s'ils n'émanaient pas d'une volonté saine et consciente, et si par l'effet d'affections mentales, l'intelligence du disposant avait été obnubilée ou ses facultés de discernement s'étaient déréglées.

---

pp. 66 et s., spc. p. 66.

312. O. SIMON, « *La nullité des actes juridiques pour trouble mental »* : R. T. D. civ., 1974, pp. 707 et s., spc. p. 723 ; M. –P. CHAMPENOIS-MARMIER et J. SANSOT, *« Majeurs protégés. Introduction »* : Jur. -Cl. civ., art. 488 à 514, fasc. 10, 2-1992, p. 4, n°6.

313. D. MARTIN, obs. ss. Civ. 1ère, 11 juin 1980 : D., 1981, somm. comm., pp. 91 et s., spc. p. 92.

314. G. CHAROLLOIS, note ss. T. G. I. Périgueux, 14 octobre 1997 : Les petites affiches, n° 14, du 2 février 1998, pp. 18 et s., spc. p. 19.

115. La loi de 1968 a consacré les solutions jurisprudentielles antérieures, en inscrivant dans l'article 489 du Code civil le principe général de nullité des actes juridiques pour trouble mental, indépendamment de tout régime de protection : *« Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. Mais c'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. Du vivant de l'individu, l'action en nullité ne peut être exercée que par lui, ou par son tuteur ou curateur, s'il lui en a été ensuite nommé un. Elle s'éteint par le délai prévu à l'article 1304 »*. Cette action en nullité relative suppose la preuve de l'existence d'un trouble mental *« au moment de l'acte »*, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. En l'absence de présomption légale d'altération mentale habituelle, cette preuve s'avère difficile, surtout si les faits sont anciens et que les conventions ne portent pas en elles-mêmes des signes d'anomalies, et les documents médicaux sont essentiels pour l'administrer. Cependant, la jurisprudence renverse la charge de cette preuve[315], lorsque la maladie est durable et s'est déclarée antérieurement à l'acte attaqué.

De plus, la notion de trouble mental est très générale. Elle recouvre l'altération grave par suite de maladie, d'infirmité, ou d'affaiblissement dû à l'âge qui permettrait le placement sous un régime de protection. Mais, elle s'entend également de façon plus large étant comme une altération durable ou passagère résultant soit d'atteintes psychiques de tous ordres, y compris celles résultant parfois de l'usage de l'alcool[316], et des stupéfiants, voire d'une passion ou d'une émotion profonde, soit d'atteinte physique à condition qu'elle entraîne des troubles du discernement[317] : un « *simple ramollissement cérébral* » ou un « *affaiblissement psychique* » a été tenu pour insuffisant à détruire la liberté de l'auteur et à le priver de ses facultés intellectuelles[318].

---

315. Paris, 10 janvier 1969 : D., 1969, jur., pp. 331 et s. ; Civ. 1ère, 11 juin 1980 : Bull. civ., I, n°184, pp. 149 et s. ; D., 1981, somm. comm., pp. 91 et s., obs. D. MARTIN ; Civ. 1ère, 12 février 1985 : D., 1985, jur., pp. 518 et s., note J. MASSIP ; Civ. 1ère, 14 mai 1985 : Bull. civ., I, n°153, pp. 139 et s., Defrénois, 1985, art. 33630, pp. 1400 et s., obs. J. MASSIP ; Civ. 1ère, 27 janvier 1987 : Gaz. Pal., 1987, II, pp. 428 et s., note J. M. ; J. C. P., 1988, II, 20981, 2ème arrêt, note T. FOSSIER; Defrénois, 1987, art. 33978, pp. 776 et s., obs. J. MASSIP ; Civ. 1ère, 6 juin 1990 : Defrénois, 1990, art. 34912, pp. 1300 et s., obs. J. MASSIP.

316. Civ. 1ère, 12 novembre 1975 : Bull. civ., I, n°319, pp. 265 et s. ; Bordeaux, 24 novembre 1986 : Juris-Data n°045907 ; Douai, 12 septembre 1990 : Juris-Data n°050847 ; Paris, 8ème ch. B, 9 novembre 1990 : Juris-Data n°024753.

317. T. G. I. Rouen, 16 avril 1987 : J. C. P., 1988, II, 20970, note P. COURBE.

318. Trib. civ. Abbeville, 6 juillet 1949 : Gaz. Pal., 1949, 2, jur., pp. 255 et s.

Toutefois, s'il n'est pas nécessaire que ce trouble mental ait entraîné toute perte de raison et que l'inconscience soit totale[319], il faut que celui-ci soit suffisamment grave[320] pour priver l'acte juridique de l'un de ses éléments constitutifs, à savoir un consentement libre et éclairé. D'ailleurs, l'exigence de ce dernier a aussi conduit les rédacteurs du Code civil à priver d'effet certains actes consentis par une personne pendant la maladie dont elle est morte.

b – LES ACTES EFFECTUÉS PENDANT LA DERNIÈRE MALADIE

116. Le législateur a décidé de neutraliser les individus qui tentent d'abuser de l'état de faiblesse de ces personnes particulièrement vulnérables. Avant d'examiner le régime de ces actes, il convient de noter que si certains soignants assimilent parfois à un mort une personne en état végétatif plongée dans un coma estimé irréversible, la jurisprudence s'y refuse[321].

Fondés sur l'idée que la grande faiblesse due à la dernière maladie du défunt permet des abus intolérables, deux textes spéciaux prévoient de sanctionner certains contrats conclus dans ces circonstances.

117. Le premier texte est l'article 1975 du Code civil, qui rend caduc le contrat de rente viagère par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. D'une manière générale, chacun s'accorde pour considérer que le Code civil, qui regarde avec méfiance les ventes en viager, entend sanctionner plus particulièrement le défaut de cause dans ce type de convention litigieuse. Plus spécialement, cette disposition, visant à l'évidence à éviter l'exploitation de la faiblesse du crédirentier, considère qu'indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du débirentier, l'aléa propre à cette convention n'existe pas. Le contrat ne réalisant plus une

---

319. Paris, 10 janvier 1969 : préc. ; Paris, 3 octobre 1974 : Gaz. Pal., 1975, I, somm., p. 155.
320. T. G. I. Périgueux, 14 octobre 1997 : Les petites affiches, n° 14, du 2 février 1998, pp. 18 et s.
321. En ce sens, voir : Bordeaux, 18 avril 1991 : J. C. P., 1992, IV, 1048 ; Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1991-3, n° 392, pp. 414 et s., note C. LAPOYADE-DESCHAMPS ; Versailles, 26 février 1998 : J. C. P., 1999, IV, 1215 ; Gaz. Pal. des 24/25 mars 1999, pp. 13 et 31, obs. J. –P. DOUCET.

véritable répartition des risques entre les parties, il est évident que l'équilibre de l'opération est détruit.[322].

Toutes les chances de gain étant dans cette hypothèse pour le débirentier, la jurisprudence interprète largement l'article 1975, afin de protéger les personnes atteintes d'une maladie mortelle et surtout leurs héritiers ou leurs légataires.

Tout d'abord, il est intéressant de se demander s'il est possible d'agir en nullité du contrat pour défaut d'aléa, quand le décès est survenu plus de vingt jours après la signature.

Après des décisions hostiles à la recevabilité de cette action, la Cour de cassation considère aujourd'hui que le contrat doit être annulé pour absence de cause lorsque l'acheteur avait connaissance de l'imminence du décès au moment de la conclusion du contrat et que le décès est survenu plus de vingt jours après celle-ci[323].

Ensuite, le décès doit-il être dû à une maladie dont le crédirentier était déjà atteint lors de la conclusion de la convention de rente viagère ? C'est par la négative que répond à cette question un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1996[324], dans ces termes : « il n'est pas nécessaire ... que le crédirentier soit décédé de la maladie dont il était atteint au jour de la signature du contrat... il suffit que le débirentier ait eu connaissance de la gravité de l'état de santé du vendeur... ». Le commentateur de cet arrêt, tout en approuvant l'interprétation extensive de l'article 1975 du Code civil, parfaitement justifiée par le défaut d'aléa, souligne son importance pratique en observant que « lorsque l'acquéreur connaît la fin nécessairement prochaine du crédirentier, la nullité est encourue même si cet acquéreur a la chance que le crédirentier décède encore plus rapidement que prévu d'une cause étrangère, par exemple d'un accident ». Le maintien de l'article 1975 du Code civil paraît donc s'imposer, car il protège des

---

322. G. KLEIN, *« Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager »* : R. T. D. civ., 1979, pp. 13 et s.
Civ. 1ère, 8 décembre 1998 : D., 1999, jur., pp. 521 et s., note Y. DAGORNE-LABBÉ.

323. Civ. 3ème, 6 novembre 1969 : Bull. civ., III, n°723, p. 547 ; Civ. 3ème, 29 octobre 1970 : Bull. civ., III, n°566, p. 411 ; Civ. 1ère, 2 mars 1977 : Bull. civ., I, n°115, p. 89 ; Civ. 3ème, 4 novembre 1980 : Bull. civ., III, n°169, pp. 127 et s. ; Civ. 1ère, 5 mai 1982 : Bull. civ., I, n°164, pp. 146 et s. ; Dijon, 15 septembre 1989 : Gaz. Pal., 1995, I, somm., pp. 72 et s. ; Besançon, 15 décembre 1993 : J. C. P., 1994, IV, 570 ; Dijon, 15 janvier 1995 : Juris-Data n°040100.

324. Civ. 1ère, 16 avril 1996 : D., 1996, jur., pp. 584 et s., note Y. DAGORNE-LABBÉ ; Contrats Conc. Consom., juillet 1996, p. 6, n° 121, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois, 1996, art. 36387, pp. 1078 et s., obs. C. ATIAS ; D. BOULANGER, « *Vendre en viager.. et mourir (à propos de Cass. 1ère civ., 16 avril 1996)* » : J. C. P., éd. N., 1997, I, pp. 527 et s.

personnes très vulnérables et bien que le délai de vingt jours qu'il prévoit au texte soit manifestement arbitraire. En outre, cette disposition est équitable, car elle permet de fonder l'exigence de la maladie, et d'éviter la plupart des actions en nullité basées sur le seul grand âge, qui ne saurait équivaloir en principe à une maladie.

118. Le second texte est l'article 909 du Code civil. Celui-ci institue une incapacité de recevoir pour les médecins[325] et les ministres du culte qui ont donné un traitement médical ou spirituel aux malades pendant leur dernière maladie. Ce texte protége les malades contre ceux qui, en raison de la faiblesse habituelle du malade et de son grand besoin de secours, peuvent prendre sur lui un grand pouvoir. Il ne vise donc que les actes à titre gratuit, et la seule situation objective suffit à invalider l'acte, quelle que soit l'intention réelle des parties. Cependant, tout médecin ne se voit pas interdire de recevoir un legs. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Orléans du 21 février 1995[326] a jugé qu'un médecin radiologue ne pouvait pas être considéré comme médecin traitant d'une testatrice délaissée par ses fils. En effet, la maladie dont elle mourut ne requérait aucune consultation régulière d'un radiologue, et c'était en tant que voisin bienveillant qu'il avait été désigné légataire et non en qualité de médecin. Un auteur, annotateur de cet arrêt, souligne d'ailleurs que la prohibition de l'article 909 du Code civil, est aujourd'hui « devenue une injure envers le corps médical consciencieux et dévoué. Elle est d'autant plus critiquable que les pouvoirs publics, avec raison, encouragent la création de centres de soins palliatifs pour les personnes en fin de vie. Tous ceux qui ont écrit à ce sujet ont souligné la recherche d'affection du mourant, soit auprès des siens, mais à défaut de ce corps médical qui illustre si bien la tradition de charité des hôpitaux. Brutalement, la loi civile vient interdire la consécration d'une relation ultime et forte au nom d'une société si égoïste par ailleurs. Certes une nouvelle rédaction de ce texte archaïque serait souhaitable. On pourrait d'ailleurs parfaitement maintenir le principe de la prohibition (...) mais autorisant le médecin à rapporter la preuve de la volonté libre du testateur. C'est manquer de respect envers la misère de ce monde que de vouloir la protéger en l'abaissant plus encore ». De plus, un arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 2003 a rappelé que pour être soumise aux dispositions de l'article 909 du Code civil la désignation d'un médecin généraliste, en tant que bénéficiaire

325. Civ. 1ère, 10 octobre 1978 : J. C. P., 1980, II, 19341, note M. DAGOT ; D., 1979, I. R., p. 75, obs. D. MARTIN.
326. Orléans, 21 février 1995 : Dr fam., décembre 1996, comm., n° 28, pp. 19 et s., obs. B. B.

d'un contrat d'assurance sur la vie, devait avoir été faite au cours de « la dernière maladie dont le donateur est décédé »[327].

c - L'OBLIGATION CIVILE DE RÉPARER LES FAITS DOMMAGEABLES COMMIS PAR UN ADULTE ATTEINT DANS SES FACULTÉS MENTALES

119. Avant la loi du 3 janvier 1968, et en l'absence de texte du Code civil régissant la responsabilité civile des majeurs dans cette situation, la jurisprudence affirmait traditionnellement l'irresponsabilité civile des malades mentaux. Depuis 1866[328], et pendant près d'un siècle, la Cour de cassation avait édicté puis confirmé cette règle en l'appliquant à des catégories de plus en plus nombreuses (malades mentaux, enfants en bas âge, personnes perdant conscience après un malaise physique...). Un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1947 avait décidé que l'imputation d'une responsabilité civile impliquait la faculté de discernement[329]. Mais, dans un souci d'équité, la Cour suprême avait cherché en 1964[330], à réduire la portée de ce principe, en décidant que le gardien d'une chose ne pouvait échapper à la responsabilité encourue sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, en prouvant qu'elle se trouvait, au moment de la survenance du fait dommageable sous l'empire d'un trouble mental, mais cette position n'avait pas été étendue à la responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383. Les milieux psychiatriques étaient d'avis que le principe de l'irresponsabilité des malades mentaux créait des difficultés d'implantation des centres hospitaliers, conduisait à des placements d'office qu'il aurait fallu éviter et contribuait à les isoler de la communauté. C'est pourquoi, la loi du 3 janvier 1968, par un changement radical, a posé dans l'article 489-2 du Code civil un nouveau principe de responsabilité objective en vertu duquel « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental, n'en est pas moins obligé à réparation* », alors que l'article 122-1, alinéa 1er, du Code pénal précise que « *n'est*

---

327. Civ. 1ère, 1er juillet 2003 : D., 2003, jur. comm., pp. 2404 et s., concl. J. SAINTE-ROSE.
328. Req., 14 mai 1866 : D. P., 1867, I, pp. 296 et s.
329. Civ., 28 avril 1947 : D., 1947, jur., pp. 329 et s., concl. LENOAN, note H. LALOU.
330. Civ. 2ème, 18 décembre 1964 : D., 1965, jur., pp. 191 et s., concl. SCHMELCK, note P. ESMEIN ;
J. C. P., 1965, II, 14304, note N DEJEAN DE LA BATIE ; R. T. D. civ., 1965, pp. 351 et s., obs. R. RODIÈRE.

pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes »[331].

D'ailleurs, cette absence de sanction pénale des criminels atteints d'une maladie mentale constitue une forme d'impunité mal acceptée par les victimes et leur entourage, d'autant plus que les psychiatres estiment que le procès peut avoir un rôle thérapeutique pour lesdits malades et aider les victimes à tourner la page. Donc, entre deux malheurs, le législateur civil a jusqu'à présent choisi celui de la victime du dommage, et un auteur célèbre avait raison de souligner que la loi a « *abandonné, sur ce point, la protection des psychopathes ; ou plutôt elle l'a sacrifiée à la protection de leurs victimes »*[332].

Cependant, cette position est appelée à évoluer, puisque la Chancellerie a annoncé le 15 septembre 2003 un projet de loi visant à instaurer un procès public des personnes déclarées irresponsables en raison de troubles mentaux par la médecine afin d'établir, de reconnaître, de proclamer la vérité des faits et de désigner sans ambiguïté le ou les auteurs des crimes et délits à la société et à la victime.

Les débats sur cette modification risquent d'être animés d'autant que l'expression large et imprécise de trouble mental[333] permet de retenir aussi bien les altérations mentales de courte durée que celles de longue durée, aussi bien les individus qui ont fait l'objet de mesures de protection que ceux qui n'en ont pas bénéficié[334]. Le malade mental étant rejeté dans le droit commun, il ne lui est pas en principe reproché une faute[335].

---

331. J. PRADEL, Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, Tome I, Introduction générale Droit pénal général, éditions Cujas, 12ème édition 1999, p. 473, n° 537, et p. 477, n° 541.
332. J. CARBONNIER, Droit civil. 1/ Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales, P. U. F., collection Thémis droit privé, 20ème édition, 1996, p. 305, n°178.
333. M. DAURY-FAUVEAU, « *La faute de l'aliéné et le contrat »* : J. C. P., 1998, I, 160, n° 4.
334. P. LE TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité, Dalloz, collection Dalloz Action 1996, p. 180, n° 631.
335. En sens contraire, voir : R. LEGEAIS, *« Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile ? »* : D. 1984, chron., pp. 237 et s., spc. p. 239 ; M. –T. CALAIS-AULOY, *« La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute »*: D., du 9 avril 1998, dernière act., p. 1.
De plus, selon l'article 3 de la loi Badinter n° 85-677 du 5 juillet 1985, la faute, même inexcusable, de la victime ne peut être invoquée contre certaines personnes handicapées, mais seulement si elles sont titulaires d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %.
Civ. 1ère, 28 janvier 2003 : R. J. P. F., n°5, mai 2003, p. 13, obs. F.-J. PANSIER.

Cette règle a un caractère social qui se situe dans le courant favorable à l'indemnisation des victimes, en vertu duquel la constatation d'un comportement anormal suffit à justifier la réparation du préjudice. En effet, la capacité paraît aujourd'hui indifférente à l'âge et à l'état mental de l'auteur des faits dommageables, et il est intolérable que les victimes ayant droit à la sécurité de leur personne et de leurs biens, restent sans recours à la suite d'un dommage[336].

Cependant, la jurisprudence refuse d'assimiler au trouble mental l'inconscience liée à un malaise physique et elle crée, de ce fait, une disparité de traitement des droits des victimes. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du le 4 février 1981 a censuré la décision d'une Cour d'appel, qui avait assimilé le malaise cardiaque à un trouble mental et préféra une interprétation restrictive de l'article 489-2 du Code civil à une conception extensive, en décidant que « *le bref passage de la connaissance à l'inconscience* » ne constitue pas *« un trouble mental »*[337]. En outre, la loi de 1968 a supprimé l'incapacité des malades mentaux liée à leur placement en établissement psychiatrique, mais elle a souhaité les protéger lorsqu'ils sont hospitalisés.

B – LES DISPOSITIONS LIEES A L'HOSPITALISATION DES MALADES MENTAUX

120. Depuis 1804, notre conscience s'est progressivement habituée à l'idée que l'aliéné ou le faible d'esprit est un malade, dont la maladie relève de la médecine, et à l'égard duquel notre politique veut moins des mesures d'exclusion qu'une thérapeutique d'adaptation à la vie. Il ne s'agit plus de l'enfermer derrière les murs d'un asile. Le droit s'est adapté à cette politique, en substituant aux lois de police éliminant l'aliéné de la société, des lois sanitaires qui ne l'enferment plus dans un statut spécial. La protection actuelle des malades mentaux hospitalisés s'articule autour de deux axes essentiels : l'un vise la personne elle-même, l'autre

336. Sur sa consacration comme un principe général de droit, voir : Cons. const., 22 octobre 1982 : D., 1983, jur., pp. 189 et s., note F. LUCHAIRE.
337. Civ. 2ème, 4 février 1981 : Bull. civ., II, n° 21, p. 15 ; J. C. P., 1981, II, 19656 ; R. T. D. civ., 1982, p. 148, obs. G. DURRY ; D., 1983, jur., pp. 1 et s., note P. GAUDRAT ; Defrénois, 1981, I, art. 32733, n° 88, pp. 1242 et s., obs. J. –L. AUBERT.

a pour objet ses biens[338]. Alors que la loi Esquirol du 30 juin 1838 avait réuni ces deux points de vue, la loi du 3 janvier 1968 les a dissociés pour éviter que les difficultés que suscitent les questions personnelles n'empêchent l'adoption du versant patrimonial du statut des incapables majeurs. C'est pourquoi ce qui a trait à la protection de la personne est intégré dans le Code de la santé publique (a), et ce qui est d'ordre patrimonial figure généralement dans le Code civil (b).

a - LA PROTECTION DE LA PERSONNE HOSPITALISÉE

121. Ainsi qu'une praticienne l'a judicieusement fait remarquer, « *l'homme n'est pas seulement un être de besoins mais aussi de désirs* »[339]. La protection de la personne hospitalisée et atteinte dans son état mental se distingue de celle de son patrimoine, car un malade ou un déficient de ce type peut être inapte à gérer son patrimoine, tout en disposant d'une lucidité suffisante pour prendre des décisions concernant sa vie privée, et dans ce cas, la volonté propre du protégé doit en principe être préférée à celle d'autrui. En dépit du silence du législateur dans ce domaine, la protection de la personne est d'autant plus nécessaire que celle-ci se retrouve confrontée à une situation infantile, et l'assurer, c'est tenter de répondre à ses besoins quotidiens, de veiller à ce que son bien-être physique et moral soit préservé. La protection de la personne écarte en principe celle de la tutelle à la personne qui suppose une direction plus autoritaire. Cette question revêt une importance capitale, car derrière l'étiquette des symptômes des maladies de l'esprit, se trouve l'homme ou la femme avec ses qualités et ses défauts.

La protection de la personne malade mentale résulte de la loi du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des malades mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation, incorporée dans le Code de la santé publique, qui précise, en les améliorant les dispositions de la loi du 30 juin 1838. Tandis qu'à l'origine, cette dernière n'offrait pas d'autre alternative au malade que l'internement dans un asile ou la liberté, l'article L. 3211-1 du Code de la santé publique pose le principe de l'hospitalisation libre selon lequel *« nul ne peut être, sans son*

338. J. HAUSER, « *La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes* » : R. D. sanit. soc., 1992, pp. 467 et s., spc. p. 471.

consentement, ... hospitalisé ou maintenu en hospitalisation dans un établissement accueillant des malades atteints de troubles mentaux, hormis les cas prévus par la loi ». En dépit de cette règle, il est curieux de relever que le consentement du malade mental n'a pas à être constaté par écrit ni à être exprès, ce qui peut faire craindre des abus puisqu'il s'agit d'une personne très vulnérable, d'autant plus qu'il est difficile d'éliminer le renfermement des aliénés, qui constitue le cas le plus ancien d'obligation à la santé[340], et qui rassure une partie de l'opinion publique, partagée entre la crainte des internements abusifs, et l'effroi des libérations intempestives des malades dangereux. D'ailleurs, l'article 5, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme permet qu'il soit porté atteinte à la liberté individuelle « *s'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ».* Ainsi, les malades mentaux peuvent encore être hospitalisés sans leur consentement personnel dans des établissements habilités par le Préfet, mais avec des garanties procédurales renforcées (1), et l'octroi de nouveaux droits (2).

1 - Le renforcement des garanties procédurales se manifeste avant, pendant et à la fin de l'hospitalisation.

Les garanties préalables à l'hospitalisation

122. L'hospitalisation peut avoir lieu soit à la demande d'un tiers, soit d'office.

Dans le premier cas, l'hospitalisation ne peut intervenir que si les troubles mentaux rendent impossible le consentement du malade et imposent des soins assortis d'une surveillance constante en milieu hospitalier, ce qui signifie que l'hospitalisation libre est la seule possible pour les personnes victimes de troubles mentaux légers. La demande d'admission est

---

339. F. FRESNEL, *« La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé »* : Gaz. Pal des 25/26 août 1999, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2.

340. J. –M. AUBY, « *La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation »* : J. C. P., 1990, I, 3463, n°14.

présentée par un membre de la famille du malade ou par une personne susceptible d'agir dans l'intérêt de celui-ci, à l'exclusion du personnel soignant de l'établissement afin d'éviter un éventuel arbitraire médical. Elle doit revêtir la forme manuscrite et contenir divers renseignements sur le demandeur et le malade, notamment l'indication de la nature de leurs relations, et elle doit s'appuyer sur deux certificats médicaux de moins de quinze jours et circonstanciés.

Dans le second cas, le préfet ne peut prendre un arrêté d'hospitalisation d'office que lorsque deux conditions sont réunies : les troubles mentaux compromettent l'ordre public ou la sûreté des personnes, y compris celle du malade, d'une part, et un certificat médical circonstancié concluant à la nécessité de la mesure, d'autre part. Comme par le passé, le maire ou, à Paris, n'importe quel commissaire de police, est habilité à ordonner l'hospitalisation d'office à titre provisoire en cas de danger imminent pour la sûreté des personnes attesté par un avis médical ou, à défaut par la notoriété publique. Il doit avertir le préfet dans les vingt quatre heures de l'hospitalisation d'office ; si celui-ci ne prend pas un arrêté d'hospitalisation d'office dans les quarante-huit heures, la décision du maire ou du commissaire de police devient caduque. Ces exigences ont une incidence sur l'arrêté préfectoral qui doit être motivé et énoncer avec précision les circonstances qui ont rendu l'hospitalisation nécessaire, afin de permettre le contrôle de la légalité de cet acte par les juridictions administratives, qui sont en pratique de plus en plus rigoureuses[341].

De plus, la loi n'ayant pas prévu la notification de l'arrêté d'hospitalisation, le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre lui sans limitation de temps.

Malgré leur renforcement, et ainsi que le souligne judicieusement un auteur, ces garanties « *peuvent paraître fragiles, alors qu'en fait, ici comme dans la détention provisoire du droit pénal, un mal irrémédiable peut être causé par le premier jour, la première nuit. Le principe n'en est pas moins clair, après comme avant 1990 : il n'y a pas de décision judiciaire à l'entrée...* »[342]. Cette observation est d'ailleurs corroborée par quatre arguments essentiels.

---

[341]. C. E., 18 octobre 1989, Francisco : Rec. CE, Tables, p. 938 ; C.E., 3 mars 1995, M. R. S. : Rec. CE, pp. 118 et s. ; C.E., 3 mars 1995, Ministère de l'Intérieur c./F. D. : Rec. C. E., pp. 119 et s.

Premièrement, le juge judiciaire est le gardien naturel et constitutionnel[343] de la liberté individuelle[344]. En conséquence, il détermine les atteintes à cette liberté.

Deuxièmement, l'autorité judiciaire est la première citée dans la Recommandation n° 83-2 du 22 février 1983 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui précise : « *qu'un patient ne peut faire l'objet d'un placement involontaire dans un établissement que si, en raison de ses troubles mentaux, il représente un grave danger pour sa personne et pour celle d'autrui... La décision de placement doit être prise par un organe judiciaire ou tout autre autorité appropriée désignée par la loi* ».

Troisièmement, il est logique de confier la protection de la liberté de la personne à l'autorité qui a la charge de la sauvegarde de ses biens.

Quatrièmement, le procureur de la République, qui comme le préfet, veille sur l'ordre public, a toute qualité pour intervenir en cas d'urgence.

Les garanties pendant l'hospitalisation

123. En dehors de la surveillance administrative et judiciaire des établissements de soins, le malade est protégé par l'obligation pour le psychiatre de la structure d'accueil d'établir le certificat dit des 24 heures, et par l'exigence d'un suivi médical et l'organisation d'une procédure de renouvellement périodique de la mesure d'hospitalisation.

En cas d'hospitalisation à la demande d'un tiers, le psychiatre de l'établissement doit examiner le malade dans les trois jours qui suivent l'expiration des quinze premiers jours de l'admission, et établir un certificat circonstancié précisant notamment la nature des troubles et indiquant clairement si les conditions de l'hospitalisation sont toujours réunies. Le certificat permet de

---

343. J. CARBONNIER, Droit civil. 1/ Les personnes, personnalité, incapacités, personnes morales : préc., p. 312, n°183.
Dans le même sens, voir : T. FOSSIER et P. DARRIEUX, « *La contraception et les personnes handicapées mentales. Le point de vue des juges* » : Gaz. Pal. des 2/6 janvier 1998, libres propos, pp. 9 et s., spc. p. 10 ; J. RAVANAS, note ss Toulouse, 15 janvier 1991 : D., 1991, jur., pp. 600 et s., spc. p. 604.

344. Article 66 de la Constitution de 1958.

maintenir l'hospitalisation pour une durée maximale d'un mois. Au delà, celle-ci peut l'être pour des périodes d'un mois renouvelables selon les mêmes modalités. S'il n'en est pas ainsi, la levée de l'hospitalisation est acquise.

Le contrôle médical du malade hospitalisé d'office est assuré selon une périodicité légèrement différente. Le maintien de la mesure peut être prononcé dans les trois jours précédant l'expiration du premier mois d'hospitalisation pour une durée de trois mois, puis au-delà, pour des périodes de six mois renouvelables, par le préfet après avis motivé d'un psychiatre. En l'absence de décision préfectorale, la caducité de la mesure est automatique. Il y a enfin le curateur à la personne qui est une sorte de défenseur de la liberté placé auprès de chaque hospitalisé. Ses missions sont de veiller à ce que les revenus de l'interné soient employés à adoucir son sort, et surtout à favoriser la sortie de l'hôpital du malade dès que possible. Mais, sa nomination est facultative pour le tribunal.

Les garanties à la fin de l'hospitalisation

124. Elle intervient soit sur constatation médicale, soit sur demande d'un tiers, soit par décision du préfet ou décision judiciaire.

L'hospitalisation à la demande d'un tiers cesse lorsque les conditions de placement ne sont plus réunies. Cette situation peut résulter soit du certificat d'un psychiatre de l'établissement mentionnant l'évolution ou la disparition des troubles ayant justifié l'hospitalisation, soit d'une décision du préfet, sur demande d'un tiers, soit à la requête d'un proche, soit par ordonnance du président du tribunal de grande instance.

Le médecin de l'établissement peut formuler un avis contraire à la levée du placement au cas où il estime que l'état du malade est susceptible de compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes. Informé aussitôt, le préfet peut ordonner immédiatement un sursis provisoire à la mainlevée du placement. Si dans les quinze jours, le préfet n'a pas décidé l'hospitalisation d'office du malade, la mesure provisoire devient caduque. En outre, la levée de

---

344. Paris, 1ère ch. B., 31 mai 1996 : D., 1997, jur., pp. 554 et s., note J. PRÉVAULT

l'hospitalisation est aussi acquise si le certificat médical périodique de contrôle de l'état du malade hospitalisé n'est pas produit. De même que l'arrêté d'hospitalisation d'office relève de la seule compétence du préfet, la mainlevée de celle-ci appartient en principe à cette seule autorité. Toutefois, la fin du placement peut intervenir, comme l'hospitalisation à la demande d'un tiers, à la suite d'une décision judiciaire.

125. 2 - L'octroi de nouveaux droits aux malades mentaux hospitalisés sans leur consentement résulte de la philosophie du Nouveau Code de la santé publique qui est d'assurer la meilleure garantie possible de ces droits, en limitant strictement leurs restrictions. D'ailleurs, la liste de ceux-ci est assez longue, puisqu'elle comprend les droits suivants :

- droit à l'information, dès son admission[345], et, par la suite, à sa demande, de sa situation juridique, des voies de recours, droit de consulter le règlement intérieur de l'établissement et de recevoir les explications qui s'y rapportent[346] ;

- droit aux soins dans le strict respect des règles déontologiques et éthiques en vigueur ;

- droit d'émettre et de recevoir des courriers ;

- droit de se livrer aux activités religieuses[347] ou philosophiques de son choix ;

- droit de voter dans les conditions prévues par le Code électoral ;

- droit de ne pas être tenu enfermé pour des raisons injustifiées et en conséquence droit de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires chargées du contrôle des établissements, droit de saisir la Commission départementale des hospitalisations psychiatriques chargée d'examiner la situation des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux au regard du respect des libertés individuelles et de la dignité des personnes et ayant qualité pour saisir le président du tribunal de grande instance aux fins de voir ordonner la sortie immédiate d'un malade ou pour proposer au préfet, en cas d'hospitalisation d'office, d'y mettre fin à tout moment et droit de prendre conseil d'un médecin ou d'un avocat ;

---

345. C. A A. Paris, 7 juillet 1998, M. A B. : R. D. sanit. soc., 1999, pp. 112 et s., concl. M. HEERS.
346. Y. DAGORNE-LABBÉ, note ss Civ. 1ère, 14 octobre 1997 : Les petites affiches, n° 31, du 13 mars 1998, pp. 18 et s., spc. p. 19.
347. L. DAUBECH, « *Le statut du patient hospitalisé, vers l'incertitude juridique* » : Gaz. Pal. des 20/21 février 1998, pp. 12 et s., spc. p. 14.

- droit à la protection juridique ;

- droit à la réadaptation et à la réinsertion sociale après le traitement ;

- droit de saisir l'autorité judiciaire aux fins de mise en liberté, par simple requête, le président du tribunal de grande instance, statuant en la forme des référés ;

- droit de recours aux fins d'indemnisation pour hospitalisation injustifiée à l'encontre soit du département si l'ordre avait été donné par le préfet, soit de l'auteur de la demande d'admission, soit des médecins qui ont signé les certificats, non seulement dans le cas d'intention malveillante, mais aussi dans l'hypothèse d'une action imprudente ;

- droit au respect à la vie privée qui est un absolu auquel il ne peut pas être porté atteinte, même au nom d'un intérêt thérapeutique[348].

Cependant, d'une manière générale, la loi ne prévoit aucune sanction pénale spécifique[349] dans le cas où ces droits ne sont pas respectés.

b - LA PROTECTION DES BIENS DE LA PERSONNE HOSPITALISÉE OU ACCUEILLIE À DOMICILE À TITRE ONÉREUX ET ATTEINTE DANS SON ÉTAT MENTAL OU AFFAIBLIE PAR L'ÂGE OU LE HANDICAP

126. Dans ce domaine, le législateur n'a pas réglé de façon globale le cas de toutes ces personnes. Cette absence de cohérence résulte de la juxtaposition de trois textes qui ont vocation à protéger leurs biens. D'abord, la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 édicte une incapacité

348. Toulouse, 15 janvier 1991 : D., 1991, jur., pp. 600 et s., note J. RAVANAS.

349. L'article 432-5 du Nouveau Code pénal sanctionne néanmoins deux abstentions importantes concernant l'omission de mettre fin à une privation de liberté illégale et susceptibles de s'appliquer en l'occurrence, l'une consistant dans le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ayant eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté illégale, de s'abstenir volontairement d'y mettre fin si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention d'une autorité compétente, et l'autre interdisant le fait commis par la même personne, qui ayant connaissance d'une privation de liberté dont l'illégalité est alléguée, s'abstient volontairement soit de procéder aux vérifications nécessaires si elle en a le pouvoir, soit dans le cas contraire, de transmettre la réclamation à l'autorité compétente, lorsque la privation de liberté, reconnue illégale, s'est poursuivie.

spéciale du personnel travaillant dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques. Ensuite, la loi n° 71-1050 du 24 décembre 1971 instaure une incapacité du même ordre au profit de certaines catégories d'inadaptés sociaux. Enfin, la loi n° 89-475 du 10 juillet 1989 concerne les particuliers accueillant à leur domicile, à titre onéreux des personnes âgées ou handicapées adultes.

1 - L'incapacité spéciale du personnel hospitalier instaurée par la loi du 3 janvier 1968

127. Cette loi a souhaité prévenir les risques d'abus d'influence qu'exerce parfois le personnel des établissements sur les personnes hospitalisées pour altération de leurs facultés mentales ou plus largement affaiblies par l'âge, en insérant dans le Code civil l'article 1125-1, qui prévoit que « *Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail, le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement. Pour l'application du présent article, sont réputées personnes interposées, le conjoint, les ascendants et les descendants des personnes auxquelles s'appliquent les interdictions ci-dessus édictées* ». Ce texte a un champ d'application personnel très large, mais il ne vise que certains actes.

Premièrement, il concerne toutes les personnes travaillant dans les établissements dispensant des soins aux malades mentaux ou hébergeant des personnes âgées, quelque soit leur emploi et leur position statutaire. Dans son ensemble, la jurisprudence en fait une interprétation extensive quant aux parties concernées tant vis à vis des personnes dans la mesure où elle précise que la sanction édictée par ce texte, qui renferme une présomption irréfragable d'abus d'influence (sauf autorisation de justice) a « *vocation à s'appliquer quels que soient les liens*

affectifs et familiaux unissant les parties »[350], qu'à l'égard des établissements visés puisqu'elle considère que ce texte s'applique dans le cas d'une personne admise à l'hôpital en vue d'une observation préparatoire à son admission définitive à la section maison de retraite de cet établissement, où elle a été ensuite transférée et où elle a résidé jusqu'à son décès[351].

Mais deuxièmement, ce texte ne prohibe que les acquisitions à titre onéreux ou à titre gratuit des biens ou droits appartenant à la personne admise dans l'établissement de soins et la prise à bail du logement occupé par cette personne avant son admission. Il ne vise pas expressément les testaments, dont la validité peut être remise en cause sur le fondement des articles 489 et 901 du Code civil et les solutions jurisprudentielles concernant la captation d'héritage[352].

La sanction de l'interdiction édictée par l'article 1125-1 du Code civil est la nullité de l'acte passé en violation du texte[353], qui obéit aux règles du droit commun. Elle peut être demandée par la personne protégée, son mandataire, tuteur ou curateur s'il lui en a été désigné un et par ses héritiers après le décès[354]. L'acte peut aussi être confirmé ou refait par le disposant après sa sortie de l'établissement. De plus, lorsque le malade mental ou âgé bénéficie encore, au moins partiellement d'une volonté saine et avisée, le législateur a introduit un élément de souplesse au sein de cette nullité de principe, en prévoyant dans l'article 1125-1 du Code civil que celui-ci pouvait demander à la justice une levée préalable de cette interdiction.

2 - L'incapacité de recevoir des personnels hospitaliers prévue à l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles

---

350. Civ. 1ère, 12 juin 1990 : Bull. civ., I, n°169, pp. 119 et s. ; D., 1991, somm. comm., p. 160, obs. G. PAISANT ; D., 1991, jur., pp. 405 et s., note J. MASSIP ; J. C. P., 1990, IV, p. 306 ; R. T. D. civ., 1991, pp. 109 et s., obs. J. MESTRE ; Defrénois, 1990, art. 34852, pp. 1095 et s., obs. G. VERMELLE.

351. Civ. 1ère, 26 janvier 1994 : Bull. civ., I, n°36, pp. 27 et s. ; Defrénois, 1994, I, art. 35891, pp. 1106 et s., obs. J. MASSIP.

352. T. G. I. Saintes, 26 janvier 1973 : Defrénois, 1973, I, art. 30312, pp. 526 et s., obs. J. F. VOUIN ; R. T. D. civ., 1975, pp. 351 et s., obs. R. SAVATIER.

353. Pour une illustration, voir : Bordeaux, 5ème ch., 2 juillet 1992 : Juris-Data n° 046034.

354. Civ. 1ère, 20 mai 1981 : Bull. civ., I, n°177 ; Defrénois, 1981, I, art. 32797, p. 1663, obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1982, p. 452, obs. J. PATARIN.

128. Cet article répond à la même préoccupation que l'article 1125-1 du Code civil, qui est d'assurer la protection de certaines catégories d'inadaptés sociaux contre le risque de cession imprudente de leurs biens ou de leurs droits. Cette incapacité de recevoir étend celle de l'article 1125-1 aux personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés[355] des établissements hébergeant à titre gratuit ou onéreux des mineurs, des personnes âgées, des adultes infirmes, indigents valides ou des personnes accueillies en vue de leur adaptation sociale. Celles-ci ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires[356] faites en leur faveur par les personnes hébergées que dans les conditions fixées à l'article 909 du Code civil.

Il convient d'observer avec intérêt que le domaine d'application de cet article est plus large que celui de l'article 909, dans la mesure où la libéralité peut être annulée même si elle a lieu pendant un hébergement de courte durée, et même si elle n'a pas été consentie pendant la dernière maladie du donateur.

Néanmoins, l'interprétation extensive de cet article peut dans certains cas, s'avérer rigoureuse à l'égard de personnes qui se sont occupées d'un infirme ou d'un vieillard avec un dévouement particulier, mais il est permis de répondre à cette observation que l'article 909 du Code civil prévoit deux exceptions qui atténuent la rigueur du principe de l'incapacité de recevoir, à savoir la validité des donations rémunératoires ou faites à des parents jusqu'au quatrième degré inclusivement.

3 - L'incapacité de recevoir concernant les particuliers accueillant à leur domicile à titre onéreux des personnes âgées ou handicapées adultes prévue à la loi n° 89-475 du 10 juillet 1989

129. L'article 13 de ce texte précise que « *le bénéficiaire de l'agrément, son conjoint ou concubin, ses descendants en ligne directe, ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou*

---

355. Aix-en-Provence, 28 avril 1998 : Dr fam., octobre 1999, comm., n° 120, 2ème arrêt, p. 23, obs. B. B. ;
Civ. 1ère, 24 octobre 2000 : Dr fam., décembre 2000, comm., n° 146, pp. 19 et s., obs. B. BEIGNIER ; R. J. P. F., n° 1, janvier 2001, pp. 25 et s., note J. CASEY.

testamentaires en leur faveur par la ou les personnes qu'ils accueillent que dans les conditions fixées à l'article 909 du Code civil. L'article 911 dudit Code est applicable aux libéralités en cause ». À ce propos, un arrêt de la Cour de Bourges du 30 juillet 1998 a justement considéré qu'est une violation de cette règle la désignation du concubin de la fille de l'accueillant[357]. De plus, et bien que ce texte renvoie à l'article 909 du Code civil, cette incapacité ne se restreint pas à la période de l'ultime maladie, mais elle couvre tout le temps de l'hébergement[358]. En effet, si la mort constitue le terme de la vie, l'allongement de cette dernière confronte de plus en plus de personnes à l'éventualité d'une altération passagère ou définitive de leurs facultés intellectuelles, et par là, de leur capacité. Dans ce cadre, il est surprenant de relever que si par la voie testamentaire, il est possible de léguer ses biens, il n'est pas admis de prendre des dispositions permettant de prévoir sa représentation en cas de perte de sa propre capacité, d'autant que l'article 2003 du Code civil dispose que « *le mandat finit (...) par la tutelle des majeurs* », au motif qu'il n'est pas concevable d'agir pour le compte d'une personne n'ayant pas de la capacité d'accomplir elle-même l'acte envisagé. En outre, la raison de cette position restrictive provient de la non-adoption par le droit français de la fiducie pour des raisons fiscales, alors que des intérêts légitimes peuvent s'attacher à cette institution. En effet, de nombreuses personnes souhaitent à partir d'un certain stade d'altération de leur santé avoir un mandataire pour régler tous les problèmes d'organisation de leur vie quotidienne dans ses aspects patrimoniaux et extra-patrimoniaux.

Afin de répondre à ce besoin, il devient de plus en plus indispensable d'accroître les droits des adultes vulnérables, et de renforcer ainsi leur dignité, nous sommes favorable au comblement de cette lacune importante de notre législation, comme l'ont déjà fait les droits du Québec et de l'Argentine à la satisfaction des citoyens de ces pays. Dans le même sens, le 94ème Congrès des notaires de France[359] « *propose que soit organisée au sein du Code civil la possibilité pour toute personne physique, dans la perspective où elle deviendrait incapable, de permettre à un représentant de son choix, également personne physique qui accepterait sa mission de contracter en son nom pour organiser et maintenir son état de vie, en respect des indications*

---

356. Aix-en-Provence, 2 juillet 1991 : Juris-Data n°050438.

357. Bourges, 30 juillet 1998 : Dr fam., octobre 1999, comm., n° 120, 1er arrêt, p. 23, obs. B. B.

358. Dans le même sens, voir : Versailles, 20 novembre 1991 : D., 1992, I. R., p. 28.

359. Compte rendu des travaux des Commissions du 94ème Congrès des notaires de France Lyon 17-20 mai 1998, Le contrat liberté contractuelle et sécurité juridique, Quatrième proposition, deuxième commission *« le mandat sur l'incapacité future »*, pp. 96 et s.

figurant au mandat et de ses habitudes de vie, que ce mandat soit gratuit, dressé par acte authentique, autonome et indépendant des régimes de protection existants ; qu'il prenne effet au jour de la constatation de l'incapacité de la personne par l'autorité judiciaire qui conservera le contrôle de son exécution, sa fin intervenant avec le décès du mandant ». Cette proposition affirme la primauté de la volonté de la personne, tout en prévoyant qu'elle ne deviendra effective que lorsque l'autorité judiciaire aura constaté la situation d'incapacité de la personne concernée. Cependant, pour être efficiente, cette proposition nécessitera l'adaptation des règles des régimes matrimoniaux et des statuts de protection des incapables déjà existants.

D'ailleurs, la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a légalisé le mandat préparé pour une incapacité future, mais seulement dans le domaine restreint des soins médicaux et au profit d'une personne de confiance qui peut être désignée par tout un chacun, parmi ses parents, ses proches ou dans le corps médical, par écrit.

De plus, le projet de réforme des tutelles présenté par le Garde des sceaux, Ministre de la Justice le 9 décembre 2004 introduit judicieusement dans notre droit le *« mandat de protection future »* et permet surtout de ne pas le restreindre au domaine de la santé.

Pour conclure sur la protection des personnes psychologiquement vulnérables par le droit des incapacités intermittentes, il serait souhaitable que celui-ci bénéficie d'une plus grande cohérence des textes, voire même d'un statut, qui, en plus d'être utile, constituerait l'expression de la légitime reconnaissance par la société des plus faibles de ses membres.

§ 2 - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES PAR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

130. Le contrat est un instrument privilégié des relations économiques entre les personnes, mais il ne doit pas devenir pour l'une des parties le moyen d'exploiter son cocontractant. Cet impératif de justice s'accorde mal avec le principe de l'autonomie de la volonté et avec le

besoin de sécurité inhérent au commerce juridique. Confrontée à ces exigences multiples, la théorie générale des obligations n'assure en principe que la protection des contractants à égalité de compétence. Elle ne prend généralement pas en considération l'état de faiblesse psychologique des adultes vulnérables. Cependant, quelques dispositions du Code civil en tiennent compte, tant au moment de la formation (A), que de l'exécution du contrat (B).

A - LA FORMATION DU CONTRAT

131. L'essentiel des règles protégeant les adultes vulnérables se trouvent dans la théorie des vices du consentement (a), les règles de preuve (b) et dans celles concernant l'objet et la cause (c).

a - LA THÉORIE DES VICES DU CONSENTEMENT

132. Associant la lucidité et la liberté, le consentement se définit comme la recherche consciente et volontaire de l'effet de droit que doit produire l'acte, mais les règles protégeant le consentement du contractant contre les vices qui ont pu l'affecter soutiennent les personnes faibles. C’est ce que rappelle l'article 1109 du Code civil, lorsqu’il précise que le consentement des parties à la conclusion du contrat doit être libre, et par conséquent, exempt de vices. Ces dispositions constituent le seul garde-fou à la toute puissance du principe de

l'autonomie de la volonté, qui permet à la personne vulnérable de se libérer d'un lien qu'elle n'a pas voulu[360].

Cependant, pour être mise en oeuvre, la théorie des vices du consentement nécessite une action en justice, qui risque, par définition, de rebuter une personne faible, car, en dehors de son impossibilité de faire une avance de frais, elle se heurte à des difficultés de preuve.

De plus, les annulations pour vices du consentement sont peu nombreuses, pour trois raisons essentielles. D'abord, il est rare qu'une personne s'engage en l'absence totale de contrepartie. Ensuite, une partie non négligeable du contentieux concerne des oeuvres d'art, ce qui explique qu'elle n'émane que très exceptionnellement de personnes défavorisées. Enfin, la jurisprudence fait référence au consommateur moyen ou au « *bon père de famille* » pour analyser ces vices, si bien que l'erreur inexcusable ou le *dolus bonus* ne sont pas pris en considération, ou que la violence n'est appréciée qu'en se référant à un modèle de personne raisonnable.

133. Le premier vice envisageable est l'erreur que la personne a pu commettre. Pour un auteur, « *l'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux, ou faux ce qui est vrai. Plus précisément, l'erreur suppose une inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des contractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat, d'une part, et la réalité, d'autre part* »[361].

Fort restreint dans la conception de 1804, le domaine de l'erreur n'a cessé de s'étendre depuis. Ainsi, dans la définition moderne de l'erreur sur la substance, celle-ci est analysée comme une erreur portant de façon directe ou indirecte[362] sur l'objet de l'une des obligations nées du contrat, à l'exclusion d'une simple erreur d'appréciation sur la valeur économique de cet objet, qui se confond avec la lésion, déséquilibre objectif entre la valeur des prestations.

---

360. En ce sens, voir : C. JAMIN, « *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives* » : J. C. P., 1996, I, 3959, n° 24.

361. J. GHESTIN, Traité de droit civil, la formation du contrat, L. G. D. J., 3ème édition, 1993, p. 455, n° 490.

362. Dans les hypothèses d'erreur indirecte, le juge observe que l'objet n'était pas apte à réaliser la fin poursuivie par la victime. De fréquentes applications se rencontrent en matière de vente d'animaux (Trib. paix Josselin, 26 juillet 1930 : D. H., 1930, pp. 582 et s. ; Civ. 1ère, 27 avril 1953 : D., 1953, jur., p. 440), de ventes de matériels ou de machines (Versailles, 12ème ch., 23 juin 1988 : D., 1988, I. R., p. 241), de ventes immobilières (Civ. 1ère, 13 juin 1967 : Bull. civ., I, n° 215, pp. 157 et s. ; J. C. P., 1967, II, 15290, note R. L. ; Pau, 27 mars 1979 : J. C. P., 1980, IV, p. 392 ; Civ. 3ème, 3 janvier 1979 : J. C. P., 1979, IV, p. 82 ; T. G. I. Paris, 4 mars 1980 :

Cependant, il arrive parfois que derrière l'erreur substantielle, qui constitue le fondement juridique de l'annulation, le juge vise cette méprise sur la valeur et la lésion qui en est résultée[363].

Pour justifier l'annulation du contrat, l'erreur doit avoir déterminé le consentement, être excusable, c'est à dire ne pas être la conséquence d'une faute, avoir figuré expressément ou tacitement dans la définition conventionnelle de l'objet de l'une des obligations nées du contrat, mais l'erreur est inadaptée, lorsque l'objet du contrat est un bien de consommation courante.

134. Contrairement à la notion d'erreur, celle de dol évoque une idée générale de malhonnêteté. Le domaine de la nullité pour le dol de l'article 1116 du Code civil[364] est plus vaste que celui de l'erreur, en ce que les erreurs indifférentes à la validité du contrat ne sont pas prises en compte lorsqu'elles ont été spontanées, mais qu'elles deviennent des causes de nullité, lorsqu'elles ont été provoquées, soit par des manoeuvres dolosives, soit par la simple réticence[365] du cocontractant. Certes, il appartiendra à celui qui s'en prévaut d'établir l'existence de ces pratiques. Néanmoins, la jurisprudence tend à admettre plus largement ces manoeuvres, lorsque l'une des parties se trouve en situation d'infériorité, comme dans une transaction conclue entre la victime d'un dommage et une compagnie d'assurances[366], ou en raison de son état de santé et de son âge[367], ou de son inexpérience[368]. De plus, en matière de dol, le droit pénal spécial renforce l'efficacité du droit civil, en protégeant le consentement de ces individus fragiles au moyen de deux incriminations très importantes qui punissent le fait

---

D., 1980, somm. comm., pp. 262 et s., obs. J. GUESTIN ; Civ. 3ème 19 janvier 1983 : J. C. P., 1983, IV, pp. 104 et s.).

363. Paris, 14 octobre 1931 : D. P, 1934, 2, pp. 128 et s. ; Civ. 1ère, 24 janvier 1979 : Bull. civ., I, n° 34, p. 29 ; Defrénois, 1980, I, art. 32236, pp. 384 et s., obs. J. –L. AUBERT.

364. Article 1116 du Code civil.

365. Civ. 3ème, 10 février 1999 : Contrats Conc. Consom., juin 1999, comm., n° 90, pp. 11 et s., obs. L. LEVENEUR ; Civ. 1ère, 15 mai 2002 : J. C. P., 2002, I, 184, obs. F. LABARTHE.

366. Civ. 1ère, 13 janvier 1969 : Bull. civ., I, n° 21, pp. 15 et s. ; Civ. 1ère, 12 janvier 1970 : Bull. civ., I, n° 13, p. 10.

367. Civ. 1ère, 21 juin 1960 : Bull. civ., I, n° 339, pp. 279 et s. ; Civ. 1ère, 20 avril 1966 : Bull. civ., I, n° 224, pp. 174 et s. ; Civ. 1ère, 26 novembre 1968 : Bull. civ., I, n° 297, pp. 224 et s. ; R. T. D. civ., 1969, pp. 559 et s., obs. Y. LOUSSOUARN.

368. Paris, 22 janvier 1953 : J. C. P., 1953, II, 7435, note J. M. ; D., 1953, jur., pp. 136 et s. ; Gaz. Pal., 1953, I, p. 137 ; Paris, 3ème ch. B, 27 juin 1990 : Defrénois, 1990, art. 34917, p. 1349, n° 128, obs. L. AYNÈS ; J. C. P., éd. E., 1991, II, n° 119, pp. 46 et s., note T. HASSLER.
En sens contraire, voir : Civ. 3ème, 5 novembre 1970 : Bull. civ., III, n° 572, p. 417 ; Com., 26 avril 1971 : Bull. civ., IV, n° 104, pp. 95 et s.

d'abuser de leur confiance, soit en employant des moyens frauduleux[369], soit en concluant un contrat par lequel ils se confient volontairement et sans tromperie préalable.

135. La première incrimination concerne le délit d'escroquerie, qui est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. Cette infraction est très protectrice des adultes âgés vulnérables[370] ou des personnes incrédules[371] contre les délinquants qui tentent de les persuader de leur pouvoir imaginaire[372], aussi bien dans le domaine de la santé (mages, devins, cartomanciens, radiesthésistes, marabouts) que celui des jeux du hasard ou de pronostic, puisqu'elle peut être réalisée alors que la victime ne s'est pas appauvrie et que les biens obtenus n'ont pas profité au prévenu.

136. La deuxième incrimination a trait au délit d'abus de confiance, qui est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. Pour être constitué, ce délit nécessite un détournement portant sur une chose remise à titre précaire dans un cadre contractuel, ce qui exclut de son champ d'application les contrats de vente, car ceux-ci opèrent un transfert de propriété. Cette infraction sanctionne l'inexécution frauduleuse de certaines obligations contractuelles. Afin de protéger les victimes d'abus de confiance, la jurisprudence prend des libertés avec le principe de l'interprétation stricte des textes de nature pénale dans deux domaines importants : l'élément intentionnel et le préjudice subi. Premièrement, au lieu de rechercher l'élément intentionnel de l'infraction, elle l'induit, sous couvert de son pouvoir souverain d'appréciation[373], des faits de la cause[374], en mettant en place un véritable système de présomptions de fraude que le prévenu aura bien du

---

369. Sur le simple mensonge, voir : Paris, 29 octobre 1998 : Contrats Conc. Consom., juin 1999, comm., n° 101, pp. 26 et s., obs. G. RAYMOND.
370. Crim., 26 juin 1974 : Bull. crim., n° 243, pp. 622 et s.
371. Crim., 19 janvier 1901, Abbé Barlier : D. P., 1901, I, pp. 342 et s. ; J. LARGUIER, « *Le juge et le sorcier* » : J. C. P., 1967, I, 2055 ; J. LARGUIER, « *Le juge et l'astrologue* » : J. C. P., 1963, I, 1744.
372. Crim., 26 décembre 1956 : D., 1957, jur., p. 149 ; Crim., 28 avril 1964 : Bull. crim., n° 130, pp. 288 et s.
373. Crim., 5 mars 1980 : Bull. crim., n° 81, pp. 192 et s.
374. Crim., 9 avril 1973 : D., 1975, jur., pp. 257 et s., note M. DELMAS-MARTY ; Crim., 11 février 1981 (arrêt n° 1) : Bull. crim., n° 53, pp. 147 et s.

mal à renverser[375]. Deuxièmement, si d'un côté, l'abus de confiance est un détournement commis au préjudice d'autrui, de l'autre côté, la jurisprudence admet que le délit est consommé en cas de préjudice simplement éventuel[376], qu'il est constitué du seul fait du détournement, indépendamment de ses suites, et que le préjudice découle de la seule constatation du détournement[377].

137. La violence implique une force qui peut prendre plusieurs formes. C'est une contrainte exercée sur la volonté d'une personne pour l'amener à donner son consentement. La référence à l'âge, au sexe et à la condition des personnes, dans l'article 1112, alinéa 2, du Code civil invite, selon un auteur, *« le juge à chercher, dans chaque espèce, le seuil de la liberté perdue et de la non-résistance légitime (le courage est masculin, semble dire ce texte conformiste et c'est la vertu des classes supérieures : noblesse oblige ; indulgence aux femmes, aux enfants, aux petites gens...) »*[378]. L'article 1112, alinéa 1er, du Code civil prévoit que l'une des parties peut demander l'annulation du contrat pour violence, lorsque celle-ci peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. Ainsi, la menace, constitutive de violence, peut viser la personne, soit dans son intégrité physique, sa vie, sa santé, soit dans sa liberté ou son honneur, sa réputation. La victime peut également être un tiers. Conformément au principe du consensualisme, la jurisprudence recherche dans chaque espèce si la violence a ou non vicié le consentement au moment de la conclusion du contrat. Elle apprécie ce vice, en prenant tout particulièrement en considération la personne qui en est victime[379].

---

375. Crim., 18 février 1937 : D. H., 1937, p. 139.
De plus, la jurisprudence estime que le droit pénal assure non seulement la défense des intérêts privés, mais aussi et surtout la protection de l'ordre public. Ainsi, même si la victime a donné son adhésion à une situation illégale, la loi criminelle doit s'appliquer pour sanctionner l'auteur du délit qui a démontré son comportement dangereux. En ce sens, voir : Crim., 30 octobre 1941 : D. C., 1942, pp. 82 et s., note P. MIMIN ; Crim., 1er février 1972 : J. C. P., 1973, II, 17304, note J. –J. BURST ; Crim., 23 mars 1977 : Bull. crim., n° 108, pp. 260 et s. ; Crim., 20 juin 1984 : Bull. crim., n° 233, pp. 622 et s. ; Crim., 10 mai 1990 : Bull. crim., n° 179, pp. 454 et s. ; R. S. crim., 1991, pp. 767 et s., obs. P. BOUZAT.

376. Crim. 3 janvier 1979 : D., 1979, I. R., p. 258.

377. Crim., 5 mars 1980 : Bull. crim., n° 81, pp. 192 et s. ; Crim., 26 octobre 1994 : Bull. crim. n° 340, pp. 832 et s.

378. G. CORNU, « *Du sentiment en droit civil* » : *in* G. CORNU, L'art du droit en quête de sagesse, P. U. F., collection Doctrine juridique, 1998, pp. 71 et s., spc. pp. 76 et 77.

379. Exemples de décisions admettant le vice de violence : Civ. 1ère, 3 novembre 1959 : D., 1960, jur., pp. 187 et s., note G. HOLLEAUX ; Paris, 31 mai 1966 : Gaz. Pal., 1966, 2, pp. 194 et s. ; Civ. 3ème, 19 février 1969 : Bull. civ., III, n° 157, pp. 119 et s. ; Aix-en-Provence : 22 avril 1974 : Gaz. Pal., 1974, 2, pp. 638 et s., note G. RAYMOND ; Civ. 1ère, 3 novembre 1976 : Gaz. Pal. 1977, 1, pp. 67 et s., note A. DAMIEN ; Civ. 1ère,

Lorsque le demandeur fait état de troubles nerveux ou d'un état dépressif, les solutions jurisprudentielles sont très nuancées. D'un point de vue général, une proportion importante de décisions repoussent la violence, sans qu'il soit possible de déterminer si cette situation est le signe de difficultés de preuve propres à cette matière[380] ou si elle manifeste un usage dilatoire de l'argument. De plus, les pressions rencontrées sont davantage morales que physiques.

Bien que parmi les vices du consentement, la violence apparaisse en pratique comme le parent pauvre des causes d'annulation du contrat, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 janvier 1999[381] semble la remettre à l'honneur pour les personnes sensibles aux pressions et menaces des sectes. Ainsi, une femme membre pendant les années 1982 à 1987 d'une communauté sectaire, avait vendu en 1980 sa maison à une société dont les associés et le gérant étaient membres de cette communauté. Après son départ de la secte, elle avait demandé la nullité de la vente pour violence morale. Par un arrêt du 24 mai 1996, la Cour d'appel de Paris[382] avait fait droit à sa demande en relevant qu'elle avait bien subi de la part des membres de la communauté, de 1972 jusqu'à la date de son départ en novembre 1987, des violences physiques et morales de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent (« *punitions et (...) menaces de damnation éternelle (...) humiliations psychologiques et physiques* »), alors que séparée de son époux et ayant à charge ses enfants, « *elle était vulnérable* ». Les juges d'appel avaient d'ailleurs précisé que c'étaient ces violences qui avaient conduit cette adepte vulnérable à conclure l'acte de vente de sa maison en faveur de la société afin que les membres de la communauté fussent hébergés dans cette propriété. Saisie d'un pourvoi de la société, la Cour de cassation l'a rejeté, en considérant que la Cour d'appel « *pouvait se fonder sur des éléments d'appréciation postérieurs à la date de formation du contrat* », pour apprécier rétrospectivement l'existence du vice lors de la formation de l'acte[383]. Cette position

---

22 avril 1986 : Bull. civ., I, n°98, pp. 98 et s. ; Rennes, 1er, juin 1995 : J. C. P., 1996, IV, 1905 ; Civ. 3ème, 21 novembre 1995 : pourvoi n°93-19. 885.
Exemples de décisions rejetant le vice de violence : Versailles, 1ère ch., 9 mai 1979 : Gaz. Pal., 1980, I, somm., pp. 385 et s. ; Com., 30 janvier 1974 : D., 1974, jur., p. 382 ; Versailles, 10 novembre 1994, pourvoi rejeté par Civ. 1ère, 9 mai 1996 : pourvoi n° 94-21. 474.

380. Civ. 3ème, 7 février 1984 : Bull. civ., III, n° 27, p. 22.

381. Civ. 3ème, 13 janvier 1999 : Bull. civ., III, n° 11, pp. 7 et 8 ; D., 1999, I. R., p. 38 ; J. C. P., 1999, IV, 1429 ; J. C. P., 1999, I, 143, n° 1 et s., obs. G. LOISEAU ; Dr et patr., n° 73, juillet-août 1999, pp. 88 et s., obs. P. CHAUVEL ; F. MAGNIN, « *Nullité pour violence de la vente à une secte de l'immeuble d'un adhérent* » : Petites affiches, n° 239, du 1er décembre 1999, pp. 4 et s.

382. Paris, 24 mai 1996 : D., 1996, I. R., p. 168.

383. Dans le même sens, voir : Com., 13 décembre 1994 : Bull. civ., IV, n° 375, pp. 309 et s.

est opportune dans un domaine où la contrainte procède rarement d'un fait brusque et isolé, mais opère insidieusement dans la durée. Par cet arrêt, la Cour suprême confère une grande latitude aux tribunaux, pour condamner un véritable abus de faiblesse contraire aux principes élémentaires de justice.

Ainsi, la théorie des vices du consentement protège les adultes vulnérables en s'attachant aux règles de fond des contrats, mais la société impose aussi aux parties des exigences de forme et de preuve qui les invitent à la réflexion, tout en leur assurant une certaine sécurité juridique.

b - LES EXIGENCES DE FORME ET DE PREUVE DES CONTRATS

138. Dans la théorie juridique classique, la forme et la preuve relèvent de deux techniques différentes, la forme intéresse la validité du contrat, alors que la preuve ne devient nécessaire qu'à partir du moment où une partie est obligée de réclamer la réalisation de son droit.

Les exigences de forme des contrats

139. Si la règle fondamentale demeure le consensualisme, qui permet au consentement de s'extérioriser d'une manière quelconque sans qu'il soit besoin qu'il revête une forme préétablie, la société peut avoir intérêt à exiger une certaine forme des contrats, parce que leur immatérialité les rendrait insaisissables à son contrôle et à sa mémoire. Aussi, le consensualisme comporte de nombreuses exceptions et atténuations qui sont de deux espèces différentes : les contrats formalistes et les contrats nécessitant des formalités.

L'exception directe au consensualisme est l'existence de contrats formalistes, qui doivent, pour exister, revêtir une forme particulière. Le formalisme invite les adultes vulnérables à la réflexion, en les empêchant d'être pris au dépourvu avant de s'être vraiment décidés, en les

forçant à préciser leur déclaration de volonté et en leur assurant une preuve. Il permet la coïncidence entre le droit et le fait psychologique.

La forme essentielle est la solennité, qui consiste le plus souvent en un rite d'écriture destiné à attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte qu'elles envisagent de signer.

La solennité la plus répandue est l'authenticité, c'est-à-dire la rédaction de l'acte par un officier public, et spécialement, pour certains contrats par un notaire. L'authenticité, gardienne de la légalité, est censée garantir tant la liberté, l'égalité et la fraternité contractuelles que la sécurité juridique[384], en présentant des avantages substantiels par rapport à l'acte sous seing privé. D'abord, il fait foi[385] de son contenu et de sa date. Ensuite, il produit les effets d'un jugement immédiatement exécutoire, ce qui démontre sa supériorité par rapport au système dit de Common Law. Enfin, il est indéfiniment conservé. De plus, deux séries de règles complémentaires ont été édictées pour protéger les adultes vulnérables ou se trouvant en situation de vulnérabilité accentuée.

Premièrement, lorsque les parties ou l'une d'elles à un acte notarié ne comprend pas le français, soit parce qu'elles sont étrangères ou ne parlent qu'un idiome, leurs volontés manifestées dans leur langue maternelle doivent être traduites et expliquées en français[386], soit par le notaire soit par un interprète[387].

Deuxièmement, la loi impose la présence d'un notaire en second ou à défaut de deux témoins instrumentaires pour les testaments authentiques et mystiques, les actes contenant révocation de testament, les procurations données pour révoquer un testament, et les actes dans lesquels les parties, ou l'une d'elles, ne savent ou ne peuvent signer, afin de protéger les illettrés ou les grands malades. Dans cette hypothèse, mention doit être faite qu'après lecture, les parties ont signé avec les témoins et le notaire, à l'exception de telles et telles parties qui ont déclaré, sur l'interpellation à elle faite individuellement, ne pas savoir ou ne pouvoir signer à cause, par exemple, de la paralysie dont sa main droite est atteinte ou à cause de tel autre motif qui est

---

384. Sur l'apparition d'un formalisme consumériste, voir : D. GRILLET-PONTON, *« L'acte notarié : un nouveau souffle consumériste et technologique »* : J. C. P. éd. N., 2001, informations, pp. 1258 et s., spc. p. 1259.
385. D. GUEVEL, Successions, Libéralités, Éditions Armand Colin, collection Cursus Droit, 1999, p. 189.
386. A. MOREAU, Le notaire dans la société française d'hier à demain, Economica, collection Mieux connaître, 1999, p. 98.
387. ROULOIS Mémento Juris-classeur, tome IV, fasc. 7510, 1992, p. 5.

indiqué. Cette déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer doit émaner des parties et ne saurait être remplacée par une déclaration du notaire que la partie ne sait ou n'a pu signer.

Mais la solennité peut aussi résulter d'un acte sous seing-privé lorsque la loi fait dépendre sa validité de l'observation de prescriptions rédactionnelles.

Cependant, en dehors des cas où l'acte notarié est légalement obligatoire, les contractants ont toujours la possibilité de recourir volontairement à ce formalisme facultatif qui présente plusieurs intérêts : contrats mieux rédigés, force probante plus grande, force exécutoire directe[388], responsabilité civile du notaire.

En outre, le droit du cautionnement protège tout spécialement les cautions, qui doivent avoir conscience de la nature et de l'étendue de leur engagement[389], pouvant porter sur des sommes considérables, en édictant notamment les cinq règles suivantes.

Premièrement, le cautionnement ne se présume pas, il doit être exprès[390].

Deuxièmement, et en matière civile, l'article 1202 du Code civil dispose que la solidarité ne se présume pas. Cependant, en matière commerciale, si la solidarité se présume, la stipulation de solidarité est, depuis la loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, enfermée dans un formalisme strict[391] qui exige que la caution, qui peut être toute personne physique, doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : *« en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2021 du Code civil et en m'engageant solidairement avec X, je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X »*[392].

---

388. J. YAIGRE et J –F. PILLEBOUT, Droit professionnel notarial, Litec, 4ème édition, 1996, p. 90, n° 179.

389. Le consentement émis sous l'empire d'un trouble mental n'est pas valable (en ce sens, voir : Civ. 1ère, 4 novembre 2003 : n°s 01-13.689 et 01-14.033), même si la caution n'a pas été placée sous un régime de protection (en ce sens, voir : Bordeaux, 28 novembre 1994 : J. C. P. éd. N., 1996, II, p. 1095).

390. Art. 2015 du Code civil.

391. Art. L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation.

392. En outre, il convient de souligner l'existence d'une importante règle de fond insérée dans l'article 2024, alinéa 2, du Code civil qui dispose : *« En toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du Code de la consommation »*.

Troisièmement, et en tant qu'engagement unilatéral, le cautionnement non authentique et non donné par un commerçant, est normalement soumis à l'article 1326 du Code civil[393] qui exige que l'acte sous seing privé qui le constate porte de la main de celui qui s'engage, et non de la main d'un tiers, la mention de la somme en toutes lettres et en chiffres.

Quatrièmement, lorsque la caution garantit, soit un crédit à la consommation, soit un crédit immobilier, l'article L. 313-7 du Code de la consommation précise que doit précéder la signature de la caution la mention manuscrite suivante et uniquement celle-ci : *« En me portant caution de X dans la limite de la somme de… couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités de retard, et pour la durée de…, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfait pas lui-même »*.

Cinquièmement, la caution, personne physique, des obligations résultant des baux d'habitation de droit commun consentis aux personnes physiques et les baux HLM ou conventionnés, doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et enfin de la reproduction manuscrite de l'alinéa 1er de l'article 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs sur les conséquences de la résiliation.

Enfin, le droit de la consommation protège les consommateurs, lors de la passation de contrats importants, en instaurant à leur profit un formalisme rigoureux qui intervient à deux étapes de leur élaboration : le contenu de ceux-ci et l'exigence de mentions manuscrites.

Sur le premier point, le droit de la consommation réglemente notamment l'offre préalable de crédit à la consommation[394], l'offre de prêt en matière de crédit immobilier[395], le démarchage

---

393. Parallèlement, l'article 1332 du Code civil dispose : *« L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier au dos ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur »*.

394. Art. L. 311-8 et s. du Code de la consommation.

395. Art. L. 312-7 et s. du Code de la consommation.

et la vente à domicile[396], les contrats de voyage[397], les contrats proposés par les agences matrimoniales[398], l'offre de vente en multipropriété[399], les informations communiquées avant toute vente ou toute fourniture d'une prestation de services conclue au moyen d'une ou plusieurs techniques de communication à distance[400], et la proposition de contracter par voie électronique[401].

Sur le second point, le Code de la consommation prévoit l'apposition de mentions manuscrites notamment par les cautions, l'acheteur en cas de livraison anticipée d'un bien ou de fourniture immédiate d'une prestation de services alors qu'il bénéficie d'un droit de rétractation de sept jours au titre du crédit à la consommation[402], le futur acquéreur lors de la promesse de vente d'un bien immobilier lorsque le prix sera payé sans l'aide d'un ou plusieurs prêts[403], et l'acceptant de l'offre de contracter en matière de jouissance d'immeubles à temps partagé[404]. Cependant le nouvel article 1108-1, alinéa 2, du Code civil, inséré par l'article 25-1 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précise que le support électronique est utilisable à chaque fois qu'une mention manuscrite est exigée de la part de celui qui s'oblige à condition que les conditions de l'apposition de la mention électronique garantissent que l'intéressé en est bien l'auteur. Il en résulte un affaiblissement de la protection du consommateur, car l'approche d'un texte est différente, selon que celui-ci défile sur l'écran, même avec un système de double-clic, ou figure sur un support papier écrit de sa main.

L'exception indirecte au consensualisme réside dans la multiplication des formalités auxquelles sont soumis de nombreux contrats pour que ceux-ci produisent tous leurs effets juridiques. Bien que l'absence de réalisation de ces formalités ne soit pas sanctionnée par la nullité, les cocontractants préfèrent la plupart du temps se conformer à ces exigences pour bénéficier de toutes les conséquences de leurs actes. Ce formalisme, imposé par l'État, dans

396. Art. L. 121-23 et 24 du Code de la consommation.
397. Loi n°92-645 du 13 juillet 1992 et décret n°94-490 du 15 juin 1994.
398. Loi n°89-421 du 23 juin 1989 et décret du 16 mai 1990.
399. Loi n°98-566 du 8 juillet 1998.
400. Art. L. 121-18 et s. du Code de la consommation.
401. Art. 1369-1 du Code civil.
402. Art. L. 311-24 du Code de la consommation.
403. Art. L. 312-17 du Code de la consommation.
404. Art. L. 121-64 du Code de la consommation.

l'intérêt de la société, se manifeste de manière si disparate qu'il peut être classé en trois groupes.

Le premier concerne les formalités de publicité, dont l'exemple pratique le plus important est la publicité foncière, applicable notamment aux ventes d'immeubles. Alors qu'en principe, la vente, qui n'est pas en théorie un contrat solennel, est parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix[405], le transfert de la propriété immobilière est inopposable aux tiers tant que la publicité n'en a pas été effectuée, ce qui oblige en fait à l'accomplir.

Le deuxième est relatif aux formalités fiscales. Il s'agit essentiellement de l'enregistrement, auquel beaucoup de contrats sont assujettis. L'accomplissement de cette obligation donne lieu à la perception d'un impôt. Son défaut peut entraîner, en dehors des sanctions fiscales, une sorte de sanction civile : il sera souvent impossible aux parties d'établir, d'une manière opposable aux tiers, la date d'un acte sous seing privé non enregistré.

Le troisième comprend l'ensemble des formalités administratives. Ces dernières ont chacune leur raison d'être, le plus souvent d'ordre économique et social, mais leur accumulation tend à démontrer le caractère bureaucratique de notre système juridique. Ainsi, le législateur a institué, pour certains contrats, des régimes de déclaration et parfois même d'autorisation préalable. Ce mouvement se manifeste tout particulièrement dans la prolifération des droits de préemption, qui permettent à un tiers de se substituer à l'une des parties au contrat, mais qui constituent des exceptions importantes à la liberté de contracter avec qui l'on veut[406]

Les règles de preuve

140. Ces règles peuvent constituer une protection pour les contractants vulnérables, car un droit non prouvé équivaut à une absence de droit. L'article 1341 du Code civil pose le principe de la prééminence de la preuve littérale (titre, acte, au sens d'acte instrumentaire, par

405. B. NUYTTEN et L. LESAGE, *« Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme »* : Defrénois, 1998, art. 36784, pp. 497 et s., spc. p. 506, n° 25.
406. L. LEVENEUR, *« La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité… »* : A. J. D. A., 1998, pp. 676 et s., spc. p. 677.

opposition à l'acte juridique ou acte *negotium*) sur la preuve testimoniale, lorsque l'objet de l'obligation a une valeur supérieure à une certaine somme. Initialement fixée à 150 F (francs de Germinal) par le Code Napoléon, cette somme déterminée par décret, depuis la loi du 12 juillet 1980, est aujourd'hui de 800 €. C'est une simple règle de preuve en ce que le contrat fait sans écrit est néanmoins valable, mais il sera très difficile à prouver si une partie le nie[407]. L'insécurité juridique engendrée par l'absence d'écrit est telle que pour l'éviter, la plupart de contractants préfèrent respecter les termes de l'article 1341.

Cependant, si l'introduction de l'informatique n'a pas modifié cette exigence de protection des adultes les plus vulnérables, la révolution technologique de l'écriture avait conduit à une certaine obsolescence du droit de la preuve, qui est un élément essentiel du commerce électronique. Pour répondre à ce besoin, la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, a réformé de manière importante le droit de la preuve si bien qu'aujourd'hui l'article 1316-3 du Code civil précise que « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier* », il a la même force probante, à condition qu'il présente des garanties consistant en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel il s'attache. Cette garantie est importante car la fiabilité est une notion à géométrie variable et fondamentalement discriminatoire entre les adultes avertis et les autres.

L'article 1325 du Code civil exige l'établissement de l'acte contenant une convention synallagmatique en double exemplaire (ou plus) et la remise de l'un d'entre eux à chaque partie intéressée, afin d'empêcher que, dans un contrat qui donne naissance à des obligations réciproques, l'un des contractants, détenant l'exemplaire unique, ne soit le seul armé, l'autre plus faible étant en quelque sorte laissé à sa merci.

Dans le but de prévenir ce que l'article 407 de l'ancien Code pénal nommait l'abus de blanc-seing, qui consistait à inscrire dans un espace blanc précédant la signature du débiteur une promesse de lui payer une dette imaginaire, l'article 1326 du Code civil prévoit que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage à payer une somme d'argent ou à livrer un bien

---

[407]. J. –M. OUDOT, « *La signature numérique* » : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 32 et s., spc. p. 34.

fongible comporte la mention de la main de celui qui souscrit cet engagement de la somme ou de la quantité en chiffres et en toutes lettres. Mais, dans notre société, où perdure un analphabétisme important, il est permis de se demander si la compréhension des chiffres n'est pas plus rapide que celle des mots. Ces règles tendent à attirer l'attention du signataire sur l'importance de son engagement pécuniaire, à lui permettre de lire et de réfléchir avant de signer, puis de conserver la mémoire fidèle de ce qui a été convenu.

c - L'OBJET ET LA CAUSE DU CONTRAT

141. L'article 1108 du Code civil pose en condition de validité des conventions l'exigence *« d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement »* et d'une cause licite dans l'obligation. Ces deux notions distinctes sont à rapprocher dans les contrats synallagmatiques, où elles se complètent et peuvent servir à protéger tout contractant vulnérable contre les anomalies d'une convention.

L'objet constitue ce qui est essentiel dans le contrat. Dans un sens élargi, il est même l'objectif juridique des parties. La notion d'objet peut servir à annuler dans des cas particuliers une convention qu'il serait inique de maintenir : objet disparu, volé ou détruit au moment de la formation du contrat, objet impossible ou hors commerce parce qu'interdit à la vente.

La Cour de cassation utilise également la notion d'objet du contrat dans un louable souci de protection de la partie faible. Se fondant sur les articles 1591 et 1129 du Code civil, elle estime en principe que le prix d'une convention ne doit pas être laissé à la discrétion de l'une des parties et qu'il doit être déterminable de façon objective[408]. Toutefois, depuis les célèbres arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1er décembre 1995, l'indétermination du prix de contrats ultérieurs n'affecte pas la validité de la convention initiale, sauf dispositions légales particulières. En cas d'abus dans la fixation du prix, cette indétermination ne peut plus donner lieu à l'annulation du contrat, mais seulement à sa résiliation ou à une

---

[408]. Com., 24 mars 1965 : D., 1965, jur., p. 474 ; R. T. D. civ., 1965, pp. 820 et s., spc. p. 821, obs. G. CORNU. Dans le même sens, voir : Paris, 22 novembre 1972 : D., 1974, jur., pp. 93 et s., note P. MALAURIE.

indemnisation[409]. Par cette nouvelle solution, la Cour suprême a consacré l'inégalité des parties, en admettant que l'une puisse en droit, et non plus seulement en fait, imposer son prix à l'autre.

142. La cause est aussi une notion très importante. Le mot cause, qui est le pourquoi de l'obligation, recouvre deux acceptations différentes. Ainsi, pour un auteur, « *il peut s'agir tout d'abord de la cause efficiente, c'est-à-dire du fait générateur de l'obligation. Concrètement celui-ci peut être l'exécution de la formalité prescrite ou un transfert matériel de valeur d'un patrimoine dans un autre. C'est alors une notion de nature objective. Il peut s'agir ensuite de la cause finale, c'est-à-dire du but poursuivi par celui qui s'engage. C'est alors une notion de nature subjective*[410] ». La cause doit exister et être licite. D'ailleurs, cette licéité intéresse les parties et la société. En effet, par un arrêt du 7 octobre 1998, la Cour de cassation a décidé qu'un contrat pouvait être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'avait pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat[411]. De plus, dans la conception objective retenue par la jurisprudence dans les contrats synallagmatiques, la théorie de la cause peut être utile au cocontractant le plus vulnérable, en intervenant comme un mécanisme d'équité correcteur des déséquilibres affectant le contrat. L'absence de cause est sanctionnée par l'annulation de la clause à l'origine

---

409. Ass. plén., 1er décembre 1995 : Bull. civ., I, n° 9, pp. 16 et s. ; D., 1996, jur., pp. 13 et s., concl. M. JÉOL, , note L. AYNÈS ; J. C. P., 1996, II, 22565, concl. M. JÉOL, note J. GUESTIN ; Gaz. Pal., 1995, 1, pp. 626 et s., concl. M. JÉOL, note P. de FONTBRESSIN ; Defrénois, 1996, I, art. 36354, pp. 747 et s., obs. P. DELEBÈCQUE ; R. T. D. civ., 1996, p. 153, obs. J. MESTRE ; G. BAFFOY, *« Les clauses de révision de prix et de complément de prix dans les cessions de valeurs mobilières »* : J. C. P. éd. N., 1997, prat., 3919, pp. 75 et s. ; D. BOULANGER, « *La nouvelle donne de l'indétermination du prix (Quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995) »* : J. C. P. éd. N., 1996, I, pp. 493 et s. ; A. COURET, *« Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence »* : Dr. et patr., janvier 1996, pp. 48 et s. ; C. JAMIN, « *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives »* : J. C. P., 1996, I, 3959 ; L. LEVENEUR, « *Indétermination du prix : le revirement et sa portée »* : Contrats Conc. Consom., janvier 1996, chron., n° 1, pp. 1 et s.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 20 février 1996 : Bull. civ., I, n° 91, pp. 61 et 62 ; Com., 26 mars 1996 : Contrats Conc. Consom., août-septembre 1996, pp. 5 et s., comm., n° 136, obs. L. LEVENEUR ; Com., 11 juin 1996 : Contrats Conc. Consom., novembre 1996, pp. 9 et s., comm., n° 182, obs. L. LEVENEUR ; D., 1996, somm. comm., pp. 323 et 324, obs. L. AYNÈS ; D. 1997, somm. comm., pp. 59 et 60, obs. D. FERRIER ; Com., 9 juillet 1996 : Bull. civ., IV, n° 205, pp. 176 et s. ; Defrénois, 1996, I, art. 36434, pp. 1363 et s., n° 145, obs. P. DELEBÈCQUE ; Com., 3 décembre 1996 : Contrats Conc. Consom., avril 1997, pp. 8 et s., comm., n° 59, obs. L. LEVENEUR ; Civ. 1ère, 10 décembre 1996 : D., 1997, jur., pp. 303 et s., note H. FADLALLAH ; Dalloz affaires, 1997, pp° 246 et s. ; Com., 21 janvier 1997 : D., 1997, jur., pp. 414 et s., note C. JAMIN ; Dalloz Affaires, 1997, n° 312 ; Com., 23 février 1999 : Dr. et patr. n° 73, juillet-août 1999, p. 89, obs. P. CHAUVEL.

410. J. GUESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, L. G. D. J., 3ème édition, 1993, p. 819, n° 814.

411. Civ. 1ère, 7 octobre 1998 : Defrénois, 1999, I, art. 36990, pp. 602 et s., note V. CHARIOT ; Petites affiches, n° 46, du 5 mars 1999, pp. 7 et s., note S. PRIEUR.

du déséquilibre. La doctrine moderne considère que la contrepartie exigée ne doit pas être quelconque, mais doit constituer une valeur, c'est-à-dire satisfaire l'utilité légitimement attendue. Ainsi, la théorie de la cause est très utile pour éliminer les anomalies les plus criantes des contrats synallagmatiques. Après avoir envisagé les règles protégeant les adultes vulnérables au moment de la formation du contrat, il faut mentionner quelques dispositions concernant son exécution, car le cheminement contractuel s'inscrit aussi dans la durée ; par conséquent, il est plus exposé qu'auparavant à divers risques qui viennent en modifier l'économie et les modalités d'exécution.

B - L'EXECUTION DU CONTRAT

143. Suivant la conception spiritualiste ou matérialiste que le juriste se fait du contrat, le centre de gravité de celui-ci sera placé soit dans la manifestation des volontés, soit dans l'accomplissement des prestations, et partant, son moment décisif sera soit à l'instant de sa formation, soit à celui de ses effets. Si, dans l'ensemble, notre droit accorde plus d'importance à la formation des conventions qu'à leur exécution, en pratique, ce que la partie faible redoute le plus c'est l'inexécution du contrat ou son exécution défectueuse. Dans ces cas, le droit commun offre quatre catégories de solutions : l'exécution forcée, l'exception d'inexécution et la résolution dans les contrats synallagmatiques, la responsabilité contractuelle, et l'abus de droit.

a - L'EXÉCUTION FORCÉE

144. Elle permet au créancier d'obtenir, complétée par d'éventuels dommages-intérêts, l'exécution en nature de l'obligation. L’article 1142 du Code civil n’avait conçu cette mesure que pour les obligations de livrer un bien, les autres se résolvant en dommages-intérêts. Mais outre que ce texte ne s'applique qu'aux obligations ayant un caractère personnel, la

jurisprudence condamne de plus en plus le débiteur à l'exécution directe de l'obligation, en usant de l'astreinte.

b - LA RÉSOLUTION DU CONTRAT ET L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION

145. Si l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre partie peut suspendre l'exécution des siennes. Comme le soulignent judicieusement deux auteurs, c'est un peu le « *donnant donnant* » du droit[412]. Il n'existe pas dans le Code civil de texte général sur l'exception d'inexécution, qui tient directement à la réciprocité et à l'interdépendance des obligations. Selon la doctrine dominante, elle constitue une application particulière de la notion de cause. En effet, l'exécution des obligations d'une partie n'a pas de cause, n'a pas de raison d'être, si l'autre partie n'exécute pas les siennes qui en sont la contrepartie. Mais, la jurisprudence explique plutôt cette exception en faisant appel à l'idée de connexité et à celle de bonne foi[413].

Ce mécanisme est pratique, efficace et sans frais. Il n'est nul besoin d'un recours au juge ni de formalités particulières. Certes, l'acheteur au comptant n'utilise guère l'exception, mais innombrables sont les cas où le client d'un prestataire de services peut différer le règlement d'une partie des prestations, lorsque celles-ci ne sont pas achevées ou sont défectueuses.

La résolution judiciaire du contrat, fondée sur l'article 1184 du Code civil, est une sanction plus radicale, puisqu'elle conduit à l'anéantissement rétroactif de celui-ci à la demande d'une partie, qui se plaint de l'inexécution par l'autre et préfère sortir du contrat plutôt que d'en poursuivre l'exécution ou de réclamer des dommages-intérêts. Cependant, pour les contrats à exécution successive, c'est la résiliation de ceux-ci qui sera prononcée et qui ne vaudra que pour l'avenir.

---

412. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations, Éditions Cujas, 8ème édition 1998, p. 415, n° 721.
413. Civ. 3ème, 5 mars 1970 : Bull. civ., III, n° 173, pp. 129 et s..

La résolution suppose une inexécution grave et imputable au débiteur[414]. Ce caractère de gravité signifie que la résolution sera sûrement prononcée par le juge lorsqu'il s'agira de l'inexécution totale d'une obligation essentielle[415], mais que les tribunaux disposeront d'un plus large pouvoir d'appréciation lorsqu'il y aura inexécution totale d'une obligation accessoire ou inexécution partielle d'une obligation essentielle[416]. Ce droit à la résolution reconnu, en principe[417], à tout créancier peut être tempéré tant par le délai de grâce prévu à l'article 1244-1 du Code civil, fondé sur la détresse économique du débiteur, que par celui mentionné à l'article 1184, alinéa 3, dudit Code qui précise qu' « *il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* » et qui concerne les difficultés d'exécution de la convention. Bien qu'il impose au créancier les frais et les lenteurs d'une instance, le caractère judiciaire de la résolution protège les adultes vulnérables, car il est des contrats (bail, contrat de travail) qui permettent de les insérer avec leur famille dans la société.

c - LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

146. En cas d'inexécution totale, d'exécution partielle, tardive ou défectueuse, le juge peut condamner, avec ou sans résolution, le débiteur à payer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution. Il existe ainsi une responsabilité contractuelle à l'image de la responsabilité délictuelle, qui protège le créancier vulnérable au moyen des quatre principes suivants qui lui sont souvent favorables.

---

414. Civ. 3ème, 29 avril 1987 : Bull. civ., III, n° 93, pp. 55 et s. ; Com., 5 mars 1996 : R. T. D. civ., 1996, pp. 905 et s., obs. J. MESTRE.

415. Civ. 1ère, 18 juillet 1995 : Bull. civ., I, n° 322, pp. 225 et s. ; R. T. D. civ., 1996, pp. 395 et s, obs. J. MESTRE.

416. Com., 2 juillet 1996 : Bull. civ., IV, n° 198, pp. 170 et s. ; J. C. P., 1996, I, 3983, obs. C. JAMIN ; Defrénois, 1996, art. 36434, n° 146, pp. 1364 et s., obs. D. MAZEAUD.

417. Il est deux contrats synallagmatiques où la résolution est exclue. Le premier est le partage qui relève du droit de la famille. Le second est la constitution de rente viagère, parce que, l'opération étant aléatoire, le rétablissement du statut antérieur y serait impossible (article 1978 du Code civil).

Premièrement, le créancier n'a pas, en principe, à établir la faute du débiteur, celle-ci résultant de l'inexécution ; mais, corrélativement, lorsque le créancier parvient à démontrer un dol ou une faute lourde de son cocontractant, la réparation du dommage voit son étendue élargie.

Deuxièmement, pour la preuve de l'inexécution, il convient de distinguer entre les obligations de moyens et de résultat, la preuve des secondes étant facilitée puisqu'il suffit d'établir que le résultat escompté et promis n'a pas été atteint pour qu'il y ait responsabilité, tandis qu'en présence d'une obligation de moyens, le créancier doit prouver que son cocontractant n'a pas exécuté correctement une de ses obligations.

Troisièmement, la réparation du préjudice direct et prévisible doit être intégrale. Suivant la règle insérée dans l'article 1149 du Code civil, le créancier peut réclamer des dommages intérêts non seulement pour la perte éprouvée, mais aussi pour le gain manqué en raison de l'inexécution du contrat. Ainsi, l'allocation de dommages-intérêts est censée aboutir à un résultat proche de l'exécution de la convention en octroyant au créancier une valeur économique équivalente.

Quatrièmement, si les conventions d'irresponsabilité sont en principe valables dans le domaine de la responsabilité contractuelle, les fautes dolosive et lourde du débiteur ne peuvent pas être couvertes parce que l'obligation serait alors conclue sous une condition purement potestative et que ce serait licencieux de donner à un cocontractant la faculté de se soustraire facilement à ses engagements.

d - L'ABUS DE DROIT

147. L'avantage qu'un droit confère à son titulaire ne s'obtient souvent qu'en contrepartie d'une limitation de la liberté d'autrui. Bien qu'il bénéficie d'une sorte de préjugé de licéité plus ou moins fort, l'exercice d'un droit cause parfois à d'autres personnes un préjudice important. Par exemple, admettre qu'un créancier ait le droit de saisir les biens de son débiteur implique que celui-ci peut être privé de ce qu'il a acquis. La question se pose de savoir si ces conséquences ne peuvent pas être contenues dans certaines limites, car l'application aveugle de la règle de

droit risque d'aboutir à des conséquences iniques. Ainsi que l'ont écrit des auteurs, « l'exercice sans contrôle des droits privés est une menace pour la Justice, qui reste la fin essentielle de notre système juridique, L'instrument majeur de ce contrôle est la théorie de l'abus de droit » [418] qui, « tout comme celle de l'enrichissement sans cause, est un mécanisme correcteur, une soupape de sûreté qui permet au juge d'assouplir le jeu des relations juridiques »[419].

La théorie de l'abus de droit, conçue comme un procédé d'équité modératrice et de moralisation du contrat, à la disposition du juge, a pour objet de protéger les adultes psychologiquement vulnérabilisés par l'application des règles de droit, lorsque les excès d'une partie qui est juridiquement et socialement dans une situation plus forte se révèlent manifestement abusifs.

La théorie de l'abus de droit présuppose l'existence du concept de droit subjectif qui est de création relativement récente[420], si bien que ce n'est qu'aux alentours du XXème siècle, qu'elle renaît dans une France solidariste où les actes individuels ne peuvent avoir de sens que s'ils ne perturbent pas la cohésion sociale. D'ailleurs, selon un auteur, « la théorie de l'abus de droit constitue l'instrument majeur du contrôle de la conformité de l'exercice des droits à leur fonction. Elle est issue de l'abandon de l'absolutisme des droits et de l'affirmation de leur relativité sous l'influence des doctrines sociales pour lesquelles le Droit et les droits ont avant tout une fonction sociale »[421]. Cependant, le législateur n'ayant fait à plusieurs reprises qu'allusion au contrôle de l'exercice abusif des droits et n'ayant pas posé un principe général dans cette matière, les applications pratiques de cette théorie sont pour l'essentiel l'oeuvre du droit prétorien. De plus, bien que cette théorie ait acquis un grand retentissement, elle a donné lieu à une controverse doctrinale opposant principalement deux juristes sur son bien-fondé.

D'un côté, un auteur classique considérait que les termes abus et droit étaient incompatibles, et écrivait que « le droit cesse où l'abus commence et il ne peut y avoir d'usage abusif d'un droit

---

418. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN M., Traité de droit civil, Introduction générale, 4ème édition, L. G. D. J., 1994, p. 747, n° 761.

419. A. PIROVANO, « *La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand* » : D., 1972, chron., pp. 67 et s., spc. p. 67.

420. En ce sens, voir : C. JAMIN, « *Typologie des théories juridiques de l'abus* » : Rev. Conc. Consom., n° 52, juillet-août 1996, pp. 7 et s., spc. p. 7.

421. J. –L. BERGEL, Théorie générale du droit, Dalloz, collection Méthodes du droit, 1985, pp. 272 et 273, n° 240.

quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être, tout à la fois, conforme au droit et contraire au droit »[422]. Ainsi, le Droit bénéficie en lui-même d'une prépondérance qui suppose le sacrifice parfois nécessaire d'un autre droit. Cette argumentation n'est pas convaincante, car engager la responsabilité de l'auteur d'un abus de droit ne revient pas à nier l'existence de son droit, mais simplement à sanctionner la manière dont il est exercé.

De l'autre côté, un auteur plus moderne retient les finalités du droit, en avançant que celui-ci est social dans son origine et son essence. Cette philosophie se retrouve dans le régime de l'obligation naturelle, la règle « nemo auditur turpitudinem suam allegans », les présomptions « juris et de jure », l'action en enrichissement sans cause, et dans l'exigence de la bonne foi contractuelle prévue à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui innerve les conventions de leur formation à leur exécution, constitue un instrument général au service de la moralisation des rapports entre les parties et peut ainsi servir de fondement à la théorie de l'abus de droit.

148. Depuis ce célèbre débat, et malgré le succès de l'expression « abus » dans la littérature juridique[423], l'intérêt doctrinal pour la notion d'abus de droit semble avoir fléchi à telle enseigne que la plupart des auteurs voient dans celle-ci une application pure et simple des principes de la responsabilité civile par la jurisprudence qui se réfère presque toujours, en dehors des hypothèses contractuelles, à l'article 1382 du Code civil. Profitant du domaine immense de la responsabilité, la question de l'abus de droit se pose dans des contrats qui concernent tous les secteurs de la vie sociale. Toutefois, ce vaste domaine connaît en matière contractuelle des contours incertains, parce que la notion d'abus de droit est imprécise.

Quoiqu'il en soit, le principe demeure que lorsqu'une personne exerce son droit, elle n'est pas en principe responsable du dommage qu'elle cause à autrui. Cependant, et à l'exception de quelques droits demeurés discrétionnaires, le législateur consacre la relativité des droits et la jurisprudence contrôle toujours plus les droits subjectifs. Ainsi, pour le contrat de travail, la loi a longtemps prévu qu'un licenciement abusif engageait la responsabilité de l'employeur et elle oblige le chef d'entreprise à mentionner les motifs réels et sérieux du licenciement. Pareillement, le droit de la consommation interdit et répute non écrites de nombreuses clauses

---

422. M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, Tome I, 1ère édition 1900, n° 87.
423. C. BABUSIAUX, « *Conclusion* » : Rev. Conc. Consom., n° 92, juillet-août 1996, p. 35.

abusives. De plus, le droit prétorien considère que la justification cesse si l'auteur du dommage a abusé de son droit. L'unanimité n'est pas faite en la matière, car le critère de l'abus de droit varie suivant ses causes, qui peuvent être divisées en trois branches.

Soit l'abus provient du but poursuivi : le titulaire du droit l'a exercé, non pas dans son intérêt purement égoïste, mais dans l'intention de nuire. Cependant, plusieurs décisions récentes considèrent que la preuve d'une intention malicieuse ou de la mauvaise foi de l'auteur de la rupture d'un contrat à exécution successive et à durée indéterminée n'est pas une condition nécessaire à l'application de la théorie[424].

Soit l'abus est issu des moyens employés qui sont en eux-mêmes illicites : brusquerie[425], promesses fallacieuses[426], motifs vexatoires.

Soit l'abus résulte d'une simple faute de négligence ou d'imprudence : le titulaire du droit en a usé avec légèreté, sans prêter une attention suffisante aux intérêts d'autrui. Dans cette hypothèse, l'auteur de la rupture est responsable, sauf s'il peut justifier d'une juste cause.

Apparaissant dans toutes les étapes du déroulement du contrat, l'idée d'abus de droit permet au stade de son exécution de justifier certaines limitations à sa force obligatoire.

Il en va ainsi lorsqu'un contractant se voit sanctionné pour avoir mis en oeuvre de manière abusive certaines clauses contractuelles pourtant posées au départ comme parfaitement licites.

Elle est également et surtout présente au moment de la rupture du contrat, qui est en principe libre dans les contrats à exécution successive et à durée indéterminée[427]. Or, si pour la doctrine classique, l'auteur de la rupture n'a pas à énoncer les motifs de celle-ci[428], la théorie

---

424. Com., 3 juin 1997 : J. C. P., 1997, I, 4056, n°s 8 et s., obs. C. JAMIN ; D., 1998, somm. comm., pp. 113 et 114, obs. D. MAZEAUD.
425. Com., 5 décembre 1984 : Bull. civ., IV, n° 332, pp. 270 et s.
426. Paris, 16ème ch. B, 11 mai 1989 : D., 1989, I. R., p. 188 ; Paris, 1ère ch. A, 13 mai 1991 : Gaz. Pal., 1992, I, somm., pp. 59 et s.
427. Civ. 1ère, 14 mars 1984 : Bull. civ., I, n° 92, pp. 76 et s. ; Civ. 1ère, 2 mai 1984 : Bull. civ., I, n° 143, pp. 121 et s. ; Com., 31 mai 1994 : Bull. civ., IV, n° 194, pp. 155 et s.
428. Com., 9 juillet 1952 : R. T. D. com., 1953, p. 720, obs. J. HÉMARD ; Paris, 5ème ch. C, 20 décembre 1990 : Contrats Conc. Consom., mars 1991, comm., n° 50, p. 4, obs. L. LEVENEUR ; Paris, 1ère ch., sect. A, 17 février 1992 : Contrats Conc. Consom., mars 1992, comm., n° 52, pp. 8 et s., obs. L. VOGEL. ; Com., 4 juin 1996 : R. T. D. civ., 1996, p. 906, obs. J. MESTRE.

de l'abus de droit vient tempérer d'éventuelles velléités d'indépendance du cocontractant le plus armé.

Afin de réduire les risques d'un abandon de la partie psychologiquement affaiblie, la jurisprudence insère le droit de résiliation unilatérale du cocontractant le plus fort dans deux limites importantes fondées sur l'exigence de la bonne foi contractuelle.

D'une part, le non-respect d'un délai de préavis raisonnable permet de dénoncer l'abus du droit de rompre les relations contractuelles[429], ou même des négociations très engagées[430].

D'autre part, l'exercice du droit de rompre les relations contractuelles peut se révéler abusif en dépit du respect d'un préavis raisonnable[431], dès lors que la personne faible établit le comportement déloyal de son cocontractant[432].

En protégeant le consentement des adultes psychologiquement vulnérables, le droit a accompli une oeuvre méritoire, mais son rôle le plus important est de protéger leur santé, car, au fond, si ces individus étaient en parfaite santé physique et mentale, ils n'appelleraient pas le droit à leur secours.

---

429. Com., 8 avril 1986 : Bull. civ., IV, n° 58, pp. 50 et s. ; Com., 28 février 1995 : Bull. civ., IV, n° 63, p. 60 ; R. T. D. civ., 1995, pp. 885 et s., obs. J. MESTRE
En sens contraire, voir : Com., 5 mars 1996 : R. T. D. civ., 1996, pp. 904 et s., obs. J. MESTRE ; Civ. 1ère, 11 juin 1996 : Bull. civ., I, n° 246, p. 174 ; Contrats Conc. Consom., octobre 1996, n° 164, obs. L. LEVENEUR.

430. Com., 22 avril 1997 : D., 1998, jur., pp. 45 et s., note P. CHAUVEL.

431. C. LASSALAS, « *Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles* » : Dr et patr., n° 51, juillet/Août 1997, pp. 61 et s., spc. p. 62.
Civ. 1ère, 5 février 1985 : Bull. civ., I, n° 54, pp 52 et s. ; R. T. D. civ., 1986, p. 105, obs. J. MESTRE ; Com., 5 octobre 1993 : Bull. civ., IV, n° 326, pp. 234 et s. ; J. C. P., 1994, II, 22224, note JAMIN C. ; J. C. P. éd. E., 1994, II, 557, note JAMIN C. ; R. T. D. civ., 1994, pp. 603 et s., obs. J. MESTRE.

432. Com., 5 avril 1994 : Bull. civ., IV, n° 149, p. 118 ; J. C. P., 1994, I, 3803, n° 7 et s., obs. JAMIN C. ; R. T. D. civ., 1994, pp. 603 et s., obs. J. MESTRE ; Paris, 15ème ch. A, 8 juin 1994 : D., 1995, somm. comm., p. 70, obs. D. FERRIER ; Paris, 1er mars 1996 : Dalloz Affaires, chron., n° 7-1, pp. 612 et s.

SECTION 2
LA PROTECTION DE LA SANTÉ DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES

149. La santé a toujours été à la fois individuelle et collective. Son amélioration constante adoucit les souffrances de l'homme, et permet à ce dernier de jouir plus amplement de ses libertés.

Deux branches du Droit participent à la protection de la santé des adultes psychologiquement vulnérables. Au niveau individuel, le droit de la famille impose aux époux le devoir d'assistance (§ 1), et au niveau collectif, le droit de la santé édicte des règles particulières (§ 2).

§ 1 - LA PROTECTION DE LA SANTÉ DES ÉPOUX PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES PAR LE DEVOIR D'ASSISTANCE

150. L'assistance morale et matérielle du conjoint dans les vicissitudes de l'existence est l'un des buts fondamentaux du mariage[433]. La doctrine traditionnelle et la jurisprudence distinguent le devoir d'assistance du devoir de secours. Le devoir de secours est une aide pécuniaire, alors que l'obligation d'assistance prend la forme de soins personnels. Les auteurs entendent par secours la fourniture d'aliments et par assistance toute autre aide au conjoint.

Le devoir d'assistance consiste dans l'obligation d'observer une certaine conduite conforme à ce que la morale et la coutume exigent entre personnes mariées. Il se caractérise par la prise en considération de l'être humain. Bien que presque unanimes sur l'existence de cette distinction, la doctrine et la jurisprudence éprouvent des difficultés, lorsqu'il s'agit de délimiter précisément l'objet du devoir d'assistance. En effet, les contours de ce dernier n'ont

pas été définis, ni par les travaux préparatoires du Code civil, ni ultérieurement par le législateur. De plus, sa mesure et ses modalités varient selon les moeurs, les circonstances et le style de vie adopté par le couple.

433. En ce sens, voir : Y. BUFFELAN-LANORE, « *Divorce. Divorce pour faute. Faits imputables à un époux : principales applications* » : Jur. -Cl. civ., art. 242 à 246, fasc. 20, 2, 1996, p. 9, n° 25.

A - L'OBJET DU DEVOIR D'ASSISTANCE

151. Le droit positif cerne le contenu (a) et les limites du devoir d'assistance (b).

a – LE CONTENU DU DEVOIR D'ASSISTANCE

152. Le devoir d'assistance comprend l'ensemble des gestes, des attentions, des égards, et des services suscités par la vie des époux. Il consiste à protéger l'autre et explique, qu'en cas de placement de l'un des époux sous tutelle, l'autre est tuteur de son conjoint et ne bénéficie pas de la possibilité de mettre fin à la charge tutélaire pendant une durée de cinq ans. Le plus souvent, son exécution quotidienne est si discrète, qu'elle semble échapper au droit. Mais cette impression de non-droit est inexacte, car la jurisprudence, relative au divorce et à la séparation de corps permet de déterminer le contenu du devoir d'assistance.

153. Pour l'essentiel, le devoir d'assistance est d'abord de soigner son conjoint malade ou âgé[434] et de lutter contre sa misère affective et sa solitude. En effet, l'un des objectifs du mariage est de protéger les adultes vulnérables contre l'altération des facultés corporelles ou mentales, qui préfigure l'infirmité ou la mort. Le droit positif précise le domaine du devoir d'assistance, en distinguant les maladies selon leur degré de gravité. En cas d'affection bénigne et passagère, le débiteur de l'obligation d'assistance doit soigner son conjoint. Lorsque l'affection est plus grave, il doit recourir à l'autorité médicale[435], et le cas échéant donner son consentement, soit pour entreprendre un traitement, soit pour procéder à une opération chirurgicale, si son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté libre et éclairée[436]. Ainsi, est coupable de violer le devoir d'assistance l'époux qui ne fait pas suivre à

---

434. P. DUBOIS, « *Mariage. Organisation de la société familiale. Direction de la famille (art. 213). Entraide des époux (art. 212 et 214)* » : Jur. -Cl. civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 2, 1989, p. 7, n°25.
435. Montpellier, 2ème ch., 13 mai 1931 : Gaz. Pal., 1931, II, pp. 407 et s. ; Trib. civ. Valence, 16 mars 1955 : D., 1955, jur., pp. 585 et s., note A. BRETON.
436. R. NERSON, « *Le respect par le médecin de la volonté du malade* » : *in* Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 853 et s., spc. p. 859.

son conjoint la cure de désintoxication indispensable pour le guérir de son ivrognerie habituelle. De plus, le défaut d'information préalable au mariage de son époux par une femme atteinte de troubles graves de l'adolescence n'affranchit pas le premier de son devoir d'assistance[437]. Si le malade n'est pas hospitalisé, son époux doit veiller à ce qu'il suive exactement le traitement prescrit, et lui prodiguer des soins personnels. En cas d'hospitalisation, le devoir d'assistance consiste dans un soutien moral se traduisant, par des visites[438], l'envoi de lettres et l'établissement de contacts avec les membres du corps médical et du personnel soignant.

154. Ensuite, l'assistance s'accompagne d'un devoir de patience, de douceur et de soins[439]. Lorsque la maladie se traduit par des manifestations graves et irraisonnées d'un époux inconscient, et/ou incapable de contrôler ses nerfs, son conjoint doit supporter les scènes de violence, les brutalités, les propos injurieux[440], l'oisiveté, et même l'inconduite[441] ou le départ du malade chez ses parents[442]. Par contre, le fait pour un malade d'agir sous l'influence d'une drogue volontairement absorbée laisse subsister son comportement fautif à l'égard de son époux[443]. Cette qualification civile du comportement d'un époux est conforme à la prohibition édictée par l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique qui punit d'un an de prison et de 3 750 € d'amende l'usage de substances ou de plantes classées comme stupéfiants.

Trib. civ. de la Seine, 15 mars 1937 : Gaz. Pal., 1937, II, pp. 379 et s. ; Lyon, 17 novembre 1952 : D., 1953, jur., pp. 253 et s., note P. GERVESIE.

437. Douai, 14 avril 1989 : Juris-Data n° 050470.
En sens contraire, voir : T. G. I. Vesoul, 28 novembre 1989 : D., 1990, jur., pp. 590 et s., note C. PHILIPPE.

438. Montpellier, 2ème ch., 13 mai 1931 : préc. ; T. G.I. Lyon, 15 décembre 1977 : D., 1978, jur., pp. 201 et s., note A. BRETON.

439. M. CULIOLI, *« La maladie d'un époux idéalisme et réalisme en droit matrimonial français »* : R. T. D. civ., 1968, pp. 253 et s., spc. p. 272 ; Civ. 2ème, 16 juillet 1992 : J. C. P., 1992, IV, 2698.

440. Req., 4 mars 1902 : D., 1902, I, p. 192 ; Civ. 2ème, 10 octobre 1956 : Bull. civ., II, n° 498, pp. 321 et s. ; Civ. 2ème, 29 mai 1957 : D., 1957, jur., p. 480 ; R. T. D. civ., 1957, pp. 657 et s., obs. H. DESBOIS ; T. G. I. Pontoise, 18 novembre 1971 : Gaz. Pal., 1972, I, somm., p. 22 ; Bourges, 1ère ch., 15 avril 1986 : Juris-Data n°004206 ; Orléans, 4 juillet 1986 : Juris-Data n°045550 ; Aix-en-Provence, 6ème ch., 16 septembre 1987 : Juris-Data n°048296 ; Metz, 25 février 1991 : Juris-Data n°044591 ; Pau, 16 décembre 1993 : Juris-Data n°047772 ; Bordeaux, 12 janvier 1994 : Juris-Data n° 0400060.
En sens contraire, voir : Pau, 31 mars 1983 : Juris-Data n°040893 ; Reims, 11 février 1986 : Juris-Data n°044636 ; Versailles, 2ème ch., 26 juin 1987 : Gaz. Pal., 1987, II, p. 478 ; Reims, 10 janvier 1991 : Juris-Data n°040630.

441. Montpellier, 11 mars 1953 : J. C. P., 1953, II, 7557, obs. G. M., R. T. D. civ., 1953, p. 521, obs. G. LAGARDE ; Civ., 15 juin 1955 : D., 1956, somm., p. 34 ; Civ., 31 octobre 1962 : D., 1963, somm., p. 53 ; T. G. I. Coutances, 13 janvier 1965 : D., 1965, somm. p. 89.

442. Grenoble, 1ère ch. civ., 9 avril 1951 : S., 1952, 2, pp. 37 et s. ; Civ. 2ème, 5 mai 1965 : Bull. civ., II, n° 393, pp. 271 et s. ; Bourges, 1ère ch., 15 avril 1986 : Juris-Data n°042086 ; Paris, 24ème ch., 17 mars 1987 : Juris-Data n°021478.

443. Alger, 11 juillet 1892 : D. P., 1893, 2, p. 20 et s. ; Civ. 2ème, 20 décembre 1962 : Bull. civ., II, n°820, p. 601.

Cependant, les juges du fond ont parfois tendance à apprécier avec une certaine sévérité les conséquences de la maladie sur la vie conjugale. Ainsi, dans un arrêt du 13 octobre 1993, la Cour de Bordeaux[444] a décidé que les troubles (perte de mémoire, cécité, manque de coordination motrice...) présentés par une femme atteinte d'une maladie neurologique n'étaient pas de nature à excuser ses propos injurieux et son agressivité.

Si la maladie est contagieuse ou nécessite l'internement, le devoir d'assistance s'exerce par la surveillance et les visites au profit du conjoint malade jusqu'à sa guérison. Lorsqu'en vue de cette dernière, la personne malade a un besoin pressant d'une greffe de tissu[445], le devoir d'assistance entraîne pour son conjoint l'obligation de se prêter à l'opération, si celle-ci ne génère pas de lésions corporelles graves, durables ou douloureuses.

155. Enfin, le respect de l'autre commençant par le respect de soi, chaque époux a le devoir de veiller à sa propre santé, car c'est bien se soigner que de se garder de la maladie. La liberté civile de ne pas se soigner, dans la mesure où on l'admet pour une personne célibataire, cesse pour un conjoint, car son refus de la santé est de nature à altérer l'équilibre de la vie maritale.

Dans ce cadre, les époux doivent remédier à leur état pathologique, entretenir des rapports intimes exempts de dangerosité[446], ne portant pas atteinte à la dignité ou à l'intégrité de la partie à qui ils sont imposés[447], et éviter que leur conjoint ne soit contaminé.

156. Pour ce qui concerne l'obligation de chaque époux de se soigner, c'est à dire de consulter les autorités médicales, de se faire traiter, et même si cela s'avère nécessaire, de subir une opération chirurgicale, elle apparaît avec force dans de nombreuses affaires de divorce ou de séparation de corps qui peuvent être présentées sous neuf aspects.

Premièrement, si l'impuissance de l'un des époux ne constitue pas une cause de divorce, en revanche constitue une faute le refus par le mari, qui se trouve dans l'impossibilité de remplir

---

444. Bordeaux, 13 octobre 1993 : J. C. P., 1994, I, 3771, n°7, obs. N. DESCHAMPS. et T. DUPRÉ.
445. Voir l'article L. 1231-1 du Nouveau Code de la santé publique ; C. JAMIN, « *Législation française et communautaire 1er juillet 1994 - 30 septembre 1994, I. - Personnes.. »* : R. T. D. civ., 1994, pp. 934 et s., spc. p. 941.
446. Poitiers, 3 décembre 1894 : D. P., 1895, 2, p. 64 ; T. G. I. Dieppe, 25 juin 1970 : J. C. P., 1970, II, 16545 bis
447. T. G. I. Bernay, 3 juin 1981 : Gaz. Pal., 1981, 2, somm., pp. 299 et s..
En sens contraire, voir : Trib. civ. de la Seine, 20 janvier 1908 : D. P., 1908, V, p. 51.

le devoir conjugal, de se soumettre à un traitement, de persévérer dans celui-ci[448], mais aussi de se prêter à un simple examen médical qui aurait permis de déterminer s'il était atteint d'une affection chronique ou incurable ou si sa situation n'était qu'un accident temporaire susceptible de disparaître soit naturellement, soit à l'aide de soins appropriés[449].

Deuxièmement, commet une faute le mari qui, atteint d'un trouble ne lui permettant pas d'avoir des relations, refuse de se prêter à l'opération chirurgicale conseillée par les médecins et qui lui aurait rendu une virilité normale[450]. Cependant, n'est pas fautif le refus de remplir le devoir conjugal émanant d'une femme, atteinte d'un vice de conformation, qui ne lui permet pas d'avoir des relations et de subir une opération où sa santé et sa vie peuvent être exposées[451].

Troisièmement, la stérilité n'est pas fautive[452], dès lors que l'épouse a suivi des traitements qui se sont révélés vains[453]. En revanche, le refus de suivre un traitement médical ordinaire est fautif[454]. Cependant, le refus d'une épouse de se prêter à une fécondation *in vitro*, qui constitue une épreuve « *corps et âme* », n'est pas fautive[455].

Quatrièmement, s'il est de principe que l'exhibitionnisme n'est pas une faute civile[456], lorsqu'il est dû à un état d'excitation génésique, aiguë et démentielle, encore faut-il que le conjoint malade démontre qu'il a entrepris un traitement, soit sur son initiative, soit sur celle de son épouse[457].

---

448. Lyon, 28 mai 1956 : D., 1956, jur., pp. 646 et s., note A. BRETON ; Rouen, 3 décembre 1958 : D., 1959, somm., p. 50.
449. Caen, 10 mai 1926 : S., 1926, II, pp. 62 et s. ; Trib. civ. Le Mans, 11 mars 1941 : J. C. P., 1941, II, 1657 ; Civ. 2ème, 16 décembre 1963 : J. C. P., 1964, II, 13660, note J. A. ; D., 1964, jur., pp. 227 et s. ; R. T. D. civ., 1964, pp. 533 et s., obs. H. DESBOIS ; Civ. 2ème, 24 mai 1973 : D., 1973, I. R., p. 165.
450. Nancy, 6 mai 1946 : Gaz. Pal., 1946, II, pp. 7 et s.
451. Trib. civ. du Havre, 2ème ch., 9 juillet 1926 : Gaz. Pal., 1926, II, pp. 588 et s.
452. Versailles, 12 janvier 1995 : Juris-Data n° 040367.
453. Versailles, 3 octobre 1991 : Juris-Data n° 045224.
454. Bordeaux, 7 juin 1994 : J. C. P., 1994, IV, 2207, R. T. D. civ., 1994, pp. 836 et s., n°11, obs. J. HAUSER ; J. C. P., 1996, II, 22590, note J. VASSAUX ; J. C. P., 1996, I, 3946, n°3, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; J. C. P. éd. N., 1996, II, pp. 1403 et s., note J. VASSAUX.
455. Bordeaux, 1er octobre 1991 : R. T. D. civ., 1992, pp. 56 et s., obs. J. HAUSER.
456. En sens contraire, voir : Trib. civ. de la Seine, 4ème ch., 23 juin 1932 : S., 1932, II, p. 192.
457. T. G. I., Boulogne-sur-Mer, 28 janvier 1977 : Gaz. Pal., 1977, I, pp. 208 et s.

Cinquièmement, les hospitalisations répétées de la femme demeurent fautives, dès lors qu'elles sont liées à un alcoolisme, qui lui est entièrement imputable[458].

Sixièmement, le comportement impulsif et inconséquent de la femme n'est pas fautif lorsqu'il résulte d'une instabilité caractérielle pour laquelle elle accepte d'être suivie médicalement[459].

Septièmement, la violence et les injures sont imputables au mari, lorsqu'il est victime de troubles psychiques qu'il n'a pas fait soigner[460].

Huitièmement, le tabagisme excessif d'un mari retraité et sédentarisé est fautif, dès lors que celui-ci a manqué d'égards envers sa femme qui était de santé fragile[461].

Neuvièmement, est fautif le refus de la femme de soigner son état dépressif et de s'opposer, avec détermination, aux tentatives de son époux, médecin, pour remédier à la situation[462].

Sur la question de la dangerosité des rapports intimes, un époux fréquentant, consciemment[463] et sans raison majeure, un contagieux atteint de maladie vénérienne, manque gravement à son obligation d'assistance. Cependant, le fait d'être atteint d'une maladie vénérienne ou du sida n'est pas en soi une faute[464].

Sur l'obligation de non contamination, la Cour de Bordeaux a considéré le 17 février 1857[465] que se rendait coupable, d'un sévice « *des plus caractérisés* » et de nature à motiver une demande en séparation de corps, le mari qui, après avoir, même à son insu, communiqué le mal vénérien à sa femme, avait reconnu l'existence de ce mal chez celle-ci, et sacrifié la santé de sa femme à une fausse honte, et avait négligé volontairement d'appeler un homme de l'art, et de prendre les mesures les plus promptes pour arrêter les ravages du mal dont il était l'auteur et des souffrances qu'il avait par là infligées à sa femme. Cette jurisprudence peut être

---

458. Paris, 21 mai 1990 : Juris-Data n° 023082.
459. Versailles, 16 février 1989 : Juris-Data n° 040962.
460. Douai, 17 juin 1988 : Juris-Data n° 052017.
461. Douai, 1er mars 1990 : R. T. D. civ., 1991, p. 711, obs. J. HAUSER.
462. Lyon, 30 avril 1996 : J. C. P., 1997, II, 22869, note T. GARÉ.
463. Bordeaux, 6 juin 1839 : D. P., 1839, II, p. 268 ; Paris, 5 février 1876 : D. P., 1876, V, p. 405 ; Trib. civ. Huy, 6 mai 1877 : Jur. gén., Supplément, V. Divorce et séparation de corps, n° 59 ; Civ., 7 mai 1935 : S., 1935, I, pp. 220 et s.
464. V. BARABÉ-BOUCHARD, *« La famille et le sida »* : *in* B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), Le sida aspects juridiques, Éditions Economica, 1995, pp. 21 et s., spc. p. 32.

étendue à la transmission du virus du sida[466]. Mais, parallèlement à celle-ci, il y a faute de la part d'un époux à accuser à tort son conjoint de lui avoir communiqué une maladie vénérienne[467] ou le sida.

157. De plus, la santé des individus psychologiquement vulnérables est influencée par une multitude des facteurs environnementaux. Le devoir d'assistance comprend donc aussi celui d'aider son conjoint, tant dans son travail que dans l'accomplissement des tâches ménagères. Dans cet esprit, la jurisprudence considère qu'en principe les négligences de la femme dans la tenue du ménage et dans sa collaboration aux activités du mari constituent un manquement au devoir d'assistance, même si elle ne se réfère plus aux dispositions de l'article 212 du Code civil.

C'est ainsi que la jurisprudence a considéré qu'il y avait un manquement grave de la femme à son devoir d'assistance dans les espèces suivantes :

- maison dans un désordre et une saleté invraisemblables, ayant eu pour effet de faire le vide autour du ménage, et d'empêcher le mari de recevoir chez lui ses parents, ses amis et ses relations, et grande négligence dans l'accomplissement des fonctions de secrétaire médicale, même sans intention de nuire au conjoint[468] ;

- fait pour une épouse de laisser le domicile conjugal dans un état de saleté tel qu'il interdisait à son époux et à ses enfants d'y recevoir leurs amis et d'y vivre confortablement[469] ;

- négligence de la femme dans la tenue de son intérieur à un degré d'importance et de persistance rendant intolérable le maintien du lien conjugal[470] ;

- fait pour l'épouse de ne pas s'occuper du ménage et de laisser la maison dans un état de saleté repoussante, peuplée d'animaux, chiens et chats, même si elle était dépressive[471] ;

---

465. Bordeaux, 17 février 1857 : D. P., 1857, II, pp. 98 et s. ; Toulouse, 10 février 1898 : D. P., 1899, II, pp. 257 et s.
466. Dans un cas d'adultère, pour l'épouse contaminée, voir : Aix-en-Provence, 25 octobre 1995 : Juris-Data n°048517.
467. Req., 7 février 1939 : D. H., 1939, jur., p. 211.
468. Civ. 2ème, 2 mai 1958 : D., 1958, jur., pp. 509 et s., note A. ROUAST, J. C. P., 1958, IV, p. 89.
469. Lyon, 30 avril 1996 : J. C. P., 1997, II, 22869, note T. GARÉ.
470. Civ. 2ème, 17 juillet 1963 : Bull. civ., II, n°532, p. 399.
471. Nîmes, 21 novembre 1989 : Juris-Data n° 001600.

- passion incontrôlée d'une femme pour l'élevage des oiseaux de proie qui, conjuguée à une paresse naturelle, avait contribué à dégrader et à salir inconsidérément le logement de service mis à la disposition des époux et contraint le mari à démissionner de son emploi[472] ;

- intérêt excessif qu'une femme manifestait pour les animaux du moment où il avait des conséquences néfastes sur l'enfant du couple qui ne pouvait plus vivre dans une maison d'une repoussante saleté[473].

Bien que l'intention de nuire ne soit pas indispensable, les juges relèvent parfois le caractère volontairement vexatoire de l'attitude de la femme négligente[474]. De plus, si les négligences apportées aux soins du ménage sont souvent imputées aux épouses, il arrive qu'elles soient aussi attribuées à l'époux. Ainsi, un arrêt a admis que le refus du mari de participer aux tâches de la vie conjugale, même lorsque sa femme exerçait une profession et que lui-même se trouvait au chômage, menant une vie indépendante, était fautif[475].

Cependant, toutes les négligences ménagères d'un conjoint ne constituent pas *ipso facto* un manquement grave au devoir d'assistance. Elles ne le sont pas lorsqu'elles sont motivées soit par le train de vie des époux[476] ou l'aisance de leur situation matérielle[477] permettant le recours à une aide extérieure, soit par un état de santé grave et précaire[478], soit par le propre comportement du mari, soit par leurs multiples activités[479], soit par le fait que l'épouse ne disposait pas de plus de loisirs que son conjoint[480].

Le domaine du devoir d'assistance entre époux est très large, mais il connaît des limites, car si le mariage modifie la personnalité des deux conjoints, il ne peut pas pour autant conduire à la négation de leur individualité morale, affective ou intellectuelle.

---

472. Colmar, 9 novembre 1984 : Juris-Data n° 042271. Dans le même sens, voir : Paris, 27 septembre 1988 : Juris-Data n° 025028 ; Douai, 4 mars 1988 : Juris-Data n° 051494.
473. Nîmes, 21 novembre 1989 : Juris-Data n° 001600.
474. Civ. 2ème, 2 mai 1963 : Bull. civ., II, n°337, p. 251 ; Civ. 2ème, 22 juillet 1963 : Bull. civ., II, n°558.
475. Rennes, 15 juin 1992 : Juris-Data n° 046045.
476. Civ. 2ème, 4 janvier 1964 : Bull. civ., II, n°15, p. 12.
477. T. G. I. de la Seine, 29 janvier 1964 : Gaz. Pal., 1964, I, p. 433 ; Fort-de-France, 4 décembre 1987 : Juris-Data n°048634.
478. Civ. 2ème, 20 décembre 1962 : Bull. civ., II, n°821, p. 602 ; Civ. 2ème, 29 mai 1963 : Bull. civ., II, n° 403, pp. 301 et s. ; Civ. 2ème, 4 janvier 1964 : préc.
479. Colmar, 5 mai 1982 : inédit, cité par F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « *Impressions de recherche sur les fautes cause de divorce* » : D., 1985, chron., p. 219, spc. note 45.
480. Montpellier, 7 janvier 1991 : Juris-Data n° 000008.

b – LES LIMITES DU DEVOIR D’ASSISTANCE

158. Le devoir d'assistance trouve ses limites dans le respect de la liberté de sentiments, le droit à l'intégrité physique, et le rejet de la notion anglo-américaine de cruauté mentale.

Le devoir d'assistance et la liberté des sentiments.

159. Pour un auteur, le devoir d'assistance doit s'exécuter *« sans porter atteinte au point de les nier aux droits fondamentaux »*[481] de l'un des époux, et notamment à la liberté de penser et d'aimer, ainsi qu'à la liberté intellectuelle et affective. Bien que comme le souligne un médecin américain, si *« la science fait des prodiges, ... c'est l'amour qui fait des miracles, qui donne aux hommes le désir et le courage de se battre pour que triomphe la vie »*[482], l'obligation de l'amour conjugal ne figure ni dans le Code civil, ni dans la jurisprudence[483]. En effet, le mariage n'impose juridiquement aucune communauté d'âmes, de pensées et de sentiments.

Cependant, si les sentiments sont libres, leur manifestation doit observer une certaine réserve et le mépris[484], l'acrimonie[485], voire une froideur raide et distante[486] sont des fautes, de même qu'une amitié trop débordante pour un tiers, même sans équivoque[487].

En outre, la jurisprudence admet que chaque époux bénéficie également de « *la liberté du for interne »* qui se manifeste par le droit au secret des correspondances[488], par le droit d'exercer des activités, professionnelles[489], syndicales[490] ou politiques[491], à condition qu'il ne conduise

---

481. C. LABRUSSE-RIOU, L'égalité des époux en droit français et en droit allemand, thèse Paris 1965, Bibliothèque de droit privé, tome 56, L. G. D. J., p. 154, n° 132.
482. B. S. SIEGEL, L'amour, la médecine et les miracles, Éditions J'ai lu, Collection Aventure secrète, 1996, page de couverture.
483. Civ. 2ème, 2 février 1972 : D., 1972, jur., pp. 295 et s.
484. Civ. 2ème, 6 mai 1964 : Bull. civ., II, n°347, p. 261 ; Montpellier, 5 mai 1986 : Juris-Data n°000861 ; Civ. 2ème, 4 juin 1997 : J. C. P., 1997, IV, 1574.
485. Civ. 2ème, 6 mai 1959 : Bull. civ., II, n°351, pp. 228 et s. ; Civ. 2ème, 3 juillet 1963 : Bull. civ., II, n°489, pp. 365 et s. ; Civ. 2ème, 23 juin 1965 : Bull. civ., II, n°546, pp. 382 et s.
486. Rennes, 6 avril 1933 : S., 1933, 2, p. 212 ;.Civ. 2ème, 21 juillet 1954 : Bull. civ., II, n°290, p. 198 ; Civ. 2ème, 12 juin 1963 : Bull. civ., II, n°438, pp. 325 et s.
487. Req., 19 juillet 1909 : D. P., 1909, I, pp. 503 et s.
488. Crim., 5 février 1958 : J. C. P., 1958, II, 10580, obs. J. LARGUIER ; Lyon, 11 février 1966 : D., 1966, somm., p. 75.
489. Colmar, 28 mai 1993 : Juris-Data n°046995, J. C. P., 1994, I, 3771, n° 6, obs. N. DESCHAMPS et T. DUPRÉ ; Orléans, 14 décembre 1993 : Juris-Data n°046409, J. C. P., 1994, I, 3771, n° 6, obs. N. DESCHAMPS et T. DUPRÉ.
En sens contraire, voir : Lyon, 1er mars 1994 : Juris-Data n°049669.
490. En sens contraire, voir : Douai, 12 octobre 1984 : D., 1985, jur., pp. 523 et s., note E. BLARY-CLÉMENT.

pas à un désintérêt pour la famille, par le droit à la poursuite de relations amicales[492] et familiales[493], par le droit de lire des romans, de s'adonner au plaisir de la danse et de fréquenter les cinémas[494], et par le droit à la liberté religieuse qui est l'expression de la liberté de conscience, c'est-à-dire de la liberté de croyance ou de non-croyance[495].

160. Ce dernier droit comprend pour chaque époux, outre la faculté de choisir une confession[496], celle de la pratiquer à son gré ou de ne pas la pratiquer, et d'en changer, car, au cours de la vie commune, l'un des conjoints peut être amené à côtoyer puis à épouser des idées nouvelles[497]. L'époux incroyant ou non converti est tenu de respecter les croyances de son conjoint, même s'il ne les partage pas[498].

161. Cependant, l'exercice du droit à la liberté religieuse doit pas conduire à méconnaître les devoirs et les obligations résultant du mariage[499]. En effet, si la pratique d'une religion ou l'adhésion à une secte ne conduisent pas nécessairement à la désorganisation de la vie d'un

---

491. Trib. civ. de la Seine, 18 juin 1945 : Gaz. Pal., 1945, II, p. 38 ; Lyon, 19 février 1976 : J. C. P., 1976, IV, 6589, note J. A.

492. Angers, 5 décembre 1990: Juris-Data n°052086. En sens contraire, voir : Montpellier, 7 janvier 1991 : Juris-Data n°034716 ; Orléans, 27 juillet 1993 : Juris-Data n°043056.

493. Req. 30 novembre 1898 : D. P., 1899, I, pp. 358 et s.

494. Liège, 25 février 1938 : S., 1938, IV, p. 24 ; Civ. 2ème, 29 mai 1957 : D., 1957, jur., p. 480 ; R. T. D. civ., 1957, p. 657 et s., obs. H. DESBOIS.

495. A. LACABARATS, « *Le juge et la laïcité : le droit au respect des croyances* » : Les petites affiches, n°119 du 3 octobre 1997, pp. 4 et s., spc. p. 4 ; J. HAUSER, *« La faute et la liberté de conscience des époux : les sectes »* : R. T. D. civ., 1996, pp. 367 et s., spc. p. 367.

496. Montpellier, 16 mai 1994 : Juris-Data n°034169 ; Montpellier, 7 novembre 1994 : J. C. P., 1995, I, 3855, n°2, obs. S. FERRÉ-ANDRÉ, J. C. P., 1996, II, 22680, note J. –M. BRUGUIÈRE ; Bourges, 20 mars 1996 : J. C. P., 1997, I, 4045, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.

497. Trib. civ. Mont-de-Marsan, 24 janvier 1891 : La loi, 1891, p. 212.

498. Poitiers, 15 novembre 1989 : cité par S. BESSON, Droit de la famille religions et sectes, Éditions EMCC, Lyon, 1997, p. 201, note n°429.

499. Nîmes, 10 juin 1967 : D., 1969, jur., pp. 366 et s., note J. CARBONNIER ; Rouen, 25 mai 1971 : D., 1971, somm., p. 172.
En sens contraire, voir : Douai, 28 novembre 1986 : Gaz. Pal., 1987, II, pp. 388 et s., note M. RENARD ; Paris, 12 janvier 1972 : D., 1972, jur., pp. 217 et s., note J. C., R. T. D. civ., 1972, pp. 762 et s., obs. R. NERSON ; T. G. I. Pontoise, 17 février 1972 : Gaz. Pal., 1972, I, pp. 345 et s., R. T. D. civ., 1972, pp. 762 et s., obs. R. NERSON ; Paris, 5 janvier 1973 : Gaz. Pal., 1973, II, pp. 465 et s., note P. BARBIER ; Amiens, aud. sol., 3 mars 1975 : D., 1975, jur., pp. 706 et s., note Y. GÉRALDY ; Aix-en-Provence, 5 décembre 1986 : cité par S. BESSON, Droit de la famille religions et sectes, préc., p. 199, note 423 ; Grenoble, 4 juin 1991 : J. C. P., 1991, II, 21744, note J. HAUSER, R. T. D. civ. 1991, p. 711, obs. J. HAUSER ; Civ. 2ème, 8 novembre 1995 : Bull. civ., II, n°271, pp. 160 et s.; Defrénois, 1997, art. 36516, n° 2, p. 300, obs. J. MASSIP ; J. C. P., 1997, I, 4045, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE ; Nancy, 23 février 1996 : J. C. P., 1997, IV, 1178 ; J. C. P., 1997, I, 4045, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE ; Civ. 2ème, 9 octobre 1996 : Bull. civ., II, n°224 ; J. C. P., 1996, IV, 2314 ; R. T. D. civ., 1997, p. 104, n°9, obs. J. HAUSER ; J. C. P., 1997, I, 4045, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE ; Aix-en-Provence, 21 janvier 1997 : J. C. P., 1997, I, 4045, n°3, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.

foyer, tout dépendra des caractères. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 1996[500] a prononcé la séparation de corps au profit du mari qui se plaignait de son épouse, « *de son entêtement puéril de magie, d'occultisme et d'autres pratiques irrationnelles* », de « *sa malveillance universelle* » et de « *sa cruauté jamais inassouvie* ». De même, il existe des hommes menaçants[501]. Tantôt, un chauffeur routier entend « *faire payer à sa femme son comportement... par la magie noire* »[502], tantôt une épouse s'inquiète « *des préparations de repas avec des mets spéciaux* » faites par son mari Témoin de Jéhovah[503]. Cependant, d'une manière générale, les troubles apportés à la quiétude du ménage sont reconnus, sans difficultés, dans deux séries d'hypothèses.

Premièrement, lorsqu'une secte[504] ou une prétendue religion impose à ses adeptes certaines pratiques considérées comme immorales ou illégales (prostitution, proxénétisme, sexualité collective, adultère, usage de stupéfiants, incitation à la haine raciale ou à la violence, exploitation de la force de travail, non-assistance à personne en danger, exercice illégal de la médecine, fraude fiscale ou douanière...).

Deuxièmement, lorsque l'adhésion à une secte entraîne pour l'époux adepte, soit un désintéressement total pour son conjoint (renonciation à la cohabitation, refus de prodiguer des soins médicaux, donation de tous ses biens à des tiers)[505], soit le refus renouvelé de participer aux fêtes de famille, telles que les anniversaires des enfants, les fêtes religieuses, et en particulier celle de Noël, en raison du caractère aussi familial que religieux de cette fête.

D'ailleurs, les sectes posent plus de difficultés que les religions, car, selon un auteur, elles ont « *un relent anglo-saxon et spécialement américain, qui bouscule extérieurement nos conceptions traditionnelles et déroute nos manières de voir et de penser* »[506]. Mais, cette prétendue excentricité, caractéristique des sectes, ne doit pas, non plus, pouvoir être invoquée

---

500. Civ. 2ème, 9 octobre 1996, époux R. S., arrêt n° 160, JuridisqueLamy.
501. J. –P. BRANLARD, *« Magie, aliments et droit. Croyances comestibles et populaires »* : Gaz. Pal., 1999, II, doct., pp. 1408 et s., spc. p. 1413.
502. Civ. 2ème, 31 mai 1995, époux M., arrêt n° 942, Juridisque Lamy.
503. T. G. I. Pontoise, 17 février 1972, époux Vernier : Gaz. Pal., 1972, I, jur., pp. 345 et s.
504. A. GARAY, « *Réflexions sur les lobbies associatifs : le cas des associations dites anti-sectes* » : Gaz. Pal., 1996, I, doct., pp. 443 et s., spc. p. 443.
505. Paris, 10 mai 1977 : Juris-Data n°000178 ; J. –M. FLORAND, « *La protection des intérêts civils de l'adepte d'une secte et de sa famille* » : J. C. P., 1986, I, 3240, n°15.
506. P. BARBIER, « *L'adhésion, par l'un des époux, à une secte, telle que celle des témoins de Jéhovah, constitue-t-elle une cause de divorce ?* » Gaz. Pal., 1969, 2, doct., pp. 136 et s., spc. p. 137.

à l'encontre de celles-ci, pour les marquer systématiquement d'une note d'infamie, d'autant que le mécanisme d'adhésion des adultes vulnérables à des sectes peut s'expliquer par l'existence fréquente de conflits sérieux de ceux-ci avec leur famille[507].

Ainsi, en application du principe de la séparation des Églises et de l'État édicté par la célèbre loi du 9 décembre 1905 et de la règle de la laïcité de la République déduite des dispositions de l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, les tribunaux[508] admettent qu'une conduite religieusement ou sectairement irréprochable puisse constituer une faute conjugale, parce que les adeptes sont parfois des néophytes agressifs avec leur entourage.

162. De surcroît, certaines sectes représentant un péril pour les personnes les plus vulnérables qu'elles conduisent sur les chemins de la dépendance, de la violence physique et/ou morale, et de la mort, la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001, tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, a voulu renforcer la protection de ces personnes en édictant cinq dispositions importantes. La première définit la secte comme « *toute personne morale quelle qu'en soit la forme juridique ou l'objet, qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités* »[509]. La deuxième prévoit une procédure de dissolution judiciaire de cette personne morale, lorsque elle-même ou ses dirigeants de droit ou de fait ont été condamnés pour un certain nombre d'infractions énumérées par la loi : 1) atteintes volontaires ou involontaires, à la vie ou à l'intégrité physique ou psychique de la personne, mise en danger de la personne, atteintes aux libertés de la personne, atteinte à la dignité de la personne, atteinte à la personnalité, mise en péril des mineurs, atteintes aux biens ; 2) exercice illégal de la médecine ou de la pharmacie ; 3) publicité mensongère, fraudes ou falsifications. Alors qu'auparavant le pouvoir de dissolution d'une secte était réservé au Président de la République, la loi donne compétence au tribunal de grande instance et définit la procédure. La dissolution peut être étendue à plusieurs personnes morales unies par une communauté d'intérêts. Afin de rendre effective la décision de dissolution destinée à mettre fin à l'activité d'une secte, la loi prévoit des peines particulières pour les personnes physiques qui

---

507. En ce sens, voir : G. ATHIAS, Racines familiales de la *« mal a dit »*, Éditions Psychobiologie, non daté, p. 67.
508. Montpellier, 29 juin 1992 : Juris-Data n° 034435.

participeraient au maintien ou à la reconstitution d'une personne morale dissoute. La troisième étend la responsabilité pénale des personnes morales à une série d'infractions ayant leur siège soit dans le Code de la santé publique, soit dans le Code de la consommation, soit dans le Code pénal : atteintes volontaires à la vie, tortures et actes de barbarie, empoisonnement, violences, menaces, agressions sexuelles, entrave aux mesures d'assistance et omission de porter secours, provocation au suicide, appels téléphoniques malveillants, agressions sonores, atteintes au respect dû aux morts, abandon de famille, mise en péril des mineurs. La quatrième vise à limiter l'installation ou la publicité des groupements sectaires, et elle réprime notamment la publicité dirigée vers la jeunesse, faisant la promotion d'une secte ou invitant à la rejoindre. La cinquième concerne la création d'un délit d'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse. Initialement, la proposition de loi de M. About prévoyait l'instauration d'un délit de manipulation mentale puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende, peine qui était portée à 5 ans d'emprisonnement et à 50 000 F d'amende lorsque la victime était une personne particulièrement vulnérable. Ce délit de manipulation mentale visait les actes accomplis dans l'intention de créer une emprise psychologique sur une personne[510], mais il était contesté par les représentants des différentes religions en France parce que la notion de manipulation mentale leur apparaissait floue, contraire à la règle de l'interprétation restrictive des textes de nature pénale, et susceptible d'entraîner des amalgames dangereux et qu'il ne fallait pas sombrer dans une chasse aux sorcières. De plus, les spécialistes des sciences psychiatrique et psychologique sont divisés sur les pratiques des sectes : les premiers parlent plutôt de manipulation, tandis que les seconds évoquent plutôt la soumission volontaire. Face à ces divergences, le législateur n'a pas créé le délit de manipulation mentale et il a aménagé l'article 313-4 du Nouveau Code pénal, en punissant de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse, soit d'un mineur, soit d'une personne particulièrement vulnérable en raison de son âge, de sa maladie, d'une déficience physique ou psychique, d'un état de grossesse ou d'une sujétion psychologique ou physique résultant de pressions graves et réitérées ou de

---

509. S. VALORY, *« Éditorial »* : R. J. P. F., n° 6, juin 2000, p. 1.
510. F. TERRÉ, « *La lutte contre les sectes* » : D., 2000, n° 28, interview, pp. VI et s., spc. p. VI.

techniques propres à altérer le jugement[511]. Les peines sont aggravées lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de droit ou de fait d'un groupement sectaire.

Quoiqu'il en soit de l'application de cette législation, l'examen des espèces soumises aux tribunaux montre qu'au grief tiré de pratiques religieuses perturbant la vie familiale et imputé à l'un des conjoints, répond souvent à la charge de l'autre époux un reproche grave (abandon du foyer avec violence, abandon brutal du domicile conjugal par un homme laissant sa femme avec quatre enfants pour se mettre en ménage avec sa maîtresse avec laquelle il s'affichait en public, insultes, propos désobligeants et refus de tout rapport sexuel, comportement tyrannique allant jusqu'à l'usure morale et entraînant des troubles physiques, adultère du conjoint, alcoolisme)[512], ce qui pourrait conduire à penser que les églises et surtout les sectes sont souvent perçues comme un refuge spirituel à la misère morale de l'être, qui se sent abandonné par l'autre dans sa solitude ou qui souffre d'un désir excessif de règles ou de rigidité mentale.

---

511. A. DORSNER-DOLIVET, « *La loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative aux sectes* » : J. C. P., 2001, aperçu rapide, pp. 2181 et s., spc. p. 2182 ; A. DORSNER-DOLIVET, « *Loi sur les sectes* » : D., 2002, chron., doct., pp. 1086 et s., spc. p. 1094.

512.- Adhésion à la secte des témoins de Jéhovah : Paris, 28 mai 1975 : Juris-Data n°240196 ; Orléans, 3 avril 1985 : Juris-Data n°44689 ; T. G. I. Roanne, 26 novembre 1986 : cité par S. BESSON, Droit de la famille religions et sectes : préc., p. 196, note n°413 ; Aix-en-Provence, 5 décembre 1986 : Juris-Data n°045502 ; Aix-en-Provence, 8 septembre 1988 : Juris-Data n° 049118 ; Rennes, 7 février 1990 : Juris-Data n° 043635 ; T. G. I. Bobigny, 13 octobre 1992 et Colmar, 19 janvier 1993 : cités par S. BESSON, Droit de la famille religions et sectes : préc., p. 197 note n°416 et p. 196, note n°414 ; Paris, 27 janvier 1993 : Juris-Data n°020194 ; Rennes, 18 mai 1993 : Juris-Data n°043014 ; Metz, 19 octobre 1993 : Juris-Data n°049476.

- Adhésion à une secte hindoue : Aix-en-Provence, 4 janvier 1989 : Juris-Data n°021384.
- Adhésion à la philosophie zen et passion pour le régime macrobiotique : Paris, 13 avril 1988 : Juris-Data n°027308.
- Adhésion à la secte du renouveau évangélique : Montpellier, 5 mai 1986 : Juris-Data n°000863.
- Appartenance à l'église évangélique de Pentecôte : Paris, 24ème ch., 13 avril 1988 : Juris-Data n°021777.
- Intransigeance dans la pratique mystique de la religion catholique : Paris, 1ère ch. C., 2 décembre 1993 : Juris-Data n°023373.
- Islam : Versailles, 25 mars 1993: Juris-Data n°041197.

Le devoir d'assistance et le droit à l'intégrité physique

163. Dans ce domaine, la liberté des époux a été longtemps amenuisée par une conception idéaliste du mariage prônant une assistance entre époux sans limites, mais cette théorie est aujourd'hui obsolète et remplacée par une vue plus réaliste de l'union conjugale.

L'abandon de la conception idéaliste du mariage

164. Pour Bonaparte, la maladie ou son éventualité constituait l'une des raisons d'être du mariage et le fondement du devoir d'assistance entre époux. Dans cette conception, les maladies contagieuses ou pénibles à supporter ne sont pas une cause de dissolution de l'union, car le droit naturel s'y oppose, et la morale religieuse commande le dévouement. Cette théorie conduit à déduire du devoir d'assistance prévu à l'article 212 du Code civil l'obligation de subir et de tolérer toute situation si pénible qu'elle soit, dérivant de l'état de santé de son conjoint. À cet égard, un auteur estimait que *« le devoir d'un époux en cas de maladie de son conjoint est de le soigner plutôt que de l'abandonner »*[513]. Par un arrêt du 28 décembre 1932, la Cour de Douai avait appliqué cette conception en condamnant l'attitude d'une femme, qui se refusait obstinément à reprendre la vie commune avec son mari, au motif que ce dernier était atteint de tuberculose, alors qu'elle se trouvait dans l'obligation de le soigner, en prenant toutes précautions utiles, et qu'on ne saurait admettre qu'un époux abandonne son conjoint sous prétexte que celui-ci malade pourrait mettre sa vie en danger[514].

Cette conception idéaliste du mariage repose sur le respect de la promesse synallagmatique d'assistance souscrite le jour de la célébration du mariage, mais elle fait abstraction de la réalité de la maladie d'un conjoint, qui non seulement va nécessiter des soins, mais aussi bouleverser la vie quotidienne du couple, et parfois même le briser irrémédiablement. C'est pourquoi le droit positif a adopté une conception plus réaliste du mariage.

---

513. L. JOSSERAND, Cours de droit civil, 3ème édition 1938, tome 1, n° 924.

L'adoption d'une conception plus réaliste du mariage

165. Exiger d'un époux qu'il soigne son conjoint au mépris de sa propre santé, que la maladie soit contagieuse ou si pénible qu'elle devienne susceptible de compromettre l'équilibre nerveux et psychique de celui qui en est le témoin impuissant se heurte au droit à l'intégrité physique. En effet, chacun a le droit et le devoir de protéger ce qu'un auteur avait appelé « *un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine* »[515], qui est aussi un chemin pour préserver sa dignité. De plus, la bonne santé d'un époux influence celle de son conjoint, et elle est essentielle au bien commun de sa famille. Toutes ces raisons expliquent que lorsque la santé du conjoint du malade risque d'être compromise, le droit admet que cet époux puisse se borner à prendre les mesures utiles à la guérison de son partenaire et qu'une cessation de la communauté de vie entre les époux durant les deux années précédant l'assignation en divorce est constitutive de l'altération définitive du lien conjugal désormais cause unilatérale de divorce[516]. De plus, l'abandon d'un époux, dont l'état de santé est déficient, n'est pas toujours constitutif d'une faute, pouvant être considérée comme une cause de divorce ou de séparation de corps[517].

Le rejet de la notion de cruauté mentale

166. Dans ce domaine, la jurisprudence est très subtile, car si le simple fait de n'avoir pas consenti au conjoint tous les sacrifices qu'il attendait et de n'avoir pas témoigné suffisamment

---

514. Douai, 28 décembre 1932 : Gaz. Pal., 1933, I, pp. 537 et s. ; Trib. civ. Versailles, 29 avril 1909 : Gaz. Pal. 1909, I, pp. 732 et s.

515. R. SAVATIER, « *Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine* » : D., 1958, chron., pp. 95 et s. ; J. –M. AUBY, « *Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français (médecine libérale)* » : Les petites affiches, n° 61, du 21 mai 1997, pp. 4 et s., spc. p. 8.

516. Article 238 du Code civil.

517. Civ. 2ème, 6 mars 1996 : Juris-Data n° 000752, J. C. P., 1996, IV, 988, J. C. P., 1996, I, 3946, n° 2, obs. E. MATTÉI.

de compassion pour la déception qu'il en éprouvait[518] ne constitue pas un manquement au devoir d'assistance. Un jugement rendu par le Tribunal de grande instance de la Seine le 15 juin 1963[519] a qualifié de manquement à ladite obligation « *les manifestations d'une cruauté mentale évidente* » que le mari reprochait à sa femme. En l'espèce, un homme de soixante ans, qui par caractère éprouvait un véritable effroi devant les menus problèmes de la vie quotidienne, avait épousé une femme plus jeune que lui de quinze ans, mais celle-ci, cachottière sur la recherche d'un appartement, conservant son mode de vie indépendant, ne mettant pas à la première place ses occupations ménagères, et continuant à exercer sa profession alors que son mari arrivait à la retraite, ne lui prodigua pas le climat de douceur et de repos ainsi que toute l'affection qu'il espérait. Ainsi, le tribunal a estimé que l'indifférence de la femme devant l'évolution psychologique du mari était fautive et que son manque d'affection prenait l'aspect d'une cruauté mentale évidente. Il prononça le divorce aux torts de la femme au motif qu'il était de son devoir de se conformer au sens d'une union tardive, puisqu'elle avait accepté de la contracter. Toutefois, ce jugement isolé a été infirmé par un arrêt rendu le 22 juin 1964 par la Cour de Paris[520], au motif qu'on ne saurait se contenter pour prononcer un divorce de le motiver par des « *manifestations de cruauté mentale* », expression aussi imprécise que peu juridique.

Le devoir d'assistance est formellement contraignant, mais ses sanctions, hormis le divorce et la séparation de corps, sont limitées et indirectes.

B - LES SANCTIONS DU DEVOIR D'ASSISTANCE

167. En tant qu'obligation personnelle, le devoir d'assistance ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée directe ou indirecte, car si celui-ci n'est plus assuré, c'est que l'amour dans le

---

518. Y BUFFELAN-LANORE, *« Divorce. Divorce pour faute. Faits imputables à un époux : principales applications »* : Jur. -Cl. civ., art. 242 à 246, fasc. 20, p. 12, n°33.
519. T. G. I. de la Seine, 15 juin 1963 : Gaz. Pal., 1963, 2, pp. 429 et s.
520. Paris, 22 juin 1964 : Gaz. Pal., 1964, 2, pp. 197 et s., R. T. D. civ., 1965, p. 325, obs. H. DESBOIS.

couple est atteint. De même, l'époux débiteur du devoir d'assistance ne bénéficie pas du droit à un salaire pour l'aide et les soins qu'il fournit à son conjoint[521].

Néanmoins, la victime du défaut d'assistance dispose de plusieurs moyens indirects pour influencer le comportement de son conjoint.

168. Tout d'abord, l'interdépendance des obligations réciproques d'ordre personnel issues du mariage permet, selon un auteur, au conjoint créancier du devoir d'assistance, de suspendre l'exécution des siennes : « debitum conjugale » par exemple. Le jeu de cette règle sera parfois efficace, car il laisse aux époux une certaine juridiction domestique, justifiée par le caractère intime de leurs relations.

169. Ensuite, une sanction relevant du droit des libéralités peut être infligée par l'époux malade, il s'agit de la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités consenties entre conjoints[522].

Les règles de la responsabilité civile permettront également d'indemniser tantôt l'époux créancier du devoir d'assistance, tantôt le conjoint débiteur du devoir d'assistance. L'époux, créancier du devoir d'assistance, peut théoriquement invoquer en justice l'article 1382 du Code civil pour obtenir réparation en argent du préjudice résultant de la violation par son conjoint de cette obligation, sans être contraint de recourir au divorce ou à la séparation de corps[523]. Cependant, il agit rarement sur ce fondement contre son partenaire, pour les trois raisons suivantes. Premièrement, les dommages et intérêts escomptés lui paraîtront dérisoires et inadaptés au problème posé. Deuxièmement, vouloir faire peser sur son conjoint la menace d'une sanction pécuniaire, équivalant indirectement à une astreinte, ne pourrait qu'aboutir à une détérioration plus profonde du lien conjugal. Troisièmement, la faute légère ne doit pas pouvoir être invoquée entre époux, car le mariage est l'alliance de deux êtres humains. Le devoir d'assistance exige aussi une patience et une compréhension de l'autre conjoint qui imposent aux époux de supporter les multiples et minimes incidents de la vie commune.

---

521. P. MURAT et M. FARGE, *« Devoir d'assistance »* : *in* Droit de la famille, préc., pp. 87 et s., n°260. Soc., 25 novembre 1943 : J. C. P., 1944, IV, p. 6 ; Civ. 2ème, 19 mars 1954 : D., 1954, jur., p. 329 ; Civ. 1ère, 8 juin 1963 : D., 1964, jur., pp. 713 et s., note F. LAMAND.

522. Article 955 du Code civil. ; Civ., 16 février 1874 : D., 1874, I, pp. 197 et s.

523. R. NERSON, « *De l'application de l'article 1382 du Code civil dans les rapports entre époux.. »* : R. T. D. civ., 1966, pp. 514 et s., spc. p. 516.

Par contre, le conjoint, débiteur du devoir d'assistance, est plus souvent dédommagé de son préjudice, car il hésite moins à agir contre un tiers responsable qu'envers son époux, en cas d'accident de la circulation, d'invalidité, ou en cas de transmission involontaire du sida.

170. En matière d'accidents de la circulation, lorsqu'un époux est gravement blessé, et parfois réduit à un état végétatif[524], son conjoint, victime par ricochet, peut prétendre à l'octroi d'une indemnité, pour l'aggravation du devoir d'assistance qu'il subit[525] et/ou pour la souffrance qu'il éprouve personnellement[526], sans qu'il soit nécessaire qu'il justifie d'un préjudice de caractère exceptionnel. Il faut et il suffit que le dommage allégué soit personnel, direct et certain[527]. De plus, l'indemnisation perçue ne saurait être réduite en cas d'assistance familiale[528].

Dans l'hypothèse d'une invalidité, lorsqu'une épouse a dû mettre un terme à ses études pour s'occuper de son mari devenu invalide, l'assistance dépasse largement le devoir de secours et d'entraide entre conjoints et elle a droit à réparation du préjudice moral[529].

171. En cas de sida, le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le virus VIH est tenu d'indemniser le préjudice économique subi par le conjoint survivant qui varie selon le niveau social et l'âge du défunt[530], et les centres de transfusion sanguine sont tenus d'indemniser le préjudice moral subi par le conjoint de la victime contaminée par le virus VIH lors d'une transfusion sanguine infectée[531]. Ainsi que le souligne justement un auteur, « en prévoyant l'indemnisation des séropositifs et de leur famille, le Droit répond à une attente. Même si le principe d'une réparation monétaire apparaît dérisoire, il n'est pour le moment aucune autre voie envisageable » Dans l'ensemble, ces jurisprudences méritent d'être

---

524. Civ. 2ème 22 février 1995 : D., 1996, jur., pp. 69 et s., note Y. CHARTIER ; J. C. P., 1996, II, 22570, note Y. DAGORNE-LABBÉ.
525. Civ. 2ème, 10 juin 1964 : Bull. civ., II, n°460, pp. 345 et s. ; Gaz. Pal., 1964, II, p. 259 ; Civ. 2ème, 1er mars 1978 : Bull. civ., II, n°51, p. 43 ; Civ. 2ème, 13 décembre 1978 : Bull. civ., II, n°271, pp. 208 et s.
526. Civ. 2ème, 28 octobre 1968 : Bull. civ., II, n° 256, p. 180.
527. Civ. 2ème, 8 décembre 1971 : R. T. D. civ., 1972, pp. 595 et s., obs. G. DURRY ; Civ. 2ème, 12 novembre 1986 : Bull. civ., II, n°164, pp. 111 et s.
528. Civ. 2ème, 14 octobre 1992 : Bull. civ., II, n°239, p. 119 ; Civ. 2ème, 3 février 1993 : Bull. civ., II, n° 47, pp. 25 et s. ; Civ. 2ème, 16 novembre 1994 : Bull. civ., II, n° 232, pp. 133 et s.
En sens contraire, voir : Civ. 2ème 5 janvier 1973 : Bull. civ., II, n° 6, pp. 4 et s., D., 1973, somm. p. 64, R. T. D. civ., 1973, pp. 774 et s., obs. G. DURRY.
529. Grenoble, 6 février 1996 : Juris-Data n° 040849.
530. Civ. 2ème, 2 février 1994 : Bull. civ., II, n°47, pp. 27 et s. ; Paris, 15 novembre 1995 : Gaz. Pal., 1996, 2, somm., p. 374 ; Paris, 23 novembre 1995 : Gaz. Pal., 1996, 2, somm., p. 373 ; Paris, 13 décembre 1995 : Gaz. Pal., 1996, 2, somm., p. 372.

approuvées, car l'article 212 du Code civil ne dispense pas les tiers d'indemniser le conjoint, qui doit soigner l'autre. De plus, le rejet de toute action en responsabilité pendant le mariage serait une véritable incitation au divorce et à la séparation de corps.

Enfin, la sanction générale de la violation du devoir d'assistance résidera dans une demande de divorce ou de séparation de corps, accompagnée d'une requête en dommages et intérêts en vue de réparer le préjudice matériel ou moral subi. Cependant, et comme le souligne avec pertinence un auteur, « le devoir d'assistance est pratiquement emporté par la séparation ; en tant qu'il implique aide et collaboration journalières, il s'éteint par nécessité »[532].

Après avoir aperçu comment le droit civil participait à la protection individuelle de la santé, il est indispensable de voir comment le droit de la santé assure collectivement le droit à la santé. En effet, un auteur souligne à bon escient que « pour le médecin, la vulnérabilité est un aspect central de la maladie »[533].

§ 2 - LA PROTECTION DE LA SANTÉ DES ADULTES PSYCHOLOGIQUEMENT VULNÉRABLES PAR LE DROIT DE LA SANTÉ

172. Les rapports entre la vulnérabilité et la maladie sont très étroits pour deux raisons essentielles.

Premièrement, la vulnérabilité, qui est une faiblesse trouvant son expression dans les relations avec autrui, est incluse dans la maladie définie comme une « altération organique ou fonctionnelle considérée dans son évolution, et comme une entité définissable »[534]. De plus, pour un auteur[535], l'adjectif vulnérable, également lié au grec « oulé » (cicatrice) « s'applique particulièrement bien aux personnes sans armure, en situation de dépendance, qui appellent la

---

531. T. G. I. Toulouse, 16 juillet 1992 : J. C. P., 1992, II, 21965, note X. LABBÉE ; Paris, 22 janvier 1993 : D., 1993, I. R., pp. 117 et s. ; Paris, 15 décembre 1994 : Juris-Data n° 024209.
532. H. ROLAND, note ss. Toulouse, 30 janvier 1961 : D., 1961, jur., pp. 324 et s.
533. T. FOSSIER, *« Démocratie sanitaire et personnes vulnérables »* : J. C. P., 2003, I, 135, n°1.
534. V° Maladie, Dictionnaire de la langue française, Nouveau Petit Robert, 1994, p. 1333.
535. C. GARDOU, Fragments sur le handicap et la vulnérabilité. Pour une révolution de la pensée et de l'action, préc. p. 115, note 6.

restauration d'une solidarité organique qui leur est vitale ». En d'autres termes, l'apparition de la maladie est souvent considérée comme l'aboutissement d'une préalable vulnérabilité aux origines variées (biologique, génétique, émotionnelle, etc.).

Deuxièmement, lorsque les adultes sont particulièrement vulnérables dans les domaines économique, social et familial, leur santé en subit souvent le contrecoup. Dès lors, la maladie les conforte dans leur sentiment d'extrême vulnérabilité. Ainsi, en plus de l'aggravation de leur état de santé, les schizophrènes s'exposent, entre autres, à de graves problèmes financiers et risquent de perdre leur logement, lorsqu'ils persistent à consommer des drogues[536]. De même, la pauvreté et la mauvaise santé forment un cercle vicieux : le pauvre vit dans un environnement propice aux maladies, et il n'a accès que de façon limitée aux services de santé.

Dans ces conditions, les devoirs essentiels de l'État sont d'organiser des systèmes de sécurité sociale facilitant l'accès aux soins et à des conditions de vie saines et décentes, et de préserver la santé de ses citoyens, sous peine de voir les victimes agir en responsabilité à son encontre.

À ce propos, plusieurs arrêts du Conseil d'État du 3 mars 2004[537], intervenus dans le cadre d'actions exercées contre l'État par les veuves et les enfants de salariés décédés de cancers des bronches ou de la plèvre contractés à la suite de l'inhalation prolongée de fibres d'amiante sur leur lieu de travail, décident que si l'employeur est tenu de protéger la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux pouvoirs publics de se tenir informés des dangers que peuvent courir les salariés dans le cadre de leur activité professionnelle et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers De plus, dans ces affaires, le Conseil d'État juge que la carence de l'État à prendre ces mesures a constitué une faute et que cette faute engage sa responsabilité.

Cependant, les atteintes que l'État peut porter à la personne humaine, étant nombreuses et puissantes, la philosophie du droit de la santé, résumée dans l'article 2 de la Convention pour la protection de la dignité humaine à l'égard de la biomédecine considère que « l'intérêt et le

536. En ce sens, voir : X., *« Abus de substances et psychoses (schizophrénie) »* : http://www.eolia.org/articles.php3?id_article=39
537. C. E., ass., 3 mars 2004 : J. C. P., 2004, act., 148, pp. 437 et s.

bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science ». Cette position, qui entend lutter contre les excès du courant scientiste, rappelle que le sujet à traiter doit demeurer au centre du débat.

Ainsi, dans le domaine du droit médical complexe et peu cohérent, l'intérêt général peut être vu de deux manières différentes, qui souvent coïncident.

Soit, il est analysé comme l'intérêt de la personne contre son gré, car sa vie est liée à celle des autres membres de la société.

Soit, il s'agit d'un intérêt public impérieux protecteur d'une majorité, qui justifie, par exemple le monopole des médecins pour l'établissement d'un diagnostic et le traitement des maladies ou affections chirurgicales, ou congénitales. Cependant, ce monopole voit sa portée limitée par la jurisprudence, qui tend à reconnaître les médecines non-conventionnelles[538], et à satisfaire le souhait des individus d'être libres dans la gestion de tous les actes ayant trait à leur santé.

Dans ces deux cas, les atteintes à l'intégrité physique de la personne, ne sont licites que si elles sont autorisées par la loi et proportionnées à leur but curatif, car en protégeant le corps de la personne, c'est l'être humain tout entier que le législateur souhaite protéger. Pour concilier ces intérêts, le droit médical protège le consentement du patient aux actes médicaux (A) et accorde à la personne malade des droits qui n'étaient pas jusqu'alors aussi clairement énoncés (B).

A - LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU PATIENT AUX ACTES MEDICAUX

173. Le devoir d'humanisme est considéré comme l'une des obligations principales du contrat médical, mais il est également inhérent à la fonction médicale. L'une des composantes de ce

---

Pour les décisions de première et deuxième instances, voir : T. A. Marseille, 30 mai 2000 : *in* G. VINEY, « *Responsabilité civile* » : J. C. P., 2000, I, 280, n°s. 32 et s. ; C. A. A. Marseille, 1ère ch., 18 octobre 2001 : Gaz. Pal. des 5/7 mai 2002, jur., pp. 32 et s., note B. PAUVERT ; Gaz. Pal., 2001, jur. somm. et notes, p. 2109.

devoir se traduit par le consentement qui exprime le droit de la personne de disposer de son propre corps. Le droit de la santé a pour vocation de protéger le consentement du patient aux actes médicaux en en rappelant la nécessité qui apparaît comme le pilier d'une médecine respectueuse de la volonté de la personne malade (a). Cependant, des préoccupations d'intérêt public le conduisent à édicter de nombreuses exceptions à ce principe (b).

a - LE PRINCIPE DE LA NÉCESSITÉ DU CONSENTEMENT DU PATIENT

174. Avant de présenter ce principe, il convient de rappeler que le droit français interdit d'altérer l'intangibilité des éléments nécessaires à la conservation de la personne afin d'assurer le respect de son intégrité qui se manifeste à un double point de vue.

Premièrement, figure sa fonction reproductrice, parce qu'en y portant atteinte de manière définitive et irréversible, des existences virtuelles sont sacrifiées à un mieux-être matériel de la collectivité[539]. Ainsi, l'avortement et la stérilisation[540] imposés à des fins eugéniques sont prohibés. Dans cet esprit, l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique dispose que « *La ligature des trompes ou de canaux déférents à visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en oeuvre efficacement. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée. Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit*

---

538. Sur la tendance à la reconnaissance des médecines non conventionnelles, voir : I. ROBARD, Médecines non conventionnelles et droit, Éditions Litec, collection Juris-Classeur actualité, 2002, pp. 53 et s.

539. En ce sens, voir : F. FRESNEL, « *La stérilisation des handicapés mentaux* » : Médecine et droit, n° 31, juillet-août 1998, pp. 12 et s., spc. p. 112.

540. Crim., 1er juillet 1937, affaire des stérilisés de Bordeaux : préc. ; Aix-en-Provence, 7ème ch., 23 avril 1990 : Gaz. Pal., 1990, II, pp. 575 et s., note J. –P. DOUCET; J. C. P., 1991, II, 21720, note G. MÉMETEAU ; Crim., 30 mai 1991 : D., 1991, I. R., pp. 197 et s.
D. THOUVENIN, *« De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle »* : D., 1991, chron., pp. 222 et s.

être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ». Issues de la loi du 4 juillet 2001, ces dispositions, qui entendent protéger les personnes vivant dans une grande détresse matérielle ou psychologique, contre les pressions qui pourraient être exercées sur elles dans le but d'emporter leur consentement à la stérilisation[541], constituent un progrès, puisque la décision de procéder à une stérilisation repose sur le juge des tutelles, alors qu'auparavant sa pratique était parfois tolérée sans contrôle.

Deuxièmement, le droit interdit les atteintes graves à la liberté spirituelle de l'homme qu'il s'agisse d'une effraction de son psychisme ou de sa conscience. En effet, si celui-ci admettait dans ce domaine une quelconque pénétration, il s'attaquerait à ce qui est le plus proche de l'essence même de la personne. De plus, le droit français et le droit international refusent la torture qui est une violation de la personne atteinte dans son corps et dans son esprit.

En dehors de ces interdictions, le consentement du patient aux actes médicaux est indispensable[542], car entre le bienfait espéré et le mal causé, le respect de sa volonté doit primer. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme considère que tout traitement imposé à un individu alors qu'il a fait connaître préalablement son refus ou qu'il s'est abstenu

---

Cour de cassation, avis du 6 juillet 1998 : Dr fam., novembre 1998, comm., n° 162, pp. 29 et s., note T. FOSSIER; Defrénois, 1999, I, art. 36947, pp. 314 et s., note J. MASSIP.

541. F. FRESNEL, « *La stérilisation volontaire contraceptive* » : D., 2001, interview, pp. 2045 et 2046, spc. p. 2046.

542. Article 5 de la Convention pour la promotion des droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine, dite Convention européenne de bioéthique ; article 16-3 du Code civil ; sur cet article, voir : D. THOUVENIN, « *Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil* » : D., 2000, chron., pp. 485 et s., spc. pp. 485 et 490 ; Articles 36, alinéa 2, et 38 du Code de déontologie médicale ; Charte du malade hospitalisé (Circ. du 6 mai 1995) ; Articles L. 1124-5, alinéa 1er, et L. 1221-3, alinéa 1er, du Nouveau Code de la santé publique ; S. PORCHY, Volonté du malade et responsabilité du médecin, thèse Lyon 3, 1994, p. 79.

de formuler son avis équivaut à un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme[543].

Mais qu'est-ce que consentir dans le domaine médical ? C'est, pour le patient, accepter que l'on touche à son corps et par conséquent en assurer son respect. Ce consentement revêt un caractère singulier qui renvoie aux concepts d'inviolabilité, d'indisponibilité et de non patrimonialité du corps humain, conditions essentielles au respect de la dignité de la personne.

Le principe du consentement du patient aux actes médicaux, fondé sur plusieurs textes, ainsi que sur les jurisprudences française[544] et européenne[545], s'insère dans le cadre des principes fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine[546], et s'inscrit dans une époque où le patient est généralement moins vulnérable qu'auparavant, car il est globalement plus informé et ainsi plus apte à combattre aux côtés du médecin la maladie qui le frappe[547].

175. L'exigence d'un consentement libre et éclairé[548] du malade à l'acte médical s'applique d'une manière générale, qu'il s'agisse du don des organes ou des produits du corps humain, de la prise de médicaments, de l'obligation de certaines interventions chirurgicales, ou de subir des traitements radiothérapiques ou chimiothérapiques.

Néanmoins, si le caractère impératif du consentement du malade implique la reconnaissance à ce dernier d'un droit au refus de soins, qui interdit en principe au médecin de passer outre la volonté du patient, il est en pratique limité par la faiblesse psychologique de certains patients par l'influence des pressions orchestrées par la famille, par les conséquences pécuniaires ou sociales, et concilié avec l'obligation de dispenser des soins consciencieux, dévoués et conformes aux données acquises de la science, d'autant plus que la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique a ajouté à la première exception au principe de l'inviolabilité du corps humain qui est celle, déjà large, de la *« nécessité médicale pour la personne »*, une seconde exception

---

543. C. E. D. H., 24 octobre 1979, arrêt Winterwerp, série A, n° 33.
544. Paris, 1ère ch. B, 12 janvier 1996 : Gaz. Pal., 1996, II, jur., pp. 407 et s., note J. BONNEAU.
545. Pour un exemple, voir : C. E. D. H., du 2 mars 1983, X c./ Danemark, Req. n° 9974/82, D. R. 32, p. 282.
546. Req., 28 janvier 1942 : D. C., 1942, jur., pp. 63 et 64.
547. H. LE FOYER DE COSTIL, *« Évolution de la jurisprudence judiciaire en matière de responsabilité médicale »* : *in* Conseil d'État, Rapport public 1998, Jur. et avis de 1997, Réflexions sur le droit à la santé, pp. 391 et s., spc. p. 398.
548. S. HOCQUET-BERG, « *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale* » : Gaz. Pal., des 9/10 septembre 1998, pp. 12 et s., spc. p. 12 ; N. RAYNAUD de LAGE, « *À propos de l'avis de la Cour de*

qui peut être, *« à titre exceptionnel »*, *« l'intérêt thérapeutique d'autrui »*[549], ce qui constitue une disposition peu protectrice des intérêts des personnes vulnérables malades face au pouvoir médical qui continue de marquer des points vis-à-vis du Droit devenu en l'occurrence de plus en plus permissif[550].

176. Quoiqu'il en soit de ces exceptions, et lorsque la preuve du non-respect de la volonté du patient est rapportée, le médecin est passible de sanctions pénales[551], et sa responsabilité civile peut être engagée, mais, avant la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, il existait une divergence d'appréciation entre les jurisprudences judiciaire et administrative[552].

La première exonérait le corps médical de toute responsabilité dès lors que tout avait été tenté pour inciter le malade à ne pas persister dans cette attitude négative[553].

La seconde avait changé. D'abord, elle avait condamné un médecin qui avait tenu compte de la volonté de sa patiente atteinte d'un cancer du sein, même si cette dernière avait signé une attestation par laquelle elle reconnaissait *« avoir refusé l'ablation du sein gauche que lui avait conseillé le Docteur G, en sachant que celui-ci est porteur d'un cancer »* et avoir été « *informée des risques encourus* ». Cette position, contraire à la théorie du consentement, allait devenir plus pragmatique. Ainsi, dans une espèce où les médecins avaient outrepassé le refus de transfusion sanguine opposé par un patient, témoin de Jéhovah, un arrêt du Conseil d'État du 26 octobre 2001 les avait disculpés, au motif qu'ils avaient accompli dans l'intérêt du patient un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état. Aujourd'hui, cet arrêt est en porte-à-faux avec l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique qui prévoit que « *le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de*

---

cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux » : Dr fam., janvier 2000, chron., n° 2, pp. 9 et s., spc. p. 12.

549. Article 16-3 du Code civil.

550. En ce sens, voir : D. FROGER et P. MORIN, *« Science et raison du droit »* : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle 100ème Congrès des notaires de France, Paris, 16-19 mai 2004, pp. 373 et s., spc. p. 599.

551. Trib. corr. Lyon, 15 décembre 1859 : D. P., 1859, III, pp. 87 et s.

552. C. E., 29 juillet 1994, Garnier : Gaz. Pal. 1995, I, jur., pp. 366 et 367, note A. GARAY; R. D. sanit. soc., 1995, pp. 57 et s., note L. DUBOUIS.
En sens contraire, voir : Crim., 3 janvier 1973 : Bull. crim., n° 2, pp. 4 et s. ; D., 1973, I. R., p. 13 ; D., 1973, jur., p. 220 ; C. E., 6 mars 1981, Pech : Rec. CE, pp. 133 et s. ; R. D. sanit. soc., 1981, pp. 413 et s., concl. D. LABETOUILLE.

553. Toulouse, 3ème ch., 15 février 1971 : Gaz. Pal., 1972, I, somm., p. 35.

ses choix[554]*. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en oeuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables*[555]*.Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. (…)*

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, aucune intervention ou investigation ne peut être réalisée, sauf urgence ou impossibilité, sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 1111-6, ou la famille, ou à défaut, un de ses proches ait été consulté.

Lorsque la personne est hors d'état d'exprimer sa volonté, la limitation ou l'arrêt de traitement susceptible de mettre sa vie en danger ne peut être réalisé sans avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et sans que la personne de confiance prévue à l'article L. 111-6 ou la famille ou, à défaut, un de ses proches et, le cas échéant, les directives anticipées de la personne aient été consultés. La décision motivée de limitation ou d'arrêt de traitement est inscrite dans le dossier médical (…) ».

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la jurisprudence administrative a évolué[556], tout en continuant d'assurer la prééminence de la préservation de la vie sur la liberté individuelle, sur le respect de l'intégrité corporelle, et sur des devoirs religieux considérés comme essentiels par certains malades. En effet, dans une affaire opposant une patiente, Témoin de Jéhovah depuis sept ans, au Centre hospitalier de Saint-Étienne, qui avait pratiqué une transfusion sanguine, nonobstant le refus exprimé par écrit de sa volonté de ne pas se voir administrer des produits sanguins, la malade demandait à la justice d'enjoindre aux médecins de ne plus procéder sur elle à des actes de transfusion sanguine, une ordonnance du

---

554. Civ. 1ère, 9 octobre 2001 : *in* B. PITCHO, « *De l'indignité médicale face au temps* » : J. C. P. Cahiers de Droit de l'Entreprise, 2002, n° 1, pp. 27 et s., spc. p. 27 ; Gaz. Pal. des 17/18 octobre 2001, flash jur., p. 19 ; Gaz. Pal., des 25/27 novembre 2001, jur. somm. et décisions, pp. 53 et s., note J. GUIGUE.

555. Civ. 1ère, 18 janvier 2000 : D., 2001, jur. comm., pp. 3559 et s., note M. -L. MATHIEU-IZORCHE.

556. En sens contraire, voir : T. A. Lille, ord. réf., 25 août 2002, n°02-3138 : D., 2002, n°33, I. R., p. 2581 ; Gaz. Pal., des 15/17 septembre 2002, jur. somm. et décisions, pp. 11 et s., note F. –J. PANSIER ; Gaz. Pal. des 14/15 février 2003, jur. somm. et décisions, pp. 19 et s., note A. GARAY.
Sur cette ordonnance, voir : J. PENNEAU, *« Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical »* : D., 2002, n°38, interview, pp. 2877 et s.

juge des référés du Tribunal administratif de Lyon du 9 août 2002[557] a accédé à cette demande mais a assorti son injonction d'une réserve selon laquelle les médecins pouvaient transfuser au cas où la patiente *« viendrait à se trouver dans une situation extrême mettant en jeu un pronostic vital »*. Saisi en appel, le Conseil d'État, par une Ordonnance de référé du 16 août 2002[558], a validé l'ordonnance du juge lyonnais, tout en estimant que le droit du patient d'exprimer son consentement à l'acte médical revêtait le caractère d'une liberté fondamentale, que les médecins n'avaient pas commis d'atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté en imposant un acte indispensable à la survie du patient, et que le recours à cet acte n'était pas incompatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Pour compléter la protection légale de la personne malade, la jurisprudence édicte le principe de légalité des exceptions à la nécessité de son consentement[559]. Ainsi, plusieurs textes assortissent la théorie du consentement de restrictions plus ou moins importantes.

b - LES RESTRICTIONS AU PRINCIPE DE LA NÉCESSITÉ DU CONSENTEMENT DU PATIENT

177. Par souci d'humanité, le droit préserve l'ordre social, en cherchant un équilibre entre l'intérêt général et celui des personnes, en apportant au principe de la nécessité du consentement des restrictions nombreuses qui concernent l'urgence, la délinquance et la sécurité sanitaire.

---

557. T. A. Lyon, ord. réf., 9 août 2002 : Gaz. Pal., des 15/17 septembre 2002, jur. somm. et décisions, pp. 8 et s., note F. –J. PANSIER.

558. C. E., ord. réf., 16 août 2002, Feuillatey c/CHU de Saint-Étienne : Gaz. Pal., des 15/17 septembre 2002, jur. somm. et décisions, pp. 9 et s., note F. –J. PANSIER ; D., 2002, n°33, I. R., p. 2581 ; J. C. P., 2002, II, 10184, note P. MISTRETTA ; Petites affiches du 26 mars 2003, pp. 5 et s., note C. CLÉMENT.
Sur cette ordonnance, voir : J. BONNEAU, *« La raison proportionnée en droit médical ou l'empirisme logique. Le refus de soins et ses limites (à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 16 août 2002 »* : Gaz. Pal. des 21/22 mai 2003, doct., pp. 4 et s.

559. Civ. 2ème, 19 mars 1997 : D., 1997, I. R., p. 106 ; Les petites affiches, n° 47 du 8 mars 1999, pp. 16 et s., note I. LUCAS-GALLAY.

Premièrement, les articles 9 du Code de déontologie médicale et 223-6 du Code pénal précisent qu'en cas d'urgence, le médecin doit agir pour le bien de son malade, c'est-à-dire qu'il a l'obligation d'intervenir sur celui-ci, lorsque sa santé ou sa vie est en danger[560] immédiat et irrémédiable. Ainsi, le médecin d'urgence ou le service d'aide médicale urgente[561] devra faire tout son possible pour réanimer une personne après une tentative de suicide. De surcroît, il a été jugé qu'un chirurgien était coupable du délit de non-assistance à personne en péril, dès lors qu'ayant été averti qu'un culot de sang utilisé au cours d'une intervention était contaminé par le VIH, il n'avait pas informé le malade de sa séropositivité[562].

Deuxièmement, si l'article D. 389, alinéa 2, du Code de procédure pénale confirme dans le domaine des opérations chirurgicales que « sauf impossibilité, le détenu doit donner son assentiment écrit à l'intervention envisagée », plusieurs dispositions pénales prévoient une obligation aux soins tantôt de façon générale, tantôt de manière spécifique. De plus, par une décision Keenan c/Royaume Uni du 3 avril 2001, la Cour européenne des droits de l'homme[563] a rappelé que les autorités nationales avaient l'obligation de protéger la santé des détenus et de leur fournir des soins médicaux appropriés.

Troisièmement, la politique de sécurité sanitaire conduit à la limitation du libre arbitre des patients par huit catégories de mesures.

La première catégorie, fondée sur la protection maternelle et infantile, concerne les examens obligatoires de la femme enceinte. Si, cette dernière ne suit pas ces prescriptions, elle ne peut pas prétendre au bénéfice des allocations et des prestations de l'assurance maternité.

La deuxième catégorie concerne les vaccinations qui altèrent la liberté individuelle et constituent une atteinte à l'intégrité physique du corps humain, même si dans un arrêt du 10 janvier 1996, le Conseil d'État a jugé que les dispositions du Code de la santé publique subordonnant l'accès des établissements scolaires à diverses vaccinations sont compatibles

---

560. C. E., 27 janvier 1982, Benhamou : D., 1982, somm. comm., pp. 275 et s., obs. J. PENNEAU ;
C. A. A. Paris, form. plén., 9 juin 1998 : D., 1999, jur., p. 277 et s., note G. PÉLLISSIER ; R. D. sanit. soc., 1999, pp. 36 et 37, note J. S. C.

561. C. E., sect., 20 juin 1997, Theux : Rec. CE, pp. 254 et s. ; Droit administratif, novembre 1997, p. 24, n° 358, note C. ESPER.

562. Rennes, 11 mai 1995, Ministère public c/ A. C. et A. P. : Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies, Responsabilité médicale, feuillets 27 (1er octobre 2001), p. 2161.

563. C. E. D. H., 3 avril 2001, Keenan c./Royaume Uni : J. C. P., 2001, I, 342, n° 4.

avec la Convention européenne des droits de l'homme[564], et si dans un arrêt du 28 avril 2000[565], le même Conseil a considéré que les vaccinations ne sont pas contraires à l'article 9 du Code civil et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, la loi du 15 février 1902 a rendu obligatoires certaines vaccinations[566], et l'article L. 3116-4 du Code de la santé publique a élevé au rang de délit le refus du BCG jusqu'alors passible d'une amende maximale de 250 F (38 €), en le sanctionnant de six mois de prison et d'une amende de 3 750 €. Affin de protéger les personnes vulnérabilisées par cette obligation, l'article L. 3111-9, alinéa 1, dudit Code précise que « la réparation de tout dommage imputable directement à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions visées au présent Code est supportée par l'État », et que les frais afférents aux vaccinations obligatoires sont remboursés par l'assurance maladie.

Cependant, la preuve de l'innocuité vaccinale est difficile à démontrer. Ainsi, dans une affaire où une personne soumise en raison de sa profession à une obligation de vaccination contre l'hépatite B ayant reçu trois injections du vaccin anti-hépatite B et appris quelques semaines plus tard qu'elle était atteinte de sclérose en plaques, a assigné le laboratoire fabriquant le vaccin en réparation de son préjudice en faisant valoir que l'apparition de cette maladie était due à la vaccination, un arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2003[567] a cassé un arrêt d'appel qui avait relevé que la possibilité d'une telle association ne pouvait être exclue de façon certaine, que l'intéressée était en parfaite santé jusqu'à la première injection du vaccin, qu'il existait une concordance entre la vaccination et l'apparition de la maladie également constatée chez d'autres malades, qu'il n'y avait aucune autre cause de déclenchement de la maladie, et qu'en conséquence le vaccin avait été le facteur déclenchant de la maladie développée par la victime et que le dommage causé à celle-ci établissait une absence de sécurité à laquelle son utilisateur pouvait légitimement s'attendre et démontrait la défectuosité du produit. Cet arrêt de cassation décide que ladite Cour d'appel a violé les articles 1147 et 1382 du Code civil interprétés à la lumière de la directive CEE n°85-374 du 25 juillet 1985 qui exigent que la responsabilité du producteur soit soumise à la condition que le demandeur

564. C. E., 1ère et 4ème ss.-sections, 10 janvier 1996, Huret : Gaz. Pal., 1996, II, panor. de droit administratif, pp. 117 et s.
565. C. E., 1ère et 2ème ss.-sections, 28 avril 2000, Ligue nationale pour la liberté des vaccinations : Gaz. Pal., 2001, I, panor. de droit administratif, p. 40.
566. C. E., Ass., 4 juillet 1958, sieur Graff et époux Reyes : J. C. P., 1959, II, 11117, concl. M. LONG ; C. E., 12 février 1969, Guyader : Rec. CE, pp. 92 et s. ; T. A. Paris, 6 janvier 1971, Guyader : Rec. CE, pp. 808 et s.

prouve, outre le dommage, le défaut du produit et le lien de causalité entre le défaut et le dommage. Par cette position, la Cour de cassation fait preuve d'une grande rigueur, en exigeant la démonstration de l'existence des trois éléments traditionnels indispensables à la mise en jeu de la responsabilité civile, sans aucunement faciliter la tâche de la victime isolée face à un laboratoire et vulnérabilisée par sa maladie. Tout en ne faisant pas respecter le principe de précaution vis-à-vis d'un vaccin, dont l'innocuité n'est pas prouvée, la décision de la Haute Cour, uniquement fondée sur les articles 1147 et 1382 du Code civil, n'est pas empreinte du sceau de l'équité.

En dépit des effets secondaires parfois nocifs de certaines vaccinations, la France est l'un des derniers pays européens à maintenir l'obligation vaccinale généralisée. Ainsi et au motif que chacun devrait avoir le libre choix de ses soins, il nous apparaît souhaitable que sans abolir l'obligation vaccinale, ses conditions soient assouplies et qu'une clause de conscience soit insérée au profit des personnes qui refusent d'y satisfaire[568].

La troisième catégorie consiste dans le devoir de traiter certaines maladies contagieuses, ou dangereuses pour autrui telles que par exemple le choléra, la peste, la variole, la fièvre jaune, la rage, le typhus exanthématique, les fièvres hémorragiques africaines, les maladies vénériennes, le sida, la toxicomanie, ou l'alcoolémie, parce que certaines de ces maladies dépassent le cadre de la liberté individuelle et risquent d'atteindre toute la collectivité. Dans cette optique, l'État peut aussi édicter des règles propres à empêcher la propagation des épidémies. De même, la tendance à la collectivisation de la santé, ayant pour objet affiché de favoriser la qualité, la coordination et la continuité des soins, a conduit les pouvoirs publics à instituer un dossier de suivi médical, un carnet de santé, l'informatisation des cabinets médicaux, et l'obligation de choisir un médecin traitant.

La quatrième catégorie réside dans le principe de l'interdiction de fumer dans les lieux de travail, les lieux affectés à un usage collectif et dans les moyens de transports collectifs, sauf dans les emplacements spécifiques réservés aux fumeurs. Parallèlement à cette interdiction, un arrêt de la Cour d'Orléans du 10 septembre 2001[569] a rejeté la demande formée contre la

---

567. Civ. 1ère, 23 septembre 2003 : Gaz. Pal. des 5/7 octobre 2003, flash de jur., pp. 30 et s.
568. En ce sens, voir : C. BOUTIN, « *Vers une clause de conscience* » : Biocontact, n° 101, mars 2001, pp. 13 et s.
569. Orléans, ch. civ., 10 septembre 2001 : J. C. P., 2002, II, 10133, note B. DAILLE-DUCLOS.

SEITA en réparation des conséquences du décès d'un fumeur victime d'un cancer du poumon sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. À la requête de la famille de la victime défunte qui estimait que la SEITA avait commis une faute en n'apposant pas de messages sanitaires sur les risques du tabagisme sur les paquets de cigarettes, la Cour d'Orléans a adopté une position classique, en considérant que la SEITA n'avait pas commis de faute, puisque tout le monde connaissait les dangers du tabagisme depuis très longtemps et que la SEITA ne pouvait pas procéder de sa propre initiative à l'information des fumeurs et en particulier apposer un message d'avertissement sur les paquets de cigarettes, que le lien de causalité entre le préjudice et les fautes alléguées n'était pas démontré, que le principe de la liberté individuelle restait un fondement majeur de notre système de responsabilité civile et qu'ainsi la victime du tabac était seule à prendre les décisions relatives à son tabagisme.

La cinquième catégorie conduit à interdire de multiples pratiques telles que l'eugénisme, le don d'embryon, les conventions visant à fournir un embryon à un couple stérile, le clonage, les conventions portant sur la procréation, la gestation ou la maternité pour le compte d'autrui, la procréation médicalement assistée post mortem.

La sixième catégorie permet de décider de l'emprisonnement ou de l'internement des êtres dangereux.

La septième catégorie autorise la réalisation d'un prélèvement d'organes à des fins thérapeutiques ou scientifiques sur une personne décédée, dès lors que l'individu concerné n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, ou la prescription de procédures spéciales régissant la recherche des preuves telles que le droit d'autopsie sur les cadavres.

La huitième catégorie résulte de la reconnaissance du droit de respirer un air qui ne nuise pas à sa santé. Elle restreint la liberté d'aller et de venir, en prévoyant la possibilité pour les pouvoirs publics de limiter la circulation automobile en période de pointe de pollution.

B - LES NOUVEAUX DROITS DES PERSONNES MALADES

178. Le domaine du droit de la santé a connu récemment de profondes réformes qui marquent la volonté des pouvoirs publics de substituer à la parole du juge celle du législateur, dont la puissance symbolique est très importante, puisque, pour un auteur, elle a pour vocation *« d'assurer la publicité du droit et la sécurité juridique »*[570].

Ainsi, le patient, redevenu un véritable sujet de droit, tend à retrouver sa place de co-contractant à part entière, dont le contenu figure dans l'article 1109 du Code civil qui prévoit une obligation de loyauté de l'échange. En outre, l'évolution du droit des contrats aide bien le malade, à un tel point que deux auteurs ont pu écrire que *« même si l'analogie choque, on peut dire qu'un véritable droit de la consommation médicale est ainsi né »*[571].

Dans cet esprit, qui, selon un auteur, ignore néanmoins *« le sort des malades qui, sans avoir été admis au bénéfice de la tutelle, demeurent vulnérables »* et *« la maladie mentale »*[572], trois lois de 2002, dont une votée sous la législature 2002/2007, ont consacré et accru les droits des personnes malades autour de deux axes essentiels : le développement de la démocratie sanitaire (a) et l'indemnisation des victimes de l'aléa thérapeutique (b).

a - LE DÉVELOPPEMENT DE LA DÉMOCRATIE SANITAIRE

179. Les malades obtiennent progressivement un statut égalitaire. D'objets de droit, ils deviennent des sujets de droit, des acteurs dans les prises de décisions et dans le fonctionnement du système de santé, c'est-à-dire en fait des citoyens de santé.

Dans cette tendance, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale s'est d'abord assignée comme objectifs de reconnaître, de préciser et d'accroître les droits des malades. Inséré dans le Chapitre 1er intitulé Principes fondamentaux, l'article 311-3

570. C. BYK, *« Bioéthique. Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique »* : J. C. P., 2002, I, 146, n°1.
571. J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain ? »* : R. J. P. F., juin 2002, pp. 6 et s., spc. p. 6.
572. T. FOSSIER, *« Le consentement du majeur vulnérable et du mineur à l'acte médical »* : texte présenté en novembre 2002 à un colloque organisé par la Revue Droit et Patrimoine.

du Code de l'action sociale et des familles rassemble les droits fondamentaux reconnus à toute personne, usager du secteur social et médico-social, en les adaptant au contexte de la maladie.

Il s'agit du respect de sa dignité, de son intégrité[573], de sa vie privée, de son intimité, de sa sécurité, du libre choix des prestations proposées, d'une prise en charge et d'un accompagnement individualisés de qualité favorisant son développement, son autonomie et son insertion, adaptés à son âge et à ses besoins, respectant son consentement éclairé qui doit être systématiquement recherché, de la confidentialité des informations la concernant, de l'accès à toute information ou document relatif à sa prise en charge, d'une information sur ses droits fondamentaux, les protections particulières légales ou contractuelles et sur les voies de recours, de sa participation à la conception et à la mise en oeuvre du projet d'accueil et d'accompagnement la concernant, de l'obligation pour tous les établissements de santé de mettre en œuvre les moyens propres à prendre en charge la douleur des patients[574], et du droit des malades en fin de vie à l'accompagnement et aux soins palliatifs facilité par la création d'un congé spécifique permettant aux salariés et aux fonctionnaires de prendre le temps d'être près d'eux, que ce soit en tant que parent ou en tant que bénévole, et ce à temps plein ou partiel, durant une période maximale de trois mois.

Afin de garantir l'exercice effectif de ces droits fondamentaux, et notamment de prévenir tout risque de maltraitance, lors de son accueil dans un établissement ou dans un service social ou médico-social, l'article L. 311-4 du Code de l'action sociale et des familles prescrit de remettre à la personne ou à son représentant légal un livret d'accueil auquel sont annexés une charte des droits et libertés et le règlement de fonctionnement, et de conclure un contrat de séjour ou un document individuel de prise en charge élaboré avec la participation de la personne accueillie ou de son représentant légal. Ce contrat ou document définit les objectifs et la nature de la prise en charge ou de l'accompagnement dans le respect des principes déontologiques et éthiques, des recommandations de bonnes pratiques professionnelles et du projet d'établissement. Il détaille la liste et la nature des prestations offertes ainsi que leur coût prévisionnel.

---

573. E. TERRIER, *« Protection du patient : pour une consécration du modèle déontologique »* : J. C. P. Cahiers de Droit de l'entreprise, 2002, n° 1, pp. 17 et s., spc. p. 18.

574. F. BOLOT, *« La prise en charge de la douleur, des souffrances en fin de vie et le droit »* : Gaz. Pal. des 19/20 mars 2003, doct., pp. 7 et s.

Dans le même esprit, la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé confirme cette protection renforcée des malades en ne la limitant pas au secteur de l'action sociale et médico-sociale, en insérant dans le titre 1er du livre 1er de la première partie du Code de la santé publique un chapitre préliminaire ayant pour intitulé « *Droits de la personne* », et en édictant notamment les dispositions suivantes :

- « *La personne malade a droit au respect de sa dignité* ». Ce rappel a justement fait dire à un auteur que *« l'intérêt de la réforme est donc d'appliquer spécifiquement à la personne malade, réputée plus vulnérable, un droit naturel de la personne, visé de manière plus générale à l'article 16 du Code civil »*[575].

- « *Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ».

- « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ».

- « *Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté* ».

- « *Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée. Les professionnels de santé mettent en oeuvre tous les moyens à leur disposition pour assurer à chacun une vie digne jusqu'à sa mort* ».

- « *Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques* ».

---

575. P. MISTRETTA, *« La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation »* : J. C. P., 2002, I, 141, n°7.

180. Afin de favoriser l'expression et la participation des usagers du système de santé, la loi du 2 janvier 2002 prévoit ensuite que la personne prise en charge pourra recourir à un médiateur et prendre part à la conception et à la réalisation du projet d'accueil et d'accompagnement qui la concerne. Dans le même esprit, la loi du 4 mars 2002 fait bénéficier les associations de malades ou d'usagers d'un véritable statut qui constitue le pivot de la reconnaissance de leur rôle au sein du système de santé qui consiste à les représenter dans les différentes instances compétentes. De plus, elle facilite l'intervention des associations de bénévoles, pouvant apporter leur soutien aux malades, dans les établissements de santé, en leur fournissant un cadre plus souple, avec notamment la conclusion d'une convention déterminant les modalités de ce concours.

181. Dans le dessein de rééquilibrer les relations entre le professionnel de santé et son patient, la loi du 4 mars 2002 instaure enfin un accès direct, personnel, et garanti du malade à son dossier médical, qui a comme corollaire le droit de ne pas savoir. Ainsi, le législateur, puis le pouvoir réglementaire, par le décret n°2002-637 du 29 avril 2002, ont consacré, de façon générale, un droit d'accès de la personne aux informations qui ont été recueillies et formalisées concernant sa santé : comptes-rendus divers, résultats d'examens, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels à l'exception des informations émanant de tiers ou concernant un tiers. La personne peut consulter directement son dossier sans passer obligatoirement par l'intermédiaire d'un médecin de son choix comme c'était le cas auparavant[576]. La consultation est gratuite et doit intervenir au plus tard huit jours après la demande, et deux mois après pour des informations de plus de cinq ans. Le médecin qui fournit le dossier médical peut, par précaution, recommander la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations. Cette prudence du médecin sera fortement recommandée, lorsqu'il s'agit de malades atteints de troubles psychiatriques qui sont particulièrement vulnérables à la révélation abrupte d'informations médicales qui pourraient avoir pour eux des conséquences désastreuses. Cependant, le refus par le patient, dès lors que celui-ci n'est pas sous tutelle, de la présence de cette tierce personne ne fait pas obstacle à la communication de ces informations, même si l'article 35, alinéa 2, du Code de déontologie médicale, de nature réglementaire, qui doit donc s'effacer devant la loi du 4 mars 2002, permet encore au médecin de laisser le demandeur dans l'ignorance d'un

diagnostic grave pour des raisons légitimes et dans l'intérêt de celui-ci. En pratique, l'accès direct au dossier médical a plutôt un aspect positif, car ce nouveau droit permet d'éviter, en dehors de certaines pathologies dans les services dits sensibles comme la gynéco-obstétrique ou la pédiatrie, la multiplication des conflits. En effet, les malades ne réclament pas toujours leur dossier dans l'optique d'aller devant les tribunaux, nombreux sont ceux qui veulent mieux savoir, ou comprendre leurs pathologies ou qui désirent obtenir un deuxième avis médical. Ainsi, l'accroissement de la transparence de l'information médicale, qui amorce une véritable révolution culturelle, diminue les risques de mécontentement des patients.

b - L'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'ALÉA THÉRAPEUTIQUE

182. L'acte médical n'échappe pas à l'aléa, puisqu'il met en jeu la seule certitude de l'être humain, c'est à dire le fait qu'il va mourir. En raison de la complexité de la science médicale et de la diversité des réactions de l'organisme humain, l'incertitude du résultat constitue une composante incontournable de la prestation de soins, si bien qu'on se demande parfois si l'efficacité croissante de la médecine n'a pas accru paradoxalement la vulnérabilité des patients.

Dans un contexte d'objectivation de la responsabilité médicale, l'engagement de cette dernière est devenu fréquent, parce que le médecin a cessé d'être un devin sacré et respecté pour devenir une sorte d'ingénieur de la santé, et que le refus des individus d'accepter la fatalité atteint son paroxysme en présence d'un acte médical bien conduit, mais pouvant blesser ou tuer. En réponse à un profond désarroi des victimes de la médecine, l'une de leurs attentes consiste dans le souhait d'une indemnisation pécuniaire rapide qui leur permettra, si ce n'est d'atténuer leurs souffrances, au moins d'aménager matériellement leur existence quotidienne.

Après presque trente ans de réflexion et de controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la délicate question de la réparation des accidents médicaux non fautifs, la loi du 4 mars 2002 a mis en place un système d'indemnisation des victimes de l'aléa thérapeutique. Cette

---

[576]. La loi hospitalière n° 91-748 du 31 juillet 1991 et l'article 45 du Code de déontologie médicale prévoyaient

innovation est tout à fait salutaire, lorsque l'on sait que par un arrêt du 8 novembre 2000, la Cour de cassation[577] avait refusé d'indemniser l'aléa thérapeutique et avait mis un terme aux tentatives de certaines juridictions du fond de mettre à la charge des praticiens et de leurs assureurs la réparation des accidents médicaux non fautifs[578]. Elle avait ainsi solennellement affirmé que cette réparation n'entrait pas dans le champ des obligations dont un médecin est contractuellement tenu à l'égard de son patient. Mais, si cette position jurisprudentielle était techniquement fondée, puisque l'obligation de sécurité ne pouvait être imputée au débiteur que dans la mesure où celui-ci était maître du sort de son cocontractant et qu'il ne pouvait rien arriver à ce dernier, hors l'hypothèse d'une faute de celui qui s'était obligé, de la victime elle-même ou d'un tiers[579], elle était contraire au principe d'équité prévu à l'article 1135 du Code civil.

183. Bâtie sur la volonté de rétablir l'implication des assureurs dans le secteur de la santé et sur l'idée d'une plus grande justice à l'égard des victimes, cette législation précise qu'au titre de la solidarité nationale, par l'intermédiaire de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), établissement public de l'État à caractère administratif placé sous la tutelle du ministère de la santé, sont indemnisées, parmi les accidents médicaux sans faute[580] :

- les victimes de la maladie de Creuzfeldt-Jakob transmise par recours à l'hormone de croissance extractive d'origine humaine[581] pour lesquelles la loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale a transféré à l'ONIAM les obligations de l'Association France-Hypophyse qui n'avait pas pu faire face aux demandes d'indemnisation et avait été dissoute ;

---

que la communication du dossier médical s'effectuait uniquement par l'intermédiaire du praticien.

577. Civ. 1ère, 8 novembre 2000, Tourneur c./Destandau : n° 99-11-735, n° 1815 FP - P + B + R.

578. J. GUIGUE, « *Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État* » : Gaz. Pal., 2000, I, doct., pp. 520 et s., spc. p. 521.

579. E. GOUESSE, « *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation* » : Petites affiches, n° 17, du 25 janvier 2000, pp. 10 et s., spc. p. 16.

580. N. CETTINA, « *Responsable mais pas fautif : à quand une loi encadrant le risque médical dans les établissements publics de santé ?* » : Revue générale de droit médical, 2001, n° 6, pp. 5 et s., spc. pp. 9 et 38.

581. Y. LAMBERT-FAIVRE, *« La responsabilité médicale : la loi du 30 décembre modifiant la loi du 4 mars 2002 »* : D., 2003, n°6, chron. doc., pp. 361 et s. ; P. MISTRETTA, *« La loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale. Premiers correctifs de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 »* : J. C. P., 2003, act., 57.

- la réparation des dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins, afin de rassurer les professionnels de santé qui doivent pouvoir secourir ou porter assistance à une personne en danger, sans risquer de subir ensuite un contentieux en responsabilité si un dommage devait en résulter ;

- les affections iatrogènes consécutives aux traitements et médicaments[582] et les affections nosocomiales contractées dans un établissement, service ou organisme de santé, à partir d'un taux d'incapacité permanente de 25 % ou en cas de décès. Ce pourcentage peut paraître arbitraire, puisque selon les recours et les procédures, les taux d'incapacité permanente partielle font l'objet de larges révisions[583], mais cette énumération est d'autant plus intéressante qu'elle semble concerner les différents actes médicaux de prévention, de diagnostic ainsi que les soins médicaux proprement dits.

Cependant, les personnes contaminées par le virus de l'hépatite C depuis plus de six mois ne sont pas prises en charge par ce dispositif spécifique, au motif que leur indemnisation aurait coûté à l'État 3,8 milliards d'euros, ce qui traduit une distorsion Importante entre une responsabilité civile qui est, en théorie, illimitée et une possibilité économique de paiement des indemnités, qui est restreinte. Aussi, bien que non comprises dans les prévisions de cette loi, les victimes d'hépatite C peuvent toujours mettre en jeu la responsabilité des centres de transfusion sanguine, qui ont une obligation de sécurité de résultat leur imposant de livrer du sang exempt de vice, ce qui permet de les indemniser[584]. De surcroît, l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 a introduit dans notre droit une présomption de causalité entre transfusion et contamination, qui a été confirmée par trois décisions de jurisprudence concordantes.

Une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Paris du 22 novembre 2002[585] a jugé que la responsabilité du CNTS, qui a livré durant plusieurs années des centaines de

---

582. Civ. 1ère, 7 novembre 2000 n° 99-12.255, n° 1637 FS-P.

583. Y. LAMBERT-FAIVRE, « *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé III - L'indemnisation des accidents médicaux* » : D., 2002, chron. doct., pp. 1367 et s., spc. p. 1370.

584. G. VINEY et P. JOURDAIN, « *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? À propos de Cass. 1re civ., 7 janv. et 25 févr. 1997)* » : J. C. P., 1997, I, 4016, n° 10.

585. T. G. I. Paris (ord. Réf.), 22 novembre 2002 : Gaz. Pal. des 16/18 février 2003, jur. somm. et décisions, pp. 30 et s., obs. E. DROUARD.

produits sanguins à un hémophile s'étant révélé positif au virus de l'hépatite C, ne soulève aucune contestation sérieuse et ne nécessite pas une mesure d'expertise qui ne pourrait pas, en tout état de cause, être menée à bonne fin. En conséquence, le juge a alloué au malade une indemnité provisionnelle de 8 000 € et ordonné l'expertise de son seul préjudice, tout en soulignant que l'existence d'un risque étranger, de nature à fragiliser la présomption de contamination ne saurait désormais, sauf à méconnaître l'économie générale de la loi du 4 mars 2002, avoir pour effet de dispenser le CNTS d'avoir à rapporter la seule preuve exonératoire désormais exigée de lui, qui n'est pas celle d'une autre source possible de contamination du fait d'un produit tiers, mais la preuve de l'innocuité de ses propres produits. En allouant immédiatement au demandeur une indemnité provisionnelle, le juge de référés a bien appliqué la loi nouvelle destinée à accélérer les procédures d'indemnisation des victimes de contamination par transfusion. Ainsi, ces personnes particulièrement vulnérabilisées par la maladie n'auront pas à attendre l'issue d'une trop longue expertise pour être indemnisées.

184. De même, deux arrêts de la Cour de Paris des 17 et 24 octobre 2002[586], qui statuaient au fond, ont également considéré que les victimes d'une transfusion pouvaient invoquer à bon droit les dispositions de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002, que les éléments relevés par les experts et exactement retenus par le tribunal permettaient de présumer que la contamination de la victime avait pour origine dans la première espèce la transfusion effectuée le 22 novembre 1983, et dans la seconde espèce les transfusions de 1982 et 1985, et ils ont confirmé les indemnisations octroyées aux victimes par les jugements de première instance.

En outre, et dans le dessein de consolider ce nouveau système d'indemnisation, la loi du 4 mars 2002 édicte un ensemble de mesures complémentaires :

- instauration d'une obligation d'assurance responsabilité civile pour tous les professionnels de santé exerçant à titre libéral, pour les établissements et services de santé, et tous autres organismes exerçant des activités de prévention de diagnostic ou de soins, sauf pour les hôpitaux militaires et l'Assistance publique Hôpitaux de Paris qui reste son propre assureur ;

---

586. Paris, 1ère ch. B, 17 octobre 2002 : Gaz. Pal. des 5/7 octobre 2003, jur. somm. et décisions, pp. 20 et s., concl. I. TERRIER-MAREUIL ; Paris, 1ère ch. B, 24 octobre 2002 : Gaz. Pal. des 5/7 octobre 2003, jur. somm. et décisions, pp. 25 et s., concl. I. TERRIER-MAREUIL.

- reconnaissance d'un droit à l'information des personnes victimes ou s'estimant victimes d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou leurs ayants droit si les victimes sont décédées. Cette information doit être délivrée au plus tard dans les quinze jours suivant la découverte du dommage ou de la demande expresse, lors d'un entretien au cours duquel la personne peut se faire assister par un médecin ou une autre personne de son choix ;

- création de commissions régionales de conciliation et d'indemnisation qui sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé. Bien que présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire, ces commissions qui ne sont pas véritablement des juridictions décident à la place du juge civil, ou pénal ou administratif, s'il s'agit d'un aléa thérapeutique, auquel cas c'est l'assurance maladie qui paie, ou s'il s'agit d'une faute médicale, auquel cas ce sont les assurances qui paient. Leur saisine, gratuite pour les victimes, suspend les délais de prescription et de recours contentieux jusqu'au terme de la procédure ;

- mise en place d'une expertise spécifique en matière d'accidents médicaux[587] ;

- fixation des modalités d'indemnisation dans le cas où l'avis de la commission régionale conclut à l'existence d'une responsabilité. Cette procédure impose alors à l'assureur du praticien mis en cause de faire une offre d'indemnisation qui sera soit acceptée dans un cadre transactionnel, soit contestée par voie contentieuse[588]. Si le plaignant considère que les indemnités proposées sont insuffisantes, il pourra intenter un procès à son médecin, et avec l'aléa thérapeutique, le patient sera indemnisé systématiquement.

---

587. Sur ces nouveaux experts, voir : M. OLIVIER, « *La liste nationale des experts en accidents médicaux (à propos de la loi du 4 mars 2002)* » : Gaz. Pal. des 10/11 avril 2002, doct., pp. 2 et s.

588. J. de CESSEAU, *« La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, ou la paralysie programmée de l'activité médicale au grand dommage des patients »* : Gaz. Pal. des 9/11 juin 2002, Libres propos, pp. 12 et s., spc. p. 14.

CONCLUSION DU TITRE 1

185. Le Droit prend souvent en considération les vulnérabilités psychologiques en les atténuant par deux catégories de techniques : les unes sont générales et les autres sont spéciales.

En ce qui concerne les premières, elles résultent des droits de l'homme, du droit pénal et du droit des obligations.

Les droits de l'homme, qui sont une conquête de la civilisation sur la barbarie, visent à améliorer le bien être psychologique des personnes vulnérables, en définissant le minimum indispensable pour assurer leur dignité, leur valeur, et leur place d'être humain dans la société, et en leur permettant ainsi de détenir un ensemble de droits opposables à tous. Ainsi, ces droits protègent tout l'homme et les droits fondamentaux de tous les hommes auxquels il ne saurait être dérogé en aucune circonstance : droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage et de la servitude, la non-rétroactivité des lois en matière pénale, la reconnaissance à chacun de sa personnalité juridique, la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Par les sanctions qu'il édicte, le droit pénal participe, selon un auteur, au « *regain du psychologique dans le droit* »[589], en prônant le respect des personnes vulnérables et en protégeant ces dernières non seulement en tant que sujets de droit mais aussi et surtout en tant qu'êtres humains. Trois de ses incriminations protègent le consentement des individus faibles : le délit d'escroquerie, le délit d'abus de confiance, et l'interdiction des discriminations. De plus, la vulnérabilité des victimes justifie un droit à l'aggravation de la sanction pénale de certains comportements, l'extension des cas de délit d'abus de faiblesse et l'exigence du respect dû à la justice.

Le droit des obligations constitue un corps de règles protectrices de première importance pour l'ensemble des personnes psychologiquement vulnérables sous deux aspects. Le droit des

obligations conventionnelles tient compte de leurs faiblesses lors de la formation et de l'exécution du contrat, et la théorie de la responsabilité civile permet de les indemniser lorsqu'elles sont victimes d'un dommage qui les atteint dans leur intégrité physique ou leurs sentiments.

En ce qui concerne les secondes, elles résultent du droit des incapacités intermittentes, du droit de la famille et du droit de la santé.

Le droit des incapacités intermittentes octroie aux adultes majeurs les plus psychologiquement vulnérables, en plus du droit au bonheur[590], plusieurs protections auxquelles les autres parties doivent se soumettre, sous peine de voir leurs actes frappés d'inefficacité.

Le droit de la famille protège l'époux le plus vulnérable en mettant à la charge de son conjoint un devoir d'assistance qui l'oblige à le soigner et à lutter contre sa misère affective.

Le droit de la santé protège la personne malade en exigeant son consentement libre et éclairé aux actes médicaux, en interdisant les discriminations dans l'accès aux soins, en lui octroyant le droit de recevoir des soins appropriés, en lui attribuant le droit d'accéder directement à son dossier médical et en indemnisant les victimes de l'aléa thérapeutique.

Tous ces droits concourent à assurer aux adultes vulnérables un haut niveau de protection juridique, mais ceux-ci sont perfectibles qu'il s'agisse d'accroître l'effectivité des droits de l'homme, notamment par la création d'un délit général d'atteinte à la dignité, ou d'étendre indirectement la capacité des malades mentaux protégés, en admettant la lésion comme cause de nullité des contrats et en octroyant plus largement la possibilité de réduire les engagements excessifs.

Ainsi, lorsque les techniques juridiques sont bien employées, elles permettent de réaliser les finalités du droit des adultes vulnérables mais capables, qui vont se retrouver dans sa lutte contre les vulnérabilités économiques et sociales.

---

589. F. BELLIVIER, *« Secte. Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (JO 13 juin 2001, p. 9337) »* : R. T. D. civ., 2001, pp. 682 et s., spc. p. 686.

590. En ce sens, voir : A. LEBORGNE, *« La jurisprudence du droit des personnes. Cinquante ans de chroniques à la Revue trimestrielle de Droit Civil de 1950 à 1999 »* : R. R. J., 2001-3, pp. 1273 et s., spc., pp. 1281 et 1284.

TITRE 2
LA LUTTE DU DROIT CONTRE LES VULNÉRABILITÉS ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

186. Le XX^{ème} siècle a vu s'amoindrir l'idée que la personne puisse être tenue pour seule responsable de ses malheurs, de sorte qu'il est aujourd'hui fréquent de considérer qu'un statut économique et social précaire fragilise l'individu en altérant ses capacités d'ajustement, et d'admettre l'importance et l'étendue de la responsabilité des sociétés modernes à l'égard de leurs membres, surtout lorsqu'il s'agit des citoyens les plus défavorisés.

La vulnérabilité n'est pas seulement la faiblesse psychologique, elle est une fragilité exposée à une force démesurée. Ici, les adultes vulnérables apparaissent comme ceux qui ne peuvent ni se défendre, ni se décider librement dans un rapport de forces inégales.

La modernité de la protection des personnes contre les vulnérabilités économique et sociale provient du caractère jugé insupportable de ces dernières, par la conscience morale de chaque individu, l'inconscient collectif, la conscience politique de l'humanité, et par le législateur. Elle est favorisée par la mondialisation médiatique[591] qui facilite la visibilité des ravages sociaux, écologiques et humains produits par le développement économique souvent livré aux seules règles du marché. En 1997, Mère Teresa rappelait que la lutte contre les injustices sociales ou les inégalités était indissociable du souci qui doit nous animer de rendre sa dignité profonde à chaque être humain souffrant, rejeté ou humilié, quelque soit son état ou sa condition[592].

---

591. En ce sens, voir : A. SEN, L'économie est une science morale, Éditions La Découverte, 1999, p. 75 ; X. LAGARDE, *« Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale »* : J. C. P., 2001, I, 371, n° 1.

592. F. LE NOIR, « *Mère teresa. Tout l'amour du monde »* : Le Figaro Magazine, cahier n° 3 de Le Figaro du 13 septembre 1997, n° 16609, pp. 17 et s., spc. p. 17.

Le traitement des vulnérabilités économique et sociale a de tout temps constitué une question juridique difficile. C'était déjà le cas dans les régimes plus fondés sur des obligations que sur des droits et dans les systèmes reposant sur des droits-libertés et non sur des droits-créances. Ça l'est encore sous le règne de l'État-providence qui, selon un auteur, laisse les droits des pauvres « *dans la zone des créances limites, celles dont le fondement ne résulte pas d'un échange, préalable ou concomitant, celles donc, qu'il est le plus difficile d'identifier et donc d'honorer* »[593]. En effet, l'objectif de l'insertion fait sortir de la conception des droits-créances, car à la proclamation d'un ou de plusieurs droits fondamentaux, correspond la refonte à imaginer des politiques publiques y concourant[594]. De plus, la noblesse et le but final du Droit étant dans l'aspiration à la justice, qui postule le respect de la personne dans sa vie économique et sociale[595], il importe de voir comment ses diverses branches y participent.

Pour présenter les multiples dispositions régissant la vie quotidienne des adultes économiquement et socialement vulnérables, il importe de distinguer leurs droits suivant que ceux-ci sont en rapport soit avec des personnes publiques (Chapitre 1), soit avec des personnes privées (Chapitre 2), car il existe une différence fondamentale entre ces deux catégories de liens : les règles du droit public confèrent généralement aux premières des prérogatives sans équivalent avec celles qui sont attribuées aux secondes par le droit privé.

---

593. D. LENOIR, *« L'exclusion face au droit »* : *in* S. PAUGAM (dir), L'exclusion l'état des savoirs : préc., pp. 78 et s., spc. p. 78.

594. En ce sens, voir : L. POVIE, « *Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux »* : R. D. sanit. soc., 1997, pp. 715 et s., spc. p. 727.

595. Y. MADIOT, « *De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain »* : *in* Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, P. U. F., 1992, pp. 353 et s., spc. p. 353.

CHAPITRE 1
LES DROITS DES ADULTES ÉCONOMIQUEMENT ET SOCIALEMENT VULNÉRABLES DANS LEURS RELATIONS AVEC LES PERSONNES PUBLIQUES

187. Afin de prémunir les adultes les plus vulnérables de l'arbitraire, le droit d'une démocratie libérale doit savoir concilier les pouvoirs de puissance publique de la collectivité avec les intérêts privés. Cet équilibre entre les droits des personnes et les exigences de l'intérêt général est par essence fragile, fait de compromis et il peut être, suivant les circonstances, rompu par le législateur ou par le juge soit au profit des droits fondamentaux, soit au bénéfice de la puissance publique.

L'essentiel est qu'en cas de conflit, les valeurs favorisant les personnes vulnérables soient prépondérantes en dernière instance. C'est d'ailleurs le point de vue qu'a adopté la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *« Affaire linguistique belge »* du 23 juillet 1968[596], en énonçant qu'il s'agit toujours de réaliser « *un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* ». Ainsi, et au terme d'une longue évolution, les adultes économiquement et socialement vulnérables disposent lorsqu'ils sont en relation avec les personnes publiques, de droits issus de normes de niveaux différents. Tantôt, ces normes ont une force juridique supérieure à la loi (Section 1). Tantôt, et bien que n'appliquant parfois que les premières, elles n'ont qu'une valeur législative (Section 2).

[596]. C. E. D. H., 23 juillet 1968, Affaire Linguistique belge : *in* V. BERGER, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 6ème édition 1998, Sirey, pp. 470 et s., n°s. 1231 et s.

SECTION 1
DANS LES NORMES SUPRA-LÉGISLATIVES

188. Les normes supra-législatives susceptibles de bénéficier particulièrement aux adultes économiquement et socialement vulnérables sont issues de deux sources importantes : le droit international (§ 1), et le droit national (§ 2).

§ 1 - LE DROIT INTERNATIONAL

189. Le droit international réunit les États au sein d'une communauté juridique universelle. Son évolution contemporaine va dans le sens d'une meilleure prise en compte des droits et libertés des personnes, qui doivent être protégés dans leur propre pays et à l'échelle internationale.

Pour garantir aux citoyens une certaine sécurité juridique, le droit international précise que les prérogatives conférées aux autorités publiques doivent reposer sur « *la base stricte de textes et de procédures de qualité »*[597], ne peuvent pas donner naissance à un principe général[598], et n'autorisent pas, même en période de circonstances exceptionnelles, de dérogations aux droits fondamentaux reconnus, tels que les droits à la vie, à ne pas être torturé, à ne pas être réduit en esclavage ou en servitude, à la non-rétroactivité de la loi pénale la plus dure, droit d'une personne arrêtée à être informée des raisons et accusations portées contre elle, droit à ne pas être emprisonné pour l'inexécution d'une obligation contractuelle, droit à la personnalité juridique, droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, droit à la liberté d'expression, droit à l'égalité juridique, droit à une existence décente, droit à la sûreté.

---

[597]. R. KOERING-JOULIN et J. –F. SEUVIC, « *Droits fondamentaux et droit criminel* » : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 106 et s., spc. p. 107.

Ainsi, le droit international, accord de volontés des États, produit une multitude de textes de toutes sortes destinés à protéger les adultes les plus faibles. Il peut se subdiviser en normes universelles (A) et en droit européen (B).

[598]. Article 29, § 2 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme de 1948 et article 8 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

A – LES NORMES UNIVERSELLES

190. Les normes universelles constituent l'éthique de toute société civilisée. Elles dépeignent la conjonction de multiples valeurs tenues pour essentielles à l'équilibre et la survie du monde. Cette éthique ne peut être qu'une vision idéale, une ligne d'horizon, où le ciel rejoint l'onde, toujours approchée, mais jamais atteinte. Malgré leurs faiblesses qui tiennent souvent à l'absence de sanctions directes et au fait que la majorité des solutions pratiques rencontrent la division des opinions et des intérêts, les normes universelles ont le mérite d'exister, d'exercer une pression morale sur les États, qui, tout en recherchant une certaine respectabilité en matière de droits de l'homme ne souhaitent pas être soumis à des contrôles de caractère politique ou juridictionnel[599].

En dépit de la persistance des massacres, des tortures, et de l'accroissement des différences de revenus, l'idéal des droits de l'homme s'impose et pénètre au coeur du sanctuaire de la souveraineté qui est désormais limitée par des droits appartenant à d'autres sujets que les États. À ce propos, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 s'ouvrait sur l'affirmation selon laquelle « *l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics... ».*

Bien que les sociétés vivent cet idéal chacune à leur manière, celui-ci tend à produire des conséquences juridiques induites du développement récent de la répression pénale internationale, avec notamment la création en 1993 et 1994 d'un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, puis pour le Rwanda, et l'adoption en juillet 1998 d'un Traité instituant une Cour pénale internationale.

Initiées par l'Organisation des Nations Unies (ONU), les normes universelles participent à la protection générale des intérêts de l'Humanité toute entière, et toutes les normes étatiques doivent s’y soumettre, ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel l'État dispose du droit absolu de déterminer le sort de ses propres ressortissants.

L'article 55 de la Charte de l'Organisation des Nations Unies, qui demeure selon deux auteurs « *la magna carta de la Communauté internationale* »[600], dispose : « *En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, les Nations unies favoriseront :... c. le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion".*

L'oeuvre normative des Nations Unies ne se limite pas à ce texte qui a, selon deux auteurs, le « *privilège de l'ancienneté* »[601], mais elle s'est considérablement développée par l'adoption de diverses conventions et déclarations spécifiques qui traitent de certains droits particuliers ou qui visent à assurer les droits de certaines catégories de personnes.

Les dispositions de l'article 55 c précitées ont été reformulées par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies qui a adopté le 24 octobre 1970 une Déclaration aux termes de laquelle : *« Tout État a le devoir de favoriser, conjointement avec d'autres États ou séparément, le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conformément à la charte ».*

Parmi les droits de l'homme universel figure le droit à un niveau de vie suffisant, qui est plus compris comme un engagement à atteindre par les États, que comme un véritable droit conférant au pauvre une prérogative assortie d'une sanction.

191. L'article 25 -1) de la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce que « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation, l'habillement, le logement, les soins médicaux ainsi que pour les services sociaux nécessaires ; elle a droit à la sécurité en cas de chômage, de maladie, d'invalidité, de veuvage, de vieillesse ou dans les autres cas de perte de ses moyens de subsistance par suite de circonstances indépendantes de sa volonté ».*

---

599. P. LAROQUE, *« La charte sociale européenne »* : Droit social, 1979, pp. 100 et s., spc. p. 108, n°37 ; M. TORRELLI, Le droit international humanitaire, P. U. F., collection Que sais-je ?, 2ème édition, 1989, p. 92.
600. J –P. COT et A. PELLET, *« Avant-propos »* : *in* J. –P. COT et A. PELLET (dir.), La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, Economica, 2ème édition 1991, p. VII.
601. J. –B. MARIE et N. QUESTIAUX, « *Article 55 alinéa c »* : *in* J. –P. COT et A. PELLET (dir.), La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, préc., pp. 865 et s., spc. p. 865.

Cette déclaration a été confirmée par l'article 11 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui dispose que *« Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant »*.

En 1969, par sa « *Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social* », l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies a reconnu le droit de tous de vivre dignement et de jouir librement des fruits du progrès social.

Le 4 décembre 1986, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté la Déclaration sur le droit au développement (Résolution 128 XLI), qui synthétise le point de vue de la Communauté internationale sur les droits et libertés fondamentales, innove en insistant sur le fait que le droit au développement dans tous les domaines est non seulement un droit inaliénable, visant à améliorer le « *bien-être* » de *« tous les peuples* », mais aussi de « *toute personne humaine* ».

En 1992, l'ONU a parrainé la journée mondiale du refus de la misère qui prévoit d'organiser dans les grandes capitales des manifestations de solidarité à l'égard des exclus.

Lors du premier sommet mondial pour le développement social tenu à Copenhague en mars 1995, les gouvernements ont convenu de coordonner leurs actions en vue d'éradiquer l'exclusion afin de donner aux pauvres et aux groupes les plus vulnérables les moyens de s'organiser et de participer à tous les aspects de la vie politique, économique et sociale en leur permettant de devenir de véritables partenaires du développement, élaborer des plans nationaux pour réduire la pauvreté générale et éliminer la pauvreté absolue.

Par elle-même, l'adoption de ces dispositions est un signe de la prise de conscience que la misère et l'exclusion sont des violations des droits de l'homme[602], et que la vraie civilisation, c'est d'abord la défense des plus faibles. Ces textes définissent le minimum indispensable pour assurer la dignité de tout être humain qui distingue les hommes libres des autres. En effet, il est inadmissible qu'un nombre croissant d'êtres humains soient tenus à l'écart du progrès, comme s'ils ne faisaient pas partie de la famille humaine[603]. Heureusement, cette conception

---

602. Avis et rapport du Conseil économique et social adoptant le rapport préparé par le Père Joseph WRESINSKI intitulé *« Grande pauvreté et précarité économique et sociale »* : J. O. du 28 février 1987, p. 6.
Paroles du Père WRESINSKI gravées dans une dalle commémorative déposée le 17 octobre 1987 sur le Parvis des libertés et des droits de l'homme (Trocadéro) : *« Là où des hommes sont condamnés à vivre dans la misère, les droits de l'homme sont violés ».*

603. R. BADINTER, *« L'horizon moral de notre temps »* : *in* M. BETTATI, O. DUHAMEL et L. GREILSAMER, La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 156 et s., spc. p. 158.

est aussi celle du droit européen qui dispose de moyens plus coercitifs que les normes universelles.

B - LE DROIT EUROPEEN

192. Du Moyen Âge aux Temps modernes, l'Europe a connu un droit à vocation universaliste, composé de droit romain, de droit canon et de la loi des marchands. Ce droit commun était appliqué comme méthode de raisonnement et guidait l'interprétation de droits locaux très diversifiés et complexes, à une époque où les droits nationaux n'existaient pas.

Avec l'émergence des États, le droit européen s'est progressivement nationalisé jusqu'au XIX^{ème} siècle, et l'esprit universaliste des Lumières n'empêchera pas les codifications nationales qui donneront naissance au droit comparé. Les deux guerres mondiales allant révéler des pratiques généralisées de dégradation et de destruction de certaines personnes, la nécessité de construire un droit européen allait s'imposer[604].

L'Europe d'aujourd'hui ne se désintéresse pas de la pauvreté, qui est un phénomène de grande ampleur n'épargnant aucun État, et qui hypothèque toutes les politiques nationales et européennes. Mais, en raison des oppositions pouvant exister entre les États, « *l'édification de l'Europe du droit est un combat* »[605], comme le soulignait à juste titre une Ministre de la Justice.

La volonté de lutter contre la pauvreté connaît des degrés différents, selon qu'elle se manifeste au sein du droit européen non communautaire, ou dans le droit communautaire, mais avant de présenter leurs principales dispositions, il convient d'observer qu'au-delà de leurs frontières, ces deux droits complémentaires promeuvent les droits de l'Homme, la démocratie, l'État de droit, le développement durable, la paix, la prospérité et la cohésion sociale qui ont tous des incidences importantes sur les droits et le bien-être des adultes vulnérables mais capables.

---

604. M. DELMAS-MARTY, Trois défis pour un droit mondial, Éditions du Seuil, Essais, 1998, pp. 7 et 8.
605. É. GUIGOU, *« Le mot du garde des Sceaux »* : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 3 et s., spc; p. 3.

a - LE DROIT EUROPÉEN NON COMMUNAUTAIRE

193. Le droit européen non communautaire émane du Conseil de l'Europe qui est une organisation internationale issue du Traité signé à Londres le 5 mai 1949 et regroupant aujourd'hui quarante quatre États unis par une communauté d'idées libérales. En effet, le Préambule du statut de ce Conseil mentionne que les États signataires sont « *inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples, et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du Droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ». En outre, il stipule « *qu'afin de sauvegarder et de faire triompher progressivement cet idéal et de favoriser le progrès social et économique, une union plus étroite s'impose entre les pays européens qu'animent les mêmes sentiments* ». De plus, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte sociale européenne traitent de la vulnérabilité économique, mais uniquement de manière indirecte.

Signée à Rome le 4 novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme, qualifiée par la jurisprudence d' « *instrument constitutionnel de l'ordre public européen* »[606], et par la doctrine d' « *épine dorsale des droits de l'homme pour l'ensemble des droits de l'homme* »[607] est tournée vers l'individu et le respect de ses droits, parce qu'elle a été élaborée en pleine guerre froide pour affirmer une certaine conception de la liberté et que pour un auteur elle a aujourd'hui un *« rôle crucial à jouer dans la consolidation de la démocratie et de l'État de droit dans les pays d'Europe centrale et orientale, tout en restant un test décisif de la santé démocratique des États membres du Conseil de l'Europe plus anciens »*[608]. Plus spécialement, elle prend en compte la pauvreté, en reconnaissant d'abord le droit à la vie, puis

606. C. E. D. H., Loizidou c./Turquie, 23 mars 1995, série A, n° 310 : J. C. P., 1996, I, 3910, n° 1, obs. F. SUDRE.
607. G. COHEN-JONATHAN, *« Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme »* : *in* Liber amicorum Marc-André EISSEN, Éditions Bruylant et L. G. D. J., 1995, p. 39.
608. L. WILDHABER, *« La Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur il y a 50 ans. Déclaration du Président de la Cour européenne des droits de l'homme »* : D., 2003, n°32, dernière act., p. 2182.

en prohibant tout traitement dégradant, toutefois, cette notion ne s'applique pas aux situations d'extrême pauvreté[609].

Selon un auteur, cette Convention *« demeure le modèle le plus accompli de protection, un modèle au surplus révolutionnaire par rapport aux conceptions classiques du droit international : dans la limite des droits définis, essentiellement les droits civils et politiques, la Convention tend à instaurer un contrôle supranational des actes et organes étatiques, le plus souvent à l'initiative d'individus, érigés de la sorte en véritables sujets de droit international »*[610].

Dans le même sens, un autre auteur[611] souligne que « *ce texte est l'instrument le plus parfait de protection des droits de l'homme, car il ne se contente pas d'affirmer des libertés, il organise un système assurant leur sauvegarde en permettant, dans son article 25, à toute personne physique, toute organisation non gouvernementale, ou tout groupe de particuliers d'adresser une requête contre un État-partie accusé de violer une disposition conventionnelle ».*

194. Complétée par onze protocoles additionnels, la Convention européenne des droits de l'homme est inséparable des apports de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui réalise *in concreto « une interprétation téléologique aussi bien qu'évolutive des textes »*[612] et qui constitue un instrument efficace de la protection européenne des êtres humains d'autant que celle-ci revêt un caractère obligatoire, ce qui a récemment conduit un auteur à se demander s'il ne fallait pas transformer cette Cour en juridiction constitutionnelle de l'ordre public européen des droits fondamentaux[613].

---

609. C. E. D. H., 9 mai 1990 : Dr. soc., 1991, pp. 87 et 88, obs. C. PETTITI ; C. E. D. H., 2 mai 1997, D. c./Royaume-Uni ; F. SUDRE, *"Article 3"* : *in* L. –E. PETTITI, E. DECAUX, P. –H. IMBERT (dir.), La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, préc., pp. 155 et s., spc. pp. 155 et 165 ; L. PETTITI, « *Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme* » : Dr. soc., 1991, pp. 84 et s., spc. pp. 86 et 87.

610. G. COHEN-JONATHAN et J. MATRINGE, La protection internationale des droits de l'homme : I. Europe, La documentation Française, n° 3. 05, édition 1997, p. 2.

611. B. de LAMY, « *Une nouvelle source du droit de la famille : la Convention européenne des droits de l'homme* » : Dr. fam., mars 1998, chron., pp. 9 et s., spc. p. 9.

612. O. LUCAS, *« La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile »* : J. C. P., 2002, I, 111.

613. J. –F. FLAUSS, *« Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? »* : D., 2003, n°25, chron. doct., pp. 1638 et s.

Bien que ne visant pas expressément les pauvres, mais envisageant la protection des individus ou des groupes en situation de faiblesse ou d'infériorité, la Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée le 3 mai 1996, est une convention internationale[614] qui concède aux travailleurs divers droits sociaux parmi lesquels figurent : le droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, le droit au travail, le droit à des conditions de travail équitables, le droit à une rémunération équitable, le droit à la protection en cas de licenciement, le droit des travailleurs à la protection de leurs créances en cas d'insolvabilité de leur employeur, le droit à la protection de la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit à l'assistance sociale et médicale, le droit au bénéfice des services sociaux, le droit des adolescents à une protection économique et sociale, le droit des personnes âgées à une protection sociale, le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique, le droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance, le droit des personnes handicapées à l'autonomie, à l'intégration sociale et à la participation à la vie de la communauté, le droit à l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe, et le droit au logement.

Une évolution se dessine en faveur du respect des droits de l'homme par les États européens. Jusqu'à une période récente, les traités ne comportaient aucun catalogue des droits fondamentaux comparable à ce qui existe dans certaines constitutions nationales ou dans la Convention européenne des droits de l'homme. Mais aujourd'hui, le Traité d'Amsterdam place les droits de l'homme au coeur de l'intégration communautaire, si bien que son Préambule évoque désormais l'attachement des États aux droits sociaux fondamentaux *« tels qu'ils sont définis dans la Charte sociale européenne »*[615].

De plus, et alors que jusqu'à présent les traités actuels l'ont toujours refusé, le projet de constitution européenne, rejeté par une majorité de Français lors du référendum du 29 mai 2005, octroyait à l'Union européenne la personnalité juridique, ce qui lui aurait permis de signer des traités internationaux et de renforcer son rôle sur la scène mondiale en ayant

---

614. P. LAROQUE, « *La charte sociale européenne* » : Dr. soc., 1979, pp. 100 et s., spc. p. 107, n°34.

615. F. SUDRE, « *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?* » : J. C. P., 1998, I, 100, n°s 1 et 2 ;
A. GRUBER, « *Faut-il avoir peur de Traité d'Amsterdam ?* » : Les petites affiches, n° 17 du 25 janvier 1999, pp. 6 et s., spc. p. 12.

désormais le droit d'adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme. Cependant, pour un auteur, cette absorption n'était pas sans arrière pensée, car tout en sauvegardant l'autonomie européenne, elle évitait *« la subordination d'un ensemble à l'autre, et d'une cour à l'autre »*[616].

b - LE DROIT EUROPÉEN COMMUNAUTAIRE

195. Le droit européen communautaire prend une importance chaque jour grandissante.

Cette tendance vers toujours *« plus d'Europe »* selon la devise du Conseil européen de Séville de 2002 était renforcée avec le projet de constitution européenne[617] rejeté lors du référendum du 29 mai 2005, qui était appelé à remplacer dans un texte constitutionnel unique les traités antérieurs.

Cependant, limitée au départ à six pays, la Communauté économique européenne, devenue l'Union européenne, englobe aujourd'hui la quasi-totalité de l'Europe occidentale, et une partie des ex-pays de l'Est, soit vingt-cinq États membres.

De plus, bien que les traités instituant la Communauté européenne aient toujours privilégié le développement économique à l'élaboration d'un droit social communautaire, ceux-ci comportent tous des finalités et des objectifs sociaux.

Ainsi, le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne prévoit que l'objectif de celle-ci est de promouvoir le progrès économique et social et de favoriser l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi. Ensuite, ont été introduites, parmi les missions de la Communauté, les notions de « *niveau d'emploi et de protection sociale élevé »* et de *« relèvement du niveau et de la qualité de la vie »*.

En sens contraire, voir : J. -L. SAURON, « *Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée ? »* : D., 1998, chron., pp. 69 et s., spc. p. 78 ; P. WACHSMANN, *« Les droits de l'homme »* : R. T. D. eur., 1997, pp. 175 et s., spc. p. 180.

616. M. DELMAS-MARTY, Trois défis pour un droit mondial, précité, p. 100.

617. J. –C. ZARKA, *« Le projet de constitution adopté par la Convention sur l'avenir de l'Europe »* : Petites affiches, n°144 du 21 juillet 2003, pp. 4 et s.

196. L'Acte unique européen signé en 1986, en ouvrant la possibilité d'adopter à la majorité qualifiée, et non plus à l'unanimité, des directives dans le domaine de la sécurité et de la santé des salariés (article 118 A), a permis de lancer l'élaboration d'un droit social européen[618]. D'ailleurs, s'il est souvent reproché à ces directives d'être moins favorables aux salariés que certaines conventions de l'Organisation internationale du travail, elles présentent l'avantage de voir leur application contrôlée par la Cour de justice des communautés européennes.

Le traité de Maastricht adopté en 1992 affirme que la lutte contre l'exclusion fait partie de la politique sociale de l'Union européenne, qui s'étend aux personnes exclues du monde du travail. Le principe de subsidiarité avait jusqu'à alors limité considérablement ses possibilités d'actions concertées[619], car la lutte contre l'exclusion relevait des responsabilités et des initiatives des États. Cependant, cette situation évolue, car le traité de l'Union européenne fait figurer parmi ses mesures et actions[620] la protection de la cohésion économique et sociale.

197. Sur le plan juridique, et dans une logique de droits des travailleurs, l'Union européenne participe au combat contre la pauvreté, par la reconnaissance de droits sociaux. La Charte des droits sociaux fondamentaux de l'Union européenne, adoptée lors du Conseil européen de Strasbourg des 8 et 9 décembre 1989 constitue le socle de l'Europe sociale, en fixant, sans les imposer, les grands objectifs d'une politique sociale accompagnatrice des réformes économiques[621], qui peuvent aussi être pris en considération par la Cour de Justice des Communautés Européennes[622] qui a récemment admis des restrictions à la libre circulation des marchandises au profit des droits fondamentaux garantis tant par la Convention européenne des droits de l'homme que par une constitution nationale. Cette Charte comprend une cinquantaine d'articles qui énumèrent des droits sociaux apparemment intéressants tels

---

618. A. MAYER, *« Avant-propos »* : *in* A. MAYER (dir), L'Europe sociale, La documentation française, 1998, pp. 3 et s.
619. P. RODIÈRE, Droit social de l'Union européenne, L. G. D. J., collection Manuels, juillet 1998, pp. 1 et 2.
620. N. FONTAINE, « *La jurisprudence de la C. J. C. E. est appelée à jouer un rôle clé »* : Dr. et patrimoine, n° 62, juillet-août 1998, pp. 6 et s., spc. p. 8.
621. N. CATALA et R. BONNET, *« La Charte de 1989 : un texte non contraignant... mais source de jurisprudence »* : *in* A. MEYER (dir), L'Europe sociale, préc., pp. 23 et s., spc. p. 23 ; G. LEBRETON, *« Critique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »* : D., 2003, chron. doct., pp. 2319 et s. ; M. –C. PONTHOREAU, *« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux »* : R. F. D. A., 2003, Rubriques Droits et libertés, pp. 928 et s.
Sur la portée de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, voir :
C. J. C. E., 6ème ch., 26 juin 2001 : D., 2002, jur. comm., pp. 444 et s., note J. –L. CLERGERIE.

que le droit à l'aide sociale, le droit à une aide au logement destiné à assurer une existence digne, le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée, mais en réalité la rédaction de ces articles n'est pas satisfaisante parce qu'elle crée des droits sociaux européens qui sont en retrait vis-à-vis des législations nationales[623]. Par exemple, le droit au travail devient un droit de travailler, le droit au logement est transformé en un droit à l'aide au logement, les droits à la sécurité sociale, à l'aide sociale et à accéder aux services d'intérêt général sont listés, sans que leur promotion ne soit prévue. Cependant, parmi les droits fondamentaux reconnus par la Charte, qui était intégrée, depuis le Conseil européen de Bruxelles du 18 juin 2004, dans le traité instituant la Constitution de l'Union européenne[624] tout récemment rejeté par le Peuple français, l'article 4 dispose « *tout citoyen de la Communauté a droit à une protection sociale adéquate. Ceux qui, exclus du marché du travail, n'auraient pas les moyens d'existence suffisants, doivent bénéficier d'un revenu minimum et d'une assistance sociale appropriée* »[625]. Cette reconnaissance, même non assortie de sanctions, indique que le droit à la subsistance constitue un objectif à atteindre et la base d'une politique communautaire à mener contre la pauvreté. En outre, les valeurs de l'Union européenne comprennent les droits des personnes appartenant à des minorités, la non-discrimination et l'égalité entre les hommes et les femmes.

Si l'Europe sociale existe, elle demeure le parent pauvre de la construction communautaire[626], car le chômage massif touchant les États européens les conduit à privilégier plutôt les préoccupations relatives à l'emploi que celles concernant une protection accrue des personnes. Heureusement, le droit de chaque nation peut renforcer cette dernière, sans laquelle il n'existe pas de cohésion sociale indispensable à la réussite de toute politique économique.

---

622. C. J. C. E., 12 juin 2003, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge et Republik Österreich : Petites affiches, n°6, du 8 janvier 2004, pp. 8 et s., note T. GEORGOPOULOS.

623. En ce sens, voir : M. BADEL, *« La lutte contre l'exclusion dans l'Union européenne »* : R. D. sanit. soc., 2003, pp. 363 et s., spc. p. 381.

624. Sur le projet de constitution européenne, voir : B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *« Brèves remarques sur le projet de constitution européenne »* : J. C. P., 2003, act., 520 ; J. -P. FELDMAN, *« Sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe »* : D., 2004, point de vue, pp. 1531 et s. ; J. –L. HALPERIN, *« L'Union européenne, un État en voie de constitution ? »* : D., 2004, point de vue, pp. 219 et s. ; M. CLAPIÉ, *« Traité ou constitution ? À propos du projet de Constitution de l'Union européenne »* : D., 2004, chron. doct., pp. 1176 et s.

625. Les points 19 à 26 de cette Charte préconisent une protection particulière de populations vulnérables : enfants, adolescents, personnes âgées, personnes handicapées.

626. En 2003, l'Union européenne a dépensé 7,4 milliards d'€ pour les affaires sociales et l'emploi, ce qui représente
8 % du budget communautaire.

§ 2 - LE DROIT NATIONAL

198. Dans la démocratie socio-libérale que constitue notre pays, le rôle de l'État demeure très important, car celui-ci intervient dans le fonctionnement du marché pour préserver la concurrence et atténuer le chômage, assure un minimum social aux plus défavorisés, et tente de maintenir une certaine forme d'équité dans la répartition des biens par la fiscalité notamment.

Ainsi, l'État soumis au droit constitutionnel (A) et au droit administratif (B) lutte par une multitude de mesures contre les vulnérabilités économique et sociale de ses citoyens.

A - LE DROIT CONSTITUTIONNEL

199. Au sommet de la hiérarchie interne des normes juridiques se trouve la Constitution qui assujettit les détenteurs de l'autorité politique au respect d'une loi qui leur est extérieure.

Afin de protéger les personnes économiquement et socialement vulnérables, le droit constitutionnel rappelle que si la souveraineté normative du législateur lui donne en principe le pouvoir de tout faire, elle ne lui donne pas le droit de tout faire, à la différence des régimes totalitaires. Ainsi, le droit constitutionnel fixe des principes et des objectifs vers lesquels doivent tendre le législateur et le gouvernement. Le droit constitutionnel pénètre dans toutes les disciplines juridiques. Ses techniques devraient permettre d'éviter des retours en arrière. Si la stagnation des droits sociaux qu'il institue est possible, seule leur progression est concevable sur le long terme.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui est notre *« Constitution sociale »*, renvoie à des situations dans lesquelles la personne est vulnérabilisée, ce qui fait dire à un

auteur que « *la vulnérabilité n'est donc pas tout à fait absente du droit constitutionnel* »[627]. Ainsi, ce Préambule reconnaît un droit fondamental à la subsistance qui est proclamé d'une façon solennelle dans ces termes : *« Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit de recevoir de la collectivité des moyens convenables d'existence »*. Son 10ème alinéa précise également que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Ses 5ème, 6ème et 7ème alinéas prennent aussi en considération la particulière vulnérabilité du candidat à un travail et du titulaire d'un poste qui dépendent l'un et l'autre de la volonté de l'employeur, en prohibant toute discrimination négative, en accordant à tout travailleur la possibilité de défendre ses droits et intérêts par l'action syndicale et d'adhérer au syndicat de son choix, et en consacrant l'existence d'un droit de grève. Son 4ème alinéa protège enfin l'homme persécuté, qui « *en raison de son action en faveur de la liberté, a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Pour un auteur, il crée « *un statut constitutionnel de l'étranger* »[628] qui confère au demandeur d'asile un certain nombre de garanties. Ainsi, et afin de respecter ce droit fondamental, les autorités administratives et judiciaires sont tenues d'examiner sa situation, les droits de la défense doivent être respectés et le bénéficiaire du droit d'asile a droit à une vie familiale normale.

La Vème République s'est ralliée à ces positions au moyen du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose *« Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme... tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 »*.

En plus de ces textes, le Conseil constitutionnel favorise les individus les plus faibles, qu'ils soient français ou étrangers en situation régulière[629]. Ainsi, une décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1991 a laissé entendre que la protection renforcée des adultes les plus vulnérables (malade, infirme, ou très âgé) n'était pas de nature à enfreindre l'égalité devant la loi proclamée par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme du

---

627. E. VALLET, *« La vulnérabilité et le droit constitutionnel »* : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 57 et s., spc. pp. 57 et 61.
628. B. GENEVOIS, « *Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993* » : R. F. D. A., 1993, pp. 871 et s., spc. pp. 875 et 881.
629. Cons. Const. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 : R. J. C., pp. 392 et s.

26 août 1789[630]. Parallèlement, le Conseil constitutionnel a annulé, pour « *"erreur manifeste d'appréciation »* du Parlement, des lois qui portaient aux libertés et au principe d'égalité des atteintes qui excédaient manifestement les exigences de l'intérêt général invoqué[631]. Dans le même esprit protecteur, il convient de souligner l'importance de la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994[632] qui affirme l'existence d'un principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, dignité qui doit être protégée contre toute forme d'asservissement et de dégradation et qui conduit à la reconnaissance de deux droits essentiels aux adultes les plus vulnérables : le droit au logement (a) et le droit à la santé (b).

630. Cons. Const. n° 91-296 DC du 29 juillet 1991 : J. O. du 31 juillet 1991, pp. 10162 et s.
631. Cons. Const., 19-20 janvier 1981, Sécurité et liberté ; Cons. Const., 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988.
632. Cons. Const., 27 juillet 1994 : D., 1995, jur., pp. 237 et s., note B. MATHIEU.

a - LE DROIT AU LOGEMENT

200. Un auteur a légitimement pu écrire que « *le droit au logement est l'une des grandes questions sociales à laquelle est confrontée la société. Le logement est aujourd'hui la priorité des priorités. En ce domaine, les inégalités paraissent plus insupportables que naguère. Les professionnels du droit aussi bien que les travailleurs sociaux savent quel lien étroit unit les problèmes du logement et ceux de la famille, sans pouvoir dire quelle est la cause, quel est l'effet. « Là où l'avoine manque, les chevaux se battent » dit un vieux proverbe »*[633].

Le logement est l'un des moyens d'assurer la dignité de la personne humaine, car l'homme à la rue est exclu de l'humanité, et la plupart de ses droits civils lui sont inaccessibles : vie privée et familiale, droit de vote, etc. Celui-ci est un besoin vital mais aussi un point d'ancrage. L'exclusion du logement, ou par le logement, amorce, nourrit et traduit la pauvreté. Ainsi, le droit au logement est un attribut du droit à la subsistance au même titre que l'alimentation et l'habillement.

201. Parmi les divers droits sociaux, celui au logement occupe une place particulière, car il est une condition essentielle au bonheur. Le logement n'est pas seulement un toit pour s'abriter des éléments extérieurs et du froid, c'est aussi l'endroit où la famille se retrouve. C'est un lieu privilégié qui bénéficie d'un statut particulier. Quel que soit le régime matrimonial adopté, les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer de ce logement ni des meubles meublants dont il est garni selon l'article 215 du Code civil. Cependant, cette protection du logement familial rencontre une limite : c'est l'intérêt des créanciers. Ainsi, un époux ne peut seul ni vendre ni hypothéquer le logement familial, mais il arrivera au même résultat par les dettes qu'il aura contractées. De la même façon, un syndic de faillite peut faire vendre ce logement si le mari est en liquidation de biens[634]. Dans toutes ces hypothèses, l'article 215 du Code civil ne prive pas les créanciers de leurs droits, et le logement de la famille n'est pas un bien insaisissable[635], à moins que celui-ci bénéficie du dispositif introduit par la loi Dutreil n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique qui permet à toute personne exerçant une

633. M. –H. RENAUT, « *Entre expulsion et droit au logement. L'occupant sans titre* » : La revue des huissiers de justice, avril 1999, n° 4, La revue des idées, pp. 229 et s., spc. p. 231.
634. Civ. 3ème, 12 octobre 1977 : D., 1978, jur., pp. 333 et s., note Y. CHARTIER.

profession indépendante de rendre son logement principal insaisissable, au moyen d'une déclaration unilatérale faite devant un notaire qui est publiée au bureau des hypothèques. Ainsi, l'application de ce dernier dispositif met ledit logement à l'abri des créanciers professionnels futurs de l'entrepreneur individuel[636].

Mais, le droit au logement n'est pas une réalité pour la partie la plus vulnérable de la population. En effet, ce droit n'est intégré ni dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ni dans les Préambules des Constitutions de 1946 et de 1958, ni dans la Convention européenne des droits de l'homme ou dans ses protocoles additionnels, parce que si les États s'accordent sur son existence, il n'en est pas de même pour sa portée. Il apparaît néanmoins dans l'article 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui le reconnaît en en faisant une composante du droit à un niveau de vie suffisant.

202. De plus, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel renforce la portée de ce droit.

Dans un premier temps, et par décision du 29 mai 1990, ledit Conseil a énoncé que la promotion du logement des personnes défavorisées répondait à une exigence d'intérêt national et qu'en ce domaine, il revenait au législateur de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales[637].

Dans un deuxième temps, un arrêt du même Conseil du 19 janvier 1995, a considéré que « *la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle* »[638].

Dans un troisième temps, et par décision du 29 juillet 1998[639], le Conseil constitutionnel a confirmé sa position en précisant les limites du droit au logement : *« Considérant (...) que s'il appartient au législateur de mettre en oeuvre l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, et s'il lui est loisible, à cette fin d'apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires,*

---

635. Civ. 1ère, 4 octobre 1983 : Gaz. Pal., 1984, II, jur., pp. 445 et s., note M. HENRY.
636. F. VAUVILLÉ, *« Les loi Dutreil et Borloo modifient la situation du conjoint de l'entrepreneur qui cautionne les dettes de son époux »* : R. J. P. F., septembre 2003, n°9, pp. 17 et s.
637. Cons. const. n° 90-274 DC, du 29 mai 1990 : R. J. C., pp. 403 et s.
638. Cons. const. n° 94-359 DC, du 19 janvier 1995 : A. J. D. A., 1995, pp. 455 et s., note B. JORION.
639. Cons. const. n° 98-403 DC, du 29 juillet 1998 : D., 1999, jur., pp. 269 et s., note W. SABÈTE.

c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés (...) ».

Ainsi, le droit au logement n'est pas un droit, mais une possibilité que les décisions du Conseil constitutionnel ont entérinée, car l'État n'aura peut-être jamais les moyens financiers qui lui permettraient d'assurer l'instauration d'un authentique droit au logement, et que le marché n'est jamais assez fluide pour offrir à tout adulte selon ses moyens une véritable liberté de choix, de son mode d'habitation et de sa localisation. En effet, consacrer la possibilité d'obtenir un logement, c'est se placer sur un terrain qui est plus celui d'un droit-liberté que celui d'un droit-créance, d'autant que la loi reconnaît concurremment le droit de propriété. D'ailleurs, compte tenu de la règle selon laquelle la hiérarchie des normes ne s'applique pas dans le cadre du bloc de constitutionnalité, ces deux droits doivent être rendus compatibles[640], et le second ne peut pas être mis en oeuvre par une atteinte à la propriété d'autrui.

203. En plus de sa reconnaissance par le Conseil Constitutionnel, le droit au logement a d'abord été affirmé, avant d'être mis en œuvre dans plusieurs textes législatifs afin d'assurer une protection de plus en plus intense aux personnes vulnérables.

Les dispositions des articles 1^ers^ de la loi n°82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et obligations des locataires et des bailleurs et de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs qualifient le droit au logement de *« droit fondamental »*. L'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 met en oeuvre ce droit en prévoyant que si le bailleur peut donner congé au locataire afin de reprendre le logement loué pour le vendre ou pour s'y loger, y loger 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 à la condition que le locataire ne soit pas âgé de plus de soixante-dix ans et qu'il ait des ressources annuelles inférieures à une fois et demie le montant du salaire minimum de croissance annuel. Le bailleur ne peut mettre fin au contrat assurant le logement d'une personne vulnérable que dans la mesure où un logement correspondant à ses besoins et à ses possibilités lui a été offert.

---

640. H. PAULIAT, « *L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété* » : D., 1995, chron., pp. 283 et s., spc. p. 285 ; A. BRANE, O. –J. BRANE, M. KERLANN, *« Squat et droit au logement (portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^er^ mars 1995 »* : Gaz. Pal., 1995, II, doct., pp. 1060 et s.
En sens contraire, voir : Paris, 26 novembre 1997 : Administrer, mars 1998, n° 298, p. 41 ; Paris, 1^ère^ ch. B, 17 octobre 1997 : Gaz. Pal. des 25/26 septembre 1998, somm., pp. 18 et s., note J. RÉMY.

Toutefois, lorsque le bailleur est lui-même une personne vulnérable, c'est-à-dire une personne physique âgée de plus de soixante ans[641] ou dont les ressources sont inférieures à une fois et demie le montant annuel du salaire minimum de croissance, son droit de reprise n'est pas limité par des considérations inhérentes à la personne du locataire.

L'article 1er de la loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en oeuvre d'un droit social au logement indiquait que « *garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la Nation. Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, en raison de l'inadaptation de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide de la collectivité, dans les conditions fixées par la présente loi, pour accéder à un logement décent et indépendant ou s'y maintenir* »[642]. En outre, cette loi prévoit un plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées.

La loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat comporte des dispositions relatives au logement des personnes à faibles ressources et un plan pour l'hébergement d'urgence des personnes sans abri.

La loi d'orientation du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions fait une application concrète du droit au logement, en améliorant le dispositif de prévention des expulsions[643].

Les articles L. 642-1 à L. 642-28 du Code de la construction et de l'habitation créés par l'article 52 de la loi du 29 juillet 1998 reconnaissent au préfet le droit de réquisitionner, pour une durée comprise entre un et six ans (douze ans en cas de travaux nécessaires importants), des locaux sur lesquels une personne morale est titulaire d'un droit réel

---

641. La jurisprudence est sévère dans l'application de cette disposition lorsque le logement est indivis. En effet, elle exige alors que tous les propriétaires indivis aient dépassé cet âge. En ce sens, voir :
Nîmes, 2ème ch. A, 10 septembre 1998 : Loyers et copropriété, avril 1999, comm., n° 90, p. 13, obs. B. VIAL-PÉDROLETTI ; M. PIALOUX, *« La protection des personnes âgées et/ou à faibles ressources dans les congés des baux à usage d'habitation ou mixtes »* : Revue des Loyers, mars 2002, pp. 126 et s.

642. E. –P. GUISELIN, *« L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur, ni vaincu »* : Petites affiches, n° 51, du 13 mars 2000, pp. 6 et s., spc. p. 6.

643. Pour les détails techniques de ces modifications, voir : H. CROZE, « *L'aménagement des expulsions par la loi contre les exclusions* » : Procédures, octobre 1998, comm., pp. 9 et s. ; H. CROZE, « *Repères* » : Procédures, janvier 1999, p. 3 ; N. MONACHON-DUCHÈNE, « *Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion* » : J. C. P., 1998, I, 174 ; B. VIAL-PÉDROLETTI, « *La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement* » : J. C. P. éd. N., 1998, I, pp. 1687 et s.
Voir cependant : J. –J. BOURDILLAT, « *La résiliation du bail à usage d'habitation à l'épreuve de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : approche pragmatique d'un leurre politique* » : D., 1999, chron., pp. 375 et s., spc. p. 375.

conférant l'usage des locaux et qui sont vacants depuis plus de dix-huit mois, dans les communes où existent d'importants déséquilibres entre l'offre et la demande de logement au détriment des personnes à revenus modestes et des personnes défavorisées.

204. Dans le même esprit, la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains a conforté par plusieurs dispositions le droit au logement[644].

Tout d'abord, le 1er alinéa de l'article 1719 du Code civil a été réécrit de la manière suivante : « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : 1° de délivrer au preneur la chose louée et, s'il s'agit de son habitation principale, un logement décent* ». De même, l'article 6 modifié de la loi du 6 juillet 1989 prévoit que *« Le bailleur est tenu de remettre au locataire un logement décent ne laissant pas apparaître de risques manifestes pouvant porter atteinte à la sécurité physique ou à la santé et doté des éléments le rendant conforme à l'usage d'habitation. Les caractéristiques correspondantes sont définies par décret en Conseil d'Etat pour les locaux à usage d'habitation principale ou à usage mixte mentionnés au premier alinéa de l'article 2 et les locaux visés au deuxième alinéa du même article, à l'exception des logements-foyers qui sont soumis à des réglementations spécifiques ».*

En application de ces textes, le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002 a défini les caractéristiques du logement décent que tout bailleur doit remettre au preneur.

Ensuite, la loi du 13 décembre 2000 complète réforme de 1998 sur les expulsions en prévoyant l'obligation de notification au préfet vaut à l'égard d'une action tendant à la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire, comme pour l'assignation tendant au prononcé de la résiliation du bail motivée par l'existence d'une dette locative du preneur.

En outre, il existe un délai minimum de deux mois pour que le propriétaire ait la possibilité de procéder à une expulsion régulière, et que ce délai peut être prorogé, lorsque l'expulsion est susceptible d'avoir pour l'occupant des conséquences d'une exceptionnelle dureté. Pour apprécier l'existence et l'intensité de telles conséquences, la jurisprudence prend en

644. J. –P. BLATTER, « *Les modifications apportées par la loi SRU à la loi du 6 juillet 1989 et au droit commun du bail d'habitation et mixte* » : A. J. D. I., mars 2001, pp. 215 et s. ; J. LAFOND, « *La loi "SRU" et les baux d'habitation* » : J. C. P., éd. N., 2001, immobilier, pp. 573 et s.

considération la situation particulière de l'occupant, et notamment sa vulnérabilité[645], qui est susceptible d'amener le juge à lui accorder des délais de paiement.

Ainsi, la suspension de l'exécution provisoire a été admise au profit d'un occupant qui s'était maintenu dans les lieux pendant deux ans en raison du fait que la gravité de sa maladie, la faiblesse et la précarité de ses ressources, le plaçaient dans une situation extrêmement fragile à laquelle l'exécution provisoire sous forme d'expulsion apporterait un surcroît de difficultés constitutives de conséquences manifestement excessives[646]. Cependant, la mauvaise foi de l'occupant ne peut justifier ni son maintien dans les lieux[647] ni l'octroi de nouveaux délais[648].

De plus, même si le juge ordonne l'expulsion d'un occupant, il peut accorder, sans qu'il ait à justifier d'un titre à l'origine de l'occupation, des délais renouvelables excédant une année, chaque fois que son relogement ne peut avoir lieu dans des conditions normales. Pour fixer ces délais, la loi demande au juge de prendre en considération les situations respectives du propriétaire et de l'occupant, notamment en ce qui concerne l'âge, l'état de santé, la qualité de sinistré par faits de guerre, la situation de famille ou de fortune de chacun d'eux, les circonstances atmosphériques, ainsi que les diligences que l'occupant justifie avoir faites en vue de son relogement. En fait, si l'occupant est en situation de faiblesse, son expulsion n'est prononcée que dans la mesure où une possibilité de relogement lui est offerte[649].

Enfin, pour tous les immeubles bâtis, l'article 74 de la loi du 13 décembre 2000 aboutit, au moins indirectement à une interdiction de vente, de location ou d'occupation de certains locaux qui, sans être insalubres, au sens strict du terme, n'ont pas les commodités minimales d'habitabilité et n'ont pas une superficie de 14 m2 ou un volume de 33 m3.

205. La loi n° 2001-1247 du 21 décembre 2001 a ajouté à la liste des personnes mal logées, défavorisées ou rencontrant des difficultés particulières de logement pour des raisons d'ordre financier ou tenant à leurs conditions d'existence les « *personnes en situation de handicap »* et

---

645. T. G. I. Senlis, JEX,, 25 mars 1993 : Juris-Data n° 049643.
646. Paris, Ord. 1er prés., 17 mai 1994 : Revue des loyers et des fermages, 1994, p. 406 ;
Civ. 2ème 16 juillet 1993 : inédit.
647. Versailles, 14ème ch., 18 décembre 1992 : Juris-Data n° 047137.
648. T. G. I. Brive-La-Gaillarde, JEX, 7 avril 1993 : Revue des loyers et des fermages, 1993, p. 365.
649. Paris, 1ère ch., sect. des urgences, 8 décembre 1987 : Juris-Data n° 028900 ; Civ. 3ème, 1er mars 1995 : Gaz. Pal., 1995, II, jur., p. 492.

les « *familles ayant à leur charge une personne en situation de handicap* », parmi les critères de priorités fixés pour l'attribution des logements sociaux.

La loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a aussi renforcé le droit au logement en introduisant un principe de non-discrimination dans le choix du locataire énoncé dans ces termes : « *Aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison de son origine, son patronyme, son apparence physique, son sexe, sa situation de famille, son état de santé,, son handicap, ses moeurs, son orientation sexuelle, ses opinions politiques, ses activités syndicales ou son appartenance ou sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* ».

En cas de litige relatif à l'application de cette disposition qui était déjà formulée dans les articles L. 122-45 du Code du travail et 225-1 et 225-2 du Code pénal, le législateur a retenu un nouveau système probatoire[650] selon lequel la personne s'étant vu refuser la location d'un logement présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Cette disposition, relative à la charge de la preuve, avait été contestée devant le Conseil constitutionnel. Par une décision du 12 janvier 2002[651], ce dernier a rejeté le grief, en considérant d'une part que la disposition en cause *« ne saurait dispenser la partie demanderesse d'établir la matérialité de faits précis et concordants qu'elle présente au soutien de son allégation »*, et en précisant d'autre part que la partie défenderesse, c'est-à-dire le bailleur accusé de discrimination, sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée par la gestion normale de son patrimoine immobilier.

En outre, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 prévoit également que lorsque le bailleur exige un cautionnement, il ne lui est pas possible de refuser la caution présentée au motif que cette dernière ne possède pas la nationalité française. Ce texte protège les ressortissants étrangers qui ne peuvent fournir que des cautions étrangères, comme c'est le cas de nombreux étudiants étrangers venant séjourner momentanément sur le territoire français.

---

650. F. –J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, *« Commentaire de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (11ème partie) »* : Petites affiches, n° 26, du 5 février 2002, pp. 6 et s., spc. p. 6.
651. Cons. Const., 12 janvier 2002, D. C. n° 2002-455. (J. O. du 18 janvier 2002).

Enfin, par respect pour la vie privée du locataire parfois atteinte par des intrusions importantes de leur propriétaire, la même loi précise que le bailleur ne peut lui demander que lui soient fournis, préalablement à l'établissement du contrat de bail, les documents suivants : photographie d'identité, carte d'assuré social, copie de relevé de compte bancaire ou postal et attestation de bon tenue d'un tel compte.

Sous un angle plus général, et en application de l'article 66 de la Constitution de 1958, le juge judiciaire a le devoir de faire produire des effets au droit au logement dans ses deux branches : accès et maintien dans le logement. Pour clore ces développements sur le droit au logement, il apparaît que le principe de dignité de la personne n'est plus à la merci d'autres principes. Il en résulte que le droit de celui qui habite tend, par considération d'humanité, à l'emporter sur le droit de celui qui est propriétaire. En effet, et depuis plus de vingt ans, toute l'évolution du droit des adultes vulnérables mais capables est globalement allée dans ce sens, alors que les difficultés qu'il rencontre pour réaliser un équilibre délicat entre le droit au logement et le droit de propriété sont nombreuses et subtiles. Dans ce sens, l'Inspection générale des affaires sociales observe que *« les actions prévues pour renforcer le droit au logement produisent des résultats très en deçà des ambitions initiales : la prévention des expulsions ne bénéficie pas d'une phase précontentieuse efficace, des dispositifs sont mis en place (…) mais leur impact est peu sensible pour les personnes concernées. (…) Les possibilités d'hébergement sont aussi saturées malgré une augmentation des places disponibles. Ces solutions palliatives sont en fait débordées par des difficultés situées en amont et/ou en aval : le nombre insuffisant de lieux d'accueil pour les personnes demandeurs d'asile et de façon générale l'écart grandissant entre la demande et l'offre de logement social »*[652].

b – LE DROIT À LA SANTÉ

206. La santé et le droit entretiennent des relations étroites. À ce propos, un auteur observe que « *le terrain d'élection de la vulnérabilité est celui de la santé et tout ce qui tourne*

652. M. FOURCADE, V. JESKE et P. NAVES, *« La loi d'orientation de lutte contre les exclusions. Sa mise en œuvre de 1998 à 2004 … et après »* : Dr soc., 2004, pp. 687 et s., spc. pp. 688 et 689.

autour »[653], si bien que le droit à la santé est un élément du droit à la subsistance et l'une des mesures incontournables de lutte contre l'exclusion sociale[654]. Pour mesurer l'effectivité du droit à la santé, il convient d'en préciser les sources tant sur le plan international qu'au niveau national.

Sur le plan international, l'Organisation mondiale de la santé a pour objectif *« d'amener tous les peuples au niveau de santé le plus élevé possible »*, ce qui est très large puisqu'elle définit la santé comme un *« état de complet bien-être physique, mental et social »*, et l'article 25-1 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dispose que « *Toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé »*.

Au niveau national, le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que la nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »*. Par ce texte, le législateur a voulu dire qu'il n'a pas la charge d'assurer la santé, mais la protection de la santé[655], en garantissant un accès équitable aux soins, c'est-à-dire sans discrimination injustifiée et leur obtention effective[656], et non pas un droit individuel à vivre en bonne santé qui autoriserait chacun à s'en prévaloir et, le cas échéant, à exiger réparation dans tous les cas où la jouissance de ce droit serait perturbée.

Dans un arrêt du 22 juillet 1980, le Conseil constitutionnel a précisé que le droit à la santé avait pour objet de satisfaire l'un des besoins essentiels de l'individu, et en lui conférant la

---

653. C. –J. BERR, « *Vulnérabilité et assurance* » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 233 et s., spc. p. 236.
654. M. JAEGER, *« Du handicap à l'exclusion : des frontières brouillées »* : Esprit, décembre 1999, pp. 46 et s., spc. p. 50.
655. En ce sens, voir : J. MOREAU, « *Le droit à la santé* » : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, spécial, pp. 185 et s., spc. p. 185.
656. En ce sens, voir : P. PÉDROT, « *L'accès aux soins des personnes les plus démunies* » : R. D. sanit. soc., 1995, pp. 394 et s., spc. p. 395 ; P. –Y. VERKINDT, « *La santé des personnes les plus démunies et le rôle des organismes sociaux* » : R. D. sanit. soc., 1999, pp. 416 et s., spc. p. 417.

qualité de principe à valeur constitutionnelle[657], alors que celui-ci n'avait pas été formellement consacré par la Constitution de 1958[658].

De plus, l'article 67 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 reconnaît le droit à la santé en faisant de l'accès à la prévention et aux soins des personnes les plus démunies « *un objectif prioritaire de la politique de santé* ».

B - LE DROIT ADMINISTRATIF

207. Le droit administratif complète le droit international en considérant comme fondamentaux les droits liés aux libertés suivantes : individuelle, d'aller et venir, de pensée, de religion, de conscience, d'association, d'enseignement, de la presse, d'entreprendre, mais il se situe également dans la mouvance du droit constitutionnel, qui rappelle que les raisons d'être de l'État de droit sont de préserver les citoyens de l'arbitraire, et d'adoucir le sort des personnes les plus vulnérables afin de garantir l'équité et de sauvegarder l'ordre public[659].

Si l'idée de la protection étatique des personnes contre les vulnérabilités économique et sociale parait aujourd'hui naturelle, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, sous l'Ancien Régime, le pauvre n'avait pas de droits, il n'avait que des devoirs liés au respect de l'ordre public qui se traduisaient notamment par la prohibition du vagabondage[660], dont le thème demeure d'actualité, puisqu'un abondant contentieux des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité continue d'exister, alors que ces actes sont contraires aux droits fondamentaux des personnes sans domicile fixe, et à leur liberté d'aller et de venir[661], principe de valeur constitutionnelle, qui a subi une atteinte importante avec la loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. En effet, celle-ci crée une nouvelle infraction inscrite dans

---

657. Cons. const. n°80-117 DC, du 22 juillet 1980 : R. J. C., pp. 81 et s.
658. F. LUCHAIRE, « *Les fondements constitutionnels du droit civil* » : R. T. D. civ., 1982, pp. 245 et s., spc. p. 253.
659. C. RIBOT, *« La vulnérabilité en droit administratif »* : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 311 et s., spc. p. 313.
660. J. SAYAH, « *Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé* » : R. S. crim., 1997, pp. 45 et s., spc. p. 45.
661. I. MICHALLET, *« Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité »* : A. J. D. A., 2001, pp. 320 et s., spc. pp. 320, 321 et 328.

l’article 312-12-1 du Code pénal qui punit de six mois de prison et de 3 750 € d’amende le fait « en réunion et de manière agressive, ou sous la menace d’un animal dangereux, de solliciter, sur la voie publique, la remise de fonds, de valeurs ou d’un bien ». Interrogé sur la création de ce délit, le Conseil constitutionnel, par sa décision précitée du 13 mars 2003 a jugé que celui-ci n’entraînait pas une double incrimination avec le délit d’extorsion de fonds contraire au principe de nécessité des peines, au motif que leurs éléments constitutifs visaient des comportements distincts.

Les hommes de la Révolution de 1789, inspirés par la philosophie des lumières, avaient pour objectif de remplacer les devoirs des pauvres par l'octroi de deux catégories de droits : droits de l'homme sur la société et droits de la société sur l'homme. Pour ce faire, ils distinguèrent la pauvreté par nature, qui met le pauvre dans l'incapacité de travailler (vieillesse, infirmité...) et la fausse pauvreté dans laquelle la personne est en mesure de travailler (citoyens vigoureux et bien portants) et en conclurent, dans le premier cas, que celui qui existe a le droit de dire à la société : faites-moi vivre, et dans le second cas que la société a le droit de lui répondre : donne-moi ton travail.

Le développement des droits-créances des personnes les plus humbles a conduit le droit administratif à mettre en œuvre deux idées maîtresses les protégeant : la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers (a) et l'identification de l'intérêt général à la prospérité économique et sociale (b).

a – LA PRIMAUTÉ DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL SUR LES INTÉRÊTS PARTICULIERS

208. L'intérêt général est une valeur essentielle de notre culture. Pour un auteur, il *« n'existe pas en soi, indépendamment des hommes qui composent une société. Ce qu'il est, ou ce qu'il n'est pas, résulte donc d'abord de la perception que les hommes en ont »*[662].

La conception française de l'intérêt général énonce que celui-ci, par la valeur quantitative et la dimension altruiste qu'il constitue, prime sur les intérêts particuliers, qui ne sont pas pour autant délaissés, puisque, selon un auteur, le législateur s'efforce « *d'introduire l'idée démocratique dans l'action administrative en faisant de l'administré, non plus seulement un sujet, mais un participant à cette action* »[663]. D'ailleurs, cette suprématie de l'intérêt général s'inscrit dans l'idée développée par un auteur selon laquelle « *la dignité de tout homme veut qu'il puisse participer à un bien plus grand que son propre bien : c'est cela qui le fait être social. Dans le cas contraire, lorsqu'il ne peut poursuivre que son propre intérêt, sans se voir reconnaître la capacité de participer à un bien supérieur, l'homme devient la mesure de toute chose, uniquement préoccupé de sa liberté* »[664].

Depuis plus de deux cents ans, l'intérêt général « *est au coeur de la pensée politique et juridique française* »[665]. Cette notion phare sert de fondement aux grandes constructions jurisprudentielles et aux lois qui attribuent à l'Administration, à ses agents ou à des particuliers chargés d'une mission de service public, des prérogatives de puissance publique. De plus, l'exigence d'une protection des personnes vulnérables justifie le rôle du juge administratif qui contrôle la conformité de l'action administrative à l'intérêt général. Dans cet

662. J. –M. PONTIER, « *L'intérêt général existe-t-il encore ?* » : D., 1998, chron., pp. 327 et s., spc. pp. 327 et 331.
663. J. RIVÉRO, « *L'administré face au droit administratif* » : A. J. D. A., 20 juin 1995, n° spécial, pp. 147 et s., spc. pp. 147, 149 et 150.
664. M. –P. DESWARTE, « *Intérêt général, bien commun* » : Revue de droit public et de science politique, 1988, pp. 1289 et s., spc. p. 1303.
665. R. DENOIX DE SAINT MARC, « *Éditorial* » : *in* Conseil d'État, Rapport public 1999, Jur. et avis de 1998, L'intérêt général, Études et documents n° 50, La documentation française, 1999, pp. 7 et s., spc. p. 12.

esprit, si le Conseil d'État, par sa célèbre jurisprudence Benjamin[666], reconnaît aux autorités de police administrative le pouvoir d'interdire l'exercice des libertés publiques pour tout motif d'ordre public, cette généralisation est moins dangereuse qu'il n'y paraît pour deux raisons. D'une part, , l'interdiction est protectrice des libertés, car, sans ordre, ces dernières n'existeraient pas. D'autre part, il existe un contrôle rigoureux, qualifié par la doctrine de *« contrôle maximum »* , qui consiste à vérifier la proportionnalité de la mesure au motif invoqué par l'autorité administrative. Toute disproportion, même légère, entraîne l'illégalité de la mesure et son annulation.

Néanmoins, bien que la notion d'intérêt général ait conservé sa pertinence, elle est aujourd'hui moins évidente à discerner qu'hier, car son contenu censé exprimer les objectifs de la société doit d'abord concilier la liberté et l'égalité, l'équité et la règle. Ensuite, sa teneur évolue pour s'adapter à l'aspiration des citoyens à obtenir plus de sûreté et de sécurité face aux risques d'exclusion et écologiques. De plus, la législation communautaire relativise l'importance de la norme juridique nationale, alors que l'intérêt général peut désormais s'apprécier dans un espace géographique qui ne se limite plus aux dimensions de la Nation. Enfin, les hommes de notre temps ont désacralisé la notion d'intérêt général, mais ils ne souhaitent pas la délaisser, parce qu'elle contribue au dépassement des égoïsmes catégoriels, à la prise en compte des intérêts des générations futures, et au renforcement du lien social. Cependant, ils ont tendance à identifier l'intérêt général à la prospérité économique et sociale.

b - L'IDENTIFICATION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL À LA PROSPÉRITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIALE

209. L'État contemporain ne se borne pas à gérer des services publics régaliens, il développe aussi des activités de même nature que celles des particuliers, parce qu'il estime que l'intérêt général est compromis en cas de non-satisfaction des besoins économiques et sociaux des

666. C. E., 19 mai 1933, Benjamin : *in* Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 11ème édition 1996, n° 52, pp. 282 et s.

citoyens, et en particulier des personnes âgées, handicapées, ou défavorisées[667]. Ce but d'accroître le bien-être des citoyens, sans violence et sans exclusion, n'est pas nouveau, mais son caractère jugé indispensable fait qu'il est reconnu par le droit français et par le droit européen.

Pour sa part, le droit français le consacre dans trois textes essentiels.

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que le but de la société est le bonheur commun.

Pour tenter de s'en approcher, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 recommande à la Nation de garantir à toutes les personnes la sécurité matérielle, ainsi que le repos et les loisirs, sans omettre d'ajouter que « *tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Dans le domaine économique et social, les articles L. 2251-1 et L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales harmonisent les rôles de l'État et des collectivités territoriales, afin qu'il n'y ait pas de contradiction entre leurs intérêts respectifs.

La préoccupation du bonheur commun est aussi la volonté de l'Europe d'organiser une prospérité commune puisque l'article 1 § 2 du Traité de l'Union européenne précise que sa philosophie consiste « *à promouvoir le progrès économique et social de leurs peuples, compte tenu du principe du développement durable et dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur, et du renforcement de la cohésion et de la protection de l'environnement, et à mettre en oeuvre des politiques assurant des progrès parallèles dans l'intégration économique et dans les autres domaines* ».

Ainsi, au nom du bien-être qu'ils doivent garantir à tous, les États peuvent légitimement imposer à certaines personnes des contraintes, dès lors qu'elles s'exercent au profit des plus défavorisés. C'est ce que rappelle un auteur lorsqu'il écrit que *« les articles 51 et 52 de la loi*

---

667. J. –P. GATEL et D. FROGER, « *Demain la famille, solidarités et responsabilités* » : *in* 95ème Congrès des notaires de France, Marseille 9/12 mai 1999, pp. 289 et s., spc. p. 292 ; J. BEAUCHARD, « *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (Commentaire de l'article 285-1 du Code civil)* » : J. C. P. éd. N, 1982, I, pp. 63 et s., spc. p. 63, n° 3 ; A. SUPIOT, « *La fonction anthropologique du droit* » : Esprit, février 2001, pp. 151 et s., spc. p. 156.

du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion sont des exemples révélateurs de ces nouvelles restrictions qui peuvent affecter les prérogatives traditionnelles des propriétaires. À travers la taxation des logements vacants et la modernisation des procédures de réquisition, la propriété n'est plus seulement « avoir des biens pour remplir ses besoins » selon l'expression consacrée par Cambacères, mais aussi maintenir et accroître la fameuse « interdépendance sociale » dont parlait jadis le Doyen Duguit »[668]

SECTION 2
DANS LES NORMES LÉGISLATIVES

210. Réputé incarner l'intérêt général, l'État est animé par une volonté de justice (§ 1), qui l'oblige à consentir aux adultes économiquement et socialement vulnérables des avantages financiers (§ 2), dont les autres ne bénéficient pas.

§ 1 - LA VOLONTÉ DE JUSTICE

211. Le droit est censé répondre au besoin de justice (A), mais, pour satisfaire à cette exigence, il lui appartient de le mettre en oeuvre en facilitant en pratique l'accès aux institutions qui sont chargées de le faire respecter (B).

A - LA JUSTICE COMME FONDEMENT DU DROIT

668. H. MOUTOUH, « *Le propriétaire et son double. Variations sur les articles 51 et 52 de la loi du*

212. Tout en étant l'un des fondements du droit, la justice est un idéal plus pressant, pour les adultes économiquement et socialement vulnérables, qui se traduit dans le concept d'équité (a) et qui se manifeste dans les notions d'état de nécessité et d'exploitation des travailleurs clandestins et des chômeurs (b).

a - LE CONCEPT D'ÉQUITÉ

213. Aucune volonté de faire le bien et aucun bonheur ne dispensent du sentiment d'équité, qui est requis par tout être humaniste, qui constitue l'horizon commun de toutes les vertus cardinales d'une société démocratique, et qui est nécessaire au maintien de la cohésion sociale.

La justice est ce sans quoi les autres valeurs cesseraient d'en être, et ne seraient plus qu'intérêts ou mobiles. Cependant, la quête du juste impose de définir la notion de justice qui peut apparaître comme obscure, idéologique, et même illusoire[669].

Aristote expliquait que la justice se jouait entièrement dans le double respect de la légalité dans la Cité c'est-à-dire du Droit et de l'égalité, qui, selon la conception que l'on en a, s'applique :

- soit aux individus[670], suivant le principe de la proportion qui postulait de garder à chacun sa part, sa place et sa fonction, en préservant l'harmonie de l'ensemble de la Cité ;

- soit aux choses, présupposant leur répartition équitable et gommant les différences pouvant exister entre les personnes.

Mais, Pascal a bien montré que ces deux exigences, étroitement associées, sont différentes en écrivant « sans doute, l'égalité des biens est juste ; mais, ne pouvant faire qu'il soit force

---

29 juillet 1998 » : J. C. P., 1999, I, 146.

669. S. GRATALOUP, *« La vulnérabilité de la règle de droit »* : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 33 et s., spc. p. 41.

670. Depuis ARISTOTE, on distingue traditionnellement la justice distributive et la justice commutative.

d'obéir à la justice, on a fait qu'il soit juste d'obéir à la force, afin que le juste et le fort fussent ensemble, et que la paix fût, qui est le souverain bien »[671].

Toutefois, ce serait se méprendre que de rêver d'une législation absolument juste, qu'il suffirait d'appliquer. Le souhaitable est donc que les lois et la justice aillent dans le même sens, avec le correctif de l'équité qui permet d'adapter la généralité de la loi à la complexité et à la singularité des situations concrètes.

Parmi les multiples définitions que les juristes ont données de l'équité, on retiendra celle issue du mot latin aequitas, qui se rapproche de l'égalité, et qui consiste à dire que « c'est la disposition à faire à chacun part égale »[672]. Pour tendre vers cette égalité, le législateur a l'obligation d'établir des règles différentes. Ainsi, la loi comporte souvent des distinctions selon l'âge des personnes, leur santé mentale, leur formation, leur fortune, leur profession, ou leur statut familial et le juge constitutionnel les considère comme licites dès lors que ces différenciations ne sont pas fondées sur l'origine, la race ou la religion[673].

214. En effet, une décision du Conseil constitutionnel des 25-26 juin 1986 a d'abord jugé qu' « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées »[674].

Ensuite, un arrêt du Conseil constitutionnel du 3 septembre 1986 sur la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme et la sûreté de l'État décide qu'il est loisible au législateur « de prévoir des règles de procédures différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense »[675].

---

671. B. PASCAL, Pensées, Éditions Jean de Bonnot, 1979, p. 126.
672. P. JESTAZ, « *Équité* » : Répertoire de droit civil, pp. 1 et s., spc. p. 1, n° 5.
673. Article 1er, 2ème phrase de la Constitution du 4 octobre 1958.
674. Cons. const., n° 86-207 D. C., 25-26 juin 1986, Privatisations : R. J. C., pp. 254 et s., spc. p. 258.
675. Cons. const., n° 86-213 D. C., 3 septembre 1986, Lutte contre le terrorisme : R. J. C., pp. 275 et s., spc. p. 276.

Enfin, la décision du Conseil constitutionnel du 30 décembre 1996[676] évolue vers une obligation de traiter différemment des personnes qui ne se trouvent pas dans une situation similaire. Lorsque cette différenciation n'a pas été opérée par le législateur, le droit des adultes vulnérables mais capables préconise de faire appel à l'équité en rappelant que l'équité est la véritable source de la loi, que la loi sans équité est un corps sans âme[677], et que l'équité est synonyme de sentiment de justice, justice d'ailleurs supérieure au droit positif qui renverse la méthode judiciaire traditionnelle.

215. Cependant, si l'équité n'est pas un principe de droit positif, général et autonome de même rang que celui de l'égalité[678], elle tend à se concrétiser en droit international, en droit européen, en droit civil, en procédure civile, en procédure pénale et en droit public.

216. L'équité est d'abord présente en droit international où elle apparaît comme étant une source subsidiaire de solution des conflits par un organe juridictionnel ou arbitral. De plus, la tendance du droit international public est d'absorber la notion d'équité et d'y voir une norme juridique à part entière, alors que celle-ci était traditionnellement considérée comme distincte du droit. Le tournant a été pris en 1982 dans l'affaire du Plateau continental Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne[679] par la Cour internationale de Justice qui a énoncé que : « la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit ». Selon cette conception, l'équité intervient sur renvoi du droit, mais comme ce dernier n'édicte aucune autre règle que celle de faire application de principes équitables, l'équité est la seule norme applicable et devient une source autonome de normativité. La même Cour a confirmé cette orientation dans l'affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine en 1984[680]. Mais l'équité ainsi conçue n'avait aucun contenu spécifique : elle pouvait varier d'une affaire à l'autre, d'un juge à l'autre ; le paradoxe était patent : érigée en règle générale, mais non définie préalablement, l'équité se ramenait à une

---

676. Cons. const., n° 96-385 D. C., 30 décembre 1996 : A. J. D. A., 1997, pp. 161 et s., comm. O. SCHRAMECK ; D., 1997, jur., pp. 117 et s., note P. MALAURIE ; J. C. P., 1997, II, 4050, obs. J. PETIT, n° 1.

677. En ce sens, voir : M. COMBARNOUS, « *L'équité et le juge administratif* » : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 77 et s., spc. p. 81.

678. En ce sens, voir : H. CAPITANT, « *Les effets des obligations* » : R. T. D. civ., 1932, pp. 723-724.

679. Cour internationale de justice, 24 février 1982 : Recueil des arrêts de la Cour internationale de justice, 1982, pp. 18 et s., spc. p. 60, § 71.

680. Cour internationale de justice, 12 octobre 1984 : Recueil des arrêts de la Cour internationale de justice, 1984, pp. 246 et s., spc. p. 294, § 95.

simple directive applicable in concreto : « à chacun son équité ». Aussi, ladite Cour a corrigé cette conception, dans l'affaire du Plateau continental Jamahiriya arabe libyenne/Malte en 1985[681], en faveur d'une équité « marquée par la cohérence et une certaine prévisibilité » : les principes d'équité que la Cour doit appliquer ne sont pas seulement « un moyen de parvenir à un résultat équitable dans une instance particulière », ils doivent avoir « une validité plus globale et donc exprimable en termes généraux », c'est à cette condition seulement qu'ils peuvent se voir reconnaître un caractère normatif.

217. En droit européen, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme tend à assurer l'existence et le respect des garanties fondamentales d'une bonne justice en posant une exigence générale d'équité[682] dans ces termes : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ». Ainsi, chaque partie au procès civil ou pénal doit pouvoir soutenir ses prétentions dans le cadre d'un combat judiciaire loyal, qui ne le désavantage pas par rapport à la partie adverse. Cette règle d'équité processuelle reflète l'idée que si une procédure juste ne prémunit pas de sentences injustes, il y a peu de chances, en revanche, qu'une procédure injuste conduise à de justes sentences.

218. Le droit civil connaît quelques dispositions faisant référence à l'équité.

Les textes du Code civil renvoyant directement au mot équité concernent plusieurs branches.

Dans le droit du divorce, l'article 278 attribue au juge aux affaires familiales la possibilité de refuser « d'homologuer la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux », et l'article 270, alinéa 2, permet au juge de refuser d'allouer une prestation compensatoire « si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture ».

Dans le droit des biens, l'article 565 dispose que « le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières, appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ».

---

681. Cour internationale de Justice, 3 juin 1985 : Recueil des arrêts de la Cour internationale de justice, 1985, pp. 13 et s., spc. p. 38, § 45.
682. C. E. D. H., 19 février 1991, Isgro c./Italie : § 31-34, série 194-A.
Pour un exemple récent, voir C. E. D. H., 28 juillet 1999, Selmouni c./France : J. C. P., 1999, act., p. 1504.

Dans le droit des successions, l'article 815-13, alinéa 1er, prévoit que « lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation ».

Dans le droit des obligations, l'article 1135 précise que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » ; cette disposition remarquable qui, fait de l'équité une véritable source de droit, bien qu'interprétée très restrictivement par la Cour de cassation[683], a concouru à la naissance des obligations accessoires implicites, c'est-à-dire des obligations de sécurité, de renseignement, de confidentialité, et demain peut-être de négocier.

Dans le droit du régime de la participation aux acquêts, l'article 1579 dispose que « si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux ».

Dans le même ordre d'idées, l'article 63-2 de la loi du 1er septembre 1948 vise la « rémunération équitable du service rendu » par un tiers au locataire, à l'occasion de la conclusion d'un bail.

Dans d'autres hypothèses, la référence à l'équité n'est qu'implicite. Ainsi, en droit de la famille, l'équité est présente lors du prononcé du divorce pour faute aux torts partagés plutôt qu'aux torts exclusifs par le juge[684], ou dans la détermination de la résidence de l'enfant[685], ou dans la détermination de la contribution des époux aux charges du mariage[686]. De même, le droit des obligations en connaît plusieurs exemples : pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale, d'intérêts moratoires, de délai de grâce et plus largement encore dans le traitement de défaillance économique, et plus particulièrement celle des ménages surendettés.

---

683. Civ. 6 mars 1876, Canal de Crapone : D., 1876, I, pp. 193 et s., note A. GIBOULOT ; S., 1876, I, pp. 161 et s. ; Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10ème édition, Dalloz, 1994, n° 94, pp. 406 et s. ; Com., 18 décembre 1979 : Bull. civ., IV, n° 339, pp. 266 et s.
Pour une atténuation de cette jurisprudence traditionnelle voir : Com., 3 novembre 1992 : Bull. civ., IV, n° 338, pp. 241 et s. ; Contrats Conc. Consom., mars 1993, n° 45, p. 6, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois, 1993, I, art. 35663, n° 131, pp. 1377 et s., note J. –L. AUBERT ; R. T. D. civ., 1993, pp. 124 et s., obs. J. MESTRE.

684. Article 245, alinéa 3, du Code civil.

685. Article 287, alinéa 1, du Code civil.

Ce renvoi implicite à l'équité existe aussi dans le droit des libéralités où l'article 900-2 du Code civil autorise la révision des charges et conditions lorsque l'exécution en est devenue pour le gratifié, « soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ».

219. Dans le domaine de la procédure civile, plusieurs textes évoquent l'équité. D'abord, l'article 4 du Code civil oblige le juge à juger même si la loi est silencieuse, obscure ou insuffisante, sous peine d'être poursuivi comme coupable de déni de justice. Ensuite, l'article 12, dernier alinéa du Nouveau Code de procédure civile confère aux parties la possibilité de confier au juge mission de statuer en amiable compositeur, c'est-à-dire de juger en étant affranchi des règles de droit[687] (sauf pour les questions relatives à l'état des personnes et dans les matières qui relèvent de l'ordre public). De même, l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile permet à l'équité de déroger à la règle de la répartition des dépens. Enfin, la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 encourage la résolution amiable des conflits par un recours accru aux conciliateurs et aux médiateurs.

220. Dans le champ de la procédure pénale, la loi du 17 juillet 1970 a confié à la Commission nationale d'indemnisation en matière de détention provisoire le soin de décider de la réparation du préjudice subi par les personnes ayant fait l'objet d'une détention provisoire au cours d'une procédure terminée à leur égard par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement devenue définitive[688]. Bien que la loi ne le mentionne pas expressément, le régime de la réparation qu'il crée est placé sous le pavillon de l'équité.

221. En droit public, il est intéressant de mentionner trois textes.

Premièrement, l'article 60 XI de la loi du 23 février 1963 prévoit qu'en matière de comptabilité publique « le juge des comptes peut, hors le cas de mauvaise foi ou d'infidélité du comptable de fait, suppléer par des considérations d'équité à l'insuffisance des justifications produites ».

Deuxièmement, l'article 9 de la loi du 3 janvier 1973 relative au médiateur donne au médiateur la possibilité « lorsque l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à une inéquité », soit dans le cadre de son pouvoir de recommandation de suggérer les

---

686. Article 214, alinéa 1er, du Code civil.
687. Paris, 1ère ch. C, 11 janvier 1996 : D., 1996, jur., pp. 351 et s., note E. LOQUIN.

modifications qu'il lui apparaît opportun d'apporter à ces textes, soit dans le cadre de son pouvoir de règlement des conflits, « il peut recommander à l'organisme compétent toutes solutions permettant de régler en équité la situation du requérant ».

Troisièmement, l'article 147 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions fait référence à l'équité, en disposant que « les tarifs des services publics administratifs à caractère facultatif peuvent être fixés en fonction du niveau de revenu des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer (...). Les taux ainsi fixés ne font pas obstacle à l'égal accès de tous les usagers au service ».

222. Entrée dans les textes législatifs, l'équité est aussi présente dans la pratique jurisprudentielle administrative, pénale et civile, parce que, selon un auteur, elle est « consubstantielle à la fonction de juger »[689]. Malgré ces affinités entre la justice et l'équité, aucune disposition générale n'autorise les magistrats à méconnaître la loi pour statuer en équité[690], et toute décision qui se fonderait exclusivement sur l'équité pour écarter un texte encourrait la censure[691]. Cependant, le juriste aurait tort, de s'en tenir à cette rigueur, parce que le droit est suffisamment souple pour permettre de parvenir à un résultat identique à celui qu'aurait donné le jugement d'équité, mais pour être efficace, l'équité doit se déguiser sous une motivation juridique.

L'essentiel des règles prétoriennes du droit administratif sont fondées sur l'équité. En effet, dans le dessein de protéger les victimes des personnes publiques, la jurisprudence a instauré le

---

688. Article 149 du Code de procédure pénale.

689. D. SALAS, « *L'équité ou la part maudite du jugement* » : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 109 et s., spc. pp. 109 et 110.

690. L. CADIET, *« L'équité dans l'office du juge civil »* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 87 et s., spc. p. 90 ; F. NIVET, *« Équité et légalité »* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 157 et s., spc. p. 161.

691. Civ., 16 mars 1937 : S., 1937, I, p. 184 ; Soc., 23 janvier 1948 : D., 1948, jur., pp. 459 et s. ; J. C. P., 1948, II, 4229 ; Civ., 2 décembre 1947 : Gaz. Pal., 1948, I, pp. 36 et s. ; C. E., 6 juillet 1956 : Rec. C. E., p. 296 ; Civ. 2ème, 19 janvier 1983 : Bull. civ., II, n° 10, p. 7 ; Gaz. Pal., 1983, I, somm., p. 177, obs. S. GUINCHARD ; C. E., 8ème ss.-sect., 9 mars 1983, M. X. : arrêt non publié ; C. E., 5ème ss.-sect., 13 février 1987, Mme Agostini : non publié ; C. E., 7ème et 9ème ss.-sect., 20 mai 1987, M. Ngo : arrêt non publié ; C. E., 5ème ss.-sect., 10 janvier 1992, Mme Marguerite Thébaud : arrêt non publié ; Com., 19 janvier 1993 : arrêt n° 77, Lexilaser Cassation ; Soc., 11 mai 1994 : D., 1995, jur., pp. 626 et s., note C. PUIGELIER ; Civ. 3ème, 22 mars 1995 : Gaz. Pal., des 15/16 mai 1996, pp. 32 et s., obs. H. CROZE et C. MOREL ; C. E;, 3ème ss.-sect., 15 mai 1996, Commune de Pouliguen/M. Guyader (n° 148231), et Mme Le Bras (n° 148230) : arrêts non publiés ; Soc., 4 décembre 1996 : D., 1997, I. R., p. 26.

système de la responsabilité sans faute[692] et limité le pouvoir discrétionnaire de l'administration en opérant un contrôle de ses actes qui a évolué de leur légalité formelle à leur bien-fondé par la création de la théorie de l'erreur manifeste et du bilan coûts-avantages.

La jurisprudence pénale fait journellement usage du concept d'équité, en classant sans suite de nombreuses plaintes, en correctionnalisant certains crimes, en accordant des circonstances atténuantes, en fixant la sanction adéquate dans les limites d'un maximum, et en prononçant, le cas échéant, un sursis à l'exécution des peines.

La jurisprudence civile applique l'équité par l'intermédiaire des théories de l'abus de droit, de l'enrichissement sans cause, et de la responsabilité civile. Dans ce dernier domaine, plusieurs techniques juridiques sont simultanément utilisées. D'abord, la jurisprudence apprécie la faute du responsable, en tenant compte du degré de sa culture, de son intelligence, et de son expérience. Ensuite, elle choisit parfois de se placer plutôt sur le terrain de la responsabilité délictuelle que sur celui de l'inexécution contractuelle. En outre, elle qualifie telle obligation de résultat plutôt que de moyens. De plus, elle module les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice corporel sur le manque à gagner résultant de l'incapacité de travail. Enfin, dans l'appréciation de la faute de la victime, la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation lui commande d'avoir égard à son âge et à son incapacité physique.

Cela étant, on relèvera, avec un auteur, « une contradiction : à savoir que pour respecter la loi, il faut parfois lui désobéir. Le malheur est que l'existence de ce droit ou ce devoir ne repose (et ne peut sans doute pas reposer) sur des critères précis. La Cour de cassation n'explicite quasiment jamais les raisons profondes qui font que, tantôt elle s'estime prisonnière des textes, tantôt elle s'en affranchit »[693].

C'est pourquoi, si l'on avait recours sans raison grave à l'équité, et si on lui reconnaissait une préséance générale sur la règle de droit, cela reviendrait à détruire le droit lui-même, alors qu'il appartient au législateur et à la jurisprudence de l'humaniser. De surcroît, la tendance à substituer l'équité à l'égalité est critiquable, parce qu'elle fait fi de notre devise nationale. Le

---

692. C. E., 21 juin 1895, Cames : S., 1897, III, pp. 33 et s., concl. M. ROMIEU, note M. HAURIOU ; C. E., Ass., 9 avril 1993, Bianchi : Rec. CE, pp. 127 et s., concl. S. DAEL ; C. E., 26 mai 1995, Consorts C/Guyen : Rec. CE. pp 221 et s.

693. G. CHAMPENOIS, obs. ss. Civ. 1ère, 2 juin 1981 : Defrénois, 1981, I, art. 32750, n° 100, pp. 1320 et s., spc. p. 1323.

législateur doit donc manier ces principes d'égalité et d'équité avec prudence : si l'équité peut accompagner l'égalité, elle ne peut la remplacer.

b – LES NOTIONS D'ÉTAT DE NÉCESSITÉ ET D'EXPLOITATION DES TRAVAILLEURS CLANDESTINS ET DES CHÔMEURS

223. Afin d'atténuer la rigueur de la loi vis-à-vis des adultes délinquants les plus vulnérables, le droit pénal fait appel aux notions d'état de nécessité (1°) et d'exploitation des travailleurs clandestins et des chômeurs (2°).

1 – L'état de nécessité

224. La vulnérabilité économique et sociale d'un adulte peut apparaître au juge comme une situation incompatible avec l'application d'une sanction pénale. Pour apporter une traduction juridique à sa volonté, ce dernier peut utiliser le concept jurisprudentiel de l'état de nécessité consacré par l'article 122-7 du Code pénal dans ces termes : *« N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ».*

225. En effet, celui qui agit en état de nécessité sauvegarde des intérêts dont la valeur lui semble supérieure à celle des intérêts qu'il sacrifie, son acte lui paraît utile, et la collectivité, consciente que la loi pénale est relative, choisit de ne pas le poursuivre. Mais, cette faculté donnée au juge ne confère pas à la personne vulnérable une impunité absolue lui permettant de commettre les actes les plus répréhensibles, même si l'idée de choix inhérente à l'état de nécessité est théorique devant un péril imminent et redoutable, face auquel « *les hommes paraissent plus gouvernés par leurs réflexes que par une pensée lucide et calculée des intérêts en cause »*[694].

[694]. M. DANTI-JUAN, *« État de nécessité »* : Répertoire de droit pénal, Dalloz, octobre 1997, pp. 1 et s., spc. p. 3, n° 11.

226. De plus, une pratique courante des Parquets, se fondant sur une jurisprudence du XIX^{ème} siècle[695], préconise de ne pas engager pas de poursuites, pour des vols alimentaires de valeur minime, contre des indigents, mais il existe des cas où le Ministère public intervient.

Ainsi, il a été jugé qu'il n'y a pas de nécessité, lorsque l'auteur -en l'occurrence, une femme seule avec deux enfants à charge de 3 et 19 ans avec des ressources mensuelles de 4 478 F (682,67 €)- a commis le même jour trois vols de denrées alimentaires dans trois grandes surfaces de distribution différentes pour une somme globale d'environ 1 500 F (228,67 €)[696].

De même, un jugement du Tribunal correctionnel de Lyon du 25 avril 2001[697] avait déclaré coupable de vol, avec dispense de peine, compte tenu que les marchandises avaient été restituées, une mère de famille de 25 ans résidant dans un camp de nomades et ayant pour seules ressources des allocations familiales, qui avait rempli son chariot de couches, jouets, saumon, escargots, disques, afin d'offrir un « *vrai Noël* » à ses sept enfants et avait passé les caisses sans payer. Estimant que la peine prononcée était trop légère, le Parquet avait interjeté appel de ce jugement. Par un arrêt du 8 janvier 2002, la Cour de Lyon[698] a condamné cette femme à six mois de prison avec sursis, alors que son avocat avait considéré que l'état de nécessité pouvait prévaloir puisque la nécessité c'était l'offre de bonheur et de joie en période de fêtes, et que c'était le dossier de la misère et de la détresse, dans lequel cette mère s'était sentie dévalorisée en voyant les autres consommatrices remplir leurs caddies. Cette argumentation de la défense n'a pas été retenue par ladite Cour.

De plus, et même lorsqu'il est retenu, l'état de nécessité ne supprime que la responsabilité pénale. En effet, l'auteur du délit nécessaire reste tenu d'indemniser sa victime[699]

---

695. Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, confirmé par Amiens, 22 avril 1898 : D. P., 1899, II, pp. 329 et s., note L. JOSSERAND ; S., 1899, II, pp. 1 et s., note J. –A. ROUX.
Dans le même sens : voir une décision du Tribunal de cassation du 14 germinal an VII, d'où il résulte que, sous le règne du Code pénal de 1791, l'extrême misère du prévenu pouvait enlever à ses actes tout caractère délictueux.
J. -P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Faits justificatifs, état de nécessité »* : Jur. -Cl. pénal, art. 122-7, 2-1996, pp. 1 et s., spc. p. 4, n° 11.
Trib. corr. Colmar, 27 avril 1956 : D., 1956, jur., p. 500 ; Trib. corr. Coutances, 22 octobre 1968 : J. C. P., 1969, II, 15879, obs. P. BOUZAT ; Aix-en-Provence, 15 septembre 1992 : Juris-Data n° 047931.
696. Poitiers, ch. corr., 11 avril 1997 : J. C. P., 1997, II, 22933, note A. OLIVE ; Contrats Conc. Consom., juin 1997, pp. 21 et s., n° 109.
697. R. SCHITTLY, « *Lyon : le procureur fait appel du substitut .. »* : Le Progrès du 27 avril 2001, p. 7.
698. Y. ALÈGRE, « *Justice : la voleuse de Noël en procès »* : Le Progrès du 8 janvier 2002, p. 5.
699. Crim., 27 décembre 1884 : D., 1885, I, pp. 219 et s.

227. Enfin, si le concept d'état de nécessité profite souvent à des délinquants vulnérables[700], il dessert parfois certaines victimes confrontées à des drames personnels considérables et durables. Ainsi, dans la célèbre affaire du sang contaminé, une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 13 juillet 1993[701], confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 1994, n'a retenu à l'encontre des médecins poursuivis que la qualification de tromperie sur les qualités substantielles d'un produit, en l'espèce le sang *« impur »*, de l'ex-loi du 1er août 1905, et refusa d'adopter celle de crime d'empoisonnement. Toutefois, devant l'inaction du Ministère public, certaines victimes avaient engagé des poursuites sur cette base. En outre, les magistrats avaient pris la précaution d'ajouter aux raisons ayant motivé le rejet d'une qualification criminelle des faits, que « *l'utilisation de ces fractions coagulantes contaminées pourrait, à titre exceptionnel, être justifiée par l'état de nécessité à défaut de tout autre solution au cas de péril grave et imminent mettant en danger la vie d'un hémophile »*. Quoiqu'exceptionnel, le fondement de cette solution est critiquable, car si des personnes sont en danger de mort, il est inacceptable, sous prétexte de les sauver, de les achever.

228. Nonobstant des tentatives menées par quelques magistrats, qui souhaitaient mieux indemniser les victimes, dont l'immensité du désespoir, mille fois justifié[702], a été souvent relevé, la Cour de cassation a maintenu, dans deux arrêts récents, sa position restrictive.

D'abord, un arrêt de principe de la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 2 juillet 1998[703] n'a pas tranché la question de savoir si la transmission du V. I. H. pouvait être qualifiée d'empoisonnement défini par l'article 221-5 du Code pénal comme « *le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort »*, alors qu'un débat divise la doctrine, opposant une opinion majoritaire favorable à la

---

700. Crim., 9 juin 1836 : S., 1836, 1, p. 816 ; Trib. corr. Cherbourg, 6 février 1945 : S., 1945, 2, pp. 81 et s., note P. BOUZAT.

701. Paris, 13ème ch. A, 13 juillet 1993 : Gaz. Pal., 1994, I, pp. 173 et s., obs. J. -P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Rev. sc. crim., 1995, pp. 347 et s., obs. Y. MAYAUD ; Dr. pén., janvier 1994, p. 11 et s., comm. n° 12, obs. J. -H. ROBERT ; Crim., 22 juin 1994 : Bull. crim., n° 248, pp. 604 et s. ; J. C. P., 1994, II, 22310, note M. – L. RASSAT ; D., 1965, jur., pp. 65 et s., concl. J. –J. PERFETTI ; D., 1965, jur., pp. 85 et s., note A. PROTHAIS ; Gaz. Pal., 1994, 2, pp. 592 et s.

702. C. COHEN, « *À propos de l'affaire du sang contaminé. L'incrimination introuvable »* : Gaz. Pal., 1995, doct., pp. 131 et 132.

703. Crim., 2 juillet 1998 : J. C. P., 1998, II, 10132, note M. –L. RASSAT ; Dr. et patr. hebdo, n° 256 du 1er septembre 1998, pp. 1 et 2 ; D., 1998, jur., pp. 457 et s., note J. PRADEL ; Les petites affiches, n° 126, du 21 octobre 1998, pp. 10 et s., note F. COURTRAY.

qualification de poison[704] à une opinion minoritaire qui s'y montre hostile[705]. En outre, et comme tous les crimes, l'empoisonnement étant une infraction intentionnelle, qui se compose de trois éléments : connaissance du pouvoir mortifère de la substance employée, volonté d'administrer cette substance et volonté de tuer, la Cour suprême a décidé que « *la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide* ». Il en résulte que seul l'empoisonnement intentionnel constitue un crime, alors que l'empoisonnement non intentionnel est punissable comme homicide involontaire, c'est-à-dire par imprudence, si la victime en meurt, si bien qu'il n'est pas possible de confondre les relations sexuelles délibérément contaminantes, de celles imprudemment contaminantes.

229. Cette position confirmée par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 juin 2003[706], qui a réitéré le non-lieu général, en ne reconnaissant ni la qualification d'empoisonnement ni celle de violences involontaires contre les prévenus peut être expliquée par trois raisons principales.

La première est que le droit pénal est d'interprétation stricte. Or, à l'origine, l'empoisonnement est un meurtre, dont la particularité réside dans le fait qu'il est commis au moyen d'un poison. En effet, il existe plus qu'une simple nuance entre le désir insouciant d'une personne atteinte du sida, d'avoir une sexualité normale et la volonté de nuire caractéristique de l'empoisonnement. Si l'on n'adoptait pas cette attitude, cela reviendrait à faire de toute personne séropositive un criminel sur la tête duquel laquelle planerait à côté de ses souffrances, l'ombre d'une opprobre pénale et judiciaire latente. Ce raisonnement est critiquable, car la conception d'une liberté sexuelle, consistant à assouvir ses appétits sans entraves, peut paraître répugnante, dès lors que la santé et la vie d'autrui sont danger.

La deuxième consiste à avancer qu'il serait contraire au principe constitutionnel de la présomption d'innocence et inique de faire reposer l'intégralité de la responsabilité préventive sur les épaules de la personne séropositive, car tout comme pour la relation sexuelle, la

---

704. A. PROTHAIS, « *Dialogue de pénalistes sur le SIDA* » : D., 1988, chron., pp. 25 et s., spc. pp. 26 et 27.
705. D. MAYER, « *La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement* » : D., 1994, chron., pp. 325 et 326.
706. Crim., 18 juin 2003, pourvoi n°02-85.199 : D., 2003, n°25, dernière act., p. 1635 ; P. REMILLIEUX, « *Empoisonnement : dernier volet de l'affaire du sang contaminé* » : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2003, pp. 3 et s.

décision d'utiliser ou de ne pas utiliser un préservatif est presque toujours le résultat d'un choix effectué à deux. La personne qui, dans l'ignorance du statut sérologique de l'autre, choisit de ne pas se protéger prend volontairement le risque d'une contamination potentielle et commet une faute d'imprudence, au même titre que son partenaire qui, se sachant séropositif, ne juge pas non plus opportun d'y recourir.

La troisième réside dans l'idée que la criminalisation de l'acte de contamination ne parvient pas à apaiser pleinement la victime. Au mieux en résulte-t-il qu'une illusion de satisfaction, obtenue au prix d'une condamnation pénale de celui ou de celle qui était désiré et aimé. D'autres réponses, telles que l'indemnisation civile du préjudice subi ou une prise en charge psychologique de la détresse de la victime sont plus constructives que la haine et la vindicte exercées sous les auspices d'un procès pénal. En effet, à l'excès de droit pénal, il serait parfois raisonnable, en matière de contamination sexuelle, de lui préférer les vertus du droit civil. La sanction pénale prononcée à l'encontre du contaminateur apparaît inefficace, car pourquoi punir un malade ou un moribond déjà condamné à la peine suprême ?

2° - L'exploitation des travailleurs clandestins et des chômeurs

230. Le législateur de 1992 a introduit dans le Nouveau Code pénal des incriminations destinées à sanctionner ceux qui exploitent les travailleurs clandestins et les chômeurs, et dont on stigmatise souvent le comportement en les qualifiant de « *marchands de sommeil* ».

Selon un auteur, ces textes visent « *notamment les modernes négriers du textile, de l'hôtellerie ou du bâtiment, qui exploitent sans scrupule une misérable main d'oeuvre immigrée à qui sa situation administrative le plus souvent irrégulière interdit de fait tout recours aux tribunaux* »[707].

[707]. O. de TISSOT, « *Pour une analyse juridique du concept de « dignité » du salarié* » : Dr. soc., 1995, pp. 972 et s., spc. p. 974.

Ces infractions, dont les éléments constitutifs ont été modifiés et les sanctions renforcées par la loi n°2003-239 du 18 mars 2003, consistent, non plus à abuser de la vulnérabilité d'une personne ou de sa situation de dépendance (travailleur clandestin, chômeur, handicapé, parents ayant des enfants à charge) mais dans le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité[708] ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, soit de la soumettre à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine.

Ces textes libellés en des termes généraux, puisqu'ils ne visent ni l'âge, ni la déficience, ni l'état de grossesse, laissent une grande place à l'appréciation des tribunaux qui, par exemple, peuvent comparer le salaire imposé au SMIC ou au salaire minimum de la profession concernée, évaluer le nombre de mètres carrés dont dispose chaque occupant, apprécier la qualité des installations sanitaires ou leur absence.

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 2001[709] a censuré un arrêt qui avait débouté de sa demande de poursuites une jeune fille mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail et sans ressources percevant une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli, au motif que son état de vulnérabilité et de dépendance n'était pas établi, dès lors que ladite jeune fille avait une certaine liberté de déplacement, l'état de vulnérabilité ne pouvant résulter de sa seule extranéité. Cet arrêt a précisé que les juges ne pouvaient pas faire abstraction de la situation de vulnérabilité et de dépendance de la victime des faits poursuivis.

De même, dans un arrêt du 3 décembre 2002[710], particulièrement intéressant puisqu'il concernait des circonstances occasionnelles et temporaires, la Cour de cassation a considéré que caractérisent en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit d'obtention abusive de la part d'une personne vulnérable ou en situation de dépendance, de services non

---

708. Pour l'application du texte à des personnes sans qualification, travaillant en milieu rural dans le secteur de la confection particulièrement exposé au chômage, à la suite d'une perte d'emploi, et ayant subi de nombreuses brimades et humiliations, voir : Crim., 4 mars 2003 : J. C. P., 2004, I, 105, n°5, obs. M. VÉRON.
Pour l'application du texte en cas de violences physiques et morales infligées à des salariés : voir :
Crim., 23 avril 2003 : J. C. P., 2003, IV, 2174.

709. Crim., 11 décembre 2001 : Gaz. Pal., 2002, jur. somm. et décisions, pp. 1721 et s., obs. Y. MONNET.

710. Crim., 3 décembre 2002 : Gaz. Pal., des 10/11 septembre 2003, jur. somm. et décisions, pp. 6 et s., obs. Y. MONNET.

rétribués, les juges, qui saisis de poursuites de ce chef contre le directeur d'un hôtel-restaurant, retiennent que trois élèves d'écoles hôtelières, préparant des brevets de technicien supérieur en hôtellerie, restauration et tourisme, qui devaient accomplir un stage dans cet établissement, y occupaient en fait un poste de travail et que, ces élèves étant dans une situation de dépendance en raison notamment du caractère obligatoire de leur stage, le prévenu avait abusé de cette situation en les affectant à la réception de l'hôtel de vingt-trois heures à sept heures, pour une durée de travail comprise entre cinquante-six heures et soixante-trois heures et pour une rémunération fixée à 268 € pour cent quatre-vingt-dix heures.

Enfin, par un arrêt du 23 avril 2003[711], la Cour de cassation a décidé que l'article 225-14 du Code pénal, dans sa rédaction en vigueur avant la loi du 18 mars 2003, incriminait le comportement de toute personne qui abuse de la situation de dépendance ou de vulnérabilité d'autrui pour le soumettre à des conditions d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine, sans exiger que l'auteur soit l'employeur ou le bailleur de la victime, ce qui constituait une précision importante puisqu'auparavant les décisions rendues n'avaient concerné que des espèces où étaient en cause soit un contrat de travail soit un contrat de bail. Cette position est favorable à la victime qui, compte tenu de sa situation vulnérable, était contrainte d'adopter cette solution à laquelle elle n'avait pas donné un réel consentement.

231. Afin d'éviter la continuation de ces infractions très préjudiciables aux adultes vulnérables, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 a érigé la confiscation du fonds de commerce destiné à leur hébergement, en peine principale applicable aux personnes morales et en peine complémentaire pour les personnes physiques. La décision qui prononce la confiscation du fonds entraîne le transfert à l'État de la propriété dudit fonds et emporte subrogation de l'État dans tous les droits du propriétaire du fonds. Dans le même but, la loi du 18 mars 2003 a créé une présomption de vulnérabilité à l'égard des personnes victimes de conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne à leur arrivée sur le territoire français.

Sous réserve que le Parquet poursuive le délinquant, la saisine de la justice pénale au moyen d'une simple réclamation est facile, mais lorsque celui-ci classe la plainte sans suite et que la

---

[711]. Crim., 23 avril 2003 : J. C. P., 2004, II, 10015, note M. –B. SALGADO ; J. C. P., 2004, I, 105, n°5, obs. M. VÉRON.

victime souhaite se porter partie civile pour réclamer réparation du préjudice subi, le problème de l'accès à la justice se pose. En effet, si l'on proclame que cet accès est un droit reconnu, la pratique dément partiellement cette affirmation, car les adultes faibles, qui ont des griefs à l'encontre d'une partie plus forte, répugnent fréquemment à engager des procédures judiciaires, souvent longues et coûteuses, dont les difficultés paraissent disproportionnées par rapport au montant des litiges, et dont le résultat est aléatoire ou d'un faible rapport.

B - L'ACCES A LA JUSTICE

232. Sur le plan des principes, l'accès à la justice est le corollaire des libertés et de la dignité des adultes les plus vulnérables qui ne conçoivent pas toujours qu'ils ont droit au droit.

L'enjeu du droit à la justice est aussi de consolider l'édifice démocratique, car l'une des formes de l'exclusion économique et sociale peut résulter du défaut de ressources des justiciables, qui n'ont pas les moyens pécuniaires d'accéder concrètement aux tribunaux et au droit.

D'ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme reprenant les principes énoncés par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, accorde un libre droit d'accès à la justice, qui ne saurait être limité par des obstacles financiers.

Longtemps formel, l'accès à la justice et au droit est devenu, sous l'influence du droit anglo-saxon, plus substantiel, c'est à dire rempli d'impératifs concrets[712].

Ainsi, le droit positif offre aux adultes vulnérables deux moyens directs qui sont l'aide juridictionnelle et l'aide à l'accès au droit (a), et plusieurs moyens indirects, qui tout en étant destinés à tous les justiciables, leur bénéficient plus particulièrement (b).

---

712. En ce sens, voir : M. –A. FRISON-ROCHE, « *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice* » : J. C. P, 1997, I, 4051, n°s 3 et 5.

a - LES MOYENS DIRECTS : L'AIDE JURIDICTIONNELLE ET L'AIDE À L'ACCÈS AU DROIT

233. Les législateurs ont souvent manifesté leur préoccupation de faciliter l'accès à la justice des adultes vulnérables : les recueils de lois romaines, les capitulaires, les édit et ordonnance de l'Ancien Droit et la législation révolutionnaire en portent témoignage.

Plus près de nous, la loi du 22 janvier 1851 avait institué l'assistance judiciaire reposant sur les auxiliaires de justice qui prêtaient leur concours gratuitement aux pauvres et déterminaient librement quelles personnes avaient droit à cette assistance, si bien que l'arbitraire et l'inégalité devant la loi perduraient. L'admission au bénéfice de cette assistance était laissée aux seules lumières des bureaux d'assistance judiciaire.

Pour remédier à ces dysfonctionnements et améliorer la protection des adultes vulnérables, la loi n° 72-11 du 3 janvier 1972 a créé l'aide judiciaire fondée non plus sur l'assistance, mais sur le droit pour celles-ci d'obtenir en fonction de leurs ressources, soit une aide totale, soit une aide partielle, et sur le versement d'une indemnité forfaitaire aux auxiliaires de justice, afin de ne pas laisser à leur charge exclusive des frais importants.

En outre, la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique a étendu le domaine de l'accès au droit de trois manières.

Premièrement, elle a créé l'aide à l'accès au droit qui permet de bénéficier de consultations juridiques gratuites en dehors de tout procès.

Deuxièmement, l'aide judiciaire, qui désignait l'aide à l'accès aux tribunaux, est devenue l'aide juridictionnelle et doit couvrir, en principe, l'ensemble des juridictions pour faire face à la judiciarisation croissante des questions de société.

Troisièmement, le nombre de personnes susceptibles de demander l'aide juridictionnelle a augmenté en raison d'un accroissement des catégories de bénéficiaires et d'un relèvement des plafonds de ressources[713].

La loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits a aménagé la loi du 10 juillet 1991 en vue de faciliter la connaissance de leurs droits par tous les citoyens et d'encourager le recours aux modes de règlement amiable des conflits.

L'article 1er de la loi du 10 juillet 1991 modifiée distinguant l'accès à la justice et l'accès au droit. Ces deux aspects seront successivement examinés.

1 - L'aide juridictionnelle

234. L'aide juridictionnelle est une aide accordée par l'État aux adultes vulnérables, dont les ressources sont insuffisantes, en vue de leur permettre de faire valoir leurs droits en justice.

Elle tend à rendre la justice plus juste, en leur permettant de bénéficier d'un avocat, dont le rôle consiste à les défendre, à les placer à parité avec les autres acteurs de la procédure, et à atténuer les disparités économiques, sociales, culturelles et techniques qui leur préjudicient.

Elle peut être accordée, en matière gracieuse ou contentieuse, en demande ou en défense, devant toutes les juridictions civiles, commerciales, pénales et administratives, pour tout ou partie de l'instance, en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance, ou en dehors de tout procès pour faire exécuter une décision de justice ou un titre exécutoire.

Les conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle

713. En ce sens, voir : E. du RUSQUEC, *« Aide juridique. Aide juridictionnelle. Aide à l'accès au droit »* : Jur. -

235. Les conditions exigées pour obtenir l'aide juridictionnelle concernent les bénéficiaires, l'insuffisance de leurs ressources et la nature de leur demande.

Les personnes physiques pouvant bénéficier de cette aide sont les Français et les ressortissants des États membres de l'Union européenne[714]. C'est là une innovation importante par rapport au texte de 1972, qui s'explique par l'exigence de la libre circulation des jugements. De même, peuvent bénéficier de ces aides les personnes de nationalité étrangère résidant habituellement et régulièrement en France, ce qui permet d'écarter celles qui ne feraient que des séjours épisodiques en France. Toutefois, les étrangers ne remplissant pas ces conditions peuvent se voir attribuer ces aides à titre exceptionnel, si leur situation se révèle particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles de celui-ci. Pour éviter que certains étrangers ne soient privés du droit de se défendre, ces aides sont en outre accordées, sans condition de résidence, aux étrangers, lorsque ceux-ci sont mineurs, témoins assistés, inculpés, prévenus, accusés, condamnés ou parties civiles, ainsi qu'aux personnes ayant fait l'objet de l'une des procédures prévues aux articles 18 bis, 22 bis, 24 et 35 bis et 35 quater de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Enfin, dans les contentieux relevant de la Commission de recours des réfugiés et concernant les conditions de séjour, la reconduite à la frontière, l'expulsion et le maintien administratif, l'aide juridictionnelle peut être accordée aux étrangers qui résident habituellement et sont entrés régulièrement en France ou qui détiennent un titre de séjour d'une durée de validité au moins égale à un an.

Le demandeur à l'aide juridictionnelle devra ensuite fournir la preuve de l'insuffisance de ses ressources pour faire valoir ses droits en justice. Les ressources à prendre en considération sont celles de toute nature dont le demandeur a eu directement ou indirectement la jouissance ou la libre disposition au cours de la dernière année civile. Il doit être tenu compte des éléments extérieurs du train de vie. Mais en sont exclues les prestations familiales énumérées à l'article L. 511-1 du Code de la Sécurité sociale et des aides au logement. De plus, il est ajouté aux ressources du demandeur n'habitant pas seul, celles de son conjoint, de son concubin pacsé ou non pacsé et des personnes vivant habituellement à son foyer.

Cl. Procédure civile, fasc. 122, 1-1997, p. 4, n° 24.

[714]. S. GUINCHARD, « *L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998* » : D., 1999, chron., pp. 65 et s., spc. p. 66, n° 11.

Le bénéfice de l'aide juridictionnelle est soumis à un plafond de ressources revalorisé chaque année sur la base de la tranche la plus basse du barème de l'impôt sur le revenu[715], ce qui a pour conséquence qu'actuellement les personnes qui sont juste au-dessus des plafonds d'aide juridictionnelle et qui n'ont pas les moyens de financer une procédure n'ont pas accès au droit[716]. La revalorisation se fait donc automatiquement et dans les mêmes proportions que les changements apportés sur ce point par la loi de finances. Ainsi, les ressources mensuelles des personnes qui ont déposé une demande d'aide après le 1er janvier 2005 ne doivent pas être d'un montant supérieur à 844 € pour bénéficier de l'aide totale, et de 1265 € pour obtenir une aide partielle. Ces montants sont majorés de 152 € par personne à charge pour la première et de 96 € pour les suivantes. Cependant, les personnes bénéficiaires de l'allocation supplémentaire (de l'ex-Fonds national de solidarité) ou du revenu minimum d'insertion sont dispensées de justifier de l'insuffisance de leurs ressources. De même, l'aide juridictionnelle totale est accordée systématiquement et sans tenir compte des ressources des victimes des atteintes les plus graves à la personne ou à leurs ayants droit c'est-à-dire les personnes blessées ou psychologiquement fragilisées, ou qui ont perdu un proche suite notamment à un meurtre, des violences ou des viols aggravés. De plus, cette aide peut être accordée à titre exceptionnel à des demandeurs ne remplissant pas les conditions de ressources, si leur situation apparaît digne d'intérêt (mise en chômage récente) au regard de l'objet du litige (demande d'allocation de chômage) ou des charges prévisibles du procès.

Enfin, l'aide juridictionnelle ne peut être accordée que si l'action de la personne n'apparaît pas manifestement irrecevable ou dénuée de fondement[717], ce qui conduit les bureaux d'aide juridictionnelle à apprécier son sérieux. Cette pratique est d'ailleurs renforcée par les dispositions de l'article 7 de la loi du 10 juillet 1991 qui prévoient qu'en matière de cassation, la demande est rejetée si aucun moyen de cassation sérieux ne peut être relevé. Heureusement, cette condition de sérieux de la requête, qui limite le droit d'accès à un tribunal et qui paraît de ce fait contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, n'est applicable qu'au demandeur à l'instance, elle n'est pas requise de la personne civilement

715. Certaines catégories de justiciables particulièrement vulnérables bénéficient toutefois de l'aide juridictionnelle de plein droit. C'est le cas en matière de pension militaire d'invalidité et pour les victimes de guerre, sauf devant la commission spéciale de cassation où c'est le régime de droit commun qui s'applique.
716. En ce sens, voir : P. –A. IWEINS, « *L'accès au droit* » : D., 2002, interview, pp. 6 et s., spc. p. 7.

responsable, du témoin assisté, de l'inculpé, du prévenu, de l'accusé ou du condamné. Toute personne citée en justice possède en effet un droit inaliénable de pouvoir se défendre. Dans le cas où l'aide juridictionnelle n'a pas été accordée en raison du défaut de recevabilité ou de sérieux de la demande, et que le demandeur a néanmoins triomphé dans son action, il lui est accordé le remboursement des frais, dépenses et honoraires exposés par lui à concurrence de l'aide juridictionnelle dont il aurait bénéficié.

---

[717]. Article 7 de la loi du 10 juillet 1991 ; F. ROLIN, « *Les restrictions au bénéfice de l'aide juridictionnelle remises en cause par la Cour européenne des droits de l'homme* » : D., n° 35 du 8 octobre 1998, dernière act., p. 1.

La procédure d’admission à l’aide juridictionnelle

236. Contrairement aux droits allemand et suisse, le législateur français n'a pas confié aux juges du fond le soin de se prononcer sur les demandes d'aide juridictionnelle qui relèvent d'organismes spécialisés : soit le bureau d'aide juridictionnelle institué au siège de chaque tribunal de grande instance chargé des instances portées devant les juridictions du premier et du second degré de juridiction et de l'exécution de leurs décisions, soit les bureaux institués auprès de la Cour de cassation, du Conseil d'État et de la Commission de recours des réfugiés. Le décret du 19 décembre 1991 prévoit deux sortes de procédures, l'une de droit commun, l'autre exceptionnelle, applicable en cas d'urgence dite de l'admission provisoire.

Pour obtenir l'aide juridictionnelle, l’intéressé ou tout mandataire doit en faire la demande déposée ou adressée auprès du bureau territorialement compétent.

Afin de pallier les inconvénients résultant des lenteurs de l'instruction des demandes d'aide juridictionnelle, l'admission provisoire au bénéfice de cette aide peut être prononcée lorsque la procédure à engager ou en cours met en péril les conditions essentielles de vie du justiciable, spécialement en cas d'exécution forcée emportant saisie de biens ou expulsion. Contrairement à celle statuant sur la demande normale d'aide juridictionnelle, la décision statuant sur l'admission provisoire est sans recours.

Les effets de l’aide juridictionnelle

237. L'aide juridictionnelle produit deux catégories d'effets : les uns négatifs et les autres positifs.

À propos des effets négatifs, la décision d'admission n'a pas théoriquement d'incidence sur le procès lui-même, elle ne s'attache qu'aux frais de celui-ci. Toutefois, en pratique, ce

cloisonnement n'est pas aussi étanche, car la décision d'admission est communiquée à la juridiction compétente, qui en prendra connaissance, et s'en trouvera de temps en temps influencée. En effet, le litige principal et la demande d'aide juridictionnelle ont parfois un objet quasi identique, comme par exemple en matière d'aliments[718]. Dans le même esprit, il a été jugé que la preuve du concubinage du conjoint résultant d'un rapport de gendarmerie se trouvant dans un dossier d'assistance judiciaire pouvait être invoquée dans le cadre d'un divorce pour faute[719]. De plus, lorsqu'une action en justice doit être intentée devant la juridiction du premier degré avant l'expiration d'un délai, l'action est réputée avoir été intentée dans le délai si la demande d'aide juridictionnelle est adressée au bureau d'aide juridictionnelle avant son expiration et si la demande en justice est introduite dans un nouveau délai de même durée à compter de la notification de la décision d'admission provisoire, ou de la date à laquelle la décision d'admission ou de rejet est devenue définitive ou, lorsqu'un auxiliaire de justice a été désigné, à compter de la date de sa désignation. L'interruption des délais est également admise lorsque la demande d'aide juridictionnelle concerne un pourvoi en cassation, une instance devant le Conseil d'État ou une juridiction administrative statuant à charge d'appel devant ce dernier. Toutefois, cette suspension des délais ne concerne pas ceux d'appel[720]. Enfin, le bénéfice de l'aide juridictionnelle n'est valable en principe que pour l'instance en vue de laquelle elle est demandée. Il en résulte que si un plaideur engage plusieurs instances concurremment, il doit formuler autant de demandes qu'il y a d'instances. L'aide accordée pour l'une ne s'étend pas aux autres[721].

En ce qui concerne ses effets positifs, l'octroi de l'aide juridictionnelle confère à son bénéficiaire le droit au concours des auxiliaires de justice (avocats, officiers publics et ministériels) qu'il choisit librement et à l'exonération des honoraires et frais afférents aux instances, procédures, actes ou diligences en vue de parvenir à une transaction avant l'introduction de l'instance, qu'il aurait eu à supporter normalement. En conséquence, son bénéficiaire est dispensé du paiement de l'avance ou de la consignation de ces frais. Si des mesures d'instruction sont ordonnées, leur coût est avancé par le Trésor public. Pour favoriser

---

718. Trib. civ. Strasbourg, 13 juin 1956 : D., 1956, jur., p. 731.
719. Civ. 2ème, 25 octobre 1957 : J. C. P., 1957, II, 10333, note E. M.
720. Rennes (ord.), 5 novembre 1975 : Gaz. Pal., 1975, 2, pp. 777 et s., note du RUSQUEC E. ; R. T. D. civ., 1976, pp. 203 et s., obs. R. PERROT.
Dans le même esprit, voir : Civ. 2ème, 19 mai 1998 : Dr. et patr. hebdo, n° 254, du 7 juillet 1998, p. 1.
721. Trib. civ. Nîmes, 27 février 1957 : D., 1957, jur., pp. 342 et s., note L. CRÉMIEU.

les personnes vulnérables, les dépenses qui incombent au bénéficière de l'aide, sont en principe supportées par l'État[722]. Toutefois, sous peine d'être inéquitable, il n'est pas toujours souhaitable que la prise en charge de ces frais soit systématique et sans obligation pour les aidés. Ainsi, il existe cinq hypothèses dans lesquelles l'État peut exercer un droit de recouvrement sur le bénéficiaire lui-même ou que ce dernier doive supporter une partie des frais de l'instance. La première concerne la condamnation du bénéficiaire de l'aide juridictionnelle aux dépens ou la perte de son procès. Il doit alors rembourser les dépens d'instance exposés par son adversaire. La deuxième vise l'adversaire du bénéficiaire de l'aide, qui s'il perd, peut être condamné par le juge à payer à l'autre partie les frais exposés et non compris dans les dépens. La troisième est que la décision passée en force de chose jugée a procuré au bénéficiaire de l'aide des ressources telles que si elles avaient existé au jour de la demande, aucune aide ne lui aurait été accordée. La quatrième est qu'il survient au bénéficiaire de l'aide, pendant l'instance ou l'accomplissement des actes aidés, des ressources telles que si elles avaient existé au jour de la demande d'aide juridictionnelle, celle-ci n'aurait pas été accordée. La cinquième permet au juge de tirer les conséquences du caractère dilatoire ou abusif de la procédure engagée par le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle, en lui octroyant la faculté de prononcer la condamnation du demandeur à l'instance à rembourser tout ou partie des sommes exposées par l'État. En outre, le régime de l'aide juridictionnelle partielle fait obligation au bénéficiaire de régler à l'avocat un honoraire complémentaire librement négocié ou un émolument au profit des officiers publics ou ministériels qui prêtent leur concours.

Un autre effet positif de l'octroi de l'aide juridictionnelle résulte de l'article 1090 A du Code général des impôts, qui prévoit que sauf lorsqu'elles portent mutation de propriété, d'usufruit ou de jouissance, les décisions rendues dans les instances où l'une au moins des parties bénéficie de l'aide juridictionnelle sont exonérées de droit de timbre et d'enregistrement. Cette exonération s'applique notamment aux liquidations de régimes matrimoniaux homologuées dans le cadre d'une procédure de divorce sur requête conjointe, ou établies en cours d'instance en application de l'article 1450 du Code civil. Par contre, les décisions portant mutation de propriété, d'usufruit ou de jouissance demeurent soumises à la formalité d'enregistrement.

---

[722]. Req., 29 mai 1945 : D., 1946, pp. 6 et s. ; Trib. civ. Nîmes, 27 février 1957 : préc.

Mais, alors que la loi du 3 janvier 1972 limitait son objet au seul champ judiciaire, la loi du 10 juillet 1991 démontre la préoccupation du législateur d'agir en amont du procès pour faciliter la connaissance par les citoyens de leurs droits et devoirs. Cette orientation est d'ailleurs renforcée par la loi du 18 décembre 1998, puisqu'elle a étendu l'aide juridictionnelle à l'hypothèse d'une transaction avant l'introduction de l'instance.

2 - L'aide à l'accès au droit

238. Ce dispositif, qui s'insère dans la tendance actuelle à la régulation sociale par le droit[723], vise à réduire les inégalités, en favorisant l'accès des personnes vulnérables à l'information juridique.

Depuis, la loi du 18 décembre 1998, l'aide à l'accès au droit comporte quatre éléments.

Le premier est relatif à l'information générale des personnes sur leurs droits et obligations ainsi que leur orientation vers les organismes chargés de la mise en oeuvre de ces droits.

Le deuxième concerne la consultation en matière juridique : comme auparavant, la loi n'entend pas la dispense d'indications générales ou impersonnelles[724], mais toute information portant sur l'étendue des droits et des obligations du bénéficiaire, ainsi que sur les moyens de les faire valoir ; de plus, le domaine de l'aide à la consultation concerne tous les aspects de la vie sociale où les citoyens peuvent se trouver en difficulté, puisque les thèmes prioritaires de ce dispositif doivent porter sur les droits fondamentaux et les conditions essentielles de vie des intéressés[725].

Le troisième consiste dans l'assistance à la rédaction et à la conclusion des actes juridiques. Le quatrième réside dans l'accomplissement de toute démarche en vue de l'exercice d'un droit ou de l'exécution d'une obligation de nature juridique et l'assistance au cours des procédures non

---

723. B. BRUNET, « *Les modes alternatifs de règlement des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit* » : Gaz. Pal., des 21/23 décembre 1997, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2.
724. A. BALSAN, « *Guide pratique de l'aide juridique* » : Gaz. Pal., 1996, II, doct., pp. 1107 et s., spc. p. 1119, n° 65.

juridictionnelles. La connaissance de ses droits et des moyens de les faire valoir trouve une suite logique dans leur défense effective devant un grand nombre d'autorités, et au premier chef, devant l'administration.

À la différence de l'aide juridictionnelle, le financement de l'aide à l'accès au droit repose sur le bon vouloir de ses acteurs et notamment sur les contributions des caisses de règlements pécuniaires des avocats, sur la participation des professionnels du droit, sur les subventions des collectivités locales, des établissements publics, des organismes de sécurité sociale, l'État pouvant néanmoins participer par convention à la prise en charge d'actions mises en oeuvre à ce titre[726]. En pratique, ces modalités réduisent l'effectivité du droit à l'accès au droit, d'autant que ces prestations ne sont pas soumises aux mêmes conditions d'octroi que celles de l'aide juridictionnelle. En effet, et pour s'adapter aux réalités locales, le conseil départemental de l'accès au droit, est chargé de la conduite de la politique d'aide à l'accès au droit et de la promotion du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. Il reçoit et répartit les ressources affectées à l'accès au droit et fixe les barèmes des frais des consultations. En ce qui concerne l'assistance au cours des procédures non juridictionnelles, le conseil départemental de l'aide juridique détermine ses modalités, en prenant en charge tout ou partie des émoluments dus aux intervenants et en concluant avec ces derniers des conventions en vue de favoriser l'accès des personnes vulnérables à leurs prestations. Mais, heureusement, ces personnes disposent en plus de moyens indirects leur permettant d'accéder plus facilement à la justice.

---

[725]. Circ. du 12 mars 1992 relative à l'aide à l'accès au droit § I. 2. 1, al. 2 : J. O. du 8 avril 1992, pp. 5201 et s.
[726]. A. BALSAN, « *Aide à l'accès au droit : vers la réforme des conseils départementaux de l'aide juridique ?* » : Gaz. Pal., des 21/23 décembre 1997, doct., pp. 8 et s., spc. p. 8.

b - LES MOYENS INDIRECTS

239. Poursuivant sa tendance à réaliser les idéaux d'une plus grande gratuité et d'une égalité plus large, le législateur contemporain désireux d'assurer à tous un accès plus aisé à la justice, a mis en oeuvre deux catégories de moyens qui agissent sur les frais inhérents à l'institution judiciaire, et sur l'égalité juridique des parties.

1 - Moyens indirects agissant sur les frais inhérents à l'institution judiciaire

240. Deux catégories de moyens indirects sont utilisées pour agir sur ces frais, les unes portent sur leur existence même, et les autres sur leur répartition.

Les moyens indirects relatifs à l'existence des frais de justice

241. Ils sont au nombre de trois.

Le premier concerne la généralisation, du moins en principe, de la suppression des impôts, droits de timbre, redevances réalisée par la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977, qui a instauré la gratuité des actes de justice devant les juridictions civiles et administratives. Toutefois, cette défiscalisation ne s'applique toujours pas aux frais non compris dans les dépens. De plus, l'assujettissement à la taxe à la valeur ajoutée des émoluments et honoraires constitue également une imposition indirecte mais sensible.

Le second consiste dans l'abaissement du coût des procédures, au moyen de la suppression des auxiliaires de justice, dont l'intervention aux instances apparaît inutile ou obsolète. Ainsi,

la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 a supprimé les avoués près les tribunaux de grande instance, mais a maintenu ceux attachés aux cours d'appel. De même, la fonctionnarisation du personnel des greffes consacrée par l'article L. 811-1 du Code de l'organisation judiciaire, a entraîné la disparition de taxes, redevances et autres droits antérieurement perçus au cours des procédures civiles. Enfin, l'existence de procédures sans représentation obligatoire, dans certaines matières ou devant certaines juridictions telles que les tribunaux d'instance ou les juges de proximité[727] créés par les lois du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation de la justice et du 26 février 2003 relative aux juges de proximité, permet théoriquement aux parties de suivre elles-mêmes la procédure et de se dispenser de l'assistance d'un avocat ; cependant, l'effet de cette possibilité laissée aux intéressés est doublement limité, d'une part, parce que la représentation demeure obligatoire pour une grande partie des litiges, et d'autre part, du fait que les justiciables les plus vulnérables, ne possèdent pas les connaissances juridiques suffisantes pour faire valoir leurs prétentions sans l'aide d'un juriste.

Le troisième tient à la place plus grande faite à la négociation, au contrat, à la médiation, la conciliation, la transaction entre personnes responsables et bien conseillées. Cependant, la multiplication de ces expériences est en fait plus motivée par le souhait des pouvoirs publics d'alléger le travail des tribunaux pour un coût le plus réduit possible, que par la volonté profonde de régler les litiges au mieux des intérêts des justiciables. En effet, la protection de la place de l'individu dans les dispositifs alternatifs de solution des litiges est la première condition de leur réussite.

Les moyens indirects relatifs à la répartition des frais de justice

242. Ils sont au nombre de deux.

---

727. Sur la création récente des juges de proximité, voir notamment : M. VÉRICEL, *« Pour une véritable justice de proximité en matière civile »* : J. C. P., 2003, I, 114 ; E. SIRE-MARIN, *« L'inquiétude des professionnels du monde judiciaire devant la création des juges de proximité »* : D., 2002, n°44, point de vue, pp. 3275 et s. ; H. MOUTOUH, *« La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire »* : D., 2002, n°43, chron. doct., pp. 3218 et s.

Le premier concerne les dépens destinés à corriger l'injustice d'un système où le gain d'un procès peut se traduire par une perte financière. Cette technique, réglementée dans l'article 696 du Nouveau Code de procédure civile, consiste à faire supporter au perdant la charge des frais, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité, ou une fraction, à la charge de l'autre partie. Le fondement de cette règle résulte du fait que la partie gagnante souvent vulnérable a été contrainte par le comportement de son adversaire de saisir à ses frais la justice, pour faire reconnaître ses droits, et qu'elle doit en obtenir le remboursement. Cependant, les dépens peuvent aussi être mis à la charge de la partie perdante, par une décision motivée du juge. Par un souci d'équité[728], la jurisprudence fonde la condamnation aux dépens de la partie gagnante sur son comportement fautif, que celui-ci provienne de faits antérieurs à la procédure[729], ou qu'il soit intervenu au cours de la procédure[730].

Le second porte sur les frais exposés et non compris dans les dépens dits frais irrépétibles. Ces frais restent en principe à la charge de la partie qui les a déboursés, puisque la condamnation aux dépens ne les comprend pas. Cependant, l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile octroie au juge la possibilité de condamner la partie tenue aux dépens, ou à défaut, la partie perdante, à rembourser les frais non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Néanmoins, ces dispositions, favorables dans l'esprit aux personnes vulnérables, ne sont pas aussi larges que leur apparence pourrait le laisser entrevoir. En effet, les plaideurs intéressés devront démontrer l'iniquité de leur situation. De plus, le juge peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. Enfin, le juge détermine librement le montant du remboursement, ce qui le dispense de rechercher le montant des honoraires effectivement payés à l'avocat ou réclamés par lui[731]. Cependant, l'existence du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond conduit à une évaluation très modérée des frais irrépétibles, et par conséquent à l'allocation de sommes inférieures à la

---

728. Souci d'équité visé expressément : Paris, 23 novembre 1979 : Juris-Data n° 000773.
Souci d'équité visé implicitement : Civ. 2ème, 12 juillet 1989 : J. C. P., 1990, II, 21485.
729. Paris, 9 juillet 1980 : Juris-Data n° 001066 ; Nîmes, 8 juin 1983 : Juris-Data n° 000457.
730. Civ. 2ème, 15 mars 1978 : Bull. civ., II, n° 82, pp. 65 et s. ; Soc., 18 décembre 1979 : Bull. civ., V, n° 1012, pp. 739 et s. ; Dijon, 19 décembre 1986 : Juris-Data n° 045221 ; Bordeaux, 6 avril 1987 : Juris-Data n° 041089 ; Grenoble, 25 janvier 1989 : Juris-Data n° 042736.
731. A. ROBERT (dir.), Nouveau Code de procédure civile commenté, éditions du J. N." A., Paris, avril 1997, article 700, pp. 6 et s., spc. p. 8.

réalité des débours payés par les justiciables, qui sont ainsi dissuadés d'intenter des actions en justice.

2 - Moyens indirects tendant à assurer l'égalité juridique des parties

243. En général, l'égalité juridique des parties est assurée par les règles de fond, mais lors d'un procès, les tribunaux cherchent aussi des appuis dans les règles de procédure pour protéger les personnes vulnérables, par le biais de certaines règles édictées par le droit international privé, et par l'idéal d'une extension des droits de la défense.

Les moyens de moins en moins exceptionnels du droit international privé

244. Si le thème de la protection des personnes vulnérables en droit international privé peut, selon un auteur, « *pour prendre un terme provocateur, faire penser à une jungle*[732] », il est utile de rechercher dans le foisonnement de ses règles qui désignent la loi applicable et la juridiction compétente[733] celles qui peuvent être invoquées par les personnes faibles.

S'agissant de la loi applicable au contrat international, le principe, fondé sur une admission très large de l'autonomie de la volonté et de l'application des lois étrangères, est que les parties peuvent librement choisir celle qui leur convient[734].

Lorsqu'elles s'en abstiennent, la règle de conflit des lois désigne alors la *lex contractus* à l'aide d'un critère objectif. Dans le système instauré par la Convention de Rome du 19 juin 1980, il est prévu qu'à défaut de choix exprès ou résultant de façon certaine du contrat ou des

---

732. D. PHILIPPE, « *La protection de la partie faible en droit international* » : *in* J. GUESTIN et M. FONTAINE (dir), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, préc., pp. 553 et s., spc. p. 553.

733. A. HUET, « *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, généralités* » : Jur. - Cl. civ., art. 14 et 15, fasc. 10, 5-1995, p. 4, n° 9.

734. Article 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

circonstances de la cause, le juge doit appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat. Selon l'une des présomptions les plus importantes instaurées pour faciliter cette identification[735], le contrat présente les liens les plus étroits avec l'État de la résidence habituelle (ou de l'établissement) de la partie qui fournit la « *prestation caractéristique* » : vendeur dans la vente, bailleur dans le bail, prêteur dans le prêt[736], etc.. Or, cette règle de rattachement ne convenant pas aux cocontractants vulnérables, la Convention de Rome en a atténué la rigueur, en instaurant deux exceptions à la loi d'autonomie.

La première dite exception d'ordre public international consiste dans l'éviction de la « *lex contractus* » choisie par les parties ou objectivement désignée, lorsqu'elle est contraire aux conceptions fondamentales du for (par exemple : consécration d'une injustice intolérable). Toutefois, cette exception est d'interprétation stricte. Il en résulte que les solutions consacrées par les lois étrangères, si elles sont moins protectrices que celles du for, ne sont pas toujours considérées comme étant mauvaises en soi, ce qui, à défaut, conduirait le juge à appliquer toujours sa propre loi. Dans ces conditions, l'exception d'ordre public international ne peut jouer que lorsque la loi étrangère compétente n'assure pas une protection suffisante[737].

La deuxième exception réside dans la possibilité d'une application immédiate par le droit international privé de la loi protectrice en fonction de son propre contenu. La caractéristique de ce type de loi est que son critère de rattachement est en principe unilatéral, mais on assiste aujourd'hui à une bilatéralisation de celui-ci[738]. Pour mettre en oeuvre cette exception, certaines lois dites de police précisent parfois expressément leur domaine spatial d'application[739], tandis qu'en cas de silence de celles-ci, il appartient au juge de le déterminer lui-même, et le cas échéant, de décider que si le contrat, soumis à une loi étrangère entre dans ce domaine, la *lex contractus* soit écartée au profit de la loi de police du for[740]. Ainsi, dans le domaine des contrats ayant pour objet l'acquisition d'un immeuble, la jurisprudence de la Cour

---

735. Article 4, § 2 de la Convention de Rome.
736. Pour une application complexe de cette règle dans les contrats internationaux de prêt, voir : Civ. 1ère, 19 janvier 1999 : Defrénois, 1999, art. 36976, pp. 523 et s., obs. M. REVILLARD.
737. Civ. 1ère, 4 octobre 1989 : D., 1990, somm. comm., pp. 266 et s., obs. B. AUDIT ; Revue critique de droit international privé, 1990, pp. 316 et s., note P. LAGARDE.
738. N. HOUX, « *La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables* » : Petites affiches, n° 43, du 1er mars 2001, pp. 6 et s., spc. pp. 7 et 12.
739. Article L. 312-4 du Code de la consommation.
740. Article 7, § 2 de la Convention de Rome ; T. G. I. Dunkerque, 19 février 1986 : Clunet, 1986, pp. 713 et s.

de cassation a tendance à favoriser l'application de la loi française en retenant concurremment tant le critère réel tenant au lieu de situation de l'immeuble que le critère personnel relatif à la résidence du bénéficiaire de la protection[741]. De plus, dans une espèce où la Convention de Rome n'était pas encore entrée en vigueur, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 octobre 1999[742] a motivé l'application de l'ex-loi du 10 janvier 1978 sur le crédit mobilier, pour le règlement d'un litige concernant des ressortissants français ayant souscrit un prêt à la consommation auprès d'une banque allemande, en énonçant que les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire, sans distinguer les consommateurs suivant qu'ils sont actifs ou passifs. Enfin, dans le domaine des contrats à distance, l'article L. 121-20-6 du Code de la consommation précise que lorsque les parties ont choisi la loi d'un État non membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur lorsque cette résidence est située dans un État membre. Ainsi, lorsque des lois de police étrangères sont plus favorables aux personnes vulnérables que les lois françaises, l'article 7, § 1 de la Convention de Rome permet au juge de tenir compte des lois étrangères.

La détermination de la juridiction compétente revêt une importance plus grande pour la partie faible dans les rapports internationaux qu'en droit interne, car les incidences de ce choix sont pour elle redoutables : distance géographique, environnement juridictionnel inconnu, contrôle pratiquement impossible de la situation, garanties de capacité, d'objectivité et d'impartialité pouvant à tort ou à raison être considérées comme moindres.

245. *De lege ferenda*, les règles objectives de compétence internationale devraient assurer à la partie la plus vulnérable la proximité du tribunal compétent et l'illicéité des clauses attributives de juridiction. Il n'existe pas de règlement supranational répartissant la compétence internationale des juridictions des divers États du monde. Pour combler cette carence, les États ont d'abord édicté des règles régissant la compétence territoriale interne, puis ils ont négocié avec d'autres États des règles partielles de compétence internationale.

---

741. Civ. 1ère, 8 juillet 1986 : Bull. civ., I, n° 194, pp. 190 et s.
742. Civ. 1ère, 19 octobre 1999 : Revue critique de droit international privé, 2000, pp. 29 et s., note P. LAGARDE.

Afin de protéger les personnes françaises faibles, les articles 14 et 15 du Code civil attribuent compétence aux tribunaux français, lorsque soit le demandeur, soit le défendeur possède la nationalité française. Cependant, ces textes instituent une protection insuffisante pour deux raisons essentielles. La première est que la renonciation au bénéfice de ceux-ci est possible[743], y compris par une clause insérée dans le contrat[744]. Le second tient à ce que les parties faibles étrangères et vivant à l'étranger en sont exclues. À l'heure de l'Union européenne où l'esprit de coopération judiciaire doit présider aux relations internationales, l'archaïsme de cette solution nationaliste et unilatérale est condamné par les Conventions de Bruxelles du 27 septembre 1968 et de Lugano du 16 septembre 1988, et le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 qui s'est substitué à la Convention de Bruxelles dans l'ensemble de l'Union européenne (sauf le Danemark[745]) le 1er mars 2002. Ainsi, le droit européen édicte deux catégories de règles, les unes négatives et les autres positives.

Négativement, il écarte chaque fois que le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre, les critères de compétence, qualifiés d' « *exorbitants* », parmi lesquels figurent les articles 14 et 15 du Code civil français, dont les règles ne peuvent désormais plus être invoquées contre les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne en application de l'article 3, § 2 du Règlement précité.

Positivement, il pose comme règle fondamentale celle qui donne compétence aux tribunaux du pays du domicile du défendeur. Ce principe est complété en matière contractuelle par un autre critère qui ouvre au demandeur une alternative. Aux termes de l'article 5 du Règlement précité, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attraite dans un autre État membre : *« 1)a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée »*. Le Règlement précise cette règle en prévoyant que dans le cas de vente de marchandises, il s'agit du lieu prévu pour la livraison et, que dans celui des prestations de services, il s'agit du lieu prévu pour l'exécution de la prestation, le tout sauf convention contraire.

---

743. Civ. 1ère, 9 novembre 1971 : D., 1972, jur., pp. 178 et s. ; Revue critique de droit international privé, 1972, pp. 314 et s., note D. HOLLEAUX.

744. Mixte, 28 juin 1974, 3 arrêts : J. C. P., 1974, II, 17881, note G. LYON-CAEN ; Dr. soc., 1975, pp. 458 et s., note H. –J. LUCAS.

745. H. CROZE, « *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* » : Procédures, avril 2001, chron., n° 7, pp. 7 et s., spc. p. 7, n° 2.

Cependant, ces critères n'assurent pas suffisamment au contractant vulnérable la possibilité de plaider devant un tribunal proche du centre de ses intérêts. C'est pourquoi, les rédacteurs du Règlement précité ont estimé « *opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales* » (motifs § 13). Ils ont ainsi décidé d'affaiblir la sévérité de leurs critères en édictant des exceptions au profit de cinq catégories de personnes considérées comme plus vulnérables que les autres : les assurés, les consommateurs[746], les locataires, les créanciers d'aliments et les salariés.

246. *Les clauses attributives de juridiction* sont également soumises à des règles nationales et internationales.

En France, les règles nationales sont jurisprudentielles[747] et sont peu protectrices des intérêts des personnes vulnérables, puisqu'elles admettent la licéité des clauses modifiant la compétence internationale des tribunaux français, à condition que celles-ci ne fassent pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française et qu'il s'agisse d'un litige international[748].

De plus, ces clauses peuvent attribuer compétence aux tribunaux d'un pays tiers[749], ce qui a pour conséquence d'écarter en matière internationale la prohibition générale des clauses relatives à la compétence territoriale, qui assure aux consommateurs une protection suffisante dans les relations internes qu'ils nouent avec les professionnels, alors que ces stipulations sont encore plus dangereuses dans les litiges qui naissent avec un partenaire étranger.

---

746. A. –M. de MATOS, « *Règlement communautaire remplaçant la Convention de Bruxelles. Élargissement du domaine de protection du consommateur en matière de conflit de juridiction* » : Revue européenne de droit de la consommation, 2000, pp. 381 et s.
C. J. C. E., 21 juin 1978 : J. C. P., 1979, II, 19051, note F. –C. JEANTET ; Revue critique de droit international privé, 1979, pp. 119 et s., note E. MEZGER ; R. T. D. com., 1979, pp. 170 et s., obs. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL ; C. J. C. E., 15 septembre 1994 : Revue critique de droit international privé, 1995, pp. 755 et s., note R. LIBCHABER.

747. P. FRANCESCAKIS, « *Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation* » : Revue de l'arbitrage, 1974, pp. 67 et s., spc. p. 72.

748. Civ. 1ère, 17 décembre 1985 : Revue critique de droit international privé, 1986, pp. 537 et s., note H. GAUDEMET-TALLON ; D. 1986, somm. comm., pp. 265 et s., obs. B. AUDIT ; Civ. 1ère, 25 novembre 1986 : Revue critique de droit international privé, 1987, pp. 396 et s., note H. GAUDEMET-TALLON.

749. Com. 19 décembre 1978 : Revue critique de droit international privé, 1979, pp. 617 et s., note A. HUET.

Mais heureusement, le droit français prétorien est complété par les règles internationales découlant Règlement précité, qui sont applicables, dès lors que les tribunaux désignés par la clause sont ceux d'un État membre, et que l'une ou l'autre des parties à la clause a son domicile sur le territoire de l'un des États membres. En effet, si l'article 23 du Règlement valide en principe, et sous certaines conditions de forme les clauses attributives de juridiction[750]. Il en atténue considérablement la portée en faveur de quatre catégories de personnes vulnérables : les assurés, les consommateurs, les locataires, et les salariés.

Cependant, le Règlement précité a expressément exclu de son champ d'application les clauses d'arbitrage qui présentent pourtant pour la partie faible[751] des dangers très importants liés au choix parfois imposé par le cocontractant fort de cette justice, au coût du fonctionnement des juridictions arbitrales, et à la pratique selon laquelle l'arbitre ne se sent pas toujours aussi rigoureusement tenu que le juge étatique de respecter certaines formes procédurales.

Pour sa part, le droit français assure, dans les limites de ses frontières, une protection efficace des intérêts des personnes vulnérables par deux moyens.

Le premier consiste à ne permettre les clauses compromissoires que si elles sont insérées dans des contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. En effet, la permission de ces clauses dans des contrats imposés aux consommateurs aurait généré des risques importants pour ces derniers, qui se seraient vus imposer le recours à l'arbitrage, alors qu'ils ne l'auraient pas véritablement souhaité[752]. Il faut également mentionner le contrat de travail dans lequel la clause compromissoire demeure prohibée afin de protéger les salariés.

Le second réside dans les contrôles effectués par les tribunaux qui apprécient la régularité de la composition de la juridiction arbitrale et la conformité à l'ordre public de la sentence. De plus, l'article 1484 du Nouveau Code de procédure civile précise que les parties ne peuvent

---

750. J. –P. BERAUDO, « *Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Généralités* » : Jur. -Cl. procédure civile, fasc. 53-2, 6-1991, p. 4, n° 13.

751. En sens contraire, voir : J. RUBELLIN-DEVICHI, note ss. Civ. 2ème, 5 mai 1982 : Revue de l'arbitrage, 1983, pp. 75 et s., spc. p. 79.

752. C. JARROSSON, « *Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001* » : J. C. P., 2001, I, 333, n° 5 ; B. MOREAU et L. DEGOS, « *La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée* » : Gaz. Pal. des 13/14 juin 2001, pp. 6 et s., spc. pp. 7 et 10.

pas renoncer par avance à ces contrôles. En outre, la bonne application des règles impératives de protection individuelle par l'arbitre doit être vérifiée[753].

Cependant, en matière de commerce international, la jurisprudence française valide purement et simplement les clauses compromissoires, même lorsque les contrats dans lesquels elles sont insérées ne constituent pas des actes de commerce pour les deux parties[754], et ce libéralisme est accentué par l'article 1496 du Nouveau Code de procédure civile qui précise que *« l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies »*. Cela signifie que l'arbitre international n'est lié ni par un quelconque système de conflit de lois, ni par le droit du pays où il siège. Cette situation peut engendrer des abus, et s'avérer préjudiciable aux personnes vulnérables, car la partie économiquement la plus forte aura plutôt tendance à choisir une *lex contractus* peu protectrice des intérêts des premières.

L'extension des droits de la défense

247. La doctrine et la jurisprudence ont toujours accordé aux droits de la défense la première place et l'extension de ceux-ci répond à l'exigence de la justice qu'il s'agisse de procédure civile, de procédure pénale ou de procédure administrative[755].

En droit français, le principe du respect des droits de la défense s'est imposé dans le procès civil. En effet, dès 1828, la Cour de cassation[756] a solennellement proclamé, en dehors de tout texte, que « *la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »*. C'était dire que l'idéal des droits de la défense était incommensurable.

Il est synthétisé dans l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prévoit que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit*

753. Voir par exemple : Paris, 1ère ch. suppl., 12 février 1985 : Revue de l'arbitrage., 1986, pp. 459 et s., note M. – C. RONDEAU-RIVIER.
754. Civ. 1ère, 4 juillet 1972 : Revue critique de droit international privé, 1974, pp. 82 et s., note P. LEVEL ; Revue de l'arbitrage, 1974, pp. 89 et s.
755. G. WIEDERKEHR, « *Droits de la défense et procédure civile »* : D., 1978, chron., pp. 36 et s., spc. p. 36.

entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial (...) ». Cet article ne concerne que les contestations sur les droits et obligations de caractère civil ou le bien fondé de toute accusation en matière pénale. Sont donc exclus de son champ d'application, en principe, tous les litiges de nature administrative ou disciplinaire.

Ces règles répondent également aux voeux convergents de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation qui s'engagent dans cette même voie. L'exigence d'un tribunal indépendant et son impartialité d'une part, l'équité et la publicité de la procédure, d'autre part, sont les deux axes qui seront successivement examinés.

L'exigence d'un tribunal indépendant et impartial

248. Depuis deux arrêts rendus contre le Royaume-Uni le 8 juillet 1987[757], la Cour de Strasbourg met au rang des droits de la défense l'exigence d'une réelle compétence d'attribution. De plus, le juge doit tendre à l'impartialité[758] et faire preuve de la plus grande discrétion pour ne pas susciter chez le justiciable des doutes sur son impartialité[759]. À ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme a exercé une influence importante sur la jurisprudence française.

Ainsi, avant l'arrêt Cob c/Oury et a. rendu par la Cour de cassation le 5 février 1999, ladite jurisprudence appréciait le respect du principe d'impartialité selon une approche subjective : était impartial celui qui faisait preuve d'objectivité au moment de rendre son jugement.

---

[756]. Civ., 7 mai 1928 : S., 1928, I, p. 329.
[757]. C. E. D. H., O. et H. c./ Royaume Uni, 8 juillet 1987, série A, n° 120.
[758]. C. E. D. H., Busceni c/Italie, 16 septembre 1999 : *in* F. SUDRE, « *Droit de la convention européenne des droits de l'homme* » : J. C. P., 2000, I, 203, n° 15 ; Defrénois, 2001, art. 37383, pp. 862 et s., obs. J. BERNARD DE SAINT AFRIQUE.
[759]. V. MAGNIER, « *La notion de justice impartiale. À la suite de l'arrêt Oury Cass. ass. plén., 5 févr. 1999* » : J. C. P., 2000, I, 252.

Mais, avec cet arrêt Cob c/Oury et a., la Cour de cassation[760] a franchi une double étape. D'une part, le grief de partialité est retenu à l'encontre du rapporteur d'une autorité administrative au seul motif qu'il participe au délibéré. D'autre part, la notion d'impartialité est moins considérée en elle-même qu'au travers de l'impression de partialité que la procédure a pu donner.

Au cas particulier des personnes vulnérables, cette règle de droit consiste, pour un auteur, à rétablir et au besoin à *« encadrer, une communication acceptable pour tous : (…) entre la famille ou l'un de ses membres et la société, entre le fou et le tissu économique et social. (...) Le juge peut agir parce que son irruption dans les rapports humains crée ce qu'il est convenu de dénommer une « triangulation ». Fondement de la communication humaine, (...) elle requiert un juge qui ne soit pas convaincu d'avance »*[761]. En agissant ainsi, le juge fait produire effet au droit des parties d'être entendues.

L'exigence d'une procédure équitable et orale

249. Corollaire de la communication et de la triangulation, l'égalité des armes entre les parties au procès est une impérieuse nécessité pour les personnes vulnérables. Elle postule d'avoir la possibilité de présenter sa défense, et de disposer des mêmes informations.

La possibilité de présenter sa défense est une règle juridique, qui a été explicitée dans le considérant célèbre d'une décision de la Commission de Strasbourg SZWABOWICZ contre Suède du 30 juin 1959[762] aux termes duquel « *le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention paraît impliquer que toute partie à une action civile doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ».

760. Ass. plén., 5 février 1999 : J. C. P., 1999, I, 10060, note H. MATSOPOULOU ; J. C. P. éd. E., 1999, jur., pp. 957 et s., note E. GARAUD.
761. T. FOSSIER, *« Droits de la défense et personnes vulnérables »* : R. S. crim., 1998, pp. 58 et s., spc. p. 59.
762. Décision ° 434/58 de la Commission E. D. H., Szabowicz c./Suède, 30 juin 1959 : Annuaire, II, pp. 535 et s.

À côté de la faculté de présenter sa défense, l'égalité procédurale des parties serait incomplète si chacune d'elles ne disposait pas des mêmes informations. L'existence du principe contradictoire est la traduction juridique de ce souci d'égalité.

La première conséquence de ce principe est de soumettre à la discussion des parties l'ensemble des processus d'expertise, qui vont influer sur les décisions du juge.

La deuxième acceptation du principe contradictoire préconise la transparence de l'action, qui s'exprime par l'adage fort ancien selon lequel « *Nul ne plaide par procureur* ».

La troisième résultante du principe contradictoire réside dans la communication préalable du dossier prônée par la Cour européenne des droits de l'homme[763].

Enfin, la phase orale de la procédure est considérée comme un moment indispensable de la défense, et elle permet au juge de mesurer la vulnérabilité particulière de certaines personnes[764]. Afin de protéger les plus faibles, l'arrêt Feldbrugge c/Pays-Bas, rendu par la Cour européenne le 29 mai 1986[765], fait figurer l'oralité parmi les garanties du juste procès civil.

Par son caractère universel, la Convention européenne des droits de l'homme joue son rôle de gardienne des droits de l'homme et des libertés fondamentales au profit des personnes vulnérables, car elle peut être invoquée devant les juridictions nationales et devant la Cour européenne des droits de l'homme qui est une institution supranationale neutre.

§ 2 - LES AVANTAGES FINANCIERS CONSENTIS PAR L'ÉTAT AU PROFIT DES ADULTES ÉCONOMIQUEMENT ET SOCIALEMENT VULNÉRABLES

763. C. E. D. H., X c./Royaume Uni, 24 février 1995 : R. T. D. civ., 1995, pp. 875 et s., note J. HAUSER ; D., 1995, jur., pp. 449 et s., note M. HUYETTE ; C. E. D. H., Foucher c./France, 18 mars 1997 : J. C. P., 1998, I, 107, n° 30, obs. F. SUDRE ; C. E. D. H., X c./Pays-Bas, 27 mars 1998 : D., 1999, jur., pp. 281 et s. ; C. E. D. H., Mme X et autre c/France, 31 mai 1998 : D., 1999, jur., pp. 281 et s.

764. T. FOSSIER, *« La procédure civile et les personnes vulnérables »* : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 265 et s., spc. p. 269.

765. C. E. D. H., Feldbrugge c./Pays Bas, 29 mai 1986, série A. n° 99 : *in* V. BERGER et L. –E PETTITI, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, 5ème édition 1996, pp. 179 et s., n° 474 et s.

250. Ainsi que l'a constaté un sociologue, « l'État devient progressivement substitut de la famille comme instance protectrice des individus, jusqu'au point où, son objectif d'intervention prenant la forme d'une protection, celui-ci n'est plus principalement la famille mais l'individu : l'enfant, le partenaire du couple délaissé, l'individu « désaffilié » et exposé à la précarité, etc. »[766]. Cette tendance se manifeste par l'octroi par l'État d'avantages financiers au profit des personnes vulnérables qui se répartissent en deux catégories : les opportunités fiscales (A) et les prestations sociales (B).

A - LES OPPORTUNITES FISCALES

251 L'impôt est souvent ressenti par les personnes vulnérables comme injuste, anachronique et inefficace pour lutter sérieusement contre les inégalités économiques et sociales. Pourtant, l'impôt est justifié par l'exigence d'une participation du citoyen aux charges communes de la Nation. Son fondement repose sur l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789 qui prévoit que « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Sur la base de ce texte appliqué avec une rigueur inédite pour les adultes modestes, une décision du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000[767] a censuré la réduction dégressive sur trois ans de la Contribution sociale généralisée (CSG) et de la Contribution au remboursement de la dette sociale (CRDS) payées par les salariés dont le traitement mensuel ne dépassait pas 1 515,65 €, en considérant que s'il est loisible au législateur de modifier l'assiette de la contribution sociale généralisée afin d'alléger la charge pesant sur les contribuables les plus modestes, c'est à la condition de ne pas provoquer de rupture

766. J. COMMAILLE, *« Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du « législateur juridique » au juriste consultant »* : *in* Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI Des concubinages Droit interne Droit international Droit comparé, Éditions Litec, 2002, pp. 19 et s., spc. p. 24.
767. Cons. const. n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 : Petites affiches lyonnaises, n° 0478 du 21 au 23 février 2001, p. 21.

caractérisée de l'égalité entre ces contribuables qui était consommée puisque le législateur avait choisi de ne pas prendre en considération l'ensemble de leurs facultés contributives.

D'une manière plus générale, les objectifs de la fiscalité sont de permettre à l'État d'assurer ses tâches régaliennes, et de financer sa volonté d'agir dans les domaines économique et social. Sa fonction économique se concrétise par des actions structurelles et conjoncturelles, tandis que sa fonction sociale s'exprime par la mise en oeuvre de politiques dites de revenus, consistant à combattre les inégalités des revenus et des patrimoines.

Aujourd'hui, cette dernière fonction est amoindrie par la complexité et l'hétérogénéité du système fiscal. En conséquence, si le fondement de l'impôt sur le revenu est de réduire les inégalités, son application crée des injustices (a). De même, si les impôts sur la consommation sont par nature injustes, ils sont moins iniques qu'ils n'y paraissent (b). Enfin, l'impôt sur le capital ne représente qu'une infime partie des recettes de l'État (c).

a - L'IMPÔT SUR LE REVENU : UN IMPÔT INTRINSÉQUEMENT ÉGALITAIRE À L'APPLICATION PARFOIS INÉGALITAIRE

252 Le caractère réducteur des inégalités résultant de l'application de l'impôt sur le revenu est incontestable, parce que, grâce à son barème progressif et au système du quotient familial, il ne frappe qu'un foyer fiscal sur deux et que les petits épargnants bénéficient d'une multitude d'exonérations totale ou partielle dans les domaines des plus-values[768] et des capitaux mobiliers. De plus, des règles spéciales profitent directement ou indirectement, à certains adultes particulièrement vulnérables[769].

Les mesures bénéficiant directement aux individus les plus faibles sont au nombre de quatre.

---

768. B. BRACHET, Le système fiscal français, L. G. D. J., 7ème édition 1997, p. 13, note 1.

769. Pour les personnes handicapées, voir : F. DOUET, *« Les mesures fiscales prévues en faveur des contribuables handicapés »* : A. J. Famille, n°4/2003, pp. 136 et s.

La première concerne une diminution de la base d'imposition résultant d'un abattement sur le revenu global destiné aux personnes âgées de plus de 65 ans au 31 décembre de l'année d'imposition ou aux personnes souffrant d'un taux d'invalidité d'au moins 40 %.

La deuxième octroie aux handicapés titulaires de la carte d'invalidité une demi-part s'ils vivent seuls ou une part entière s'il s'agit d'un couple de handicapés.

La troisième consiste dans la possibilité dont dispose l'administration fiscale d'accorder, dans les cas restreints prévus par la loi, des délais et des dégrèvements exceptionnels. Ainsi, des délais de paiement peuvent être accordés aux chômeurs ayant des difficultés financières. De plus, les receveurs des finances ont le droit de consentir des remises de peine à la demande des particuliers de bonne foi, afin de les dispenser d'acquitter les majorations de retard de paiement.

La quatrième concerne les contributions à caractère social, qui représentent quasiment un véritable deuxième impôt sur le revenu. Ces contributions sont la contribution sociale généralisée (C. S. G.) et la contribution au remboursement de la dette sociale (C. R. D. S.). Cependant, si ces deux contributions sont en principe prélevées notamment sur tous les salaires, primes et indemnités versés aux salariés, y compris les revenus de remplacement, de nombreuses catégories de prestations ou de revenus n'y sont pas soumises : les allocations de chômage du régime de solidarité, l'allocation aux adultes handicapés, les rentes d'accident du travail ou de maladies professionnelles, les pensions militaires d'invalidité ou de victimes de guerre, la retraite du combattant, les bourses d'étudiant, les pensions alimentaires, les avantages non contributifs de vieillesse ou d'invalidité, le revenu minimum d'insertion, les revenus des livrets A, des livrets d'épargne populaire, des livrets jeunes et des CODEVI, certains revenus de l'épargne salariale, les produits de placements financiers exonérés d'impôt sur le revenu.

Les règles fiscales spéciales profitant indirectement aux adultes vulnérables sont au nombre de cinq.

La première, relative au mécénat individuel, permet des réductions d'impôts pour les dons aux associations et fondations reconnues d'utilité publique, aux associations non reconnues et surtout aux organismes sans but lucratif qui procèdent à la fourniture gratuite de repas, ou à

titre principal de soins, à des personnes en difficulté, ou qui contribuent à favoriser leur logement.

La deuxième donne la possibilité au contribuable de déduire de son revenu global les avantages en nature qu'il consent à des personnes âgées de plus de 75 ans, envers lesquelles il n'a aucune obligation alimentaire qui vivent en permanence sous son toit et dont le revenu imposable n'excède pas le plafond de ressources fixé pour l'octroi de l'allocation supplémentaire mentionnée aux articles L. 815-2 et L. 815-3 du Code de la Sécurité sociale (ex. Fonds National de solidarité).

La troisième concerne les contrats de rente-survie et d'épargne handicap pour lesquels il est accordé une réduction d'impôt égale à 25 % du montant des primes ou de la fraction des primes représentative de l'opération d'épargne pris dans la limite de 1 070 € plus 230 € par enfant à charge.

La quatrième consiste dans l'instauration, par l'article 11 de la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001, d'une déduction forfaitaire de 60 %, pendant trois ans, prorogeables, sur les revenus tirés des locations consenties à des personnes aux ressources modestes ou à des organismes sans but lucratif qui les mettent à la disposition des personnes défavorisées autres qu'un membre du foyer fiscal, un ascendant ou un descendant du contribuable, et qui sont agréés à cet effet par le représentant de l'État dans le département.

La cinquième concerne les dépenses effectuées pour l'acquisition de gros équipements afférents à l'habitation principale qui ouvrent droit à un crédit d'impôt égal à 15 % de leur prix d'achat TTC. Les ascenseurs figurent parmi ces gros équipements, et l'administration fiscale a précisé que les ascenseurs spécialement conçus pour le déplacement des personnes handicapées sont éligibles au crédit d'impôt pour les dépenses de gros équipements[770].

b - LES IMPÔTS SUR LA CONSOMMATION : DES IMPÔTS THÉORIQUEMENT INJUSTES, MAIS PRATIQUEMENT MOINS INIQUES QU'EN APPARENCE

[770]. Instruction du 3 mai 2000 de la DGI : BOI 5 B-15-00 ; Instruction du 16 mai 2000, § 21 : Droit fiscal, 2000, n°22/23, II, 12467.

253 Les impôts sur la dépense sont des impôts indirects qui frappent des biens et services en raison de leur nature, et sans considération de la situation juridique du contribuable. La doctrine considère que les impôts sur la consommation sont beaucoup plus injustes que l'impôt sur le revenu, parce qu'ils ne prennent généralement pas en considération les difficultés rencontrées par les personnes vulnérables, et qu'ils engendrent des risques inflationnistes. Quoique généralement bien acceptés en raison de leur caractère indolore[771], ces prélèvements sont plus pénalisants pour les titulaires de revenus faibles, qui les consacrent presque essentiellement à la consommation, alors que les titulaires de revenus plus élevés échappent partiellement à la T. V. A., par exemple, par les mécanismes de l'épargne.

Cependant, les impôts sur la consommation ne sont pas exempts de considérations sociales.

D'abord, certains biens ou services commercialisés par des associations à objet social, associations d'handicapés par exemple, tels les biens vendus par les ateliers protégés ou les centres d'aide par le travail, sont exonérés de T. V. A.

Ensuite, un certain nombre d'activités libérales sont également exonérées de T. V. A. : soins médicaux et paramédicaux, travaux d'analyse de biologie médicale, les fournitures de prothèses dentaires par les dentistes et prothésistes, les frais de mise à disposition d'une chambre individuelle exposés dans les établissements de santé privés exonérés, la plupart des activités de l'enseignement : enseignement scolaire et universitaire, formation professionnelle continue, leçons particulières.

De plus, le législateur frappe les biens et services de taux différents en fonction de leur utilité sociale supposée. En effet, si le taux de droit commun (19,6 %) concerne les produits manufacturés les plus courants, la plupart des services et presque l'ensemble des boissons, le taux réduit (5,5 %) est applicable aux produits et services de première nécessité : produits alimentaires solides, l'eau autre que distillée et déminéralisée, transports en commun, la majorité des biens ou services culturels, construction de logements locatifs sociaux, travaux d'amélioration et de réhabilitation dans les logements locatifs sociaux, travaux d'aménagement

771. R. BOUDON, *« Égalité et inégalité sociales »* : Encyclopaedia Universalis, édition 1996, corpus 7 Dabrowska - Egypte, pp. 956 et s., spc. p. 958.

des espaces verts afférents à des logements sociaux, travaux d'amélioration, de transformation, d'aménagement et d'entretien des locaux d'habitation achevés depuis plus de deux ans, travaux dans les parties communes des immeubles collectifs comportant au moins 50 % de locaux à usage d'habitation, travaux d'urgence dans les immeubles achevés depuis moins de deux ans, contrats d'abonnement au gaz, à l'électricité et au chauffage urbain, bois de chauffage, opérations portant sur les appareils destinés aux diabétiques, stomisés ou souffrant d'incontinence grave et à certains handicapés, équipements spéciaux destinés aux handicapés physiques, préparations florales, services d'aide à la personne fournis par les entreprises agréées exclusivement pour des tâches à caractère familial ou ménager répondant aux besoins courants des personnes.

Enfin, les produits sanguins et les médicaments pris en charge par le régime de l'assurance maladie sont soumis à un taux de T. V. A. de 2,1 %, mais il s'agit là d'une mesure ponctuelle dictée par les impératifs du financement du système de sécurité sociale.

c - L'IMPOSITION DU CAPITAL : UN DÉBAT À L'INCIDENCE PRATIQUE MARGINALE

254 Les défenseurs de l'imposition sur le capital considèrent qu'à revenu égal, le propriétaire de capitaux dispose d'une capacité de jouissance supérieure à celle du salarié non possédant et avancent trois arguments. Premièrement, il est équitable d'imposer des biens dont l'acquisition ne résulte pas directement d'un travail fourni et qui ne contribuent généralement pas à la croissance économique. Deuxièmement, ces prélèvements stimulent une meilleure diffusion de la propriété, et combattent certaines inégalités entre les patrimoines. Troisièmement, cet impôt étant accompagné de l'établissement par chaque contribuable d'une déclaration de l'ensemble de ses biens, fournit des informations permettant de révéler des revenus du capital pas ou insuffisamment déclarés et des revenus dissimulables[772].

---

[772]. J. GROSCLAUDE, « *L'impôt de solidarité sur la fortune. Genèse et problématique* » : Jur. -Cl. Impôt sur la fortune, fasc. 15, 5-1996, pp. 6 et s., n° 17.

Cependant, cette fiscalité est contestée parce que ces prélèvements sont contraires au droit de propriété, et qu'ils découragent l'épargne, ce qui manifeste la difficulté du problème, car soit ces prélèvements sont élevés et destructeurs de la matière imposable, soit ils sont faibles et d'un rendement réduit. Cette dernière hypothèse correspond à la réalité contemporaine qui démontre que la place de l'imposition sur le capital est plus idéologique qu'efficace.

Ainsi, le droit fiscal classique ne prend en compte la richesse accumulée qu'au moment de la transmission des biens, qu'il s'agisse de mutations à titre gratuit ou de mutations à titre onéreux.

D'ailleurs, pour les assujettis les plus faibles, l'article 779-II du Code général des impôts prévoit un abattement spécial de 50 000 € sur la part de tout héritier, légataire ou donataire incapable de travailler dans des conditions normales de rentabilité, en raison d'une infirmité physique ou mentale, congénitale ou acquise[773]. Cet abattement spécial s'applique en cas de transmission entre vifs ou par décès, quelque soit le lien de parenté unissant le donateur ou le défunt au donataire ou à l'héritier. Aucun pourcentage d'invalidité n'est fixé par la loi et il n'y a pas à tenir compte de la nature de l'infirmité, ni de sa cause ou de son ancienneté, pourvu qu'elle existe au jour du fait générateur de l'impôt.

Devant l'impopularité d'une augmentation des droits de mutation, le législateur a ouvert trois brèches dans le droit fiscal traditionnel hostile à l'imposition synthétique du capital[774].

La première a été l'introduction en 1976 de la taxation générale des plus-values privées.

La seconde a consisté dans la création en 1981 de l'impôt sur les grandes fortunes frappant à titre permanent les patrimoines des personnes physiques, qui fut abrogé par la loi de finances rectificative de juillet 1986. L'article 26 de la loi de finances pour 1989 a de nouveau institué un impôt sur le capital dénommé impôt de solidarité sur la fortune dont la finalité est sociale. Comme son titre l'indique, cet impôt organise une solidarité entre ceux qui disposent de grandes facultés contributives et les plus démunis pour financer, en partie, le revenu minimum

---

773. D. FAUCHER, « *Abattement spécial pour infirmité* » : J. C. ¨P. éd. N., 2000, fiscal, pp. 1736 et s.

774. À côté de cette forme synthétique d'imposition sur la fortune, le droit positif français connaît plusieurs taxations analytiques du capital : taxes foncières, taxe d'habitation, taxe professionnelle portant sur les immobilisations de l'entreprise, prélèvement sur les bons anonymes, taxe sur les immeubles détenus en France par certaines personnes morales, taxe différentielle sur les véhicules à moteur, taxe locale d'équipement, et l'imposition forfaitaire d'après certains éléments du train de vie.

d'insertion. Cependant, cet l'impôt n'est pas un exemple de justice entre les foyers imposables, en raison des exonérations qu'il institue, et du système du quotient familial qu'il ne retient pas. Les adultes vulnérables ne sont pas assujettis à cet impôt, car la franchise générale d'imposition fixée à 732 000 € leur permet d'y échapper.

La troisième réalisée par l'article 51 de la loi du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions résulte de l'institution d'une taxe annuelle sur les logements vacants[775], depuis plus de deux ans, destinée à encourager les propriétaires à mettre leurs biens sur le marché locatif afin de faire face à l'urgente et absolue nécessité de loger les personnes nécessiteuses, et de donner corps à la maxime *« un toit pour tous »*. Inadmissible pour les tenants du droit de propriété, cette taxe est admissible pour les partisans du droit au logement. En tout état de cause, elle pèse sur les logements vacants dans les communes appartenant à des zones d'urbanisation continue de plus de 200 000 habitants, où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements au détriment des adultes financièrement vulnérables, se concrétisant par le nombre élevé de demandeurs de logement par rapport au parc locatif et la proportion anormalement élevée de logements vacants par rapport au parc immobilier existant.

À côté des opportunités fiscales qui sont des moyens de vivre *a posteriori*, les adultes vulnérables bénéficient de diverses prestations sociales qui tendent à leur permettre *a priori* d'équilibrer leur budget. D'ailleurs, l'ensemble est intimement lié comme le démontre le récent dispositif de la prime pour l'emploi, qui a pour objet d'encourager massivement le retour ou le maintien de l'activité des foyers fiscaux ayant des revenus particulièrement modestes et pour but de compenser les effets d'une partie des prélèvements sociaux et des charges fiscales.

B - LES PRESTATIONS SOCIALES

775. Sur cette taxe, voir : B. VIAL-PÉDROLETTI, « *La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement* » : préc., spc. p. 1688 ; F. MAGNIN, « *Le volet immobilier de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (2ème partie)* » : Les petites affiches, n° 119, du 5 octobre 1998, pp. 9 et s.

255. Dans ce domaine, le citoyen attend de plus en plus de l'État en raison de l'éclatement de la cellule familiale, si bien que la lutte contre la précarité constitue une préoccupation essentielle des pouvoirs publics. De plus, le respect des adultes les plus vulnérables impose la mise en place de mesures diversifiées, afin de leur assurer des moyens d'existence qui sauvegardent leur dignité et leur santé, et qui complètent les règles instaurant une solidarité familiale interne lorsqu'elles ne sont plus en phase avec les réalités économiques.

Le principe de sécurité matérielle confère un fondement constitutionnel à l'existence des mécanismes de protection sociale. En effet, le législateur ne saurait abroger ces dispositifs sans les remplacer par des garanties assurant aux intéressés un niveau de protection équivalent.

Fondé sur les besoins des plus démunis[776], le droit social atténue leur vulnérabilité par deux moyens principaux : la Sécurité sociale (a), et les minima sociaux (b).

a - LA SÉCURITE SOCIALE

256. Le premier traitement de la pauvreté résulte de la mise en place, puis de la généralisation de la Sécurité sociale, qui est censée assurer les grands risques de la vie : maladie, maternité, invalidité, vieillesse. Comme le souligne à bon escient un auteur, la « *Sécurité sociale, c'est une conquête de l'homme sur la barbarie : les bien-portants paient pour les malades, les plus riches pour les pauvres »*[777]. De plus, un autre auteur ajoute que *« la Sécurité sociale a été, et demeure encore, un incomparable système de vulgarisation de la santé parmi la population. Elle a contribué, depuis plus d'un demi-siècle, à favoriser l'essor des techniques médicales, à réduire la mortalité infantile et à accroître la longévité humaine »*[778].

Le fondement de la Sécurité sociale est indemnitaire et non alimentaire.

---

776. E. ALFANDARI, Action et aide sociale, Dalloz, 1987, pp. 42 et s., n° 23 ; M. KORNPROBST, « *Aliments* » : Répertoire de droit civil, 1992, p. 3, n° 15.

777. J. –L. DUCAMP, Les droits de l'homme racontés aux enfants, les Éditions de l'Atelier et les Éditions Ouvrières, Paris, 8ème édition, 1993, p. 77.

Le droit de la Sécurité sociale, fondé sur la dépendance économique, consacre la notion de prise en charge. Pour compenser la tendance au retrait de l'assurance maladie dans la prise en charge des dépenses médicales et faciliter l'accès aux soins des adultes dont les ressources sont trop faibles pour faire face aux besoins engendrés par le handicap, l'âge, la maladie, les difficultés sociales ou économiques, une aide médicale, fondée sur le principe de l'assistance[779], est susceptible de leur être apportée. C'est ainsi que l'article L. 251-1, alinéa 1er, du Code de l'action sociale et des familles complète les prestations fournies par la Sécurité sociale en précisant que « *tout étranger résidant en France sans remplir les conditions fixées par l'article L. 380-1 du Code de la sécurité sociale et dont les ressources ne dépassent pas le plafond mentionné à l'article L. 861-1 de ce Code a droit pour lui-même et les personnes à sa charge... à l'aide médicale de l'État* ».

257. De plus, le mécanisme de l'assurance personnelle ayant laissé sans couverture maladie et maternité de nombreuses personnes en situation de précarité ou d'exclusion, tels que les jeunes en situation de rupture familiale ou les sans domicile fixe, la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 a parachevé le système de la Sécurité sociale en mettant en place la couverture maladie universelle, dont l'objet est de rendre effectif l'accès aux soins des plus démunis, mais qui a un caractère subsidiaire[780]. Ainsi, toute personne résidant de façon stable et régulière en France, quelle que soit sa nationalité, n'ayant pas de droits ouverts dans un régime de base de Sécurité sociale, peut sur seule justification de sa résidence, bénéficier des prestations en nature du régime général. Son affiliation est immédiate et automatique. De plus, une couverture complémentaire santé gratuite et une dispense d'avance des frais garantissent l'accès aux soins aux personnes disposant de revenus modestes.

258. En outre, et vu l'allongement de la durée de la vie de la population, la dépendance physique et/ou psychique de plus en plus de personnes âgées, qui peut être définie comme l'état de quelqu'un qui a besoin d'être aidé pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou qui requiert une surveillance régulière, est devenue pour elles et la société un problème majeur. Face à cette situation, la Sécurité sociale et les régimes de retraite versent d'abord aux

---

778. Y. SAINT-JOURS, *« L'ambiguïté endémique de la maîtrise des dépenses de santé »* : D., 2004, point de vue, pp. 1675 et s., spc. p. 1675.

779. J. –J. DUPEYROUX et R. RUELLAN, Droit de la sécurité sociale, 13ème édition 1998, Dalloz, , p. 1139, n° 995 ; p. 1144, n° 1002.

personnes âgées une pension de retraite proportionnelle à leurs cotisations ou une pension d'invalidité. Ensuite, l'État garantit un minimum vital. Enfin, le législateur reconsidère périodiquement les règles régissant la dépendance pour permettre aux personnes qui en souffrent de vivre le plus longtemps possible dans leur environnement.

Récemment, l'État a réorganisé et complété l'aide aux personnes âgées par la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 tendant à mieux répondre à leurs besoins par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, qui était une aide concrète, centrée sur les personnes âgées de 60 ans au moins présentant un niveau de dépendance important relevant de l'un des trois premiers groupes de la grille AGGIR (autonomie, gérontologique, groupe iso-ressources) et disposant de ressources n'excédant pas un plafond réglementaire. Cependant, le bilan de cette loi n'était pas satisfaisant. En effet, les conditions de ressources et le niveau de dépendance requis avaient fréquemment écarté des personnes bénéficiant auparavant de l'allocation compensatrice pour tierce personne attribuée aux personnes handicapées.

Dans ces conditions, la loi n° 2001-647 du 20 juillet 2001 relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie a remplacé la prestation spécifique dépendance par l'allocation personnalisée d'autonomie qui vise à garantir un droit universel, égal et accessible à toutes les personnes âgées de plus de soixante ans justifiant d'une résidence stable et régulière en France, à une aide pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie et/ou une surveillance régulière. Ce dispositif doit, à terme bénéficier à toutes les personnes dépendantes quelles que soient leurs ressources financières, mais actuellement l'aide demeure modulée en fonction de leur degré d'autonomie, de leurs revenus et selon leur lieu de vie (domicile ou établissement). Malgré ses imperfections, cette allocation apporte à ces individus particulièrement vulnérables une indéniable avancée.

Enfin, l'article L. 114-1-1 du Code de l'action sociale et des familles, inséré par l'article 11 de la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées dispose que *« La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l'origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.*

---

780. F. TAQUET, « *Premières réflexions sur la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture médicale universelle* » : Gaz. Pal. des 21/23 novembre 1999, pp. 21 et s., spc. p. 21.

Cette compensation consiste à répondre à ses besoins qu'il s'agisse (...) de l'enseignement (...) de l'insertion professionnelle, des aménagements du domicile ou du cadre de travail nécessaires au plein exercice de sa citoyenneté et de sa capacité d'autonomie, du développement ou de l'aménagement de l'offre de service, permettant notamment à l'entourage de la personne handicapée de bénéficier de temps de répit, du développement de groupes d'entraide mutuelle ou de places en établissements spécialisés, des aides de toute nature à la personne ou aux institutions pour vivre en milieu ordinaire ou adapté, ou encore en matière d'accès aux procédures et aux institutions spécifiques au handicap ou aux moyens et prestations accompagnant la mise en œuvre de la protection juridique régie par le titre XI du livre 1er du code civil. Ces réponses adaptées prennent en compte l'accueil et l'accompagnement nécessaires aux personnes handicapées qui ne peuvent exprimer seules leurs besoins.

Les besoins de compensation sont inscrits dans un plan élaboré en considération des besoins et des aspirations de la personne handicapées tels qu'ils sont exprimés dans son projet de vie, formulé par la personne elle-même ou, à défaut, avec ou pour elle par son représentant légal lorsqu'elle ne peut exprimer son avis ».

Le principe énoncé par cet article est équitable, puisqu'un handicapé a souvent besoin d'un revenu plus élevé qu'une personne en bonne santé, pour pouvoir accéder aux traitements médicaux, bénéficier de prothèses, et aux aides, sans pour autant jouir d'une qualité de vie équivalente.

Cependant, pour bénéficier d'une prestation de compensation, le demandeur, résidant de façon stable et régulière en France, doit notamment :

être atteint d'une infirmité entraînant un handicap qui répond à des critères qui seront définis par décret. Dans l'attente, la prestation sera accordée aux personnes handicapées présentant une incapacité permanente au moins égale à 80 % ;

être âgé de plus de 20 ans, âge limite pour le droit à l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé[781], ou de plus de 16 ans, si l'intéressé ne remplit plus les conditions pour ouvrir droit aux allocations familiales ;

enfin, ne pas avoir dépassé un âge qui devrait être fixé à 60 ans. Toutefois, cela ne s'applique pas aux personnes qui avant leurs 60 ans remplissaient déjà la condition d'incapacité et à celles qui exercent une activité professionnelle au-delà de cet âge. Par ailleurs, la personne qui a obtenu la prestation de compensation avant 60 ans et qui remplit les conditions d'attribution de l'allocation personnalisée d'autonomie peut choisir l'une de ces aides.

La prestation de compensation peut être versée, selon le choix du bénéficiaire, en nature ou en espèces. Elle est accordée sur la base de tarifs et de montants fixés par nature de dépense, dans la limite de taux de prise en charge fixés en fonction des ressources du bénéficiaire[782]. Il en résulte qu'elle n'a pas un caractère universel[783].

Face au développement des aides de toutes sortes, il est souvent reproché à ces dernières leur prétendue permanence, alors qu'en réalité leur octroi est subsidiaire[784], et qu'elles ont toujours un caractère provisoire lié aux revenus et au patrimoine du bénéficiaire. De plus, comme les mesures d'aide aux personnes défavorisées sont un palliatif de la pauvreté, les services de l'aide sociale peuvent exercer, en vertu de l'article L. 132-8 du Nouveau Code de l'action sociale et des familles, des recours en récupération de tout ou partie des sommes versées[785] contre le bénéficiaire revenu à meilleure fortune, contre le donataire, lorsque la donation est intervenue postérieurement à la demande d'aide sociale, ou dans les dix ans qui ont précédé cette demande, contre la succession du bénéficiaire de l'aide sociale et contre le légataire. Le montant des sommes à récupérer est fixé par une commission d'admission saisie par les présidents des conseils généraux. De plus, contrairement à la

---

781. Art. L. 245-1, I du Code de l'action sociale et des familles.
782. Art. L. 245-6, I du Code de l'action sociale et des familles.
783. En ce sens, voir : S. DOUAY, *« La loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées L. n°2005-102, 11 févr. 2005 »* : J. C. P., 2005, act., 132.
784. En ce sens, voir : M. LÉVY, *« L'aide sociale et la protection du patrimoine de la personne handicapée (1ère partie) »* : R. J. P. F., avril 2003, n°4, pp. 6 et s., spc. p. 7.
En sens contraire, voir l'art. L. 245-7, alinéa 1er, du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que *« L'attribution de la prestation de compensation n'est pas subordonnée à la mise en œuvre de l'obligation alimentaire définie par les articles 205 à 211 du code civil »*.
785. C. E., 25 avril 2001, M. GAROFALO : R. J. P. F., n° 7/8, juillet - août 2001, p. 29.

récupération de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité[786], le recouvrement sur succession des créances d'aide sociale n'est soumis à aucun automatisme, mais est apprécié en équité, au cas par cas, par commissions locales d'aide sociale, puis en appel par la Commission Centrale d'aide sociale. À cet égard, le droit européen à un procès équitable a servi de référence protectrice pour les personnes vulnérables à un arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1994[787], dans une affaire qui avait opposé le département de l'Indre à une dame Padilla concernant la récupération sur la succession d'une personne de sommes correspondant aux aides sociales qui lui avaient été versées de son vivant. En l'espèce, la Commission centrale d'aide sociale, qui ne statuait pas en audience publique, avait annulé la décision de la Commission locale du département de l'Indre et décidé que l'allocation compensatrice en faveur des handicapés ne serait pas récupérée sur la succession de la bénéficiaire, car l'actif de ladite succession n'était pas assez élevé. C'était le département de l'Indre qui, devant le Conseil d'État, avait contesté cette décision, parce qu'il considérait qu'elle avait été rendue sans respecter les dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention européenne de droits de l'homme. Or, le Conseil d'État a annulé la décision de ladite Commission centrale, parce que, au mépris de cet article 6, § 1, elle n'avait pas siégé en séance publique. L'héritière n'avait pas eu à souffrir de cette application drastique de la Convention européenne des droits de l'homme, puisque le Conseil d'État, usant de la possibilité qui lui est accordée par la loi du 31 décembre 1987 de régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie, avait, lui aussi, décidé que le département de l'Indre n'était pas fondé à récupérer les sommes versées au titre de l'aide sociale. En revanche, les autres héritiers qui, dans d'autres affaires, sont exposés aux recours de l'aide sociale, y auront gagné une procédure plus respectueuse des exigences du droit à un procès équitable.

Ces solutions sont légitimes au regard de la subsidiarité de la solidarité sociale, mais, pour un auteur, elles peuvent générer *« des effets pervers : telle personne, pourtant dans une relative nécessité, choisira de ne pas solliciter l'aide sociale si ses difficultés ne sont que passagères ou pour ne pas gêner sa famille ou grever le petit patrimoine qu'elle entend lui transmettre »*[788].

---

786. J. –F. PILLEBOUT et E. MALLET (dir.), Roulois Mémento Juris-classeur, tome I, fasc. 1060, 5-1997, p. 13.
787. C. E., 29 juillet 1994, Département de l'Indre c. Dame PADILLA : R. D. sanit. soc., 1995, pp. 324 et s, concl. J. –C. BONICHOT.
788. E. PAILLET, « *Vieillesse, capacité et famille** » : Dr. et patr., n°80, mars 2000, pp. 54 et s., spc. p. 60.

Ainsi, quatre exceptions concernant les personnes handicapées ont été édictées.

Premièrement, il n'y a pas de récupération sur succession et sur legs universel ou à titre universel des prestations d'aide à domicile quand les héritiers sont les enfants ou petits-enfants du handicapé, son conjoint ou la personne qui en a assumé la charge effective et constante, c'est-à-dire celle qui veille à ses intérêts en s'occupant de lui[789]. Toutefois, cette liste s'entend de façon limitative en raison de son caractère d'exception[790].

Deuxièmement, l'allocation personnalisée d'autonomie n'est pas récupérable sur la succession, les donations ou les legs[791].

Troisièmement, les lois n°2002-73 du 17 janvier 2002 et n°2002-303 du 4 mars 2002 ont supprimé la récupération pour retour à meilleure fortune de l'allocation compensatrice et de la contribution de l'aide sociale aux frais d'hébergement, en particulier lorsque le handicapé perçoit un héritage de ses parents ou une donation. Cette disposition a été étendue aux personnes handicapées vivant en établissement de rééducation professionnelle, en centre d'aide par le travail et dans les foyers et foyers-logements pour les frais d'hébergement et d'entretien, mais cette extension ne concerne pas les frais d'hébergement en foyer pour les personnes handicapées de plus de soixante ans, parce que, dans ce cas, c'est le régime des frais d'hébergement pour personnes âgées qui s'applique[792].

Quatrièmement, l'article L. 245-7 du Code de l'action sociale et des familles précise qu'il n'est exercé aucun recours en récupération de la prestation de compensation ni à l'encontre de la succession du bénéficiaire décédé, ni sur le légataire ou le donataire, et que les sommes versées à ce titre ne font pas l'objet d'un recouvrement à l'encontre du bénéficiaire lorsque celui-ci est revenu à meilleure fortune.

---

789. C. E, 4 février 2000, n°s 187142 et 192807, Département de la Haute-Garonne.

790. F. PERREAU-BILLARD, *« Personnes handicapées et aide sociale »* : A. J. Famille, n°4/2003, pp. 129 et s., spc. p. 132.

791. A. KATZ (dir.), LAMY PROTECTION SOCIALE, 2003, pp. 1120 et s., spc. pp. 1120 et 1121, n°2354 ; Cons. const., 18 juillet 2001 n°2001-447 DC : J. O., 21 juillet 2001, pp. 11743 et s.

792. C. E., 25 avril 2001, n°214252, Garofalo ; F. COURAULT, *« La suppression de deux recours en récupération de l'aide sociale améliore les droits des personnes handicapées »* : R. J. P. F., n°5, mai 2002, pp. 24 et s.

À côté de ces dispositifs de Sécurité sociale, la lutte contre l'exclusion passe par le système des *minima* sociaux permettant à de nombreuses personnes de bénéficier de prestations minimales à caractère alimentaire et non indemnitaire.

b - LES MINIMA SOCIAUX

259. Les *minima* sociaux sont fondés sur le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui rappelle que *« tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler, a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence »*.

Cependant, si les *minima* sociaux consacrent l'existence d'une société à deux vitesses, avec d'un côté, ceux qui travaillent, et de l'autre côté, ceux qui touchent les maigres revenus de la solidarité nationale, leur généralisation et leur amélioration ont largement contribué à faire reculer des pans entiers de la pauvreté liée à l'état c'est-à-dire à l'âge, le handicap, ou la monoparentalité, même si un auteur a judicieusement observé que « *depuis quinze ans, le fossé s'est creusé entre les allocataires des minima sociaux et le reste de la population. Alors que le niveau de vie moyen de l'ensemble des ménages a progressé de plus de 15 % depuis 1983, le pouvoir d'achat des minima sociaux a, au mieux, stagné, les prestations destinées aux demandeurs d'emploi, ayant connu des baisses importantes »*[793].

En tout état de cause, ces *minima* sociaux, résumés dans le tableau suivant, constituent un ensemble de prestations qui permettent aux adultes les plus vulnérables de survivre.

[793]. P. CONCIALDI, « *Faut-il attendre la fin du chômage pour relever les minima sociaux ? »* : Dr. soc., 1998, pp. 261 et s., spc. p. 261.

Dénominations	Bénéficiaires	Années de création	Montants mensuels en 2005 pour une personne
Minimum vieillesse	Personne de plus de 65 ans ou de 60 ans en cas d'inaptitude, ayant de faibles ressources	1956	599,49 €
Minimum invalidité	Titulaire d'une pension d'invalidité	1956	599,49 €
Allocation adultes handicapés	Personne âgée de plus de vingt ans	1975	599,49 €
Allocation de parent isolé	Parent isolé assumant seul la charge effective et permanente d'au moins un enfant	1976	542,06 € (maximum sous condition de ressources)
Allocation de solidarité spécifique	Chômeur, âgé d'au moins 55 ans, ayant épuisé l'indemnisation du régime d'assurance et justifiant d'une ancienneté d'au moins cinq ans	1984	420,00 €
Allocation d'insertion	Anciens détenus libérés, réfugiés politiques, apatrides	1984	295,80 €

R.M.I.	Toute personne de plus de 25 ans sauf cas d'enfants à charge	1988	425,40 €

Pour tenter de résoudre le problème du chômage, la définition d'un minimum s'est d'abord faite sur la base d'un accord national interprofessionnel du 31 décembre 1958, puis d'un régime d'assistance mis en place dans le cadre des municipalités devenu en 1984 un régime de solidarité, par la création de prestations destinées à des personnes ayant des difficultés particulières d'insertion ou de réinsertion sur le marché du travail, mais ce n'était pas suffisant, et le législateur a dû intervenir pour substituer aux revenus du travail des revenus d'existence ou plus récemment pour les compléter.

Cette tendance se manifeste dans la création du revenu minimum d'insertion, du revenu minimum d'activité et dans l'aménagement de l'allocation aux adultes handicapés.

Le revenu minimun d'insertion

260. La création du revenu minimum d'insertion avait pour objectif de réintégrer les adultes les plus vulnérables dans le cercle de l'humanité. En effet, pour ses bénéficiaires, ledit revenu a souvent pris le relais du Smic comme filet de leur sécurité. Cette prestation est destinée aux individus qui, quelle qu'en soit la raison, ne peuvent pas tirer du travail des ressources suffisantes, selon des normes de consommation considérées comme minimales.

À cet égard, l'article 1er de la loi du 1er décembre 1988 précise : « *Toute personne qui en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation de l'économie et de l'emploi, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité nationale des moyens convenables d'existence. L'insertion sociale et professionnelle des personnes en difficulté constitue un impératif national* ».

Le revenu minimum d'insertion est un droit à l'aide sociale des pauvres, caractérisé de manière objective par une insuffisance de leurs revenus, mais il demeure un droit soumis à des conditions pour qu'ils puissent en bénéficier[794]. D'ailleurs, la France est l'un des rares pays de l'Union européenne, qui exclut les jeunes de moins de vingt cinq ans du bénéfice de ce droit, alors que les conditions de vie de certains d'entre eux sont dramatiques. En effet, les jeunes sont la catégorie la plus pauvre de la population. De 50 000 à 80 000 jeunes sont considérés en vraie détresse, 150 000 ne se présenteraient plus auprès du service public de l'emploi. Pour atténuer cette pauvreté juvénile, l'article unique de la loi n° 2001-582 du 4 juillet 2001 relative à la mise en place d'une allocation d'autonomie pour les jeunes de seize à vingt cinq avait créé une Commission nationale pour l'autonomie des jeunes avec pour missions de faire le bilan des dispositifs assurant des ressources propres aux jeunes de seize à vingt cinq ans, d'étudier la création d'une allocation d'autonomie pour les jeunes de seize à vingt cinq ans, ainsi que les critères de son attribution sur la base notamment d'un projet personnel de formation et d'accès à l'emploi, et de proposer la mise en place d'un dispositif expérimental dans plusieurs départements, mais l'idée de la création de cette allocation n'est plus d'actualité.

De plus, l'article 23 de la loi du 1er décembre 1988 subordonne le versement du revenu minimum d'insertion au fait pour l'intéressé de faire valoir ses droits alimentaires.

261. Enfin, le droit au revenu minimum d'insertion est accompagné d'un mécanisme, inspiré du droit des contrats, qui lie le versement dudit revenu à la signature et à la réalisation d'un engagement du bénéficiaire d'effectuer un certain nombre de démarches lui permettant de progresser vers une plus grande insertion professionnelle et sociale. Cependant, la pratique a révélé que seul un allocataire sur deux signe un contrat d'insertion, car certaines obligations qui y sont stipulées sont inadaptées à la réalité pour trois raisons essentielles.

Premièrement, il est difficile de trouver un équilibre entre le souci d'efficacité des moyens de contrôle et la nécessité de respecter l'intimité de la vie privée des intéressés. En effet, la dérive morale de certains suivis sociaux conduit parfois à des procédures administratives de

794. O. MAZEL, L'exclusion : le social à la dérive : préc., pp. 212 et 213 ; A. BENOIT, « *La pratique : le PACS en questions. Aspects sociaux* » : Dr. fam., Hors-série, décembre 1999, pp. 42 et s., spc. p. 43.

tutelle[795], dans lesquelles l'accompagnement va jusqu'à vérifier les pratiques alimentaires ou les loisirs des adultes concernés.

Deuxièmement, les modalités d'élaboration, de validation, et de signature du contrat d'insertion sont d'une complexité inouïe pour ses bénéficiaires.

Troisièmement, dans une économie où le chômage conduit à un rationnement du travail, le droit à l'emploi demeure pour une partie des chômeurs un objectif si inatteignable, qu'il est difficile à la collectivité, qui ne s'engage pas à fournir du travail à tous les bénéficiaires du RMI, de sanctionner la non-réalisation des démarches prévues.

Face à l'accroissement constant du nombre d'allocataires et de leur installation dans la longue durée, la loi n°2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité redéfinit le contenu de ces contrats d'insertion qui doivent désormais comporter, selon la nature du parcours d'insertion envisagé une ou plusieurs actions concrètes telles que stage, emploi aidé et notamment contrat insertion-RMA ou insertion par l'activité économique, assistance à la création ou à la reprise d'une activité non salariée. De plus, les articles 48 à 50 de la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ont créé le contrat d'avenir.

Le revenu minimum d'activité

262. Le titre II de la loi du 18 décembre 2003 institue un *« contrat insertion-revenu minimum d'activité »* destiné à faciliter l'insertion ou la réinsertion professionnelle des personnes bénéficiaires de l'allocation du RMI, de l'allocation spécifique de solidarité et de l'allocation de parent isolé, qui rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi.

Conçu comme une étape vers l'accès ou le retour à un emploi de droit commun, il ne revêt pas, selon la décision du Conseil constitutionnel n°2003-DC du 18 décembre 2003[796], un

[795]. En effet, et en application de l'article L. 532 du Code de la Sécurité sociale, s'il apparaît que les prestations sociales ne sont pas utilisées avec pertinence, une tutelle aux prestations sociales pourra être mise en place.

caractère obligatoire pour les allocataires du RMI concernés qui peuvent s'opposer à l'inclusion du contrat insertion-RMA parmi les actions d'insertion qui leur sont proposées (considérant n°28).

Le contrat insertion-RMA peut être conclu par un employeur du secteur non marchand (hors État) ou un employeur du secteur marchand et il est ouvert aux personnes remplissant les conditions pour conclure un *« contrat d'insertion »*[797] et qui ont soit bénéficié de l'allocation de RMI pendant au moins douze mois au cours des vingt-quatre derniers mois précédant la date de conclusion de la convention souscrite entre le département et l'employeur, soit épuisé leurs droits au bénéfice de l'allocation de solidarité spécifique, soit à titre exceptionnel et dans la limite de 10 % au maximum du nombre total des conventions, aux allocataires du RMI ne justifiant pas de la durée minimale de perception du RMI et qui du fait de leur situation personnelle ou sociale, rencontrent de graves difficultés d'accès à l'emploi.

La conclusion du contrat insertion-RMA doit donner lieu à la signature d'une convention, entre l'employeur et le département, qui détermine les conditions de mise en œuvre du projet d'insertion professionnelle du salarié dans le cadre de son parcours d'insertion, prévoit des actions et fixe des objectifs en matière d'orientation professionnelle, de tutorat, de suivi individualisé, d'accompagnement dans l'emploi, de formation professionnelle et de validation des acquis de l'expérience, et précise les conditions de mise en œuvre de ces actions et objectifs par l'employeur.

Le contrat d'insertion-RMA est un contrat de travail à durée déterminée (18 mois maximum) et à temps partiel (20 heures minimum par semaine) et son bénéficiaire perçoit un revenu minimum d'activité dont le montant est au moins égal au produit du salaire minimum de croissance par le nombre d'heures de travail effectuées. Ce revenu minimum est versé par l'employeur qui perçoit en contrepartie une aide du département d'une somme égale au montant du RMI garanti à une personne isolée, diminué du montant forfaitaire dans la limite duquel les aides personnelles au logement sont prises en compte pour le calcul de cette

---

796. Cons. Const., 18 décembre 2003, décis. n°2003-487 DC, loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité : A. J. D. A., 2004, pp. 7 et s., obs. S. BLONDEL et pp. 216 et s., note J. –É. SCHOETTL ; R. D. sanit. soc., 2004, n°1, pp. 54 et s., note M. BORGETTO ; X. PRÉTOT, *« Le Conseil constitutionnel, la décentralisation et le revenu minimum d'insertion. Les premiers (faux) pas de la jurisprudence constitutionnelle »* : Dr. soc., 2004, pp. 245 et s.

797. Conditions : contrat conclu dans les trois mois suivant la mise en paiement de l'allocation de RMI.

allocation. Seul le différentiel restant à la charge de l'employeur a la nature d'un salaire et supporte les cotisations sociales, ce qui constitue pour l'entreprise un avantage pécuniaire indéniable mais pas nécessairement injustifié dans la mesure où elle accepte d'embaucher des personnes en difficulté[798]. En outre, le département peut également prendre en charge tout ou partie du coût des embauches sous contrat d'insertion-RMA, des frais engagés pour dispenser aux intéressés, pendant la durée de leur temps de travail, une formation, des coûts afférents à l'embauche, c'est-à-dire à la visite médicale obligatoire et aux frais pouvant être engagés pour l'acquisition de matériels de sécurité et aux actions de formations complémentaires dispensées pendant le temps de travail, telles que, par exemple, des actions de lutte contre l'illettrisme ou d'acquisition de savoirs de base.

L'assiette réduite des cotisations sociales dues par les parties au contrat soulève la question de la couverture sociale du bénéficiaire qui conserve les droits qui lui étaient garantis au titre du RMI et notamment l'accès à la couverture maladie universelle, en application de l'article L. 262-6-1 du Code de l'action sociale et des familles. Toutefois, rien n'est prévu en matière d'assurance-chômage et de retraite où les droits de l'intéressé sont, en ces domaines, proportionnellement réduits. Ainsi, un contrat de 20 heures de travail hebdomadaires ne lui permet de valider que deux trimestres de cotisations vieillesse par année civile travaillée. Saisi de cet aspect du contrat, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 18 décembre 2003, n'a pourtant pas considéré qu'il en résultait une rupture d'égalité entre salariés, la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur en matière de lutte contre le chômage et l'exclusion justifiant à son sens les mesures adoptées par la loi.

Le chômage massif et la concurrence d'autres salariés mieux formés semblent empêcher la montée en puissance du RMA qui ne concernait qu'environ 1 000 bénéficiaires dans 47 départements à la fin de l'année 2004.

La création du contrat d'avenir

---

798. En ce sens, voir : J. –P. LABORDE, *« RMI et RMA, entre correction de trajectoire et changement de cap ? »* : Dr. soc., 2004, pp. 251 et s., spc. p. 255.

Le contrat d'avenir[799] est destiné lui aussi à faciliter l'insertion sociale et professionnelle des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion, de l'allocation spécifique de solidarité ou de l'allocation de parent isolé. Il peut être conclu avec des employeurs du secteur non marchand (collectivités territoriales, personnes morales chargées de la gestion d'un service public, organismes de droit privé à but non lucratif, entreprises d'insertion) ayant conclu une convention avec l'État qui leur verse une aide calculée sur la différence entre la rémunération mensuelle brute versée au salarié et le montant de l'aide versée de l'allocation. Ce contrat se caractérise par la désignation d'un référent qui assure le suivi du parcours d'insertion du bénéficiaire. Le contrat d'avenir est un contrat à durée déterminée de deux ans, renouvelable pour un an, prévoyant un temps partiel (26 heures hebdomadaires) et obligatoirement, des actions de formation et d'accompagnement. Cependant, sous réserve de clauses contractuelles plus favorables, la rémunération du bénéficiaire du contrat d'avenir est égale au produit du SMIC par le nombre d'heures de travail effectuées.

L'esprit des lois instituant le revenu minimum d'activité et le contrat d'avenir acquiesce symboliquement à l'accroissement de la pauvreté laborieuse[800], en la reconnaissant et en la consacrant par des incitations au développement du travail à temps partiel qui concourt au sous-emploi. En effet, les difficultés liées à l'institution d'un revenu minimum découlent du système de pensée actuel qui considère que ledit revenu est une simple étape vers l'accès à un revenu professionnel, alors qu'il s'agit d'un objectif de moins en moins atteignable pour un grand nombre d'exclus, pour lesquels il faudrait peut-être repenser l'ensemble des activités de telle sorte que l'accès à un travail redevienne pour eux un objectif possible, tout en évitant les dérives récentes vers le *« wokfare »* qui peut être défini comme étant *« un dispositif dans lequel le Gouvernement d'un pays exige des personnes sans emploi d'effectuer des travaux d'utilité collective ou d'entreprendre une formation professionnelle en contrepartie des allocations reçues »*[801], alors qu'il est aussi légitime d'avancer l'idée que la perception d'un revenu de solidarité ne conduit pas systématiquement à l'accomplissement d'un travail en

---

799. Sur le contrat d'avenir, voir : G. NOTTÉ, *« Mise en oeuve du contrat d'avenir (D. n°2005-242, 17 mars 2005) »* : J. C. P. E. et A., 2005, act., 75.

800. M. MARUANI, *« Les working poor, version française travailleurs pauvres et/ou salarié(e)s pauvres ? »* : Dr. soc., 2003, pp. 696 et s., spc. p. 698.

801. M. DOLLÉ, *« La décentralisation du RMI et la création d'un revenu minimum d'activité, le RMA : une réforme problématique »* : Dr. soc., 2003, pp. 691 et s., spc. p. 692.

contrepartie, notamment pour les handicapés qui ne peuvent pas toujours s'intégrer dans le monde du travail.

L'aménagement de l'allocation aux adultes handicapés

263. La loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a amélioré les modalités de calcul de l'allocation aux adultes handicapés lorsqu'elles perçoivent un revenu professionnel. À cet effet, une fraction seulement desdits revenus est prise en compte pour calculer le montant de l'allocation. Ainsi, les adultes handicapés qui occupent des emplois à temps réduit ont la garantie que l'effort consenti pour exercer une activité ne sera pas annulé par une diminution rapide de leurs ressources de solidarité, alors qu'auparavant le décret n°2001-1020 du 5 novembre 2001 relatif aux conditions d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés prévoyait la perte immédiate de ladite allocation lorsque l'allocataire trouvait un emploi.

264. Malgré les progrès réalisés par l'existence des minima sociaux, beaucoup reste à faire pour que ceux-ci ne soient pas excessivement bas, et pour éviter qu'une fraction des économiquement faibles ne bénéficient pas ou incomplètement des prestations ou secours qui devraient leur revenir. Cette situation demeure préoccupante, parce qu'avec le niveau actuel de ces minima sociaux, leurs bénéficiaires ne peuvent subsister que si la famille, les amis ou des associations caritatives les aident. Ceux-ci vivent alors en marge de la société. Non exclus de toute forme de consommation, ils le sont des normes sociales moyennes. D'ailleurs, les sans-emploi souhaitent en définitive un revenu minimal pour tous supérieur au seuil de pauvreté, aux motifs que le plein emploi n'est pas réalisé et que les mesures prises en faveur de l'emploi demeurent insuffisantes pour enrayer le phénomène du chômage, dont le pendant est l'exclusion et la paupérisation des personnes qu'il frappe.

En dépit de leur coût de plus en plus élevé pour la collectivité, le désengagement des débiteurs alimentaires et la montée du chômage conduisent à un recours accru aux *minima* sociaux, à côté desquels coexistent les allocations familiales, qui sont de plus en plus versées sous

condition de ressources, avec des mouvements de va et vient parfois incohérents[802]. Ces allocations apportent aux personnes placées dans une situation de précarité un soutien financier d'autant plus important qu'elles concernent la naissance, l'adoption, l'entretien d'enfants, la monoparentalité, l'invalidité et le logement.

De ce fait, la protection des adultes vulnérables ne peut pas être limitée à son versant public, elle doit être complétée par une approche intégrant leurs relations avec le secteur privé, parce que la solidarité nationale n'est pas la panacée universelle et qu'elle doit demeurer subsidiaire à la solidarité privée.

802. J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Droit de la famille, Dalloz Action 1999, pp. 783 et 784, n° 2450 ;
J. FAGNANI et A. MATH, « *Fiscalité et prestations familiales en Europe : les familles aisées vivant en France sont-elles les plus favorisées ?* » : Revue française des affaires sociales, octobre-décembre 1998, pp. 149 et s., spc. p. 149.

CHAPITRE 2
LES DROITS DES ADULTES ÉCONOMIQUEMENT ET SOCIALEMENT VULNÉRABLES DANS LEURS RELATIONS AVEC LES PERSONNES PRIVÉES

265. Les adultes vulnérables bénéficient de protections différentes selon que leurs relations se nouent en dehors de leur famille (Section 1) ou à l'intérieur de leur famille (Section 2).

SECTION 1
DANS LEURS RELATIONS EXTRA-FAMILIALES

266. Dans ce cadre, le droit distingue les règles qui régissent les rapports des personnes vulnérables avec leur employeur (§ 1) et celles qui concernent leur vie économique extra-professionnelle (§ 2).

§ 1 - DANS LEURS RELATIONS PROFESSIONNELLES

267. En écrivant judicieusement que « *le travail n'est pas seulement une liberté partagée, il tend à devenir un privilège* »[803], un auteur pose le problème de l'existence d'un droit au travail (A) pour les catégories les plus vulnérables de la population. Mais pour les salariés

disposant d'un emploi, les difficultés subsistent et motivent l'existence d'un droit du travail protecteur qui rejette l'idée que l'employé soit traité comme une abstraction mathématique (B).

A - LE DROIT AU TRAVAIL

268. Si la théorie marxiste enseigne que le travail est l'aliénation ou l'exploitation de l'homme par l'homme, il peut lui être répondu que le chômage l'aliène et le détruit plus que ne le fait le travail. De plus, pour un auteur, *« le travail apparaît comme une nécessité ontologique. Il faut que l'homme produise pour pouvoir consommer. La contemplation ne peut être réservée qu'à une infime minorité »*[804].

Le droit au travail est un droit essentiel, attaché à la personne. C'est la version économique du droit d'exister et de participer à la vie sociale, sans oublier ses incidences en matière d'estime de soi. Ainsi que le souligne justement un auteur[805], le droit au travail « *s'inscrit dans une culture du travail : dépouillé de l'accent de la douleur, le travail est source de toutes les richesses, mais surtout de bonheur. Nulle dénonciation, encore moins d'annonce d'une mort prochaine : le travail définit la condition humaine* ».

Cependant, la réalisation de l'objectif d'un droit au travail reste problématique dans une économie libérale. En effet, ce droit, proclamé par le préambule de la Constitution de 1946 et par l'article 23. 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, n'est pas concrètement assuré par la société, car il n'y a ni débiteur ni procédure permettant d'obtenir l'exécution en nature ou par équivalent d'un tel droit, même si le Conseil Constitutionnel, qui dans un premier temps l'avait rejeté[806], l'a dans un second temps consacré[807], puis confirmé[808] en

---

803. S. DION-LOYE, « *Le pauvre appréhendé par le droit* » : préc., p. 471.
804. R. MARTIN, *« Personne, corps et volonté »* : D., 2000, chron., pp. 505 et s., spc., p. 507, n° 14.
805. A. LYON-CAEN, *« Droit du travail »* : *in* M. BETTATI, O. DUHAMEL et L. GREILSAMER, La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 125 et s., spc. pp. 125 et 126.
806. Cons. Const., décis. n° 81-134 DC du 5 janvier 1982 : R. J. C., pp. 113 et s.
807. Cons. Const., décis. n° 83-156 DC du 28 mai 1983 : R. J. C., pp. 152 et s.
808. Cons. Const., décis. n° 85-200 DC du 16 janvier 1986 : R. J. C., pp. 245 et s. ; Cons. Const., décis. n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 : R. J. C., pp. 254 et s.

n’imposant au législateur qu’une obligation « *de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au maximum d'intéressés* ».

Confortée par cette interprétation du juge constitutionnel, l'action prioritaire des pouvoirs publics s’est focalisée depuis un peu plus de vingt ans sur l'accès, le maintien et le retour à l'emploi de tous les actifs. Ainsi, le législateur a prévu l'indemnisation des chômeurs, la limitation, en fonction de l'âge, des revenus et des personnes à charge de la possibilité de cumul entre une pension de retraite et le revenu d'une activité professionnelle, et la correction des inégalités, parmi lesquelles celles touchant les personnes handicapées, qui trouvent dans le droit au travail le moyen d'assurer leur dignité. Pour contribuer à leur insertion, le législateur a institué des obligations d'emploi, compensé le surcoût du handicap pour les employeurs, et décidé de multiples plans d’action, dont la portée est souvent insuffisante au regard de l’importance des bénéficiaires et du comportement réservé des employeurs publics et privés.

Mais la politique de l'emploi se traduit également dans le droit du travail, dont la vocation première est de protéger les salariés, en prenant en compte leur vulnérabilité économique.

B - LE DROIT DU TRAVAIL

269. En application du préambule de la partie XIII du Traité de Versailles de 1919 et de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), « la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leur propre pays ».

Pour satisfaire à cette exigence, le droit du travail français n'est pas un droit de l'égalité, mais plutôt un droit des inégalités, un droit discriminatoire, un droit des préférences. L'objectif d'une protection générale des salariés n'est pas un trait caractéristique de telle ou telle règle, il est plutôt une dimension de cette branche juridique toute entière. Par sa recherche d'un statut équitable du travailleur, le droit du travail combat la misère induite par les conditions de

travail, consolide le rôle de la famille, et participe au maintien de la paix et à l'harmonie universelle.

De plus, si l'on se réfère à la tradition juridique française, le droit du travail fait partie intégrante du droit social, ce qui a pour conséquence la nécessité d'une protection engendrée par la situation d'infériorité du travailleur salarié, ce qu'un auteur confirme dans ces termes : « indéniablement, dès l'origine le droit du travail se présente comme un droit de protection des plus faibles"[809]. Cependant, depuis les années 1970, cette idée de protection est contestée par la persistance du chômage et par la doctrine[810]. En effet, après s'être demandé si le droit du travail, assimilé selon un auteur au « droit commun des rapports de dépendance économique, dans la mesure où il possède une logique propre »[811] n'allait pas disparaître, il apparaît que celui-ci demeure très vivace, d'autant que son originalité provient de la dimension collective des techniques de protection du salarié et de la multiplicité des règles protectrices qui concernent la formation (a), l'exécution (b) et la rupture du contrat de travail (c).

a - LA FORMATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

270. À ce stade, le salarié est souvent contraint d'accepter, sans possibilité réelle de discussion, les clauses de l'engagement qui lui est proposé, si bien que les règles protectrices, ayant pour objet de garantir une certaine qualité de son consentement, ont été constamment renforcées et occupent une place de choix dans le régime de quelques contrats qui présentent pour le salarié, des inconvénients et des risques particuliers. C'est ainsi que l'exigence d'un écrit, comportant un certain nombre de mentions obligatoires, concerne les contrats de travail à temps partiel, à durée déterminée ou temporaire. Afin de préserver au salarié sa relation professionnelle, la méconnaissance de ces règles de forme n'est pas sanctionnée par la nullité

809. M. PICQ, « *Le droit du travail est-il le droit des vulnérables* » : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 277 et s., spc. p. 278 et 279.
810. G. COUTURIER, *« Les relations entre employeurs et salariés en droit français »* : *in* J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges : préc., pp. 143 et s., spc. p. 145, n° 3.
811. A. SUPIOT, « *Pourquoi un droit du travail ?* » : Dr. soc., 1990, pp. 485 et s., spc. p. 488.

du contrat, mais par une requalification de celui-ci qui est réputé conclu pour une durée indéterminée.

Au-delà de ces catégories particulières de contrat, un minimum de transparence est exigée à l'occasion de toute embauche pour permettre au salarié d'être convenablement informé sur ses conditions d'emploi. Dans cet esprit, l'importante directive communautaire n° 91-553 du 14 octobre 1991 impose à l'employeur *« d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail »* et énumère les éléments caractéristiques de la relation qui doivent être portés à la connaissance du salarié. Cette directive prévoit en outre que l'information doit obligatoirement revêtir la forme écrite, mais laisse à l'employeur le choix de son support : remise au salarié du contrat de travail lui-même, ou d'une lettre d'engagement, ou de tout autre document ayant le contenu voulu. Si le droit français du travail demeure en principe soumis au principe du consensualisme, la loi du 31 décembre 1991 s'est engagée dans la même voie en prescrivant la remise immédiate au salarié lors de l'embauche soit d'un extrait individuel du registre du personnel, soit d'une attestation d'emploi, soit d'un contrat de travail, d'une lettre d'engagement ou de tout autre document précisant la date d'embauche.

De plus, la législation sur les offres d'emploi trompeuses interdit de faire publier, dans un journal, revue ou écrit périodique une insertion d'offre d'emploi ou d'offre de travaux à domicile comportant des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur et toute diffusion d'annonces de prestations de services concernant les offres d'emploi ou les carrières et comportant des allégations fausses ou induisant en erreur.

Toujours à ce stade de la formation du contrat, un véritable droit du recrutement est né afin de donner au candidat à l'embauche des garanties vis à vis des atteintes, des questions posées, des investigations menées, et des techniques mises en oeuvre dès lors qu'elles sont susceptibles de porter atteinte aux droits des personnes et aux libertés fondamentales. Ce droit du recrutement édicte en faveur des candidats au travail trois principes spécifiques. Le premier est le principe de pertinence qui signifie que les informations demandées, ainsi que les méthodes et techniques d'aide au recrutement soient uniquement destinées à apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Le deuxième est le principe de transparence qui consiste à informer préalablement le candidat de l'utilisation de ces méthodes et techniques. Troisièmement, la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001

relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes étend l'arsenal législatif relatif au harcèlement sexuel aux candidats à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise. Qui plus est, les intéressés sont, non seulement protégés contre toute sanction ou licenciement, mais encore contre toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment, en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat. Ces dispositions laissent d'ailleurs entrevoir que la protection du salarié vulnérable ne se limite pas au moment de la formation du contrat.

b - L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

271. De nombreuses règles spéciales s'appliquent, qu'il s'agisse notamment de celles du SMIC ayant pour vocation essentielle de garantir un certain pouvoir d'achat aux salariés, ou de celles relatives au règlement intérieur de l'entreprise qui est très encadré, ou encore de celles régissant la durée du travail fixée à 35 heures, dont l'objet initial était de créer des emplois et de donner aux travailleurs plus de temps libre, mais qui viennent d'être récemment retouchées tant au niveau des heures supplémentaires qu'à celui du repos compensateur.

Cependant, le droit de l'exécution du contrat de travail provient aussi des principes généraux issus du droit civil des obligations, et en particulier celui de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, repris dans l'article L. 120-4 du Code du travail, selon lequel le contrat doit être exécuté de bonne foi, et dont il résulte que tout cocontractant ne doit pas, par son comportement, rendre toute collaboration impossible.

Du côté du salarié, cette exigence se manifeste dans sa subordination à l'autorité de l'employeur, et dans un devoir de loyauté, dont la portée est discutée, mais qui pèse davantage sur les cadres que sur les autres salariés, ce qui fait écrire à un auteur que c'est un moyen de

« sanctionner le comportement de ceux qui ne paient pas assez de leur personne dans l'exécution de leur travail »[812].

Du côté de l'employeur, la loi et la jurisprudence ont précisé les conséquences du principe de l'exécution de bonne foi qui lui commandent d'agir non seulement dans son propre intérêt, mais aussi en considération de l'intérêt du salarié.

[812]. A SUPIOT, Critique du droit du travail, P. U. F., coll. Quadrige, 2002, p. 100. Dans le même sens, voir : C. VIGNEAU, *« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail »* : Dr. soc., 2004, pp. 706 et s.

La loi et le principe de l’exécution de bonne foi

272. La loi comporte deux séries de dispositions : l'une générale qui est relative au droit disciplinaire du travail, et l'autre spéciale et récente qui concerne le harcèlement moral.

Le droit disciplinaire du travail institue une obligation de poursuite à l'encontre de toute personne qui apporterait aux droits et libertés fondamentaux d'autrui dans l'entreprise des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. En visant toute personne, cette formule s'applique à l'employeur de droit ou de fait, au représentant du personnel, au délégué syndical, et à l'ensemble des salariés.

Dans la lignée de l’imprégnation du droit des personnes dans la relation de travail et de la lutte contre les abus d'autorité, la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale a franchi une étape symbolique[813] dans la protection des personnels vulnérables face aux comportements de tension de leurs employeurs[814], en posant comme règle qu'aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Les débats parlementaires avaient insisté sur le fait que la notion de répétition d'actes graves était importante : un acte isolé, portant atteinte aux droits ou à la dignité du salarié, s'il est fautif, n'est pas constitutif de harcèlement moral. De même sens, la ministre du travail avait déclaré que des agissements répréhensibles, mais d'une faible gravité ne devaient pas être traités de la même manière que le harcèlement. Toute situation de stress n’est pas assimilée au harcèlement, celui-ci ne pouvant pas devenir un réceptacle pour toute une série de

---

813. A. MAZEAUD, « *Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation* » : Dr. soc., 2002, pp. 321 et s., spc. p. 321 ; B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *« Les mesures de lutte contre le harcèlement moral »* : Dr. soc., 2002, pp. 313 et s., spc. p. 313 ; F. DUQUESNE, *« Harcèlement moral et subordination. Désillusions en marge de la discussion relative au harcèlement moral au travail »* : D., 2001, chron. doct., pp. 2845 et s., spc. p. 2846.

814. B. LAPÉROU, « *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail* » : R. J. S., juin 2000, pp. 423 et s., spc. pp. 423 et 424 ; S. LICARI, *« De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail »* : Dr. soc., 2000, pp. 492 et s., spc. p. 492.

dysfonctionnements, internes aux entreprises, qui sont d'une autre nature De plus, ledit harcèlement ne peut intervenir que dans un cadre professionnel.

Nonobstant ces quelques réserves, l'interdiction du harcèlement moral demeure très large. En effet, elle concerne le harcèlement exercé tant par l'employeur qu'entre collègues ou par toute autre personne substituée à l'employeur, si bien que celui-ci peut provenir d'un collaborateur.

273. La volonté du législateur de condamner fermement les agissements de harcèlement moral apparaît dans les catégories de personnes protégées, dans l'obligation pour l'employeur de les prévenir, dans l'absence d'obligation de prouver un dommage avéré, dans la multiplicité des sanctions encourues, et dans l'aménagement des règles de preuve.

Sur le premier point, l'article L. 122-49 vise à protéger contre le harcèlement moral deux catégories de personnes : celles qui ont subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement moral, c'est à dire les victimes directes de ces actes et comportements, et celles qui en ont témoigné ou les ont relatés, c'est-à-dire ceux qui en ont été les témoins et les ont dénoncés. Ainsi, nul ne peut prendre en considération le fait qu'un salarié ait cette qualité de victime ou de témoin du harcèlement pour prendre des décisions le concernant, qu'il s'agisse de sanction disciplinaire, de licenciement ou de toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat de travail. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est frappée d'une nullité de plein droit.

Sur le deuxième point, la loi prévoit que l'employeur doit protéger la santé physique et mentale des salariés et planifier la prévention en y intégrant notamment les risques liés au harcèlement. Dans ce cadre, le règlement intérieur doit rappeler les dispositions relatives à l'interdiction de toute pratique de harcèlement moral. Le rôle du Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) est étendu à la protection de la santé physique et mentale des salariés ; il peut proposer des actions de prévention en matière de harcèlement moral. La procédure d'alerte, mise à la disposition des délégués du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles, est étendue aux cas d'atteinte à la santé physique et mentale des salariés. Enfin, le médecin du travail peut proposer des mutations ou

transformations de postes justifiées par des considérations relatives à la santé physique ou mentale des salariés.

Sur le troisième point, il n'est pas nécessaire qu'il résulte du harcèlement un dommage avéré pour le salarié, il suffit que la situation soit susceptible de porter atteinte à ses droits, à sa dignité[815], d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

Sur le quatrième point, les sanctions, qui ne seront pas systématiquement mises en oeuvre en raison de l'existence d'une procédure spécifique de médiation[816] modifiée par la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003, sont de trois ordres : des sanctions disciplinaires pour tout salarié y ayant procédé, des sanctions civiles puisque toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit, et des sanctions pénales qui sont d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Sur le cinquième point, l'article L. 122-52 du Code du travail issu de la loi de modernisation sociale avait aménagé la charge de la preuve en la matière qui se décomposait en deux temps. Le salarié concerné devait présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombait à la partie défenderesse de prouver que ces agissements n'étaient pas constitutifs d'un tel harcèlement. Le juge devait former sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estimait utiles. Par sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, le Conseil constitutionnel[817] avait précisé que ces règles dérogatoires n'étaient applicables qu'en cas de litige. Il en résultait que n'étant pas applicables en matière pénale, elles n'avaient pas pour effet de porter atteinte à la présomption d'innocence et que ces règles de preuve, plus favorables au salarié, ne dispensaient pas l'intéressé d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants qu'il présente au soutien de l'allégation de harcèlement. En fait, il

---

815. Sur le cas d'une salariée reléguée dans un bureau sans aucune tâche à accomplir, voir : Paris, 18ème ch., sect. D, 10 septembre 2002 : Semaine sociale Lamy, 6 septembre 2003, n°1134, pp. 12 et 13.

816. C. DESCHRISTE, « *Travail et formation professionnelle* » : D., 2002, Le point sur..., pp. 415 et s., spc. p. 415 ; B. LAPÉROU-SCHENEIDER, *« Les mesures de lutte contre le harcèlement moral »* : préc., p. 317 ; M. MEUNIER-BOFFA, « *Le médiateur : une unicité de nom pour une diversité de fonctions* » : Travail et protection sociale, janvier 2003, chron. n°1, pp. 4 et s.

817. Cons. const., déc. n° 2001-455 du 12 janvier 2002 : J. C. P., 2002, act., n° 54, pp. 169 et s. ; J. C. P. éd. E. et A., 2002, act., n° 25, p. 196 ; Feuillet rapide fiscal social Francis Lefebvre n° 3/02 du 15 janvier 2002, pp. 20 et s. ; Semaine sociale Lamy, n° 1059, du 21 janvier 2002, pp. 2 et s.

appartenait et il appartient encore à la victime du harcèlement moral de présenter un faisceau d'indices ou d'éléments objectifs certains, tels que des témoignages, des certificats médicaux, des notes de service... permettant de par leur précision et leur concordance de présumer l'existence du harcèlement moral.

274. Ce n'était déjà pas facile pour la victime, comme le montre un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 25 octobre 2002[818], intervenant dans une affaire qui concernait l'ex-Directrice des programmes de Canal +. En effet, celui-ci a considéré qu'il lui appartenait de déterminer si, dans le cadre d'une activité professionnelle, les faits soumis à son appréciation étaient pénalement répréhensibles ou s'ils ne s'analysaient pas en des conséquences mal ressenties par le salarié, des contraintes imposées par les impératifs de gestion inhérents à la vie de toute entreprise développant son activité dans un contexte concurrentiel et conduisant parfois à la remise en question des situations acquises, et qui a prononcé une relaxe du chef d'entreprise au motif que les circonstances alléguées, en particulier déplacement de bureau, décision de maintenir une réunion en l'absence de la personne en charge du dossier, ton des courriers électroniques échangés entre les parties, n'établissaient pas que le supérieur hiérarchique ait été guidé par la seule volonté délibérément attentatoire aux droits et à la dignité d'un salarié, dans le but de nuire personnellement à la salariée sans se prononcer sur la condition de la dégradation des conditions de travail de la victime pourtant prévue par le texte d'incrimination, ce qui revient à réduire le champ d'application du délit de harcèlement moral à une atteinte à la dignité ou à la santé.

Ce système de l'inversion de la charge de la preuve[819] au détriment du défendeur ayant été très critiqué par les sénateurs, la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 a réaménagé le système de la charge de la preuve qui se décompose en deux temps, mais avec des modalités différentes.

Premièrement, le salarié doit établir les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement, alors qu'auparavant il lui suffisait de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement.

---

818. T. G. I. Paris, 31ème ch. corr., 25 octobre 2002 : J. C. P. E. et A., 2003, jur., 1031, note C. DUVERT.

819. Cette inversion de la charge de la preuve ne s'applique pas aux fonctionnaires et agents des administrations publiques. En ce sens, voir : G. BOULANGER et Y. TAJO, *« La protection juridique des agents publics contre le harcèlement moral »* : Petites affiches, n°256 du 24 décembre 2003, pp. 3 et s.

Deuxièmement, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Cet alourdissement de la charge de la preuve pesant sur la victime constitue un abaissement du niveau de protection des salariés contraire à l'article 6 de la Directive n°2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique qui précise que *« sa mise en œuvre ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive »*[820].

Ainsi qu'un auteur[821] l'a judicieusement écrit, les conflits liés au harcèlement moral *« résultent en réalité d'une exacerbation de tensions liées à des dysfonctionnements du travail, qui auraient normalement trouvé une traduction revendicative et peut-être débouché sur un arrêt collectif de travail avec une représentation syndicale suffisamment bien implantée dans l'entreprise »* et si *« en définitive la conflictualité classique ne cesse de reculer dans le secteur privé, il n'est pas sûr que l'entreprise y trouve vraiment son compte. Le délitement syndical laisse en effet la place à une contestation extérieure à l'entreprise, habilement médiatisée et menée par des organisations pugnaces et peu prévisibles, avec lesquelles le dialogue est autrement plus difficile qu'avec des interlocuteurs syndicaux soucieux de la pérennité de l'entreprise et rompus à l'élaboration de compromis »*.

820. En ce sens, voir : N. MOIZARD, *« Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement »* : Semaine sociale Lamy, du 10 mars 2003, n°1113, pp. 6 et s.
821. D. BOISSARD, *« La médiatisation des conflits du travail. De Danone… au harcèlement moral »* : Dr. soc., 2003, pp. 615 et s., spc. pp. 619 et 620.

La jurisprudence et le principe de l’exécution de bonne foi

275. Pour la jurisprudence, le célèbre arrêt Société Expovit a considéré que « *l'employeur, tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail, a le devoir d'assurer l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois* »[822]. En raison de la généralité de ces termes, l'employeur est lié à ses salariés par une large obligation de coopération, qui se manifeste de trois manières complémentaires : il doit s'efforcer de donner les moyens d'un reclassement aux salariés dont les emplois sont transformés, faire tout ce qui dépend de lui pour assurer la stabilité des emplois et offrir à ses salariés des perspectives convenables de carrière.

En outre, la vulnérabilité économique du salarié explique le régime très particulier de sa responsabilité contractuelle, qui est très restrictive, car elle suppose une faute lourde impliquant ici l'intention de nuire[823]. Ce régime s’explique par l'état de subordination du salarié lorsqu'il exécute ses obligations.

Cependant, les concepts du droit des obligations étant insuffisants pour assurer la sécurité des salariés, le droit du travail leur accorde une protection technique, telles les règles relatives à l'hygiène et à la sécurité, à la médecine du travail, aux accidents du travail, aux maladies professionnelles[824], à la limitation et à l'aménagement du temps de travail, à la protection de la maternité, de la vieillesse, et des femmes en général, pour lesquelles l'égalité professionnelle doit faire l'objet d'un rapport annuel sur la situation comparée des hommes et des femmes dans les entreprises de plus de cinquante salariés, d'une négociation spécifique annuelle au niveau de l'entreprise et de la branche, et d'une parité dans les instances et élections professionnelles.

---

822. Soc., 25 février 1992 : Dr. soc., 1992, p. 379 ; D., 1992, jur., pp. 390 et s., note M. DÉFOSSEZ.
823. Soc., 29 novembre 1990 : Dr. soc., 1991, pp. 105 et s., note G. COUTURIER.
824. Sur l'obligation de sécurité de résultat des employeurs dont les salariés ont contracté une maladie professionnelle due à la contamination par l'amiante et qui n'ont pas pris les mesures nécessaires pour les préserver, voir : Soc., 28 février 2002 (30 arrêts) : D., 2002, dernière act., p. 895 ; J. C. P., 2002, act., 137, pp. 482 et s. ; P. LANGLOIS, *« Amiante : obligation de sécurité de résultat et faute inexcusable de l’employeur »* : D., 2002, n°16, interview, pp. 1285 et s.

276. À propos des femmes, réputées plus vulnérables dans le monde du travail, la loi du 2 novembre 1892 avait instauré l'interdiction du travail des femmes la nuit dans les industries qui a subsisté plus de cent ans, avant de disparaître pour deux raisons.

En premier lieu, elle était contraire à l'article 5 de la directive du 9 février 1976 (76/207/CEE) relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes[825]. Devant la résistance de la France à procéder à une modification de sa législation, la Commission des communautés européennes avait saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une demande tendant à sa condamnation sous astreinte de 931 000 F (142 425 €) par jour, avec toutefois la suspension de la procédure jusqu'au 30 novembre 2001.

En second lieu, il avait été constaté que l'interdiction du travail de nuit des femmes ne concernait qu'une infime minorité d'entr'elles.

Dans ces conditions, la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[826] a autorise pour les personnes des deux sexes le travail de nuit défini comme tout travail effectué entre 21 heures et 6 heures, en voulant concilier les impératifs économiques de l'entreprise avec une certaine protection des salariés fragilisés par le travail de nuit. EIle a donc fortement encadré ledit travail en précisant son caractère exceptionnel, en subordonnant sa mise en place ou son extension à la conclusion préalable d'une convention ou d'un accord collectif, en réglementant les durées du travail, en garantissant à ces travailleurs un repos compensateur et une compensation salariale, en leur accordant une priorité pour l'attribution d'un emploi de jour ressortissant à leur catégorie professionnelle, en octroyant aux salariés travaillant de jour la faculté de refuser un travail de nuit lorsque ce dernier est incompatible avec des obligations familiales impérieuses, notamment avec la garde d'un enfant ou la prise en charge d'une personne dépendante, en excluant toute rupture par l'employeur du contrat de travail d'un salarié du fait de son inaptitude au travail de nuit, à moins que l'entreprise ne justifie par écrit soit de l'impossibilité dans laquelle il se trouve de proposer un poste de jour, soit du refus du salarié d'accepter le

825. En ce sens, voir deux condamnations de la France : C. J. C. E. (Ch. soc.), 25 juillet 1991, Stoeckel : Dr. soc., 1992, pp. 183 et s. ; C. J. C. E., (5ème ch.) 13 mars 1997, Commission des communautés européennes c./République Française, affaire C-197/96 : Recueil de jurisprudence, 1997, p. I-1489.

826. F. TAQUET, « *La loi relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001* » : J. C. P., 2001, act., pp. 1145 et s. ; Gaz. Pal. des 14 au 18 août 2001, pp. 2 et s., spc. p. 7.

poste proposé, en mettant en place un dispositif spécial pour protéger la femme enceinte affectée à un travail de nuit, et en imposant audit travailleur une surveillance médicale accrue.

Dans le but de garantir le droit à la santé et plus généralement le droit à la vie des salariés, le droit du travail assure au débiteur une fraction insaisissable de ses revenus équivalente au revenu minimum d'insertion. Enfin, le droit du travail est très largement un droit de la rupture du contrat de travail, car c'est souvent à ce moment là qu'apparaît la particulière vulnérabilité du salarié.

c - LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

277. La protection du salarié exige des règles limitant le droit de résiliation unilatérale du contrat lorsque son employeur l'exerce, si bien qu'aujourd'hui ce dernier n'est plus le seul juge des décisions qu'il prend, car le contrôle de celles-ci, qui a connu trois étapes, est omniprésent.

Premièrement, le besoin d'organiser une protection contre la perte d'emploi s'est fait sentir et persiste au profit de certaines catégories de travailleurs qui sont spécialement menacées par une mesure de licenciement : les délégués du personnel ou les membres des comités d'entreprise[827], mais cette protection nécessite souvent la preuve d'une discrimination qui, en pratique, est difficile à établir, sauf pour les professionnels signalant des faits de maltraitance qui n'ont pas à administrer cette preuve. En effet, pour ces derniers, l'article L. 313-24 du Code de l'action sociale et des familles dispose : *« dans les établissements et services* [sociaux et médicaux sociaux], *le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut pas être pris en considération pour décider (...) la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande ».* Ainsi, l'application de ce texte, indirectement

827. Mixte, 21 juin 1974 : Bull. civ., n° 140, in tome II, après les tables.
Articles R. 412-6 et R. 436-1 du Code du travail.

protecteur des adultes vulnérables, conduit à la nullité du licenciement, puisqu'il est contraire à la loi.

Deuxièmement, en application du principe de non-ingérence de l'employeur dans la vie privée du salarié[828], la loi défend au premier de sanctionner ou de licencier le second en raison de son origine, de son sexe[829], de son apparence physique, de son patronyme, de son orientation sexuelle, de ses moeurs, de son âge, de sa situation de famille, de son appartenance ou de sa non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses ou sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, en raison de son état de santé ou de son handicap. La même règle s'applique pour un travailleur ayant subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions.

Tout en élargissant la notion de discrimination, la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a renforcé la protection du travailleur par l'aménagement de la charge de la preuve de celle-ci en prévoyant que s'il appartient au salarié de présenter des éléments de fait laissant supposer son existence directe ou indirecte, l'employeur doit alors apporter la preuve que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. En outre, elle a précisé qu'aucun salarié ne peut être sanctionné, ni licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné de discriminations prohibées ou pour les avoir prohibées. Enfin, elle a mis en place un dispositif de réintégration de droit au profit d'un salarié licencié en raison d'une action en justice engagée par lui ou par une organisation syndicale en sa faveur contre une mesure discriminatoire[830].

278. Troisièmement, il importe de souligner qu'avant 1973, le législateur n'avait adopté que des mesures ponctuelles limitant les conséquences des ruptures de contrat de travail initiées

---

828. Pour des exemples, voir notamment : Soc., 2 octobre 2001, SA Nikon France c/Onof: J. C. P., 2001, IV, 2838 ; Soc., 26 novembre 2002, Montaigu Meret c./SA Wyeth-Lederle : J. C. P., 2003, I, 150, obs. B. TEYSSIÉ.

829. C. J. C. E., 30 avril 1996, P.. c/ S et Cornwall County Council, aff. C- 13/94 : J. C. P. éd. E., 1997, I, 659, n° 2, obs. P.-H. ANTONMATTEI.

830. Sur les autres mesures décidées par cette loi, voir : F. TAQUET, *« La loi relative à la lutte contre les discriminations L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001 »* : J. C. P., 2002, act., aperçu rapide, pp. 1 et s. ; M. KELLER, *« La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations »* : D., 2002, n°17, le point sur…, pp. 1355 et s.

par les entreprises, comme le préavis et l'indemnité de congédiement, si bien qu'il n'existait pas à cette époque une protection généralisée des salariés contre les licenciements.

La loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 sur le licenciement pour motif personnel a atténué la précarité du sort des salariés en édictant un droit « *causé* », qui a subordonné le droit de licencier à l'existence d'une cause réelle et sérieuse et au respect de règles procédurales. Ainsi, par exemple, la maladie du salarié, qui est une cause de suspension de l'exécution de la prestation de travail, n'est pas en elle-même une cause de licenciement, elle ne le devient que si la prolongation de la maladie ou la répétition des arrêts de travail a des répercussions profondes sur le bon fonctionnement de l'entreprise emportant l'obligation de remplacer le salarié malade et ce, de façon définitive, ce qui exclut le recours à un stagiaire, un sous-traitant, un intérimaire et même à un contrat à durée déterminée[831].

La loi n° 75-5 du 3 janvier 1975, plusieurs fois modifiée, a élargi la protection mise en place par la loi du 13 juillet 1973, en fixant les règles applicables au licenciement pour motif économique, puis elle a été complétée par la loi du 27 janvier 1993 qui a introduit des exigences de reclassement, qui contribuent au maintien de l'emploi.

279. Au risque de simplifier à l'extrême la matière du licenciement personnel, il convient d'évoquer la technique spécifique placée au centre de son dispositif, à savoir, le contrôle judiciaire de la cause réelle et sérieuse de licenciement, qui s'exerce sur l'exactitude et la pertinence des motifs allégués par le chef d'entreprise et sur les pouvoirs de l'employeur. Dans cet esprit, un auteur avance que le juge peut assurer un contrôle de conformité à l'intérêt de l'entreprise[832]. Cette position s'inscrit dans l'évolution contemporaine qui banalise l'intervention du juge dans la sphère contractuelle. Cependant, les sanctions d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse consistent dans une indemnité, dont le montant ne peut pas être inférieur aux salaires des six derniers mois[833], même si le salarié retrouve immédiatement un

---

831. Pour un exemple récent, voir : Soc., 29 octobre 2003 : Defrénois, 2004, jur., art. 37945, pp. 714 et s., obs. G. –P. QUÉTANT.

832. G. COUTURIER, « *Les relations entre employeurs et salariés en droit français* » : préc., p. 157, n° 14 ; G. COUTURIER, « *L'intérêt de l'entreprise* » : *in* Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, P. U. F., 1992, pp. 143 et s., spc. p. 149 ; J. SAVATIER, « *La liberté dans le travail* » : Dr. soc., 1990, pp. 49 et s., spc. p. 53 ; D. CORRIGNAN CARSIN, *« Validité de la clause de non concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise »* : Dr. soc., 1992, pp. 967 et s.
Soc., 14 mai 1992 : J. C. P., 1992, II, 21889, note J. AMIEL-DONAT ; D., 1992, jur., pp. 350 et s., note Y. SERRA.

833. Soc., 22 juin 1993 : Dr. soc., 1993, p. 774.

emploi équivalent à l'emploi perdu. En effet, la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec le maintien de ses avantages acquis, n'est pratiquement jamais prononcée parce qu'elle n'est pour le juge qu'une simple possibilité, et qu'elle l'est également pour les parties au procès.

280. Pour sa part, le licenciement pour motif économique est le siège d'une insatisfaction permanente, car son point d'équilibre semble toujours remis en cause par les mouvements provoqués par les annonces de licenciements collectifs[834]. D'une manière générale, le juge y joue un rôle essentiel, parce qu'il apprécie le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur[835] et qu'il vérifie la qualification économique du licenciement qui détermine des règles plus protectrices des salariés tant en ce qui concerne la procédure que par l'exigence d'un plan social. Plus spécialement, la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, qui avait pour ambition, selon les termes du Ministre de l'Emploi et de la Solidarité « *d'assurer la sécurité de l'emploi sans handicaper pour autant notre économie dans un marché international ouvert* », s'était proposée d'exiger au préalable de l'employeur l'organisation d'actions de formation, d'adaptation et de reclassement au salarié, et surtout de donner une définition plus restrictive du licenciement pour motif économique en substituant aux classiques difficultés économiques « *les difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen* »; ce qui semblait signifier que le licenciement ne pouvait être justifié que si l'entreprise ne disposait pas de solution alternative[836]. Par ce biais, on s'était demandé si le juge devait vérifier l'opportunité des choix de gestion de l'employeur, suggérer que telle option, qui n'avait pas été envisagée, aurait pu éviter les difficultés économiques ? Si cette interprétation avait prospéré, cela aurait signifié la condamnation de la position qu'avait prise le fameux arrêt Sat c./Coudière et autres rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 8 décembre 2000[837], qui avait considéré qu'au nom de la liberté d'entreprendre, figurant à l'article 16 de la Charte communautaire des droits fondamentaux,[838] le juge n'avait

---

834. D. BALMARY, « *Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ?* » : Dr. soc., 1998, pp. 131 et s., spc. p. 131.

835. P. WAQUET, *« Le juge et l'entreprise »* : Dr. soc., 1996, pp. 472 et s., spc. p. 473.

836. G. COUTURIER, *« Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge »* : Liaisons sociales, février 2001, pp. 58 et s., spc. p. 59.

837. Ass. plén., 8 décembre 2000, SAT : Dr. soc., 2001, pp. 126 et s., concl. P. de CAIGNY, note A. CRISTAU ; P. WAQUET, « *Quelques réflexions sur l'arrêt Sat en particulier et sur le licenciement économique en général* » : préc., pp. 567 et s. ; A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT, *« Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi »* : Dr. soc., 2001, pp. 417 et s., spc. p. 420.

838. J. –E. RAY, « *Licenciements économiques : que va faire la chambre sociale ?* » : Liaisons sociales, février 2001, p. 57.

pas à contrôler les choix de gestion opérés par l'employeur, sans avoir vraiment concilié cette règle avec le droit pour chacun d'obtenir un emploi et *a fortiori* de le conserver, qui a, rappelons-le, valeur constitutionnelle. Mais, par décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, le Conseil constitutionnel[839] a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution, comme portant à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif de sauvegarde de l'emploi, au motif que cette limitation du droit de licencier aurait retardé les réorganisations décidées pour assurer la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise jusqu'à ce que l'existence même de l'entreprise soit menacée et aurait conduit le juge à exercer son contrôle sur les choix de gestion de l'entreprise. Ce faisant, loin de satisfaire à l'exigence constitutionnelle qui s'attache à la sauvegarde de l'emploi, la loi aurait desservi cette exigence en retardant des réorganisations inéluctables et conduit ainsi à plus de licenciements. En conséquence de cette censure du Conseil constitutionnel, la définition de l'article L. 321-1 actuel du Code du travail et la jurisprudence qu'a tirée de cet article la Chambre sociale de la Cour de cassation, en condamnant notamment le licenciement d'économie, c'est-à-dire celui qui répond exclusivement à une volonté de rationalisation financière, continuent de s'appliquer.

De même, la motivation retenue par le Conseil constitutionnel conduit à penser que le juge ne peut exiger de l'entreprise qui décide de licencier qu'elle soit à *« l'article de la mort »*, ni même en difficulté, pour admettre que la réorganisation constitue un motif économique réel et sérieux.

En outre, la loi précitée du 17 janvier 2002 prévoyait également l'intervention d'un médiateur censé rapprocher les points de vue du comité d'entreprise et de l'employeur qui avaient donné lieu à des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel[840]

281. Enfin, l'avènement d'une nouvelle majorité politique en mai 2002, qui considérait que certaines dispositions de la loi du 17 janvier 2002 étaient trop contraignantes pour les entreprises, a donné naissance à trois lois, la loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de

839. C. CHARBONNEAU et F. –J. PANSIER, « *Présentation de la loi de modernisation sociale »* : Gaz. Pal. des 3/5 février 2002, doct., pp. 10 et s., spc. p. 10.
840. Sur la portée juridique de ces réserves, voir : L. FAVOREU, *« L'impact des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel »* : Semaine sociale Lamy, n° 1059, du 21 janvier 2002, pp. 16 et s., spc. p. 16.

la négociation collective en matière de licenciements économiques[841] qui les a suspendues, la loi n°2004-627 du 30 juin 2004 dite *« licenciement économique »* et *« recalculés »* qui a poursuivi cette suspension, puis la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale qui les a définitivement abrogées.

Avec la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, le législateur avait mis en application l'idée selon laquelle le licenciement devait constituer l'*ultima ratio* en imposant aux entreprises de nombreuses obligations destinées à empêcher, autant que faire se peut, le déclenchement d'un procédure de licenciement, mais aujourd'hui la loi du 18 janvier 2005 a réduit ces protections, en ouvrant la possibilité d'effectuer, entreprise par entreprise ou branche par branche, à des aménagements importants à la procédure de licenciement économique, notamment par le biais des accords de méthode, en introduisant dans la définition du motif économique permettant de licencier le cas de refus par le salarié d'une modification d'un élément essentiel de son contrat de travail, en aménageant l'obligation de réintégration des salariés licenciés en cas d'annulation du licenciement, et en substituant au plan de retour à l'emploi (PARE) une convention de reclassement permettant au salarié de bénéficier d'actions de soutien psychologique, d'orientation, d'évaluation des compétences professionnelles et de formation.

Avant de conclure ces quelques observations sur le droit du travail, il convient de souligner que l'article 214 de la loi n° 2002-73 de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a également mis en place des dispositions protectrices du salarié en cas de rupture du contrat de travail pour cas de force majeure consécutive à un sinistre, parce qu'auparavant cette rupture n'était pas constitutive de licenciement et l'employeur était dispensé du paiement des indemnités habituelles de rupture. Il en va désormais autrement.

On le voit, les dispositions du droit du travail, qui ont pour but la protection des travailleurs les plus faibles, sont nombreuses, mais pour assurer leur efficacité, elles sont parfois secondées par le droit pénal, dont la fonction préventive est essentielle à maints égards :

---

841. Sur la loi du 3 janvier 2003, voir : I. DESBARATS, *« La réforme de la modernisation sociale »* : D., 2003, n°4, chron. doct., pp. 219 et s. ; N. MOLFESSIS, *« La loi suspendue »* : D., 2003, n°3, point de vue, pp. 139 et s. ; F. TAQUET, *« La loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques »* : Gaz. Pal. des 5/6 février 2003, doct., pp. 9 et s.

accidents du travail, manquements aux règles d'hygiène, de sécurité ou de licenciement des représentants du personnel...

Après avoir aperçu les techniques utilisées par le droit du travail pour protéger les personnes vulnérables, il est important d'appréhender celles qui sont employées par d'autres branches du droit pour assister celles qui en ont besoin dans le domaine des relations économiques.

§ 2 - DANS LEURS RELATIONS ÉCONOMIQUES

282. Dans une vision idyllique des personnes et des choses, un auteur écrivait en 1931 que « *les contractants forment une sorte de microcosme ; c'est une sorte de petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme (ou davantage) des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union* »[842]. Cependant, la pratique relève que les contractants les plus puissants se confinent dans une rédaction et une exécution égoïstes des contrats qu'ils ont signés. C'est pourquoi deux droits complémentaires luttent contre les excès de la logique libérale, en participant à la protection des individus vulnérables, victimes de leur inexpérience, de leur infériorité, de la fatalité ou plus généralement des choses de la vie. Le plus ancien est le droit civil des obligations qui fixe les règles applicables à tous les contrats conclus par toutes les parties, mais ainsi qu'un auteur l'a judicieusement fait remarquer, *« la théorie générale des obligations du droit civil est partout en recul au profit des droits fragmentés »*[843] (A). Le plus récent est le droit de la consommation, applicable à beaucoup de contrats conclus par ou avec des consommateurs, mais qui profite uniquement à ces derniers (B).

---

842. R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, II. Effets des obligations, tome VI, Rousseau et Compagnie éditeurs, Paris, 1931, n° 3, pp. 8 et s., spc. p. 9.

843. P. MALAURIE, *« Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte »* : J. C. P., 2002, I, 110, n°16.

A - LE DROIT CIVIL DES OBLIGATIONS

283. Ainsi qu'un auteur l'a excellemment noté *« le souhait de combattre les dangers éventuels d'un déséquilibre entre les prestations ou les obligations des parties se présente comme une nécessité première du droit encadrant les contrats. Car le déséquilibre risque de faire perdre au contrat son utilité sociale, sa raison d'être. Si l'équilibre n'est pas de la nature du contrat, il est de l'essence du droit d'offrir aux contractants l'assurance d'un minimum de justice afin d'éviter les abus résultant d'un rapport de force déséquilibré »*[844].

A priori, les rédacteurs du Code civil, inspirés par les postulats de l'égalité des parties et de la liberté contractuelle[845], n'étaient pas très favorables aux personnes vulnérables lorsqu'ils posèrent le principe de l'intangibilité du contrat en affirmant dans l'article 1134, que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». De même, le droit positif des obligations, tout en aspirant à la sécurité juridique des contrats, ne l'édicte pas en principe[846], à l'instar du droit communautaire qui le reconnaît.

Cependant, ces mêmes rédacteurs ont posé des règles équitables en se préoccupant tantôt du débiteur sans oublier le créancier, tantôt de l'acheteur mais aussi du vendeur, tantôt du preneur, du déposant, du mandant, du maître de l'ouvrage, etc.. Ainsi, en dépit des apparences, le droit des obligations prend en compte les vulnérabilités des personnes de deux manières, en retenant la lésion, dans des conditions restrictives, au moment de la formation du contrat (a), et en s'adaptant aux événements qui affectent la vie des plus faibles au stade de l'exécution des conventions (b).

a - LA LÉSION

844. J. –M. GUEGUEN, *« Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle »* : D., 1999, chron., pp. 352 et s., spc. p. 352.
845. D. MAZEAUD, « *Constats sur le contrat, sa vie, son droit »* : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 8 et s., spc. p. 12.

284. La lésion trouve son fondement dans l'équité qui constitue l'une des finalités du droit. Rompant avec la tradition de l'Ancien Droit fervent partisan de la justice contractuelle, pour en revenir à la conception romaine, l'article 1118 du Code civil énonce que la lésion, qui consiste en un préjudice pécuniaire que l'exécution du contrat fait subir à une partie, « *ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes... »*. Ainsi, le fait qu'un contrat se soit révélé désavantageux ne permet pas, en principe, à la victime de s'en dégager, parce que ni la loi ni la jurisprudence ne posent l'exigence générale d'un prix juste. De plus, si les règles relatives à la liberté de la concurrence prohibent et annulent toute convention qui entraîne l'exploitation abusive d'une position dominante ou de l'état de dépendance économique, la théorie des obligations ne considère pas que l'abus d'une force économique soit en lui-même un vice du consentement. Dans le même sens, un jugement du tribunal civil de Saumur du 5 juin 1947[847] a considéré que n'était pas nulle, pour vice de violence, au sens de l'article 1111 du Code civil, la vente de divers meubles et objets mobiliers luxueux, à un prix que les vendeurs estimaient très inférieur à la valeur de ceux-ci, par des personnes de confession juive agissant sous la contrainte résultant de la législation antijuive des Allemands et du Gouvernement de Vichy, aux motifs que la nécessité ne saurait être confondue avec la violence et que ladite vente avait été consentie à un prix absolument normal.

285. Cependant, la lésion est parfois appréhendée comme cause de nullité, tantôt par le législateur, tantôt par la jurisprudence.

Dans certains cas exceptionnels, le Code civil, puis des lois spéciales ont retenu la lésion, car ils ont estimé que certains intérêts étaient dignes d'une protection particulière : contrats conclus par des incapables, les ventes d'immeubles, les ventes d'engrais et de semences, les cessions du droit d'exploitation d'une oeuvre, les conventions d'assistance ou de sauvetage maritime, les partages et la réglementation de l'usure qui sanctionne la lésion subie à l'occasion de prêts d'argent et de certaines opérations de démarchage et de publicité.

---

846. C. J. C. E., 8 avril 1976, Gabrielle Defrenne c/SABENA, aff. 43/75 : R. T. D. eur., 1976, pp. 521 et s., note C. PHILIP ; C. J. C. E., 9 juillet 1981, Administration des douanes c./Société Gondrand Frères, aff. 169/80 : Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. 1981-6, pp. 1931 et s.
Civ. 1ère, 30 mai 2000 : Petites affiches, n° 72, du 11 avril 2001, pp. 17 et s., note L. BELMONTE ; Defrénois, 2000, I, art. 37237, pp. 1124 et s., n° 68, obs. P. DELEBÈCQUE.
847. Trib. civ. Saumur, 5 juin 1947 : Gaz. Pal., 1947, II, pp. 59 et 60.

Fondée sur la nécessité de protéger les clients de certains professionnels dont les honoraires sont parfois exagérés, la jurisprudence peut réduire les rémunérations des mandataires[848], et des membres des professions libérales[849], ainsi que le prix de cession des offices ministériels.

Dans cette optique, il convient de souligner l'existence d'un arrêt très intéressant de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 5 juillet 1965[850] qui a annulé la renonciation conventionnelle d'un représentant de commerce à ses droits dans une espèce où ce professionnel avait accepté d'importantes réductions de sa rémunération.

En outre, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 septembre 1995[851] a admis que l'erreur sur le prix peut être une cause de nullité lorsqu'elle résulte de l'indication par inadvertance d'un prix erroné ou d'un malentendu fondamental.

286. Toujours, dans le même esprit, un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 2002[852] a admis que *« seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence le consentement à l'acte juridique »*. Par cette motivation, la Cour de cassation a entendu moderniser la notion de violence visée à l'article 1112 du Code civil en y intégrant l'abus de la dépendance économique. Néanmoins, l'existence d'un abus de situation de dépendance économique n'est pas suffisante pour que le juge annule le contrat, il faut en plus que le demandeur établisse que cet abus avait pour objet l'obtention d'un avantage à son détriment. En fin de compte, si l'on ne peut que se féliciter de la condamnation de l'abus de situation de dépendance économique par le biais du vice de violence, les conditions exigées pour que celui-ci soit sanctionné sont excessivement restrictives pour une personne vulnérable.

---

848. Civ. 1ère, 5 mai 1998 : Contrats Conc. Consom., août-septembre 1998, comm., n° 111, pp. 8 et s., obs. L. LEVENEUR ; J. C. P. éd. N., 1999, I, pp. 24 et s., note L. LEVENEUR.
D. LOCHOUARN, « *L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents* » : J. C. P., éd. N., 1999, I, pp. 20 et s., spc. p. 23.

849. Civ. 1ère, 3 mars 1998 (3 arrêts) : Dalloz Affaires, n° 111 du 2 avril 1998, pp. 576, obs. A. -R. V.

850. Soc., 5 juillet 1965 : Bull. civ., IV, n° 545, pp. 460 et s.

851. Paris, 2ème ch. B., 15 septembre 1995 : R. T. D. civ., 1996, pp. 148 et s., obs. J. MESTRE.

852. Civ. 1ère, 3 avril 2002, Sté Larousse-Bordas c/Mme Kannas : D., 2002, n°23, jur. comm., pp. 1860 et s., notes J. -P. GRIDEL et J. –P. CHAZAL.

À l'examen, il apparaît que l'action en rescision pour lésion n'est pas le moyen le plus efficace de parvenir à la justice contractuelle, car compte tenu des difficultés propres à toute procédure, l'individu lésé, souvent vulnérable, n'exercera pas souvent l'action dont il dispose.

Cependant, à côté de cette action traditionnelle, le consommateur désavantagé bénéficie aussi dans des conditions très restrictives de deux moyens pour faire valoir ses droits : l'erreur d'étiquetage et le délit de tromperie.

287. Lorsque le vendeur démontre une erreur matérielle d'étiquetage, la jurisprudence annule exceptionnellement ces ventes. Ainsi, dans une espèce où un magasin avait vendu à la suite d'une erreur matérielle d'étiquetage, un tapis à un prix sans rapport avec sa valeur, un jugement du Tribunal de commerce de Saint-Nazaire du 28 novembre 1984[853] a annulé la vente pour défaut de consentement du vendeur, alors que l'erreur sur la valeur de la chose vendue n'affecte ni le consentement, ni la validité du contrat.

288. De plus, la victime d'une lésion importante bénéficie du délit de tromperie. En effet, si conformément au droit civil, la jurisprudence affirme que la vente d'une marchandise à un prix supérieur à sa valeur réelle n'est pas, en elle-même constitutive du délit de tromperie[854], certaines décisions atténuent cette position restrictive. Ainsi, ont été déclarés coupables de tromperie sur les qualités substantielles un artisan taxi ayant majoré sciemment de 70 % le prix de sa course par rapport au tarif réglementaire[855], un marchand d'oeuvres d'art ayant cédé un tableau portant la fausse signature d'un peintre réputé moyennant un prix excessif[856], ou encore le vendeur d'une automobile d'occasion à un prix supérieur à celui pratiqué pour des véhicules de même type et de même âge, présumé soit avoir un faible kilométrage, soit n'avoir pas de défaut important sciemment dissimulé[857], soit n'avoir subi aucun accident grave[858].

À côté des règles relatives à la formation des contrats, le droit régissant leur exécution devient aujourd'hui de plus en plus important pour les personnes faibles.

---

853. Trib. com. Saint-Nazaire, 28 novembre 1984 : Cahiers de droit de l'entreprise, 1985, n° 2, p. 32.
854. Caen, 20 juillet 1910 : S., 1911, II, pp. 105 et s. ; Colmar, 16 janvier 1981 : Gaz. Pal., 1981, I, jur., pp. 279 et s., note J. –L. HECKER ; Crim., 25 octobre 1990 : Bull. crim., n° 358, pp. 905 et s. ; Gaz. Pal., 1991, I, jur., pp. 152 et s. ; Paris, 13ème ch. B, 5 avril 1991 : J. C. P., 1991, IV, p. 361.
855. Trib. corr. Rennes, 9 juin 1988 : R. T. D. com., 1989, p. 366, obs. P. BOUZAT.
856. Crim., 4 novembre 1993 : B. I. D., 1994, n° 3, pp. 24 et s.

b - L'EXÉCUTION DES CONVENTIONS

289. Dans ce domaine, le droit des obligations, influencé par le droit de la consommation, prend de plus en plus en considération la vulnérabilité des parties, car il ne peut pas rester indifférent au malheur de certaines d'entre elles. En effet, s'en tenir à la force de l'engagement qu'elles ont souscrit et les contraindre sans aménagement à l'exécution peut les conduire sur le chemin de l'exclusion, si bien qu'aujourd'hui, le droit ne considère plus l'intangibilité du contrat comme un dogme ou une fin en soi.

Bien sûr, lorsque des circonstances exceptionnelles rendant difficile ou impossible l'exécution des obligations aux échéances, le législateur a octroyé des moratoires légaux de manière parcimonieuse. À titre d'exemples, les pouvoirs publics sont intervenus lors des deux guerres mondiales en faveur des locataires qui ne pouvaient pas payer leurs loyers par une loi du 5 août 1914, en faveur des mobilisés et des prisonniers de guerre par un décret-loi du 26 septembre 1939, en faveur des rapatriés d'Algérie par une loi du 15 juillet 1970 modifiée à plusieurs reprises. À chaque fois, et contrairement à ce qui avait été stipulé, l'inexécution des obligations a été admise par des lois spéciales édictant des mesures temporaires.

En dehors de ces circonstances exceptionnelles, le droit positif utilise trois techniques pour concilier la précarité des situations et le principe de la force obligatoire du contrat : la réduction judiciaire des clauses pénales, l'octroi de délais de grâce, et le traitement du surendettement.

En période de crise, ces techniques sont indispensables pour adoucir le sort des plus démunis de nos concitoyens, d'autant que leur situation est parfois due à l'imprudence de certains créanciers, qui ont consenti des crédits de manière inconsidérée, sans suffisamment prendre en compte les capacités de remboursement de leurs emprunteurs ou de leurs cautions. À cet égard, la jurisprudence a imposé un principe de proportionnalité qui sanctionne par

---

857. Crim., 18 octobre 1978 : D., 1979, I. R., p. 132 ; Crim., 14 janvier 1985 : D., 1986, somm. comm., p. 401, obs. G. ROUJON DE BOUBÉE.
858. Crim., 11 octobre 1989 : R. T. D. com., 1990, pp. 509 et s., obs. P. BOUZAT.

l'engagement de la responsabilité du créancier, cette forme d'abus de droit et ce manquement à la loyauté contractuelle[859].

La réduction judiciaire des clauses pénales

290. Les clauses pénales fixent contractuellement des forfaits de dommages-intérêts afin d'inciter les débiteurs à exécuter leurs obligations. De même que le juge ne pouvait pas modifier le contrat, le Code civil de 1804, tout en autorisant ces clauses, les avait rendues intangibles. En théorie, ces stipulations sont censées présenter trois avantages juridiques : éviter les difficultés d'évaluation du préjudice, espérer faire l'économie d'une procédure judiciaire, et assurer la sécurité et la stabilité contractuelles nécessitées par les impératifs économiques.

Cependant, pour être dissuasives, les clauses pénales ont fréquemment un caractère excessif, et c'est là précisément la source de deux sources d'abus.

Premièrement, ces clauses sont le plus souvent imposées à la partie faible qui ne lit pas avec attention le contrat qui lui est proposé ou n'en comprend pas la signification ou la portée, de sorte que leur effet dissuasif est réduit.

Deuxièmement, l'autre excès est inverse : les professionnels peuvent stipuler des peines dérisoires pour le cas où ils n'exécuteraient pas leurs propres obligations, ce qui les conduit parfois à s'en exonérer.

Pour protéger le cocontractant le plus faible, et incorporer un peu d'équité dans l'ordre juridique, la loi du 9 juillet 1975, complétée par celle du 11 octobre 1985, a conféré au juge un pouvoir modérateur exceptionnel, inscrit dans l'article 1152, alinéa 2, du Code civil qui dispose : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». Par cette disposition, le législateur, tout en souhaitant maintenir le

859. Com., 17 juin 1997 : J. C. P., 1998, I, 103, n° 8, note P. SIMLER et P. DELEBÈCQUE.

caractère comminatoire des clauses pénales, a admis qu'il n'y ait pas d'exacte correspondance entre le montant du forfait convenu et celui du préjudice.

291. Cependant, la Cour de cassation a interprété restrictivement ces dispositions, contrairement à l'esprit d'équité qui les anime, à un tel point qu'elle leur a retiré une partie de leur portée.

D'abord, la notion jurisprudentielle de clause pénale est très étroite, car elle exclut les indemnités forfaitaires n'ayant pas pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation[860].

Ensuite, en cas d'excès, le juge ne peut que modérer la peine, il ne peut pas la réduire en deçà du préjudice éprouvé par le créancier[861]. Il ne peut pas théoriquement la supprimer, car seules les parties ont en principe le pouvoir de convenir de ne pas réparer tout le dommage, mais il arrive qu'il constate dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation que le créancier n'a subi aucun préjudice susceptible de dédommagement[862] ou qu'il réduise la clause pénale à un montant purement symbolique[863].

De plus, il demeure que l'intangibilité de la clause pénale reste le principe et que la révision judiciaire n'en est que l'exception, car lorsque le juge refuse de modérer la peine, il n'a pas à se justifier[864], alors qu'il doit exposer les motifs pour lesquels il réduit le montant de la clause pénale, le comportement du débiteur ne constituant pas une justification suffisante[865]. Au regard de l'équité, cette distinction est critiquable, mais elle est aussi illogique, car la question posée est toujours la même, y-a-t-il ou non excès manifeste ? Les exigences de la motivation

---

860. Pour des exemples non limitatifs d'exclusion de la notion de clause pénale, voir : Soc., 17 octobre 1984 : Bull. civ., V, n° 385, pp. 287 et s. ; Soc., 17 octobre 1996 : D., 1997, jur., pp. 175 et s., note M. DÉFOSSEZ ; Civ. 3ème, 10 décembre 1986 : J. C. P. éd. N, 1988, II, pp. 224 et s., note G. PAISANT ; Paris, 2ème ch. B, 31 mai 1990 : J. C. P. éd. N, 1992, I, pp. 116 et s., obs. D. MAZEAUD ; Com. 2 avril 1996 : D., 1996, somm. comm., pp. 329 et s., obs. D. MAZEAUD ; Civ. 3ème, 9 janvier 1991 : Defrénois, 1991, I, art. 34987, pp. 373 et s., obs. H. SOULEAU ; Civ. 1ère, 2 décembre 1992 : D., 1993, somm. comm., p. 213, obs. P. DELEBÈCQUE ; Civ. 1ère, 24 novembre 1993 : Defrénois, 1994, I, art. 35845, n° 64, pp. 800 et s., obs. D. MAZEAUD ; R. T. D. civ., 1994, p. 857, obs. J. MESTRE ; Versailles, 3ème ch., 13 septembre 1996 : J. C. P. éd. E, 1996, panor. d'act., n° 1306.

861. Civ. 1ère, 24 juillet 1978 : D., 1979, I. R., p. 151, obs. D. LANDRAUD ; Com., 9 juin 1980 : Gaz. Pal., 1980, 2, panor. de jur., p. 557 ; Com., 3 février 1982 : J. C. P., 1982, IV, p. 139.

862. Com., 16 juillet 1991 : Contrats Conc. Consom., novembre 1991, n° 217, pp. 4 et s., obs. L. LEVENEUR.

863. Com., 11 février 1997 : Bull. civ., IV, n° 47, pp. 42 et s. ; D., 1997, I. R., p. 71.

864. Com., 26 février 1991 : Bull. civ., IV, n° 91, p. 61.

865. Mixte, 20 janvier 1978 : Bull. civ., Mixte, n° 1, p. 1 ; R. T. D. civ., 1978, pp. 377 et s., obs. G. CORNU.

judiciaire devraient donc être les mêmes, quelle que soit la décision prise. Pour contrecarrer cette jurisprudence restrictive de la Cour de cassation, un auteur estime que la clause pénale excessive pourrait être qualifiée d'abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation[866] et à ce titre réputée non écrite et non simplement réduite, lorsqu'elle est stipulée entre professionnels et consommateurs[867]. Bien que cette opinion soit pertinente et généreuse, elle ne peut être juridiquement approuvée, car si elle était adoptée, elle viderait l'article 1152, alinéa 2, du Code civil de sa substance. Un autre auteur partage cette analyse puisqu'il a judicieusement écrit que pour qu'une clause abusive *« soit réputée non écrite, il faut établir qu'elle procure un avantage injustifié. Il y a un maillon supplémentaire alors que ce maillon ne se trouve pas dans la réglementation du Code civil puisque le juge n'a qu'à constater le montant de la clause pénale et qu'en fonction de ce montant il décide de le réduire -c'est l'hypothèse la plus ordinaire- et qu'il peut réduire la clause à 0. (...) Quant à la différence entre une clause réduite à 0 et une clause réputée non écrite, je ne la saisis pas vraiment »*[868].

De plus, même si la révision est exceptionnelle pour la Cour suprême, elle a ouvert une brèche sérieuse dans l'interdiction faite au juge de modifier le contrat. En effet, ce dernier bénéficie par ce biais d'un large pouvoir souverain d'équité, certes pas discrétionnaire car soumis au contrôle de la Cour de cassation, mais qui lui permet de réduire au cas par cas les clauses pénales dans des proportions importantes, en démontrant que lesdites clauses sont manifestement excessives, car à la différence de ce qui existe en matière de lésion, il n'y a pas de seuil au-delà duquel lesdites clauses peuvent être modifiées.

Enfin, dans certains contrats, la clause pénale est soumise à un statut légal spécial[869], qui s'applique cumulativement avec le droit commun. En cas de conflit, la règle spéciale, qui est généralement la plus protectrice de la partie faible, s'impose.

---

866. La Commission des clauses abusives a manifesté son hostilité à la présence de clauses pénales dans les contrats de consommation dans sa Recommandation n° 81-01 relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats (B. O. S. P. du 16 janvier 1981) et dans sa Recommandation de synthèse n° 91-02 (B. O. C. C. R. F. du 6 septembre 1991).

867. G. PAISANT, *« Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 »* : D., 1995, chron., pp. 223 et s. ; Civ. 1ère, 6 janvier 1994 : J. C. P., 1994, II, 22237, note G. PAISANT.

868. J. –L. AUBERT : in Compte rendu des travaux des Commissions du 94ème Congrès des notaires de France Lyon 17-20 mai 1998 Le contrat liberté contractuelle et sécurité juridique, p. 112.

869. En droit du travail, voir l'article L. 122-42 du Code du travail, et en droit de la consommation, voir les articles R. 132-1, L. 311-32, alinéa 2, L. 312-21, alinéa 2, L. 312-29 et L. 313-12 du Code de la consommation.

L'octroi de délais de grâce

292. Le délai de grâce est une mesure individuelle accordée par le juge, au débiteur à qui le créancier réclame l'exécution de sa créance, au motif qu'il vaut mieux selon un auteur « *un débiteur impécunieux que plus de débiteur du tout, car le crédit est fait aussi d'espoir* »[870]. La grâce trouve son fondement dans la bienveillance du magistrat, qui en apprécie l'opportunité en fonction des intérêts respectifs des parties.

Le Code civil a octroyé cette faculté en en soulignant le caractère très exceptionnel dans les articles 1244-1 à 1244-3, qui sont d'ordre public. Mais il existe également d'autres dispositions qui accordent au juge la même catégorie de faculté[871]. Le délai de grâce relève du pouvoir modérateur des tribunaux[872], qui peuvent à la demande de tout débiteur « *reporter ou échelonner le paiement des sommes dues* » dans la limite de deux années. Le débiteur a ainsi le droit de solliciter cette faveur, mais il ne dispose pas du droit de l'obtenir.

De plus, s'il est traditionnellement admis que le délai de grâce reste à la surface des choses, cette institution permet de prescrire, en plus du temps au débiteur, une réduction, par une décision spéciale et motivée, du taux de l'intérêt produit par les échéances reportées, qui ne peut être inférieur au taux de l'intérêt légal ou l'imputation des paiements sur le capital, ce qui aboutit à diminuer le montant de la dette principale, et, par contrecoup, le montant des intérêts dus.

L'atermoiement bénéficie aux débiteurs de bonne foi, en état de faiblesse familiale[873] ou économique, -résultant soit de la modestie de leurs revenus[874], soit du chômage[875], soit de

---

870. F. ZÉNATI, « *Contrats et obligations* » : R. T. D. civ., 1985, pp. 209 et s., spc. p. 210.
871. À titre d'exemples non limitatifs, voir l'article 25 du décret du 30 décembre 1953, l'article L. 313-12 du Code de la consommation (crédits mobilier et immobilier), l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989.
872. Civ. 3ème, 16 avril 1986 : Bull. civ., III, p. 32 ; R. T. D. civ., 1987, pp. 316 et s., obs. J. MESTRE.
873. T. G. I. Quimper, réf., 9 novembre 1994 : Bull. inf. C. cass. du 15 décembre 1994, p. 31.
874. Paris, 1er juin 1989 : Juris-Data n° 023807 ; Versailles, 6 juin 1989 : Juris-Data n° 045730 ; Toulouse, 26 février 1991 : Juris-Data n° 041046 ; Orléans, 5 mai 1992 : Juris-Data n° 043085 ; Bordeaux, 10 juillet 1992 : Juris-Data n° 047175 ; Besançon, 14 janvier 1993 : Juris-Data n° 040147.
875. Montpellier, 2 avril 1992 : Juris-Data n 034222 ; Orléans, 19 novembre 1992 : Juris-Data n° 046812 ; Paris, 20 novembre 1992 : Juris-Data n° 023594.

difficultés financières de l'entreprise dans laquelle ils travaillent[876] ou dont ils sont propriétaires ou exploitants[877]- à condition qu'ils ne puissent pas honorer immédiatement leurs obligations[878]. Cependant, les juges ont tendance à exiger que les débiteurs soient solvables[879], ce qui exclut les véritables pauvres, car la solvabilité suppose à la fois une volonté et une capacité de paiement. Si l'absence de solvabilité des personnes très vulnérables explique qu'elles ne puissent pas toujours profiter d'un délai de grâce, leur insuffisance de ressources est susceptible de leur permettre lorsqu'elles sont surendettées de bénéficier de la procédure de surendettement instituée spécialement pour faire face à ces situations dramatiques relevant de l'urgence sociale, car le surendettement peut aussi être ressenti comme un facteur d'exclusion, au motif que dans une société dite de consommation, le mode habituel d'affirmer son existence, c'est encore de consommer toujours plus. Ainsi, en matière de surendettement, il semble que le stade de la vulnérabilité soit lui même dépassé, et qu'il devient nécessaire de traiter les difficultés rencontrées par des mesures radicales.

La procédure de surendettement

293. Les mesures relatives au surendettement sont inséparables des droits fondamentaux reconnus aux personnes vulnérables, et notamment à leur dignité liée au minimum reconnu indispensable pour vivre dans notre société contemporaine.

Les conditions de vie difficiles de notre époque liées à la baisse de l'inflation, à la modicité des minima sociaux, à la stagnation des salaires, à l'augmentation du chômage et du temps partiel non choisi, à l'accroissement des ruptures familiales, et à la diversification des techniques de crédit ont contribué au développement du surendettement, dont la structure a évolué.

---

876. Riom, 9 octobre 1989 : Juris-Data n° 0522346.
877. Rennes, 31 janvier 1989 : Juris-Data n° 044462 ; Rennes, 7 juin 1989 : Juris-Data n° 045014.
878. Com., 30 avril 1963 : Bull. civ., III, n° 213, pp. 174 et s.
879. Montpellier, 20 juin 1989 : Juris-Data n° 002255 ; Douai, 23 mai 1991 : Juris-Data n° 050979 ; Besançon, 31 mars 1992 : Juris-Data n° 040621.

Au début des années 1990, la plupart des familles surendettées étaient issues de catégories sociales à revenus modestes, victimes de leur faiblesse face aux tentations de la société et de leur imprévoyance. Aujourd'hui, les cas de surendettement proviennent plutôt de ménages à revenus plus élevés, victimes du chômage et/ou de la maladie, et confrontés à une diminution importante de leurs ressources. En outre, on assiste à un développement du surendettement social, c'est-à-dire de l'insolvabilité de personnes qui ne peuvent plus faire face aux charges de la vie courante indépendamment de tout crédit bancaire.

294. Pour tenter de solutionner ces problèmes, cinq lois vont se succéder en quatorze ans : la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi Neiertz, la loi du 8 février 1995, la loi n° 98-46 du 23 janvier 1998, la loi d'orientation n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, et la loi la loi n°2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine si bien qu'un auteur a judicieusement écrit que cette instabilité « *tient peut-être, d'une manière plus générale à ce qu'un droit de crise comme celui-là est toujours plus ou moins un droit en crise, surtout lorsqu'on lui assigne comme objectif de mettre fin à la crise !* »[880].

Jusqu'à la loi du 1er août 2003, les règles relatives au surendettement tenaient plus du délai de grâce que de la procédure collective. Il ne s'agissait pas de liquider le patrimoine du débiteur, ni de le dessaisir, ni de soumettre les créanciers à une discipline collective, mais plutôt de permettre au consommateur écrasé sous le poids de ses dettes, mais non insolvable, de faire face à ses obligations dans la mesure de ses moyens. Avec pour objectif de lutter contre la marginalisation durable des ménages surendettés, cette loi a accolé à la procédure de surendettement, celle du rétablissement personnel, inspirée de la faillite civile applicable dans les départements d'Alsace Moselle.

Le domaine de la procédure de surendettement n'est pas délimité de manière positive, il est conçu de façon négative. En sont exclues les dettes professionnelles, les personnes physiques

880. P. ANCEL, « *Du redressement à la liquidation judiciaire civile ?* » : Dr et patr., n° 64, octobre 1998, pp. 53 et s., spc. p. 54.

ou morales qui relèvent d'une autre procédure et les dettes qui ne sont pas des sommes d'argent[881].

295. Pour être mise en oeuvre, cette procédure nécessite la réunion de deux conditions.

La première est objective : un état de surendettement que la loi définit comme « *l'impossibilité manifeste pour le débiteur... de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir, ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait dirigeant de celle-ci* »[882].

La seconde est psychologique et évoque le délai de grâce : le débiteur doit être de bonne foi. Cette condition, qui justifie une certaine indulgence, s'entend de l'attitude du débiteur, au moment où il saisit la commission[883]. Conformément au droit commun, la bonne foi est présumée. D'ailleurs, dans son ensemble, la jurisprudence retient plutôt une conception extensive de la bonne foi en considérant comme étant de bonne foi non seulement les victimes de circonstances imprévisibles mais aussi les personnes qui se sont surendettées par imprévoyance, légèreté, et sans l'avoir recherché de manière réfléchie[884]. L'absence de bonne foi est appréciée souverainement par les juges du fond[885]. Toutefois, lorsque la mauvaise foi est constatée, elle constitue une fin de non-recevoir, qui peut être invoquée par le créancier tant qu'une décision judiciaire n'a pas statué sur la recevabilité de la demande[886]. Ces solutions doivent être approuvées, car l'équité ne consiste pas à accorder à une personne de mauvaise foi des avantages voulus comme exceptionnels par la loi.

296. Pour mener à bien sa mission de traiter le surendettement, la Commission départementale de surendettement des particuliers dispose de trois voies : une première pour les cas simples

---

881. Civ. 1ère, 30 mai 1995 : Bull. civ., I, n° 228, p. 160 ; D. 1995, I. R., p. 156.
882. Article L. 330-1, alinéa 1er, du Code de la consommation.
883. Civ. 1ère, 10 décembre 1996 : Bull. civ., I, n° 447, p. 314 ; J. C. P., 1997, IV, 275.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 9 novembre 1999 : BRDA, n° 22/99, pp. 10 et s.
884. Pau, 2ème ch., 17 décembre 1990 : D., 1991, jur., pp. 270 et s., note J. –C. GROSLIÈRE ;
Civ. 1ère, 14 mai 1992 : R. T. D. com., 1992, pp. 864 et s., obs. G. PAISANT.
885. Civ. 1ère, 4 avril 1991 : Bull. civ., I, n°s. 123 et 126, pp 83 et s. ; D., 1991, jur., pp. 307 et s., 3ème et 4ème esp., note B. BOULOC.
886. Civ. 1ère, 31 mars 1992 : Bull. civ., I, n° 104, p. 69 et s. ; D., 1993, jur., pp. 149 et s., note P. ANCEL et M. –C. RONDEAU-RIVIER.

de surendettement, une seconde applicable en cas d'insolvabilité durable du débiteur, et une troisième destinée au débiteur se trouvant dans une situation irrémédiablement compromise.

Quelque soit la voie choisie, ladite Commission doit déterminer, après avis de la personne justifiant d'une expérience dans le domaine de l'économie sociale et familiale, la part des ressources des débiteurs et des cautions qu'elle affecte à leurs dépenses courantes, c'est-à-dire le « *reste à vivre* » qui est soumis à un double plancher, constitué de la fraction insaisissable des salaires prévue à l'article L. 145-2 du Code du travail, et du RMI, mais qui se situe bien en deçà du seuil de référence de la pauvreté. Pour atténuer cette rigueur, deux jugements du Tribunal d'Instance de Niort rendus les 21 et 30 septembre 1999[887] ont décidé que les prestations familiales ne devaient pas être incluses dans le calcul du reste à vivre. De plus, la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale prévoit que ce *« reste à vivre »* doit désormais intégrer *« les dépenses de logement, de nourriture et de scolarité »*, qui sont fondamentales pour préserver la dignité des adultes vulnérables. À ce propos, un auteur observe judicieusement que si les ressources correspondantes ne peuvent être enlevées au débiteur, *« elles échappent au droit de gage général des créanciers »*[888].

297. Dans le cadre du traitement de droit commun des situations de surendettement, la commission peut demander au juge de l'exécution de suspendre toutes les procédures d'exécution d'exécution[889] jusqu'à l'approbation du plan conventionnel, sans pouvoir excéder un an. Cependant, sa mission essentielle est d'élaborer un plan conventionnel de redressement. Après avoir arrêté définitivement l'état d'endettement du débiteur, la commission charge son secrétariat d'engager les négociations entre les parties, qui peuvent être assistées par toute personne de leur choix. Avec la loi du 29 juillet 1998, le débiteur s'est vu reconnaître un rôle plus actif dans la procédure : il doit être entendu par la commission alors qu'auparavant, l'audition du débiteur n'avait lieu que sur demande de cette dernière. En outre, la commission peut entendre toute personne qui lui paraît utile, mais cette audition doit intervenir à titre gratuit. **298.** Après avoir pris connaissance des observations des parties, elle leur propose un plan, dont les mesures sont diversifiées : report ou rééchelonnement des

887. T. I. Niort, 21 et 30 septembre 1999 : Contrats Conc. Consom., janvier 2000, comm., n° 17, pp. 27 et s., obs. G. RAYMOND.
888. G. MORRIS-BECQUET, *« De l'amélioration de la condition du débiteur surendetté par la loi de programmation pour la cohésion sociale »* : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, pp. 23 et s., spc. p. 24.
889. Toutefois, les dettes d'aliment ne sont pas concernées par la suspension.

paiements, remise de dettes, réductions ou suppressions d'intérêts. À ce stade des négociations, la commission, tout en cherchant une solution conforme à l'intérêt réciproque du débiteur et de ses créanciers, n'a pas le pouvoir de contraindre l'une ou l'autre des parties à l'accepter. Le plan conventionnel élaboré tire sa force obligatoire de l'accord des parties. Il prévoit les modalités de son exécution, c'est-à-dire les conditions de règlement des créances, les dates des paiements et contient généralement une clause de retour à meilleure fortune précisant la révision du plan en cas d'amélioration sensible de la situation financière du débiteur. Il mentionne également qu'en cas de défaillance du débiteur, celui-ci est de plein droit caduc quinze jours après une mise en demeure restée infructueuse d'avoir à exécuter ses obligations.

299. Lorsque les commissions de surendettement échouent dans leur mission de conciliation, elles ont une fonction d'expertise économique préalable à l'intervention du juge de l'exécution. En effet, et à la demande du débiteur, la commission peut recommander au juge de conférer la force obligatoire aux mesures qu'elle préconise. Ses recommandations consisteront soit à reporter ou à rééchelonner le paiement des dettes autres qu'alimentaires sauf accord du créancier, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder dix ans, soit à imputer les paiements d'abord sur le capital, soit à réduire ou à supprimer le taux d'intérêt des échéances restant à payer qui ne pourra être supérieur au taux légal, soit à réduire le solde du prêt immobilier contracté pour l'acquisition du logement principal du débiteur, lorsque le prix obtenu lors de sa vente amiable ou forcée ne permet pas de régler la totalité de la dette[890].

300. À côté du traitement de droit commun, la loi du 29 juillet 1998 a voulu protéger le débiteur se trouvant en état d'insolvabilité durable définie comme l'absence de ressources ou de biens saisissables de nature à permettre d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures précédentes d'aménagement des dettes, ce qui pour un auteur signifie que « *l'insolvabilité ainsi définie suppose que tout élément de patrimoine susceptible de diminuer le passif du débiteur ait été préalablement réalisé, à l'exception des biens insaisissables. De plus, l'état d'insolvabilité doit être durable, condition qui résulte du prononcé obligatoire d'un moratoire préalable* »[891]. À la différence de la voie de droit

---

890. Civ. 1ère, 8 novembre 1994 : Bull. civ., I, n° 325, p. 236 ; J. C. P., 1995, IV, 87 ; Civ. 1ère, 17 février 1998 : R. T. D. com., 1998, pp. 412 et 413, obs. G. PAISANT.

891. A. GOURIO, « *Réforme du droit du surendettement des particuliers. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (Titre II - Chapitre 1er)* » : J. C. P., 1998, act., pp. 1413 et s., spc. p. 1413.

commun, l'esprit de la procédure de surendettement aggravé n'est plus d'aider un débiteur à payer ses créanciers, il est d'éviter que l'obligation de rembourser ses dettes n'aboutisse à le marginaliser. Cette procédure est divisée en deux temps, un moratoire, et si l'état d'insolvabilité persiste à l'issue de celui-ci, le prononcé de mesures d'effacement des dettes. Dans ce cas, le législateur invite à la générosité, en octroyant à la commission le pouvoir de recommander la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires. Ce moratoire, d'une durée maximale de deux ans, entraîne la suspension du paiement des intérêts et seules les sommes dues au titre du capital peuvent de plein droit produire intérêts à un taux qui ne peut pas excéder le taux légal. Il peut paraître assez illogique d'imposer un moratoire à une personne insolvable, puisque par définition il s'agit d'un cas désespéré, mais, si ce débiteur trouve ultérieurement un emploi, il serait injuste qu'il bénéficie d'une remise d'intérêts préjudiciable à ses créanciers.

À l'issue de ce moratoire, la commission doit réexaminer la situation du débiteur. Deux cas sont susceptibles de se présenter. Soit cette situation a progressé dans le bon sens, et le dossier est réintégré dans le droit commun de l'aménagement des dettes. Soit celle-ci ne s'est pas améliorée et la commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, l'effacement total ou partiel des créances autres qu'alimentaires. Cette proposition doit être homologuée par le juge qui lui conférera force obligatoire. Cet effacement des dettes vaut régularisation de l'incident de paiement au sens de la réglementation sur les chèques et les cartes de paiement. Aucun nouvel effacement ne peut intervenir, dans une période de dix ans pour des dettes similaires à celles ayant donné lieu à l'effacement.

301. Pour compléter les surendettements simple et aggravé, la loi Borland du 1er août 2003[892], qualifiée par son initiateur de *« loi de la deuxième chance »*, institue la procédure

[892]. Sur la loi Borloo n°2003-710 du 1er août 2003, voir : C. RONDEY, *« La réforme du surendettement par la loi Borloo du 1er août 2003 »* : D., 2003, n°31, chron. doct., pp. 2162 et s. ; G. RAYMOND, *« Quatrième étape pour le surendettement : le redressement personnel. Première analyse des dispositions relatives au redressement personnel de la loi n°2003-710 du 1er août 2003 »* : Contrats Conc. Consom., août-septembre 2003, chron. n°9, pp. 7 et s. ; C. CHARBONNEAU et F. –J. PANSIER, *« Présentation des dispositions relatives au surendettement dans la loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine »* : Gaz. Pal. des 8/9 octobre 2003, doct., pp. 3 et s. ; G. PAISANT, *« La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine »* : R. T. D. com., 2003, pp. 671 et s. ; P. BOUTEILLER, *« La procédure de rétablissement personnel de la loi du 1er août 2003 »* : Dr. et patr., novembre 2003, pp. 34 et s. ; J. –L. BORLOO, *« Une seconde chance pour les ménages surendettés »* : A. J. Famille, octobre 2003, p. 328 ; É SANDER, *« La modernisation des procédures de surendettement »* : A. J. Famille, octobre 2003, pp. 329 et s. ; É. SANDER et S. SMANIOTTO-GRUSKA, *« L'ouverture de la procédure de rétablissement personnel »* : A.J. Famille, octobre 2003, pp. 331 et s. ; É. SANDER et

exceptionnelle de rétablissement personnel, presque calquée sur celle de la faillite civile en vigueur dans les départements d'Alsace-Moselle. Cette nouvelle procédure, confiée au juge de l'exécution, est ouverte au débiteur qui se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures recommandées par la commission de surendettement. L'appréciation de ce critère de *« situation irrémédiablement compromise »* devra être précisée par la jurisprudence. En effet, selon un avis du Conseil économique et social du 11 juin 2003[893], la situation irrémédiablement compromise ne doit pas être confondue avec la condition d'insolvabilité notoire de la faillite civile, et les débiteurs relevant de cette procédure seraient ceux pour lesquels il existe *« une impossibilité prévisible de retour à meilleure fortune dans un avenir proche »*. Cependant, la distinction entre la situation irrémédiablement compromise et l'insolvabilité notoire pratiquée en Alsace Moselle est bien mince puisque par un arrêt du 16 mars 1988, la Cour de Colmar[894] a considéré que l'insolvabilité notoire *« ne se confond ni avec l'état de cessation de paiement ni avec l'état de surendettement (...) elle est caractérisée lorsque des faits et circonstances extérieurs, notamment des mesures d'exécution demeurées infructueuses, sont de nature à accréditer l'opinion que cette insolvabilité existe et révèlent, en outre, non seulement un arrêt matériel des paiements et une insuffisance d'actif, mais une situation patrimoniale irrémédiablement compromise et sans autre issue, notamment par l'obtention de garanties ou de délais de paiement »*. En pratique, ces situations irrémédiablement compromises vont concerner des personnes dont l'ampleur des dettes est disproportionnée à leurs ressources et à leurs charges, c'est-à-dire notamment les chômeurs de longue durée, les retraités percevant de faibles retraites, les handicapés, les familles monoparentales ne percevant que le RMI et les allocations familiales[895].

302. La procédure de redressement personnel, qui a un caractère subsidiaire, est demandée, avec l'accord du débiteur, soit par le juge de l'exécution, à la suite d'un recours exercé contre

---

S. SMANIOTTO-GRUSKA, *« L'issue de la procédure de rétablissement personnel »* : A.J. Famille, octobre 2003, pp. 335 et s. ; N. CÔTE, *« Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers Titre III de la loi n°2003-710 du 1er août 2003 »* : J. C. P., 2003, I, 175, n°30 ; H. CROZE, *« Débiteurs, le législateur vous souhaite un prompt rétablissement »* : Procédures, octobre 2003, comm., n°221, pp. 14 et s., spc. p. 15.

893. C. E. S., avis, 11 juin 2003, relatif à la procédure de rétablissement personnel : JOCES du 16 juin 2003.

894. Colmar, 16 mars 1988, Giegel : R. J. A. L., 1988, pp. 23 et s., note P. HAEGEL.
Dans le même sens, voir : Colmar, 21 septembre et 19 octobre 1999 : R. T. D. com., 2000, pp ; 192 et s., obs. G. PAISANT.

une décision de ladite commission ou à défaut d'orientation du dossier dans un délai de neuf mois à compter du dépôt du dossier, soit par la commission, à la suite de l'instruction du dossier initial ou en cours d'exécution d'un plan de redressement ou des mesures recommandée. Dans un délai d'un mois, le juge de l'exécution convoque le débiteur et les créanciers connus à une audience d'ouverture, dont l'objet est de contrôler que les conditions de la mise en jeu de cette procédure sont bien remplies. Le juge peut inviter un travailleur social à assister à cette audience, faire procéder à une enquête sociale et ordonner un suivi social du débiteur. Le juge, après avoir entendu les parties, rend un jugement prononçant l'ouverture de la procédure, et entraînant la suspension, jusqu'au jugement de clôture, des procédures d'exécution diligentées contre le débiteur et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. En outre, le juge peut nommer un mandataire qui sera chargé d'examiner la situation du débiteur.

Pendant une période d'observation de quatre mois, le mandataire ou, à défaut, le juge a pour missions de procéder aux mesures de publicité destinées à recenser les créanciers qui produiront leurs créances de dresser un bilan de la situation économique du débiteur, de vérifier les créances et d'évaluer les éléments d'actif et de passif du débiteur. Enfin, à compter du jugement d'ouverture, le débiteur ne peut plus aliéner ses biens sans l'accord du mandataire, ou à défaut du juge. Cependant, s'il perd la libre disposition de ses biens, il demeure responsable des actes de la vie courante, d'où l'intérêt pour le juge de nommer un travailleur social qui l'aidera à gérer le mieux possible son budget. En outre, cette restriction de pouvoir doit être harmonisée avec le droit des régimes matrimoniaux. Ainsi, l'aliénation projetée rend nécessaire l'accord du conjoint du débiteur surendetté, lorsqu'elle porte, par exemple, sur le logement de la famille, les meubles meublants le garnissant, ou encore en régime communautaire sur un immeuble, un fonds de commerce ou des droits sociaux non négociables, dès lors qu'ils dépendent de la communauté[896].

Lorsque la période d'observation est achevée, le juge prononce, à moins qu'elle puisse être évitée, la liquidation judiciaire de la totalité du patrimoine personnel du débiteur, à l'exception des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens indispensables à

---

[895]. Pour un exemple, voir : T. I. Niort, 7 avril 2004 : Contrats Conc. Consom., juin 2004, comm., n°102, pp. 39 et s., obs. G. R.

[896]. En ce sens, voir : F. SAUVAGE, *« Procédure de rétablissement personnel : une seconde chance pour la communauté des époux ? »* : R. J. P. F., novembre 2004, pp. 6 et s., spc. p. 7.

l’exercice de son activité professionnelle. Ce jugement emporte de plein droit dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens, de telle sorte que ses droits et actions sur son patrimoine personnel seront exercés par le liquidateur pendant toute la durée de la liquidation. Ce liquidateur dispose d’un délai d’un an pour vendre les biens du débiteur à l’amiable, ou à défaut, organiser une vente forcée, puis il répartit le produit des actifs et désintéresse les créanciers selon le rang des sûretés assortissant leurs créances. Deux cas sont possibles : soit, l’actif réalisé sera suffisant pour désintéresser les créanciers, ce qui sera tout à fait exceptionnel, et le juge prononcera la clôture pure et simple de la procédure, soit l’actif sera trop faible, et le juge prononcera la clôture pour insuffisance d’actif.

En outre, et c’est l’intérêt essentiel de cette procédure, sa clôture conduit à l’effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l’exception de celles dont le prix a été payé aux lieu et place du débiteur par une caution ou le coobligé.

Enfin, à l’issue de cette procédure, le juge peut ordonner des mesures de suivi social du débiteur, pour éviter que sa situation économique et sociale ne se dégrade après cette mesure, qui peut lui bénéficier plusieurs fois dans sa vie dès lors qu’il peut se trouver, pour des raisons indépendantes de sa volonté dans une situation irrémédiablement compromise.

303. Les restrictions importantes apportées par les procédures de surendettement au principe de la force obligatoire du contrat et aux droits du créancier sont inspirées de l'idée que cette situation est, au moins en partie, une conséquence de la légèreté de ce dernier. Ainsi, le droit positif prescrit-il de tenir compte de la connaissance que pouvait avoir chacun des prêteurs au moment de la conclusion du contrat de la situation d'endettement du débiteur. Il en résulte que les prêteurs professionnels ont tendance à se montrer moins enclins à accorder des prêts à des adultes vulnérables, qui en auraient réellement besoin. La conciliation des intérêts en présence paraît donc indispensable. Mais, c'est l'une des problématiques du droit des adultes vulnérables, et tout particulièrement du droit de la consommation, que de se demander si l'octroi d'une protection ne se retourne pas parfois contre les adultes protégés, presque contre leur gré comme c’est le cas d’un débiteur en rétablissement personnel, qui perd sa capacité d’aliéner ses biens sans l’accord du mandataire ou du juge de l’exécution, alors que qu’il n’est pas incapable.

B - LE DROIT DE LA CONSOMMATION

304. Le droit de la consommation part du postulat que le contrat est souvent un instrument de domination et que les clauses qui y sont stipulées sont plus imposées que négociées. C'est en réalité un droit né contre certains contractants montrés du doigt parce que leur comportement est abusif, puisqu'il ne s'applique pas aux contrats conclus entre deux consommateurs.

Certes, le Code civil n'ignorait pas les abus, mais il leur apportait seulement des remèdes individuels et curatifs, car il considérait que le consommateur n'était pas un être faible et influençable, mais un être d'une parfaite rationalité. D'ailleurs, la perception du consommateur n'est pas aisée, puisqu'à l'image d'un individu éduqué et privilégiant le qualitatif au quantitatif, se surajoute celle d'un consommateur issu des catégories sociales les plus déshéritées, dont le faible pouvoir économique et le niveau limité d'éducation restreignent les capacités d'action et favorisent le quantitatif au qualitatif, ce qui pose aux juristes de nombreux problèmes, d'autant que la société de consommation est devenue plus agressive, avec ses publicités, ses coups de fil insistants, ses crédits, et ses jeux qui tendent tous à amadouer les personnes les plus faibles, pour accélérer leurs décisions d'achats, afin que leurs facultés de réflexion ne s'exercent pas. Les conséquences de ces pratiques sont désastreuses à notre époque de crise, où la montée du chômage appauvrit les personnes les plus vulnérables.

305. La protection de celles-ci est une préoccupation fort ancienne, mais elle est devenue, depuis les années 1970, une nécessité avec l'apparition des géants de l'industrie, des services et de la distribution et des déséquilibres contractuels en résultant qui ont conduit le législateur à adopter de nombreux textes, dont la plupart sont aujourd'hui codifiés. D'ailleurs, l'essor de ce dispositif pose le problème de la notion de consommateur, initialement définie d'une manière tout à fait restrictive dans une circulaire du 19 juillet 1988 relative à l'application de l'arrêté ministériel du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix comme *«le consommateur final qui emploie* (des produits) *pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession »*, mais qui a été ensuite revendiquée puis étendue par la jurisprudence à certains professionnels considérés comme particulièrement vulnérables, ce qui

enlève ainsi toute clarté à l'appellation de consommateur, qui varie en fonction du droit applicable, et même en droit de la consommation[897], alors que les textes européens limitent le bénéfice des dispositions consuméristes aux *« personnes physiques contractant pour la satisfaction de leurs besoins personnels et pour un usage étranger à leur activité professionnelle »*[898]. Quoiqu'il en soit de cette incohérence, la protection du consommateur, générale et abstraite, se trouve avoir une double face : négative et positive. Négative, en ce qu'elle sanctionne les pratiques malhonnêtes, irrégulières ou abusives (a). Positive, car elle tend à rétablir une certaine égalité entre les parties par l'octroi aux consommateurs de certains droits fondamentaux (b).

a - LES SANCTIONS ENCOURUES PAR LES PROFESSIONNELS

306. Au départ, la protection du consommateur était réduite à la portion congrue. Seul était envisagé l'aspect pénal, mais les réalités économiques ont conduit à l'émergence du concept d'abus de puissance économique.

La répression des fraudes est intégrée aux articles L. 213-1 à L. 213-5 du Code de la consommation, et complétée par de nombreux décrets qui précisent produit par produit les règles à suivre. Aujourd'hui, ce dispositif s'applique surtout aux rapports entre les commerçants et les consommateurs, et l'objectif de protection de ces derniers est devenu si essentiel que la jurisprudence en a même pris quelques libertés avec les principes du droit pénal.

307. Alors que le principe de légalité aurait dû commander une interprétation restrictive des dispositions pénales, la jurisprudence apprécie de manière extensive la tromperie portant sur une qualité substantielle de la marchandise, et notamment dans le domaine de la vente de

---

897. V. WESTER-OUISSE, « *La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale* » : J. C. P., 1999, I, 176, n°s. 2 et 5 ; G. PAISANT, *« À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du rapport direct »* : J. C. P., 2003, I, 121.
Pour une notion parallèle, voir : G. KENGNE, « *Le professionnel de la même spécialité* » : Petites affiches, n° 144 du 20 juillet 2000, pp. 17 et s., spc. p. 17.

véhicules automobiles d'occasion[899]. En outre, la tromperie peut résulter d'une simple réticence, qui est nécessairement une dissimulation intentionnelle, suscitant une altération du consentement du cocontractant.

Quant à l'élément moral de l'infraction, la jurisprudence, adopte là aussi une conception extensive du délit. En effet, bien qu'en principe il n'existe aucune présomption de mauvaise foi, et que la tromperie doive résulter d'une intention frauduleuse, la jurisprudence dominante admet que la fraude puisse être commise par imprudence ou par négligence. Dans ces conditions, le professionnel, qui n'a pas contrôlé la marchandise avant de la mettre en vente, encourt une sanction pénale[900], le distributeur mettant en vente des denrées, dont la date limite de vente est dépassée, sera puni, même si le dépassement de la date limite de vente n'implique pas nécessairement la corruption ou la toxicité des denrées[901], ou l'importateur d'un produit acheté dans un pays de l'Union européenne où il a été revêtu du label CE, n'est pas dispensé de l'obligation de vérifier sa conformité physique aux règles de sécurité[902].

En outre, pour caractériser l'élément intentionnel de l'infraction, la jurisprudence écarte souvent l'invocation de l'ignorance du prévenu en se fondant sur sa qualité de professionnel averti[903], et ajoute que pour ce dernier, la négligence et l'absence de vérification suffisent. Ainsi, par trois arrêts, la Cour de cassation a considéré que la seule violation en connaissance de cause d'une prescription légale implique, de la part de son auteur, l'intention coupable[904].

308. À côté des fraudes entendues *stricto sensu*, des relations saines entre les parties impliquent l'élimination des abus, afin d'empêcher les professionnels de profiter de la vulnérabilité des consommateurs. Ainsi, la volonté d'assainir les pratiques contractuelles,

---

898. V. VIGNEAU, *« Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur »* : Gaz. Pal., des 30 août/3 septembre 2002, doct., pp. 3 et s., spc. p. 4.

899. Sur cette jurisprudence en général, voir : B. BOULOC, « *La loi de 1905 en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs* » : *in* J. GHESTIN (dir.), Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, L. G. D. J., 1987, pp. 13 et s., spc. pp. 22 et 23.

900. Crim., 12 avril 1976 : D., 1977, jur., pp. 239 et s., note J. –C. GOURGOUX ; Crim., 13 janvier 1981 : R. T. D. com., 1981, pp. 367 et s., obs. P. BOUZAT ; Crim., 17 octobre 1991 : J. C. P. éd. E., 1992, panor. d'act., 196 ; Montpellier, 11 janvier 1993 : B. I. D., 1993, n° 5, pp. 26 et s.

901. Crim., 8 mars 1983 : D., 1983, I. R., p. 308 ; Crim., 4 novembre 1993 : B. I. D., 1994, n° 3, pp. 26 et s.

902. Crim., 7 avril 1999 : Dr. pén., juillet 1999, comm., n° 103, pp. 16 et s., obs. J. –H. ROBERT.

903. Chambéry, 25 octobre 1990 : B. I. D., 1991, n° 3, pp. 29 et s. ; Besançon, 28 octobre 1993 : B. I. D., 1994, n° 3, pp. 16 et s. ; Paris, 15 décembre 1993 : B. I. D., 1994, n° 6, pp. 28 et s. ; Crim., 8 novembre 1995 : B. I. D., 1996, n° 3, pp. 25 et s.

904. Crim., 25 mai 1994 : B. I. D., 1994, n° 10, pp. 20 et s. ; Crim., 12 juillet 1994 : R. S. crim., 1995, pp. 343 et s., obs. B. BOULOC.

conforme au principe de bonne foi contractuelle et à la théorie de l'abus de droit, s'est traduite dans l'affirmation de la volonté d'éliminer les clauses abusives dans les contrats de consommation, lesdites clauses étant réputées non écrites, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent recevoir aucun effet et qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte. Cependant, la loi du 10 janvier 1978 subordonnait l'annulation de ces dernières à l'existence de décrets, et comme l'on sait, un seul décret était intervenu. En dépit de l'inertie du pouvoir réglementaire à mettre en oeuvre ses prérogatives, un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 14 mai 1991[905] consacra, pour la première fois, le pouvoir du juge judiciaire d'apprécier si une clause présentait un caractère abusif, et de l'annuler, indépendamment de tout décret d'application. Un second arrêt de la Cour de cassation du 26 mai 1993[906] confirma la voie tracée par l'arrêt précédent et instaura un contrôle sur la notion de clause abusive afin de préserver une certaine sécurité juridique qui peut s'appuyer sur les nombreuses recommandations de la Commission des clauses abusives, qui, tout en n'ayant pas un caractère obligatoire, sont un facteur d'unification du droit. Un troisième arrêt de la Cour de cassation du 19 juin 2001[907] a affirmé que c'est l'ambiguïté de toute clause contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur qui, en induisant ce dernier en erreur sur ses droits ou obligations, est de nature à créer le déséquilibre significatif combattu par le Code de la consommation.

309. De plus, l'éradication des clauses abusives est également commandée par le droit européen. Ainsi, la Directive du Conseil des Communautés européennes n°93/13 du 5 avril 1993, transposée par la loi du 1er février 1995, a défini plus précisément la notion de clause abusive, en introduisant une liste de ces clauses, prévu qu'en cas de doute ces clauses s'interprètent dans le sens le plus favorable au consommateur, et en octroyant implicitement à l'autorité judiciaire le pouvoir d'annulation, qu'elle s'était déjà attribuée sans texte. Dans la même optique, la Cour de justice des Communautés européennes renforce régulièrement cet élément, en soulignant dans l'arrêt Océano du 27 juin 2000[908] que la Directive précitée du 5 avril 1993 autorisait le juge national à *« apprécier d'office le caractère abusif d'une clause*

905. Civ. 1ère, 14 mai 1991 : Bull. civ., I, n° 153, p. 101 ; D., 1991, jur., pp. 449 et s., note J. GHESTIN ; J. C. P., 1991, I, 21763, note G. PAISANT ; R. T. D. civ., 1991, pp. 526 et s., obs. J. MESTRE ; Contrats Conc. Consom., juillet 1991, n° 160, pp. 3 et s., obs. L. LEVENEUR.
906. Civ. 1ère, 26 mai 1993 : J. C. P., 1993, IV, 1868 ; D., 1993, jur., pp. 568 et s., note G. PAISANT.
907. Civ. 1ère, 19 juin 2001 : J. C. P., 2001, II, 10631, note G. PAISANT.

du contrat qui lui est soumis lorsqu'il examine la recevabilité d'une demande », et en précisant dans l'arrêt SA Cofidis c/Fredout du 21 novembre 2002[909] que la réglementation française ne peut pas empêcher le juge de relever le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises.

310. Cependant, en mettant en place ce dispositif d'élimination des clauses abusives, le législateur a ménagé les intérêts des professionnels, en faisant peser la charge de l'abus sur le demandeur et en donnant aux tribunaux des méthodes d'interprétation pour l'apprécier.

L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation a renforcé la protection du consommateur en prévoyant que les clauses doivent être rédigées de façon claire et compréhensible, en ajoutant que le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite, et en octroyant une action permettant aux associations de consommateurs agréées de demander au juge civil de faire cesser ou d'interdire tout agissement illicite au regard des dispositions nationales transposant certaines directives communautaires concernant notamment les clauses abusives. Si la sanction des pratiques malhonnêtes des professionnels contribue à apporter une meilleure protection aux consommateurs, elle doit être complétée par le renforcement des droits de ces derniers.

b - LE RENFORCEMENT DES DROITS DES CONSOMMATEURS

311. Les droits des consommateurs se répartissent en deux catégories : des droits qui leur sont accordés individuellement, et des droits qui leur sont attribués collectivement par le biais des associations de consommateurs.

---

[908]. C. J. C. E., 27 juin 2000, Océano : J. C. P., 2001, II, 10513, note CARBALLO FIDALGO et G. PAISANT ; R. T. D. civ., 2001, pp. 878 et s., obs. J. MESTRE et B. FAGÈS.

1 - Les droits individuels accordés aux consommateurs

312. Ces droits individuels sont au nombre de trois : le droit à l'information, le droit à la réflexion et le droit à la sécurité.

Le droit à l'information

313. Le principe est qu'un contractant, même non professionnel, doit informer son cocontractant, même lorsqu'il est un professionnel dont la compétence ne lui permet pas de connaître la chose vendue. Ce droit à l'information est un droit accordé aux consommateurs, qui devrait, leur permettre de donner leur consentement en parfaite connaissance de cause.

D'abord reconnu par les tribunaux, ce droit a ensuite été consacré par le législateur.

La jurisprudence, consciente de l'inégalité des parties contractantes et utilisant sous couvert d'interprétation le procédé de « *forçage* » du contrat, fait peser sur les professionnels une obligation pré contractuelle de renseignement au profit du consommateur parce que ce dernier est réputé moins compétent[910]. Cette obligation a, depuis la loi du 18 janvier 1992 qui l'a consacrée, un fondement légal, et la loi du 1er février 1995 a conforté la promotion de cette obligation en précisant que : « *Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* ». Cette exigence de transparence s'applique aux caractéristiques essentielles des biens ou des services, et notamment à leurs prix et à leurs conditions de vente, à leur composition et à la date limite à laquelle le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation.

---

909. C. J. C. E., 5ème ch., 21 novembre 2002, aff. C-473/00, SA Cofidis c/Fredout : J. C. P., 2003, II, 10182, note G. PAISANT.

910. Pour l'annulation d'une vente de meubles pour défaut d'étiquetage, sur le fondement de l'article 6 du Code civil et de l'ordre public bafoué, voir : Civ. 1ère, 7 décembre 2004, n°01-11.823, P+B+R+I : Lamy Droit économique, n°180, janvier 2005, pp. 1 et 2, obs. A. MARCHAND.

314. En outre, l'offre de contrat de vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue à distance, c'est-à-dire en l'absence de présence physique des deux parties[911], entre un professionnel et un consommateur, doit, en principe, comporter en plus sept informations complémentaires communiquées de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.

315. En cas de démarchage par téléphone ou par tout autre technique assimilable, le professionnel doit indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le caractère commercial de l'appel. De plus, le consommateur doit recevoir en temps utile et au plus tard au moment de la livraison les informations suivantes par écrit ou sur un support durable : confirmation d'un certain nombre des informations obligatoirement contenues dans l'offre, information sur l'exercice du droit de rétractation, modalités de paiement et d'exécution, adresse où les réclamations peuvent être présentées, service après-vente et garanties commerciales, conditions de résiliation lorsque le contrat est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an.

L'irrespect de ces informations expose le professionnel à l'allongement substantiel du délai d'exercice du droit de rétractation porté à trois mois, est passible de sanctions pénales, et autorise le prononcé de la nullité du contrat pour violation de l'ordre public.

De plus, la loi MURCEF du 11 décembre 2001[912], qui a souhaité instaurer de nouvelles relations entre les établissements de crédit et leurs clients, a imposé l'établissement d'une convention écrite lors de l'ouverture d'un compte de dépôt, qui doit préciser les conditions générales et tarifaires d'ouverture, de fonctionnement et de clôture du compte.

En outre, tout en édictant l'égalité de l'écrit électronique et de l'écrit papier lorsqu'un tel écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la

---

911. G. RAYMOND, *« Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de droit de la consommation »* : J. C. P., 2001, aperçu rapide, pp. 2281 et s., spc. p. 2282 ; J. PASSA, *« Commerce électronique et protection du consommateur »* : D., 2002, n°6, chron. doct., pp. 555 et s., spc. pp. 556 et s.

912. Sur cette loi, voir : V. AVENA-ROBARDET, « *MURCEF et autres : nouveautés dans les relations banque-client »* : D., 2002, le point sur, pp. 186 et s. ; J. –J. DAIGRE, *« Loi "MURCEF" et droit bancaire »* : J. C. P., 2002, I, 117 ; J. STOUFFLET, « *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients. Loi MURCEF du 11 décembre 2001. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne »* : Revue de droit bancaire et financier, n°1, janvier/février 2002, analyses, pp. 36 et s.

confiance dans l'économie numérique[913] oblige tout professionnel proposant par voie électronique un bien ou un service à mettre à disposition les conditions contractuelles applicables à sa proposition et consacre le principe du double-clic en exigeant, pour que le contrat soit valablement conclu que le destinataire de l'offre ait eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle- ci pour exprimer son acceptation.

Enfin, et dans le domaine très étendu des contrats tacitement reconductibles (téléphonie fixe ou mobile, accès à internet, électricité, eau, gaz, télévision payante etc.), la loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur[914] impose au professionnel prestataire de services d'informer le consommateur par écrit, au plus tôt trois mois et au plus tard un mois avant le terme de la période autorisant le rejet de la reconduction, de la possibilité de ne pas reconduire le contrat qu'il a conclu avec une clause de reconduction tacite. À défaut d'information, le consommateur peut résilier son contrat à tout moment. Les avances versées doivent lui être remboursées par le professionnel, au prorata et avec intérêt légal si celui-ci ne s'exécute pas dans les trente jours de la résiliation.

316. La loi pénale complète souvent ces dispositifs protecteurs, en réglementant spécialement la publicité, lorsqu'elle porte sur certains produits ou services, et en réprimant d'une manière générale la publicité commerciale, lorsque cette dernière est soit inexacte, soit de nature à induire en erreur, car la force des images s'allie parfois au poids des mots pour tromper les consommateurs les plus naïfs.

---

913. Sur cette loi, voir notamment : L. GRYNBAUM, *« Après la loi économie numérique, pour un Code européen des obligations… raisonné »* : D., 2004, chron. doct., pp. 2213 et s. ; A. PENNEAU, *« Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil »* : Petites affiches, n°96, du 13 mai 2004, pp. 3 et s. ; C. ROJINSKY et G. TEISSONNIÈRE, *« L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux »* : J. C. P., 2004, actualité, 405 ; C. ROJINSKY et G. TEISSONNIÈRE, *« L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. La publicitié et les obligations souscrites par voie électronique »* : J. C. P., 2004, act., 414 ; P. STOFFEL-MUNCK, *« La réforme des contrats du commerce électronique »* : J. C. P. E. et A., 2004, 1341, pp. 1428 et s.

914. Sur cette loi, voir notamment : P. –Y. GAUTIER, *« La tacite reconduction reçoit ses titres de noblesse, via l'information légale d'information »* : Lamy Droit Économique, n°182, mars 2005, pp. 1 et s. ; L. LEVENEUR, *« La nouvelle loi de protection des consommateurs Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 »* : J. C. P., 2005, act., 92 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *« Une nouvelle loi pour faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles »* : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, act., pp. 5 et s. ; P. STOFFEL-MUNCK, *« Tacite reconduction »* : Communication – Commerce électronique, mars 2005, comm., n°45, pp. 37 et s.

317. Pour protéger les droits à la vie, à la santé et à la sécurité économique des personnes vulnérables, de nombreuses règles spécifiques ont été édictées, en utilisant deux techniques différentes : soit l'interdiction pure et simple des publicités, soit la détermination du contenu de celles-ci. Il s'agit essentiellement de la limitation du contenu de la publicité sur les armes à feu et du choix des supports, de l'interdiction de toute publicité en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort, de l'interdiction de principe de toute propagande ou publicité directe ou indirecte en faveur des boissons alcooliques, de l'interdiction de toute propagande ou publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac, de l'encadrement par une multitude de règles de la publicité des produits relatifs à la santé des personnes, de la possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'interdire la publicité de publications dangereuses pour la jeunesse, à la réglementation des insertions d'offres et de demandes d'emploi dans la presse, de l'interdiction d'offrir à la vente des publications, des imprimés ou des objets quelconques en faisant valoir que cette vente est effectuée dans un but philanthropique lorsque ces produits ne portent pas la marque distinctive délivrée dans ce cas, de l'interdiction de toute publicité par affiches, annonces ou tout autre moyen de loteries prohibées;de la diversité des règles relatives à la publicité des prêts d'argent, de l'interdiction de toute publicité concernant les primes et prêts à la construction prévus par le livre III du Code de la construction et de l'habitation, avant les décisions les accordant, et du contrôle préalable, par la Commission des opérations de bourse, de toute publicité en faveur de placements portant sur des biens dont les épargnants n'assurent pas eux-mêmes la gestion ou sur les rentes viagères.

318. Toujours dans le même esprit protecteur des personnes vulnérables, le législateur a incriminé la publicité trompeuse, en transformant le dol, délit civil, en un délit pénal, lorsque les agissements déloyaux des professionnels et des particuliers[915], consistent dans des allégations portées à la connaissance du public. La publicité n'est donc licite que lorsque le message diffusé comporte des renseignements vrais, avec une marge de tolérance délicate à situer et qui est inhérente à la notion même de publicité. La fonction de la publicité étant précisément de vanter le produit, une certaine part d'exagération est toujours admise[916]. Le

---

915. J. HUILLIER, *« Le délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur appliqué aux particuliers »* : Gaz. Pal. des 14/15 août 2002, chron., pp. 29 et 30.

916. Trib. corr. Paris, 13 avril 1983 : Gaz. Pal., 1983, I, jur., pp. 343 et s., note J. –P. MARCHI ; R. T. D. com., 1983, pp. 616 et s., obs. P. BOUZAT.

message publicitaire, tout en étant vrai, ne doit pas non plus contenir d'éléments de nature à induire en erreur celui qui le reçoit. D'une manière générale, la sanction est encourue, lorsqu'il existe un risque d'interprétation fausse de la part de celui qui reçoit le message. Dès lors, question se pose de savoir quel type de personne doit être pris en considération comme critère de référence pour apprécier la licéité de la publicité. Pour résoudre ce problème, la jurisprudence mesure l'impact de la publicité sur la psychologie du consommateur, en distinguant deux situations : soit le message s'adresse à tous les consommateurs, soit il est destiné plus particulièrement à des consommateurs fragiles.

319. Lorsque la publicité est faite pour tous les consommateurs, une appréciation *in abstracto* est privilégiée. Afin d'atténuer la rigueur du texte incriminateur à l'égard des annonceurs, et de ne pas assimiler tous les destinataires des publicités à des incapables majeurs, la jurisprudence se réfère en général à la notion de consommateur moyen ou d'attention moyenne[917], c'est-à-dire normalement instruit et informé[918], en exigeant parfois de lui un esprit critique renforcé[919].

Cette interprétation abstraite tente de se justifier par le fait que le consommateur est devenu moins vulnérable, en raison de la résistance qu'il a développée face à l'agressivité de certaines publicités. La notion de consommateur moyen rappelle celle de bon père de famille que l'on rencontre en droit civil dans l'appréciation des actes que peut faire l'administrateur légal ou en matière de responsabilité civile. Ainsi, le consommateur moyen ne doit pas se laisser abuser par une publicité hyperbolique ou par un mensonge si gros que personne ne peut y croire.

---

917. Trib. corr. Grasse, 15 juin 1968 : Gaz. Pal., 1968, II, jur., pp. 357 et s., note J. –P. DOUCET ; T. G. I. Lille, 26 novembre 1973 : D., 1975, jur., pp. 245 et s., note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Versailles, 7ème ch., 17 mai 1978 : J. C. P., éd. C. I., 1979, II, 13104, pp. 427 et s. ; Crim., 5 septembre 1981 : Bull. crim., n° 251, pp. 661 et s. ; Paris, 13ème ch. corr., 23 mars 1983 : Gaz. Pal., 1984, I, somm., p. 49 ; Crim., 5 avril 1990 : Bull. crim, n° 148, pp. 392 et s. ; B. I. D., 1990, n° 11, pp. 26 et s. ; R. T. D. com., 1991, p. 122, obs. P. BOUZAT ; Paris, 13ème ch., sect. A, 1er mars 1993 : Contrats Conc. Consom., juillet 1993, n° 139, pp. 13 et s., obs. G. RAYMOND ; Crim., 7 avril 1994 : R. J. D. A., 8-9/1994, p. 770, n° 973 ; Versailles, 10 avril 1996 : Gaz. Pal., 1996, II, jur., pp. 425 et s., note P. –F. DIVIER.

918. Paris, 13ème ch., 31 janvier 1985 : Gaz. Pal., 1985, II, somm., p. 221 ; T. G. I. Paris, 24 juin 1988 : B. I. D., 1989, n° 6, pp. 43 et s.

919. Bordeaux, ch. corr., 29 avril 1981 : J. C. P., 1982, II, 19763, note P. GREFFE ; Rennes, 3ème ch., 20 avril 1982 : R. T. D. com., 1982, pp. 646 et s., obs. P. BOUZAT ; Nîmes, 11 juin 1982 : B. I. D., 1987, n° 2, pp. 65 et s. ; Douai, 17 mars 1983 : Gaz. Pal., 1983, II, jur., pp. 363 et s. ; Crim., 21 mai 1984 : D., 1985, jur., pp. 105 et s., note S. MARGUÉRY ; Riom, 3ème ch., 6 juin 1990 : J. C. P. éd. E, 1990, I, 20228 ; Dijon, 1ère ch. 2ème sect., 8 décembre 1998, n° 99-196, Société Maison française de distribution c./M.LUCENET : Lamy Bulletin d'actualité Droit économique, juillet 1999, n° 119, p. 9.

320. Mais, cette interprétation abstraite se révèle inadaptée, lorsque la publicité s'adresse à des consommateurs plus vulnérables que la moyenne. Dans cette hypothèse, la notion de consommateur moyen varie et la jurisprudence préfère à la fictivité de l'abstraction la réalité d'une appréciation *in concreto*. Ainsi, dans une affaire de publicité pour des cours de coupe et de couture pour la formation de modélistes et de stylistes, un arrêt rendu par la Cour de Paris le 22 mars 1973 a souligné que la publicité était destinée à « *des familles étrangères de langue française* » facilement induites en erreur[920]. Dans le même esprit, plusieurs décisions se réfèrent au milieu social et parfois à la situation de famille des destinataires de la publicité, en parlant notamment de « *public crédule* »[921], de « *personnes peu fortunées et en général mal armées pour se défendre* »[922], de « *public de culture et de moyens modestes* »[923], de « *personnes de condition modeste particulièrement vulnérables* »[924], de « *mères de famille* »[925], ou « *d'investisseurs aux moyens modestes dont la situation peut être compromise par des engagements présentés fallacieusement* »[926]. Enfin, la jurisprudence protège le consommateur, conducteur de son automobile, lorsqu'il voit des affiches, qui comportent des petites lettres destinées à être lues de loin et rapidement[927]. Toutefois, la relaxe du responsable d'un programme de construction immobilière, qui l'avait annoncé dans des conditions analogues, a été prononcée au motif que les futurs acquéreurs avaient été en mesure d'user de leur faculté de réflexion, d'analyser les documents et de visiter les lieux[928]. Cette espèce démontre que le droit à l'information n'est pas suffisant pour assurer une protection efficace des consommateurs vulnérables, c'est pourquoi le législateur leur a octroyé le droit à la réflexion.

LE DROIT À LA RÉFLEXION

920. Paris, 13ème ch. correct. 22 mars 1973 : J. C. P., 1973, II, 17459, note P. –F. DIVIER.
921. T. G. I. Seine, 10ème ch., 24 novembre 1965 : D., 1967, jur., pp. 52 et s., note J. –C. FOURGOUX
922. Trib. corr. Grenoble, 6 février 1975 : inédit.
923. Trib. corr. Évreux, 23 janvier 1975 : inédit.
924. Trib. corr. Paris, 31ème ch., 15 avril 1985 : R. T. D. com., 1985, pp. 823 et s., obs. P. BOUZAT.
925. Crim., 27 juillet 1988 : n° 87-91. 256.
926. Crim., 30 mai 1989 : Bull. crim., n° 225, pp. 568 et s. ; R. T. D. com., 1990, p. 88, obs. P. BOULOC.

321. Afin d'éviter que le consommateur ne contracte trop vite un engagement dont il n'a pas mesuré la portée, le législateur le protége contre les tentations et les contrats signés sans réflexion ou sans comparaison d'offres concurrentes, en interdisant ou en réglementant pendant un certain délai tout versement d'argent, à titre de paiement ou de garantie, et en utilisant deux techniques juridiques qui relèvent de l'avant-contrat.

322. Tantôt, le droit positif retarde l'échange des consentements et la formation subséquente du contrat. Par cette technique, la loi espère que l'écoulement du temps apportera la lucidité, spontanée ou provenant du conseil d'autrui, par exemple, celui de la famille. Ainsi, en cas de porte-à-porte visant la fourniture d'instruments financiers ou des services de réception-transmission ou d'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la loi n°2003-706 du 1er août 2003 dite de sécurité financière prévoit que les prestataires habilités à mandater des démarcheurs ne peuvent recueillir ni ordres ni fonds avant l'expiration d'un délai de réflexion de quarante huit-heures. De même, le contrat d'enseignement à distance ne peut être conclu que sept jours après sa réception. De plus, l'emprunteur et les cautions immobiliers ne peuvent accepter l'offre de prêt que dix jours après l'avoir reçue. Pareillement, l'article L. 271-1, alinéa 3, du Code de la construction et de l'habitation instaure au profit de l'acquéreur immobilier un délai de réflexion de sept jours avant la signature des actes authentiques de vente. Les délais de sept et dix jours ne sont d'ailleurs pas anodins, puisqu'ils incluent nécessairement un week-end, permettant en principe une réflexion plus approfondie.

323. Tantôt, le législateur accorde au consommateur une faculté de rétractation, ou de repentir qui l'autorise à remettre en cause pendant un certain laps de temps le contrat qui est considéré comme conclu lors de l'acceptation et non pas à l'expiration dudit délai[929]. Ce droit de rétractation est intéressant pour son bénéficiaire parce qu'il est discrétionnaire et comparable à la faculté de dédit admise par l'article 1590 du Code civil, mais différente de celle-ci, parce qu'il n'y a pas consenti et que le dédit est ici à la fois légal et gratuit. Ainsi, le législateur protège la personne la plus faible, en dérogeant aux dispositions de l'article 1134 du Code civil prévoient que le contrat est la loi des parties, tout en précisant que les cocontractants ne

---

927. T. G. I. Lyon, 5ème ch. corr., 26 avril 1984 : Gaz. Pal., 1985, I, somm., p. 116 ; Crim., 27 novembre 1990 : Dr. pén., mars 1991, n° 83, p. 10, obs. J. –H. ROBERT.

928. Trib. corr. Pontoise, 25 mars 1983 : Gaz. Pal., 1984, II, somm., p. 364.

peuvent le révoquer « *que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise* ». D'ailleurs, le Code civil en fournit quelques illustrations : droit de révocation unilatérale du mandant, du déposant, précarité de certaines donations, droit de résiliation unilatérale du maître d'ouvrage dans le marché à forfait, mais c'est surtout le droit de la consommation, qui consacre tant l'accroissement des facultés de repentir, que la consolidation internationale de leur force juridique, puisqu'un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 décembre 2001[930] a jugé que la directive sur le démarchage à domicile s'appliquait à un contrat de crédit foncier, de sorte que le consommateur qui a conclu un tel contrat dispose d'un droit de rétractation, et qu'un législateur national ne peut pas prévoir de délai de forclusion, au motif qu'il est de jurisprudence constante que les dérogations aux règles communautaires visant à protéger les consommateurs sont d'interprétation stricte. Ainsi, en matière de démarchage et de vente à domicile, le consommateur a sept jours pour renoncer à son engagement d'achat. De même, dans le cadre du crédit à la consommation, l'emprunteur a la faculté de rétracter l'acceptation de son offre pendant sept jours. De plus, l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation offre à l'acquéreur non professionnel, signataire d'un acte sous seing privé ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un bien immobilier, la faculté de se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.

324. Le droit de rétractation imparti dans le délai d'une semaine s'applique aussi dans le contrat de courtage matrimonial, qu'il faut distinguer des conventions signées avec les clubs de rencontres ou de loisirs, qui ne sont soumises à aucune réglementation spécifique[931]. Ce même délai de sept jours profite au consommateur dans la plupart des opérations de ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance, ce qui comprend les ventes par correspondance, le télé-achat, les offres par téléphone ou télématique.

325. Dans le cadre des contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé, le consommateur bénéficie également d'un droit de rétractation de dix jours à compter de l'envoi de l'offre

---

929. En ce sens, voir : V. CHRISTIANOS, « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* » : D., 1993, chron., pp. 28 et s., spc. p. 30 ; Civ. 1ère, 10 juin 1992 : Contrats Conc. Consom., octobre 1992, comm., p. 17, n° 195, obs. G. RAYMOND.

930. L. BERNARDEAU, *« Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99 »* : J. C. P., 2002, I, 168.

931. Civ. 1ère, 21 février 1995 : Bull. civ., I, n° 98, pp. 70 et 71 ; Contrats Conc. Consom., juin 1995, comm., n° 112, p. 13, obs. G. RAYMOND.

acceptée. De plus, lorsqu'un démarchage a pour objet la fourniture d'instruments financiers ou de services de réception-transmission ou d'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la personne démarchée dispose d'un délai de quatorze jours, à compter de la conclusion du contrat, pour se rétracter sans justification ni pénalité. En outre, la Directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs prévoit que les consommateurs bénéficient d'un délai de quatorze jours calendaires pour se rétracter, sans pénalité et sans motif, ledit délai étant porté à trente jours pour les contrats d'assurance-vie et de retraites individuelles. Enfin, dans le domaine de l'assurance-décès, l'assuré a déjà en droit français une faculté de rétractation dans le délai d'un mois suivant le payement des primes et la remise des documents explicatifs. La victime d'un accident de la circulation a quinze jours pour dénoncer la transaction qu'elle a conclue avec l'assureur.

326. En outre, et à titre exceptionnel, le législateur consumériste contemporain permet, dans certaines circonstances, de résilier un contrat valide dans deux hypothèses.

La première concerne le droit pour les deux parties à un contrat de courtage de le résilier pour motif légitime, c'est-à-dire, selon les travaux préparatoires de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection du consommateur ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, pour « *grave maladie, accident, changement de résidence, mais aussi pour non-présentation par l'agence de personnes correspondant aux caractéristiques souhaitées ou encore le fait de s'être marié en cours de contrat* ».

La seconde permet à l'emprunteur d'un crédit immobilier de le rembourser par anticipation sans encourir de pénalités particulières lorsque le remboursement est motivé par un changement du lieu d'activité de l'emprunteur ou de son conjoint ou la cessation forcée de leur activité professionnelle.

Mais, à côté du droit de repentir, un autre droit tend aussi à s'affirmer de plus en plus, il s'agit du droit à la sécurité des consommateurs.

LE DROIT À LA SÉCURITÉ

327. Ce droit est fondamental pour la protection des consommateurs. En effet, comme le souligne à juste titre un auteur, « *l'idée de la sécurité est une idée moderne. L'homme contemporain n'accepte pas le malheur. Il vit dans un État-providence où tout doit être garanti. Et les accidents de la vie courante, comme ceux qui sont plus exceptionnels tels que les catastrophes naturelles ou les actes de terrorisme, doivent être suivis d'une indemnisation des victimes, à défaut de pouvoir être empêchés. La technologie et la science ont apporté d'immenses bienfaits mais aussi des risques nouveaux et des dommages* »[932]. Ainsi, l'utilisation de certains produits provoque parfois de véritables catastrophes, comme par exemple, celles du talc Morhange, de la prolifération de microbes dont la salmonelle responsable de graves intoxications alimentaires, de l'affaire du sang contaminé, de l'encéphalopathie spongiforme bovine, de la présence d'un germe nocif des bouteilles d'eau ou encore de l'amiante.

328. Jusqu'à ces dernières années, le droit français considérait la sécurité comme un simple aspect de la conformité. Les règles relatives à la conformité étaient utilisées pour régler les problèmes de sécurité. Pour qu'un produit fût conforme à l'attente des consommateurs, il fallait qu'il présentât un certain niveau de sécurité. La conformité d'alors englobait la sécurité. Mais, le législateur contemporain tend à détacher ces deux notions parce que le défaut de sécurité met en danger la santé et l'intégrité physique des personnes, et lèse des intérêts plus importants que le défaut de conformité, qui génère surtout des préjudices économiques.

329. Avant l'intervention du législateur par les lois n° 78-23 du 10 janvier 1978 et n° 83-660 du 21 juillet 1983, la jurisprudence civile avait tenté de protéger les victimes d'accidents technologiques. Lorsque le dommage était causé par une chose, les règles de la responsabilité délictuelle fondées sur l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, permirent à la jurisprudence de trouver un responsable, assuré de préférence. Dans le domaine contractuel, la jurisprudence a

---

932. J. BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, P. U. F., collection Thémis Droit privé, 1ère édition, 1996, p. 339.

créé une obligation de sécurité. D'abord apparue dans le domaine des transports dès 1911[933], cette obligation a été étendue à plusieurs contrats : organisation de voyages, télésiège, location de chevaux ou promenade à cheval, exploitants de manèges, de toboggans, organisateurs de stages d'alpinisme, magasins ou restaurants pour les accidents survenus dans leurs locaux ou quant aux aliments qu'ils servent. Dernièrement, elle a considéré que cette obligation de sécurité était une obligation contractuelle découlant de la vente[934].

330. Aujourd'hui, les articles L. 221-1 et suivants du Code de la consommation instaurent un système préventif de sécurité applicable à l'ensemble des produits et services n'ayant pas fait l'objet de dispositions législatives particulières ou de règlements communautaires et confient au Gouvernement la mission de faire respecter l'obligation générale de sécurité. En application de ces textes, de nombreux décrets ont interdit la fabrication de produits dangereux et ordonné leur retrait du marché. L'article L. 221-5 dudit Code prévoit aussi la possibilité de prendre, à titre provisoire, des mesures d'urgence par arrêté ministériel ou préfectoral. Cependant, la mise en oeuvre de l'obligation de sécurité repose sur les professionnels qui ont un devoir général d'auto-contrôler la sécurité des produits qu'ils mettent en circulation.

331. Par sa volonté de renforcer la sécurité du consommateur, le droit européen va souvent dans la même direction que le droit français, qui reconnaît l'important principe de précaution, inscrit dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958[935], dont l'objectif est de mieux protéger les victimes par l'introduction du principe d'une contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement par l'auteur du dommage lorsque la prévention a échoué[936]. D'ailleurs, les autorités européennes ont manifesté leur détermination en élaborant notamment quatre directives essentielles.

Premièrement, la Directive communautaire 92/59/CEE du 29 juin 1992, relative à la sécurité générale des produits, qui est appelée à être remplacée par la Directive n°2001/95 du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des consommateurs, traite de la prévention des

---

933. Civ., 21 novembre 1911 : S., 1912, I, pp. 73 et s., note C. LYON-CAEN ; D. P., 1913, I, pp. 249 et s., note L. SARRUT ; Civ. 1ère, 3 juillet 2002 : D., 2002, n°34, jur. comm., pp. 2631 et s., note J. –P. GRIDEL ; R. RODIÈRE, « *Le régime légal de l'obligation de sécurité dûe par les transporteurs à leurs voyageurs* » : J. C. P., 1952, I, 997, n° 1.

934. Civ. 1ère, 17 janvier 1995 : Bull. civ., I, n° 43, p. 29 et s. ; D., 1995, jur., pp. 350 et s., note P. JOURDAIN.

935. Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

risques et dommages subis par les consommateurs sur la base du droit public. Elle oblige les États membres à adopter des dispositions générales concernant la sécurité des produits et à échanger des informations sur les mesures qu'ils prennent en vertu de ces dispositions.

Deuxièmement, la Directive communautaire 93/68/CEE du 22 juillet 1993 a conduit à l'introduction, par la loi du 1er février 1995, du marquage communautaire de conformité des produits aux exigences essentielles de santé et de sécurité.

Troisièmement, la Directive n°2001/95 du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des consommateurs rappelle l'existence d'une obligation de sécurité à la charge des producteurs, distributeurs, importateurs ou grossistes : mise sur le marché de produits sûrs, information sur les dangers encourus du fait de l'utilisation des produits, obligation de signalement des risques, procédures de rappel de produits dangereux et d'échanges d'informations entre États, producteurs chargés de suivre leurs produits. Cette Directive a été transposée tardivement dans notre droit par l'ordonnance n°2004-670 du 9 juillet 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer par ordonnance des directives communautaires[937].

332. Quatrièmement, la Directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux protège toutes les victimes de dommages corporels causés par des produits mis sur le marché, en mettant à la charge du producteur un régime de responsabilité sans faute. Avant sa transposition dans le Code civil, par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, cette Directive avait influencé la jurisprudence qui avait engagé la responsabilité des fabricants de produits défectueux[938]. En intégrant plus complètement la Directive dans notre droit, le législateur a retenu une conception large de cette responsabilité, en adoptant trois mesures essentielles.

333. D'abord, et par faveur pour les victimes, il a inclus les produits naturels et voulu la réparation intégrale des dommages économiques et moraux. Ensuite, il a appliqué la responsabilité du producteur au-delà des strictes limites prévues par la directive, en l'étendant

---

936. Article 4 de la Charte de l'environnement.

937. Sur cette ordonnance, voir : R. DAVID, *« Modernisation des règles relatives à la sécurité générale des produits »* : Bulletin d'actualité Lamy droit économique, n°176, septembre 2004, pp. 1 et s.

938. Civ. 1ère, 11 juin 1991 : Contrats Conc. Consom., novembre 1991, n° 219, pp. 6 et s., obs. L. LEVENEUR ; R. T. D. civ., 1992, pp. 114 et s., obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1ère, 9 juillet 1996 : Bull. civ., I, n° 304, pp. 211 et s. ; Com., 9 décembre 1997 : R. T. D. civ., 1998, p. 526, obs. J. RAYNARD ; Civ. 1ère, 3 mars 1998 : Dalloz Affaires, 1998, n° 113, pp. 664 et s., obs. J. F. ; J. C. P., 1998, II, 10049, rapp. P. SARGOS.

notamment aux distributeurs. Enfin, il ne crée aucune discrimination entre les victimes, la protection instituée est accordée à n'importe quelle victime, et pas seulement aux consommateurs.

334. Cependant, les victimes de produits défectueux n'apparaissent pas aussi bien protégées que le législateur le prétend pour les quatre raisons suivantes.

Primo, en application de l'article 1386-9 du Code civil, les victimes ont toujours la charge de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage. Ainsi, la situation de la victime de produits défectueux est moins favorable que dans la responsabilité du fait des choses où il suffit de prouver que la chose a participé à la production du dommage.

Secundo, la mise en circulation du produit, définie par l'article 1386-5 du Code civil comme le dessaisissement volontaire de celui-ci par le producteur, reste une notion imprécise, bien qu'elle conditionne le point de départ de la prescription.

Tertio, il n'existe pas de régime unitaire, mais trois régimes de responsabilité civile dans le domaine des produits défectueux : le premier fondé sur la responsabilité délictuelle pour faute, le second découlant de l'article 1147 du Code civil, et le troisième institué par la réforme, de telle sorte que les victimes sont placées devant le dilemme de choisir le fondement juridique le plus approprié pour obtenir l'indemnisation du préjudice qu'elles ont subi.

Quarto, la protection des victimes a été sacrifiée sur l'autel de la concurrence et du profit. C'est en effet pour ne pas défavoriser les producteurs français, dans leur lutte serrée pour obtenir des parts de marchés, que ceux-ci sont en principe exonérés des risques de développement, alors que la logique aurait voulu que celui qui tire profit des risques qu'il fait courir à ses contemporains supporte aussi les conséquences de ces risques. De plus, et même si c'est au producteur d'apporter la preuve qu'il se trouve dans le cadre d'un risque de développement, en pratique, ce sera souvent à la victime de prouver que le producteur ne pouvait ignorer les effets nocifs du produit en raison des connaissances scientifiques du moment. Toutefois, afin d'éviter que le risque de développement ne puisse être invoqué dans

des affaires telles que le sang contaminé, la loi prévoit que cette cause d'exonération ne s'applique pas dans ce domaine[939].

De surcroît, la loi de transposition de la directive du 25 juillet 1985 avait fait l'objet en janvier 2000 d'un recours de la Commission des Communautés européennes qui critiquait la France d'avoir été trop loin dans l'application de ladite Directive, alors que le traité de Maastricht a pour objectif d'assurer aux consommateurs un niveau élevé de protection. Mais, dans un arrêt particulièrement rigoureux en date du 25 avril 2002[940], la Cour de Justice des Communautés européennes, se fondant sur l'article 100, devenu l'article 94 du Traité CE faisant *« prévaloir l'objectif économique de protection de l'égalité entre concurrents sur l'objectif social de protection du consommateur »* a condamné la France pour s'être écartée de la directive du 25 juillet 1985, alors même que les aménagements introduits visaient une protection accrue du consommateur, qu'il s'agisse de la suppression de la franchise de 500 €, de l'assimilation du distributeur au producteur, de l'instauration d'une obligation de suivi du fabricant d'un produit pourtant réaffirmée par la Directive du 3 décembre 2001 précitée, ou encore du choix laissé à la victime de choisir entre les régimes de responsabilité délictuelle.

Compte tenu de la suprématie du droit communautaire sur les droits nationaux, le juge français saisi d'un litige ne doit pas appliquer les dispositions considérées comme contraires à la directive, tant que la loi de transposition n'aura pas été rectifiée, à moins que la directive du 25 juillet 1985 ne soit elle-même modifiée dans un sens plus favorable aux victimes, comme le Livre vert présenté par la Commission des Communautés européennes en 1999 l'envisageait.

Cette dernière position aurait pourtant été tout à fait bienvenue, puisque le niveau de protection des victimes aurait été rehaussé dans un cadre européen harmonisé. Cependant, si l'on se réfère à un rapport de la Commission concernant la mise en œuvre de la directive

---

939. Article 1386-12, alinéa 1er, du Code civil.
Sur cet article, voir : C. MASCRET, *« La loi sur les produits défectueux et les éléments ou produits issus du corps humain »* : Les petites affiches, n° 23, du 2 février 1999, pp. 15 et s., spc. p. 15.

940. C. J. C. E., 25 avril 2002, aff. C-52/00, Comm. c./Rép. fr. : D., 2002, act. jur., p. 1670, note C. RONDEY ; D., 2002, jur. comm., pp. 2462 et s., note C. LARROUMET ; Contrats Conc. Consom., juillet 2002, comm., n°117, pp. 25 et s., obs. G. RAYMOND ; J. CALAIS-AULOY, *« Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel »* : D., 2002, chron. doct., pp. 2458 et s.

précitée où il est mentionné des avis divergents sur ce thème[941], cette évolution parait à court terme improbable, alors que deux arguments militent fortement en sens contraire.

D'abord, le premier considérant des motifs de la directive 1999/44/CE du Parlement et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation précise que le dispositif prévu *« constitue un socle minimal commun des règles du droit de la consommation »* qui *« renforcera la confiance des consommateurs et permettra à ceux-ci de profiter au mieux du marché intérieur »*, mais pour l'heure du moins l'introduction de cette directive dans notre droit n'est pas réalisée.

Ensuite, et surtout, le Traité des Communautés européennes garantit dans son article 153 *« un niveau élevé de protection des consommateurs »*, et dans son article 95-3 un niveau de protection élevé en matière de santé.

À la lumière de l'évolution du droit européen qui limite fortement la liberté des États dans la détermination du régime de la responsabilité des produits défectueux, il apparaît qu'un recentrage de ce dernier se dessine autour de l'idée de faute qui permettra encore aux victimes d'agir sur le terrain du droit commun, mais avec des difficultés importantes de preuve. D'ailleurs, alors qu'auparavant la victime pouvait agir à son choix contre le producteur, le vendeur, le loueur ou tout autre fournisseur professionnel du produit défectueux, la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 dispose désormais, et conformément au droit communautaire qui prévoit une responsabilité subsidiaire du distributeur par rapport à celle du producteur, que ce n'est que si ce dernier demeure inconnu que la victime pourra agir directement contre les autres intervenants.

De plus, pour obtenir le respect de leurs droits, les consommateurs vulnérables sont désarmés, s'ils exercent des actions individuelles, car les frais et les difficultés inhérentes à tout procès les dissuadent presque toujours d'agir personnellement. C'est pourquoi les associations de consommateurs disposent de droits destinés à défendre leurs intérêts collectifs.

2 - Les droits collectifs attribués aux associations de consommateurs

941. Rapport de la Commission concernant la mise en oeuvre de la directive 85/374 relative à la responsabilté du

335. Le droit de la consommation est réservé pour admettre le principe même d'une action collective, parce que ce dernier est dérogatoire au principe selon lequel « *nul ne plaide par procureur* », et qu'il crée une difficulté aux juges qui en peuvent pas, en vertu de l'article 5 du Code civil qui leur font défense de se « *prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». C'est pourquoi, jusqu'en 1973, les associations de consommateurs n'étaient pas admises à agir en justice pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs. Cependant, pour satisfaire ces derniers, l'article 46 de la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer a autorisé les associations agréées de consommateurs à exercer devant toutes les juridictions, l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Mais, par un arrêt du 16 janvier 1985, la Cour de cassation, souhaitant freiner le développement des actions engagées par les associations de consommateurs, estima que l'« *action civile* » ne désignait que l'action en réparation d'un dommage causé par une infraction pénale[942]. Il en résultait que la partie non répressive du droit de la consommation allait échapper à l'action des associations. Aussi, l'existence de cette jurisprudence restrictive a conduit le législateur à réagir de deux manières.

D'un côté, la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs a précisé les conditions de l'action civile, en confirmant l'exigence prétorienne d'une infraction pénale, portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

D'un autre côté, et pour combler le vide laissé par la Cour de cassation, ce texte a accordé aux associations, et ce, même en l'absence d'infraction pénale, le droit d'agir en suppression de clauses abusives. Le système mis en place en 1988 a été complété par la loi du 18 janvier 1992 qui a institué l'action en représentation conjointe.

L'action en suppression des clauses abusives

---

fait des produits défectueux, Bruxelles, le 31 janvier 2001, COMM (2000) 893 final.

336. Pour lutter efficacement contre les clauses abusives, il est nécessaire d'en obtenir leur disparition effective des conventions. À cette fin, les associations agréées de consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite. Le juge a le pouvoir d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.

Cette action peut être engagée de manière autonome, même en l'absence de tout dommage individuel subi par un consommateur et sans que le texte exige qu'un préjudice collectif à l'intérêt des consommateurs soit établi.

Cependant, la protection des consommateurs pourrait être améliorée par la création d'une liste de clauses toujours réputées abusives, ce qui éviterait à la partie la plus faible de saisir préalablement l'autorité judiciaire pour rendre lesdites clauses inefficaces[943].

En outre, ce dispositif connaît un succès insuffisant en jurisprudence, parce que par manque de moyens et faute de véritable volonté, les actions engagées ne sont pas aussi fréquentes que la pratique l'exigerait. À cette action, il est intéressant d'ajouter une action collective en responsabilité concernant la réparation des préjudices individuels des consommateurs.

L'action en représentation conjointe

337. Au lieu d'agir individuellement, les consommateurs vulnérables peuvent se regrouper et se faire représenter en justice par une association de consommateurs pour demander réparation des préjudices qu'ils ont subis séparément.

---

942. Civ. 1ère, 16 janvier 1985 : D., 1985, jur., pp 317 et s., note J. –L. AUBERT ; J. C. P., 1985, II, 20484, note J. CALAIS-AULOY.

943. En ce sens, voir l'interview de Mes N. DUFOUR et F. VIGNAL, rapporteurs de la 2ème Commission du 94ème Congrès des notaires de France, Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique Lyon 17/20 mai 1998 : *in* Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 28 et s., spc. p. 29.

Si théoriquement, la création de l'action en représentation conjointe réalise un progrès dans l'accès à la justice des consommateurs vulnérables, les conditions de sa recevabilité sont très restrictives, puisqu'elles imposent que les associations de consommateurs soient agréées au plan national, que les consommateurs représentés soient des personnes physiques identifiées, qu'ils soient au nombre minimum de deux et qu'ils aient donné mandat par écrit, et que les préjudices individuels causés par le fait d'un même professionnel aient une origine commune. De plus, les associations titulaires de cette action ne l'exercent pas pour des raisons financières, à savoir que la gestion de centaines ou de milliers de dossiers pèserait trop sur leur budget et qu'elles craignent de voir leur responsabilité civile engagée, pour les cas par exemple de la perte d'une pièce, ou d'un retard dans l'information de leurs adhérents. En conséquence, lorsque de nombreux consommateurs ont subi des dommages ayant une origine commune, les associations de consommateurs préfèrent qu'ils engagent eux-mêmes une action en justice, tout en leur fournissant un soutien logistique qui leur est souvent indispensable.

Après avoir examiné les diverses protections dont bénéficient les personnes vulnérables dans leurs relations avec des partenaires économiques, il convient de voir comment le droit de la famille peut les assister matériellement dans leurs relations familiales, car l'appartenance à un même groupe crée des obligations de réciprocité et de solidarité dans lesquelles le bénéficiaire d'hier peut devenir le débiteur de demain. Ainsi, la loi organise-t-elle cette interaction entre les membres d'une même famille, en y apportant bien entendu des limites.

SECTION 2
DANS LEURS RELATIONS FAMILIALES

338. D'un point de vue sociologique, la cellule familiale constitue un amortisseur de la crise, par la fonction de refuge qu'elle est censée représenter contre l'indigence, la maladie et l'âge. Ainsi, la magie de la solidarité, qui connaît certes des freins financiers, permet en général de mieux supporter les épreuves de la vie. Il en résulte que le fait pour une personne vulnérable d'être membre d'une famille lui confère deux droits, d'ordre public, appliqués respectivement dans deux cercles différents qui souvent se recoupent : la famille et le couple.

Premièrement, elle peut faire jouer le devoir de secours, qui fait appel à une idée de subordination socio-économique supposant qu'un individu a des ressources, alors que l'autre n'en a point. Par référence à la théorie générale des obligations, son objet est de faire vivre le créancier dans la mesure où le débiteur le peut (§ 1).

Deuxièmement, elle a la faculté d'obliger son conjoint à contribuer aux charges du mariage, qui apparaît plus que le devoir de secours, mais pas exclusivement comme un problème de répartition des dépenses occasionnées par la vie d'un couple et qui implique de ce fait que les deux époux aient toujours de quoi vivre (§ 2).

Aujourd'hui, ces deux droits laïcisés, issus de l'obligation religieuse et morale de tout être humain de fournir à ses semblables ce dont ils ont besoin pour vivre, sont devenus plus ambitieux, car ils ont tendance à permettre à chaque individu d'exister, c'est-à-dire non seulement survivre mais aussi se réaliser.

§ 1 - LE DEVOIR DE SECOURS AU SEIN DE LA FAMILLE

339. Parmi les obligations patrimoniales et extra-patrimoniales découlant de l'appartenance des adultes à une famille, deux sont essentielles à la protection des plus vulnérables : l'obligation alimentaire (A) et l'obligation d'entretien des enfants majeurs (B).

A - L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

340. Pour un auteur, l'obligation alimentaire est *« l'obligation légale en vertu de laquelle le débiteur, uni par un lien de parenté et d'alliance au créancier, est tenu de lui fournir les moyens de subsistance lorsqu'il est dans une situation de besoin*[944]*. C'est un devoir de solidarité familiale qui englobe d'une part des obligations particulières telles que le devoir de secours (...) et l'obligation d'entretien (...) et même l'obligation de fournir des subsides en l'absence de filiation établie (...), d'autre part des obligations générales entre parents et alliés (...), entre ascendants et descendants ».*

Cette obligation alimentaire a un objet très large, puisque d'après un auteur « *les aliments, selon l'acceptation technique, englobent non seulement la nourriture, mais l'habillement, le logement, le chauffage, les soins médicaux et chirurgicaux, en un mot tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie... Son objet est de faire vivre le créancier dans la mesure où le débiteur le peut »*[945]*.*

Un auteur ajoute que cet objet *« progresse en même temps que le niveau de vie général de notre époque. Il faut aujourd'hui y comprendre des prestations que le Code civil ne considérait pas comme nécessaires. À un moindre degré, la nécessité des prestations alimentaires varie d'après les habitudes de vie auquel appartient le créancier alimentaire »*[946]*.*

Cependant, l'obligation alimentaire n'est pas une panacée universelle parce qu'elle n'est qu'un droit éventuel, puisque tous les liens de famille n'y sont pas assujettis, et qu'elle nécessite une

---

944. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Les solidarités à l'égard de la famille »* : *in* J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Droit de la famille, préc., p. 705, n° 2153.
945. J. CARBONNIER, Droit civil, tome 2, la famille : préc., pp. 580 et 581, n° 381.

évaluation des besoins et des ressources des parties, qui varient en fonction de leur situation économique et familiale.

L'obligation alimentaire ne peut naître que d'un lien de parenté ou d'alliance. Tout d'abord, entre parents, elle n'existe pas en ligne collatérale, mais en ligne directe à tous les degrés.

341. Afin de favoriser le créancier dans le besoin, la jurisprudence prône le principe de l'absence de hiérarchie des débiteurs d'aliments[947], qui leur permet de solliciter une aide de la personne de leur choix pour des raisons morales, pratiques et financières[948]. Néanmoins, l'obligation alimentaire étant fondée sur un devoir d'affection dont l'intensité varie, ce principe connaît trois limites qui privilégient les liens familiaux les plus étroits.

La première énonce que les obligations découlant du mariage jouent avant toute action alimentaire dirigée contre d'autres parents ou alliés[949]. En effet, l'article 212 du Code civil précise que les époux ont une obligation mutuelle de secours, dont l'objet est de remédier à l'impécuniosité de l'un d'eux. Par conséquent le devoir de secours apparaît avec l'état de besoin de l'un des époux qui oblige celui qui en a les moyens de secourir l'autre par une aide pécuniaire. Ainsi, la charge d'un époux indigent incombe entièrement à l'autre[950].

La seconde prévoit que l'obligation d'entretien mentionnée à l'article 203 du Code civil impose aux père et mère de contribuer, en priorité, à l'éducation et à l'entretien de leur enfant même devenu majeur, nonobstant toute autre obligation à caractère subsidiaire[951].

La troisième résulte de l'article 367, alinéa 2 du Code civil, relatif à l'adoption simple qui dispose que « *les père et mère de l'adoptant ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant* ».

---

946. M. KORNPROBST, « *Aliments* » : Répertoire de droit civil, 1992, p. 2, n° 1.
947. Civ. 2 janvier 1929 : S., 1929, I, pp. 185 et s., note A. AUDINET ; D. P., 1929, I, pp. 137 et s., note R. SAVATIER.
948. Civ. 18 mars 1968 : Bull. civ., I, n° 102, pp. 81 et s. ; D., 1968, jur., pp. 623 et s.
949. Versailles, 2ème ch., 26 juillet 1978 : Gaz. Pal., 1981, II, somm., p. 187.
950. Req., 31 octobre 1934 : D. P., 1935, I, pp. 73 et s., note M. NAST.
951. Sur ce thème, voir : H. BOSSE-PLATIÈRE, « *La présence des grands-parents dans le contentieux familial* » : J. C. P., 1997, I, 4030, spc. n°s 12 et s. ; Civ. 2ème, 6 mars 1974 : D., 1974, jur., pp. 329 et s., note C. GAURY ; Civ. 2ème, 2 mars 1990 : J. C. P., 1991, II, 21664, note T. GARÉ ; Civ. 2ème, 18 décembre 1996 : Dr. et patr. hebdo, 18 février 1997, n° 188, p. 3.

Ensuite, entre alliés, l'obligation alimentaire existe seulement entre le gendre ou la belle-fille et ses beaux-parents au premier degré, ce qui ne doit pas être étendu aux grands-parents du conjoint, ni à cette autre forme d'alliance qui découle d'un remariage, dans les rapports entre les enfants du premier lit et le second conjoint de leur auteur[952]. En effet, l'obligation cesse en cas de décès de celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de l'union. De plus, la notion de beau-père et de belle-mère est entendue strictement au sens de père et de mère de son conjoint, et non au sens de conjoint de son père ou de sa mère.

Enfin, les collatéraux et tous les autres membres de la famille élargie exclus du cadre légal fixé par les articles 205 à 207 du Code civil peuvent s'entraider sur le fondement de l'exécution d'une obligation naturelle reposant sur un devoir moral d'assistance ou de reconnaissance. L'intérêt de cette technique est d'empêcher un remboursement des sommes exposées par le demandeur, même si le bénéficiaire de l'engagement pris n'est pas toujours dans le besoin. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'au sein d'une famille, l'un des enfants consacre, au delà des exigences de la piété filiale, une partie importante de son temps et de son énergie à prodiguer aide, soin et assistance à ses parents âgés, vivant au même domicile ou à proximité, un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1994 a considéré que cet enfant subit un appauvrissement injustifié, lui ouvrant le droit à agir sur le fondement de l'action de *in rem verso*[953], dont la vocation est de protéger les attitudes désintéressées. Dans des circonstances similaires, un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1999 s'est prononcée dans le même sens[954]. Tout en reconnaissant une solidarité familiale exceptionnelle, le principe de cette indemnisation est équitable et ne peut qu'inciter des enfants à faire des sacrifices pour assurer la garde de leurs vieux parents, qui y ont aussi souvent intérêt.

---

952. Paris, 19 mai 1992 : D., 1992, somm., pp. 47 et s., obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; D. 1993, somm., p. 127, obs. E. CLÉMENT-BARY.

953. Civ. 1ère, 12 juillet 1994 : Bull. civ., I, n° 250, pp. 181 et s. ; Defrénois, 1994, art. 35950, obs. X. SAVATIER.
B. GELOT, *« Le règlement de la créance compensatrice d'assistance aux parents âgés »* : Defrénois, 1996, I, art. 36363, pp. 842 et s., spc. p. 843, n° 3 et s.

954. Civ. 1ère, 5 janvier 1999 : J. C. P. éd. N, 1999, pp. 722 et s., obs. J. –F. PILLEBOUT. ; J. C. P. éd. N, 2000, famille, pp. 963 et s., obs. R. LE GUIDEC.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 6 juillet 1999 : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 963 et s., obs. R. LE GUIDEC ; Civ. 1ère, 23 janvier 2001 : Gaz. Pal. des 8/9 juin 2001, panor. de jur., p. 26.

342. La détermination du montant de la pension alimentaire, qui intervient à la date où les juges du fond statuent, exige d'apprécier les besoins du créancier et les ressources du débiteur.

La première règle postule que le créancier ne doit pas être en état d'assurer sa propre subsistance, en tout ou partie, soit en exerçant une activité professionnelle rémunérée, soit en disposant de revenus lui permettant d'assurer son entretien.

La seconde règle énonce que le débiteur doit pouvoir fournir des aliments, c'est-à-dire disposer de ressources suffisantes, déduction faite de ses charges personnelles et familiales. Sont aussi prises en considération dans le calcul de ces ressources des allocations telles que l'allocation compensatrice pour aide d'une tierce personne, ou une pension de retraite, malgré leur caractère insaisissable[955]. De plus, la jurisprudence précise que si l'allocation ou la pension de retraite doit être incluse dans le calcul des ressources de l'intéressé, c'est à la condition que le débiteur dispose d'autres revenus saisissables sur lesquels l'obligation alimentaire sera exécutée, compte tenu des charges inhérentes à son handicap[956]. En outre, les ressources de la personne vivant maritalement avec le débiteur sont prises en compte[957]. De surcroît, la jurisprudence refuse de diminuer l'obligation alimentaire du débiteur en cas de fraude caractérisée pouvant aboutir à son appauvrissement[958]. Enfin, un auteur[959] déduit d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 2000 un principe général selon lequel le débiteur d'aliments ne saurait être tenu pour responsable de la dégradation, réelle ou apparente de sa situation financière. Ainsi, lorsque le débiteur alimentaire est placé, sans intention malicieuse, dans un état tel qu'il ne puisse plus rien donner, il pourra demander la décharge ou la réduction de la pension due. Il en est ainsi lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de subvenir à ses propres besoins par son travail[960].

À côté de l'obligation alimentaire, il existe une obligation d'entretien des enfants majeurs qui a aussi pour objet de les faire vivre, mais qui, à la différence de la première, est plus fondée sur

---

955. Civ. 2ème, 7 juin 1990 : Defrénois, 1991, art. 35088, n° 64, pp. 944 et s., obs. J. MASSIP ;
Civ. 1ère, 5 février 1991 : Defrénois, 1991, I, art. 35047, n° 33, pp. 667 et s., obs. J. MASSIP.
956. Civ. 2ème, 7 juin 1990 : préc.
957. Civ. 2ème, 8 novembre 1989 : D., 1990, somm. comm., p. 118, obs. A. BÉNABENT.
958. Civ. 2ème , 28 février 1996 : Bull. civ., II, n° 42, p. 27.
959. S. VALORY, note ss. Civ. 1ère, 8 février 2000 : R. J. P. F., n° 6, juin 2000, p. 25.
960. Paris, 1ère ch., 14 octobre 1940 : D. H., 1940, jur., pp. 153 et s.

le lien de filiation très étroit les unissant à leurs parents que sur le besoin, qui doit également être démontré.

B - L'OBLIGATION D'ENTRETIEN DES PARENTS A L'EGARD DES ENFANTS MAJEURS

343. L'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants est une charge naturelle, qui découle de la paternité ou de la maternité. En l'enseignant à ses étudiants du XVIème siècle, Loysel rappelait un dicton selon lequel *« Qui fait l'enfant, doit le nourrir »*, mais celui-ci est aujourd'hui incomplet, car il ne mentionne pas l'impérieux besoin d'éducation pour tout jeune désireux de s'insérer dans le monde du travail. C'est pourquoi, le droit confère à cette obligation le caractère impératif d'un devoir juridique qui est mis à la charge unilatérale des parents par l'article 203 du Code civil.

344. La nécessité de protéger les jeunes majeurs résulte d'une distorsion entre leur autonomie juridique et l'accroissement de leur dépendance financière motivé par la persistance de la crise économique. Cette protection est généralement assumée, sans recours au droit, par les familles de parents unis, aussi longtemps que le besoin le commande, et selon un auteur, « *avec une modestie en rapport inverse de l'effort financier fourni* »[961]. Par contre, lorsque la discorde de parents désunis les empêche de s'entendre sur leurs contributions, l'obligation d'entretien accède à la vie juridique. Pour aplanir ces difficultés, les juridictions du fond, puis la Cour de cassation en 1962 ont affirmé par une jurisprudence régulièrement confirmée que l'obligation d'entretien ne prend pas nécessairement fin à la majorité des enfants[962] poursuivant leurs études.

Se fondant sur l'article 203 du Code civil, pour condamner les parents à subvenir aux besoins de l'enfant majeur et à plus forte raison à ceux du mineur émancipé[963], certains arrêts

---

961. J. HAUSER, « *L'obligation civile d'entretien du jeune majeur* » : *in* L'enfant, la famille et l'argent, L. G. D. J., Paris, 1991, pp. 163 et s., spc. p. 164.
962. Civ. 2ème, 7 mars 1962 : Bull. civ., II, n° 272, pp. 191 et s.
963. Civ. 2ème, 9 juillet 1973 : Bull. civ., II, n° 222, pp. 174 et s.

présentaient l'obligation parentale comme une exception au principe ancien selon lequel cette obligation prenait fin à la majorité de l'enfant[964], alors que d'autres décisions affirmaient qu'aucune disposition du Code civil ne restreignait à la minorité l'obligation qu'avaient et qu'ont encore les parents de nourrir, entretenir et élever leurs enfants[965].

345. L'obligation d'entretien des enfants majeurs comprend non seulement la nourriture, mais aussi l'entretien -qui s'étend à l'ensemble des soins à donner à un enfant malade[966]- et l'éducation de l'enfant, c'est-à-dire les frais d'études et de formation professionnelle. Néanmoins, les enfants majeurs ne peuvent pas exiger leur indépendance en prélevant sur le patrimoine de leurs père et mère de quoi leur donner des moyens d'existence propres ou une situation personnelle.

D'origine jurisprudentielle, l'obligation d'entretien des jeunes adultes figure aujourd'hui dans l'article 373-2-5 du Code civil qui précise que : *« le parent qui assume à titre principal la charge d'un enfant majeur qui ne peut lui-même subvenir à ses besoins peut demander à l'autre parent de lui verser une contribution à son entretien et à son éducation. Le juge peut décider ou les parents convenir que cette contribution sera versée en tout ou partie entre les mains de l'enfant »*. Ce texte, qui tente d'assurer, dans l'intérêt de l'enfant, la survie du couple parental au-delà du divorce, prévoit la poursuite de cette obligation post majoritaire, dont le législateur rappelle, dans l'article 371-2 du Code civil, qu'elle *« ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur »*.

346. Cependant, la fréquence des situations de dépendance des jeunes majeurs a conduit la jurisprudence à limiter la portée de l'obligation d'entretien en édictant deux conditions à sa prolongation.

Premièrement, le parent demandeur à l'action doit prouver que son enfant est toujours à sa charge, indépendamment du fait qu'il exerce une activité salariée occasionnelle[967], quel que

964. Pour un exemple, voir : Civ. 2ème, 18 mai 1967 : D., 1967, jur., p. 633.
965. T. G. I. Chambéry, 26 janvier 1966 : J. C. P., 1966, II, 14854 ; Civ. 1ère, 18 mai 1972 : D., 1972, jur., pp. 672 et s. ; J. C. P., 1972, II, 17234 ; R. T. D. civ., 1973, pp. 115 et s., obs. R. NERSON.
966. Ass. plén., 20 juillet 1979 : Gaz. Pal., 1979, II, pp. 545 et s., note J. VIATTE.
967. Civ. 2ème, 11 janvier 1978 : Bull. civ., II, n° 14, p. 12 ; J. C. P., 1978, IV, p. 85 ; Civ. 2ème, 13 décembre 1989 : Lexilaser, arrêt n° 2277, pourvoi n° 88-18331 ; Aix-en-Provence, 11 janvier 1994 : Juris-Data n° 051781.

soit le lieu de résidence de celui-ci[968] et en particulier lorsque cet adolescent ne vit pas avec lui[969]. Ainsi, le concubinage de l'enfant n'a pas en principe d'incidence sur l'existence de l'obligation d'entretien de ses parents[970] ; cependant, la jurisprudence peut imposer au jeune majeur de justifier des ressources de sa compagne[971].

Deuxièmement, le parent divorcé ayant à sa charge le jeune majeur doit démontrer l'existence de circonstances justifiant la continuation du devoir d'entretien. Le recensement de la jurisprudence montre que la circonstance la plus favorable est la poursuite d'études, mais la question se pose pour la maladie, le handicap et le chômage.

347. Tout d'abord, afin de justifier la charge qu'elle génère, les tribunaux exigent que la poursuite des études ait pour but de permettre à l'enfant d'accéder à la vie active et d'obtenir un emploi rémunéré[972]. Ces études, qui ne requièrent ni l'accord initial des parents ni leur assentiment ultérieur[973], doivent être entreprises avec le maximum de chances de succès, ce qui implique qu'elles soient conduites avec sérieux[974], qu'elles ne soient pas un prétexte pour n'exercer aucune profession ou aucun emploi rémunérateur[975], qu'elles soient en principe[976] mais pas toujours incompatibles[977] avec l'exercice d'une activité professionnelle, et que l'enfant présente les aptitudes adéquates[978].

---

968. Limoges, 1er septembre 1997 : Juris-Data n° 046453.
969. Civ., 2ème, 22 janvier 1992 : D., 1993, somm. comm., pp. 129 et s. ; R. T. D. civ., 1992, pp. 379 et s., obs. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER ; Reims, 8 octobre 1992 : Juris-Data n° 048416.
970. Paris, 1ère ch. urg., 1er juillet 1986 : D., 1986, I. R., p. 470 ; Grenoble, 25 juin 1996 : Juris-Data n° 044819.
971. Bordeaux, 18 mars 1998 : Juris-Data n° 040729.
972. Civ., 2ème, 5 novembre 1986 : D., 1986, I. R., p. 470.
973. Agen, 21 juin 1994 : Juris-Data n° 045770.
974. T. G I. Chambéry, 26 janvier 1966 : préc. ; Civ. 2ème*, 19 octobre 1977 : D., 1978, I. R., pp. 89 et s. ; J. C. P., 1977, IV, p. 297 ; Pau, 8 septembre 1992 : Juris-Data n° 042986 ; Poitiers, 8 septembre 1993 : Juris-Data n° 047796 ; Pau, 20 juillet 1994 : Juris-Data n° 045305 ; Bordeaux, 27 septembre 1994 : Juris-Data n° 046286.
975. Aix-en-Provence, 6ème ch., 27 avril 1988 : Juris-Data n° 045443 ; Civ. 2ème, 26 novembre 1970 : Bull. civ., II, n° 327, pp. 249 et s. ; D. 1971, somm., pp. 104 et s.
976. Colmar, 23 avril 1951 : D., 1951, jur., pp. 384 et s. ; Paris, 8ème ch., 17 juin 1965 : D., 1966, jur., pp. 130 et s., note A. ROBERT ; J. C. P., 1966, II, 14854 ; Bordeaux, 6ème ch., 4 avril 1991 : Juris-Data n° 041814.
977. Paris, 1ère ch., 12 mars 1987 : Juris-Data n° 020913 ; Paris, 24ème ch., 27 janvier 1981 : Droit de l'enfance et de la famille, 1980/2, p. 210.
978. T. G. I. Saint-Brieuc, 16 novembre 1971 : D., 1971, somm., p. 227 ; Paris, 1ère ch., 10 février 1981 : Juris-Data n° 026039 ; Metz, 3 novembre 1994 : J. C. P., 1996, IV, 322.

Cependant, la jurisprudence atténue cette rigueur en utilisant trois arguments. Primo, le redoublement de la première année universitaire[979] ne contredit pas en lui-même le caractère sérieux des études. Secundo, l'interruption des études[980] ou un changement d'orientation[981] n'exonère pas systématiquement les parents de leurs obligations. Tertio, l'explication selon laquelle les échecs scolaires ou universitaires sont dus à des troubles psychologiques est parfois admise en cas de séparation ou de divorce des parents[982].

348. Ensuite, si certaines décisions prolongent l'obligation d'entretien, lorsque l'enfant majeur est soit malade[983], soit handicapé[984], et ceci jusqu'à l'obtention de prestations sociales spécifiques[985], d'autres arrêts, considérant que les parents ne doivent pas supporter les conséquences des carences filiales, se montrent sévères, en lui imposant d'effectuer toutes diligences nécessaires pour se mettre à l'abri du besoin[986], et en lui prescrivant de rapporter la preuve que la maladie dont il souffre l'empêche d'avoir une activité professionnelle[987].

349. Enfin, et par un arrêt de principe rendu du 26 mai 1996, la Cour de cassation a admis la possibilité de prolonger l'obligation parentale d'entretien à des majeurs au chômage[988], sans se référer à des critères factuels, et en particulier à la poursuite d'études.

Néanmoins, le droit prétorien limite la portée de ce principe, en distinguant selon que l'adolescent(e) est ou non à la recherche d'un premier emploi.

---

979. Metz, 15 avril 1993 : Juris-Data n° 042674 ; Aix-en-Provence, 20 octobre 1993 : Juris-Data n° 050549 ; Nîmes, 19 juin 1996 : Juris-Data n° 000402.
980. Paris, 1ère ch., sect. A, 31 janvier 1991 : Juris-Data n) 020281 ; Paris, 8ème ch. sect. B, 2 février 1995 : Juris-Data n° 020309.
981. T. G. I. Le Havre, 15 décembre 1972 : D., 1973, somm., p. 25 ; Gaz. Pal., 1973, I, somm., p. 154 ; Paris, 1ère ch. sect. D, 3 mars 1992 : Juris-Data n° 021048.
982. Paris, 8ème ch., 9 décembre 1968 : D., 1969, jur., p. 210 ; Paris, 1ère ch. suppl., 22 février 1983 : D., 1983, I. R., pp. 450 et s, obs. A. BÉNABENT.
983. Civ. 2ème, 12 juillet 1971 : D., 1971, jur., pp. 689 et s. ; Civ. 2ème, 28 avril 1980 : Bull. civ., II, n° 90, pp. 65 et s.
984. Montpellier, 1ère ch., 7 novembre 1989 : Juris-Data n° 003470 ; Paris, 1ère ch., sect. urgences, 1er décembre 1989 : Juris-Data n° 026729 ; Paris, 29 janvier 1993 : Juris-Data n° 020195 ; Paris, 8ème ch., sect. A, 8 décembre 1994 : Juris-Data n° 023934.
985. Nancy, 3ème ch. civ., 22 juin 1992 : Juris-Data n° 049212 ; Paris, 1ère ch. sect. D, 23 novembre 1993 : Juris-Data n° 023382 ; Metz, 22 mars 1994 : Juris-Data n° 005136 ; Aix-en-Provence, 30 avril 1998 : Juris-Data n° 041480.
986. Aix-en-Provence,, 6ème ch., 10 juin 1993 : Juris-Data n° 051191 ; Paris, 24ème ch. D, 19 juin 2003 : RG n°2002-08586.
987. Paris, 1ère ch., sect. urgences A, 6 janvier 1994 : Juris-Data n° 020031.
988. Civ. 2ème, 29 mai 1996 : D., 1997, jur., pp. 455 et s., note D. BOURGAULT-COUDEYVILLE.

Dans le premier cas, les tribunaux tendent à lui laisser un certain délai pour trouver une activité rémunérée correspondant à sa formation[989], et à considérer que le fait qu'il bénéficie d'un TUC[990] ou même qu'il perçoive le RMI ne le prive pas du devoir d'entretien de ses parents[991].

Dans le second cas, la jurisprudence estime que l'obligation parentale ne peut ni indéfiniment renaître[992], ni avoir pour objet de secourir des enfants majeurs incarcérés, qui par leur faute, se sont mis dans une situation d'impécuniosité[993], ni s'étendre à l'enfant, qui perçoit soit des indemnités de chômage[994], soit une allocation de parent isolé ou de mère célibataire[995], soit une bourse d'État[996], soit une solde militaire[997], ou qui effectue un stage rémunéré[998], ou qui suit une formation professionnelle prise en charge par les Assedic dans le cadre de l'allocation formation reclassement, suite à un emploi-solidarité[999], ou qui bénéficie d'un contrat d'apprentissage rémunéré[1000]. En outre, les juges exigent parfois que l'adolescent recherche sérieusement un emploi d'une certaine durée[1001], afin qu'il remplisse son devoir de se prendre en charge, sans qu'il ait trop d'exigences géographiques ou qu'il manifeste des excès d'amour propre.

350. Néanmoins, même dans cette hypothèse, le majeur demeure protégé par le maintien de l'obligation alimentaire de droit commun qui apparaît plus étroite car quatre règles en limitent la portée. La première concerne l'application de l'exception d'indignité[1002] liée à l'idée de réciprocité de cette obligation. La seconde est relative à l'adage *"aliments ne s'arréragent*

---

989. Paris, 1ère ch., 29 octobre 1984 : Juris-Data n° 026458 ; Nancy, 3ème ch., 15 janvier 1990 : Juris-Data n° 041434 ; Paris, 26 avril 1994 : R. T. D. civ., 1994, pp. 582 et s., obs. J. HAUSER ; Paris, 5 février 1997 : Juris-Data n° 020513.
990. Limoges, 1ère ch. civ., 21 avril 1988 : Juris-Data n° 041991 ; Metz, ch. civ., 18 décembre 1990 : Juris-Data n° 049345.
991. Caen, 3ème ch., sect. civ., 24 novembre 1994 : Juris-Data n° 049896.
992. Aix-en-Provence, 22 avril 1987 : Juris-Data n° 043399 ; Civ. 1ère, 25 juin 1996 : D., 1997, jur., pp. 455 et s., note D. BOURGAULT-COUDEVYLLE.
993. Versailles, 2ème ch. civ., 27 novembre 1992 : Gaz. Pal., 1993, somm., p. 164.
994. Metz, 16 janvier 1986 : Juris-Data n° 041423.
995. Paris, 24ème ch. sect. A, 23 mars 1988 : Juris-Data n° 021786.
996. Versailles, 2ème ch., 22 septembre 1994 : Juris-Data n° 045327.
997. Paris, 24ème ch. sect. C, 18 novembre 1994 : Juris-Data n° 024011.
998. Reims, ch. civ. sect. 2, 18 mai 1995 : Juris-Data n° 048508.
999. Besançon, 1ère ch., 24 mars 1992 : Juris-Data n° 040938.
1000. Lyon, 2ème ch., 18 octobre 1994 : Juris-Data n° 050325.
1001. Orléans, ch. civ., sect. 2, 27 septembre 1994 : Juris-Data n° 052034 ; Aix-en-Provence, 6ème ch., 7 décembre 1993 : Juris-Data n° 052201 ; Paris, 5 février 1997 : Juris-Data n°020513.
1002. Civ. 2ème, 17 juillet 1985 : D., 1986, I. R., p. 109, obs. A. BÉNABENT.

pas"[1003]. La troisième consiste dans la reconnaissance à l'ascendant débiteur d'aliments du droit d'être visité ou de recevoir des nouvelles[1004]. La quatrième impose au jeune majeur d'affronter ses parents à l'audience, ce qui n'est pas le cas dans l'obligation d'entretien.

Face à cet abondant contentieux, deux propositions de lois déposées au Sénat et à l'Assemblée nationale[1005] tendent à réformer les dispositions du Code civil relatives à cette obligation en ayant toutes les deux pour objectif de freiner les demandes abusives, en exigeant la preuve que l'enfant assure ou a essayé d'assurer, partiellement sa subsistance, et qu'il accomplit des études normales, les juges étant invités à tenir compte davantage des autres contraintes des parents. Ces propositions de lois nous paraissent inutiles, parce que dans l'ensemble, les juges examinent déjà rigoureusement l'ensemble des conditions dans lesquelles la demande de pension est formulée.

Devant le malheur, la détresse morale ou la pauvreté, le droit prône la solidarité de la famille, qui se doit moralement d'aller au delà des calculs de la loi, lorsqu'elle est possible. Cette idée trouve une illustration dans les rapports entre époux, au sein desquels une contribution équitable aux charges du mariage est exigée quel que soit le niveau social auquel le couple appartient.

§ 2 - LA CONTRIBUTION DES ÉPOUX AUX CHARGES DU MARIAGE

351. La contribution aux charges du mariage est l'expression d'une solidarité irréductible, car derrière elle, se cache une volonté de protéger la famille. Elle s'oppose à une trop grande différence des conditions de vie de chacun des conjoints. Selon un auteur[1006], cette contribution traduit *« l'obligation pour les deux époux, chargés de la direction matérielle de*

[1003]. Civ. 2ème, 29 octobre 1980 : Bull. civ., II, n° 226, p. 154 ; J. C. P., 1981, II, 19665, note R. JAMBU-MERLIN ; Civ. 1ère, 8 décembre 1993 : Defrénois, 1994, I, art. 35746, n° 1, pp. 322 et s., obs. J. MASSIP ; Civ. 1ère, 1er octobre 1996 : Dr. fam., février 1997, comm., n° 25, p. 13, obs. P. MURAT.

[1004]. Grenoble, 16 janvier 1996 : Juris-Data n° 040048.

[1005]. Doc. Sénat, Proposition de loi n°477 du 20 septembre 2000 ; Doc. A. N., Proposition de loi n°305 du 15 octobre 2002. Sur ces propositions, voir : P. BERTHET, *« Solidarités familiales »* : *in* J. RUBELLIN-DEVICHI (dir), chron. Droit de la famille : J. C. P., 2003, I, 148, n°11.

la famille, chargés de nourrir et d'entretenir les enfants de constituer ensemble un pot commun de ressources destiné précisément à la vie matérielle de la communauté familiale. Dès lors, le principe de la contribution conjointe des époux aux charges du mariage est (...) à titre autonome un principe constitutif de la communauté familiale, un des éléments qui permet à cette communauté de prendre réellement corps, matériellement, au plan économique ».

352. Le principe de l'obligation de contribuer aux charges du mariage est inscrit dans l'article 214, alinéa 1er, du Code civil qui pose la règle qu'auxdites charges, l'un et l'autre époux doivent contribuer à proportion de leurs facultés respectives, si les conventions matrimoniales n'en disposent pas autrement. Afin de protéger l'époux le plus vulnérable contre les comportements erratiques de son conjoint, l'article 214 du Code civil est théoriquement investi d'une intense force juridique, puisqu'il s'applique même lorsqu'un époux utilise ses gains et salaires pour consentir une donation à un tiers en vertu de l'article 223 du Code civil. Dans cet esprit, la jurisprudence souligne que le donateur doit s'être acquitté de la part lui incombant dans lesdites charges[1007]. Cependant, le caractère *a posteriori* de cette exigence semble en limiter la portée. C'est pourquoi, il convient d'examiner la notion de charges du mariage (A), puis la mesure de la contribution (B).

A – LA NOTION DE CHARGES DU MARIAGE

353. Bien qu'elle illustre une réalité de la vie d'un couple, l'expression *"charges du mariage"* n'est pas d'une définition aisée (a), et doit aujourd'hui être distinguée du devoir de secours (b).

a – LA DÉFINITION DES CHARGES DU MARIAGE

[1006]. V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Mariage. Organisation de la communauté conjugale et familiale* » : Jur. - Cl. civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 5-1998, p. 27, n° 134.

[1007]. Pour une donation du mari à sa concubine, voir Civ. 1ère, 29 février 1984 : D., 1984, jur., p. 601, note D. MARTIN ; J. C. P., 1985, II, 20443, note R. LE GUIDEC.

354. Le contenu des charges du mariage n'est pas nettement déterminé dans l'article 214 du Code civil, mais il est précisé par une jurisprudence abondante. L'opinion commune des auteurs et de la jurisprudence lui imprime une acceptation plus large que le gîte et le couvert et à y inclure la satisfaction de besoins moins élémentaires tels que l'éducation des enfants ou l'épanouissement personnel des époux. Ainsi, deux auteurs[1008] enseignent que ce « mot désigne plus que l'entretien du ménage et l'éducation des enfants (ce qui inclut, notamment, la nourriture, le logement, l'habillement, la santé, les frais de scolarité). Il vise l'ensemble des dépenses entraînées par le train de vie du ménage qui est fixé par les deux époux (art. 213). Ainsi, figurent, parmi les charges du mariage, les primes versées pour une assurance individuelle contre les accidents, les frais de voyage ou de vacances, même s'ils dépassent le train de vie habituel du ménage, voire des dépenses de pur agrément ». D'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1963 a approuvé cette définition en considérant que la contribution des époux s'impose pour une dette qui, non seulement n'est pas contractuelle, mais qui, de surcroît, n'émane ni de l'un ni de l'autre, mais d'un enfant auteur d'un dommage dont un tiers est la victime[1009].

De plus, selon deux auteurs, « une dépense ne cesse pas d'être incluse dans les charges du mariage parce qu'elle profite plus directement à l'un des époux. Ainsi, les frais de maladie, ou les frais de justice engagés dans l'intérêt même d'un époux, par exemple en vue de sa mise en tutelle, constituent des charges du mariage »[1010].

355. En définitive, le devoir de l'article 214 représente pour l'époux disposant du patrimoine le plus important, l'obligation d'assurer à son conjoint un niveau de vie égal au sien, si bien que celui-ci englobe tant les dépenses en argent de poche de l'épouse non indispensables mais correspondant au niveau du couple[1011] que les dépenses en capital, pour autant que ces dernières soient conformes à l'intérêt de la famille : par exemple, si une acquisition immobilière représente le seul moyen d'assurer le logement de celle-ci, l'un des époux ne pourra donc pas refuser d'y consacrer éventuellement ses capitaux.

1008. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, Éditions Armand Colin, 1995, pp. 53 et 54, n° 62.
1009. Civ. 1ère, 4 décembre 1963 : D., 1964, jur., pp. 159 et s., note P. VOIRIN.
1010. F. TERRÉ et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Dalloz, 2ème édition 1994, pp. 42 et 43, n° 51.
1011. Bordeaux, 14 juin 2000 : Dr. fam., janvier 2001, comm., n° 1, p. 17, obs. H. LECUYER.

Toutefois, bien que l'impôt sur le revenu constitue en régime communautaire une dette à la charge définitive de la communauté, la Cour de cassation refuse de le considérer comme une charge du mariage, parce que cette dette lui paraît étrangère aux besoins de la vie familiale[1012]. Cette position appelle deux réserves. Premièrement, la Cour de cassation privilégie les dépenses d'agrément, tels que les frais d'un voyage, aux dépenses nécessaires auxquelles l'impôt sur le revenu est assimilé. Deuxièmement, la dépense afférente à l'impôt sur le revenu réduit leurs possibilités financières respectives de contribuer aux charges du mariage.

[1012]. Civ. 1ère, 22 février 1978 : D., 1978, jur., pp. 602 et s., note D. MARTIN.

b – LA DISTINCTION ENTRE L'OBLIGATION DE CONTRIBUER AUX CHARGES DU MARIAGE ET LE DEVOIR DE SECOURS

356. Cette importante distinction permet de tracer les frontières des articles 212 et 214 du Code civil. Pendant longtemps, elle était passée inaperçue, car la doctrine classique[1013] et la jurisprudence traditionnelle soutenaient que la contribution aux charges du mariage et le devoir de secours avaient tous deux pour objet de pourvoir aux besoins de la vie et adoptaient une conception unitaire[1014] qui était confortée par trois arguments.

Le premier avançait que la contribution aux charges du mariage était l'expression du devoir de secours[1015] qui était lui-même la forme entre époux de l'obligation alimentaire[1016].

Le deuxième intéressait la pratique des tribunaux d'instance pour qui la contribution aux charges du mariage concernait souvent des femmes en état de dénuement.

Le troisième était qu'en cas de divorce pour rupture de la vie commune, le devoir de secours, supprimé par la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, allait au-delà de l'obligation alimentaire, car il avait pour but d'égaliser les niveaux de vie et la situation sociale des ex-conjoints.

357. Mais, la doctrine contemporaine, quoique divisée, s'efforce de différencier ces deux notions. En effet, celle-ci, appuyée par la majorité de la jurisprudence actuelle[1017], considère d'abord que la contribution aux charges du mariage dépend essentiellement des ressources du conjoint débiteur[1018], tandis que le devoir de secours est une obligation alimentaire qui

---

1013. Cette doctrine classique est parfois reprise par des auteurs modernes. En ce sens, voir : A. BÉNABENT, La famille, Litec, 6ème édition 1994, n° 201, p. 162 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La Famille, Fondation et vie de famille, L. G. D. J., 2ème édition 1993, n° 1031 et s.

1014. T. G. I. Rennes, 22 février 1966 : D., 1966, somm., p. 126 ; Rouen, 6 juillet 1970 : D., 1970, somm., p. 174.

1015. R. BOULBES, *« Des aspects successifs du devoir d'entretien entre époux séparés »* : J. C. P., 1958, I, 1434.

1016. AUBRY et RAU, Droit civil français, tome VII, 7ème édition 1962, par P. ESMEIN et A. PONSARD, n°s. 96 et 97.

1017. Pour une application récente, voir : Lyon, 15 octobre 2002 : J. C. P., 2003, I, 158, n°1.

1018. Civ. 1ère, 9 mai 1967 : Bull. civ., I, n° 160, pp. 117 et s. ; Civ. 1ère, 23 juin 1970 : D., 1971, jur., pp. 162 et s., note C. LARROUMET ; R. T. D. civ., 1971, pp. 822 et s., obs. R. NERSON ;

suppose que l'époux créancier soit dans le besoin. En effet, la dissociation des notions de contribution aux charges du mariage et de devoir de secours est incontestable, lorsque le milieu social du ménage est très élevé.

Ensuite, la contribution aux charges du mariage a une assiette plus large que le devoir de secours, car non seulement elle doit permettre d'assurer l'entretien personnel des époux, mais aussi celui des enfants et leur éducation. Elle inclut des dépenses qui excèdent la notion d'aliments même largement entendue. Ainsi, lorsqu'un époux dispose de ressources importantes, son conjoint, dépourvu de tout patrimoine, peut, en lui demandant sa contribution, vivre non pas en fonction de ses besoins vitaux, mais dans le luxe et l'agrément. L'égalité de vie des époux s'exprime dans l'article 220 du Code civil qui prévoit leur solidarité dans l'exécution des contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants et l'écarte en cas de dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération.

Enfin, si le devoir de secours est généralement exécuté au moyen de la contribution aux charges du mariage, il comprend aussi l'entretien personnel des époux et réapparaît à l'état pur lorsque la vie régulière du ménage ne parvient pas à satisfaire les besoins du conjoint[1019].

Dans cet esprit, un auteur souligne *« que la contribution aux charges du mariage a pour objet les situations normales tandis que le devoir de secours interviendrait dans les situations de crise (...) ; ou bien encore que la contribution aux charges est un effet spécifique du mariage à l'égard de la famille prise dans son ensemble, et serait lié au régime matrimonial, tandis que le devoir de secours n'aurait pour objet que les relations entre époux et serait une application de l'obligation alimentaire »*[1020].

B – LA MESURE DE LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DU MARIAGE

Rouen, 3ème ch., 9 janvier 1974 : D., 1974, jur., pp. 544 et s., note C. LARROUMET ; Caen, 13 mars 1974 : D., 1975, somm., p. 43 ; Civ. 1ère, 24 octobre 1977 : Defrénois, 1978, I, art. 31644, n° 2, pp. 303 et s., obs. H. SOULEAU ; Civ. 1ère, 20 mai 1981 : Bull. civ., I, n° 176, pp. 143 et s.

1019. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les personnes, Sirey, 3ème édition 1976, pp. 232 et s., n°192.

1020. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Éditions Cujas, 4ème édition 1999, p. 76, n° 91.

358. L’obligation de contribuer aux charges du mariage est liée au régime matrimonial que les époux ont adopté[1021]. Elle relève du principe de la liberté des conventions matrimoniales, à condition de ne déroger ni à leurs droits ni à leurs devoirs. La question de son quantum présente un intérêt moins important pour les ménages modestes que pour les couples aisés, car les premiers ne réalisent pas d'économies et voient tous leurs revenus absorbés par les dépenses. L’article 214, alinéa 1, du Code civil permet aux époux de régler la proportion de cette contribution dans leur contrat de mariage (a). À défaut, les conjoints doivent y contribuer à proportion de leurs facultés respectives (b), ce qui peut aboutir, si l'un d’eux n'a pas de ressources, à faire peser l'intégralité des charges sur l’autre.

[1021]. En ce sens, voir : R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « *L'obligation de contribution aux charges du mariage* » : R. T. D. civ., 1980, pp. 345 et s., spc. p. 348.

a – LA FIXATION DE LA CONTRIBUTION PAR LE CONTRAT DE MARIAGE

359. La possibilité d'inclure dans le contrat de mariage des dispositions précises sur la contribution des époux aux charges du mariage est rarement utilisée dans les régimes communautaires où leur intérêt est limité, puisque ces charges incombent à la communauté, que les revenus des époux dépendent de celle-ci, et que les acquêts sont affectés à la masse commune.

Ces stipulations présentent plus d'importance dans le régime de la participation aux acquêts, car le fait d'imposer les charges du mariage plus particulièrement à l'un des époux réduit forcément la créance de participation de l'autre ou augmente la créance du premier vis-à-vis de son conjoint. Cette catégorie de clause est avantageuse pour celui des époux qui voit sa charge réduite par rapport à la solution légale de l'article 214.

360. Par contre, c'est sous le régime de la séparation de biens que cette clause est la plus utile parce qu'il n'existe pas, en théorie, de communauté économique entre les époux. Dans l'hypothèse d'une inégalité de revenus des deux époux, elle permet de contrebalancer l'injustice qui résulte, pour le plus vulnérable, de l'adoption de ce régime, en imposant à l'autre une plus forte proportion dans sa contribution auxdites charges.

Cependant, la liberté des époux ne saurait aboutir à ce qu'il ne soit pas réellement pourvu aux charges du mariage, par exemple en raison de l'insolvabilité soudaine de l'un des conjoints, ou à ce qu'un époux soit dispensé de toute contribution, car l'article 214, alinéa 1, du Code civil prévoit des conventions réglant la contribution aux charges du mariage, et non à la supprimer.

b – LA DÉTERMINATION DE LA CONTRIBUTION EN L’ABSENCE DE CONTRAT DE MARIAGE

361. La contribution aux charges du mariage varie selon que les conjoints habitent ensemble (1) ou vivent séparés (2). Mais, en plus, la pratique leur permet d'en augmenter le quantum (3).

1 - Les conjoints habitent ensemble

362. Tant que l'harmonie domine les rapports entre époux, on est presque dans le domaine du non-droit, et tout est ici affaire de convenances familiales, d'habitudes et de mœurs. Dans sa formulation contemporaine, l'article 214 du Code civil pose une règle équitable : si le contrat de mariage est muet ou inexistant, les époux contribuent aux charges du mariage « *à proportion de leurs facultés respectives* ».

Le montant de la contribution se calcule en fonction des charges et des ressources des deux époux. Ces charges ne sauraient être ignorées, dès lors qu'il s'agit de dépenses utiles et nécessaires, et on ne peut pas exclure *a priori* telle ou telle charge, comme par exemple le remboursement d'un emprunt, si elle répond bien à ce critère[1022]. La jurisprudence considère que l'expression ressources vise les revenus effectivement perçus, y compris les pensions de retraite ou d'invalidité fussent-elles insaisissables[1023], le capital possédé par l'époux débiteur, et les revenus susceptibles de l'être[1024]. Les conjoints ne peuvent pas se prévaloir de leur état de chômeur, lorsque cette situation a été volontairement créée, ce qui impose implicitement aux époux l'obligation de conserver leur emploi, du moins lorsque leur santé le permet[1025].

363. L'article 214 du Code civil conduit aussi à interdire certaines opérations aux conjoints. En application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », la Cour suprême décide qu'est inopposable à l'autre époux la disposition de biens dans le but de réduire la masse de revenus

---

[1022]. Civ. 1ère, 15 novembre 1989 : J. C. P., 1990, IV, p. 15.
[1023]. Civ. 1ère, 5 février 1991 : Défrenois, 1991, I, art. 35047, n° 33, pp. 667 et s., obs. J. MASSIP ; Bordeaux, 6ème ch., 28 juin 1990 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1990, n° 3, p. 397, n° 2676.
[1024]. Civ. 1ère, 27 octobre 1992 : D., 1993, jur., pp. 422 et s., note C. PHILIPPE ; R. T. D. civ. 1993, pp. 181 et s., obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; J. C. P. éd. N., 1994, II, p. 223, n° 1, obs. G. WIEDERKEHR ; Civ. 1ère, 26 juin 1990 : Defrénois, 1990, I, art. 34917, n° 135, pp. 1359 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
[1025]. Aix-en-Provence, 6ème ch. civ., 14 avril 1987 : J. C. P., 1987, IV, p. 362 ; Paris, 16 mars 1988 : D., 1988, jur., pp. 467 et s., note C. PHILIPPE.

à partir de laquelle est calculé le montant de la contribution[1026]. Sur ce fondement, un arrêt de la Cour d'Angers du 18 juin 1991 a refusé de diminuer la part contributive du mari au motif qu'il lui appartenait de limiter son endettement professionnel afin d'être en mesure de faire face à ses obligations familiales[1027]. Enfin, un arrêt de la Cour de Paris du 25 septembre 1986[1028] a décidé que l'obligation de contribuer aux charges du mariage n'existe pas s'il s'agit d'une union de complaisance destinée uniquement à faire acquérir à l'épouse la nationalité française. Néanmoins, ce combat contre la fraude exige une malveillance qui doit être distinguée de l'incompétence[1029].

[1026]. Civ. 1ère, 7 novembre 1984 : Gaz. Pal., 1985, I, jur., p. 387, note J. M. ; Gaz. Pal., 1985, II, somm., pp. 155 et s., obs. M. GRIMALDI ; Defrénois, 1985, I, art. 33535, n° 36, pp. 696 et s., obs. J. MASSIP ; Bordeaux, 8 juin 1983 : Juris-Data n° 041119 ; Montpellier, 18 octobre 1984 : Juris-Data n° 000087.
[1027]. Angers, 18 juin 1991 : Revue de jurisprudence de l'Ouest, 1992, p. 255.
[1028]. Paris, 25 septembre 1986 : D., 1987, jur., pp. 134 et s, note D. MAYER et P. CALE.
[1029]. Civ. 1ère, 19 novembre 1996 : Dr. fam., avril 1997, comm., n° 55, p. 9, obs. H. LÉCUYER.

2 - Les époux vivent séparés

364. Le droit prétorien décide qu'en principe, la séparation de fait n'a pas théoriquement d'incidence sur le devoir des époux de contribuer aux charges du mariage pour trois raisons.

Premièrement, la séparation de fait constituant une violation de l'obligation de communauté de vie, résultant d'un mariage non dissous, est illicite, qu'elle procède du consentement des époux ou de la volonté unilatérale de l'un d'eux.

Deuxièmement, la contribution qui ne s'appliquait initialement qu'aux frais du « *ménage* » -état de fait impliquant une communauté de vie- dans l'article 214, issu de la loi du 2 février 1938, est devenue, dès 1942, la contribution aux charges du *« mariage »* -état de droit-.

Troisièmement, la jurisprudence constante décide que l'obligation aux charges du mariage peut se traduire par l'octroi d'une pension alimentaire[1030], si bien que le contentieux se porte plus sur ce terrain que sur celui du devoir de secours de l'article 212.

365. Cependant, la Cour de cassation tempère ce principe, en demandant aux juges du fond d'apprécier l'attitude de chacun des époux et les invitant à tenir compte des « *circonstances de la cause »*"[1031] c'est-à-dire de l'imputabilité de la séparation, aussi bien pour déterminer s'il y a lieu à contribution[1032] que pour en fixer le montant[1033]. Fondée sur l'équité, cette jurisprudence considère que si le conjoint à qui n'est pas imputable la séparation peut obtenir le paiement de la contribution alors même qu'il refuse de reprendre la vie commune[1034], le

---

1030. Civ. 1ère, 21 décembre 1964 : J. C. P., 1965, II, 14001, note J. A.
1031. Civ. 1ère, 16 février 1983 : D., 1984, jur., pp. 39 et s., note J. REVEL ; Gaz. Pal., 1983, II, pan. jur., pp. 258 et s., obs. M. GRIMALDI ; D., 1983, I. R., p. 348, obs. D. MARTIN ; Civ. 1ère, 16 octobre 1984 : Bull. civ., I, n° 264, p. 223 ; D., 1985, I. R., pp. 304 et s., obs. D. MARTIN ; Defrénois, 1985, I, art. 33477, p. 322, obs. J. MASSIP.
1032. Paris, 29 août 1857 : S., 1857, II, pp. 768 et s. ; Poitiers, 8 septembre 1993 : Juris-Data n° 049083 ; Bourges, 1ère ch., 5 décembre 1995 : Juris-Data n° 052203.
1033. Civ. 1ère, 21 décembre 1981 : D., 1982, I. R., p. 238, obs. D. MARTIN ; J. C. P., 1982, IV, p. 96.
1034. Civ. 1ère, 12 décembre 1978 : Bull. civ., I, n° 383, p. 299.

conjoint à qui elle est imputable ne peut refuser sa contribution[1035], sauf, sans doute à offrir de reprendre la vie commune, l'autre conjoint n'étant pas obligé de déférer à cette offre[1036].

Ainsi, par une fiction juridique, le droit prétorien estime que par respect vis à vis de l'époux le plus vulnérable, la vie familiale doit pouvoir se dérouler dans des conditions proches de celles qu'il connaîtrait si son conjoint remplissait son devoir de cohabitation. En effet, il serait injuste qu'un époux puisse réduire son conjoint à une existence congrue en l'abandonnant et en vivant agréablement ailleurs, alors que ses ressources sont suffisantes pour lui permettre de supporter des obligations plus qu'alimentaires. Ce maintien unilatéral des effets du mariage est d'ailleurs un trait constant du droit français de la séparation de fait.

Mais, ce faisant, la jurisprudence recourt indirectement à la notion de culpabilité que le législateur veut pacifier les relations entre divorçants. De pus, bien que les responsabilités dans la rupture soient souvent difficiles à cerner, la charge de la preuve de circonstances susceptibles de dispenser du paiement de la contribution pèse sur le débiteur de l'obligation[1037].

Cependant, si ce raisonnement n'avait pas été adopté, la contribution aux charges du mariage serait refusée dans de très nombreux cas où le caractère fautif ou non fautif du conjoint créancier ne sera déterminé qu'à la suite d'une procédure de divorce, alors qu'il est impératif de permettre au conjoint sans ressources ou aux ressources insuffisantes d'obtenir de l'autre, par une procédure rapide une pension alimentaire.

3°- L'augmentation du quantum de la contribution aux charges du mariage

366. Trois pratiques permettent de satisfaire et parfois de dépasser le minimum de l'obligation de contribuer aux charges du mariage.

1035. Pau, 2ème ch., 26 mai 1997 : Juris-Data n° 044296.
1036. Civ. 1ère, 14 mars 1973 : préc. ; Metz, 29 octobre 1991 : Juris-Data n° 050455.
1037. Civ. 1ère, 17 juillet 1985 : Gaz. Pal., 1986, I, p. 127, note J. M. ; Civ. 1ère, 19 novembre 1991 : Defrénois, 1992, I, art. 35295, pp. 720 et s., obs. J. MASSIP.

Tantôt, la contribution est versée sous un aspect pécuniaire : un époux verse une mensualité à l'autre ou chaque conjoint assume une part convenue des dépenses du ménage. Celui qui reçoit cette contribution n'a pas à justifier le détail desdites dépenses et il peut en conserver le reliquat[1038] s'il assume pleinement les charges du mariage.

Tantôt, elle prend la forme de la mise à disposition par un époux parfois dépourvu de revenus d'un droit reconnu à son conjoint d'occuper personnellement et gratuitement le logement familial[1039], bien propre du premier ou dépendant de la communauté.

Tantôt, elle s'exécute par le travail au foyer ou par sa collaboration à la profession de son conjoint, qui ne doivent pas excéder un certain seuil, certes assez imprécis, sous peine de faire naître un droit à indemnité. L'évaluation de ces activités est difficile, car il faut se demander si l'époux contribue suffisamment ou trop aux charges du mariage. Il serait facile de se référer au salaire de référence versé à un employé accomplissant cette tâche. Mais ce n'est qu'un élément d'appréciation qu'il est nécessaire de situer dans un contexte familial déterminé. Ainsi, dans un ménage aisé, il peut être admis que la femme, par exemple, fournit une contribution suffisante par son travail au foyer sans avoir à prélever sur les revenus de ses biens propres.

367. Néanmoins, le problème est plus aigu pour les couples soumis à un régime séparatiste que pour les ménages communs en biens.

Lorsque les époux sont mariés sous un régime communautaire, le conjoint collaborateur trouve la récompense de ses efforts dans l'enrichissement de la communauté, au moment du partage.

Par contre, lorsque le couple a adopté le régime de la séparation de biens, l'époux, sans activité rémunérée risque d'être victime d'injustices financières. En effet, les acquisitions réalisées par son conjoint sont la propriété personnelle de celui-ci, alors que les apports respectifs des époux aux charges du mariage peuvent prendre des formes diverses. Afin de

---

1038. Req., 19 mai 1920 : D. P., 1921, I, p. 153, note H. L.

1039. Civ. 1ère, 6 mars 1990 : D., 1990, I. R., p. 77 ; T. G. I. Vannes, 27 mars 1990 : Defrénois, 1991, I, art. 35088, n° 65, p. 945, obs. J. MASSIP ; Civ. 1ère, 31 mars 1992 : J. C. P. éd. N., 1992, II, p. 383, obs. M. STORCK ; Angers, 1ère ch. B., 21 mars 1994 : Juris-Data n° 053198 ; Paris, 2ème ch. A, 8 juin 1994 : Juris-Data n° 021774.

faire triompher l'équité au sein de situations iniques[1040], la jurisprudence a assoupli cette rigueur du droit positif en lui apportant deux tempéraments : la théorie de l'enrichissement sans cause et la validation des libéralités rémunératoires.

Sur le premier point, une jurisprudence constante admet que lorsque l'un des époux a aidé l'autre dans l'exercice de sa profession sans avoir stipulé ni reçu de rémunération[1041], il peut exercer contre l'autre conjoint ou les héritiers de celui-ci l'action de in rem verso qui a vocation à protéger les attitudes désintéressées. L'appauvrissement résulte du travail fourni sans rémunération, tandis que l'enrichissement corrélatif s'entend de cette absence de rémunération et de la plus-value procurée grâce à un accroissement de la clientèle. Cependant, elle refuse d'indemniser le demandeur si son aide n'a pas dépassé les limites du devoir d'assistance et de l'obligation de contribution aux charges du mariage[1042]. Par contre, elle considère que lorsque la collaboration de l'époux à la profession du conjoint ou le travail au foyer va au-delà de ces limites, celui-ci a droit à une indemnité[1043], qui prend en considération le montant dû par le demandeur au titre de sa contribution personnelle aux charges du mariage.

Sur le second point, la jurisprudence traite la coopération conjugale comme un acte à titre onéreux, en validant les acquisitions faites par l'époux sans ressources avec des deniers fournis par l'autre, lorsque dans son activité, le conjoint est allé au-delà de son obligation aux charges du mariage. En effet, et à défaut d'intention libérale, la qualification de libéralité se

---

1040. Pour une critique de cette position jurisprudentielle, voir : R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *« L'obligation de contribution aux charges du mariage »* : R. T. D. civ., 1980, pp. 345 et s., spc. p. 352.

1041. Civ. 1ère, 23 janvier 2001 : R. J. P. F., n° 5, mai 2001, p. 18, obs. F. VAUVILLÉ ; Civ. 1ère, 29 mai 2001 : J. C. P., 2002, I, 103, n° 22, obs. M. STORCK.

1042. Rouen, 2ème ch., 16 juillet 1936 : S., 1937, II, pp. 169 et s., note P. ESMEIN ; D., 1938, II, pp. 89 et s., note M. NAST ; Rouen, 2ème ch., 22 février 1939 : S., 1939, II, pp. 63 et s. ; Pau 1ère ch., 23 janvier 1961 : J. C. P., 1961, II, 12207, note J. –C. LAURENT ; Civ. 1ère, 19 décembre 1995 : Dr. et patr., mars 1996, p. 69, n° 1242, obs. A. BÉNABENT ; R. T. D. civ., 1997, pp. 497 et s., obs. B. VAREILLE.

1043. Civ. 1ère, 1er décembre 1969 : J. C. P., 1970, IV, p. 23 ; Civ. 1ère, 24 octobre 1978 : Defrénois, 1979, I, art. 32038, n° 40, pp. 945 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1ère, 9 janvier 1979, 30 mai 1979, 10 juillet 1979 : Defrénois, 1980, I, art. 32174, pp. 44 et s., obs. A. PONSARD, art. 32348, n° 48, pp. 915 et s., obs. J.-L. AUBERT ; Versailles, 1ère ch., 17 mars 1980 : Defrénois, 1981, I, art. 32512, pp. 49 et s., obs. A. BRETON ; Versailles, 1ère ch., 7 et 8 janvier 1980 : Defrénois, 1981, I, art. 32552, pp. 206 et s., obs. A. BRETON A. ; Civ. 1ère, 20 mai 1981 : Defrénois, 1981, I, art. 32750, pp. 1323 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1ère, 26 octobre 1982 : J. C. P., 1983, II, 19992, note F. TERRÉ ; Defrénois, 1983, I, art. 33033, n° 36, pp. 474 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ., 1ère, 2 octobre 1985 : D., 1986, jur., pp. 325 et s., note A. BRETON.

trouve écartée au motif que la remise des fonds n'est que la rémunération de l'aide apportée : collaboration à l'entreprise de l'autre[1044] ou travail du conjoint dans l'activité du foyer[1045].

[1044]. Civ. 1ère, 19 mai 1976 : Bull. civ., I, n° 183, p. 147 ; Aix-en-Provence, 8 juin 1993 : Juris-Data n° 049476 ; Civ. 1ère, 9 novembre 1993 : Bull. civ., I, n° 317, pp. 220 et s. ; Civ. 1ère, 8 février 2000 : D., 2000, somm. comm., p. 428, obs. M. NICOD.

[1045]. T. G. I. Versailles, 18 janvier 1978 : R. T. D. civ., 1979, p. 171, obs. R. SAVATIER ; Paris, 23 mars 1978 : R. T. D. civ., 1979, pp. 171 et s., obs. R. SAVATIER ; Aix-en-Provence, 16 juin 1993 : Juris-Data n° 049466 ; Civ. 1ère, 24 novembre 1995 : Dr. et patr., janvier 1996, n° 1173, pp. 74 et s., obs. A. BÉNABENT ; Civ. 1ère, 3 juillet 1996 : Dr. et patr., octobre 1996, n° 1467, p. 72, obs. A. BÉNABENT.

CONCLUSION DU TITRE 2

368. À l'image des conventions internationales et des constitutions qui prônent l'existence de plusieurs droits économiques et sociaux s'analysant comme des droits-créances s'apparentant plus à des valeurs dépourvues de sanctions propres qu'à de véritables droits, le droit français mène un combat sur plusieurs fronts contre les vulnérabilités économique et sociale, qu'il s'agisse du droit immobilier, du droit administratif, du droit social, du droit du travail, du droit de la consommation, du droit fiscal et de la procédure civile.

Le droit immobilier conforte depuis quelques années la portée du droit au logement par des dispositions concernant le plan départemental d'action pour le logement des personnes défavorisées, le plan pour l'hébergement d'urgence des personnes sans abri, la prévention des expulsions, l'obligation pour le bailleur de délivrer un logement décent, l'interdiction de vendre, de louer ou d'occuper certains locaux n'ayant pas les commodités minimales d'habitabilité, et la procédure de réquisition.

Le droit administratif protège les citoyens contre l'arbitraire. Dans un souci d'équité, il s'intéresse aux personnes vulnérables à travers deux idées maîtresses : la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers et l'identification de cet intérêt général à la prospérité économique et sociale.

Le droit social, qui est la traduction du principe de solidarité nationale, apporte aux personnes vulnérables des ressources minimales en vue de leur garantir effectivement des moyens d'existence, par trois techniques essentielles : la Sécurité sociale parachevée par la couverture maladie universelle, les minima sociaux associés aux allocations familiales et le revenu minimum d'insertion ou revenu minimum d'activité. Dans cet esprit, il est complété par le Code civil qui met en place au profit des plus démunis, un devoir de secours au sein de la famille et l'obligation pour les époux de contribuer aux charges du mariage.

Le droit du travail a pour vocation de protéger les salariés vulnérables des abus des employeurs, par de multiples dispositions qui régissent trois périodes : l'embauche, l'exécution du contrat de travail et sa rupture.

Le droit de la consommation protège les consommateurs vulnérables en utilisant trois procédés. Le premier procédé pourchasse et sanctionne les pratiques malhonnêtes, irrégulières ou abusives émanant

des professionnels. Le deuxième procédé renforce les droits individuels et collectifs des consommateurs. Le troisième procédé est relatif à la procédure de surendettement, dont l'objet est de permettre aux consommateurs écrasés sous le poids de leurs dettes de faire face à leurs obligations dans la mesure de leurs moyens.

Le droit fiscal favorise les adultes économiquement et socialement vulnérables dans les trois catégories d'impôts qu'il institue. D'abord, l'impôt sur le revenu contient un nombre impressionnant de dispositions intéressantes. Ensuite, les impôts sur la dépense incluent des considérations sociales. Enfin, l'imposition sur le capital ne concerne pas les adultes vulnérables, qui échappent ainsi aux droits de mutation à titre gratuit, à la taxation des plus-values, et à l'impôt de solidarité sur la fortune.

La procédure civile met en oeuvre des moyens directs et des moyens indirects qui profitent aux adultes vulnérables. Les moyens directs, que sont l'aide à l'accès au droit et l'aide juridictionnelle, permettent aux justiciables de mieux connaître leurs droits puis de les faire valoir en justice. Quant aux moyens indirects, tantôt ils agissent sur l'existence et la répartition des frais de justice, tantôt ils tendent à assurer l'égalité juridique des parties.

Cependant, si toutes ces branches du droit tendent à assurer aux adultes vulnérables un haut niveau technique de protection juridique, le contenu même de cette protection mériterait d'être perfectionné, en améliorant l'effectivité du droit au logement, en augmentant considérablement les minima sociaux pour qu'ils ne soient pas inférieurs au seuil de pauvreté, tout en ayant le souci de rendre le travail plus motivant et plus rémunérateur, en renforçant la protection des salariés licenciés par l'exigence d'une autorisation préalable de l'inspection du travail, lorsque le licenciement est motivé par une dénonciation des violences subies par des personnes vulnérables ou encore lorsque le licenciement résulte d'une délocalisation de l'entreprise en dehors du territoire national, et en créant, à l'image du Médiateur de la République, un médiateur national des adultes vulnérables avec un réseau de correspondants départementaux qui seraient chargés de veiller au respect de leurs droits et de traiter gratuitement, avant toute procédure contentieuse, leurs réclamations, parce qu'en dépit de l'existence de l'aide juridictionnelle, les adultes vulnérables sont souvent réticents à exercer une action en justice, dont les résultats leur paraissent aléatoires.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

369. Au terme de cette première partie consacrée au droit régissant les vulnérabilités extra-familiales, il apparaît qu'à la différence du droit des personnes *stricto sensu*, qui ne saisit que l'individu en lui-même, en dehors de toute appréhension de son activité juridique[1046], le droit des adultes vulnérables mais capables comprend celle-ci.

En refusant toute citoyenneté au rabais, ce droit fait de la suprématie de la personne humaine le premier fondement de l'ordre juridique, si bien qu'il permet aux individus psychologiquement vulnérables de comprendre, sans avoir étudié les sciences relevant de la psychologie et/ou de la psychiatrie, qu'ils ne sont pas des choses, qu'ils sont égaux aux autres, qu'ils ont droit à la vie, que leur consentement aux actes juridiques et médicaux fait l'objet de nombreuses dispositions protectrices et qu'ils ont droit à la dignité attribuée à tout être humain. Ainsi, le droit fait ce qu'il peut pour interdire les processus de dépersonnalisation psychologique des personnes, qui sont toujours les mêmes, qu'ils soient utilisés dans les camps de concentration, le dressage des tortionnaires ou des prostitué(e)s ou encore dans les sectes, à savoir qu'on leur fait perdre tout repère, toute référence, qu'on leur enlève le sens de leur vie et qu'on les réduit *in fine* à l'état de dépendance totale et d'obéissance aveugle[1047].

Par sa lutte contre les vulnérabilités économiques et sociales, ce droit s'insère dans la tradition qui veut que lorsque des inégalités de droits ou d'accès sont constatées, des politiques correctrices sont mises en place, pour redonner à chacun une réelle égalité des chances, parce qu'au coeur de la société, la justice est battue en brèche par les mécanismes d'exclusion et de chômage.

1046. En ce sens, voir : G. FLÉCHEUX, *« La personne devant le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris »* : D., 1995, chron., pp. 5 et s., spc. p. 6.

1047. Sur ces processus de dépersonnalisation, voir : E. THOMAS, Le viol du silence, Éditions J'ai lu, 2003, p. 190.

Cependant, l'évolution récente du droit des adultes vulnérables mais capables conduit à distinguer deux tendances générales.

D'un côté, et à quelques exceptions près, telles que par exemple l'obligation civile des psychopathes de réparer les dommages qu'ils commettent, l'introduction du plaider coupable[1048], le report de l'apparition de l'avocat lors de la garde à vue en matière de criminalité et de délinquance organisées, ou le rétablissement du délit de racolage passif, le droit prend en considération, constamment et de manière de plus en plus intensive, la vulnérabilité psychologique, en élaborant des compromis délicats, où il s'agit moins de trancher entre le bien et le mal, entre le blanc et le noir qu'entre le gris clair et le gris foncé, ou cas hautement tragique, entre le mal et le pire.

D'un autre côté, et à l'exception des dispositions prises en faveur des personnes handicapées, les contraintes économiques et financières conduisent à fragiliser le système de l'État providence, qui affranchissait, plus ou moins largement, du besoin les personnes économiquement et socialement vulnérables. Cette vulnérabilisation de leur protection s'est notamment manifestée dans l'allongement de la durée des cotisations de retraite, dans l'abaissement des remboursements médicaux et pharmaceutiques, et dans l'apparition d'un droit du travail fragmenté entre les salariés pauvres ou précaires soumis aux enveloppes budgétaires des fonds publics, les travailleurs modernes attirés par la sphère de la finance (épargne salariale, fonds de pension, stock-options, assurances) et les salariés évoluant entre la menace de la dégradation sociale et l'espoir d'une promotion leur permettant d'accéder à un meilleur statut[1049].

Quoiqu'il en soit de ces deux tendances, tout le monde s'accorde à reconnaître que l'inflation législative et réglementaire, sans information appropriée entraîne aussi une restriction des libertés des personnes. La nécessité d'une information spécifique des personnes particulièrement vulnérables n'a d'ailleurs pas échappé au législateur, puisque l'article L. 115-2, alinéas 3 et 4, du Code de l'action sociale et des familles dispose que « *L'État, les collectivités territoriales, les établissements publics dont les centres communaux et*

[1048]. Sur le plaider coupable, voir notamment: G. AYACHE, « *À quoi bon !!! (à propos du « plaider coupable »)* » : D. 2004, point de vue, pp. 356 et s. ; B. de LAMY, « *La loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (suite et fin)* » : D., 2004, chron. doct., pp. 1982 et s.

intercommunaux d'action sociale, les organismes de sécurité sociale ainsi que les institutions sociales et médico-sociales poursuivent une politique destinée à connaître, à prévenir et à supprimer toutes les situations pouvant engendrer des exclusions. Ils prennent les dispositions nécessaires pour informer chacun de la nature et de l'étendue de ses droits et pour l'aider, éventuellement par un accompagnement personnalisé, à accomplir les démarches administratives ou sociales nécessaires à leur mise en oeuvre dans les délais les plus rapides ».

Après avoir aperçu comment le Droit combat les vulnérabilités extra-familiales, qui fragilisent de nombreuses familles au point de les conduire sur les chemins de la misère psychologique, de la pauvreté et de l'exclusion, il convient de voir de quelle manière il traite les séparations des couples, qui vulnérabilisent souvent les membres de la proche famille, qu'il s'agisse des auteurs ou des victimes.

[1049]. En ce sens, voir : M. HUSSON, Les casseurs de l'État social. Des retraites à la Sécu : la grande démolition, Éditions La Découverte, 2003, p. 53.

DEUXIÈME PARTIE
LE DROIT ET LES VULNÉRABILITÉS FAMILIALES

370. Au sein de la famille, la personne s'inscrit dans des liens qui n'ont pas commencé avec sa naissance et qui ne cesseront pas avec sa mort. La famille n'est pas seulement une affaire privée, puisqu'en son sein, se construisent les rapports entre les générations, entre les sexes, mais encore les rapports sociaux et notamment ceux de l'autorité et de la liberté.

Aussi, le principe qui anime, selon un auteur, le droit de la famille, « *c'est de prendre en compte la juste place qui revient à chacun, et d'appréhender la famille de façon globale et cohérente dans la pluralité de ses dimensions* »[1050]. Cependant, le rôle de la famille dans la protection de ses membres les plus vulnérables a évolué. Ainsi que le souligne à bon escient un auteur « *face à la question permanente de la survie, la famille traditionnelle était perçue comme l'institution qui résiste au temps, opposant à l'écoulement incertain des jours et au*

[1050]. Y. FLOUR, « *Rapport DEKEUWER an I : Les projets de réforme du droit de la famille* » : Gaz. Pal. des 31 août/4 septembre 2001, doctr., pp. 3 et s., spc. p. 6.

risque permanent de la mort, le rituel de ses seuils, la fixité de ses statuts. En affrontant désormais une temporalité longue, les familles contemporaines ont changé de risque. La double redéfinition du lien de conjugalité et du lien de filiation fait du temps à la fois une question et un enjeu. Une vie accomplie est d'abord un itinéraire signifiant. De nouvelles attentes, mais aussi de nouveaux risques accompagnent cette transformation. La précarité du groupe familial est plus grande, et l'inquiétude des lendemains s'accroît »[1051].

Bien que très intéressante, la vulnérabilité en droit de la filiation, qu'il s'agisse notamment de l'abandon d'un enfant[1052], de l'assistance éducative d'un mineur non émancipé[1053], ou de la délégation de l'autorité parentale[1054], ne sera pas traitée pour trois raisons.

D'abord, et bien qu'elle soit parfois appelée à durer, cette vulnérabilité est, en principe, momentanée.

Ensuite, et comme en matière d'interruption de grossesse[1055], il apparaît que sous l'appellation de détresse, c'est la volonté de la mère qui décide d'accoucher dans l'anonymat.

Enfin, les règles précitées et figurant aux articles 350, 375 et 377 du Code civil ne peuvent pas toujours s'expliquer par la notion de vulnérabilité dans ce domaine.

Cependant, la notion de vulnérabilité dans la famille prend un relief particulier au sein de sa cellule de base qu'est le couple qui, selon le Littré, signifie un lien pour attacher deux ou plusieurs choses pareilles. Concernant les êtres humains, il lie deux personnes autour d'une communauté d'existence, et il est aussi l'accouplement. D'ailleurs, pour un auteur, « *donner des droits à ceux qui vivent et partagent une vie, en relevant les défis de leur propre existence, ce n'est pas une marque de décadence mais de justice* »[1056].

1051. I. THÉRY., Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice : Éditions Odile Jacob, La Documentation française, 1998, p. 39.
1052. Art. 350 du Code civil.
1053. Art. 375 et s. du Code civil.
1054. Art. 377 du Code civil.
1055. En ce sens, voir : J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Le droit et l'interruption de grossesse »* : Les petites affiches, n° 69, du 7 juin 1996, pp. 19 et s.
1056. B. BEIGNIER, *« La pratique : le PACS en questions. Aspects civils »* : Dr. fam., Hors-série décembre 1999, pp. 31 et s., spc. p. 31.

La conception juridique française du couple s'est longtemps limitée au mariage, mais ce dernier est devenu aujourd'hui moins une norme qu'un choix, à côte duquel d'autres options sont possibles pour deux personnes désirant vivre ensemble. Jusqu'à une époque récente, cette diversité s'accommodait mal de l'universalité de la loi, alors que chacun revendiquait son droit à la différence. Cependant, le droit d'aujourd'hui la reconnaît et l'accompagne d'une gradation liée à l'intensité des engagements souscrits par les partenaires. Face à cette diversité, le traitement juridique des vulnérabilités familiales nécessite d'apporter des précisions sur le terme de rupture qui fait l'objet de deux acceptations différentes.

Dans un sens large et dramatique, le terme de rupture s'entend d'une fracture gravissime avec disparition des liens, voire des personnes, telle que l'adoption plénière qui constitue pour l'enfant une rupture définitive avec sa famille d'origine, ou l'accouchement sous X qui est une fin de non recevoir à l'action en recherche de maternité naturelle et qui rend en pratique très problématique l'établissement de la filiation paternelle.

Dans une conception plus étroite et moins tragique, la rupture entraîne la scission de la structure familiale, sans pour autant faire disparaître le lien telle que la défaillance des parents à l'égard de leurs enfants, le rejet de la famille sous l'effet d'influences extérieures, l'abandon des parents par leurs enfants, et plus particulièrement la séparation du couple dont les conséquences doivent être aménagées de manière à permettre le retour à une nouvelle stabilité, tant au niveau personnel que patrimonial.

L'idéal d'un possible équilibre dans l'après rupture conduit le droit à admettre une pluralité des cas de rupture, à civiliser les séparations de partenaires et à protéger les plus vulnérables en ne consacrant pas la loi du plus fort. D'ailleurs, pour deux auteurs, cette protection « *est une constante de la législation familiale des deux siècles passés. (...) Eu égard à cette fonction, la vulnérabilité, qui englobe à la fois l'inégalité, la faiblesse, la dépendance, l'impuissance ou encore la fragilité, est de manière sous jacente un concept appréhendé par le droit de la famille* »[1057]. Cependant, le degré de cette protection liée à la vulnérabilité des adultes varie selon que ces derniers ont choisi de cohabiter au sein d'une union principalement informelle

[1057]. A. –S. BRUN et C. GALLIARD, « *La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours* » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 145 et s., spc. pp. 145 et 146.

dans laquelle la liberté prédomine (TITRE 1) ou dans un couple marié dans lequel leur sécurité apparaît renforcée (TITRE 2).

TITRE 1
LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLESAU SEIN DES COUPLES NON MARIÉS

371. La protection des adultes vulnérables au sein des couples non mariés est inachevée, car le législateur n'a réglementé d'une façon générale leur situation juridique.

Cette carence législative se manifeste totalement à l'occasion des fiançailles, et partiellement lors du concubinage, mais la jurisprudence, aidée par la doctrine, a tenté d'y suppléer, en soulignant que ces deux situations sont des faits juridiques engendrant des effets de droit. En dépit de l'entrée en vigueur de la loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité, qui fait de celui-ci « *un contrat conclu entre deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* », cette règle demeure exacte pour le concubinage libre.

Cependant, les fiançailles et le concubinage ont traditionnellement des objectifs différents.

Les fiançailles sont en principe destinées à se convertir en mariage, ne sont pas permises ni aux personnes de même sexe, ni aux personnes mariées[1058], et ne sont ni une fin en soi, ni une véritable situation, alors que le concubinage n'a pas de but autre que la vie commune, dans une situation plus ou moins durable[1059].

[1058]. Rennes, 2 décembre 1996 : Juris-Data n° 049900.
[1059]. J. HAUSER, "*Mariage, promesses de mariage, fiançailles*" : Jur. -Cl. Civ., app. art. 144 à 147, fasc. 10, n°22.

Aujourd’hui, cette distinction n’est pas aussi nette, parce que les fiançailles entraînant communauté de vie sont devenues plus fréquentes, et que les concubinages stables se sont beaucoup développés.

Cependant, l'examen différencié de la rupture de fiançailles (Chapitre 1) et de la cessation du concubinage (Chapitre 2), qui relèvent de deux situations juridiquement distinctes, se justifie en raison de la survivance de spécificités importantes, liées à l'idée de prémariage dans les premières et à cause de l'ampleur du second, dont la pérennisation a conduit la pratique extra-judiciaire et les tribunaux à déployer des trésors d'imagination pour protéger le concubin le plus vulnérable par une multitude de techniques juridiques.

CHAPITRE 1
LA RUPTURE DES FIANÇAILLES

372. L'étude de la rupture des fiançailles qui peuvent être définies selon deux juristes célèbres comme « *la promesse réciproque de se prendre plus tard comme époux* »[1060], mérite de s'y attarder, car, d'après les propos humoristiques d'un auteur reconnu celles-ci « *permettaient de réfléchir avant* »[1061].

Si les rédacteurs du Code civil avaient gardé le silence sur les fiançailles, le droit prétorien a, depuis deux siècles, tenté de panser les plaies matérielles et extra-patrimoniales subies par leurs victimes, en déterminant leur nature juridique (SECTION 1), et en délimitant les conditions et les effets de leur rupture (SECTION 2).

SECTION 1
LA DÉTERMINATION DE LA NATURE JURIDIQUE DES FIANÇAILLES

373. L'intérêt pratique de la détermination de la valeur juridique des fiançailles pour les personnes vulnérables est de fonder la nature de la responsabilité. Si les promesses de mariage sont des contrats, la victime de la rupture doit prouver l'existence de la convention, mais elle n'est pas obligée de démontrer une faute de la part de l'auteur de la rupture. Par contre, si les fiançailles n'ont pas d'existence juridique, le fiancé abandonné doit engager son action selon les règles de la responsabilité délictuelle, en prouvant une faute de l'auteur de la rupture.

Le Code civil n'ayant pas solutionné le problème de la nature juridique des fiançailles, la jurisprudence a comblé ce vide en énonçant deux principes de base essentiels : l'inefficacité

[1060]. G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit Civil, Les personnes, Sirey, 3ème édition 1976, soc. pp. 85 et s.

formelle des fiançailles (§ 1), et l'attribution aux promesses de mariage de la qualification de faits juridiques (§ 2).

§ 1 - L'INEFFICACITÉ FORMELLE DES FIANÇAILLES

374. Le silence du Code civil sur la nature juridique des fiançailles a donné lieu à deux interprétations. Certains auteurs estimaient que cette carence ne condamnait pas les promesses de mariage à l'invalidité juridique mais conduisait seulement à renvoyer aux règles des contrats, abstraction faite de l'exécution forcée. Cette position inspirée des solutions de l'Ancien droit devait rester isolée en pratique. Mais, dans un arrêt de principe du 30 mai 1838[1062], la Cour de cassation refusa de reconnaître la promesse de mariage comme un contrat valable, en décidant que « *toute promesse de mariage est nulle en soi, comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans les mariages* », mais aussi que « l'*inexécution de semblables promesses pouvait, dans certaines circonstances, donner lieu à des actions en dommages-intérêts, lorsque cette inexécution avait causé un préjudice réel, parce que, dans ce cas, l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage, mais dans le fait du préjudice causé et de l'obligation imposée par la loi, à celui qui en est l'auteur, de le réparer* ».

Cette position jurisprudentielle est fondée sur trois raisons principales (A). Elle conduit au refus de toute valeur contractuelle aux fiançailles (B), et à l'édiction du principe d'absence d'action en responsabilité en cas de rupture (C).

A - LE FONDEMENT DE L'ABSENCE DE VALEUR JURIDIQUE DES PROMESSES DE MARIAGE

1061. J. HAUSER, « *Fiancées délaissées et faux mariés* » : R. T. D. civ., 1999, pp. 816 et s., soc p. 817.
1062. Civ., 30 mai 1838 : S., 1838, I, pp. 492 et s.

375. Trois raisons d'une pertinence inégale ont été avancées pour justifier ce principe.

Premièrement, les fiançailles ne sont qu'un temps d'épreuve, elles sont exclusives de tout engagement définitif. Cependant, on peut aussi soutenir que les personnes qui se promettent le mariage estiment se connaître suffisamment pour prendre un tel engagement.

Deuxièmement, la personne est hors du commerce juridique. Tout contrat portant sur elle est contraire à l'ordre public. Cet argument est contrarié, dans ce domaine, par la consécration de la validité de principe du contrat de courtage matrimonial admise par la jurisprudence[1063], puis par le législateur[1064].

Troisièmement, la liberté du consentement au mariage doit demeurer absolue. Cette liberté, entendue comme la possibilité de ne pas se marier contre son gré, est le corollaire du droit de se marier et de choisir librement son conjoint. Elle est inhérente à la condition humaine, et la doctrine s'accorde à reconnaître le caractère fondamental de cette liberté « *d'ordre public* »[1065]. De plus, dans un arrêt du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a reconnu à la liberté du mariage une valeur constitutionnelle, qui est une composante de la liberté individuelle[1066]. Enfin, tout élément susceptible de peser sur la volonté des fiancés est exclu par l'article 180 du Code civil qui exige un consentement libre des futurs époux au mariage.

376. Cependant, certains auteurs contestent l'essence de cette liberté, qui est, selon eux, soumise soit aux lois du déterminisme psychologique, soit au poids des familles[1067] si bien que l'un d'eux a écrit que « *c'est donc par une vue superficielle que l'on a pu imaginer que la liberté nuptiale avait à gagner à refouler les fiançailles hors du droit* »[1068]. Néanmoins, deux auteurs observent judicieusement que cette protection est beaucoup moins pressante aujourd'hui, parce qu'il ne s'agit que de protéger les futurs époux contre eux-mêmes, et non

---

1063. Req., 27 décembre 1944 : D., 1945, p. 121.
1064. Article 6 de la loi n°421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales.
1065. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Droit international privé, tome II, 6ème édition, 1976, pp. 38 et s., n°415 ; G. CORNU, Droit civil, La famille, Montchrestien, collection Domat droit privé, 4ème édition 1994, p. 230 ; P. VOIRIN, « *Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie* » : D., 1963, chron. pp. 247 et s.
1066. Cons. const., 13 août 1993 : J. O., 1993, p. 11722.
1067. GERAUD DE LA PRADELLE, L'homme juridique, P. U. de Grenoble, 1979, p. 200.
1068. J. CARBONNIER, *« Terre et ciel dans le droit français du mariage »* : *in* Le droit privé français au milieu du XXè siècle, Études offertes à Georges RIPERT, T. I, Études générales Droit de la famille, L. G. D. J., 1950, p. 330.

contre le groupe familial[1069], et que les cas de violence physique soumis aux tribunaux sont à la fois rares et anciens. En effet, au XIX^{ème} siècle, les victimes de cette violence étaient plutôt féminines et d'âge tendre[1070]. C'était en se fondant sur l'existence d'une violence morale que par jugement du 11 juillet 1923, le Tribunal civil de Grenoble avait prononcé la nullité d'un mariage contracté en Turquie entre une Française et un Américain, dans le seul but d'éviter un internement dans un camp de concentration[1071] à la future épouse, qui ne l'avait accepté que « *sous la promesse formelle qu'il serait une union fictive* ». Par contre, le milieu du XX^{ème} siècle fût le théâtre de quelques affaires d'honneur célèbres, souvent militaires ou corses, dans lesquelles c'était plutôt l'homme qui subissait la violence[1072]. Aujourd'hui, si cette violence physique a presque déserté les prétoires, elle subsiste parfois dans des milieux immigrés. Ainsi, par un arrêt du 2 décembre 1997, la Cour de cassation[1073] a annulé un mariage pour violence, la fiancée, d'origine turque, ayant consenti contre son gré à un mariage arrangé. Avant de prononcer le oui, la jeune femme avait dit devant le maire *« Je réfléchis »*, et ensuite « *Je n'ai pas envie d'épouser cet homme* », avant de consentir après qu'elle ait été admonestée en langue turque par une personne assistant à la cérémonie. De plus, une enquête diligentée après le mariage avait révélé que la fiancée avait subi avant celui-ci des pressions, des menaces, des violences, et qu'elle vivait dans un climat de peur.

En outre, le souci de protéger le consentement des fiancés, faibles[1074], dépressifs[1075], handicapés au jugement défaillant[1076] ou a ayant annoncé très longtemps à l'avance leur projet[1077], contre le poids de leurs familles ou même contre leur futur conjoint a parfois

---

1069. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Les promesses de mariage* » : R. T. D. civ., 1981, pp. 129 et s.
1070. Trib. civ. Tarbes, 26 août 1822, ss. Agen, 14 juin 1890 : D. P., 1891, 2, pp. 153 et s. ; S., 1893, II, pp. 4 et s. ; Civ., 4 novembre 1822 : S., 1822, 1, p. 150.
1071. Trib. civ. Grenoble, 11 juillet 1923 : Gaz. Pal., Tables Quinquennales, 1925-1930, V. Mariage n°37.
1072. Toulouse, 30 décembre 1947 : Gaz. Pal., 1948, I, pp. 128 et s. ; Montpellier, 16 juillet 1946 : Gaz. Pal., 1946, II, pp. 183 et s. ; Bastia, 27 juin 1949 : D., 1949, jur., pp. 417 et s. ; S., 1950, II, pp. 39 et s. ; Bastia, 24 octobre 1955 : D., 1956, somm., p. 87 ; Gaz. Pal., 1956, 1, p. 78 ; Bastia, 16 octobre 1956 et Civ. 1ère, 17 novembre 1958 : D., 1959, jur., pp. 18 et s., note G. HOLLEAUX.
1073. Civ. 1ère, 2 décembre 1997 : Les petites affiches, n° 148, du 11 décembre 1998, pp. 24 et s., note J. MASSIP.
1074. T. G. I. Versailles, 25 avril 1979 : Gaz. Pal., 1979, 2, p. 532.
1075. Paris, 11 juin 1974 : Gaz. Pal., 1974, 2, somm., p. 293.
1076. Montpellier, 30 janvier 1996 : Dr. fam., janvier 1997, p. 8, comm., n°1, obs. H. LÉCUYER.
1077. T. G. I. Paris, 7 mai 1996 : R. T. D. civ., 1996, pp. 583 et s., obs. J. HAUSER ; M. FARGE, « *La délicate détermination des cas de nullité de mariage* » : J. C. P., 1997, I, 3996, n°6 . Dr. fam., mars 1997, comm., n°38, pp. 8 et s., obs. H. LÉCUYER.

conduit la jurisprudence à annuler leur mariage, alors que la seule crainte révérencielle n'est pas constitutive de violence.

Malgré la pertinence des différents arguments avancés par la doctrine, la Cour de cassation maintient le principe de la nullité des fiançailles, qui conduit à leur refuser, la force obligatoire des contrats, tout en imposant aux fiancés l'existence d'un devoir de sincérité.

B - LE REFUS AUX FIANÇAILLES, DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS, MAIS LA RECONNAISSANCE D'UN DEVOIR DE SINCERITE ENTRE FIANCES

377. Tout en maintenant le principe du refus, aux fiançailles, de la force obligatoire des contrats (a), la jurisprudence reconnaît en même temps l'existence d'un devoir de sincérité entre fiancés (b).

a - LE PRINCIPE DU REFUS, AUX FIANÇAILLES, DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES CONTRATS

378. La grande majorité de la doctrine déduit de l'arrêt précité du 30 mai 1838, dont la position n'a jamais été démentie depuis, que les fiançailles ne sont ni des contrats ni des avant-contrats, produisant en tant que tels des effets juridiques[1078]. Pour un auteur, leur absence de valeur contractuelle les exonère des *« conditions qui gouvernent habituellement la validité des contrats : point n'est besoin que les promettants soient capables ou autorisés, puisqu'une éventuelle responsabilité sera examinée sur le plan délictuel et qu'un incapable peut être responsable sur ce plan »*[1079], mais cette conception n'est pas unanimement admise.

[1078]. J. HAUSER, *« Mariage, promesses de mariage, fiançailles »* : préc., n°42 ; L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits, Dalloz, 2ème édition, 1939, p. 202, n° 147.
[1079]. A. BÉNABENT, Droit civil, La famille : préc., p. 44.

En effet, pour un autre auteur, *« les promesses de mariage ont la valeur d'un contrat synallagmatique ; elles mettent à la charge des fiancés une obligation de faire »*. De plus, ce contrat peut être dissous par consentement mutuel ou par un droit unilatéral de résiliation qui « *n'est point un droit absolu, mais bien un droit relatif, causé, qui ne peut être exercé que pour des motifs légitimes, à bon escient, conformément à l'esprit même de l'institution : son usage abusif est générateur de responsabilité »*[1080].

Pour asseoir son argumentation, cet auteur invoque l'existence du droit de résiliation unilatérale du contrat de louage de services prévu à l'article 1780, alinéa 2, du Code civil et l'interprétation de la volonté des parties qui ont entendu conclure un engagement sérieux, mais ces arguments ne sont pas convaincants.

Sur le premier point relatif au droit de résiliation unilatérale, le droit des obligations assimile cette faculté à une condition potestative prohibée par l'article 1174 du Code civil. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le droit positif admet la validité des conditions potestatives dans les contrats comportant des obligations successives[1081]. De même, le droit de la consommation condamne ces clauses qu'il qualifie d'abusives réputées non écrites[1082].

Sur le second point qui concerne l'interprétation de la volonté des parties, il est difficile pour l'interprète de connaître leur contenu, d'autant que les fiancés ne prévoient pas toujours, même mentalement toutes les difficultés que leurs fiançailles sont susceptibles de faire naître. De surcroît, lorsque et quand bien même les fiancés ou l'un d'eux prévoient une difficulté, il est rare qu'ils s'expriment à son sujet par écrit et avec précision.

De son côté, un autre auteur considère que les promesses de mariage ne constituent pas un contrat et n'engendrent à la charge des fiancés aucune obligation concernant la conclusion du mariage, mais qu'elles donnent naissance à l'obligation de mettre tout en oeuvre pour mener à bien le projet de mariage. Dans ces « *projet de contrat* » et « *d'avant-contrat synallagmatique* », seule la déloyauté doit être sanctionnée[1083], ce qui permet tout en

---

[1080]. L. JOSSERAND, « *Le problème juridique de la rupture des fiançailles* » : D. H., 1927, chron., pp. 21 et s.
[1081]. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, L. G. D. J., 2ème édition 1993, p. 29.
[1082]. Article L. 132-1, alinéa 6, du Code de la consommation ; Recommandation de synthèse de la Commission des clauses abusives n°91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs : B. O. C. C. du 6 septembre 1991.
[1083]. J. HÉMARD, note ss. Req., 10 février 1909 : S., 1909, I, pp. 553 et s.

préservant la liberté matrimoniale de réparer le préjudice subi par le fiancé délaissé sans raison valable ou de façon abusive.

Un autre auteur observe qu'entre l'analyse contractuelle pure et l'analyse délictuelle, la phase précontractuelle a maintenant son autonomie, sa déontologie, sa jurisprudence, et qu'elle est « *le nid de la liberté de l'acte futur* ». Ainsi, les fiançailles ne seraient pas un contrat assorti d'une obligation de résultat, mais d'une obligation de moyens[1084].

Un autre auteur tente d'assimiler les fiançailles au pacte de préférence et souligne qu' « *une personne peut très bien promettre à une autre que, pour le cas où elle prendrait un employé, elle donnerait la préférence à telle autre personne. Le manquement à l'engagement se résout alors en dommages et intérêts, et uniquement en dommages et intérêts. Les fiançailles constitueraient donc un pacte de préférence bilatéral...* »[1085].

Bien qu'elles soient toutes pertinentes, ces analyses contractuelles ne rendent pas compte du refus du droit d'attribuer une quelconque valeur juridique aux fiançailles, mais elles expliquent la jurisprudence actuelle, qui reconnaît l'existence d'un devoir de sincérité entre fiancés découlant de l'intégration des obligations des fiançailles dans celles du mariage.

b - LA RECONNAISSANCE D'UN DEVOIR DE SINCÉRITÉ ENTRE FIANCÉS

379. D'une manière indirecte, la jurisprudence relative aux fautes en matière de divorce et aux faits susceptibles de justifier une demande en annulation de mariage instaure et délimite les contours de ce devoir de sincérité. C'est d'ailleurs une tâche délicate pour le juge d'apprécier ce qu'un époux peut reprocher à l'autre de ne pas lui avoir fait connaître avant le mariage, puisque si les fiancés n'ont pas de devoir de confession générale sur leur passé, ils doivent demeurer dans les limites du « *dolus bonus* » par référence à la terminologie usitée dans la théorie générale des contrats.

[1084]. J. HAUSER, note ss. Bordeaux, 14 novembre 1985 : Cahiers de Jurisprudence d'Aquitaine, 1986, 2, pp. 318 et s.

Ainsi, les tribunaux considèrent que c'est seulement s'il est certain que la connaissance des faits cachés aurait exclu le consentement au mariage que la demande en divorce ou en nullité sera accueillie. Comme le remarque un auteur, le droit prétorien « *apparaît comme un chatoiement de sentiments et de circonstances* »[1086] où les idées directrices ne sont pas toujours claires.

En matière de divorce, la jurisprudence énonce qu'en principe, les faits antérieurs à la célébration du mariage ne peuvent à eux seuls constituer une faute pouvant entraîner le divorce, puisqu'ils ont été commis à une époque où il n'existait encore aucun devoir matrimonial[1087]. Ce principe est logique, car le divorce constitue l'un des cas de rupture d'une union valablement contractée, mais il devient complexe lorsque l'on envisage les difficultés relatives au consentement des fiancés qui vont se marier, car la dissimulation de faits antérieurs au mariage est rarement isolée et se prolonge au delà de la célébration par des agissements fautifs[1088].

380. Cependant, et pour reprendre les propos d'un auteur, il n'est pas rigoureux d'invoquer comme cas de divorce « *tous ces cas d'injures anténuptiales* » qui sont en réalité des causes de nullité[1089], même si divorce et nullité sont des institutions assez proches l'une de l'autre. En effet, si en principe, le divorce ne fait disparaître le mariage que pour l'avenir, l'annulation l'efface aussi pour le passé, cette rétroactivité est tempérée par la théorie du mariage putatif consacrée tant par l'article 201 du Code civil que par la jurisprudence[1090]. De plus, dans la plupart des causes de divorce, il y a souvent une erreur sur la personne, parce qu'un époux a découvert que l'autre n'était pas tel qu'il l'avait cru au moment des fiançailles. Mais, c'est à l'époux victime qu'il appartiendra de faire son choix entre les deux actions. Il arrivera même parfois qu'il les exerce toutes les deux. En effet, si une action en divorce pendante ne fait pas,

---

1085. X. LABBÉE, Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?, P. U. du Septentrion, 1996, p. 125.
1086. J. CARBONNIER, Préface à la thèse de C. GOURDON, La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute, Paris, 1963, p. VIII.
1087. T. G. I. Le Havre, 8 juin 1967 : J. C. P., 1968, IV, p. 48 ; Paris, 28 mai 1976 : Juris-Data n°000219.
1088. J. -J. LEMOULAND, L'intégrité du consentement au mariage, thèse Bordeaux, 1984, pp. 554 et s.
1089. J. CARBONNIER., « *Terre et ciel dans le droit français du mariage* » : préc., p. 333.
1090. Crim., 23 mars 1981 : Bull. crim., n°101, pp. 286 et s. ; Toulouse, 22 mars 1982 : J. C. P., 1984, II, 20185, note F. BOULANGER.

en principe, obstacle à une action en annulation[1091], l'allégation d'une nullité de mariage est aussi un argument que les juridictions considèrent fréquemment comme insuffisant pour surseoir à statuer dans le cadre d'une action en divorce[1092].

381. La dissimulation volontaire faite par l'un des futurs époux à l'autre d'un fait déshonorant, ou très grave devant mettre un obstacle à l'accomplissement des devoirs conjugaux, ou susceptibles d'offenser le futur conjoint, peut d'abord constituer une faute justifiant le prononcé du divorce aux torts de l'auteur de la dissimulation. En effet, la jurisprudence du divorce a souvent interprété largement la notion de faute, pour remédier à la conception très restrictive, qui a longtemps prévalu en matière de nullité de mariage pour vice du consentement. Toutefois, la tromperie commise n'est pas à elle seule suffisante, elle n'est cause de divorce qu'en raison de la gravité du fait dissimulé[1093] et de ses suites, et seulement si l'auteur de la dissimulation connaît les conséquences inévitables et injurieuses qu'aura ce fait pour l'autre[1094]. Sous cette réserve, la jurisprudence a admis l'existence d'une faute dans les cas d'espèces suivants : la dissimulation par la femme, pendant les fiançailles, d'une malformation physique mettant obstacle à la consommation du mariage[1095], la dissimulation par le mari d'une maladie de nature à avoir de graves répercussions sur la vie du ménage[1096], la dissimulation de l'état d'impuissance physique[1097] ou psychique du mari[1098], le refus opposé par la femme à l'accomplissement du devoir conjugal manifesté dès avant la célébration du mariage, la dissimulation par le mari de son état d'ancien ecclésiastique[1099], le fait par un mari de s'adonner aux produits stupéfiants et de l'avoir caché à son épouse qui l'avait découvert

---

1091. Paris, 1ère ch., 17 février 1981 : Juris-Data n°029469 ; Toulouse, 1ère ch. civ., 2 mars 1993 : Juris-Data n°040717 ; J. C. P., 1993, IV, 1623 ; Civ. 1ère, 10 mars 1998 : Dr. et patr., n° 62, juillet-août 1998, p. 69, n° 1995, obs. A BÉNABENT ; Defrénois, 1998, I, art. 36680, n° 92, pp. 1017 et s., obs. J. MASSIP.

1092. Paris, 14ème ch. C, 14 juin 1984 : Juris-Data n°023620 ; Paris, 24ème ch. A, 24 septembre 1986 : Juris-Data n°025896 ; Paris, 1ère ch. urg., 7 novembre 1986 : Juris-Data n°026428 ; Douai, 28 mars 1991 : Juris-Data n°052521 ; Rouen, 3ème ch., 25 mai 1992 : Gaz. Pal., 1994, II, somm., p. 594.

1093. Trib. civ. Nîmes, 2 février 1942 : J. C. P., 1942, II, 1826 ; T. G. I. Caen, 7 janvier 1963 : Gaz. Pal., 1963, I, pp. 253 et s. ; Orléans, 17 février 1988 : Juris-Data n°040337.

1094. Civ., 7 mai 1935 : D. P., 1935, I, pp. 78 et s., note P. APPLETON ; Lyon, 11 mars 1964 : Gaz. Pal., Table 1964, 2, V. Divorce n°32 ; Paris, 24ème ch., 16 juin 1986 : Juris-Data n°024358.

1095. Civ. 1ère, 7 mai 1951 : D., 1951, jur., pp. 472 et s. ; Gaz. Pal., 1951, 2, p. 47.

1096. Civ. 2ème, 5 juillet 1956 : Bull. civ., II, n°440, pp. 283 et s.

1097. Req., 25 janvier 1922 : S., 1922, I, p. 152 ; Caen, 1ère ch., 10 mai 1926 : S., 1926, II, pp. 62 et s. ; Trib. civ. Château-Chinon, 24 novembre 1948 : Gaz. Pal., 1949, 1, p. 7.

1098. Nancy, 12 mai 1958 : Gaz. Pal., 1958, 2, pp. 20 et s.

1099. Trib. civ. de la Seine, 18 mai 1888 : Gaz. Pal., 1888, 1, p. 817.

après un mois de cohabitation[1100], la dissimulation par un futur conjoint de troubles psychiques, dont il souffrait avant son mariage[1101], la dissimulation d'enfants nés antérieurement au mariage[1102], la dissimulation d'un mariage précédent et d'un enfant[1103], le fait par la femme d'avoir fait croire à son futur époux qu'elle était enceinte de ses oeuvres, alors qu'elle savait qu'elle était ou pouvait être enceinte des oeuvres d'un autre[1104], le refus par un mari envers sa femme catholique de faire procéder à la bénédiction de leur union, après lui avoir promis ou fait espérer que cette cérémonie serait accomplie[1105], la dissimulation par le mari de la célébration religieuse de son premier mariage entraînant la nullité de son second mariage religieux, alors que la future épouse était très attachée aux principes religieux[1106].

Sans doute, les différents cas de divorce offrent-ils de réelles possibilités pour sortir des liens d'un mariage, mais c'est bien la nullité qui sanctionne de façon plus juste l'absence de l'une des conditions de formation de celui-ci, alors qu'en principe le divorce n'a vocation qu'à constater l'échec d'une union valide. Si la signification humaine est semblable, le mécanisme abstrait demeure différent.

382. En matière de nullité de mariage, l'article 180 du Code civil prévoyait, dans sa rédaction initiale que seule l'erreur sur la personne pouvait entraîner une demande en annulation. Cette erreur a d'abord été interprétée comme une méprise sur l'identité physique du futur époux. C'est cette conception très stricte que retinrent clairement les Chambres réunies de la Cour de cassation le 24 avril 1862 dans le célèbre arrêt Berthon[1107] qui avait refusé d'annuler le mariage contracté par une jeune femme avec un ancien forçat, qui s'était, il est vrai, réhabilité. À la suite de cette prise de position de la Cour suprême, qui était critiquée par la doctrine dominante, et même par certains auteurs de l'École exégétique, les juges du fond retinrent l'erreur sur les qualités substantielles de la personne, consacrée par la loi du 11 juillet 1975 qui aurait dû logiquement remplacer le droit prétorien du divorce[1108]. Néanmoins, et comme

---

1100. Pau, 30 mars 1993 : Juris-Data n°040787 ; J. C. P., 1993, IV, 1763 ; R. T. D. civ., 1994, p. 330, obs. J. HAUSER ; Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1993, pp. 215 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.
1101. Civ. 2ème, 12 mai 1960 : Bull. civ., II, n°309, pp. 209 et s. ; D., 1960, somm., p. 97.
1102. Poitiers, ch. civ., sect. 2, 26 février 1992 : Juris-Data n°043537.
1103. Montpellier, 1ère ch., 23 mai 1990 : Juris-Data n°1749.
1104. Colmar, 1ère ch., 13 mars 1954 : D., 1954, jur., pp. 373 et s.
1105. Bruxelles, 17 juillet 1889 : Jur. gén., suppl., Séparation de corps, n°24.
1106. Paris, 7ème ch., sect. A, 4 mars 1992 : Juris-Data n°020488.
1107. Réu., 24 avril 1862 : D., 1862, 1, pp. 153 et s., concl. DUPIN ; S., 1862, 1, pp. 341 et s.
1108. T. G. I. Nîmes, 4 décembre 1991 ; Nîmes, 26 novembre 1992 : Juris-Data n°030111.

l'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt du 12 décembre 1979[1109], la procédure de divorce a continué d'exister, car il est presque toujours plus facile, plus rapide et moins coûteux de réaliser la dissolution du mariage par divorce plutôt que d'obtenir le prononcé de la nullité du mariage qui obéit à la procédure ordinaire, et exige des preuves difficiles à fournir[1110], ce qui fait justement dire à un auteur qu' « *un même comportement peut être sanctionné par la nullité du mariage ou par le divorce, situation fragilisant la distinction théoriquement claire de la formation et de l'exécution du contrat* ». Ainsi, les époux trouvent dans le divorce une issue plus pratique à leur union, si bien que les demandes en nullité de mariage sont de plus en plus rares : une soixantaine par an[1111].

383. Cependant, le droit prétorien continue d'appliquer la théorie de l'erreur sur la personne, mais pour un auteur « *les qualités de l'époux pour être essentielles sont passées au crible d'un double filtre : la qualité dont l'autre a eu une perception erronée doit tout d'abord être essentielle pour l'époux dans l'erreur. La qualité est alors subjectivement essentielle, elle a été déterminante du consentement de l'autre. La qualité doit aussi être objectivement essentielle, c'est-à-dire essentielle en mariage. Sans ce garde fou, les demandes de nullité les plus fantaisistes seraient susceptibles d'être accueillies* »[1112]. Ainsi, la jurisprudence, tout en tentant de trouver un équilibre entre la rigueur de l'arrêt Berthon et l'indulgence des juges du fond, applique ces principes d'interprétation en considérant que constituent des causes de nullité de mariage l'erreur sur la nationalité en temps de guerre[1113], mais non en temps de paix[1114], l'erreur sur l'état de prêtre, à une époque où la prêtrise constituait un empêchement dirimant de mariage[1115], l'erreur sur l'état civil qui porte soit sur la qualité de divorcé sous

---

En sens contraire, voir : Civ. 2ème, 25 octobre 1961 : J. C. P., 1962, II, 12514, note P. ESMEIN ; D., 1961, jur., pp. 769 et s., note A. ROUAST ; R. T. D. civ., 1962, pp. 290 et s., obs. H. DESBOIS.

1109. Civ. 2ème, 12 décembre 1979 : Bull. civ., II, n°287, pp. 197 et s.

1110. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « *L'autonomie de la théorie des nullités de droit civil* » : R. T. D. civ., 1981, pp. 135 et s., spc. p. 135.
Grenoble, 3 avril 2000 : Dr. fam., novembre 2000, comm., n° 124, 1er arrêt, pp. 20 et s., obs. H. LÉCUYER ; Rennes, 15 mai 2000 : Dr. fam., novembre 2000, comm., n° 124, 2ème arrêt, pp. 20 et s., obs. H. LÉCUYER ; Douai, 17 janvier 2000 : Dr. fam., novembre 2000, comm., n° 124, 3ème arrêt, pp. 21 et s., obs. H. LÉCUYER.

1111. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *À quoi servent les demandes en nullité de mariage ?* » : J. C. P., 1996, I, 3903.

1112. H. LÉCUYER, note ss. Paris, 17 décembre 1998 : Dr. fam., novembre 1999, comm., n° 121, p. 15.

1113. Trib. civ. Seine, 4 février 1918 : S., 1920, 1, pp. 129 et s., note M. ROUSSEAU.

1114. T. G. I. Tours, 12 mars 1987 : Juris-Data n°046216, et sur appel : Orléans, 30 juin 1989 : Juris-Data n°046779.

1115. Trib. civ. Agen, 6 juillet 1860 : S., 1860, II, pp. 353 et s., note G. DUTRUC.

réserve qu'elle ait été déterminante[1116], soit exceptionnellement sur la qualité de noble[1117], l'erreur sur l'honorabilité du fiancé[1118] notamment en cas de dissimulation d'une ou de plusieurs condamnations pénales[1119], l'erreur sur l'inaptitude aux relations sexuelles[1120], l'erreur sur la santé mentale du fiancé[1121], l'erreur sur le sentiment religieux, et l'erreur du fiancé lorsque l'autre emploie les formes légales du mariage dans le seul but d'obtenir ou de faire obtenir soit un titre de séjour, soit la nationalité française et sans intention de respecter les devoirs et obligations résultant du mariage[1122], soit encore un but étranger à l'union matrimoniale, tel que par exemple conférer à l'autre fiancé des avantages patrimoniaux qu'un testament ne lui aurait pas donnés[1123].

[1116]. Trib. civ. Bordeaux, 9 juin 1924 : Gaz. Pal., 1924, II, pp. 201 et s. ; Trib. civ. Grenoble, 7 mai 1958 : Gaz. Pal., 1958, 2, pp. 82 et s. ; D., 1959, somm., p. 6 ; T. G. I. Paris, 5 janvier 1982 : R. T. D. civ., 1983, p. 327, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Bordeaux, 1ère ch., 17 mars 1987 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1987/3, pp. 457 et s. ; Agen, 5 mai 1987 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1987/3, p. 457 ; Paris, 17 décembre 1998 : Dr. fam., novembre 1999, comm., n° 121, obs. H. LÉCUYER.

[1117]. Paris, 12 mars 1903 : D. P., 1903, II, pp. 191 et s. ; S., 1904, II, pp. 47 et s. ; Trib. civ. Seine, 28 novembre 1930 : Sem. Jur., 1931, I, pp. 163 et s.

[1118]. Trib. civ. Bressuire, 26 juillet 1944 : D., 1945, jur., p. 94.

[1119]. T. G. I. Paris, 8 février 1971 : J. C. P., 1972, II, 17244, note G. RAYMOND ; Gaz. Pal., 1972, I, pp. 156 et s. ; R. T. D. civ., 1972, pp. 381 et s., obs. R. NERSON ; T. G. I. Paris, 23 mars 1982 : Defrénois, 1983, art. 33022, n°1, pp. 313 et s., obs. J. MASSIP.
En sens contraire, mais avec une situation judiciaire du conjoint connue par la future épouse, voir : Toulouse, 2 avril 1997 : Dr. fam., juin 1997, comm., n°79, p. 12, obs. H. LÉCUYER.

[1120]. Trib. civ. Grenoble, 13 mars et 20 novembre 1958 : D., 1959, jur., pp. 495 et s., note G. CORNU ; T. G. I. Lille, 17 mai 1962 : D., 1963, somm., p. 10 ; T. G. I. Avranches, 10 juillet 1973 : D., 1974, jur., pp. 174 et s., note P. GUILHO ; T. G. I. Créteil, 24 octobre 1974 : Gaz. Pal., 1975, I, somm., p. 105 ; Paris, 12 janvier 1982 : R. T. D. civ., 1983, p. 328, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Paris, 26 mars 1982 : Defrénois, 1982, art. 32930, pp. 1240 et s., obs. J. MASSIP ; R. T. D. civ., 1983, p. 28, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

[1121]. T. G. I. Le Mans, 18 mars 1965 : D., 1967, jur., pp. 203 et s., note J. PRADEL ; R. T. D. civ., 1965, pp. 796 et s., obs. R. NERSON ; T. G. I. Tarascon, 8 juillet 1981 : Defrénois, 1982, art. 32930, pp. 1240 et s., obs. J. MASSIP ; R. T. D. civ., 1983, p. 330, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; T. G. I. Vesoul, 28 novembre 1989 : D., 1990, jur.,, pp. 590 et s., note C. PHILIPPE ; Pau, ch. du conseil, 30 août 1990 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1990, 3, pp. 396 et s.

[1122]. Civ. 1ère, 20 novembre 1963 - Affaire Appieto - : J. C. P., 1964, II, 13498, note J. MAZEAUD ; D., 1964, jur., pp. 465 et s., note G. RAYMOND ; C. –I. FOULON-PIGANIOL, « *Mariage simulé ou mariage à effets limités ? (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1963)* » : D., 1965, chron., pp. 9 et s.
La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité a érigé cette pratique en délit pénal passible de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 €. Ces peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 750 000 € d'amende lorsque l'infraction est commise en bande organisée. Sur cette loi, voir notamment : N. GUIMEZANES, *« La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité »* : J. C. P., 2004, act., 592 ; F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *« Les dispositions répressives de la loi du 26 novembre 2003 »* : A. J. Pénal, mars 2004, pp. 96 et s., spc. p. 99 ; D. TURPIN, *« La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité »* : D., 2004, Le point sur, pp. 283 et s.

[1123]. Pour le cas d'un homosexuel, atteint du SIDA, s'étant marié avec une amie d'enfance après avoir passé un contrat de mariage avec attribution intégrale de la communauté au dernier vivant, contrat par lequel l'homme

384. Dans toutes ces affaires, la notion d'erreur déterminante est le plus souvent subjective parce qu'il existe toujours un défaut de concordance entre la volonté interne et la volonté déclarée, corroboré par l'atténuation du caractère magique du rite marital. Elle marque l'incursion de la psychologie dans le droit, car le juge se demande, si le fiancé, victime de l'erreur, aurait ou n'aurait pas contracté mariage en son absence. Le juge se livre à une recherche d'intention probable, dans le for intérieur de l'époux abusé, en fondant ses investigations sur les opinions, les croyances, les convictions personnelles de celui-ci, sa situation individuelle, sa vie, son passé, etc., appréciation « *in concreto* » qui, d'un même type d'erreur, peut faire une erreur déterminante ou indifférente d'un individu à l'autre. En tout état de cause, ces jurisprudences civiles invitent fermement les fiancés à se montrer scrupuleusement honnêtes l'un envers l'autre. Si tel n'était pas le cas, et malgré le célèbre adage de Loysel selon lequel « *en mariage, il trompe qui peut* »[1124], l'autre pourrait juridiquement s'en prévaloir pour se démarier. En effet, si ce n'est que dans le cadre de l'erreur dans la personne que le dol est pris en considération, c'est un élément contingent qui est une circonstance aggravante et une preuve de l'erreur. Ainsi et sans le dire expressément, nos tribunaux font état du dol[1125].

C - LE PRINCIPE DE L'ABSENCE D'ACTION EN RESPONSABILITE EN CAS DE RUPTURE

385. La nullité des promesses de mariage entraîne celle de toute clause pénale y relative, ou de tout moyen indirect visant à restreindre ou à supprimer le droit de rompre comme des

---

apportait tous ses biens à la communauté alors que ceux appartenant à son épouse lui restaient propres, voir : Civ. 1ère, 28 octobre 2003 : D., 2004, jur. comm., pp. 21 et s., note J. –P. GRIDEL ; Petites affiches, n°50, du 10 mars 2004, pp. 19 et s., note R. DESGORCES ; D., 2004, jur. somm. comm., pp. 2964 et s., obs. J. – J. LEMOULAND.

1124. LOYSEL, Institutes coutumières, Éditions Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, p. 145, n°105.

1125. En ce sens, voir : G. CORNU, *"Centenaire"* : D., 1959, chron., pp. 215 et s., spc. p. 217.

reconnaissances de dettes ou remises de dot. De telles hypothèses, résultant de jurisprudences anciennes[1126], paraissent aujourd'hui démodées.

Par contre, la jurisprudence considère que la rupture des fiançailles ne crée pas, en principe, de droit à réparation au profit du fiancé délaissé[1127]. Si des dommages et intérêts peuvent être accordés, c'est seulement dans la mesure où la rupture est intervenue dans des conditions qui révèlent une faute de la part de son auteur.

Cette règle a été confirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1995, dans ces termes : *« la rupture d'une promesse de mariage n'est pas, à elle seule, génératrice de dommages-intérêts, lesquels ne peuvent être accueillis que s'il vient s'y ajouter une faute en raison des circonstances »*[1128]. D'ailleurs, pour un auteur célèbre, « *le recours à la responsabilité délictuelle, droit commun de la responsabilité, s'imposait dès lors que l'on n'était pas en présence de la notion stricte et technique de contrat* »[1129].

En raison de la mise en jeu fréquente de la responsabilité des fiancés, les promesses de mariage produisent des effets juridiques, qui sont de moins en moins conciliables avec le principe de l'absence de force obligatoire, si bien que deux auteurs estiment que le principe est celui de la responsabilité[1130]. Cependant, le refus de considérer les fiançailles comme des engagements valables conduit le droit positif à les qualifier de faits juridiques.

§ 2 - LES PROMESSES DE MARIAGE SONT DES FAITS JURIDIQUES

1126. Civ., 21 décembre 1814 : Jur. gén. V° Mariage n°90, note 1 ; Réu., 7 mai 1836 : S., 1836, I, pp. 574 et s., note L. –M. DEVILLENEUVE ; Civ., 11 juin 1838 : S., 1838, I, pp. 494 et s. ; Dijon, 10 février 1892 : S., 1892, II, pp. 197 et s.

1127. Req., 12 novembre 1901 : D., 1902, I, pp. 46 et s. ; Civ., 10 mai 1943 : D., 1943, pp. 65 et s. ; Civ. 1ère, 5 mai 1965 : Bull. civ., I, p. 221 et s. ; Civ. 2ème, 16 mars 1955 : D., 1955, jur., p. 324 ; R. T. D. civ. 1955, pp. 496 et s., obs. H. et L. MAZEZAUD ; Civ. 2ème, 7 juin 1967 : Bull. civ., II, pp. 146 et s.

1128. Civ. 1ère, 4 janvier 1995 : D., 1995, jur., pp. 251 et s., note A. BÉNABENT ; R. T. D. civ., 1995, pp. 604 et s., obs. J. HAUSER.

1129. J. CARBONNIER, *« Terre et ciel dans le droit français du mariage »* : préc., p. 330.

1130. P. LE TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité, Dalloz, collection Dalloz Action, 1996, pp. 664 et s., spc. n°s 3134 et s.

386. Le choix d'une analyse non contractuelle des fiançailles aurait dû conduire à adopter le principe de la liberté des preuves propre aux faits juridiques. Or, signe d'un désarroi conceptuel, la jurisprudence a longtemps adopté un système différent de preuve (A). Mais la libéralisation des modes de preuve et la diversité des situations permettent aujourd'hui aux parties de disposer d'une grande variété de moyens de faire prévaloir leurs droits (B).

A - UN SYSTEME DE PREUVE LONGTEMPS ILLOGIQUE

387. Par un singulier illogisme, dénoncé par une grande partie de la doctrine, et jusqu'en 1980, la Cour de cassation a exigé que la preuve des promesses de mariage soit établie par un écrit, ou par un commencement de preuve par écrit[1131].

Cette jurisprudence était conforme à la loi du 16 novembre 1912, qui en ouvrant l'action en recherche de paternité naturelle, avait exigé pour le cas de promesse de mariage « *un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347 du Code civil* ». Cette condition ayant été supprimée par la loi du 15 juillet 1955, il avait été soutenu que le parallélisme des solutions en matière d'instances en recherche de paternité et de responsabilité civile commandait la disparition de cette exigence, mais cette argumentation était critiquée, car dans un cas, il s'agissait d'établir une filiation, et dans l'autre d'accorder des dommages-intérêts à la fiancée délaissée. Néanmoins, pour un auteur, cette obligation ne présentait guère d'inconvénients[1132], pour deux raisons.

La première explication de nature sociologique était, qu'à cette époque, la victime d'une rupture pouvait présenter des lettres, les amoureux aimant échanger des billets, mais un autre auteur soulignait judicieusement qu'exiger d'une femme séduite la production d'un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage, c'était la mettre dans l'impossibilité d'obtenir la réparation du préjudice. En effet, le séducteur habile et prudent

---

1131. Civ., 2 décembre 1907 : D. P., 1908, I, pp. 201 et s., note P. B. ; Req., 10 février 1909 : S., 1909, I, pp. 553 et s., note J. HÉMARD ; D., 1909, I, p. 157 ; Civ., 12 novembre 1929 : Gaz. Pal., 1929, 2, pp. 946 et s. ; Req., 16 février 1943 : Gaz. Pal., 1943, I, p. 139.

1132. R. NERSON, « *La rupture de la promesse de mariage* » : R. T. D. civ., 1971, pp. 829 et s.

pouvait aisément échapper à sa responsabilité en promettant sans se compromettre, c'est-à-dire sans rien écrire[1133].

La deuxième raison de nature juridique résidait dans la faculté, qu'avaient les fiancés, d'alléguer les dispositions de l'article 1348 du Code civil, en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se préconstituer un écrit. Initialement, la Cour de cassation n'avait admis ce motif qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances avaient mis le bénéficiaire de la promesse de mariage dans l'impossibilité de se procurer la preuve littérale[1134], et cette rigueur répondait à son souci de limiter les recours des fiancés délaissés. Cependant, certaines juridictions du fond avaient admis que celles-ci pouvaient être prouvées par tous moyens, à savoir, par témoins, ou par un aveu non équivoque dans un procès-verbal[1135], et même par un concours de circonstances[1136]. Aussi, la Cour de cassation a progressivement abandonné sa position originaire. Dans un arrêt du 7 juin 1967, elle a considéré qu'il y avait promesse de mariage, dès lors que le fiancé avait pris pension chez les parents de la jeune fille[1137]. Par un arrêt du 26 mai 1971, rendu dans le cadre d'une action en recherche de paternité naturelle, elle a assimilé les fiançailles et les promesses de mariage, en estimant que même si des fiançailles officielles n'avaient pas été célébrées, il résultait d'une photographie décrite par les promis « *comme le type même de la photographie de fiançailles* », et du comportement des jeunes gens, des témoignages et des déclarations des parties qu'il y avait promesse de mariage[1138]. Dans un arrêt du 6 novembre 1974, la Cour de cassation a affirmé que « *la preuve de la promesse de mariage peut être faite par tous moyens* »[1139]. En dépit de sa clarté, cet arrêt n'a pas été considéré comme consacrant l'abandon de l'exigence de la preuve écrite, parce qu'en

---

1133. H. CAPITANT, *« Le permis de séduire »* : D. H., 1933, chron., pp. 1 et s.
1134. Civ., 2 décembre 1907 : préc. (motifs) ; Req., 10 février 1909 : préc. (motifs) ; Civ., 3 décembre 1924 (4ème esp.) : D. P., 1925, 1, pp. 125 et s., (motifs) ; Civ., 12 novembre 1929 : préc. (motifs) ; Paris, 25 mars 1955 : J. C. P., 1956, 2, 9313, obs. A. RABUT.
1135. Nancy, 22 décembre 1921 : Gaz. Pal., 1922, 2, pp. 367 et s. ; Poitiers, 29 octobre 1928 : D. H., 1928, pp. 568 et s. ; D. P., 1929, 2, pp. 19 et s., note P. VOIRIN ; S., 1929, 2, p. 1, note M. GARAUD ; Poitiers, 27 mai 1935 : Gaz. Pal., 1935, 2, pp. 298 et s. ; Trib. civ. Lyon, 3 juillet 1941 : Gaz. Pal., 1941, 2, p. 431.
1136. Paris, 8 novembre 1957 : D., 1958, jur., pp. 46 et s., note E. BLANC ; R. T. D. civ., 1958, pp. 232 et s., obs. H. DESBOIS.
1137. Civ. 2ème, 7 juin 1967 : Bull. civ., II, pp. 146 et s.
1138. Civ. 1ère, 26 mai 1971 : D., 1971, jur., pp. 501 et s. ; Gaz. Pal., 1971, II, somm., p. 94, R. T. D. civ., 1972, pp. 378 et s., obs. R. NERSON.
1139. Civ. 1ère, 6 novembre 1974 : Bull. civ., I, n° 296, pp. 254 et s.

l'espèce, l'action en recherche de paternité et une demande de dommages-intérêts[1140] étaient mélangées, et qu'une demande en mariage avait été adressée aux parents de la fiancée. Enfin, un arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1980 a rejeté un pourvoi qui soutenait qu'il appartenait à la fiancée demanderesse de rapporter la preuve de l'existence d'une promesse de mariage, tout en considérant que la preuve des fiançailles pouvait résulter du fait que le mariage avait été présenté aux parents et amis comme proche par leurs familles respectives et qu'ils avaient « *fait des achats en vue de leur installation future* », alors qu'aucune référence à un écrit n'apparaissait dans l'affaire[1141]. Attendu depuis longtemps par la doctrine, cet arrêt a fait judicieusement écrire à deux auteurs que la Cour de cassation s'est « *mise au goût du temps et n'exige plus cette preuve contractuelle que constitue l'écrit* »[1142]. Au regard de cette position, il convient de s'interroger sur les moyens retenus par la jurisprudence pour qualifier les situations de fiançailles.

1140. J. HAUSER, *« Mariage, promesses de mariage, fiançailles »* ; Jur. -Cl. civ., app. art. 144 à 147, fasc. 10 n°4.
1141. Civ. 1ère, 3 janvier 1980 : Bull. civ., I, pp. 4 et s. ; D., 1980, I. R., p. 295.
1142. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Les promesses de mariage »* : R. T. D. civ., 1981, pp. 129 et s.

B - MOYENS DE PREUVE

388. L'exigence de la preuve de fiançailles avec une célébration publique, revêt un caractère exceptionnel[1143], ce qui signifie que dans l'ensemble, la jurisprudence admet largement les moyens de preuve, en permettant même l'accumulation de plusieurs procédés. Cependant, l'existence des fiançailles sera parfois plus difficile à établir qu'autrefois parce que la civilisation de l'écrit permettait de la justifier sans obstacles majeurs et que les promesses de mariage avoisinent aujourd'hui aussi bien le concubinage que l'adultère.

Parmi les moyens de preuve admis, la correspondance des parties est encore un élément essentiel. Pour être pris en considération, ces courriers doivent être porteurs d'un véritable projet d'avenir révélateur d'une authentique promesse de mariage. L'intention matrimoniale se révèle être le critère de distinction entre l'aventure et l'engagement. Il ne suffit pas que ces lettres contiennent des termes évoquant la tendresse, ou se contentent de mentionner l'appellation même de fiancé. De simples allusions au mariage dans la correspondance de concubins ne satisfont pas le juge[1144]. Une simple liaison sans aucun projet d'avenir précis et sérieux ajoutée à une absence de connaissance par les tiers de ce prétendu projet ne suffisent pas à établir l'existence de fiançailles[1145].

Cette nécessaire vision d'avenir, liée aux fiançailles, est, pour certaines juridictions, incompatible avec la poursuite d'un concubinage. Ainsi, par un arrêt du 23 février 1988, la Cour d'Aix-en-Provence a jugé que le concubinage n'est pas compatible avec la promesse de mariage, en raison de l'indépendance des partenaires contraire par nature à la stabilité du mariage[1146]. Dans le même sens, la preuve d'une quelconque promesse de mariage est exclue lorsque l'un des soit-disant fiancés est marié, ce qui rend tout avenir hypothétique[1147]. Dans ce

---

1143. En ce sens, voir : Metz, 14 novembre 1985 : Juris-Data n°043215.
1144. Rennes, 28 avril 1983 : Juris-Data n°041633.
1145. Colmar, 2 mars 1988 : Juris-Data n°044101.
1146. Aix-en-Provence, 23 février 1988 : Juris-Data n°044156.
1147. Reims, 12 décembre 1985 : Juris-Data n°044456 ; Rennes, 9 mars 1982 : Juris-Data n°041153 ; Paris, 4 novembre 1982 : Juris-Data n°029268 ; Metz, 27 septembre 1990 : Juris-Data n°048322 ;

dernier cas, la position stricte de la jurisprudence est justifiée, mais elle ne saurait être étendue, sans abus, à l'ensemble des concubinages qui ne sont pas systématiquement incompatibles avec un projet sérieux.

389. Cependant, la jurisprudence dominante adopte désormais une conception plus libérale.

Tout d'abord, dans deux arrêts rendus les 4 octobre 1965 et 21 avril 1982, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond le droit d'apprécier souverainement, et de constater l'existence d'une promesse de mariage sans que celle-ci revête une forme particulière[1148], ce qui n'empêche pas les seconds d'être rigoureux dans l'exercice de leur pouvoir. Dans cet esprit, un arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence du 10 mars 1998[1149] a considéré qu'il n'était pas possible de retenir la responsabilité pour rupture abusive d'une promesse de mariage, dès lors que le demandeur ne démontrait pas l'existence d'une telle promesse acceptée. De même, un arrêt de la Cour de Basse-Terre du 15 décembre 1997[1150] a jugé que la remise par le concubin d'un chèque en paiement partiel d'une bague achetée par la concubine n'établit ni la réalité de la promesse de mariage ni l'abus dans la rupture de cette promesse.

Ensuite, un arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1982 avait déclaré que « *les relations stables et continues* » ne supposaient pas « *pour autant la preuve d'un quelconque engagement pour l'avenir, qui serait incompatible avec la notion même de concubinage* »[1151].

Enfin, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 mars 1988[1152] a assimilé le mariage célébré selon les coutumes marocaines, sans valeur au regard du droit français, à une promesse de mariage, et a considéré qu'en rompant unilatéralement ces fiançailles, le fiancé avait commis une faute engendrant un dommage d'autant plus important que la jeune femme était de civilisation musulmane, qu'une défaveur importante s'attachait à de telles ruptures, et que la fiancée délaissée risquait de rencontrer des difficultés pour trouver un autre époux. Cette position doit être qu'approuvée, car cette espèce révèle une pratique fort préjudiciable à

Civ. 2ème, 28 avril 1993 : D., 1995, jur., pp. 330 et s., note B. MATHIEU ; Rennes, 2 décembre 1996 : Juris-Data n° 049900.

1148. Civ. 1ère, 4 octobre 1965 : Juris-Data n°000507 ; Civ. 2ème, 21 avril 1982 : Bull. civ., II, n°59, pp. 41 et s. ; R. T. D. civ., 1983, pp. 322 et s., obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

1149. Aix-en-Provence, 10 mars 1998 : Dr. fam., avril 1999, comm., n° 37, p. 16, obs. H. LÉCUYER.

1150. Basse-Terre, 15 décembre 1997 : Dr. fam., avril 1999, comm., n° 37, p. 16, obs. H. LÉCUYER.

1151. Civ. 1ère, 23 février 1982 : Bull. civ., I, n°86, pp. 74 et s. ; D., 1982., I. R., p. 458, obs. D. HUET-WEILLER.

la femme, qui n'est pas isolée. Il est regrettable de constater que cette jurisprudence protectrice ne soit pas toujours suivie. Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris du 8 décembre 1992 a refusé de déduire d'un mariage religieux célébré selon la coutume musulmane l'existence de fiançailles, ce qui a conduit un auteur à observer que « *les intéressés étaient civilement concubins (et religieusement mariés)* »[1153].

390. Cependant, les juges du fond sont généralement favorables, à cette souplesse des preuves. Ainsi, deux concubins âgés de 59 et 47 ans ont été dispensés d'apporter la preuve de fiançailles formalisées, au motif qu'une cérémonie aurait dans ce cas un caractère désuet et perdrait toute signification spirituelle[1154]. Dans une optique plus libérale, il a été jugé que la preuve d'une promesse de mariage pouvait résulter de la production d'une photographie de la cérémonie où la tenue vestimentaire des participants prouvait la solennité de l'événement[1155]. Dans le même ordre d'idées, l'existence de fiançailles a été déduite de la commande de dragées et de l'achat d'une bague[1156].

Par ailleurs, l'accomplissement de démarches administratives, avec une intention matrimoniale marquée, permet souvent de prouver plus facilement les fiançailles. Il en est ainsi en cas de réunion de plusieurs éléments (certificat de la mairie indiquant la date de la célébration, lettre du fiancé au maire pour indiquer son renoncement, la facture d'une robe de mariée, etc.[1157]) de dossier complet déposé à la mairie[1158], et de diligences d'un mariage effectuées dans les formes du droit civil, avec publication des bans[1159]. Cependant, par un arrêt du 14 février 1995, la Cour de cassation a considéré que la preuve des fiançailles ne résultait pas de la production d'un certificat médical attestant d'une visite prénuptiale[1160].

Pour aller à l'encontre de la démonstration de l'existence des fiançailles, il arrive parfois que les défendeurs à ces actions soutiennent le plus souvent vainement, soit un prétendu vice du

---

1152. Civ. 1ère, 15 mars 1988 : Gaz. Pal., 1989, I, pp. 374 et s., note J. M.
1153. Paris, 8 décembre 1992 : D., 1994, jur., pp. 272 et s., note C. HOCHART.
1154. Montpellier, 7 juillet 1982 : Juris-Data n°000938.
1155. Paris, 30 novembre 1982 : Juris-Data n°028369.
1156. Montpellier, 19 février 1987 : Juris-Data n°0433.
1157. Reims, 30 juin 1983 : Juris-Data n°044353 ou 044587.
1158. Douai, 15 mars 1988 pourvoi rejeté par Civ. 1ère, 15 mars 1988 : pourvoi n°86-12.152.
1159. Colmar, 7 février 1992 : Juris-Data n°041957.
1160. Civ. 1ère, 14 février 1995 : pourvoi n°93-12-863.

consentement fondé par exemple sur la versatilité et le caractère fantasque du fiancé[1161], soit un supposé chantage[1162].

Mais parallèlement, certaines personnes essaient de faire croire à l'existence de fiançailles. Ainsi, par un arrêt du 21 mai 1986, la Cour de cassation[1163] a considéré qu'un accord, signé par les parties, intitulé « *promesse de mariage* », prévoyant un devoir mutuel de fidélité, de secours, d'assistance, ainsi que la possibilité pour chacun de concourir à la direction morale et matérielle de l'autre et décidant que les deux appartements constituaient un logement commun, ne pouvait pas être considéré comme une véritable promesse de mariage dans la mesure où il ne faisait aucune allusion aux formalités légales exigées par la loi française et ne fournissait aucune indication de date ni de lieu, ni sur la publication des bans, ni *a fortiori* sur la célébration.

Les principes de base applicables aux fiançailles étant désormais cernés, il convient d'examiner les conditions pratiques et les effets de leur rupture.

1161. Paris, 12 mai 1987 : Juris-Data n°022173.
1162. Paris, 7 mars 1989 : Juris-Data n°021391.
1163. Civ. 1ère, 21 mai 1986 : pourvoi n° 85-10.886.

SECTION 2
LES CONDITIONS PRATIQUES ET LES EFFETS DE LA RUPTURE DES FIANÇAILLES

391. La pratique considère que la rupture des fiançailles justifie l'intervention du droit. En premier lieu, celle-ci, intervenue dans certaines circonstances, accompagnées d'un préjudice, peut motiver la mise en jeu de la responsabilité du fiancé fautif (§ 1). En second lieu, cette rupture produit des conséquences, qui varient en fonction de ses causes : décès ou volonté des parties (§ 2).

§ 1 - LA MISE EN JEU DE LA RESPONSABILITÉ DES FIANCÉS À L'OCCASION DE LA RUPTURE DES PROMESSES DE MARIAGE

392. Les promesses de mariage constituent parfois des vecteurs à l'infraction délictuelle d'escroquerie[1164]. Pour être pénalement sanctionnables, ces promesses doivent être accompagnées d'agissements spécifiques donnant crédit aux mensonges, comme par exemples l'existence de procédés combinés constituant des manoeuvres ayant eu pour effet de faire naître chez la victime l'espérance d'un événement chimérique (achat par la fiancée d'un appartement appartenant au promis en graves difficultés financières et vivant en concubinage avec une autre maîtresse, remise de somme d'argent et reconnaissance de dette[1165]), la persuasion d'un crédit imaginaire pour obtenir une procuration pour le compte de la fiancée[1166], prévenu ayant sympathisé avec une victime handicapée mentale en lui ayant fait croire à la possibilité d'un mariage, en vue duquel il lui avait vendu des vêtements et avait

---

1164. Toulouse, 3 mai 1995 : Juris-Data n°047054.
1165. Crim., 27 janvier 1976 : Bull. crim. n°29, pp. 69 et s. ; Gaz. Pal., 1976, I, p. 291.
1166. Paris, 14 octobre 1980 : Juris-Data n°000846.

obtenu la remise de sommes d'argent importantes[1167], ou prévenue ayant fait croire à sa victime qu'elle accepterait de l'accueillir sous son toit et avait reçu de lui des cadeaux et des sommes d'argent, en usant de plusieurs procédés : sorties et promenades savamment dosées, réception du mobilier et empêchement de rencontrer ses proches[1168].

Dans le même ordre d'idées, la responsabilité d'un fiancé a été retenue dans une situation quasi-frauduleuse : le promis avait rompu une première fois, puis, il avait repris contact pour soutirer des avantages financiers à sa fiancée, avant de la laisser démunie[1169].

Mis à part ces cas heureusement exceptionnels, et par application de la théorie de l'abus de droit, la jurisprudence admet que la rupture unilatérale des fiançailles, en elle-même licite, peut engager la responsabilité de son auteur, fondée sur le principe d'équité[1170] consacré par l'article 1382 du Code civil. Sur ce point, un auteur reconnu[1171] souligne lumineusement que « *le statut des fiançailles ou promesses de mariage en droit français illustre bien ce que peut être le domaine de l'abus par rapport à celui du détournement. Partant du principe bien connu selon lequel la période prématrimoniale ne saurait avoir de statut juridique préalable, la jurisprudence a tout de même accepté à partir des arrêts du XIXème siècle de sanctionner l'abus dans la rupture. Les conditions posées peu à peu par la jurisprudence respectent cette différence : on ne saurait donc détourner les fiançailles mais on peut les utiliser pour nuire volontairement ou involontairement à autrui. L'exigence d'une faute détachable illustre bien l'absence de finalité, la faute ne pouvant consister dans une infraction à une finalité légale qui n'existe pas* ».

Dans cette hypothèse, il appartient au fiancé délaissé d'établir la preuve des trois éléments nécessaires à la mise en oeuvre de la responsabilité : une faute (A), un préjudice (B) et un lien de causalité (C).

1167. Crim., 22 octobre 1987 : Gaz. Pal., 1988, I, pp. 114 et s., note J. –P. DOUCET ; R. S. crim., 1989, pp. 117 et s., obs. P. BOUZAT.
1168. Crim., 28 mars 1996 : Dr. pén., août-septembre 1996, comm., n° 183, pp. 6 et s., obs. M. VÉRON.
1169. Colmar, 9 décembre 1981 : Juris-Data n°042128.
1170. Dijon, 10 février 1892 : S., 1892, II, pp. 197 et s.
1171. J. HAUSER, « *Le droit de la famille et l'utilitarisme* » : *in* L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRÉ, Dalloz, P. U. F., Éditions du Juris-Classeur, 1999, pp. 451 et 452.

A - LA FAUTE A L'OCCASION DE LA RUPTURE

393. Toute rupture des fiançailles n'est pas une faute, parce que celles-ci sont un temps d'épreuve, d'approfondissement, par chacun des fiancés, de son futur époux, et que mieux vaut rompre maintenant, avant la célébration, que de dissoudre plus tard le mariage par un divorce. C'est ce que rappelle très clairement un jugement du Tribunal de grande instance de Périgueux du 24 octobre 1995[1172] dans ces termes : *« le droit doit garantir la liberté absolue d'acquiescer ou de renoncer au mariage, jusqu'au jour de sa célébration par l'officier d'état civil, cette liberté matrimoniale, jusqu'à la conclusion du mariage, se justifiant plus encore présentement que dans le passé, en un temps où le divorce peut être obtenu plus aisément par les époux. Il y aurait contradiction à imposer le mariage à des fiancés tout en reconnaissant, aux époux, des facilités pour s'en dégager. Toutefois cette liberté n'autorise pas les fiancés, à agir avec déloyauté, légèreté, ou abus dans leurs rapports, la matière n'échappant pas aux principes de la responsabilité civile régissant l'ensemble de la vie sociale ».* Ainsi, la faute consiste en un abus de la liberté de rompre les fiançailles et la preuve de celle-ci résulte soit des circonstances, soit des motifs de la rupture. Parfois, l'examen de ces circonstances permet de la constater (a). Mais, plus souvent, l'auteur de la rupture doit justifier son attitude (b).

a - LES CIRCONSTANCES DE LA RUPTURE

394. La rupture est considérée comme fautive, si elle est entourée de circonstances particulières comme la brutalité, la légèreté, la malveillance ou le caprice.

1 - La rupture brutale

1172. T. G. I. Périgueux, 24 octobre 1995 : Les petites affiches, n°90, du 26 juillet 1996, pp. 33 et s., note G. CHAROLLOIS.

395. La majorité des décisions retenant la responsabilité de l'un des fiancés font référence à une rupture brutale, parce que tardive ou imprévisible, et non motivée. Toutefois, si le caractère tardif de la rupture est un élément de la faute, il ne suffit pas généralement à lui seul pour la constituer. Cependant, des faits suffisamment caractérisés sont parfois porteurs en eux-mêmes de la preuve de la faute. À cet égard, la jurisprudence est très abondante. Ainsi, les tribunaux admettent souvent qu'une rupture, *in extremis* et non justifiée, est fautive et plus celle-ci se rapproche de la date prévue pour le mariage, plus les juges retiennent la responsabilité de l'auteur de la rupture. Ainsi, cette conception a été appliquée dans les cas suivants, classés en fonction de la proximité de la rupture, par rapport au mariage : rupture soudaine et brutale[1173], rupture tardive et inattendue[1174], rupture à une date proche du mariage[1175], abandon brutal et sans raison d'une jeune fille de dix-huit enceinte[1176], rupture un mois avant la cérémonie sans aucune justification, par légèreté et caprice[1177], rupture une vingtaine de jours avant le mariage de manière brutale, accompagnée d'aucune explication et sans ménagements[1178], fiancée délaissée enceinte, ayant démissionné de son emploi et victime d'une rupture quinze jours avant le mariage, pour lequel des frais de préparatifs avaient été engagés[1179], rupture sans motif particulier, dix jours avant la cérémonie dont les préparatifs étaient très avancés[1180], rupture brusque par l'envoi d'une carte « *pneumatique* » huit jours avant la date fixée pour la célébration[1181], rupture, sans avertissement préalable, huit jours avant le mariage rendant inopérant le fait d'invoquer une justification[1182], rupture, sept jours avant le mariage au motif fallacieux que l'accouchement de la fiancée devait avoir lieu trois mois plus tard alors que cette dernière n'avait pas caché son état[1183], rupture, cinq jours avant le mariage, qualifiée de nettement intempestive et brutale, au motif prétendu que les fiancés appartenaient à des milieux différents, alors que le promis connaissait depuis longtemps

---

1173. Paris, 30 novembre 1982 : Juris-Data n° 028369.
1174. Reims, 30 juin 1983 : Juris-Data n°044353 ou 044587 ; D., 1986, I. R., pp. 64 et s., obs. D. HUET-WEILLER.
1175. Civ. 1ère, 29 avril 1981 : Bull. civ., I, n°143, pp. 118 et s.
1176. Civ. 1ère, 6 novembre 1974 : Bull. civ., I, n° 296, pp. 254 et s.
1177. Montpellier, 8 juin 1983 : Juris-Data n°000881.
1178. Bordeaux, 14 novembre 1985 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1986, 2, pp. 318 et s., note J. HAUSER.
1179. Colmar, 7 février 1992 : Juris-Data n°041957.
1180. Dijon, 11 décembre 1996 : Juris-Data n° 049756.
1181. Trib. civ. Seine, 1ère ch., 10 mai 1932 : D. H., 1932, p. 390.
1182. Douai, 8 janvier 1985 : Juris-Data n°040046.
1183. Civ. 2ème, 22 octobre 1970 : Bull. civ., II, n° 285, p. 215.

toutes les données de la situation[1184], rupture, quatre jours avant la célébration, bancs publiés et faire-part envoyés[1185], ou rupture dans le même délai dès lors qu'un dîner de fiançailles avait eu lieu, que les vêtements avaient été achetés et les personnes en relation avec la famille invitées à la cérémonie[1186], rupture la veille du mariage[1187], sans explication valable[1188], ou sans justes motifs[1189], la courte durée des fiançailles invoquée étant sans incidence[1190], rupture le matin même[1191], voire une heure avant par un « *brutal télégramme* » assorti d'aucun motif légitime[1192].

Mis à part le caractère tardif et non motivé de la rupture, la jurisprudence retient également que la faute peut résulter d'un acte de légèreté ou de malveillance.

2 - La légèreté, la maladresse, le caprice

396. Une faute sera relevée à la charge d'un fiancé qui a rompu par légèreté[1193], ou qui a agi par l'effet soit d'un pur caprice[1194], soit d'un caprice déloyal et perfide lorsque la désunion résulte de l'envoi d'un brusque avis sans formule de courtoisie, trahissant un complet manque d'égards[1195], ou par cupidité en vue d'un établissement meilleur[1196].

1184. Civ. 2ème, 2 juillet 1970 : Bull. civ., II, n° 235, pp. 178 et s. ; D., 1970, jur., p. 743.
1185. T. G. I Aix-en-Provence, 4 décembre 1975 : Gaz. Pal., 1976, somm., p. 106.
1186. Riom, 12 juin 1934 : D. H., 1934, pp. 549 et s.
1187. Req. 12 novembre 1901 : D., 1902, I, pp. 46 et s. ; Paris, 22 avril 1955 : D., 1955, jur., pp. 598 et s. ; J. C. P., 1955, II, 8913 ; T. G. I. Paris, 7 juin 1989 : Juris-Data n°044052.
1188. Paris, 12 mai 1987 : Juris-Data n°022173 ; D., 1987, I. R., p. 142.
1189. Lyon, 5 février 1913 : Gaz. Pal., 1913, I, p. 473.
1190. Colmar, 12 octobre 1990 : Juris-Data n°048113.
1191. Req. 23 juin 1938 : Gaz. Pal., 1938, 2, p. 586.
1192. Paris, 8 novembre 1957 : D., 1958, jur., p. 45 ; R. T. D. civ., 1958, pp. 232 et s., obs. H. DESBOIS.
1193. Req., 16 janvier 1877 : S., 1877, I, pp. 165 et s., rapp. M. ONOFRIO ; Aix-en-Provence, 27 juin 1995 ; Juris-Data n°047054.
1194. Civ. 3 juillet 1944 : D., 1945, p. 81 ; Gaz. Pal., 1944, 3, p. 121.
1195. Colmar, 12 juin 1970 : D., 1970, jur., pp. 406 et s., note G. WIEDERKEHR, confirmé par Civ. 2ème, 18 janvier 1973 : J. C. P., 1974, II, 17794.
1196. Paris, 20 novembre 1913 : Gaz. Pal, 1913, 2, pp. 671 et s.

Autrefois, l'argument de la durée des fiançailles était parfois retenu, la faute résidant alors plutôt dans le fait d'avoir laissé durer que dans celui de la rupture proprement dite[1197]. Aujourd'hui, cet argument isolé est souvent écarté, car si les fiançailles ont duré trop longtemps, elles s'apparentent majoritairement à un concubinage, et elles perdent leur caractère spécifique[1198]. Par contre, cet argument peut constituer une faute, s'il est corroboré par d'autres éléments[1199]. Cependant, les circonstances de la rupture ne sont en fait qualifiées de fautives que si l'auteur de celle ci n'invoque pas de motifs sérieux et légitime.

b - LES MOTIFS DE LA RUPTURE

397. Logiquement, et en application du principe de la liberté de la rupture jusqu'au mariage, le défendeur à l'action en responsabilité ne devrait pas avoir à fournir de justifications. En effet, la jurisprudence énonce qu'il appartient à la victime de prouver la faute requise, au même titre que les autres éléments constitutifs de la responsabilité[1200]. Mais en fait, les choses sont rarement simples, comme souvent en matière de charge de la preuve, d'autant que les circonstances apparentes de la rupture sont souvent défavorables au défendeur auquel il est demandé de prouver l'existence d'un motif défendable, alors que le doute doit lui profiter. Ainsi, l'appréciation de la charge de la preuve était naguère problématique lorsque la fiancée délaissée était enceinte, puisque l'existence d'un enfant présent ou à venir conduisait souvent les tribunaux à qualifier cette rupture de fautive[1201], si bien que le fiancé souhaitant échapper à

1197. Riom, 26 mars 1941 : S., 1941, II, pp. 45 et s. ; Civ. 1ère, 30 novembre 1959 : Gaz. Pal., 1960, I, pp. 250 et s. ; Civ. 2ème, 22 octobre 1970 : Bull. civ., II, n°285, p. 215 ; Civ. 1ère, 3 novembre 1976 : Bull. civ., I, n°322, pp. 258 et s.

1198. Colmar, 1er juin 1984 : Juris-Data n°041592 ; Pau, 20 mars 1985 : Juris-Data n°041615.

1199. Paris, 7 octobre 1954 : D., 1955, jur., p. 100 ; Amiens, 2 mars 1979 : Gaz. Pal., 1980, somm., pp. 182 et s. ; Colmar, 18 septembre 1992 : Juris-Data n°047971.

1200. Civ., 2 mars 1926 : D. P., 1927, 1, pp. 67 et s. ; Civ. 1ère, 14 février 1995 : Dr. et patr., juin 1995, jur., p. 71.

1201. Req., 14 juin 1944 : Gaz. Pal., 1944, 2, pp. 82 et s. ; Civ., 18 octobre 1950 : Gaz. Pal., 1950, 2, p. 389 ; D., 1951, somm., p. 7 ; Civ. 1ère, 7 juin 1963 : D., 1964, jur., pp. 621 et s., note J. PRADEL ; R. T. D. civ., 1964, pp. 85 et s., obs. H. DESBOIS ; Civ. 1ère, 3 novembre 1976 : Bull. civ., I, n° 259, pp. 258 et s. ; Civ. 1ère, 3 janvier 1980 : Bull. civ., I, n° 5, pp. 4 et s. ; Civ. 1ère, 29 avril 1981 : Bull. civ., I, n° 144, p. 119.

la mise en jeu de sa responsabilité devait apporter la preuve du ou des motifs susceptibles de justifier de son attitude[1202].

Fondé sur l'équité qui commandait l'indemnisation de deux victimes, la fiancée et l'enfant, ce renversement de la charge de la preuve avait conduit la jurisprudence à créer une présomption de faute à l'encontre du fiancé. Cette position était critiquée par un auteur qui considérait qu'il y avait incompatibilité entre la liberté de rompre et l'exigence d'un contrôle des motifs qui devaient être légitimes[1203], et qui faisait un rapprochement étonnant : le refus de se marier serait moins bien sauvegardé que le refus d'acheter un produit ou le refus de vendre son bien pour lesquels la jurisprudence a toujours refusé de contrôler les motifs.

Cette démonstration est partiellement inexacte. En effet, si le refus pour un consommateur d'acheter un produit à un commerçant s'apparente à un droit discrétionnaire, insusceptible d'abus, le refus opposé par un commerçant de vendre un produit ou de fournir la prestation d'un service à un consommateur est interdit, sauf motif légitime[1204]. De plus, un autre auteur avait estimé que la faute ne devait pas être recherchée dans la rupture des fiançailles, mais dans le fait de ne pas assurer à son enfant une vie familiale normale[1205].

398. En outre, un auteur estimait qu'il ne fallait exagérer la portée de cette présomption de faute de l'homme, parce qu'en réalité la faute résidait dans le fait d'avoir laissé croire ou de berner le partenaire sur ses véritables intentions, que « *toute la question est de savoir s'il y a faute à laisser supposer à sa partenaire que la survenance d'un enfant est sinon souhaitée, du moins prévue avec les obligations, que cela engendre pour le père* »[1206], et qu'il n'était plus juste d'affirmer que les tribunaux renversent la charge de la preuve et exigent que le fiancé établisse l'absence de motifs légitimes pour ne pas être tenu[1207].

À l'appui de sa démonstration, cet auteur se fondait sur l'existence de trois arrêts d'appel.

[1202]. Civ. 1ère, 22 février 1972 : J. C. P., 1972, II, 17111 ; Civ. 1ère, 15 mai 1973 : Bull. civ., I, n° 167, pp. 150 et s. ; Civ. 1ère, 6 novembre 1974 : préc. ; Colmar, 12 juin 1970 : D., 1971, jur., pp. 406 et s., note G. WIEDERKEHR, et sur pourvoi, Civ. 2ème, 18 janvier 1973 : J. C. P., 1974, II, 17794.
[1203]. A. BÉNABENT, *« La liberté individuelle et le mariage »* : R. T. D. civ., 1973, pp. 440 et s., spc. n°36.
[1204] Articles L. 122-1, alinéa 1er et L. 121-13-2° du Code de la consommation.
[1205]. J. –M. DE BERMOND DE VAULX, *« La promesse d'épouser sa maîtresse »* : D., 1966, chron., pp. 137 et s.
[1206]. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Les promesses de mariage* » : R. T. D. civ., 1983, pp. 317 et s.
[1207]. J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Fiançailles »* : R. T. D. civ., 1989, pp. 277 et s.

Dans deux arrêts rendus les 19 février 1985[1208] et 23 mars 1987[1209], la Cour de Montpellier avait rejeté les demandes d'indemnisation des deux fiancées délaissées au motif que les mariages des promis avec d'autres personnes que les requérantes ne caractérisaient pas leurs fautes dans les ruptures, alors que celles-ci étaient intervenues la veille des mariages.

Dans un arrêt du 8 juillet 1986[1210], la Cour d'Orléans avait déclaré que « *la seule violation d'une promesse de mariage ne saurait elle-même justifier une action en dommages et intérêts à défaut de la preuve par le demandeur de l'imputabilité de la rupture à l'autre partie et de la faute de celle-ci dans la rupture* ».

Ce retour à la conception traditionnelle de la charge de la preuve conduit la jurisprudence récente à ne plus se laisser influencer par la grossesse de la femme. Néanmoins, cette position, imprégnée de logique juridique et adaptée au libéralisme des moeurs, peut parfois conduire à des situations iniques, où la preuve d'un fait négatif sera très difficile à administrer, notamment si le fiancé a le cynisme d'alléguer que la cause de la rupture réside dans son manque d'amour, et de prétendre que sa franchise est des plus louables, puisqu'elle a permis d'éviter un échec conjugal. Ainsi, un arrêt de la Cour de Colmar du 7 février 1992 a estimé qu'il n'y avait plus de présomption de faute du fait qu'une naissance était intervenue[1211]. Il serait intéressant que la Cour suprême puisse se prononcer sur cette position, qui *a priori* déresponsabiliserait le fiancé, si elle était confirmée. En effet, selon un auteur, « *n'est ce pas accorder une prime à l'inconstance des sentiments que de tolérer que celui qui ne respecte pas sa parole, n'ait pas à se justifier* »[1212].

399. Dans le même ordre d'idées, et dans une affaire exemplaire, où un homme marié rompît une liaison, qu'il avait eue avec une femme consécutivement à une annonce matrimoniale, et qui engendra un enfant, un arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 1993 a considéré que la rupture était légitime au motif qu'aucune promesse de mariage ne liait les parties et que par conséquent, l'annonceur n'avait manqué à aucun engagement en mettant fin à ces relations.

[1208]. Montpellier, 19 février 1985 : Juris-Data n°0287.
[1209]. Montpellier, 23 mars 1987 : Juris-Data n°0746.
[1210]. Orléans, 8 juillet 1986 : Juris-Data n°0455552.
[1211] Colmar, 7 février 1992 : Juris-Data n°041957.
[1212]. J. –M. DE BERMOND DE VAULX, *« La promesse d'épouser sa maîtresse »* : D., 1966, chron., pp. 137 et s.

L'annotateur de cet arrêt regrette que le cynisme de cet homme ne trouve pas la moindre sanction, alors que son attitude se résume dans cette maxime « *je possède et je ne suis pas possédé* »[1213]. Cependant, dans cette affaire, le droit de la consommation aurait pu avoir son mot à dire si les plaideurs avaient eu l'ingéniosité de l'invoquer, car ainsi que le relève avec humour un auteur « *le mariage est entré dans la société de consommation. On veut bien des occasions, mais sous garantie* »[1214]. En tout état de cause, le droit de la consommation, pouvait partiellement suppléer la carence du droit civil par le biais du délit de publicité trompeuse, et du régime spécial de publicité qui oblige les agences matrimoniales, contrairement aux particuliers, à fournir un certain nombre d'indications précises sur elles-mêmes, les prestations fournies, et les coordonnées jugées essentielles de leurs clients assorties du descriptif de l'objet de leurs espérances matrimoniales.

Sur le premier point, l'homme âgé de cinquante neuf ans avait fait publier une annonce « *pour union* » dans le Chasseur français sous la rubrique « *mariages* » suivie de l'avertissement de la rédaction du journal *« nous n'acceptons que les annonces dans lesquelles l'intention matrimoniale est clairement exprimée »* et suivie encore de la rubrique « *propositions de mariage* » en dessous desquelles ladite annonce se trouvait insérée. Ces faits contrevenaient aux dispositions de l'article L.121-1 du Code de la consommation qui prévoient qu' « *est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, ... origine, ... portée des engagements pris par l'annonceur, qualités ou aptitudes...des prestataires* », et dont le champ d'application inclut les annonces émanant d'un simple particulier[1215].

Sur le second point, l'article 6-III, alinéas 2 et 3, de la loi n°89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs, ainsi qu'à diverses pratiques commerciales protège les personnes les plus vulnérables, « *les paumés de la solitude* »[1216], en instaurant un régime spécial de publicité qui oblige les agences matrimoniales à fournir, selon l'heureuse

---

[1213]. Civ. 2ème, 28 avril 1993 : D., 1995, jur., pp. 330 et s., note B. MATHIEU ; R. T. D. civ., 1995, pp. 604 et s., obs. J. HAUSER.
[1214]. J. –J. LEMOULAND, obs. ss. Civ. 1ère, 13 avril 1999 : D., 1999, somm. comm., p. 371.
[1215]. Crim., 24 mars 1987 : J. C. P. éd. E., 1988, II, 15321, note G. HEIDSIECK ; Crim., 13 juin 1992 : D., 1992, jur., pp. 430 et s., note G. PAIRE.
[1216]. M. –F. FEUERBACH-STEINLE, « *Le courtage matrimonial* » : Les petites affiches, n°89, du 27 juillet 1994, pp. 10 et s., spc. pp. 12 et 13.

expression d'un auteur, un « *portrait sociologique en raccourci* »[1217] de leurs clients, et en exigeant que « *chaque annonce précise le sexe, l'âge, la situation familiale, le secteur d'activité professionnelle et la région de résidence de la personne concernée, ainsi que les qualités de la personne recherchée par elle. Le professionnel doit pouvoir justifier de l'existence d'un accord de la personne présentée par l'annonce sur le contenu et la diffusion de celle-ci* ». Ces exigences, qui se rapprochent des règles concernant soit certaines offres publiques d'achat[1218], soit l'étiquetage des produits ou l'affichage des prix des prestations de services[1219], ne s'imposent juridiquement pas aux annonces émanant de personnes isolées, bien que comme l'estime un auteur, le monde de la vie quotidienne et l'univers de la publicité se ressemblent puisque dans les deux cas « *nous voulons des poses brillantes... nous nous livrons à une représentation idéale à caractère commercial* »[1220]. Cependant, il faut reconnaître que cette entrée en scène du droit de la consommation dans les fiançailles n'est que partielle, éphémère et involontaire. En effet, le droit civil, qui régit aussi les obligations des cabinets matrimoniaux, retrouve sa plénitude dans la détermination des motifs légitimes pouvant justifier la rupture des promesses de mariage.

Les motifs jugés légitimes de la rupture des fiançailles

400. Dans certaines espèces, il est difficile de distinguer les ruptures causées par des motifs légitimes qui sont licites, de celles motivées par le caprice qui sont fautives. Pour discerner ces subtilités psychologiques, la jurisprudence s'en remet au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, ce qui est critiqué par un auteur qui estime que celui-ci entame la liberté de rompre[1221].

1217. G. HEIDSIECK, « *Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial)* » : J. C. P., 1990, I, 3432, n°15.
1218. HAUSER J., « *Mariage. Courtage matrimonial* » : Jur. -Cl. civ., app. art. 144 à 147, fasc. 20, 5, 1992, p. 7, n° 18.
1219. F. de SINGLY, « *Les manoeuvres de séduction : une analyse des annonces matrimoniales* » : Revue française de sociologie, 1984, pp. 523 et s.
1220. E. GOFFMAN, *« La ritualisation de la féminité »* : Actes de la recherche en sciences sociales, 1977, 14, pp. 34 et s.
1221. A. BÉNABENT, Droit civil, La famille : préc., p. 47.

L’examen de cette jurisprudence subtile montre que les motifs, jugés légitimes et excluant tout droit à indemnité, sont souvent immatériels et plus rarement matériels.

Les raisons légitimes et immatérielles les plus fréquemment admises par la jurisprudence sont : l'absence prolongée de l'une des parties, la survenance d'une maladie[1222] ou d'une infirmité, une condamnation pénale, ou la découverte d'un fait de nature à ternir la réputation, même s'il s'agit d'un simple revers de fortune, dès lors que celui-ci met les futurs époux dans l'impossibilité de supporter les charges du ménage, la fin de l'harmonie du couple qui se manifeste soit par manque d'amour[1223], soit par l’existence d’une scène à trois jours du mariage[1224], soit par leur incompatibilité d'humeur[1225], soit par la découverte d'une liaison du fiancé[1226], soit par l’absence de dialogue préalable à la rupture[1227], des difficultés avec les enfants des fiancés[1228], une grande différence d'âge[1229], et l’impossibilité de se marier résultant soit du fait que l'un des prétendus fiancés est engagé dans les liens du mariage[1230], soit du refus d'une autorisation juridiquement nécessaire à la conclusion du mariage (parents d’un mineur[1231], ou supérieur d'un gendarme[1232]).

401. Les tribunaux connaissent parfois d'espèces, où des raisons matérielles ont été considérées comme causes justifiées de la rupture.

Ainsi, dans une affaire, le père de la fiancée avait exigé quelques jours seulement avant la date de la célébration du mariage que sa fille et son fiancé adoptent le régime de la séparation de biens avec communauté d'acquêts, alors que sur les conseils de son notaire, le fiancé voulait se marier sous le régime de la séparation de biens pure et simple, un arrêt de la Cour

---

1222. T. G. I. Paris, 26 janvier 1981 : cité par R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Les promesses de mariage* » : R. T. D. civ., 1983, p. 318.
1223 Trib. civ. Avranches, 27 avril 1953 : D., 1953, jur., pp. 363 et s.
1224. Bordeaux, 6 juin 1978 : Juris-Data n°06020.
1225. Orléans, 1er décembre 1987 : Juris-Data n°047650.
1226. Paris, 8 décembre 1992 : Juris-Data n°023695.
1227. Civ. 1ère, 4 janvier 1995 : R. T. D. civ., 1995, pp. 604 et s., obs. J. HAUSER.
1228. Bordeaux, 10 juillet 1985 : Juris-Data n°041725.
1229. Trib. civ. Seine, 4 mai 1943 : Gaz. Pal., 1943, I, p. 283 ; Montpellier, 19 mars 1954 : D., 1954, jur., pp. 377 et s. ; Montpellier, 19 février 1987 : Juris-Data n°000433.
1230. T. G. I. Nanterre, 16 juillet 1975 : Gaz. Pal., 1975, 2, pp. 779 et s. ; Rennes, 9 mars 1982 : Juris-Data n°041153 ; Reims, 12 décembre 1985 : Juris-Data n°044456 ; Dijon, 7 février 1928 : D., 1928, II, pp. 169 et s., note P. VOIRIN ; Caen, 15 juin 1987 : Juris-Data n°048298.
1231. Paris, 27 janvier 1955 : D., 1959, somm., p. 8 ; Trib. civ. Bordeaux, 13 février 1957 : Gaz. Pal., 1957, 2, p. 8.
1232. Civ. 1ère, 3 novembre 1966 : Bull. civ., I, p. 375.

de cassation du 19 juillet 1966 a jugé que si le père agissait dans le souci légitime de régler l'avenir matrimonial de sa fille, le fiancé avait un droit au moins égal de refuser un contrat qu'il considérait comme un régime de méfiance à son égard, et qu'en conséquence, la rupture des fiançailles était justifiée par la volonté des deux parties de rester sur leurs positions légitimes quoique opposées[1233]. Cette position est justifiée dès lors que l'intérêt triomphant de l'amour, la rupture devient logique et souhaitable.

Dans un arrêt du 9 mars 1976, la Cour de Toulouse a jugé que la rupture de la promesse de mariage était licite lorsque la fiancée, âgée de cinquante et un ans, n'était pas décidée à abandonner sa situation professionnelle à Paris pour s'installer en province[1234].

Pour deux auteurs, « *la jurisprudence établit une sorte de bilan de la rupture, en inscrivant d'office au compte de celui qui rompt le droit de rompre, et en appréciant ensuite au regard de ce droit, ce qui peut l'équilibrer (circonstances, temps, manière de rompre, motifs ou prétextes, etc.), voire finalement justifier l'action du demandeur* »[1235]. Mais, ce bilan parait démodé, dès lors que le divorce peut aujourd'hui être prononcé pour altération définitive du lien conjugal sur le simple constat d'une absence de vie commune de deux ans, sans survivance du devoir de secours.

Néanmoins, un auteur propose d'expliquer cette jurisprudence par la coexistence d'obligations contractuelles qui diffèrent en fonction de deux situations.

« *Si deux personnes décident de s'engager, sans aller trop loin dans l'engagement (aucune date de mariage n'est fixée, aucun acte préliminaire manifestant une volonté de se marier n'apparaît), ne pouvons pas nous dire que les fiancés sont débiteurs d'une obligation de moyens ?*

En revanche, si les fiancés sont à ce point engagés que les bancs sont publiés, et les faire-part de mariage envoyés, ne peut-on alors parler d'obligation de résultat ? Un tel raisonnement ne nous permet-il pas de comprendre les contradictions de la jurisprudence actuelle, qui exige en principe la démonstration d'une faute, mais qui semble parfois selon les circonstances, présumer la faute ? Nous pensons qu'entre fiancés existe une obligation de moyens qui se

---

[1233]. Civ. 1ère, 19 juillet 1966 : D., 1966, jur., pp. 632 et s.
[1234]. Toulouse, 9 mars 1976 : D.; 1976, somm., p. 88.

nove, avec le temps, en une obligation de résultat. La publication officielle du projet de mariage pourrait être l'événement marquant la novation de l'obligation »[1236].

Quoique fort intéressante, cette analyse n'est pas convaincante parce que la jurisprudence actuelle continue de se fonder sur les règles de la responsabilité délictuelle et que la création d'une obligation de résultat postérieure à la publication des bancs contrevient à la règle fondamentale du consentement libre au mariage.

La preuve de la faute imputable à l'auteur de la rupture étant administrée, le fiancé, qui souhaite obtenir réparation, doit désormais établir son préjudice.

B - LE PREJUDICE SUBI DU FAIT DE LA RUPTURE

402. En l'absence de tout préjudice, la rupture des fiançailles ne donne pas lieu à des dommages et intérêts[1237], même lorsque la promesse avait été précédée d'un mariage religieux, celui-ci n'ayant constitué qu'une manoeuvre[1238].

Seul le ou la fiancé(e) victime de la rupture peut réclamer réparation du préjudice qui lui a été causé. Aucun droit similaire n'est reconnu au fiancé qui a volontairement mis fin aux fiançailles, même si cette rupture était motivée par l'inconduite notoire de la jeune fille[1239].

En cas d'accident mortel, engageant la responsabilité de son auteur, le fiancé de la victime peut réclamer une indemnité en réparation des préjudices matériel et moral que lui cause la disparition de celui qui lui avait promis le mariage[1240]. Cette solution, longtemps discutée, et à laquelle la Cour de cassation fût un certain temps hostile[1241], est aujourd'hui admise sans

---

1235. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Droit civil, La famille Fondation et vie de la famille : préc., p. 40.
1236. X. LABBÉE, Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ? : préc., p. 126.
1237. Riom, 11 août 1846 : D. P., 1846, 2, pp. 179 et s.
1238. Req., 6 juin 1821 : Jur. gén., voir Mariage n°90-5° ; Trib. civ. Avignon, 14 mai 1913 : Gaz. Trib., 19 septembre 1913.
1239. Trib. civ. Alençon, 15 mars 1932 : D. P., 1934, 2, pp. 39 et s.
1240. Crim., 16 décembre 1954 : J. C. P, 1955, I, 8505 ; Crim., 3 janvier 1956 : D. 1956, jur., p. 216.
1241. Civ., 19 octobre 1943 : S., 1945, I, p. 1, note J. –M. CHARTROU ; Gaz. Pal., 1944, I, p. 5 ; R. T. D. civ., 1944, pp. 31 et s., obs. H. et L. MAZEAUD ; D. C., 1944, jur., p. 14, note H. LALOU ; J. C. P., 1945, II, 2893, note R. RODIÈRE ; Civ., 22 février 1944 : Gaz. Pal., 1944, I, pp. 239 et s. ; R. T. D. civ., 1944, pp. 175 et s., obs. H. et L. MAZEAUD ; D. 1945, jur., pp. 293 et s., note J. FLOUR ; Crim., 16 mars 1950 : S., 1950, I, pp. 182 et s. ; R. T. D. civ., 1951, p. 73, obs. H. et L. MAZEAUD.

difficultés depuis qu'un arrêt de la Chambre Mixte de la Cour de cassation du 27 février 1970 a jugé, à propos des prétentions d'une concubine, que « *l'article 1382 n'exige pas en cas de décès l'existence d'un lien de droit entre le défunt et le demandeur en indemnisation* »[1242].

En cas d'accident non mortel, mais faisant du fiancé un invalide atteint de *« paraplégie définitive, d'incontinence vésicale et rectale, de perte du sens génital »*, un arrêt de la Cour de Lyon du 26 mai 1966[1243] a accordé à la fiancée épousant cet handicapé, un an et demi après l'accident, une indemnité substantielle au motif que « *le dommage, né de la faute d'un tiers et consécutif à une situation dont la victime a, par dévouement délibéré, accepté les inconvénients, doit être intégralement réparé comme n'étant à aucun degré en relation de cause à effet avec le choix fait par celle-ci, mais résultant en totalité de la faute du tiers* ». Cet arrêt, justifié en équité par l'attitude admirable de cette fiancée exemplaire, était juridiquement critiquable, car le dommage de l'épouse avait été causé autant par la décision de cette dernière de se marier que par l'accident lui-même. Pourtant, il était possible de soutenir que la décision de la fiancée de se marier ne constituait que l'exécution de sa promesse antérieure, et sur ce plan la solution de la Cour de Lyon n'appelait pas la critique.

Cependant, dans ces cas d'accidents, seule une faute de la victime peut la priver du droit à réparation, et la conclusion du mariage promis dans l'espèce lyonnaise n'est pas une faute.

Fidèle à la conception prétorienne du droit commun de la responsabilité, prônant une notion de préjudice particulièrement large, la jurisprudence relative aux ruptures de fiançailles répare les dommages moral (a) et matériel (b), qui sont d'ailleurs souvent cumulativement relevés.

a – LE PRÉJUDICE MORAL

403. Bien qu'une rupture des fiançailles, imposée unilatéralement, entraîne chez le fiancé délaissé, une souffrance affective, les décisions judiciaires admettant la réparation du

---

[1242]. Mixte, 27 février 1970 : D., 1970, jur., pp. 201 et s., note COMBALDIEU ; J. C. P, 1970, II, 16305, concl. R. LINDON, note PARLANGE ; R. T. D. civ., 1970, pp. 353 et s., obs. G. DURRY.
[1243]. Lyon, 26 mai 1966 : R. T. D. civ., 1967, pp. 155 et s., obs. G. DURRY.

préjudice moral sont souvent anciennes et démodées, comme l'ont parfaitement noté deux auteurs[1244] en décrivant leurs motifs qui sont sommairement les suivants : tort moral éprouvé par un fiancé éconduit au regard de l'opinion publique[1245], abandon sans motifs d'une femme qui l'expose à la malignité publique et qui lui rend plus difficile un autre établissement [1246], malignité publique excitée par la différence de position des futurs, le mari très riche épousant la fille de son fermier sans fortune[1247], malignité publique dans une petite ville où la fiancée était domiciliée avec ses parents[1248], ridicule qui rejaillit sur le fiancé éconduit[1249], injure que la rupture implique[1250], atteinte à la sensibilité et à la réputation[1251], temps perdu du fait de fiançailles anciennes[1252].

La jurisprudence récente s'est adaptée au contexte actuel des fiançailles, où le préjudice moral apparaît souvent contestable, sauf à le réserver aux ruptures vraiment abusives, comme cela fût le cas pour une fiancée-concubine indemnisée à hauteur de 50 000 F (7 622,45 €) au motif que la rupture avait été brutale et soudaine après 6 ans de liaison dont trois de concubinage avec promesse de mariage, sans dialogue préalable, et qu'elle s'était matérialisée par le déménagement des affaires personnelles sans préavis et en l'absence du concubin[1253], ou pour une fiancée dont le promis avait rompu sans motif particulier, dix jours avant la cérémonie, alors que les préparatifs étaient très avancés et que l'homme avait lui-même insisté pour réaliser le projet de mariage[1254].

Conformément à l'opinion d'un auteur qui considère que « le fait de recevoir prestation et avantage ne suffit pas forcément à guérir le moral »[1255], la réparation accordée est désormais

---

1244. J. HAUSER et J. –J. LEMOULAND, « *Mariage* » : Répertoire de droit civil, n°173.
1245. Colmar, 23 janvier 1833 : Jur. gén., voir : Mariage, n°88-4°.
1246. Nîmes, 2 janvier 1855 : D. P., 1855, 2, p. 161 ; Nîmes, 7 mai 1882 : S., 1883, 2, pp. 95 et s. ;
Req., 29 décembre 1936 : Gaz. Pal., 1937, 1, p. 399 ; Civ. 1ère, 15 mai 1973 : D., 1973, I. R., p. 166 ; Civ. 1ère, 15 mars 1988 : Gaz. Pal., 1989, I, p. 374 et s., note J. M.
Sur la jurisprudence concernant la réparation juridique du préjudice sexuel, voir : M. BOURRIÉ-QUENILLET, « *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation* » : J. C. P., 1996, I, 3986, n°s 20, 22 et 27.
1247. Req., 16 janvier 1877 : préc.
1248. Trib. civ. Seine, 10 janvier 1933 : Gaz. Pal., 1933, I, pp. 666 et s.
1249. Paris, 25 février 1921 : Gaz. trib., 17 juillet 1921.
1250. Req., 12 novembre 1901 : préc. ; Riom, 12 juin 1934 : préc. ; Req., 23 juin 1938 : préc.
1251. Trib. civ. Bordeaux, 12 décembre 1922 : D. P., 1923, 2, pp. 44 et s.
1252. Amiens, 2 mars 1979 : Gaz. Pal., 1980, I, somm., pp. 182 et s.
1253. Colmar, 18 septembre 1992 : Juris-Data n°47971.
1254. Dijon, 11 décembre 1996 : Juris-Data n° 049756.
1255. J. HAUSER, « *Conditions et formes des dommages-intérêts liés au divorce* » : R. T. D. civ., 1993, pp. 336 et s., spc. p. 336.

modique, purement symbolique[1256] ou inexistante comme cela a été jugé dans deux cas, le premier pour atteinte à la réputation, la fiancée ayant vécu pendant vingt ans en concubinage notoire avec son fiancé[1257], et le second pour défaut de preuve de lien d'affection entre les parties[1258].

Par conséquent, si le fiancé délaissé souhaite désormais obtenir une indemnisation, il lui appartient de démontrer l'existence d'un préjudice matériel.

b – LE PRÉJUDICE MATÉRIEL

404. Traditionnellement, ce préjudice résultait des dépenses effectuées, en vue du mariage, et devenues inutiles du fait de la rupture[1259]. Ces dépenses, inhérentes à la célébration nuptiale prévue, et prises en considération pour l'évaluation du préjudice, étaient soit des frais d'installation d'un appartement destiné aux futurs époux[1260], soit des frais consécutifs à l'achat de vêtements[1261], soit des frais de voyage[1262], soit des frais d'invitation[1263], soit des frais de publication[1264], soit des frais exposés pour l'achat de mobilier[1265].

Aujourd'hui, la jurisprudence est moins encline à prendre en compte l'intégralité de ces frais. Ainsi, un arrêt de la Cour de Poitiers du 1er octobre 1986 a rejeté une demande de dommages et intérêts, au motif que les dépenses liées à la robe de mariée, au vin d'honneur, aux frais de

---

1256. T. G. I. Aix-en-Provence, 4 décembre 1975 : Gaz. Pal., 1976, I., somm., p. 106.
1257. Pau, 20 mars 1985 : Juris-Data n°041615.
1258. Metz, 27 septembre 1990 : Juris-Data n°048322.
1259. Lyon, 10 juillet 1869 : D. P., 1870, V, Pro., p. 290 ; Paris, 16 décembre 1874 : D. P., 1876, 2, pp. 236 et s. ; Req., 23 juin 1938 : Gaz. Pal., 1938, 2., p. 586 ; Paris, 3 décembre 1976 : D., 1976, jur., pp. 339 et s., note C. – I. FOULON-PIGANIOL.
1260. Paris, 16 décembre 1874 : préc.
1261. Besançon, 8 mai 1811 : Jur. gén., v° mariage, n°82 ; Req., 12 novembre 1901 : préc. ; Paris, 3 décembre 1976 : préc.
1262. Nîmes, 25 janvier 1839 : S., 1839, 2, pp. 177 et s. ; Req., 23 mars 1932 : Gaz. Pal., 1932, 2, pp. 19 et s.
1263. Trib. civ. Seine, 10 janvier 1933 : Gaz. Pal., 1933, I, pp. 666 et s.
1264. Toulouse, 13 mai 1842 : Jur. gén., v° mariage, n°89.
1265. Lyon, 5 février 1913 : Gaz. Pal., 1913, I, p. 473.

restaurant et à l'achat des fleurs n'étaient pas prouvées[1266]. De plus, le gain manqué ou la perte d'une chance de situation ne paraissent pas réparables.

Cependant, certains préjudices matériels liés à l'exercice d'une activité professionnelle sont aujourd'hui plus fréquents. Ceux-ci, parfois imputables à une gêne provoquée dans l'exercice de ladite activité[1267], résultent plus souvent du fait que le fiancé délaissé a abandonné sa profession en vue du mariage projeté[1268], ou encore que celui-ci a travaillé sans contrepartie pour son futur conjoint[1269] ou sa famille, dans ce cas, celui-ci pourra utiliser l'action de in rem verso pour récupérer son appauvrissement injustifié[1270].

Dans certains cas exceptionnels, un préjudice financier a été retenu au bénéfice d'un fiancé qui avait cédé en prévision du mariage sa part à ses cohéritiers dans une succession[1271], au profit d'une femme dont le futur mari avait aliéné les biens en vertu du pouvoir que lui conférait le contrat de mariage[1272] et à l'avantage d'une jeune fille qui s'était portée caution des dettes de la société de son fiancé, et lui avait remis ses économies et ses bijoux[1273].

C - LE LIEN DE CAUSALITE

405. Conformément au droit commun de la responsabilité civile, le demandeur à l'action en réparation doit établir que la rupture fautive a été à l'origine du préjudice subi. L'exigence de ce lien de causalité conduit à ne retenir, parmi les dépenses engagées par le fiancé délaissé

1266. Poitiers, 1er octobre 1986 : Juris-Data n°044609.
1267. Req., 16 janvier 1877 : préc.
1268. Dijon, 10 février 1892 : S., 1892, 2, pp. 197 et s. ; Lyon, 5 février 1913 : préc. ; Civ. 2ème, 2 juillet 1970 : D., 1970, jur., p 743 ; Bull. civ., II, pp. 743 et s.
1269. Dijon, 7 février 1928 : D., 1928, II, pp. 169 et s., note P. VOIRIN.
1270. Req., 17 mai 1870 : D. P., 1871, I, p. 52 ; Civ. 1ère, 26 mai 1965 : D., 1965, jur., p. 628.
1271. Lyon, 14 décembre 1832 : Jur. Gén., V° Mariage, n°88 - 1°.
1272. Montpellier, 20 mars 1835 : Jur. Gén., V° Mariage, n°88.
1273. Colmar, 9 décembre 1981 : Juris-Data n°042128.

que celles ayant un lien nécessaire avec le projet de mariage[1274]. À défaut, aucune indemnité ne sera octroyée[1275].

Le lien de causalité était facile à démontrer dans une société où la femme mettait tout son avenir dans son projet de mariage, et la jurisprudence déduisait souvent du comportement fautif du fiancé, auteur de la rupture, l'existence d'un lien de causalité avec le dommage, surtout lorsque la fiancée délaissée était enceinte, ou avait donné naissance à un enfant[1276]. Cette pratique illustrait l'idée d'un auteur qui considérait que les juges appréciaient à leur gré, le lien de causalité selon qu'ils entendaient ou non réparer[1277].

Mais, aujourd'hui, la situation a changé et le lien de causalité apparaît indirectement, parce que la rupture n'a causé qu'une partie du préjudice, qui résulte aussi de la cessation d'une vie commune, de l'abandon de projets, ou de la naissance d'un enfant. Dans ces conditions, un auteur souligne judicieusement que les fiançailles « *sont en train de rentrer lentement mais sûrement dans le droit commun de la responsabilité civile et l'obligation plus générale de loyauté dans les relations affectives et sentimentales que l'on trouve aussi bien entre concubins, qu'entre époux ou fiancés. Ceci explique probablement la faiblesse du montant des condamnations prononcées* ».[1278]. En effet, mis à part les cas où un préjudice matériel est clairement chiffré, les indemnités octroyées aux fiancés victimes de ruptures de promesses de mariage, sont faibles, puisque leur montant se situe généralement entre 150 € et 760 €. Dès lors, il s'agit plus d'une satisfaction de principe que de la réparation d'un préjudice en voie de disparition, ce qui limite l'intérêt de l'action du fiancé délaissé.

§ 2 - LES CONSÉQUENCES DE LA RUPTURE DES FIANÇAILLES

406. La rupture des fiançailles a des conséquences différentes selon ses motifs.

1274. Alger, 9 avril 1895 : D. P., 1895, II, p. 320.
1275. Lyon, 10 juillet 1869 : D. P., 1870, V, pro., 290.
1276. Civ., 18 octobre 1950 : Gaz. Pal., 1950, 2, p. 389, D., 1951, somm., p. 7 ; Civ. 1ère, 20 juillet 1971 : Bull. civ. I, n°247, pp. 207 et s.
1277. P. ESMEIN, *« Le nez de Cléopâtre et les affres de la causalité » :* D., 1964, chron., pp. 205 et s.

Lorsque la rupture des fiançailles a été causée par le décès de l'un des fiancés, le survivant n'a en principe aucun droit *ab intestat* dans la succession du défunt. Néanmoins, le *de cujus* prévoyant pourra améliorer le sort du fiancé survivant en lui consentant un legs ou en souscrivant à son profit une assurance-vie. De plus, la cessation des fiançailles par décès est susceptible d'entraîner l'application exceptionnelle des règles du mariage posthume (A).

Lorsque la rupture des promesses de mariage a lieu du vivant des fiancés, elle conduit, si elle est fautive, à l'octroi de dommages et intérêts au fiancé victime. Par ailleurs, le statut applicable aux cadeaux de fiançailles fait l'objet de règles particulières (B).

A - LE MARIAGE POSTHUME

407. Lorsque les fiançailles ont été rompues par le décès d'un fiancé, il est possible de les transformer en mariage posthume prévu à l'article 171 du Code civil, qui comme le laisse penser son qualificatif, permet le mariage avec un mort. Ce mariage fictif ne comporte même pas le « *oui* » du dernier souffle caractérisant le mariage *in extremis*.

Dictée par l'équité, et révélatrice de la place du mariage de jadis dans une stratégie sociale qui en faisait un élément politique de la société, l'introduction de cette institution, dans le Code civil[1279], résulte de la loi du 31 décembre 1959, qui avait ses racines dans trois motifs : d'abord, la médiatisation d'une tragédie née de la catastrophe du barrage de Malpasset à Fréjus survenue en 1959, ensuite, le souhait de l'État d'offrir aux sinistrés l'aide leur permettant de reconstituer leur cadre de vie, et enfin, la volonté du législateur d'améliorer la condition des enfants de fiancés, dont l'un est décédé, en leur conférant le statut des enfants légitimes[1280], pour renforcer leurs liens avec la famille du décédé.

1278. J. HAUSER, « *Mariage, promesses de mariage, fiançailles » :* Jur. -Cl. civ., app. art. 144 à 147, fasc. 10, n° 33.

1279. L'institution du mariage posthume était auparavant cantonnée dans le cadre de législations d'exception nées des deux guerres mondiales. Sur ce thème, voir : P. GUIHO, *« Réflexions sur le mariage posthume »* : Mélanges offerts au Professeur Louis FALLETTI, Dalloz, 1971, pp. 321 et s.

1280. J. NOIREL, « *Mariage 1960 : le mariage posthume »* : S., 1960, chron., pp. 15 et s.

Ainsi que le soulignent deux auteurs, « *le mariage posthume portera à jamais les stigmates d'une genèse précipitée. Son régime n'est guère satisfaisant ; en son principe même il est critiquable* »[1281]. Si « *le droit autorise ainsi l'amour (ou l'intérêt ?) à gommer les frontières pourtant irréversibles de la mort en permettant la création d'un lien matrimonial posthume* »[1282], cette institution est contestable, car on peut se demander, quelle est la signification de ce mariage, avec un mort, qui se dissout au moment même, où il est conclu. En effet, le mariage est l'union légale de deux personnes, contrat des vivants par excellence, et institution tournée vers l'avenir. Logiquement, la mort en est le dénouement normal, mais elle ne peut en être le point de départ[1283]. Ce point de vue est conforté par l'article 146-1 du Code civil qui dispose : « *Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* », et qui est destiné à lutter contre les mariages de complaisance. Selon un auteur[1284], il s'agit là d'une condition de fond dont le non-respect constitue une cause de nullité absolue, l'article 184 du Code civil précisant que « *tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles... 146-1... peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public* ». Cette position a été confortée par un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 28 novembre 1995[1285], qui a annulé un mariage célébré à l'étranger hors la présence du conjoint français au motif explicite : *« que la comparution personnelle de l'époux français à la cérémonie de mariage est désormais une condition de fond de l'union et est régie, en tant que telle, par la loi personnelle de l'intéressé* ».

En dépit des dispositions de l'article 146-1 du Code civil, la faculté de bénéficier du mariage posthume, isolée en droit comparé[1286], est offerte au fiancé survivant[1287], et elle demeure vivace, puisque selon un auteur, 1 654 requêtes ont été comptées de 1960 à 1994, soit 47

1281. H. LÉCUYER, obs. ss. Civ. 1ère, 30 mars 1999 : Dr. fam., juin 1999, comm., n° 62, p. 14.
1282. F. DEBOISSY, « *Le fisc et le mariage posthume* » : Les petites affiches, n° 131, du 2 novembre 1994, p. 4.
1283. M. BIEGELMANN-MASSARI, « *Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992. I. Le choix d'un parent pour conjoint* » : Population, 1996, n° 1, pp. 61 et s., spc. p. 62.
1284. H. FULCHIRON, « *Nationalité - naturalisation. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage* » : Jur. -Cl. civ., art. 17 à 33-2, fasc. 60, 5-1995, p. 14, n°102.
1285. T. G. I. Paris, 28 novembre 1995 : J. C. P., 1996, I, 3946, n°1, obs. M. FARGE.
1286. M. BIEGELMANN-MASSARI, *« Quand le Code civil interdit le mariage et marie les défunts »* : Droit et société, 1994, n° 26, pp. 155 et s., spc. pp. 157 et 158.
1287. C. CHADELAT, « *La physionomie nouvelle du droit de la famille* » : Gaz. Pal. des 16/17 février 1996, Spécial droit de la famille, pp. 3 et s., spc. p. 4.

environ chaque année[1288], et que ces requêtes concernent essentiellement des femmes sans activité professionnelle. La possibilité de profiter des avantages d'un mariage posthume est subordonnée à la satisfaction de certaines conditions (a). De plus, et, eu égard à sa nature particulière, le mariage posthume ne produit que des effets limités (b).

a - LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE POSTHUME

408. Tout d'abord, et malgré le silence de l'article 171 du Code civil, la doctrine admet que les conditions générales à tout mariage doivent être observées[1289]. La date à laquelle doit être appréciée leur existence fait l'objet d'une grande incertitude. En effet, faut-il appliquer aux conditions l'article 171, alinéa 2, du Code civil qui dispose que « *les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux* », ou choisir la date de la cérémonie du mariage posthume pour laquelle aucun délai n'est fixé ? À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur cette question, qui présente un intérêt pratique au regard des règles applicables à la bigamie, à l'impuberté, et à la nécessité exceptionnelle de l'autorisation des parents.

409. Ensuite, le mariage posthume ne sera possible, que si la réalisation des trois conditions cumulatives suivantes est effective.

La première réside dans la certitude du consentement matrimonial du fiancé. Cette exigence résulte de la loi qui évoque « *l'accomplissement de formalités officielles marquant sans équivoque* » le consentement du défunt. En pratique, ces formalités consistent dans la publication du projet de mariage, et à titre exceptionnel, dans la rédaction d'un contrat de mariage. De plus, elles peuvent être confortées par le témoignage de personnes dignes de foi[1290]. Cependant, une démarche unique de constitution d'un dossier de mariage à la mairie

---

1288. M. BIEGELMANN-MASSARI, « *Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992. II. Le mariage posthume : mariage de raison ou mariage d'amour ?* » : préc., pp. 370, 371, 372 et 377.
1289. A. LAMBOLEY, « *Mariage, formalités de célébration, mariage posthume* » : Jur. -Cl. civ., art. 171, édition 5, 1990, n°s 14 et s.
1290. Douai, 4 mars 2002 : Dr. fam., décembre 2002, comm., n°139, 2ème arrêt, p. 13, obs. H. LÉCUYER.

n'est pas une formalité officielle au sens de l'article 171 du Code civil[1291]. De plus, l'invitation adressée par le défunt à ses parents ou à sa future épouse ou à la famille de celle-ci de faire établir les pièces nécessaires à la célébration du mariage n'est pas considérée comme une formalité officielle. Un auteur critique l'exigence de la certitude de l'accord du défunt, en soulignant qu' « *en réalité, on n'est jamais sûr de ce consentement puisque c'est un principe de notre droit que démontre l'expérience ; jusqu'à la célébration du mariage, chacun peut changer d'avis* »[1292]. En fait, de multiples raisons peuvent inciter les fiancés à différer leur décision de se marier : des raisons administratives (un divorce non prononcé, un acte de naissance difficile à obtenir, mais plus souvent des difficultés matérielles : souhait de voir la situation professionnelle du fiancé se stabiliser ou la maison en construction achevée, voire même l'amélioration des conditions financières permettant la réunion de la famille et des amis pour la fête inséparable du mariage. Sur le plan juridique, cette exigence de l'accord du *de cujus* est également contraire au principe de l'absence de force obligatoire des fiançailles, qui peuvent être rompues au dernier moment. En effet, l'institution du mariage posthume peut parfois forcer la volonté du défunt, alors qu'elle prétend la respecter. Cependant, les fiançailles rompues au dernier moment sont rares, si bien qu'il est probable le fiancé prédécédé aurait persévéré dans son intention matrimoniale.

La deuxième consiste dans une dispense du Président de la République dont l'objet est de vérifier la certitude du consentement matrimonial, de voir s'il existe des motifs graves pour autoriser ce mariage, et de contrôler s'il n'y a pas des conditions familiales qui le rendraient inopportun.

La troisième tient à l'existence de motifs graves qui sont souvent la grossesse de la fiancée ou la présence d'enfants à légitimer. Les termes génériques « *motifs graves* » sont interprétés largement par la pratique administrative et par la jurisprudence.

Pour la pratique administrative, un auteur[1293] souligne que si « *la cohabitation reste rarement une cause grave admissible. Lorsque exception il y a, celle-ci est d'ordinaire la conséquence de pressions extérieures, qui ne sont pas le fait exclusif de personnalités politiques : la*

[1291]. Paris, 7 mai 1993 : Juris-Data, n°021332.
[1292]. P. MALAURIE, Droit civil, La famille : préc., p. 68.
[1293]. M. BIEGELMANN-MASSARI, *« La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale »* : Droit et société, 1997, n° 35, pp. 167 et s., spc. p. 182.

médiatisation de certaines affaires va faire évoluer la pratique. (...) L'argumentation initiale du Bureau est classique : le motif grave ne saurait résider dans la douleur que peut éprouver une fiancée du décès de son fiancé. À être interprétée aussi largement, la condition des motifs graves se trouverait remplie dans tous les cas. Mais après intervention du garde des Sceaux, la demande est accordée ».

Pour la jurisprudence, les motifs graves sont interprétés avec une grande liberté.

Un jugement du Tribunal de grande instance d'Albertville du 3 juillet 1987[1294] a accordé l'autorisation à une femme qui invoquait uniquement des motifs d'ordre médical et psychologique, à savoir : la profonde commotion provoquée chez elle par la mort de son futur mari et le désir de respecter la volonté profonde de celui-ci. En l'espèce, le consentement du défunt était presque certain, puisque les bans avaient été publiés régulièrement, et que toutes les formalités officielles avaient été accomplies, lorsque le futur époux décéda accidentellement trois jours avant la date fixée pour la cérémonie.

410. Dans un arrêt du 6 décembre 1989, la Cour de cassation a précisé que « *l'appréciation de l'existence comme de la gravité des motifs qui justifient le mariage posthume relève du pouvoir discrétionnaire du Président de la République ; ...il appartient au juge de vérifier l'existence des formalités officielles dont le Chef de l'État apprécie souverainement si elles sont de nature à marquer sans équivoque le consentement au mariage de l'époux décédé"*[1295]. Ainsi, l'autorisation présidentielle semble, en fait, absorber les autres formalités d'habilitation. Un auteur critique la compétence souveraine et discrétionnaire du Président de la République, pour autoriser un tel acte, dont le contrôle des motifs échappe en fait aux juges judiciaire et administratif, et assimile ce pouvoir exorbitant au droit de grâce[1296]. La matière du mariage reste marquée d'une conception régalienne, mais ce qui était excusable en 1804 ne l'était plus en 1959, et l'est encore moins aujourd'hui, où les raisons actuelles du mariage posthume tiennent plutôt à la possibilité de toucher une pension de réversion. De même, un autre auteur

---

1294. T. G. I. Albertville, 3 juillet 1987 : Gaz. Pal., 1989, 1, pp. 27 et s., note J. PASCAL ; T. G. I. Paris, 12 avril 1983 et Paris, 25 juin 1985 : R. T. D. civ., 1986, pp. 573 et s., obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

1295. Civ. 1ère, 6 décembre 1989 : Bull. civ., 1989, I, n°380 ; D., 1990, jur., pp. 225 et s., note J. HAUSER ; J. C. P., 1990, II, 21557, note F. BOULANGER.

1296. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Personnes et droits de famille, filiation* » : R. T. D. civ., 1986, pp. 573 et s. Sur l'occultation de tout débat sur la réalité du consentement au mariage, voir : I. CORPART, *« Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? »* : J. C. P. N., 2004, famille, 1328, pp. 1131 et s., spc. p. 1133.

souligne que le consentement d'un futur époux ne doit pas être soumis à l'appréciation souveraine du Chef de l'État, sauf à brouiller le principe selon lequel il n'y a pas de mariage, s'il n'y a point de consentement, et qu' « *à une époque où le discrétionnaire est en voie de disparition* » (…) il est « *inadmissible que l'existence d'un consentement à mariage soit appréciée sans contrôle par une autorité administrative, fut-elle au plus haut niveau de l'État, alors que les conséquences de ce mariage risquent d'être importantes* ». Enfin, cet auteur ajoute que ce refus de tout contrôle peut tomber « *sous le coup de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit l'octroi d'un recours effectif alors que le résultat de tout cela est d'exclure tout recours utile* »[1297].

De lege ferenda, ce pouvoir d'autorisation pourrait être confié au Procureur de la République, comme c'est déjà le cas pour plusieurs dispenses en matière de mariage[1298]. Cette procédure déconcentrée permettrait de mieux effectuer les vérifications nécessaires, notamment quant à la réalité du consentement au mariage du défunt, et le cas échéant, quant à la paternité du fiancé décédé. De plus, cette autorisation serait bien entendu soumise au contrôle des tribunaux judiciaires.

Cependant, cette doctrine n'a pas encore fait son chemin, comme le démontre la jurisprudence dans deux affaires relativement récentes.

Un arrêt de la Cour de Paris du 20 juin 1995[1299] a adopté la formule utilisée par la Cour de cassation dans son arrêt du 6 décembre 1989, en précisant que le jugement sur les motifs graves exigés par l'article 171 du Code civil dépend de l'appréciation discrétionnaire du Président de la République et que s'il appartient au juge de vérifier l'existence des formalités officielles, « *le chef de l'État a apprécié souverainement que ces certificats prénuptiaux étaient de nature à marquer sans équivoque le consentement au mariage du défunt* ».

De plus, dans une affaire consécutive au décès en service commandé d'un policier abattu par un toxicomane, la concubine-fiancée du défunt avait sollicité et obtenu l'autorisation présidentielle requise pour que son mariage posthume soit célébré, ce qui était contesté par les parents du défunt aux motifs que le couple était en phase de séparation, et que les certificats

---

1297. J. HAUSER, *« Mariage posthume : les mariés du président »* : R. T. D. civ., 1995, pp. 865 et s.
1298. Articles 145 et 169 du Code civil.
1299. Paris, 20 juin 1995 : D., 1995, I. R., p. 192 ; R. T. D. civ., 1995, pp. 865 et s., obs. J. HAUSER.

prénuptiaux étaient périmés, un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 1999[1300] a estimé qu' « *après avoir exactement énoncé qu'il appartient seulement au juge de vérifier l'existence de formalités officielles dont le Président de la République apprécie souverainement si elles sont de nature à marquer sans équivoque le consentement au mariage du futur époux décédé, la Cour d'appel a, par une appréciation des éléments de preuve qui ne peut être remise en cause devant la Cour de cassation, admis que les certificats prénuptiaux avaient été établis le 21 janvier 1994 et qu'ils n'étaient donc pas périmés à la date du décès de C. ; qu'elle en a justement déduit que celui-ci avait accompli une formalité officielle précédant obligatoirement la célébration du mariage* ».

Malgré ses aspects vieillots, le mariage posthume est permis par la loi, mais eu égard à son caractère fictif, ses effets sont forcément réduits par rapport à ceux d'un mariage réel.

b - LES EFFETS DU MARIAGE POSTHUME

411. Le décès de l'un des deux membres d'un couple engendre des déséquilibres affectifs et financiers. Si la douleur est la même pour le survivant quelque soit le sexe de celui qui décède, les conséquences économiques sont plus importantes pour les fiancées survivantes souvent sans activité professionnelle. Face au décès, le statut de la femme mariée est plus protecteur que celui de concubine, même liée au défunt par un pacte civil de solidarité.

Cependant, pour éviter que l'on puisse insinuer que la célébration d'une union post mortem a eu lieu par cupidité et que naissent des conflits d'intérêts opposant l'époux survivant à la famille de son conjoint, le législateur de 1959 avait décidé que le mariage posthume ne produirait en principe que des effets extra-patrimoniaux, tels que l'usage par la veuve du nom du mari défunt, et l'obligation pour elle d'observer le délai de viduité.

[1300]. Civ. 1ère, 30 mars 1999 : Dr. et patr. Hebdo, n° 289 du 27 avril 1999, p. 2 ; J. C. P. éd. N., 1999, panor., p. 1495 ; D., 1999, somm. comm., p. 372, obs. J. –J. LEMOULAND ; Dr. fam., juin 1999, comm., n° 62, p. 14, obs. H. LÉCUYER.

Quoique juridiquement limités, ces effets sont importants, car parfois les fiancées préfèrent l'état de veuve, à celui de célibataire vis à vis de l'opinion publique ou de leurs propres enfants, et le droit de pouvoir porter le nom du mari posthume est fréquemment ressenti comme un moyen de perpétuer le souvenir de l'être aimé au delà de la mort.

412. Le fondement du principe de l'absence de droits patrimoniaux du fiancé survivant réside dans l'article 171, alinéa 3, du Code civil qui dispose : « Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux ».

Cependant, ce principe n'est pas absolu pour plusieurs raisons.

Le conjoint survivant bénéficie d'une pension de réversion, ce qui est un avantage substantiel.

L'époux survivant, parent de l'enfant légitime, est titulaire d'un droit de jouissance légale sur les biens de son enfant, recueillis dans la succession de son parent défunt. Par ce biais, il peut arriver que l'époux survivant profite indirectement de la fortune de son conjoint fictif. Il aura également vocation à recueillir la succession de son enfant, en cas de prédécès de ce dernier ; or, celle-ci comprendra la succession de son parent prédécédé.

La doctrine, se fondant sur une interprétation stricte des exceptions apportées par l'article 171, alinéa 3, du Code civil, admet que le conjoint survivant puisse aussi bénéficier, soit d'un testament du de cujus, soit d'une donation de biens présents ou à venir que les époux se seraient consentis dans un contrat de mariage antérieur au décès du prémourant, soit d'une assurance sur la vie, soit encore du droit à pension prévu à l'article 767 alinéa 1er, du Code civil qui précise que « la succession de l'époux prédécédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin... ». L'application de cette disposition au mariage posthume repose sur une impérieuse raison morale qui commande de ne pas laisser sans ressources l'époux indigent et sur la doctrine presque unanime[1301] qui qualifie ce droit de créance contre la succession, qui est le prolongement du devoir de secours né du mariage[1302].

[1301]. En sens contraire, voir : I. CORPART, *« Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? »* : préc., p. 1133.
[1302]. A. LAMBOLEY, *« Mariage, formalités de célébration, mariage posthume »* : préc., pp. 13 et 14, n° 77.

Au plan fiscal, et pour un auteur, « l'administration ne peut occulter une union matrimoniale régulièrement consacrée sur le terrain civil »[1303]. Il en résulte que le fiancé-veuf peut profiter de la part et demi de quotient familial reconnue à une personne veuve, et que le conjoint survivant bénéficie des droits de mutation par décès spécifiques aux époux, même pour les legs et donation à cause de mort.

Contrairement aux principes édictés, le mariage posthume produit plus de conséquences patrimoniales, que les fiançailles, ce qui fait écrire à un auteur que sa « finalité moderne est en général étroitement utilitaire »[1304]. Cependant, ce mariage fictif produit exceptionnellement moins d'effets que les promesses de mariage.

Ainsi, dans un jugement du 16 janvier 1973, le tribunal civil belge d'Arlon a refusé d'obliger le responsable d'un accident d'automobile ayant entraîné le décès du fiancé français à verser des dommages et intérêts à la « veuve" belge » d'un mariage posthume, au motif que le mariage posthume limite ses effets au seul domaine du droit des personnes, les conséquences patrimoniales de l'union conjugale étant exclues. Mais, ce jugement est doublement critiquable. D'une part, l'article 171, alinéa 2, du Code civil décide que les effets du mariage posthume remontent au jour précédant le décès. Dès lors, ce mariage doit produire tous ses effets, à l'exception des seules restrictions légales. D'autre part, la simple fiancée aurait pu, en cas d'accident mortel de son fiancé, obtenir facilement à cette époque, la réparation de la perte d'une chance[1305].

413. Depuis la loi du 3 janvier 1972, l'admission de la légitimation par autorité de justice des enfants naturels, en cas de mariage impossible, par l'article 333 du Code civil retire au mariage posthume l'un de ses principaux fondements puisque cette faculté dissocie la légitimité des enfants du mariage de leurs parents. D'ailleurs, cette impossibilité du mariage est unanimement reconnue, lorsque l'un des parents est décédé. Ainsi, il a été jugé que le décès d'une femme rendant impossible le mariage de celle-ci avec son ex-concubin, et les deux enfants issus de ce concubinage ayant la possession d'état d'enfants naturels du père, les

---

1303. F. DEBOISSY, « *Le fisc et le mariage posthume* » : Les petites affiches, n° 131, du 2 novembre 1994, p. 4.
1304. J. HAUSER, « *Mariage posthume : les mariés du président* » : préc., p. 866.
1305. Trib. civ. Arlon, 16 janvier 1973 : Rev. Crit. D. I. P., 1973, pp. 322 et s., note WERWILGHEN ; R. T. D. civ., 1973, pp. 571 et s., obs. G. DURRY.

conditions de la légitimation par autorité de justice étaient satisfaites[1306]. Au surplus, dans cette affaire, les conditions du mariage posthume n'auraient pas été remplies parce qu'avant son décès, la mère avait épousé, entre temps, un homme, autre que le père naturel de ses enfants et que cinq ans, avant le décès de la mère, le père s'était marié avec la soeur de son ex-concubine, qui était devenue la tante des enfants du requérant. Bien que l'enfant naturel entre dans la famille de son auteur, le mariage posthume ne fait pas double emploi avec la légitimation par autorité de justice, car les effets de ces deux institutions sont différents[1307].

La première différence tient à la date de la prise d'effet de la légitimité de l'enfant. Dans le cadre du mariage posthume, cette légitimité commence soit à la date de la conception de l'enfant, si ce dernier n'est pas encore né au moment du décès[1308], soit à la date du jour précédant le décès, si l'enfant déjà né bénéficie d'une légitimation par mariage. Par contre, la légitimation par autorité de justice ne prend effet qu'à la date de son prononcé[1309].

La seconde différence entre les deux institutions résulte de la relativité de leurs effets. Dans le cadre du mariage posthume, l'enfant aura la qualité d'enfant légitime à l'égard de ses deux parents, dont l'un est décédé.

Sans vouloir supprimer l'institution du mariage posthume, qui traduit en droit la réalité affective d'un couple demeuré uni malgré la mort, et qui conserve un intérêt symbolique pour le survivant, il conviendrait de lui redonner son lustre moral et son caractère d'affaire de coeur, en supprimant purement et simplement ses conséquences financières, et en limitant ses effets à l'état civil des intéressés, c'est-à-dire en pratique au nom de la femme. En effet, pour le nom des enfants, la loi n°2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille permet désormais de leur transmettre les noms de leur père et de leur mère.

Après avoir examiné les conséquences du décès de l'un des fiancés, il est intéressant de se pencher sur le sort des cadeaux de fiançailles, qui ont été donnés dans les temps euphoriques ayant précédé le mariage.

1306. T. G. I. Strasbourg, 13 juin 1973 : D., 1974, jur., pp. 69 et s., note C. COLOMBET.
1307. A. LAMBOLEY, *« Mariage, formalités de célébration, mariage posthume »* : préc., pp. 17 et s., n°s 108 et s.
1308. Article 314, alinéa 1er, du Code civil.
1309. Article 333-4, alinéa 1er, du Code civil.

B - LES CADEAUX DE FIANÇAILLES

414. L'équité, la coutume et la délicatesse, suffisent dans la majorité des cas, à résoudre les difficultés inhérentes aux cadeaux des fiançailles qui ont fortement diminué avec la généralisation du concubinage prénuptial. La question du sort de ces cadeaux ne se limite pas aux présents, que s'étaient consentis les fiancés, elle se pose aussi lorsque l'échec du projet de mariage résulte soit du décès de l'un des fiancés, soit d'un divorce.

Lorsque le droit est appelé à se prononcer, le moins que l'on puisse dire c'est qu'il n'est pas d'une clarté parfaite sur le problème de la restitution des cadeaux en cas de rupture des fiançailles, d'autant que la jurisprudence n'est pas prolixe en la matière puisqu'elle dispose du texte de l'article 1088 du Code civil qui prévoit que « *toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas* ». Ce texte n'édicte pas un principe exorbitant du droit commun. Il énonce une règle propre aux donations *propter nuptias*. Son fondement réside dans la théorie de la condition[1310] : la donation est consentie sous la condition suspensive, sous entendue, que le mariage, événement futur et incertain, ait lieu. Si le projet de mariage est abandonné, la donation devient stérile. L'accomplissement de la condition, par la célébration du mariage, produit tous ses effets, et ce rétroactivement, à compter de la date où la donation a été consentie. De plus, une lecture exégétique de l'article 1088 du Code civil ne permet pas de distinguer de solutions particulières, tant sur l'origine et la nature des biens donnés, que sur l'imputabilité de la rupture.

Dans un arrêt du 9 août 1887, la Cour de cassation[1311] a implicitement consacré l'obligation de restituer, sauf à la rejeter, car, en l'occurrence, le donateur n'avait pas administré la preuve écrite de sa libéralité. Cependant, aucun arrêt de principe émanant de la Cour suprême n'a clairement posé le principe de la restitution des cadeaux de fiançailles. De plus, la restitution

---

1310. M. GRIMALDI, « *Donations et testaments, donations par contrat de mariage, donations consenties par des tiers, règles particulières* » : Jur. -Cl. civ., art. 1086 à 1090, n°s 62 et s.
1311. Civ., 9 août 1887 : S. 1887, 1, p. 313 ; D., 1888, 1, p. 133.

ne s'impose pas pour les cadeaux, qui n'ont pas une relation directe avec le projet de mariage[1312], ou qui reposent sur une cause autre que sa perspective[1313].

Les donations effectuées à l'occasion des fiançailles peuvent être faites, soit par des tiers aux fiancés (a), soit entre promis (b).

a - LES DONATIONS DES TIERS AUX FIANCÉS

415. Pour ces donations, la jurisprudence distingue entre les menus cadeaux de faible valeur ou présents d'usage, dictés par l'affection, la galanterie, la courtoisie, la fréquentation et non imposables aux droits de mutation à titre gratuit[1314], qui n'ont pas à être restitués[1315], et ceux plus importants, qui doivent l'être[1316]. En effet, seuls ces derniers sont soumis à la condition prévue à l'article 1088 du Code civil, un peu comme s'ils avaient été insérés dans un contrat de mariage.

Lorsque les donations ont été consenties manuellement ou par un acte distinct du contrat de mariage, le donateur, qui réclame la restitution, doit administrer la preuve de ce don. Dans la première hypothèse, il peut le faire par tous moyens au titre de l'impossibilité morale d'exiger un écrit. Dans les deux cas, il doit prouver qu'il n'avait consenti la donation que *propter nuptias*. Lorsque l'existence et le caractère *propter nuptias* de ce don sont établis, le donataire doit en prouver la restitution, qui seule le libérera. Ici encore, on comprendra l'absence de reçu écrit, mais la prudence incitera cependant à conserver trace de cette restitution, pour ne pas s'exposer à devoir la rééditer, sous la forme d'une indemnité[1317].

1312. Alger, 9 avril 1895 : D. P., 1895, 2, p. 320.
1313. Toulouse, 4 août 1881 : D. P., 1882, 2, p. 94.
1314. T. G. I. Paris, 6 juillet 2000 : cité dans X., *« Présents d'usage. Les cadeaux qui peuvent échapper au fisc »* : Le Particulier, n° 943, mai 2001, pp. 12 et s., spc. p. 12.
1315. Douai, 23 mars 1926 : Gaz. Pal., 1926, 2, p. 193 ; Paris, 8ème ch. A, 14 septembre 1999 : D., 2000, somm. comm., pp. 412 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.
1316. Trib. civ. Grenoble, 13 novembre 1928 : Gaz. Pal., 1929, 1, p. 197 ; Paris, 22 novembre 1949 : D., 1950, jur., p. 97.
1317. A. BÉNABENT, Droit civil, La famille : préc., p. 46 n°45 ; Civ. 1ère, 19 mars 1974 : J. C. P., 1974, II, 17760, note G. G.

416. Cependant, ces solutions ont mal vieilli, car depuis une vingtaine d'années, les fiancés ont pris l'habitude de déposer une liste de mariage, dans laquelle les donateurs ne font plus que contribuer à l'achat d'objets ou de services figurant ou ne figurant pas sur la liste. Même si les tiers peuvent en avoir encore le sentiment, il n'est plus possible de considérer qu'ils achètent un bien déterminé pour le donner ensuite aux mariés. Dans la pratique actuelle, il n'y a parfois même plus d'équivalence entre la somme qu'ils ont déposée et le prix de l'objet choisi. En effet, les fiancés inscrivent parfois sur leur liste de mariage un unique bien de valeur et il y a participation collective des proches au paiement de son prix, et ceci d'autant plus que ledit bien n'est souvent individualisé qu'à l'issue de l'opération et à la libre disposition des futurs époux. D'ailleurs, ces derniers peuvent parfois décider au dernier moment d'utiliser les sommes déposées à une toute autre fin que celle qui était initialement prévue. Par exemple, si les fiancés ont déposé leur liste dans un grand magasin, ils peuvent remplacer le bien par un voyage. Dans ces conditions, il est plus conforme à la réalité de considérer le tiers, non plus comme un acheteur, mais comme le donateur d'une somme d'argent qui servira aux fiancés pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens ou la rémunération d'un service. Cette donation se réalise alors sous la forme d'une donation indirecte, par le dépôt d'une somme d'argent pour le compte des futurs époux, opération qui est expressément envisagée par l'article 1937 du Code civil dans ces termes « *Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée, qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir* ». Selon un auteur[1318], *« ce dépôt peut être analysé comme comportant une stipulation pour autrui, le proche étant le stipulant, le magasin, le promettant, et les fiancés les tiers bénéficiaires »*. Il en résulte qu'en cas de rupture des fiançailles, le dépôt effectué pour le compte des fiancés est une donation faite en faveur du mariage au sens de l'article 1088 du Code civil, et que celle-ci devient caduque si le mariage ne s'ensuit pas. Pourtant, cette disposition ne permettra que rarement au stipulant d'obtenir la restitution des sommes déposées, compte tenu de l'état bien fixé de la jurisprudence qui écarte son application chaque fois que la donation peut être analysée comme un présent d'usage. Ce n'est donc que si le don excède sensiblement les facultés contributives du donateur que celui-ci pourra songer à le révoquer en niant qu'il puisse s'agir d'un cadeau usuel[1319]. Cependant,

---

[1318]. C. BEROUJON, « *Variations sur la nature juridique de la liste de mariage* » : D., 1998, chron., pp. 10 et s., spc. p. 11.

[1319]. Civ. 1ère, 20 juin 1961 : D., 1961, jur., pp. 641 et s., note R. SAVATIER ; Civ. 1ère, 23 mars 1983 : D., 1984, jur., pp. 81 et s., note A. BRETON ; Civ. 1ère, 6 décembre 1988 : Bull. civ., I, n° 347, p. 236.

une cause de révocation de la donation pourrait tenir à un mauvais emploi des fonds déposés, en considérant que l'utilisation de ceux-ci est prédéterminée par le choix initial des fiancés et que la donation est grevée d'une charge dont l'inexécution peut entraîner la révocation par application de l'article 953 du Code civil. En l'absence de jurisprudence sur ce point, il reste toutefois à se demander si cette disposition s'applique aux présents d'usage.

b - LES DONATIONS ENTRE FIANCÉS

417. Pour les donations effectuées entre les fiancés, on retrouve ici la distinction précédente entre menus cadeaux, non restituables[1320], et cadeaux plus importants, inspirés par la considération du mariage futur, tels que la bague ou les bijoux de fiançailles.

L'on affirmait traditionnellement que les bijoux de fiançailles obéissaient au régime des cadeaux importants ; mais la jurisprudence récente tend à les qualifier en principe de présents d'usage, qu'elle considère désormais comme pouvant être conservés, par le donataire, en toute occurrence[1321].

Le fondement sociologique de cette jurisprudence repose sur la démocratisation de l'usage des bijoux, qui sont devenus généralement moins précieux qu'autrefois. Cependant, l'attribution aux bijoux de fiançailles de la qualification de présents d'usage est contrariée par la survivance de statuts spécifiques aux bijoux de famille, et aux bijoux dont la valeur est disproportionnée, par rapport à la situation financière des parties, et la prise en compte, de l'existence ou de l'absence d'une faute lors de la rupture des promesses de mariage.

Le régime des bijoux de fiançailles dépend de leur nature (1), et des circonstances particulières de la désunion, qui sont souverainement appréciées par les juges du fond (2).

1 - La nature des bijoux de fiançailles

418. La nature juridique des bijoux de fiançailles varie. Ceux-ci sont qualifiés tantôt de bijoux de famille, tantôt de bijoux d'une valeur excessive, tantôt de présents d'usage.

Les bijoux de famille

419. La jurisprudence exclut d'abord de la notion de présent d'usage les bijoux de famille.

Pour distinguer ces deux notions, elle se réfère aux liens existant entre le bijou et la famille du donateur, car la valeur du bijou n'est pas un critère suffisant. En effet, si dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré qu'il devait s'agir de bijoux, c'est à dire de biens ayant une « réelle valeur »[1322], elle a estimé, dans un second temps, que ceux-ci pouvaient n'avoir qu'une valeur purement morale, ce qui ne signifiait nullement que celle-ci fût insignifiante. En fait, il s'agit de biens, dont la signification familiale éclipse leur valeur vénale qui n'est parfois que provisoire, parce qu'en raison de leur ancienneté et du phénomène des modes, ces bijoux sont susceptibles d'acquérir un certain prix avec le temps. De plus, il ne serait pas logique de soumettre les bijoux de famille à des régimes distincts suivant leur caractère patrimonial ou extra-patrimonial.

Pour savoir si les bijoux donnés entre fiancés ont le caractère de bijoux de famille, il faut que ceux-ci soient marqués par la présence d'un double signe : un lien avec la famille du donateur, et un lien avec le passé de ladite famille. De plus, la qualification de bijoux de famille est également retenue, lorsque le bijou a été fabriqué à partir de la transformation d'un bijou de famille[1323], ou lorsque le bijou a été remis à une première épouse, de laquelle le mari avait auparavant divorcé[1324]. Par contre, un placement spéculatif en diamants n'est pas un bijou de

---

1320. Paris, 3 décembre 1976 : Gaz. Pal., 1977, 1, somm., p. 133.
1321. Paris, 10 juillet 1991 : Juris-Data n°023551.
1322. Civ. 1ère, 1er février 1960 : Bull. civ., I, n°62, p. 51.
1323. Paris, 23 novembre 1983 : Juris-Data n°029454 ; Douai, 17 septembre 1985 : D., 1986, jur., pp. 301 et s., note J. –P. LANGLADE.
1324. Paris, 24 mars 1982 : Juris-Data n°020957.

famille, parce qu'il est sans lien avec son passé, et qu'il est destiné à être revendu en fonction des fluctuations du marché.

Les bijoux de famille sont obligatoirement restitués, après la rupture des fiançailles, quelles qu'en soient les circonstances[1325], ou après le prononcé du divorce[1326]. En effet, ces bijoux, doivent être conservés dans la famille, dont ils proviennent, au motif que ceux-ci ne sont pas une donation[1327], mais ne font que l'objet d'un prêt à usage dont la durée est limitée à la période que la femme demeure dans la famille, c'est-à-dire pendant les fiançailles, le mariage[1328], et éventuellement le veuvage[1329]. Dès qu'elle en sort, son droit disparaît, ce qui démontre que la fiancée ne dispose que d'une détention précaire des bijoux de famille.

Cependant, si la conservation par les membres de la famille de ces bijoux, fondée soit sur l'idée d'une certaine copropriété familiale[1330], soit sur le concept de la propriété d'une famille qui serait dotée de la personnalité morale[1331], constitue le but final de leur statut, elle donne parfois lieu à de multiples procédures, comme le montre la célèbre affaire Comte et Comtesse de Paris/Consorts d'Orléans.

420. Dans cette espèce, le Comte et la Comtesse de Paris avaient mis en vente publique à Monaco chez Sotheby's de très importantes collections de meubles, tableaux, livres, manuscrits, bijoux, et divers objets de la Maison de France, provenant de leur propriété. Six de leurs enfants se sont opposés à cette vente, et ont souhaité la paralyser en faisant saisir les collections destinées à la dispersion. Deux procédures ont été diligentées : la première sur le terrain des voies d'exécution, et la seconde au fond.

1325. Trib. civ. Grenoble, 13 novembre 1928 : Gaz. Pal., 1929, 1, pp. 197 et s.

1326. Civ. 1ère, 19 décembre 1979 : D. 1981, jur., pp. 449 et s., note C. -I FOULON-PIGANIOL ; Bull. civ., I, n°331, p. 270 ; R. T. D. civ., 1981, p. 134, obs. R. NERSON.

1327. J. –F. BARBIÉRI, « *Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique ?* » : J. C. P., 1984, I, 3156, spc. n° 16.

1328. Civ. 1ère, 20 juin 1961 : D., 1961, jur., pp. 641 et s., note R. SAVATIER ; J. C. P., 1961, II, 12352, note A. PONSARD ; Paris, 19 février 1957, affaire La Rochefoucauld : D., 1957, jur., pp. 321 et s., concl. R. LINDON, note R. SAVATIER ; Civ. 1ère, 23 mars 1983 : J. C. P., 1984, II, 20202, note J. –F. BARBIÉRI.

1329. R. SAVATIER, note ss. Paris, 19 février 1957 : D., 1957, jur., pp. 321 et s., spc. p. 328.

1330. F. TERRÉ et P. SIMLER, Droit civil. Les biens, Dalloz, 4ème édition 1992, pp. 504 et s., n°715 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Droit civil. Les successions. Les libéralités, Dalloz, 3ème édition 1997, n°61, pp. 59 et s., spc. p. 60 ; M. GRIMALDI, *« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre »* : Defrénois, 1991, art. 35085 et 35094, pp. 897 et s., spc. p. 897 ; M. GALIMARD, « *La fiducie* » : Gaz. Pal., des 13/14 février 1998, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2.

1331. R. SAVATIER, « *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit* » : D. H., 1939, chron., pp. 49 et s. ; R. SAVATIER, note ss. Req. 14 mars 1939 : D. P., 1940, I, pp. 9 et s., spc. p. 11.

D’abord, les enfants du Comte de Paris avaient demandé la saisie-revendication de ces collections, qui a été validée par un arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 1995[1332], au motif que le principe de leur indisponibilité empêche leur aliénation entre vifs.

Ensuite, les Consorts d'Orléans avaient engagé une procédure en vue de qualifier de souvenirs de famille les meubles et objets que leurs parents projetaient de vendre. Mais, un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1998[1333] a rejeté leurs prétentions en soulignant que « pas plus le caractère historique des biens litigieux, ou la seule perpétuation de leur possession par la famille d'Orléans, que l'apposition des armes de la famille sur ces objets, ne suffisait à établir que chacun de ces meubles ait revêtu pour celle-ci une valeur morale telle qu'ils pourraient être qualifiés de souvenirs de famille ». Compte tenu du régime dérogatoire des souvenirs de famille, la Cour suprême s'en est logiquement tenue à une conception stricte qui doit être approuvée en ce qui concerne tout particulièrement les bijoux.

En effet, et bien a avant cet arrêt, un auteur avait judicieusement recommandé aux tribunaux de se garder d'attribuer trop aisément le caractère de bijou de famille à un bijou réclamé lors de la rupture des fiançailles, car à la valeur familiale s'ajoute fréquemment une valeur vénale. Il avait souligné que la bague de fiançailles était souvent payée à l'aide de deniers fournis par la famille, et plus rarement montée à partir d'un bijou ayant appartenu à une aïeule et il en avait conçu que financièrement les deux situations étaient voisines et qu’il serait « choquant de voir appliquer un régime différent dans l'un et l'autre cas ; ordonner la restitution de la bague dans la seconde hypothèse, conduirait à permettre à l'ex-fiancé de vendre ou de donner librement un bien qui n'a eu le caractère de bijou de famille que le temps du procès »[1334]. De plus, il serait regrettable, que sous le prétexte d'une simple valeur morale, le bijou de famille réintroduise le privilège de la restitution, qui nous parait en l'occurrence d'un autre temps, et cela même si la logique prônant l'unicité du régime des bijoux de famille subit une petite entorse. Si le bijou échappe au statut particulier des souvenirs de famille, il faut se demander si sa valeur n'est pas excessive.

1332. Civ. 2ème, 29 mars 1995 : Bull. civ., II, n°115, pp. 65 et s. ; D., 1995, somm. comm., pp. 330 et s., obs. M. GRIMALDI ; J. C. P., 1995, II, 22477, note S. HOVASSE-BANGET ; R. T. D. civ., 1996, pp. 420 et s., obs. F. ZÉNATI.

1333. Civ. 1ère, 12 novembre 1998 : Les petites affiches, n° 48, du 9 mars 1999, pp. 12 et s., note J. – F BARBIÉRI ; D., 1999, jur., pp. 624 et s., note J. ROBICHEZ.

1334. J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Fiançailles »* : R. T. D. civ., 1989, p. 280.

Les bijoux d'une valeur disproportionnée

421. L'application ou le rejet de la théorie des présents d'usage dépend aussi d'une comparaison entre la valeur des bijoux donnés, et celle des patrimoines possédés par les parties. Selon un auteur[1335], cette valeur doit être en rapport avec les moyens du donateur et de sa famille. Compte tenu de la relativité de ce critère, la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris a évolué de la prise en considération des ressources du couple en formation et de leurs familles respectives à celle des seuls revenus des fiancés.

Tout d'abord, dans un arrêt du 30 mars 1978[1336], cette Cour a jugé qu'une bague, d'une valeur de 40 000 F (6 097,96 €), était un don irrévocable, car si les époux n'avaient pas de ressources en rapport avec la valeur de ce bijou, leurs familles disposaient d'un patrimoine suffisant permettant au fiancé d'offrir un présent d'usage n'excédant pas leurs facultés. Puis, dans un arrêt du 25 juin 1985, la même Cour a refusé d'attribuer le statut de présent d'usage à une bague, représentant six mois de salaire du futur mari[1337]. Enfin, dans un arrêt du 17 juin 1986, ladite Cour a qualifié, de présent d'usage, une bague, d'une valeur de 20 000 F (3 048,98 €), que la femme a été autorisée à conserver après son divorce[1338].

Cependant, il convient de signaler un arrêt de la Cour de Versailles du 22 novembre 2002[1339] qui a considéré, sans se référer à la situation de fortune des fiancés ou de leur famille, que la remise d'une bague de 14 000 € était une donation faite en faveur du mariage et donc caduque dans la mesure où celui-ci n'a jamais été conclu.

Si les bijoux ne sont ni des souvenirs de famille, ni d'une valeur excessive, ils seront soumis au statut des présents d'usage. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 28 octobre 2004[1340] en a rappelé la règle en disposant que « l'ex-mari ne démontre pas que la bague de fiançailles qu'il

---

1335. C. –I. FOULON-PIGANIOL, note ss. Civ. 1ère, 19 décembre 1979 : D., 1981, jur., pp. 449 et s.
1336. Paris, 15ème ch. B, 30 mars 1978 : préc.
1337. Paris, 25 juin 1985 : Juris-Data n°024572 ; Paris, 2ème ch. A., 12 septembre 1990 : Juris-Data n°024525.
1338. Paris, 17 juin 1986 : Juris-Data n°022947.
1339. Versailles, 22 novembre 2002 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°208, p. 30, obs. B. BEIGNIER.
1340. Amiens, 28 octobre 2004 : Dr. fam., février 2005, comm., n°40, p. 28, obs. B. BEIGNIER.

a offerte à sa future épouse ne peut être qualifiée de présent d'usage en ce qu'elle serait un bijou de famille ou aurait une valeur sans rapport avec ses capacités financières ».

Les présents d'usage

422. Le fondement du statut des présents d'usage réside dans la coutume d'offrir une bague de fiançailles ou un bijou à l'occasion de l'échange des promesses de mariage. Cet usage, quoique moins répandu qu'autrefois où les générations passées étaient plus soumises à l'emprise de leurs parents, demeure malgré tout majoritaire.

En application de l'article 852 du Code civil[1341], les présents d'usage sont dispensés du rapport des libéralités, et dans le cadre des fiançailles, ils échappent à la restitution. Cette règle est tout à fait admissible, car il est raisonnable de présumer, que le gratifiant a accepté le risque de l'échec du projet de mariage, dès lors que ses dépenses ont été supportables. La valeur raisonnable des objets donnés, et la règle de leur non-restitution rendent l'enjeu financier peu important, ce qui tend à éviter que les ex-fiancés se livrent à des règlements de comptes judiciaires. À ce propos, un auteur a judicieusement souligné qu' « il est sain que la loi ait rejeté dans le domaine du non-droit les ladres et les mauvais perdants qui veulent reprendre leur médiocre mise après avoir perdu au jeu des fiançailles »[1342].

La qualification de présent d'usage présente enfin un intérêt fiscal, puisqu'elle permet d'échapper à la taxation des dons manuels.

La nature des bijoux de fiançailles ayant été déterminée, il convient de se demander quelle est l'influence des circonstances de la rupture des fiançailles sur leur devenir.

2 - Les bijoux de fiançailles et l'imputabilité de la rupture des promesses de mariage

---

[1341]. Req., 18 juillet 1933 : Gaz. Pal., 1933, II, pp. 678 et s. ; S., 1934, I, pp. 19 et s. ;
Civ. 1ère, 30 décembre 1952, affaire Sacha Guitry : J. C. P., 1953, II, 7475, note J. MIHURA ;
Toulouse, 13 février 2001 : Dr. fam., octobre 2001, comm., n° 100, p. 23, obs. B. BEIGNIER.

423. Pour décider du sort de ces bijoux, et en particulier de celui de la bague, un auteur préconise d'effectuer une distinction d'équité, fondée sur l'imputabilité de la rupture des fiançailles[1343]. Ainsi, quand l'échec du projet de mariage n'est pas imputable à la fiancée, cette dernière peut conserver la bague, au motif que la coutume estime injuste que le fiancé volage ait le droit de la reprendre. Cet auteur justifie cette solution, en assimilant le don de la bague à une remise d'arrhes et en précisant que celui-ci est le symbole des promesses échangées et qu'il a une fonction pénale imposant au fiancé de perdre la bague. En effet, la volonté ne peut pas assortir une promesse de mariage inefficace d'une clause pénale licite.

Un autre auteur considère que cette idée d'arrhes est ambiguë parce que c'est « faire appel à une technique du droit contractuel tout en excluant les fiançailles de ce droit »[1344]. D'ailleurs, la non-restitution de la bague s'applique aussi en cas de décès du fiancé[1345], mais les droits de la fiancée sont précaires puisque les héritiers peuvent en demander la restitution, si elle devient infidèle au souvenir du mort, ou si elle se marie[1346].

Cette opinion a eu un certain écho auprès de plusieurs Cours d'appel, qui ont permis à la fiancée qui n'avait rien à se reprocher de conserver la bague[1347]. Cependant, le fondement de ces arrêts étant de nature sociologique, la Cour de cassation ne l'a jamais expressément approuvé. De plus, cette thèse suscite les réserves d'un auteur qui souligne à bon escient qu'en raison de l'égalité des hommes et des femmes, « le courant justicier » n'est plus aussi fort qu'autrefois, et que la restitution devrait gagner du terrain puisque la bague n'est plus le vestige d'une différence entre les sexes. En effet, une pratique synallagmatique s'est introduite dans les présents de fiançailles, et souvent le fiancé reçoit lui aussi un cadeau.

1342. J. –P. LANGLADE, note ss. Douai, 17 septembre 1985 : D., 1986, jur., pp. 301 et s.
1343. J. CARBONNIER, Droit civil, Tome 2, La famille : préc., p. 46.
1344. C. –I. FOULON-PIGANIOL, note ss. Paris, 3 décembre 1976 : D., 1978, jur., pp. 339 et s.
1345. Douai, 17 septembre 1985 : préc.
En sens contraire, voir : Trib. civ. Seine, 18 juillet 1923 : D. P., 1923, 2, pp. 206 et s.
1346. J. CARBONNIER, *« Le statut des bijoux dans le droit matrimonial »* : Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'Enregistrement, 1950, art. 26885, p. 314.
1347. Paris, 3 décembre 1976 : D., 1978, jur., pp. 339 et s., note C. –I. FOULON-PIGANIOL ; Amiens, 2 mars 1979 : Gaz. Pal., 1980, 1, somm., p. 182 ; Douai, 17 septembre 1985 : préc. ; Paris, 14 novembre 1988 : Juris-Data n° 026222.

Enfin, cette opinion s'appuie sur la plupart des décisions intervenues en la matière. Ainsi, dans un arrêt du 30 avril 1986, la Cour d'appel de Pau a prescrit la restitution de la bague, et de la chevalière en or en se fondant sur les usages et les conventions des parties, au motif que le Code civil ne reconnaît aucun statut juridique aux fiançailles[1348]. De même, un arrêt de la Cour de Montpellier du 19 février 1987 a ordonné la restitution d'une bague d'une valeur de 45 000 F (6 860,21 €), d'une veste et d'un manteau de vison d'une valeur de 35 000 F (5 335,72 €), alors que la rupture n'était pas fautive. En se fondant sur l'article 1088 du Code civil, cet arrêt a clairement énoncé que « les dons faits en vue du mariage dans la considération prépondérante de l'union conjugale convenue doivent être restitués sans qu'il y ait lieu de rechercher l'existence d'une faute dans la rupture »[1349].

En outre, la bague doit être restituée, lorsque les fiançailles ont pris fin, soit par une mésentente réciproque, à la suite d'un commun accord, soit par la faute ou le décès de la fiancée. En effet, la donation de la bague devient dépourvue de cause, lorsque les fiançailles ont été rompues.

De lege feranda, une clarification du cadre juridique des cadeaux de fiançailles serait sans doute utile à la protection des victimes de ruptures, parce que la complexité et la subtilité de la jurisprudence y relative est susceptible de les décourager d'intenter une procédure.

D'ailleurs, dans le dessein de renforcer l'institution du mariage, un auteur a proposé de créer un mariage à l'essai ou « noviciat conjugal », dans lequel la célébration de l'union matrimoniale serait retardée pour permettre un engagement plus conscient ainsi que plus durable. Cependant, les effets juridiques de ce noviciat seraient très limités, puisque « seule la rupture abusive pourrait donner lieu à réparation, compte tenu de la précarité du lien existant entre les novices »[1350]. Cette proposition n'est pas convaincante, car elle n'apporte pas d'avancées à la protection actuelle des adultes vulnérables.

Enfin, la rupture des promesses de mariage doublées de concubinage peut également donner lieu à des problèmes de liquidation et de partage des biens acquis en commun, de société de

---

1348. Pau, 30 avril 1986 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1986, pp. 466 et s.
1349. Montpellier, 19 février 1987 : préc.
1350. G. PEYRARD, *« Les couples non mariés »* : *in* R. NERSON (dir), Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français), Éditions du C. N. R. S., 1978, Tome I, pp. 211 et s., spc. pp. 229 et s.

fait... Pour solutionner ces difficultés, il n'est pas fait appel aux dispositions spécifiques aux fiançailles, mais aux règles générales élaborées par la jurisprudence à l'occasion de la cessation du concubinage.

CHAPITRE 2
LA CESSATION DU CONCUBINAGE

424. L'article 515-8 du Code civil définit le concubinage comme « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différents ou de même sexe, qui vivent en couple ». Comme le souligne un auteur, s'il n'est pas « élégant de donner légalement une définition d'un fait »[1351], celle-ci a au moins le mérite d'exister, ce qui n'était pas le cas avant la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

En raison de leur cohabitation durable et de leurs rapports de confiance, les vieux concubins demandent au droit de leur assurer une sécurité pécuniaire minimum à la sortie de leur union parce que ceux-ci n'ont pas souvent organisé précisément et/ou globalement le devenir de leurs biens et qu'il convient de protéger le partenaire le plus faible matériellement ou psychologiquement, qui pensait pouvoir compter sur l'autre. La situation est différente pour les jeunes cohabitants sans enfant, pour lesquels le déconcubinage, faute d'intérêts pécuniaires majeurs, devrait pouvoir s'effectuer sans trop de difficultés, même si l'un cherche parfois à s'approprier des biens matériels dont il n'est pas propriétaire.

Malgré un mouvement de désinstitutionnalisation du droit de la famille, ce dernier demeure sensible aux cas de détresse les plus graves, et il opère une distinction selon que les concubins ont été imprévoyants ou prévoyants. Dans le premier cas, la jurisprudence a instauré des règles ayant pour vocation de protéger les concubins les plus vulnérabilisés par la perspective de la cessation de leur concubinage (SECTION 1). Dans le second cas, la pratique extrajudiciaire et le législateur offrent aux concubins plus prévoyants et vulnérables des solutions qui adoucissent les effets de la rupture de leur concubinage (SECTION 2).

1351. J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS »* : J. C. P. éd. N., 1999, En bref, pp. 1551 et s., spc. p. 1652.

SECTION 1
LA CESSATION DU CONCUBINAGE DES CONCUBINS IMPRÉVOYANTS

425. Si la liberté de partir est de l'essence de l'union libre, cette dernière n'est pas la liberté totale. En effet, la jurisprudence admet que la vie à deux crée des obligations avec le temps, que les patrimoines se sont interpénétrés, et qu'il est bien difficile de les partager. Pour apporter un peu d'humanité à la loi qui ignorait jusqu'à une époque récente le concubinage, la jurisprudence a protégé les concubins imprévoyants en améliorant le droit commun applicable à la liquidation des biens des concubins (§ 1), et en édictant des règles spécifiques qui varient suivant l'événement ayant entraîné la cessation du concubinage (§ 2).

§ 1 - LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS IMPRÉVOYANTS

426. À la différence des époux qui bénéficient du droit des régimes matrimoniaux, ces concubins ne disposent que des solutions fragmentaires aux problèmes posés par la liquidation de leurs biens. En effet, ces palliatifs sont souvent incertains, car les tribunaux sont fréquemment partagés par des courants favorables et défavorables, qui tiennent tantôt à des réserves que suscite l'union libre, tantôt à la spécificité des techniques mises en oeuvre, qui sont soumises à des conditions assez strictes ne permettant pas de traiter l'ensemble des difficultés liées à la rupture. De plus, et comme l'a brillamment démontré un auteur, les solutions apportées sont parfois imprévisibles, « les juges fonctionnant plus au sentiment qu'au raisonnement. Tant mieux s'exclameront ceux qui vouent les concubins aux gémonies et les verraient volontiers tomber du charybde du fait en sylla du désordre. Mais qui cela punit-il, sinon le plus souvent le plus faible, celui qui a trimé en fait ? Punir les faibles par le moyen

du désordre juridique, tel n'est point notre idéal »[1352]. Aussi, pour protéger, selon un autre auteur, « le faible du fort, le naïf du malin, le plus confiant du moins honnête, celui qui prend ses responsabilités de celui qui les esquive »[1353], le droit prétorien applique trois solutions principales pour régler la liquidation et le partage des biens des concubins : la société de fait (A), l'enrichissement sans cause (B), et la gestion d'affaires (C).

[1352]. J. HAUSER, « *Société des établissements concubins et Cie* » : R. T. D. civ., 1997, pp. 636 et s., spc. p. 637.
[1353]. E. SULLEROT, Pour le meilleur et sans le pire, Fayard, 1984, p. 113.

A - LA SOCIETE DE FAIT

427. Lorsque des concubins désirent se bâtir un « *patrimoine commun* », qui sera constitué grâce au travail, aux capitaux et aux idées de l'un et de l'autre, ils peuvent créer une société[1354]. Dans ce cas, l'établissement de statuts écrits et publiés, clarifiera la situation des parties, tant dans leurs relations personnelles, que vis à vis des tiers. Ainsi, le contrat de société protégera les futurs associés contre les surprises d'une société de fait et contre les difficultés de preuve inhérentes au défaut de statuts, en permettant à la cessation de l'union libre de disposer d'un cadre juridique réglant, au moins pour partie, certains rapports financiers des concubins.

Mais, plus souvent, les concubins n'ont pas exprimé leur volonté de devenir associés, et se sont parfois comportés comme tels, sans même le savoir. On a dit d'eux, qu'ils étaient associés, comme M. Jourdain faisait de la prose. En effet, un concubin apporte souvent sa collaboration à la profession ou à l'entreprise de l'autre. En raison de cette confusion des patrimoines, l'un des ex-concubins, s'estimant lésé à la sortie de l'union libre allègue parfois l'existence d'une société de fait, ou plus exactement « *créée de fait* », qui a un caractère rétrospectif, n'apparaissant qu'au moment de sa disparition.

D'ailleurs, une partie de la doctrine a soutenu que cette technique permettait de liquider les biens des concubins en appliquant les règles de la communauté entre époux. Dans sa thèse, un auteur célèbre a exposé qu' « *entre les concubins, il se crée toujours une société de fait reflétant un type déterminé de société conjugale. En principe, il s'agira d'une société universelle de gains, pendant la communauté légale de meubles et d'acquêts. Mais s'il résulte des circonstances que les concubins ont entendu écarter cette espèce de société, on admettra, selon la volonté révélée par leurs agissements, qu'il s'est établi entre eux une société de fait correspondant à telle ou telle catégorie de régime matrimonial* »[1355]. Consécutivement à la

---

1354. En ce sens, voir : C. E., 25 novembre 1992 : D., 1993, I. R., p. 1 ; J. HAUSER, « *Concubinage des villes et concubinage des champs : sociétés de fait et Gaec* » : R. T. D. civ., 1996, pp. 133 et s.

1355. J. CARBONNIER, Le régime matrimonial. Sa nature juridique, sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932, p. 453.

réforme des régimes matrimoniaux résultant de la loi du 13 juillet 1965, cet auteur a actualisé son idée en interprétant par analogie les dispositions de l'article 1442 du Code civil. En effet, si les tribunaux peuvent faire disparaître la communauté pour tout le temps où il n'y avait plus en fait cohabitation et collaboration, ils ont aussi la faculté de la faire naître partout où un couple a en fait cohabité et collaboré par une technique de communauté rétrospective. Cependant, cette position doctrinale, même rénovée, n'est pas partagée par les tribunaux qui n'admettent l'existence de cette société que si la réunion de tous les éléments habituels de ce contrat est effective (a). Il en résultera la naissance d'une certaine « *communauté* », mais celle-ci sera liquidée et partagée selon les règles applicables aux sociétés (b).

a - LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA SOCIÉTÉ DE FAIT

428. En l'absence de statuts, l'appréciation des éléments constitutifs de la société, dont la preuve s'effectue par tous moyens, est une question de fait qui relève du pouvoir souverain des juges du fond, la Cour de cassation se contentant d'un contrôle formel, ce qui n'est pas sans inquiéter la doctrine qui souligne l'incohérence de ce système où les solutions retenues sont plutôt sévères alors qu'un courant plus minoritaire est plus libéral.

D'une manière générale, l'existence de la société de fait ne découle pas de la seule constatation du concubinage. En effet, depuis l'arrêt de principe rendu par Cour de cassation le 25 juillet 1949[1356], la jurisprudence constante considère que la cohabitation même prolongée de personnes qui ont vécu en époux, ont confondu leurs biens, et ont participé aux dépenses de la vie courante, ne suffit pas à donner naissance entre elles à une société. Cette

1356. Com., 25 juillet 1949 : J. C. P., 1950, II, 5798 note D. BASTIAN.

formule, reprise régulièrement par les arrêts postérieurs de la Cour de cassation[1357] est également adoptée par de nombreux arrêts de Cours d'appel[1358].

Ainsi, l'existence d'une société créée de fait entre concubins suppose la réunion des éléments prévus à l'article 1832 du Code civil, c'est-à-dire les apports, la participation de chacun aux résultats de l'exploitation et l'*affectio societatis* qui consiste dans la volonté de collaborer à la conduite des affaires sociales de façon active et égalitaire. Dans trois arrêts récents, la Cour de cassation a solennellement rappelé la règle et elle a précisé que ces éléments cumulatifs devaient être établis séparément et ne pouvaient pas se déduire les uns des autres[1359].

1357. Civ. 1ère, 27 avril 1978 : Gaz. Pal., 1978, II, pan. jur., p. 254 ; Civ. 1ère, 25 octobre 1983 : Defrénois, 1984, art. 33298, pp. 647 et s., obs. J. HONORAT ; Civ. 1ère, 23 juin 1987 : Defrénois, 1987, art. 34092, pp. 1329 et s., obs. J. HONORAT ; Civ. 1ère, 18 juillet 1995 : J. C. P., 1995, IV, 2308.

1358. Pour quelques arrêts postérieurs à 2000, voir : Grenoble, 10 janvier 2000 : Dr. fam., décembre 2000, comm., n° 138, 1er arrêt, pp. 12 et s., obs. H. LÉCUYER ; Riom, 4 juillet 2000 : Dr. fam., décembre 2000, comm., n° 138, 2ème arrêt, pp. 12 et s., obs. H. LÉCUYER.

1359. Civ. 1ère, 12 mai 2004 : B. R. D. A., 2004, n°11, p. 3 ; R. J. P. F., octobre 2004, p. 21 ; Com., 23 juin 2004 (2 arrêts) : B. R. D. A., 2004, n°14, pp. 3 et s. ; A. J. Famille, septembre 2004, pp. 324 et s., obs. F. BICHERON ; R. J. P. F., octobre 2004, p. 21 ; D., 2004, jur. somm. comm., p. 2969, obs. D. VIGNEAU. Sur ces arrêts, voir : F. VAUVILLÉ, *« Société créée de fait entre concubins : la Cour de cassation remet de l'ordre »* : R. J. P. F., octobre 2004, pp. 15 et s.

1 - Les apports

429. Pour qu'il y ait société de fait, chaque associé doit avoir effectué un apport qui présente un caractère matériel[1360], objectivement constatable.

En principe, la jurisprudence retient, sans difficultés, les apports en espèces[1361], et les apports en nature[1362], à condition toutefois que ces apports ne soient pas considérés comme des dons manuels[1363], ou comme une conséquence de la vie commune[1364].

Par contre, en ce qui concerne les apports en industrie, et même parfois dans les apports en espèces[1365] ou en nature[1366], la complexité des rapports entretenus par les concubins amène les tribunaux à refuser fréquemment de les prendre en considération, car il est souvent admis que c'est plus pour vivre ensemble, qu'ils mettent en commun au jour le jour leurs fonds, leurs salaires et leur travail effectif, que pour fonder réellement une véritable société civile ou commerciale qu'ils auraient pu officiellement constituer.

Ce point de vue est justifié lorsque les partenaires réalisent des économies sur les loyers ou acquièrent des biens de consommation courante, mais pour les biens professionnels, cette interprétation est critiquable, car contrairement aux dispositions de l'article 1832 du Code civil qui n'édictent aucune exigence relative au mode de vie des associés, la jurisprudence écarte parfois la qualification d'apports en industrie, considérés comme secondaires au regard des apports en capitaux, non pas sur le fondement de règles juridiques particulières, mais sur des hypothèses de nature à jeter un doute sur leur cause. L'introduction de cet élément de

---

1360. Com., 25 avril 2001 : R. J. P. F., septembre 2001, p. 20.
1361. Req., 8 janvier 1946 : J. C. P., 1946, II, 3053, note J. HÉMARD ; Com., 17 novembre 1952 : Bull. civ., III, n°351, pp. 270 et s. ; Civ. 1ère, 30 novembre 1971 : Bull. civ., I, n°302, p. 259 ; Civ. 1ère, 2 octobre 1974 : Bull. civ., I, n°249 pp. 213 et s. ; Com., 1er décembre 1981 : D., 1982, I. R., p. 96 ; Bourges, 16 février 1987 : J. C. P., 1987, IV, p. 306 ; Nancy, 5 octobre 1989 : Juris-Data n°45831.
1362. Civ. 1ère, 24 novembre 1959 : Bull. civ., I, n°495, p. 410 ; Com., 7 mars 1961 : Bull. civ., III, n°129, pp. 115 et s. ; Nancy, 15 novembre 1956 : D., 1957, jur., pp. 26 et s.
1363. Com., 7 avril 1998 : Bull. Joly Sociétés, juillet 1998, § 256, pp. 792 et s., obs. Y. DEREU.
1364. Rennes, 4 juin 1998 : R. T. D. civ., 1999, p. 819, obs. J. HAUSER ; Paris, 2ème ch. A, 11 mai 1999 : Juris-Data n° 023553.
1365. Paris, 7 novembre 1990 : Juris-Data n°024755 ; Paris, 17 avril 1991 : J. C. P. éd. N., 1992, II, pp. 275 et s., note Y. GUYON ; Bordeaux, 26 avril 1993 : Juris-Data n°041322.
1366. Bordeaux., 27 août 1991 : Juris-Data n°044311.

subjectivité dans la qualification des apports des concubins démontre la fragilité de l'application de la technique des sociétés de fait au phénomène de l'union libre.

Cette méfiance de la jurisprudence à l'endroit des apports en industrie effectués par les concubins se manifeste par la prise en compte soit de devoirs moraux qu'elle induit de leur vie commune[1367], soit du fait que ces apports compensent une pseudo-créance du concubin (bien-être et confort bénéficiant à la concubine[1368], entretien de cette dernière et de ses enfants[1369], hébergement gratuit dans un pavillon[1370]), soit d'une conception prônant l'absence d'équivalence entre le travail ménager et les apports en industrie[1371].

L'idée que le juge se fait du concubinage influence également le sort du deuxième critère de l'existence des sociétés de fait.

2 - La participation de chacun aux résultats de l'exploitation

430. Pour constater l'existence d'une société de fait, la jurisprudence demande régulièrement aux concubins de prouver leur intention de participer aux bénéfices et aux pertes de l'exploitation, car cette intention non écrite n'est pas présumée[1372].

La position de la jurisprudence est très nette. Il n'y a pas de société de fait si l'un des deux associés n'encourt pas les risques de l'entreprise. Ainsi, un arrêt de la Cour de Grenoble du 1er septembre 1998 a considéré qu'une personne ne pouvait pas prétendre être à la fois salariée de son concubin et associée dans l'exploitation d'un fonds de commerce[1373].

1367. Com., 30 juin 1970 : Bull. civ., IV, n°222, pp. 193 et s. ; D., 1970, somm., p. 196.
1368. Paris, 22 mai 1932 : J. C. P., 1933, II, pp. 1117 et s., note H. M.
1369. Com., 5 février 1952 : Bull. civ., III, n°59, pp. 48 et s. ; Toulouse, 1ère ch., 17 septembre 1991 : Juris-Data n°050583.
1370. Bordeaux, 21 septembre 1992 : Juris-Data n°044483.
1371. Nancy, 23 février 1949 : J. C. P., 1950, II, 5798 note D. BASTIAN ; Paris, 9 novembre 1992 : D., 1993, I. R., p. 47 ; R. T. D. civ., 1993, p. 331, obs. J. HAUSER ; Toulouse, 15 mars 1995 : Juris-Data n°043572.
1372. Civ. 1ère, 23 juin 1987 : Bull. Joly Sociétés, 1987, pp. 635 et s., note P. LE CANNU ; Defrénois, 1987, art. 34092, § 6, pp. 1329 et s., obs. J. HONORAT ; Com., 19 février 1991, pourvoi n° 89-16.875 ; Civ. 1ère, 18 juillet 1995 : Droit des sociétés, 1995, pp. 207 et s., note T. BONNEAU.
1373. Grenoble, 1er septembre 1998 : D., 1999, somm. comm., pp. 378 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.

D’ailleurs, la jurisprudence considère que le partage des bénéfices ou d'économies constitue la fin ultime habituelle de toute société, mais l'appréciation de cet élément intentionnel nécessite une recherche dont l'aboutissement est incertain, en raison des divergences de vues existant entre les juges à propos du concubinage.

431. La plupart du temps, les tribunaux admettent facilement cette volonté de participer aux résultats de l'entreprise, comme résultant soit des nombreux versements et retraits effectués sur le livret de caisse d'épargne de la concubine[1374], soit de la mise en commun par deux forains des revenus de leurs métiers exercés séparément[1375], soit des apports respectifs (pavillon et argent) et des cahiers de comptes[1376], soit de l’affectation à la construction d'une maison de leurs disponibilités financières et leur travail[1377], soit de la mise en commun du produit de leurs activités pour créer, financer et gérer ensemble un manège de promenade équestre[1378], soit, avec une grande mansuétude, de la mise en commun de leurs ressources pour la construction de l'immeuble destiné à assurer leur logement et celui des enfants, participant ainsi aux bénéfices, la contribution aux pertes éventuelles découlant du cautionnement souscrit par le concubin de l'engagement de la concubine[1379], soit de la mise en commun des ressources pour acquérir des biens immobiliers, la concubine assurant avec son salaire et les allocations familiales le fonctionnement du foyer, tandis que le concubin prenait à sa charge le remboursement des traites[1380], soit de la participation active de la concubine à l'activité de son concubin lorsqu'il a acheté une licence de taxi, allant bien au-delà de simples tâches d'exécution matérielle, et le remplaçant lorsqu'il était malade[1381], soit de la mise en commun des ressources de deux concubins vivant ensemble depuis trente trois ans et ayant donné naissance à six enfants pour la réalisation d'un projet immobilier commun, ce

---

1374. Civ. 1ère, 14 mai 1969 : Bull. civ., I, n°183, pp. 147 et s. ; D., 1969, somm., p. 119.
1375. Civ. 1ère, 30 novembre 1971 : Bull. civ., I, n°302, p. 259.
1376. Versailles, 3ème ch., 3 février 1989 : Bull. Joly Sociétés, 1989, p. 438, § 159.
1377. Nancy, 5 octobre 1989 : J. C. P. éd. E., 1990, II, 15784, p. 357, obs. A. VIANDIER et J. –J. CAUSSAIN.
1378. Com., 12 décembre 1995 : Bull. Joly Sociétés, 1996, pp. 225 et s., § 75, obs. J. VALLANSAN.
1379. Civ. 1ère, 11 février 1997 : J. C. P., éd. N., 1997, la semaine... en bref, p. 362 ; Dr. fam., avril 1997, pp. 10 et s., obs. H. LÉCUYER ; J. C. P., 1997, II, 22820, note T. GARÉ ; J. C. P., 1997, I, 4045, n°1, obs. M. FARGE ; R. T. D. civ., 1997, pp. 636 et s., obs. J. HAUSER ; Defrénois, 1997, I, art 36620, pp. 923 et s., obs. O. MILHAC.
1380. Basse-Terre, 9 mars 1998 : Dr. fam., novembre 1998, comm., n° 149, p. 13, obs. H. LÉCUYER.
1381. Grenoble, 30 juin 1998 : J. C. P., 1999, I, 101, n° 2, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE.

dont il résulte la volonté de s'associer et l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes[1382].

432. Moins souvent, la jurisprudence est sévère dans l'appréciation de ce critère, qui met la victime de l'union libre dans une situation difficile. En effet, la motivation de sa saisine réside dans l'absence de sa participation aux bénéfices de l'affaire. Or, le défendeur arguera précisément de celle-ci pour démontrer qu'à défaut de l'un de ses éléments constitutifs, la société n'a pas existé. De plus, l'activité professionnelle exercée en commun est parfois qualifiée de désintéressée, même si elle permet aux partenaires d'assurer leur existence. Ainsi, la jurisprudence a considéré que la mise en valeur d'une terre inculte ne démontrait pas que les concubins aient eu la volonté de s'associer en vue de réaliser des bénéfices[1383] ou que le concours apporté par une concubine à l'exploitation du fonds de commerce de son amant ne révélait qu' « *une union d'intérêts d'ordre sentimental et affectueux dépourvu de tout caractère spéculatif* »[1384], ou que l'acquisition commune d'une maison en vue de l'habiter n'a pas pour but ni de partager des bénéfices que l'opération n'est pas censée produire, ni de profiter d'une économie, puisque le remboursement d'un emprunt conjoint contracté pour financer cet achat compense l'absence de dépenses de loyers[1385].

De plus, et récemment, la qualification de société créée de fait a été rejetée par la Cour de cassation, à propos de concubins ayant réalisé un achat indivis sur le logement commun avec le projet d'un second achat aux fins de location[1386], à propos de la prétention d'un concubin qui s'était porté caution solidaire des emprunts immobiliers et contribuait à leur remboursement ainsi qu'aux travaux[1387], à propos de la demande d'une concubine évincée du logement financé en partie grâce à un compte commun[1388], ou à propos de la requête d'une concubine également évincée d'une maison servant au logement familial édifiée sur un terrain

---

1382. Civ. 1ère, 26 juin 2001 : Dr. fam., mars 2002, comm., n° 28, p. 15, obs. H. LÉCUYER.
1383. Com., 5 février 1952 : Bull. civ., II, n°59, p. 48.
1384. Paris, 12 janvier 1957 : S., 1957, jur., p. 64.
1385. Bordeaux, 18 juillet 1989 : Journal des notaires et des avocats, 1990, art. 60077, n°6, pp. 972 et s., obs. E. S. de la MARNIERRE.
1386. Civ. 3ème, 9 juin 2004 : J. C. P., 2005, I, 116, n°3, obs. Y. FAVIER.
1387. Civ. 1ère, 12 mai 2004 : J. C. P., 2005, I, 116, n°3, obs. Y. FAVIER.
1388. Com., 23 juin 2004 : J. C. P., 2005, I, 116, n°3, obs. Y. FAVIER.

appartenant à son concubin mais financée par le couple[1389]. Il en résulte une position de plus en plus restrictive de la Cour de cassation vis-à-vis des concubins imprévoyants.

Quant à l'intention de contribuer aux pertes, l'existence en est aussi exigée par la jurisprudence[1390]. D'ailleurs, son absence permet de distinguer le contrat de société du contrat de travail ou du mandat salarié, lorsque dans les deux cas, les parties sont intéressées aux seuls bénéfices.

3 - L'affectio societatis

433. Les concubins, membres de la société créée de fait, n'ayant pas, par hypothèse, exprimé la volonté de la constituer, les tribunaux exigent et vérifient que les associés aient participé à la direction et à la marche de l'affaire, et que leur comportement personnel s'inspirait de la poursuite de cet objectif économique commun. Cet élément subjectif s'induit souvent des autres éléments de la société de fait, et il ne peut être caractérisé qu'après le commencement de l'activité commune. Ainsi, par un arrêt du 30 octobre 1973, la Cour de Rouen a admis l'existence d'une société de fait entre concubins dès lors que la femme avait collaboré avec son partenaire à la poursuite de l'oeuvre commune en assurant la marche de l'exploitation pendant ses fréquentes absences et en fournissant les fonds nécessaires, et qu'elle n'était liée par aucun contrat et ne percevait aucun salaire[1391].

434. Cependant, les tribunaux sont dans l'ensemble plutôt réservés pour admettre la présence de l'*affectio societatis.* Ainsi, un arrêt de la Cour de Pau du 24 octobre 1996[1392] a considéré que l'existence d'un compte commun, l'édification en commun d'une maison d'habitation à l'aide de prêts contractés par deux concubins et la cohabitation prolongée ne suffisent pas à

1389. Com., 23 novembre 2004 : R. T. D. civ., 2004, p. 487, obs. J. HAUSER.

1390. Com., 9 novembre 1981 : Bull. civ., IV, n°385, p. 305 ; Civ. 1ère, 22 janvier 1986 : Bull. civ., I, n°224, pp. 213 et s. ; Com., 20 janvier 1987 : J. C. P. éd. N., 1988, II, pp. 358 et s., note G. GOUBEAUX ; Paris, 7 mars 1991 : Juris-Data n°020703 ; Com., 21 avril 1992 : Bull. Joly, juin 1992, pp. 666 et s., § 218, note A. CUISANCE.

1391. Rouen, 30 octobre 1973 : D., 1974, somm., pp. 19 et s.
Dans le même sens, voir : Rouen, 1ère ch. civ., 17 avril 1985 : Gaz. Pal., 1986, I, jur., pp. 87 et s., note A. P.S.

1392. Pau, 24 octobre 1996 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1996-3, n° 4184, p. 89.

établir l'existence d'une société de fait. Encore faut-il que se manifeste, sans équivoque, un esprit d'entreprise qui suppose l'acceptation personnelle d'un risque. Or, la seule souscription de deux prêts pour la construction de la maison par les concubins et l'utilisation de sommes provenant d'un compte joint alimenté par les deux salaires, ne suffit pas à démontrer cet *affectio societatis* : en effet, il s'agit d'actes entrant dans le cadre de l'indivision inhérente à la vie commune. Dès lors que la maison a été édifiée sur un terrain appartenant à la femme, celle-ci bénéficie donc de la présomption de propriété des articles 552 et 553 du Code civil qui ne peut être combattue que par la preuve contraire d'un titre ou de la prescription, le fait pour le concubin de se présenter dans les termes de son testament en faveur de sa concubine comme étant le propriétaire de la maison pouvant utilement combattre la présomption légale, il reste donc à déterminer une créance de succession dont devra s'acquitter la concubine.

De même, un arrêt de la Cour de Dijon du 28 septembre 1999[1393] a jugé que si la concubine, après onze ans de vie commune, justifie que les engagements contractés en commun traduisaient la volonté des concubins de participer à l'accroissement de l'exploitation et d'un partage des bénéfices dans leur vie commune, elle ne démontrait pas qu'elle avait participé aux travaux de la ferme ni ne justifiait d'une participation à la direction effective de l'exploitation qui pourrait caractériser sa position d'associée, et qu'en conséquence, elle ne pouvait invoquer l'existence d'une société créée de fait, d'autant que sa participation aux travaux matériels de la vie courante ne saurait constituer un apport en industrie dans le cadre d'une activité agricole et que la volonté de s'associer ne résultait pas de l'acquisition par les concubins d'une maison d'habitation, cette opération n'étant pas destinée à profiter à la société de fait invoquée.

Cette tendance de la jurisprudence majoritaire se manifeste par l'exigence de l'intention des concubins d'avoir entre eux des relations pécuniaires autres que celles qui découlent de leur communauté de vie[1394], par le refus d'assimiler des activités productives à la participation à la

---

1393. Dijon, 1ère ch. civ., 28 septembre 1999 : D., 2000, somm. comm., p. 420, obs. J. –J. LEMOULAND.
1394. Civ. 1ère, 2 octobre 1974 : Bull. civ., I, n°249 pp. 213 et s. ; J. C. P., 1974, IV, p. 368 ; Paris, 2ème ch. B, 12 septembre 2002 : D., 2003, n°29, jur. somm. comm., pp. 1940 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.

direction des affaires[1395], et par le rejet de tout lien de subordination entre concubins à l'intérieur de la société de fait.

Selon un auteur, ces solutions rigoureuses ne sont pas inspirées par la volonté de sanctionner l'union libre, mais elles « *s'avèrent pratiquement indispensables à la sécurité des relations juridiques* »[1396]. Si le concept de société créée de fait est admis, il va permettre la liquidation et le partage de certains biens appartenant aux concubins associés.

b – LA LIQUIDATION ET LE PARTAGE DE LA SOCIÉTÉ DE FAIT

435. La cessation du concubinage entraîne souvent celle de la société créée de fait. L'actif social, assimilé partiellement à une certaine « *communauté* », voire à un succédané de régime matrimonial, devra être partagé selon les règles applicables aux sociétés. Certes, les sociétés créées de fait sont dépourvues de la personnalité morale, mais leurs associés sont en fait tenus d'établir un compte de liquidation, c'est-à-dire de restituer à chacun des concubins ses apports, payer le passif, et éventuellement procéder au partage de l'actif net.

À cet égard, les parties peuvent faire jouer le principe de la liberté contractuelle visé aux articles 1871 et 1871-1 du Code civil et organiser les conditions de la liquidation. Sur ce plan, la jurisprudence a précisé que le compte arrêté en vue de la liquidation d'une société de fait fixe définitivement la situation des parties dès lors qu'il a été approuvé[1397].

436. À défaut de convention entre les concubins, les opérations se dérouleront en deux temps : la reprise des apports et le partage de l'actif net.

Dans une première phase, chaque associé va reprendre en jouissance les biens qu'il avait mis à la disposition de la société. Cette reprise s'effectue avant tout partage.

1395. Civ. 1ère, 30 avril 1954 : J. C. P., 1954, II, 8319 ; Paris, 9 novembre 1992 : D., 1993, I. R., p. 47 ; J. C. P.,1993, I., 3688, obs. P. MURAT, p. 301 ; R. T. D. civ., 1993, pp. 331 et s., obs. J. HAUSER.
1396. J. HONORAT, obs. ss. Civ. 1ère, 23 juin 1987 : Defrénois, 1987, art. 34092, n°6, pp. 1329 et s.
1397. Com., 12 juillet 1976 : D., 1976, I. R., p. 273.

Dans un deuxième temps, les concubins sont invités à procéder au partage de l'actif social après déduction des dettes et restitution des apports. Ce partage a lieu au prorata des apports respectifs de chacun, et si la contribution respective de chaque concubin est incertaine, le partage s'effectuera par parts égales[1398].

Pour les biens indivis entre les concubins, il convient aussi de les partager, à moins que les associés ne décident de les maintenir dans l'indivision. En d'autres termes, l'indivision peut survivre à la dissolution de la société, alors que l'inverse n'est pas vrai.

Ainsi dans une affaire où il n'était pas établi qu'un terrain avait été acquis au moyen des bénéfices réalisés par une société de fait entre deux concubins, le montant des reçus établis au nom de ces derniers ne représentant qu'une partie du prix d'achat, la Cour de cassation a décidé le 12 décembre 1978 que la liquidation de cette société n'ouvrait droit à la concubine qu'au remboursement de la moitié de la somme dont la société avait fait l'avance à son concubin pour l'acquisition du terrain[1399].

Au regard de l'équité, l'intérêt essentiel du partage est de permettre à chaque associé de participer aux profits de l'entreprise exploitée en commun, même si celle-ci n'appartient qu'à l'un des concubins.

L'attribution préférentielle de l'entreprise sociale est également envisageable, lorsque ses conditions d'application sont satisfaites. Cependant, la faculté octroyée à un associé de demander la reprise en nature de son apport risque de paralyser l'attribution préférentielle[1400], et elle ne permet pas au juge de l'attribuer souverainement comme il peut le faire dans un partage de succession ou de communauté. Par ailleurs, si l'attributaire n'est pas l'apporteur, il doit supporter les droits afférents à une mutation à titre onéreux, et non ceux applicables au partage entre époux[1401].

Cependant, lorsqu'un partage n'est pas possible et que l'un des concubins a collaboré à la profession de l'autre sans rémunération, le premier peut demander au second une indemnité

1398. Civ. 1ère, 27 avril 1966 : Bull. civ., I, n°253, pp. 196 et s. ; Civ. 1ère, 7 décembre 1977 : Bull. civ., I, n°469, pp. 372 et s. ; Gaz. Pal., 1978, pan. jur., p. 69.

1399. Civ. 1ère, 12 décembre 1978 : Journal des notaires et des avocats, 1979, art. 54970, pp. 889 et s.

1400. Sur ce point, voir l'article 1844-9, alinéa 3 in fine, du Code civil.

1401. En ce sens, voir : H. MARIE, *« La communauté entre concubins »* : Journal des notaires et des avocats, 1984, art. 57655, pp. 369 et s., spc. p. 371.

compensatrice sur le fondement de l'enrichissement sans cause. En effet, le bénévolat entre concubins engendre un double enrichissement au profit du propriétaire de l'exploitation, il est dispensé d'embaucher un salarié, et s'épargne les charges fiscales et sociales y afférentes, d'une part, et le travail de son partenaire procure une plus-value sur son fonds, d'autre part. À l'inverse, le concubin-travailleur bénévole subit un manque à gagner puisque les services rendus n'ont pas eu de contrepartie financière.

B - L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

437. La théorie de l'enrichissement sans cause condamne celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui à indemniser ce dernier de l'appauvrissement, qu'il lui a causé. Ce principe traduit l'idée essentielle du droit qui est de rendre à chacun le sien. L'intégration de l'action en enrichissement injuste en droit privé a été consacrée en droit privé français d'abord indirectement par un arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1870[1402], puis directement par un arrêt de principe rendu par la même Cour le 15 juin 1892[1403]. Depuis cette époque, de nombreuses décisions ont confirmé l'existence de cette action comme source générale d'obligations, que le concubinage ne rend pas impossible[1404].

La réussite de l'action en enrichissement sans cause nécessite que le créancier puisse justifier à l'encontre de son débiteur de l'existence d'un enrichissement procuré par le fait d'un appauvrissement corrélatif de son propre patrimoine. L'intérêt d'admettre cette action, qui fait preuve d'une certaine vitalité pour ceux qui ont une communauté d'intérêts en marge du droit, est de permettre au concubin d'obtenir une indemnisation au moins partielle de ses apports en industrie ou en numéraire, par exemple sur un bien appartenant à l'autre, lorsqu'il ne peut plus compter sur la bonne volonté de son ex-partenaire. Cependant à la précarité des liens issus du concubinage, va s'ajouter l'incertitude de l'indemnisation de celui qui s'est appauvri sans cause parce que les conditions mises à l'exercice de cette action ne sont pas toutes remplies. De plus,

---

1402. Req., 17 mai 1870 : D. P., 1871, I, p. 52.
1403. Req., 15 juin 1892 : D. P., 1892, I, pp. 596 et s. ; S., 1893, I, pp. 281 et s., note J. E. LABBE.
1404. Paris, 2ème ch., 15 juin 1939 : D. H., 1939, jur., pp. 409 et s.

les doutes des ex-partenaires sont confortés par l'existence de deux tendances au sein de la jurisprudence : une première plutôt restrictive, et une seconde plutôt favorable.

a – UNE JURISPRUDENCE MAJORITAIREMENT RIGOUREUSE, MAIS EN VOIE D'AMENUISEMENT

438. Malgré le grand souffle d'équité qui l'anime, l'action de *in rem verso* est entravée d'une manière générale par les tribunaux, qui se sont efforcés de limiter son champ d'application, ses conditions d'exercice et ses effets, et qui ont pris en considération les liens spéciaux qui unissent les concubins.

Tout d'abord, le concubinage ne peut pas servir isolément de fondement juridique à l'action d'enrichissement sans cause.

Ensuite, cette action a un caractère subsidiaire, qui interdit de la mettre en oeuvre chaque fois que le demandeur peut disposer d'une autre action en justice, comme par exemple l'existence d'une société créée de fait ou d'un contrat de travail. D'ailleurs, pour un auteur, « *le rôle subsidiaire de cette action marque bien la volonté de ne pas en faire un brûlot qui, au nom de l'équité, menacerait le droit* »[1405]. Cependant, un autre auteur[1406] souligne à bon escient que, pour la jurisprudence récente, la force obligatoire du caractère subsidiaire de cette action n'est plus ce qu'elle était, car « *manifestement, les juges n'apprécient plus guère aujourd'hui l'invocation quelque peu formelle d'une subsidiarité qui entendrait les priver du droit de prononcer de justes indemnisations* ».

Afin de limiter le champ d'application de la théorie de l'enrichissement sans cause, la jurisprudence traditionnelle ne se fonde pas sur un texte légal mais sur un usage selon lequel la communauté de vie engendre l'obligation pour les concubins de s'entraider. Ainsi, elle exclut l'action de *in rem verso* en prenant en compte la compensation directe ou indirecte

---

1405. M. BORYSÉWICZ, « *Travail et enrichissement sans cause dans les relations familiales* » : *in* Mélanges en l'honneur du Professeur J. –P BÉGUET, Faculté de droit de Toulon et du Var, 1985, pp. 41 et s., spc. p. 42.

d'avantages retirés de la vie commune[1407], la contribution à l'entretien du ménage[1408] ou l'assistance normale entre personnes qui vivent ensemble[1409]. De plus, le bénévolat exclut l'enrichissement sans cause. Dans cet esprit, un arrêt de la Cour de Paris du 8 décembre 1989[1410] a rejeté une demande d'indemnisation émanant d'une femme médecin qui avait participé à l'élaboration de deux ouvrages de médecine écrits par un confrère, dont elle avait été successivement l'élève, l'amie puis la maîtresse et collaboré aux travaux de fondation médicale qui avait été créée dans le seul intérêt de ce dernier. Pour motiver sa position, la Cour fît valoir que cette femme avait reconnu qu'elle avait accepté ce travail « *dans le cadre de relations amicales* » et qu'elle avait effectué ces tâches à titre toujours exclusivement bénévole. Un auteur critique judicieusement cette décision en soulignant que « *le bénévolat n'a qu'un temps, celui de l'harmonie du couple. La vue financière vient immanquablement après, quand le couple se défait* ». Mais, cet auteur observe qu'au cas d'espèce, la collaboration était seulement occasionnelle, et que c'est sans doute la raison pour laquelle les juges y ont vu un obstacle à l'application normale de l'action *de in rem verso*[1411].

Enfin, l'enrichissement n'est pas sans cause, lorsque l'appauvri a agi par intention libérale[1412], dans son propre intérêt pour améliorer ses conditions d'existence et son cadre de vie au sein de son ménage[1413] ou dans l'espoir de retirer de son intervention un avantage futur[1414].

1406. J. MESTRE, *« Du caractère subsidiaire de l'action de in rem verso »* : R. T. D. civ., 1997, pp. 657 et s., spc. p. 659.

1407. Paris, 22 mai 1932 : J. C. P., 1933, II, pp. 1117 et s. ; Montpellier, 22 février 1983 : Juris-Data n°000296 ; Paris, 27 mars 1990 : Juris-Data n°023102 ; Bordeaux, 27 août 1991 : Juris-Data n°044311 ; Civ. 1ère, 6 janvier 1993 : pourvoi n°91-12. 563 ; Agen, 9 mars 1993 : Juris-Data n°040987 ; Angers, 18 mai 1995 : Juris-Data n°053197 ; Civ. 1ère, 12 novembre 1998 : Dr. fam., février 1999, comm., n° 12, p. 12, obs. H. LÉCUYER ; Paris, 25ème ch. A, 2 avril 1999 : D., 1999, somm. comm., pp. 379 et s., obs. J. –J. LEMOULAND ; Civ. 1ère, 8 juin 2004 : Dr. fam., octobre 2004, comm., n°169, p. 29, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Besançon, 2ème ch. civ., 1er juin 2004 : J. C. P., 2005, I, 116, n°3, obs. Y. FAVIER (participation de la concubine aux frais de notaire relatifs à l'acquisition de l'immeuble du concubin ayant abrité le couple et à l'achat d'une chaudière pour ce même immeuble causée par la vie commune et les dépenses qui y sont afférentes, elle-même ayant bénéficié des ressources de son concubin).

1408. T. G. I. Alès, 9 novembre 1966 : D., 1968, jur., pp. 328 et s., note J. O ; Metz, 5 mars 1990 : Juris-Data n°043154 ; Bordeaux, 17 juin 1998 : Dr. fam., janvier 1999, comm., n° 1, pp. 11 et s., obs. H LÉCUYER.

1409. Riom, 6 janvier 1994 : Juris-Data n°040026 ; Bordeaux, 15 mars 1995 : Juris-Data n°040558.

1410. Paris, 8 décembre 1989 : Juris-Data n°026031 ; D., 1990, I. R., p. 13.

1411. H. SINAY, *« Le travail non rémunéré au sein du couple »* : *in* Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille Liber Anicorum, L. G. D. J., 1994, pp. 437 et s., spc. p. 447.

1412. T. G. I. Besançon, 25 novembre 1986 : Juris-Data n°048513.

1413. Civ. 1ère, 7 juillet 1987 : R. T. D. civ., 1988, p. 132.

1414. Paris, 1er juin 1989 : Juris-Data n°022552.

Quant aux effets de l'action de *in rem verso,* ils sont restreints par la règle du « *double plafond* » qui limite le montant de l'indemnité à la plus faible des deux sommes résultant de l'enrichissement du défendeur et de l'appauvrissement du demandeur, par la prise en compte du risque inhérent à la précarité du concubinage, au motif que cet aléa peut constituer une cause valable de l'appauvrissement, ou par la présence d'une contrepartie équitable des avantages dont l'un des concubins a pu bénéficier[1415], ce qui fait dire à un auteur que la technique de l'enrichissement sans cause, qui est un moyen de « *rééquilibrage ponctuel entre deux patrimoines* », est « *ici usitée comme un instrument de règlement global des affaires entre concubins* ».

b – UNE JURISPRUDENCE MINORITAIREMENT FAVORABLE, MAIS PORTEUSE D'AVENIR

439. Heureusement, l'accueil réservé à la demande d'un concubin fondée sur l'enrichissement sans cause est parfois plus favorable. Ainsi, quelques arrêts d'appel ont attribué au demandeur une indemnité dans les hypothèses suivantes : action admise après la constatation de l'absence de société[1416], un homme âgé ayant versé de fortes sommes à une jeune femme qui l'a abandonné lorsque ses économies ont été épuisées[1417], collaboration de la concubine sans rémunération à la profession de son compagnon[1418], travaux ménagers effectués et soins fournis à un concubin[1419], aide importante et allant au delà d'une contribution normale aux charges de la vie commune[1420].

1415. Toulouse, 28 mars 2000 : Dr. fam., janvier 2001, comm., n° 3, pp. 18 et s., obs. H. LÉCUYER.
1416. Civ. 1ère, 19 mai 1969 : Bull. civ., I, n°187, pp. 150 et s. ; Paris, 9 juillet 1983 : Juris-Data n°027411 ; Riom, 5 mai 1988 : Quotidien juridique, 8 avril 1989, p. 2 ; Limoges, 14 mai 1988 : Juris-Data n°042376.
1417. Nîmes, 18 septembre 1991 : Juris-Data n°030043.
1418. Aix, 28 décembre 1933 : D. P., 1935, II, pp. 41 et s., note M. NAST ; Civ. 1ère, 19 mai 1969 : Bull. civ., I, n°187, pp. 150 et s. ; Civ. 1ère, 9 janvier 1979 : préc. ; Civ. 1ère, 4 avril 1991 : pourvoi n°89-16.321.
1419. Dijon, 7 février 1928 : D., 1928, II, pp. 169 et s., note P. VOIRIN.
1420. Colmar, 16 juin 1989 : Juris-Data n°051418 ; Colmar, 24 octobre 1990 : Juris-Data n°051656 ; Paris, 25ème ch. A., 2 avril 1999 : D., 1999, somm. comm., pp. 379 et s., obs. J. –J. LEMOULAND ; Orléans, 22 mai 1990 : Juris-Data n°043891 ; Nancy, 6 avril 1994 Juris-Data n°053659.

De plus, la jurisprudence de la Cour de cassation, qui était plutôt et majoritairement réservée, a évolué. En effet, dans deux arrêts, celle-ci a interprété, de manière libérale les conditions de l'action de in rem verso.

Le premier arrêt, rendu le 15 octobre 1996[1421], casse pour « violation de l'article 1371 du Code civil et des principes qui régissent l'enrichissement sans cause,... l'arrêt qui, pour rejeter la demande d'une concubine en condamnation de son ancien compagnon en paiement d'une certaine somme, retient que si elle participait à l'exploitation du fonds de commerce du café-bar dont son concubin était propriétaire, en servant la clientèle, il n'est nullement certain que celui-ci aurait eu besoin sans elle d'un employé salarié et qu'il est impossible d'affirmer l'étendue ni même le principe de l'appauvrissement de la concubine et que l'aide apportée ne paraît pas avoir dépassé le cadre de la contribution aux charges du ménage, alors que la collaboration de la concubine à l'exploitation du fonds de commerce sans rétribution, qui se distingue d'une participation aux dépenses communes des concubins implique par elle-même un appauvrissement de la concubine et un enrichissement du concubin ». Cet arrêt a été critiqué au motif que la participation du concubin à la profession de l'autre justifie, hors de toute imputation de la contribution aux charges, la répétition de l'enrichissement. Néanmoins, celui-ci mérite l'approbation, car l'impossibilité affective d'exiger de son concubin une juste rétribution de son travail en cours de relation ne doit pas pénaliser l'éconduit dont le travail mérite rémunération, avec le garde-fou de la théorie de l'enrichissement sans cause.

Le second arrêt, rendu le 4 mars 1997[1422], a ordonné l'indemnisation par une concubine de son compagnon, qui lui avait remis une somme de 1 700 000 FCP pour l'extinction d'une dette au paiement de laquelle elle était tenue en qualité de caution, en considérant que l'absence de cause était remplie en raison du défaut d'intention libérale du concubin et des circonstances particulières de l'espèce : brièveté de la liaison, sommes données pour l'entretien du ménage, importance exceptionnelle de la somme remise, et en passant sous silence la condition de subsidiarité de l'action de in rem verso. Or, en l'occurrence, la remise des sommes par le

---

1421. Civ. 1ère, 15 octobre 1996 Bull. civ., I, n°357, pp. 250 et s. ; D., 1996, I. R., pp. 239 et s. ; Droit des sociétés, janvier 1997, pp. 6 et s., comm., n°2., obs. T. BONNEAU ; R. T. D. civ., 1997, pp. 102 et s., obs. J. HAUSER ; R. T. D. civ., 1997, pp. 636 et s., obs. J. HAUSER ; R. T. D. civ., 1997, pp. 658 et s., obs. J. MESTRE ; Les Petites affiches, n°107 du 5 septembre 1997, note M. ENAMA ; Defrénois, 1997, I, art. 36620, pp. 923 et s., obs. O. MILHAC.

1422. Civ. 1ère, 4 mars 1997 : Dr. fam., mai 1997, comm., n°67, pp. 8 et s., note H. LÉCUYER.

concubin à sa concubine pouvait, à défaut d'intention libérale, être qualifiée de prêt accepté par la femme, excluant en principe l'exercice de toute action au fondement quasi contractuel.

Pour conclure sur ce thème de l'enrichissement sans cause, un auteur souligne à juste titre que « le pilotage à vue des relations entre concubins par la jurisprudence, est de toute façon, souvent rebelle à une systématisation"[1423]. Cependant, la jurisprudence récente montre que s'il n'existe plus de présomption d'intention libérale entre concubins, il se dégage une présomption d'onérosité, au mépris du droit commun de la preuve qui exige du demandeur de la restitution qu'il démontre la réunion des conditions de l'action de in rem verso. Or, cette preuve est difficile à rapporter en raison du lien affectif qui a existé entre les concubins.

C - LA GESTION D'AFFAIRES

440. La technique de la gestion d'affaires répond au besoin d'équité qui postule que celui qui a agi sérieusement et avec altruisme doit être indemnisé de ses dépenses. Plus précisément, il y a gestion d'affaires, lorsqu'une personne, appelée gérant, accomplit un acte ou une série d'actes dans l'intérêt d'une autre, dénommée maître ou géré sans en avoir été chargée. Ses conditions d'existence sont l'intention d'agir pour le compte d'autrui et l'utilité de la gestion.

Les rapports des concubins libres, n'étant pas soumis à un statut légal dérogatoire, relèvent de la gestion d'affaires, qui est d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 815-4, alinéa 3, du Code civil pour leurs biens indivis. Cependant, deux obstacles risquent de rendre difficile la mise en jeu de la gestion d'affaires : l'exigence par les tiers d'une stipulation de solidarité pour leurs engagements importants, et le doute sur les sentiments altruistes du gérant dès lors que ses actes intéressent généralement les deux parties.

Pourtant, la reconnaissance de la qualité de gérant présente un intérêt pour lui-même et pour les tiers. Le premier peut demander le remboursement des dépenses utiles, qu'il a pu engager pour son partenaire, sur le fondement de l'article 1381 du Code civil, alors que le concubin enrichi sans cause n'est tenu à restitution que dans la mesure de l'avantage dont il a

effectivement bénéficié. Les seconds bénéficient de l'action directe prévue à l'article 1375 du Code civil lorsqu'ils se heurtent à un concubin insolvable et qu'ils entendent atteindre le maître de l'affaire, pour se désintéresser sur son patrimoine.

Cependant, la jurisprudence rendue sur la base de la gestion d'affaires entre concubins revêt dans l'ensemble une connotation négative, puisque si quelques arrêts l'admettent exceptionnellement (a), la plupart des autres décisions ne la retiennent pas (b).

a - L'ADMISSION EXCEPTIONNELLE DE LA GESTION D'AFFAIRES

441. Bien que la gestion d'affaires s'applique à l'union libre, la jurisprudence très rare accueille plus volontiers la demande lorsqu'elle émane d'un tiers que lorsqu'elle est formée par un concubin.

Pour une demande formée par un tiers, un jugement du tribunal civil de Lagny du 4 juin 1954[1424] énonce qu' « *un concubin notoire et permanent ne saurait échapper à la responsabilité des dettes contractées par sa concubine pour les besoins courants du faux ménage, et il doit être condamné sur le fondement de l'article 1375 du Code civil, conjointement et solidairement avec elle, à leur payement* ».

Lorsque la demande émane d'un concubin, un jugement et deux arrêts estiment que les conditions de la gestion d'affaires sont réunies. Premièrement, un jugement du Tribunal civil de Villefranche-sur-Saône du 25 février 1948 a considéré que la concubine survivante pouvait obtenir le remboursement des sommes déboursées par elle pour frais funéraires engagés dans l'intérêt du défunt[1425]. Deuxièmement, un arrêt de la Cour de Bordeaux rendu le 11 février 1993[1426] a décidé qu'une concubine pouvait se faire rembourser les dépenses nécessaires et utiles pour conserver un immeuble appartenant à son concubin défunt et qui avait servi de logement au couple. Troisièmement, un arrêt de la Cour de Paris du

---

1423. J. HAUSER, « *Concubinages. Les comptes des concubins (suite)* » : R. T. D. civ., 1997, pp. 102 et s.
1424. Trib. civ. Lagny, 4 juin 1954 : D., 1955, somm., p. 24.
1425. Trib. civ. Villefranche-sur-Saône, 25 février 1948 : D., 1948, jur., pp. 199 et s.

14 octobre 1997[1427] estime que la concubine, qui a financé des travaux utiles d'entretien et d'investissement sur un immeuble appartenant à son concubin, a droit au remboursement des dépenses ainsi faites sur le fondement de la gestion d'affaires.

b - LE REJET QUASI-SYSTÉMATIQUE DE LA GESTION D'AFFAIRES

442. La jurisprudence rejette fréquemment les actions initiées par les concubins sur la base de la gestion d'affaires, alors qu'elles reposent en réalité sur d'autres fondements, tels qu'une convention verbale, un mandat gratuit, l'intention libérale ou la compensation d'avantages pécuniaires et personnels.

Ainsi, par un jugement du 14 mai 1985, le tribunal de grande instance de Nice a refusé au concubin le bénéfice de la gestion d'affaires en relevant que son intervention sur le chantier trouvait sa source dans une convention verbale qui excluait la spontanéité de son immixtion[1428].

Par un arrêt du 18 avril 1989, la Cour d'Aix-en-Provence rejette la gestion d'affaires à un concubin qui avait surveillé la construction de la villa de sa compagne, aux motifs qu'il existait un mandat gratuit et qu'il n'y avait pas d'immixtion[1429].

Un arrêt de la Cour de cassation rendu du 29 mai 1990[1430] a écarté toute référence à la gestion d'affaires, dès lors que les travaux effectués par le concubin dans l'immeuble appartenant à la concubine procédaient d'une intention libérale.

Par un arrêt du 11 juin 1996, la Cour de cassation[1431] a décidé que relève de l'exécution d'une convention tacite et non de la gestion d'affaires, l'accomplissement, sous le contrôle du concubin architecte, et le paiement par ce dernier de travaux de rénovation d'un immeuble

---

1426. Bordeaux, 11 février 1993 : Juris-Data n°040407.
1427. Paris, 14 octobre 1997 : Dr. fam., février 1998, comm., n° 19, p. 10, obs. H. LÉCUYER.
1428. T. G. I. Nice, 14 mai 1985 : R. T. D. civ., 1986, p. 109, obs. J. MESTRE.
1429. Aix-en-Provence, 18 avril 1989 : Juris-Data n°049476.
1430. Civ. 1ère, 29 mai 1990 : pourvoi n°88-17. 753.
1431. Civ. 1ère, 11 juin 1996 : pourvoi n°94-15. 779.

appartenant à la concubine et qui ont permis au concubin de ne pas payer de loyers pendant cinq ans tout en satisfaisant son désir d'améliorer et d'embellir son propre cadre de vie.

§ 2 - LES RÈGLES SPÉCIFIQUES FONDÉES SUR LA CAUSE DE LA CESSATION DU CONCUBINAGE

443. En dehors du mariage et de la reconduite à la frontière pour les étrangers en situation irrégulière, le concubinage s'achève le plus souvent soit par une cessation volontaire qui est en principe libre (A), soit par une cessation involontaire (B).

A - LA CESSATION VOLONTAIRE DU CONCUBINAGE

444. En matière d'union libre, le principe est que chacun des partenaires peut, à tout moment, reprendre sa liberté, puisque par essence, les concubins n'ont pas pris d'engagements durables l'un envers l'autre, et ont opté pour la précarité de leurs relations (a).

Cependant, le concubinage s'étant transformé en un mode de vie plus stable, sa rupture est souvent vécue comme un drame pour le concubin délaissé. Pour en atténuer les conséquences, le droit prétorien qui lui octroie une indemnisation, sous réserve que certaines conditions soient satisfaites (b).

a - LE PRINCIPE DE LA LIBRE RUPTURE

445. Pour la doctrine, ce principe a d'abord été fondé sur la morale, puis sur la volonté politique de favoriser le mariage et enfin sur les intentions des concubins.

Les auteurs d'une époque révolue avaient soutenu que le fait de rompre des relations hors mariage jugées immorales n'était pas considéré comme fautif[1432]. D'autres auteurs avaient aussi insisté sur le fait d'accorder au partenaire abandonné risquait de rapprocher ce dernier du statut d'époux et de l'inciter à ne pas se marier[1433]. En réalité, le fondement de la libre rupture réside dans la volonté des concubins qui ont choisi la liaison hors mariage, avec ses avantages et ses inconvénients. D'ailleurs, cette liberté, d'ordre public, rend nulle toute convention qui y fait obstacle, même indirectement[1434], et pour la jurisprudence, la rupture ne saurait en elle-même être assimilée à une faute civile[1435], susceptible d'ouvrir droit à des dommages et intérêts. Cette solution de principe s'applique même lorsque le concubinage a été retenu dans le contentieux de la recherche de paternité naturelle[1436].

Cependant, comme elle l'a fait dans le domaine de la rupture des fiançailles, la jurisprudence a créé des atténuations à ce principe pour venir au secours du partenaire abandonné.

b - LES ATTÉNUATIONS AU PRINCIPE DE LA LIBRE RUPTURE

446. La jurisprudence soucieuse du sort du concubin délaissé lui permet d'invoquer soit le droit commun de la responsabilité civile, soit la notion d'obligation naturelle.

1 - Le droit commun de la responsabilité civile

1432. P. VOIRIN, note ss. Poitiers, 29 octobre 1928 : D. P., 1929, II, pp. 219 et s. ; H. MAZEAUD, note ss. Paris, 4 janvier 1952 : S., 1952, II, pp. 85 et s.
1433. H. MAZEAUD, note ss. Paris, 4 janvier 1952 : préc. ; P. PARLANGE, note ss. Mixte, 27 février 1970 : J. C. P., 1970, II, 16305.
1434. Civ. 1ère, 17 juin 1953 : D., 1953, jur., p. 596 ; Civ. 1ère, 31 janvier 1978 : Bull. civ., I, n° 39, pp. 33 et s. ; Paris, 10 mars 1994 : D. 1994, I. R., p. 139.
1435. Pour des arrêts postérieurs à 1990, voir : Bordeaux, 24 juin 1991 : Juris-Data n°042892 ; Bordeaux, 23 janvier 1992 : Juris-Data n°040070 ; Dijon, 27 mai 1993 : Juris-Data n°044999 ; Orléans, 19 octobre 1993 : Juris-Data n°0466418 ; Bordeaux, 27 octobre 1993 : Juris-Data n°045247 ; Caen, 19 janvier 1995 : Juris-Data n°040201.
1436. Civ. 1ère, 27 octobre 1964 : J. C. P., 1965, II, 14149, note M. J.

447. Une responsabilité peut naître par suite d'une rupture abusive du concubinage, et cette responsabilité est de nature délictuelle, ce qui permet d'atténuer les conséquences de la séparation. Pour mettre en jeu cette responsabilité, le concubin délaissé doit démontrer l'existence d'une faute détachable de la rupture et un préjudice résultant de cette faute.

L'existence d'une faute détachable de la rupture

448. La preuve de cette faute peut être rapportée par tous moyens, puisque le concubinage libre est considéré comme un fait juridique. Pour qualifier une rupture d'abusive, la jurisprudence retient trois catégories de fautes : la faute dans l'établissement des relations, la faute commise pendant la vie commune, et la faute dans la manière de rompre.

La faute dans l'établissement des relations

449. Depuis longtemps, la jurisprudence admet que la faute du concubin peut exister dès l'origine de l'union libre, dans le comportement réputé répréhensible de l'homme qui altère le consentement de sa compagne et qui se manifeste soit par une séduction dolosive de la femme[1437] qui est appréciée différemment, selon que la victime est une personne inexpérimentée[1438] ou qu'il s'agit d'une personne instruite par la vie[1439], soit par un abus d'autorité ou par la contrainte, soit par un abus résultant d'une différence d'âge importante et/ou d'un déséquilibre des situations sociales[1440].

Ces décisions anciennes correspondent à une vision dépassée de la société, et de toute manière, cette catégorie de fautes ne devrait être admise que pour les unions qui sont

---

1437. Amiens, 5 janvier 1949 : J. C. P., 1950, II, 5254 note J. SAVATIER.
1438. Civ. 1ère, 30 juin 1953 : Bull. civ., I, n° 225, p. 186.
1439. Trib. civ. Lille, 10 mars 1948 : D., 1948, jur., p. 287 ; Toulouse, 9 mars 1976 : D., 1976, somm., p. 88.
1440. Poitiers, 16 janvier 1951 : D., 1951, jur., p. 124 ; Trib. civ. Privas, 28 février 1952 : S., 1952, II, pp. 148 et ., note J. B. ; Civ. 1ère, 7 octobre 1957 : D., 1958, jur., pp. 493 et s., note R. SAVATIER ; S., 1958, jur., p. 269.

rapidement rompues. En effet, pour les concubinages installés dans la durée, il semble que le temps, comme la prescription, atténue la faute à l'origine de l'union.

Cependant, l'arrivée du sida a fait apparaître des responsabilités plus dramatiques. Dans ce domaine, s'il n'existe pas en principe de règles spécifiques concernant la responsabilité des individus[1441], un arrêt de la Cour de Paris du 23 septembre 1999[1442] a considéré que les victimes contaminées par contage sont indemnisées dans les mêmes conditions que la victime directe, lorsqu'elles ont partagé avec leur concubin transfusé et contaminé une vie commune stable. De plus, en cas de transmission directe du sida à une personne non séropositive, la jurisprudence condamne régulièrement le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles contaminés par le V.I.H. à indemniser tant le préjudice moral éprouvé par la concubine du malade en état de sida déclaré[1443] (troubles résultant de la contamination, dans les conditions d'existence, réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, souffrances endurées ainsi que crainte des souffrances futures, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale ainsi que les préjudices liés à l'activité sexuelle et à la procréation, interruption de grossesse et renonciation d'une jeune femme à ses ambitions professionnelles[1444], enfant à élever seul[1445]), que du préjudice économique résultant de la contamination de celle-ci par la victime initiale[1446]. Enfin, par un jugement du 17 novembre 1998, le Tribunal correctionnel de Compiègne[1447] a relaxé un homme accusé par son ex-compagne de lui avoir transmis sa séropositivité après lui avoir caché sa maladie pendant leur liaison, en estimant que le comportement du prévenu relevait d'une « inconscience moralement blâmable », mais sans «intention délictueuse ni intention de nuire ».

La faute commise au cours de la vie commune

1441. J. FOYER et L. KHAIAT, *« Droit et sida : la situation française »* : *in* Droit et sida, comparaison internationale, C. N. R. S. Éditions, 1994, pp. 233 et s.
1442. Paris, 1ère ch., sect. J (ITH), 23 septembre 1999 : J. C. P., 2000, II, 10339, note E. VERNY.
1443. Paris, 17 juin 1993 : Juris-Data n°022939 ; Paris, 1ère ch., 2 octobre 1997 : n° 97-50036.
1444. Paris, 1ère ch., 8 janvier 1997 : n° I. 96/50114.
1445. Paris, 1ère ch., 12 novembre 1998 : n° I. 98/50026.

450. La jurisprudence admet aussi qu'une faute commise pendant la vie commune peut justifier l'octroi d'une réparation. Cette faute peut résulter soit de la création ou de l'aggravation d'un état de dépendance économique à l'initiative de l'un et au détriment de l'autre[1448]. Par contre, le fait de laisser son partenaire s'installer dans la dépendance n'est pas fautif[1449]. Dans ces derniers cas, le droit prétorien crée, à sa convenance, et sans le dire expressément, une obligation indirecte d'assistance entre concubins, qui ne leur est pas légalement imposée.

La faute dans la manière de rompre

451. Les circonstances de la rupture sont également retenues pour fonder la responsabilité de celui qui rompt les relations de concubinage, lorsqu'elles révèlent un comportement fautif dont l'appréciation dépend des juges du fond qui peuvent indemniser les personnes en situation de faiblesse. Ainsi, une faute a été relevée dans les cas suivants : brutalité[1450], abandon de la concubine au début de sa grossesse[1451], divulgation indélicate et abusive par une concubine des détails tenant à ses anciennes relations intimes[1452], congédiement brusque d'une concubine pour installer à sa place une autre femme au domicile commun[1453], intention de nuire, inconséquence, méchanceté, ingratitude manifeste [1454], rupture de la vie commune, laissant la concubine sans ressources et sans indemnisation, après lui avoir laissé envisager le mariage et en l'assignant brutalement en expulsion pour occupation sans droit ni titre de la maison où il l'avait installée[1455], découverte par la concubine la veille de passer un concours

---

1446. Paris, 13 décembre 1995 : Gaz. Pal., 1996, 2, somm., pp. 374 et s. ; Paris, 13 décembre 1995 : Gaz. Pal., 1996, 2, somm., p. 375.
1447. Trib. correct. Compiègne, 17 novembre 1998 : Le Progrès du 18 novembre 1998, p. 6.
1448. Civ. 1ère, 29 novembre 1977 : J. C. P., 1978, IV, p. 38 ; Gaz. Pal., 1978, pan. jur., p. 69 ; Defrénois, 1978, art. 31827, pp. 1129 et s., obs. J. MASSIP ; Paris, 14 novembre 1995: Juris-Data n°024789.
1449. Civ. 1ère, 18 juillet 1962 : Bull. civ., I, n°385, p. 32 ; Limoges, 4 octobre 1990 : Juris-Data n°046137.
1450. Colmar, 18 septembre 1992 : Juris-Data n°047971 ; Besançon, 9 mars 1994 : Juris-Data n°053720.
1451. Paris, 4 janvier 1952 : préc. ; Civ. 1ère, 6 juillet 1976 : Bull. civ., I, n°248, pp. 202 et s.
1452. Civ. 1ère, 18 mai 1971 : Bull. civ., I, n°163, pp. 135 et s.
1453. Paris, 14 novembre 1995 : Juris-Data n°024789 ; Civ. 1ère, 7 avril 1998 : Defrénois, 1998, I, art. 36895, n° 125, pp. 1385 et s., obs. J. MASSIP.
1454. Paris, 28 mars 1985 : D., 1985, I. R., p. 481.
1455. Rennes, 4 juin 1999 : Dr. fam., janvier 2000, comm., n° 1, pp. 15 et s., obs. H LÉCUYER.

cette dernière d'une nouvelle liaison de son concubin et de son désir de rompre[1456], abandon par un concubin parti sans laisser de subsides à son amie et à leur enfant alors qu'elle n'avait pas de ressources propres et en faisant couper l'eau et l'électricité[1457].

Par contre, l'existence d'une faute a été rejetée dans ces hypothèses : abandon d'une concubine avec l'enfant commun par un concubin hospitalisé, sous tutelle et dans l'impossibilité de faire face à ses responsabilités[1458], abandon d'une concubine enceinte ingénieur informaticien alors que son ex-concubin lui faisait grief d'avoir arrêté sa grossesse sans l'avoir informé et de l'avoir ainsi privé de sa paternité[1459], fait pour le concubin habitant à l'étranger d'abandonner sa concubine enceinte de ses oeuvres pour rejoindre son épouse, dès lors que la concubine n'ignorait pas cette situation et qu'il n'était pas établi qu'il ait pris l'engagement de rejoindre la mère en France lors de la naissance de l'enfant[1460], abandon d'une concubine en mauvaise santé, mais ne parvenant pas à prouver la faute du concubin[1461], rupture résultant d'une mésentente antérieure durable entre concubins[1462], départ précipité du concubin, quittant le domicile en laissant juste un mot, mais abandon pas imprévisible pour la concubine qui avait elle-même projeté de rompre[1463], absence de faute caractérisée du concubin, la concubine invoquant en vain sa situation financière catastrophique alors que le concubin, lui-même au chômage, traverse une période difficile[1464].

La réalité d'un préjudice résultant de la faute

1456. Bordeaux, 6ème ch., 4 janvier 2000 : Dr. fam., mars 2000, comm., n° 34, p. 17, obs. H. LÉCUYER ; D., 2000, somm. comm., pp. 411 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.
1457. Rouen, 29 janvier 2003 : Dr. fam., juin 2003, comm., n°69, p. 21, obs. H. LÉCUYER.
1458. Orléans, 19 octobre 1993 : Juris-Data n°046418.
1459. Paris, 25ème ch. A., 14 février 2003 : D., 2003, n°29, jur. somm. com., p. 1939 et s., obs. J. – J. LEMOULAND.
1460. Civ. 1ère, 5 mai 1982 : Gaz. Pal., 1982, 2, panor. de jur., p. 295.
1461. Paris, 27 février 1979 : D., 1979, I. R., p. 508.
1462. Nancy, 21 novembre 1994 : Juris-Data n°053778.
1463. Nancy, 29 juin 1996, renvoi après cassation du 4 janvier 1995 : Juris-Data n°044052.
1464. Orléans, 25 avril 2000 : Dr. fam., novembre 2000, comm., n° 125, pp. 22 et s., obs. H LÉCUYER.

452. Aujourd'hui, le préjudice résultant de la faute peut aussi bien être d'ordre matériel que d'ordre moral, ce qui n'a pas toujours eu l'assentiment de la jurisprudence d'antan. Mais, pour donner lieu à réparation, ce préjudice doit être prouvé[1465].

En outre, le préjudice causé par le déconcubinage peut parfois être réparé non pas sur le fondement de la responsabilité civile, mais sur celui de l'obligation naturelle.

2 - La notion d'obligation naturelle

453. Selon un auteur, cette notion du droit des obligations, issue du droit romain, peut se définir comme « une obligation dont l'exécution (forcée) ne peut être exigée en justice, mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition, en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral (dette de jeu, devoir alimentaire entre frères) »[1466].

Le fondement juridique de cette technique repose sur l'article 1235 du Code civil qui dispose que « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

L'obligation naturelle a pour objet de corriger les lacunes du droit positif, lorsque ce dernier laisse prospérer des situations injustes. Ainsi, de nombreuses décisions de jurisprudence admettent que l'auteur de la rupture a l'obligation[1467] de ne pas laisser dans le besoin le concubin, au motif qu'elle est la contrepartie d'un devoir de reconnaissance pour les attentions et les soins prodigués lors du concubinage[1468], et pour le soutien matériel, moral et affectif

---

1465. Pour des exemples de rejet de la demande de réparation, voir : Limoges, 4 octobre 1990 : Juris-Data n°046137 ; Bordeaux, 26 avril 1993 : Juris-Data n°041322.

1466. G. CORNU, Vocabulaire juridique, publié par l'association H. Capitant, P. U. F., 1ère édition, 1987, voir :. Naturel (obligation).

1467. Rennes, 1ère ch., 7 mars 1904 : D., 1905, II, pp. 305 et s., note M. PLANIOL ; S., 1907, II, pp. 211 et s., note J. HÉMARD ; Civ. 1ère, 6 octobre 1959 : D., 1960, jur., pp. 515 et s., note P. MALAURIE.

1468. Paris, 2 juin 1986 : Flash Dalloz, n°24 ; Versailles, 15 septembre 1988 : Juris-Data n°046740 ; Dijon, 13 février 1991 : Juris-Data n°042724 ; Poitiers, 13 mai 1992 : Juris-Data n°043548.

apporté par un partenaire à l'autre[1469]. D'ailleurs, pour justifier l'existence d'une obligation naturelle dans une libéralité, le donataire doit avoir subi un préjudice important ou rendu des services exceptionnels, par exemple « en sacrifiant sa vie » au bonheur du concubin. De plus les arrêts insistent presque tous sur la durée de la vie commune à laquelle la rupture a mis fin[1470].

454. L'octroi de la qualification d'obligation naturelle, que la jurisprudence a l'obligation de rechercher[1471], présente quatre intérêts.

Premièrement, la démonstration d'une faute n'est pas nécessaire pour que le préjudice soit indemnisé puisqu'il s'agit d'une obligation de conscience.

Deuxièmement, l'indemnité versée pour l'exécuter n'est pas considérée comme une libéralité tant en droit civil qu'en droit fiscal, où elle va échapper aux droits de mutation à titre gratuit. Elle n'est donc pas en principe annulable pour cause immorale et illicite, et elle n'est pas soumise à la réduction des libéralités, et aux règles restrictives des régimes matrimoniaux puisqu'elle s'analyse comme le règlement d'une dette au sens de l'article 1235 du Code civil.

Troisièmement, la promesse d'exécution, assimilée à un engagement d'honneur, ou le versement de l'indemnité transforme l'obligation naturelle en obligation civile sanctionnable et transmissible aux héritiers, sauf intention contraire de l'auteur de la rupture[1472]. Cette transformation a permis à la jurisprudence de protéger des concubines stables et abandonnées en leur permettant de résister à des demandes d'expulsion présentées par leurs anciens compagnons propriétaires du logement[1473].

Quatrièmement, l'exécution d'une obligation naturelle exclut l'action en répétition de l'indu[1474], ce qui n'est pas le cas en l'absence d'exécution volontaire de ladite obligation

---

1469. Civ. 1ère, 16 octobre 1967 : J. C. P., 1976, II, 15287 ; Paris, 1ère ch., 19 novembre 1974 : D., 1975, jur., pp. 614 et s., concl. M. CABANNES ; J. C. P., 1976, II, 18412, note H. –M. SYNVET ; Civ. 1ère, 14 juin 1978 : J. C. P. éd. N., 1979, prat., 7085, p. 138.

1470. D. VEAUX, *« Contrats et obligations. Obligations naturelles »* : Jur. -Cl. civ., art. 1235 à 1248, fasc. 10, 11. 1995, p. 20, n°68.

1471. Civ. 1ère, 17 novembre 1999 : R. T. D. civ., 2000, pp. 297 et s., obs. J. HAUSER.

1472. Paris, 19 janvier 1977 : D., 1977, I. R., pp. 332 et s. ; J. C. P. éd. N., 1978, II, p. 258.

1473. Civ. 1ère, 17 novembre 1999 : D., 2000, somm. comm., pp. 419 et s., obs. J. –J. LEMOULAND ; J. C. P., 2001, II, 10458, note S. CHASSAGNARD ; Civ. 1ère, 19 février 2002 : Defrénois, 2002, I, art. 37548, n°22, pp. 681 et s., obs. J. MASSIP.

1474. Dijon, 27 mai 1993 : Juris-Data n°044463.

naturelle par le débiteur[1475], ou de limitation expresse par celui-ci du champ d'application de son devoir de conscience[1476]. Ainsi, le concubin, auteur de la rupture, peut limiter de sa propre initiative le champ d'application de son devoir de conscience.

Cependant, la théorie de l'obligation naturelle, envisagée comme une pseudo-prestation compensatoire, ne permet pas de tout justifier, qu'il s'agisse de l'ensemble des transferts d'argent ou de biens opérés par un concubin au profit de l'autre[1477], ou d'une dette d'assistance envers les parents d'une ex-concubine tenant à leur état de santé ou à leurs ressources[1478], ou des frais d'obsèques avancés à la place des héritiers qu'un concubin n'a pas l'obligation d'assumer[1479], ou de l'absence pour les héritiers d'obligation à l'égard d'une concubine non bénéficiaire d'une libéralité de son défunt compagnon[1480], ou de la reconnaissance d'une obligation alimentaire librement consentie par un concubin ne s'analysant pas comme la contrepartie de la mise à disposition par la concubine de son logement et de ses meubles[1481].

Encore davantage que dans le cas de séparation volontaire, le décès de l'un des concubins risque de placer son partenaire dans une situation particulièrement difficile.

B - LA CESSATION INVOLONTAIRE DU CONCUBINAGE

455. Le concubinage français ne conférant aux concubins aucun droit de succession *ab intestat*, le partenaire survivant ne peut pas se prévaloir de la qualité d'héritier de son compagnon précédé, ce qui entraîne cinq conséquences qui lui sont préjudiciables.

1475. Metz, 20 décembre 1989 : Juris-Data n°051405.
1476. Bordeaux, 26 octobre 1993 : Juris-Data n°045247.
1477. Versailles, 28 avril 1994 : Juris-Data n°053002 ; R. T. D. civ., 1995, pp. 331 et s., n° 13, obs. J. HAUSER.
1478. Civ. 1ère, 18 juillet 1995 : Juris-Data n°002383 ; Dr. et patr., octobre 1995, p. 70.
1479. Paris, 4 juin 1980 : Juris-Data n°000230.
1480. Aix-en-Provence, 3 juillet 1991 : Juris-Data n°050439.
1481. Montpellier, 11 octobre 2004 : Dr. fam., mars 2005, comm., n°49, ^pp. 22 et s., obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Premièrement, il est dépourvu d'intérêt pour agir en nullité d'un testament établi par le *de cujus*, lorsqu'il n'est bénéficiaire d'aucune disposition[1482].

D euxièmement, il n'a pas le droit d'occuper le logement, propriété du prédécédé, et s'il y était maintenu après le décès, ce serait en toute illégalité, et il pourrait alors être condamné à payer aux héritiers une indemnité d'occupation[1483].

Troisièmement, un banquier ne peut, sans engager sa responsabilité, remettre des fonds au concubin survivant en vertu d'un mandat *post mortem* donné par le défunt, qu'après avoir vérifié l'existence d'héritiers et obtenu l'accord de ces derniers[1484].

Quatrièmement, la concubine survivante ne peut pas non plus ni prétendre au droit à pension accordé au veuf ou à la veuve à la suite du décès de son conjoint. Cependant et sous réserve de respecter certaines conditions, ladite concubine peut néanmoins se voir attribuer le capital-décès[1485].

Cinquièmement, le droit fiscal, qui ignore superbement les liens du concubinage libre, et taxe les concubins à hauteur de 60 %, après un abattement général de 1 500 € inchangé depuis 1974.

456. Face à la sévérité de ces solutions, la jurisprudence française reconnaît aujourd'hui au concubin survivant la faculté de demander réparation du préjudice subi à la personne responsable de l'accident ayant provoqué le décès du défunt. En effet, par un arrêt rendu le 27 janvier 1970[1486], la Chambre mixte de la Cour de cassation unifia sa jurisprudence longtemps divisée en décidant qu'un lien de droit entre la victime d'un accident et le demandeur en réparation n'était pas une condition de l'indemnisation et en observant qu'en l'espèce, le concubinage offrait des garanties de stabilité et n'était pas adultérin. Par cet arrêt, la Cour de cassation avait dégagé une règle de droit équitable pour la concubine, victime par ricochet d'un accident mortel, qui est en principe particulièrement vulnérable. En effet, le

---

1482. Riom, 17 mars 1988 : J. C. P., 1988, IV, p. 365.
1483. Paris, 27 avril 1987 : D. 1987, I. R., p. 123 ; Paris, 5 décembre 1990 : Juris-Data n°024072.
1484. Civ. 1ère, 28 juin 1988 : J. C. P., 1989, II, 21366, note D. MARTIN.
1485. Dictionnaire permanent social, décès des salariés, feuillets 181 (20 août 1995) 452 Z 3, n°11.
1486. Mixte, 27 février 1970 : D., 1970, jur., pp. 201 et s., note R. COMBALDIEU ; Gaz. Pal., 1970, I, pp. 163 et s. ; J. C. P., 1970, II, 16305, concl. R. LINDON, note P. PARLANGE ; R. T. D. civ., 1970, pp. 353 et s., obs. G. DURRY.

respect des structures familiales s'était effacé devant la nécessité de ne pas laisser quelqu'un mourir de faim ou végéter, parce que celui qui lui fournissait des ressources était décédé accidentellement. Depuis cet arrêt, la jurisprudence a constamment évolué dans un sens libéral et elle s'applique aussi bien au concubin qu'à la concubine survivante[1487]. De plus, la jurisprudence indemnise les préjudices matériel et moral[1488]. Toutefois, pour être indemnisé du préjudice matériel, le demandeur doit démontrer que le défunt subvenait, au moins en partie aux besoins du ménage et que son décès a entraîné pour le concubin survivant la perte d'une aide ou de ressources[1489], mais la jurisprudence facilite l'administration de cette preuve, en se référant à la notion de communauté économique, découlant elle-même de la communauté de vie.

De surcroît, la Chambre Criminelle de la Cour de cassation va rapidement abandonner l'exigence d'un concubinage non adultérin, d'abord en se fondant sur l'incertitude de l'adultère[1490], puis en s'appuyant sur l'idée que l'adultère constitue une faute relevant de la vie privée que le conjoint bafoué a seul qualité à faire valoir en justice[1491]. La dépénalisation de l'adultère par la loi du 11 juillet 1975 va conforter cette solution qui n'a pas été démentie depuis.

Enfin, la tendance à la libéralisation de la jurisprudence l'a conduite à admettre l'existence et l'indemnisation des préjudices subis par une concubine, alors que les partenaires ne vivaient plus ensemble depuis deux ans au moment du décès accidentel de son concubin[1492], une concubine et une épouse simultanément[1493], une concubine homosexuelle, dont l'amie avait été tuée accidentellement par un automobiliste, alors qu'elle circulait à bicyclette[1494], un concubin pour une diminution de son plaisir sexuel consécutive à la mise en place d'une

---

1487. Crim., 10 novembre 1992 : Bull. crim., n°365, pp. 1014 et s. ; R. T. D. civ., 1993, p. 330, obs. J. HAUSER.
1488. Civ. 2ème, 5 janvier 1973 : Gaz. Pal., 1973, I, pp. 304 et s., note H. M. ; Crim., 13 octobre 1981 : D., 1982, I. R., p. 96 ; C. E., Ass., 3 mars 1978, Dame Muesser : préc. ; Paris, 7 janvier 1994 : Juris-Data n°020369.
1489. Crim., 13 octobre 1981 : préc. ; Crim., 10 novembre 1992 : préc. ; Crim., 20 mars 2001 : R. J. P. F., septembre 2001, p. 20.
1490. Crim., 20 avril 1972 : J. C. P., 1972, II, 17278, note J. VIDAL ; Crim., 14 juin 1973 : D., 1973, jur., pp. 585 et s., note P. M.
1491. Crim., 19 juin 1975 : D., 1975, jur., pp. 679 et s., note A. TUNC ; Gaz. Pal., 1975, 2, pp. 566 et s., note R. C. ; Crim., 8 janvier 1976 : D., 1976, I. R., p. 53 ; Crim., 3 mai 1977 : Bull. crim., 1977, n°150, pp. 373 et s. ; Toulouse, 23 janvier 2001 : Dr. fam., juillet 2001, comm., n° 69, p. 16, obs. H. LÉCUYER.
1492. Crim., 2 mars 1982 : Gaz. Pal., 1982, II, somm., p. 230 ; R. T. D. civ., 1983, pp. 341 et s., obs. G. DURRY.
1493. Riom, 9 novembre 1978 : J. C. P., 1979, II, 19107, note G. ALMAIRAC.
1494. Trib. Belfort, ch. corr., 25 juillet 1995 : J. C. P., 1996, II, 22724, note C. PAULIN.

prothèse pénienne[1495], ou une concubine pour séquelles sexuelles personnelles et son concubin pour son préjudice subi par ricochet et consécutivement aux blessures intimes dont avait été victime son amie, ayant un enfant de deux ans[1496].

457. Cependant, toute notion morale n'ayant pas disparu de l'esprit des juges, ceux-ci ont parfois considéré que l'affection du défunt pour au moins deux partenaires attribue au concubinage, un caractère précaire, qui exclut la réparation[1497], alors que les règles de la responsabilité civile ne s'opposent pas à l'indemnisation de deux ou plusieurs concubins, ou d'un conjoint et d'un concubin, lorsque ceux-ci peuvent individuellement justifier d'un préjudice véritable, que les personnes qui pratiquent la « *polygamie de fait* » n'en sont pas moins des sujets de droit, et que l'adage « *Nemo auditur…* » est étranger aux règles de la responsabilité délictuelle.

Mises à part ces quelques exceptions, le principe de l'indemnisation du préjudice personnel subi par un concubin survivant est largement admis, même si, en pratique, la réparation de celui-ci est moins importante lorsque le concubinage est moins stable[1498].

458. De plus, le concubin, victime par ricochet, d'un accident de la circulation survenu à son partenaire, et impliquant un véhicule terrestre à moteur, peut aussi invoquer les dispositions protectrices de la loi Badinter du 5 juillet 1985, qui ont substitué à une logique ancienne de responsabilité fondée sur la faute, une logique nouvelle d'indemnisation basée sur le préjudice. À cet égard, l'article 6 de cette loi prévoit que *« le préjudice subi par un tiers du fait des dommages causés à la victime directe d'un accident de la circulation est réparé en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à l'indemnisation de ces dommages »*. La notion de tiers retenue par cet article conduit à étendre la catégorie des victimes par ricochet aux concubins. Cette loi, assimilant le sort des victimes indirectes à celui des victimes directes, permet ainsi à certains concubins particulièrement vulnérables de bénéficier d'une protection renforcée. En effet, l'article 3, alinéa 2, de cette loi précise que « *les victimes*»... non conducteurs «*lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de*

1495. Bordeaux, 8 février 1993 : cité par M. BOURRIÉ-QUENILLET, *"Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation"* : J. C. P., 1996, I, 3986, annexe.
1496. Paris, 19 décembre 1995 : cité par M. BOURRIE-QUENILLET, *"Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation"* : préc., n°20.
1497. Crim., 8 janvier 1985 : J. C. P., 1986, II, 20588 note G. ENDRÉO ; Paris, 19ème ch., 10 novembre 1976 : D., 1978, jur., pp. 458 et s., note J. BOSQUET-DENIS ; R. T. D. civ., 1977, pp. 325 et s., obs. G. DURRY.

soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égale à 80 p. cent, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis ». Seule la faute intentionnelle de la victime, c'est-à-dire en pratique son suicide, conduirait à l'exonération totale de l'automobiliste à l'origine de l'accident. En revanche, quelle que soit la qualité de la victime par ricochet, et même si celle-ci était un enfant, un vieillard ou un handicapé, la faute de la victime directe conductrice sera opposable à son ayant droit[1499].

Ainsi, dans le dessein louable d'améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation, le droit positif a accru la diversité de leurs régimes d'indemnisation, à un tel point que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi peut paraître méconnu.

SECTION 2
LA CESSATION DU CONCUBINAGE DES CONCUBINS PRÉVOYANTS

459. Pour adoucir la rigueur initiale du législateur en matière de concubinage, la pratique extra-judiciaire a aidé les concubins à se protéger par des moyens contractuels traditionnels (§ 1). De plus, le législateur contemporain a légiféré, mais son travail de protection des concubins prévoyants est inachevé (§ 2).

§ 1 - LES MOYENS CONTRACTUELS TRADITIONNELS

1498. Crim., 9 octobre 1996 : Dr. pén., janvier 1997, comm., n° 12, pp. 19 et s., obs. A. MARON.

1499. Civ. 2ème, 18 janvier 1988 : cité par F. CHABAS, « *L'interprétation des art. 2 à 6 de la loi du 5 juillet 1985 et la question des recours* » : Gaz. Pal. 1995, I, doct., pp. 656 et s., spc. p. 662, § 3, 5ème alinéa.

460. Ces moyens comprennent deux catégories. La première consiste à préparer la liquidation des biens des concubins (A). La deuxième fait appel aux libéralités (B).

A - LES MOYENS PERMETTANT DE PREPARER LA LIQUIDATION DES BIENS DES CONCUBINS

461. Lorsqu'elle est chargée de départager les biens des concubins, la pratique ne peut pas recourir au droit des régimes matrimoniaux. À défaut de stipulation contraire, les biens acquis ensemble par les concubins sont présumés indivis. C'est pour cette raison que lors des acquisitions immobilières, la pratique notariale leur conseille de déclarer leurs quotes-parts précises dans l'acte, et d'organiser leur indivision par une convention spéciale. Pour les meubles, les concubins doivent en démontrer leur propriété[1500]. Cette preuve est souvent difficile, car la possession mobilière apparaît équivoque, dès lors qu'il s'agit de biens à usage commun. Dans des cas extrêmes, la soustraction d'un objet indivis par un copropriétaire peut constituer un vol au préjudice de son concubin coindivisaire[1501]. En effet, l'immunité pénale relative aux biens des personnes mariées ne bénéficie pas aux partenaires de l'union libre.

En principe, la liquidation des biens des concubins est soumise au régime de l'indivision légale, qui demeure lourd, complexe et précaire. Par application de l'article 815-13 du Code civil, chacun des indivisaires est en droit d'obtenir le remboursement par l'indivision des impenses nécessaires qu'il a faites de ses deniers personnels pour la conservation des biens indivis. De plus, la concubine, qui après la rupture, a occupé le logement indivis, est redevable d'une indemnité, soit envers son ex-concubin indivisaire pour son occupation personnelle[1502], soit envers l'indivision elle-même[1503].

Cependant, l'inconvénient majeur de l'indivision est qu'elle ne permet pas de réaliser une liquidation globale du patrimoine des concubins, elle aboutit seulement au partage d'un ou de

---

1500. Par exemple, voir : Rouen, 30 mars 1994 : Juris-Data n°041989.
1501. Crim., 17 février 1949 : S., 1949, I, pp. 149 et s., note P. LEMERCIER ; Crim., 27 mai 1975 : Gaz. Pal., 1975, II, pp. 607 et s. ; Crim., 25 mai 1988 : Bull. crim., n° 223, pp. 584 et s.
1502. Paris, 9 octobre 1991 : Juris-Data n°023475.

certains biens déterminés, meubles ou immeubles. Dans ce cas, la jurisprudence apprécie les droits respectifs des concubins sur ces biens. Si l'un des partenaires ne dispose pas d'écrits ou de tout autre moyen de preuve non équivoque, celui-ci sera débouté de ses prétentions, et le bien considéré comme indivis sera réputé appartenir aux deux concubins, à concurrence d'une moitié chacun.

Un autre désavantage de ce système risque de se révéler lors du décès de l'un des partenaires puisqu'en dehors des difficultés de gestion, le survivant ne pourra pas éviter une indivision non souhaitée avec les héritiers du défunt.

Pour résoudre ces problèmes, la pratique a imaginé des solutions renforçant la protection des personnes prévoyantes et vulnérables. Ces moyens demeurent limités, parce qu'ils ont été conçus pour régler des communautés d'intérêt primitives, et qu'ils n'avaient pas vocation à régler tous les problèmes liés à la cessation du concubinage.

Actuellement, ces moyens peuvent être classés en deux catégories[1504] qui connaissent des infortunes diverses, tenant tantôt à des problèmes de validité juridique intrinsèque, et tantôt à des incitations fiscales défavorables : la convention d'indivision et les achats croisés (a), et le pacte tontinier (b).

a - LA CONVENTION D'INDIVISION ET LES ACHATS CROISÉS

462. Les concubins peuvent préparer la fin de leur indivision en faisant appel à deux techniques, soit la convention d'indivision (1), soit les achats croisés (2).

1503. Toulouse, 13 février 1995 : Juris-Data n°043575.

1504. Pour mémoire, il existe deux autres catégories de moyens peu utilisées : le contrat de concubinage devenu obsolète depuis la création du pacte civil de solidarité, et le viager. Sur ces points, voir : J. CHARLIN, « *Le contrat de concubinage, formule* » : J. C. P. éd. N., 1991, I, pp. 459 et s. ; S. FERRÉ-ANDRÉ, *« Les contrats de concubinage »* : *in* J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Droit de la famille, Dalloz, collection Dalloz action, 1996, pp. 332 et s., n°1111 ; L. MAYAUX, « *Les contrats des concubins* » : *in* Les concubinages, approche socio-juridique, éditions du C. N. R. S., 1986, Tome II, pp. 25 et s., spc. p. 50 ; V. MICHELIZZA-FAKHOURY et F. LUZU, Union libre et gestion de patrimoine, Éditions Maxima Laurent du Mesnil, 1997, pp. 35 et 141 ; M. STORCK, « *Les contrats de concubinage* » : Les Petites Affiches, n°59 du 16 mai 1988, pp. 74 et s.

1 - La convention d'indivision

463. Les concubins ont la faculté d'organiser leur indivision au moyen d'une convention où ils ont une grande liberté, car les dispositions du Code civil la régissant sont supplétives.

Cette convention peut être conclue soit pour une durée déterminée, qui ne saurait être supérieure à cinq ans, soit pour une durée indéterminée, qui fixent les conditions du droit de demander le partage. Si la convention est conclue pour une durée déterminée, le partage ne peut être provoqué avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme la mésintelligence des concubins indivisaires. Si, elle stipule une durée indéterminée, le partage peut être provoqué à tout moment, pourvu que ce ne soit pas de mauvaise foi ou à contretemps. De plus, le décès de l'un des concubins entraînant la dévolution de sa quote-part à une personne en principe étrangère à l'indivision, conduit à la transformation de la durée déterminée dans la convention en durée indéterminée afin de pouvoir mettre fin plus aisément à l'indivision.

En règle générale, les concubins choisissent la durée indéterminée parce qu'en cas de rupture, il n'est pas judicieux de limiter le droit de demander le partage, et qu'en cas de décès la convention devient à durée indéterminée. Si néanmoins, la convention est conclue à durée déterminée, il convient de prévoir son renouvellement par tacite reconduction, faute de quoi, à son terme, l'indivision sera soumise au régime légal et non plus conventionnel.

Dans cette catégorie de convention, il est souvent stipulé que les concubins seront tous deux cogérants, avec individuellement les pouvoirs d'un gérant unique, ce qui leur permettra pendant la vie commune d'avoir des pouvoirs presque similaires à ceux des époux dans la gestion des biens communs. Si la séparation devient inéluctable, chacun des concubins cogérants pourra révoquer l'autre, et la convention convenue deviendra alors à durée indéterminée, avec un partage juridiquement possible à tout moment.

Pour préparer la fin de l'indivision et supprimer les aléas et les inconvénients d'un partage, les parties disposent de deux procédés correspondant à deux situations : en cas de décès : faculté

d'acquisition de la part indivise du défunt conférée au survivant, et en cas de rupture : possibilité contestée de l'attribution préférentielle.

La faculté d’acquisition

464. La faculté d'acquisition est prévue par l'article 1873-13, alinéa 1er , du Code civil qui dispose que « les indivisaires peuvent convenir qu'au décès de l'un d'eux, chacun des survivants pourra acquérir la quote-part du défunt ... à charge d'en tenir compte à la succession d'après sa valeur à l'époque de l'acquisition ».

Cette faculté évite au survivant de se trouver en indivision avec les héritiers du prédécédé, et elle peut être complétée par un legs qui réduira la somme à verser et/ou une assurance-vie finançant en tout ou partie cette somme et les droits de mutation.

L'acte concrétisant le transfert de la part indivise du défunt est un acte de cession de droits, si le partenaire survivant n'est pas légataire du défunt. Dans le cas opposé, l'acte sera un partage soit global, de tous les biens de la succession, soit partiel, de la quote-part du défunt dans l'indivision conventionnelle.

L'attribution préférentielle

465. Dans l'hypothèse de la rupture de l'union libre, la pratique s'est demandée si elle ne pouvait pas appliquer les règles de l'attribution préférentielle qui permettent de résoudre certains cas difficiles, où le désaccord des concubins sur les modalités de partage de leurs biens indivis persiste. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la réponse à cette question est plutôt négative.

En effet, un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1988 a décidé que l'attribution préférentielle ne pouvait être demandée que dans le partage des indivisions de nature

familiale[1505]. Au cas d'espèce, elle accorda à une femme divorcée le bénéfice de l'attribution préférentielle du local servant à son habitation, dont elle était propriétaire indivis, au moyen de l'acquisition qu'elle en avait faite, avant son mariage avec son concubin, qu'elle avait épousé neuf mois plus tard. Selon un auteur, la référence faite aux « indivisions de nature familiale » mettait en cause la possibilité d'étendre l'attribution préférentielle au partage des biens indivis entre des concubins car la loi n'accorde la faculté de la demander qu'au conjoint survivant ou à tout héritier copropriétaire[1506].

Par un arrêt du 12 janvier 1994, la Cour de Paris a affiné cette position en jugeant qu'en cas d'indivision conventionnelle, l'exercice de la faculté d'attribution préférentielle pendant un concubinage n'était possible que si les concubins s'étaient ensuite mariés, conférant ainsi un caractère familial à cette indivision[1507].

Par un arrêt du 17 septembre 1993, la Cour de Paris a considéré, dans un cadre restreint, que la convention judiciaire conclue entre deux concubins au cours d'une instance en partage d'une indivision conventionnelle, et par laquelle le concubin ne s'opposait pas à la demande reconventionnelle d'attribution préférentielle formulée par la concubine, devait être exécutée, sauf cause grave susceptible d'entraîner la résiliation[1508].

Cependant, la porte ouverte par l'arrêt de la Cour de Paris s’est refermée avec une décision rendue par la Cour de Limoges le 9 octobre 1995 qui considère que l'attribution préférentielle d'un bien, constituant une dérogation à l'égalité de principe des copartageants, n'est pas possible en cas de liquidation d'une indivision conventionnelle entre concubins[1509].

2 - Les achats croisés

1505. Civ. 1ère, 7 juin 1988 : D. 1989, jur., pp. 141 et s., note A. BRETON.
1506. A. BRETON, note ss. Civ. 1ère, 7 juin 1988 : D., 1989, jur., pp. 141 et s.
1507. Paris, 12 janvier 1994 : D., 1994, I. R., p. 94 ; R. T. D. civ., 1994, pp. 570 et s., n°11, obs. J. HAUSER.
1508. Paris, 17 septembre 1993 : Juris-Data n°022505.
1509. Limoges, 9 octobre 1995 : Juris-Data n°053310.

466. Ce procédé dit de la « double indivision croisée » consiste à faire acquérir par une première personne la nue-propriété de la première moitié indivise d'un bien et l'usufruit de la seconde moitié indivise, et par une deuxième personne, la nue-propriété de la seconde moitié et l'usufruit de la première moitié. Ainsi, au prédécès de l'un des concubins acquéreurs, le survivant serait assuré d'être le seul titulaire de l'usufruit, et ce en franchise des droits de mutation par suite de la réunion de l'usufruit du prémourant à la part de nue-propriété correspondante du survivant. Seule la moitié indivise en nue-propriété du prédécédé serait dévolue à ses héritiers. Cependant, si le partenaire survivant était héritier ou légataire du défunt, la moitié du bien appartenant en usufruit au prémourant serait fiscalement présumée dépendre de la succession du de cujus en pleine propriété.

En conséquence, si les concubins souhaitent adopter la technique des achats croisés, tout en atténuant la sévérité du droit fiscal, ils doivent éviter de rédiger un testament au profit l'un de l'autre ou au bénéfice de personnes interposées et prendre la précaution de conserver la trace de leurs paiements respectifs.

Par cette technique, la sécurisation du concubin survivant usufruitier de la totalité du bien acquis est supérieure à celle qui lui aurait été conférée par un testament toujours révocable. De plus, elle est confortée par l'article 815-5, alinéa 2, du Code civil qui prévoit que « le juge ne peut, à la demande d'un nu-propriétaire, ordonner la vente de la pleine propriété d'un bien grevé d'usufruit contre la volonté de l'usufruitier ». Par ailleurs, les éventuels enfants d'un premier mariage du concubin qui décède ne sont pas complètement désavantagés puisqu'au décès du survivant, ils recouvreront la pleine propriété de l'autre moitié, dont le concubin survivant ne possédait qu'un usufruit, c'est-à-dire un droit viager.

Cependant, le procédé des achats croisés se heurte à un obstacle de principe, qui tient au fait que, par définition, dans un bien indivis, les quote-parts de chacun ne sont pas individualisées. Ainsi, sauf à mettre l'immeuble acquis en copropriété, et tant que le partage n'est pas intervenu, ces quotités abstraites n'ont pas d'assiette matérielle, si bien qu’on ne doit pas les dissocier alors que la nature d'une fraction indivise est d'être indéterminée.

Cette analyse conduit à conclure qu'il n'y a pas d'acquisition croisée, mais indivision ordinaire avec réversion d'usufruit puisque chacun des concubins indivisaires est bien, tant qu'ils vivent tous les deux, plein propriétaire de la moitié du bien acquis.

Bien que cette analyse soit fondée dans l'absolu, aucune disposition d'ordre public n'empêche les concubins de convenir que les droits en usufruit de l'un grèvent la moitié en propriété de l'autre et réciproquement. Si l'on raisonne ainsi dans l'abstraction, il y a deux indivisions : l'une en usufruit et l'autre en nue-propriété.

Face à ces difficultés, les praticiens ne réservent la technique des achats croisés qu'à des immeubles dont l'importance justifie le recours aux règles de la copropriété.

b - LE PACTE TONTINIER

467. Le pacte tontinier confère à chacun des acquéreurs la propriété du bien tout entier, à partir du jour de son acquisition, sous condition du prédécès du coacquéreur. Il peut aussi être inséré dans les statuts d'une société civile immobilière ou dans une donation-partage.

La rétroactivité du pacte tontinier au jour de l'achat constitue l'originalité de ce montage juridique, mais l'on peut ajouter que c'est une fiction attachée au jeu de la condition par l'article 1179 du Code civil qui dispose « *La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.... »*. Par ce pacte, les concubins procèdent à une acquisition au nom du survivant, assortie d'une double condition : suspensive de survie de celui-ci et condition résolutoire sur la part du prédécédé.

Le pacte tontinier ne crée pas d'indivision entre les concubins. Il en résulte que le partage en propriété du bien ne peut ni en être demandé ni en être obtenu[1510]. De même, aucun des coacquéreurs agissant isolément n'a la possibilité de vendre le bien, de l'hypothéquer ou d'en faire donation. Par contre, le bien acquis peut être loué par les acquéreurs à condition qu'ils y consentent ensemble. Cependant, la jouissance du bien est indivise tant que les deux acquéreurs sont en vie. L'exercice de ce droit de jouissance devra se concrétiser sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation, qui ne pourra être ni cédé, ni loué, ni saisi.

[1510]. Civ. 1ère, 27 mai 1986 : J. C. P. éd. N., 1987, II, pp. 166 et s., note J. –G. RAFFRAY et J. – P. SÉNÉCHAL ; J. C. P. éd. N., 1988, II, pp. 45 et s., note M. DAGOT ; Defrénois, 1987, art. 33888, note G. MORIN ; Versailles, 1ère ch., 8 janvier 1998 : Dr. fam., novembre 1998, comm., n° 148, pp. 11 et s., obs. H. LÉCUYER ; J. C. P; 1999, IV, 1210 ; R. T. D. civ., 1999, p. 366, obs. J. HAUSER.

Cette exclusion par la tontine de toute indivision a été critiquée par un auteur[1511] qui déduit de l'analyse de la technique conditionnelle l'existence de deux propriétaires *condicio ad quam* d'un même bien, et *a fortiori* la copropriété de chacun sur ledit bien, de son vivant, en considérant que chacun des deux acquéreurs est titulaire de la moitié du bien sous condition résolutoire de son prédécès, et titulaire de l'autre moitié indivise sous la condition suspensive de sa survie[1512]. De plus, un auteur a souligné que par le jeu de l'effet déclaratif, le partage efface lui aussi l'état d'indivision antérieur[1513]. Dans cette optique, les acquéreurs, qui ont jusqu'au premier décès un droit concurrent sur le même bien, sont dans une situation presque analogue à l'indivision. Certes digne d'intérêt, cette position n'est pas adoptée par la jurisprudence qui considère régulièrement que la stipulation d'une clause d'accroissement exclut toute forme d'indivision. Cependant, dans un arrêt du 9 février 1994, la Cour de cassation ne reprend pas l'affirmation de ce principe, et reconnaît sans l'expliciter l'existence de droits concurrents des acquéreurs sur l'immeuble de leur vivant, dont celui d'en jouir indivisément[1514]. Un auteur en conclut qu' « *il serait peut-être plus simple d'admettre à l'avenir que tant que le jeu des conditions n'est pas réalisé, il existe entre les tontiniers une indivision en propriété qui disparaîtrait rétroactivement à la levée des conditions. Il suffirait de rédiger correctement la clause de façon à ne pas risquer d'encourir la prohibition des pactes sur succession future... »*[1515].

En effet, la solution prétorienne présente jusqu'au premier décès le danger d'un blocage de la situation en cas de désaccord des concubins, notamment lorsque ceux-ci ont souscrit des emprunts pour financer leur acquisition. Par exemple, si l'un des concubins séparé se désintéresse du remboursement des prêts, l'autre sera souvent contraint de l'assurer seul sans avoir la moindre certitude d'être un jour le futur propriétaire du bien. Cette solution, déjà inéquitable à l'égard du concubin auteur de la rupture, devient inique lorsque c'est le partenaire abandonné sans ressources qui veut retrouver sa liberté patrimoniale. Cependant, en cas de déconcubinage consensuel, les ex-concubins peuvent soit, laisser les choses en l'état et

---

1511. M. NAST, « *De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant* » : Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement, 1928, art. 21759, pp. 425 et s.
1512. J. PATARIN, *« Indivision »* : R. T. D. civ., 1987, pp. 382 et s.
1513. J. –F. PILLEBOUT, « *À propos de la tontine et de la réversion* » : J. C. P. éd. N., 1979, II, pp. 333 et s., spc. p. 334, n°7.
1514. Civ. 1ère, 9 février 1994 : D., 1994, jur., pp. 417 et s., rapp. J. THIERRY ; Paris, 10 décembre 2002, RG n°2000/10003 : A. J. famille, avril 2003, jur., pp. 143 et s.

attendre le premier décès, soit, renoncer à la clause de survie et se placer sous le régime de l'indivision, soit, vendre le bien. Dans ce dernier cas, l'ex-partenaire peut céder ses droits conditionnels à son ex-concubin, ce qui a pour effet de lui transmettre immédiatement la propriété de la totalité du bien quel que soit l'ordre ultérieur des décès, ou à une tierce personne, mais en pratique, cette solution est risquée parce que ou bien elle deviendra propriétaire du bien si le tontinier vendeur survit, soit, au contraire, elle sera déchue de tout droit de propriété dans l'hypothèse où son auteur viendrait à décéder le premier.

468. Si l'on suppose respectées la rédaction formelle imposée par l'analyse de ce pacte en une double condition résolutoire et suspensive, et l'existence d'un véritable aléa, la tontine s'avère très protectrice pour les deux concubins pris individuellement, car les créanciers ne pourront ni demander le partage[1516] ni faire saisir les droits non indivis de leur débiteur[1517], pour le concubin prédécédé parce que ses créanciers impayés perdront tout espoir de le poursuivre, en raison du transfert rétroactif de leur gage potentiel à son ex-partenaire, et pour le concubin survivant, en ce sens qu'elle met l'acte conclu, parfois avec une intention libérale marquée, à l'abri d'une contestation fondée sur une éventuelle atteinte à la réserve des héritiers[1518].

Afin d'éviter de léser les héritiers du prédécédé, il a été proposé de faire porter la tontine sur le droit d'habitation, ce qui atténue cette conséquence puisque le concubin survivant est assuré de pouvoir habiter le bien sa vie durant et que le bien figure pour moitié, ou une autre proportion à l'actif de chacune des successions.

Cependant cette clause d'accroissement à l'assiette limitée se heurte alors à deux objections de principe. La première est qu'il serait surprenant que l'un des acquéreurs, qui a effectivement joui du bien jusqu'à son décès, soit rétroactivement considéré comme ne l'ayant jamais été. La seconde est qu'un indivisaire ne pourrait être ni usager ni usufruitier de la quote-part de son indivisaire, car chaque indivisaire est copropriétaire du tout.

1515. S. FERRÉ-ANDRÉ, « *L'acquisition en tontine* » : *in* J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), Droit de la famille, préc., pp. 348 et s., spc. pp. 350 et 351, n°1156.

1516. H. LEMAIRE, « *Une nouvelle formule : la clause d'accroissement à durée limitée* » : J. C. P. éd. N., 1998, immobilier, pp. 7 et s., spc. p. 7.

1517. M. DAGOT, *« L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs »* : J. C. P., 1972, I, 2442, n° 8. Mixte, 27 novembre 1970 : J. C. P., 1971, II, 16823, note H. BLIN ; Defrénois, 1971, art. 29786, pp. 94 et s., concl. R. LINDON, obs. G. MORIN ; Civ. 1ère, 18 novembre 1997 : J. C. P., 1998, II, 10051, note E. du RUSQUEC ; Defrénois, 1998, I, art. 36761, pp. 377 et s., note H. MAZERON.

1518. T. G. I. Paris, 17 septembre 1990 : D., 1992, somm. comm., p. 229, obs. B. VAREILLE ; Pau, 21 février 1996 : J. C. P., 1996, IV, 1458 ; Juris-Data n°040983.

Parfois, la clause d'accroissement protège même le concubin contre un conjoint bafoué. Il en va ainsi, lorsqu'un époux commun en biens acquiert un bien en tontine avec sa concubine adultérine. À son décès, la chose acquise sera réputée n'avoir jamais dépendu de la communauté[1519].

En outre, l'aléa, nécessaire à la validité de la tontine, continue d'exister avec des apports des concubins légèrement inégaux, mais il ne doit pas disparaître, par exemple, en cas de différence d'âge très importante ou d'une très nette différence d'apports non compensée par l'âge des parties[1520]. À défaut, l'acquisition perdrait sa qualification de contrat aléatoire à titre onéreux et prendrait celle de libéralité.

De plus, contrairement au droit civil qui présume le caractère onéreux du pacte tontinier, le droit fiscal[1521] pose le principe d'un assujettissement aux droits de succession des biens recueillis en vertu d'une clause de réversion insérée dans un contrat d'acquisition en commun. Il n'est fait exception à cette règle que pour les biens immobiliers servant à l'habitation principale des deux acquéreurs et ayant une valeur globale inférieure à 76 000 €. En dépit de cet inconvénient fiscal qui décourage la plupart des concubins, la clause d'accroissement constitue une technique théoriquement intéressante qui leur permet de mettre en commun leurs ressources en vue de s'assurer un logement, une activité professionnelle ou la jouissance d'un bien pendant leur vie et d'éviter le risque de perdre le bien grâce auquel était assurée leur existence commune.

B - LA VALIDITE DE PRINCIPE DES LIBERALITES ENTRE CONCUBINS

1519. Civ. 1ère, 11 janvier 1983 : D., 1983, jur., pp. 501 et s., note C. LARROUMET ; Defrénois, 1983, art. 33114, pp. 985 et s., note G. MORIN ; J. C. P. éd. N., 1983, II, pp. 329 et s., note R. BROCHARD ; J. C. P. éd. N., 1984, II, pp. 247 et s., note M. LEMOINE ; J. C. P., 1984, II, 20127 note F. BOULANGER. B. ABRY, *« Tontine et mariage »* : J. C. P. éd. N., 1992, prat., pp. 169 et s. ; Y. FLOUR, *« Libéralités et libertés. Libéralités et personnes physiques » :* Defrénois, 1995, I, art. 36142, pp. 993 et s., spc. p. 1001, n°16 ; M. HENRY, *« Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial »* : J. C. P., 1987, I, 3281.

1520. T. G. I. Villefranche-sur-Saône, 10 novembre 1989 : D., 1991, jur., pp. 7 et s., note D. R. MARTIN ; Aix-en-Provence, 13 décembre 1988 : Defrénois, 1990, art. 34666, pp. 110 et s., obs. G. MORIN.

1521. Article 754 A, alinéa 1er, du C. G. I.

469. En l'absence d'avantages matrimoniaux entre concubins, les libéralités qu'ils se consentent sont fréquentes, leur objet étant de corriger la précarité de la situation du survivant. Ces libéralités sont en principe valables (a), mais elles peuvent être remises en cause par la théorie de la cause immorale et les règles relatives à la réserve héréditaire et au régime de communauté lorsque l'un des concubins était marié (b).

a - LE PRINCIPE DE LA VALIDITÉ DES LIBÉRALITÉS ENTRE CONCUBINS

470. Depuis le Code Napoléon, il n'existe pas entre concubins d'incapacité ni de consentir ni de recevoir des libéralités, en vertu de la règle selon laquelle il n'y a pas d'incapacité sans texte.

La jurisprudence, respectueuse de la volonté du donateur ou du testateur, applique ce principe en énonçant que « le concubinage n'entraîne pas à lui seul, entre les concubins, une incapacité de donner ou de recevoir »[1522], même s'il s'agit d'un concubinage adultérin[1523].

Ces libéralités, qui ne se présument pas et doivent être prouvées[1524], sont aussi valables quelle que soit leur forme : don manuel, donation déguisée, ou par personne interposée ou encore donation indirecte (par exemple : l'assurance sur la vie). D'ailleurs, ces formes non ostensibles de libéralités ne sont pas à l'abri du droit fiscal qui édicte des présomptions légales et permet à l'administration de demander des éclaircissements et de restituer aux actes leur véritable caractère par la procédure des abus de droit.

b - LES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE VALIDITÉ DES LIBÉRALITÉS ENTRE CONCUBINS

1522. Req., 26 mars 1860 : D. P., 1860, I, pp. 255 et s. ; Civ. 1ère sect., 6 octobre 1959 : D., 1960, jur., pp. 515 et s., note P. MALAURIE.
1523. Civ. 1ère, 14 novembre 1961 : Bull. civ., I, n°526, pp. 415 et s. ; Montpellier, 5 avril 1990 : D., 1993, somm. comm., pp. 232 et s., obs. B. VAREILLE.
1524. Grenoble, 1er septembre 1998 : Dr. fam., mars 1999, comm., n° 24, p. 15, obs. H LÉCUYER.

471. Certaines libéralités entre concubins ne sont pas gratuites, car celles-ci ont parfois pour dessein caché, soit d'acheter les personnes, corps et âme, soit d'exhéréder une famille légitime ou naturelle, dont les intérêts méritent aussi d'être protégés. Palliant l'indifférence du Code civil en la matière, la jurisprudence a ajouté au principe de validité des libéralités entre concubins des exceptions, tenant à l'application de la théorie de la cause immorale (1), des règles de la réserve héréditaire (2), et des dispositions du régime de communauté (3).

1 - La théorie de la cause immorale

472. Si les libéralités entre concubins sont en principe valables, elles peuvent néanmoins être annulées, si elles recèlent une cause immorale ou illicite, en application des articles 1131 et 1133 du Code civil. À cet égard, la jurisprudence a connu une évolution importante dans l'analyse des causes de nullité. Une tendance classique a d'abord fait appel à des notions morales, puis une tendance moderne, consacrée par la Cour de cassation, se montre très libérale.

La jurisprudence classique

473. Parmi les libéralités consenties entre les concubins, la jurisprudence classique avait opéré une distinction morale fondée sur leur cause impulsive et déterminante, c'est-à-dire sur le but poursuivi par le donateur ou le testateur.

Ces libéralités sont valides, lorsqu'elles tendent à favoriser le déconcubinage ou/et à satisfaire une obligation naturelle, telle que par exemple assurer l'avenir d'un ex-partenaire sans ressources, ou indemniser la victime de la rupture du préjudice qu'elle subit, même si un auteur souligne qu' « en réalité, l'appel à la notion d'obligation naturelle n'a guère d'utilité ici,

car il suffit de constater que ces libéralités ont une cause, l'intention libérale, et que cette cause n'est pas illicite... »[1525].

Par contre, ces libéralités sont nulles, lorsqu'elles ont pour cause la formation, la continuation ou la reprise de rapports immoraux, ou encore lorsqu'elles cherchent à rémunérer les faveurs consenties, c'est-à-dire qu'elles représentent de façon imagée, mais péjorative, le pretium stupri[1526], c'est-à-dire pour un auteur les « réminiscences de décadence de Bas-Empire, version Musée d'Orsay »[1527]. La nullité pour cause immorale est une nullité absolue qui peut être sollicitée par toute personne intéressée c'est-à-dire le disposant, son conjoint, et ses héritiers. De plus, en cas de donation déguisée sous la forme d'une vente, le bien acquis doit être restitué et non les deniers, l'achat du bien et le paiement du prix constituant une seule opération[1528].

L'appréciation de cette jurisprudence classique, fondée sur une analyse psychologique, souvent subtile des motifs purs ou impurs du disposant, divisait la doctrine. Si certains auteurs[1529] approuvaient cette jurisprudence, d'autres auteurs plus nombreux la critiquaient en observant qu'une analyse psychologique des mobiles était vaine[1530], que l'annulation de ces libéralités était une solution dépassée, à une époque où l'on pouvait reconnaître sans limitation ses enfants, même adultérins[1531], et que les libéralités conditionnées par la poursuite de relations sexuelles pouvaient être qualifiées de contrats unilatéraux à titre onéreux, au motif que l'animus donandi, qui est le critère de toute libéralité, fait ici défaut[1532].

1525. L. LEVENEUR, Situations de fait et droit privé, L. G. D. J., 1990, p. 426, note n°12.

1526. Pour des décisions postérieures à 1990, voir : Paris, 15ème ch. B, 15 juin 1990 : Juris-Data n°023812 ; Bordeaux, 25 août 1992 : Juris-Data n°045897 ; Paris, 24ème ch., 14 janvier 1994 : Juris-Data n°020209 ; Civ. 1ère, 21 novembre 1995 : Dr. et patr., mars 1996, pp. 72 et s., obs. A. BÉNABENT ; Aix-en-Provence, 26 février 1996 : Juris-Data n°040517.

1527. B. BEIGNIER, obs. ss. Civ. 1ère, 3 février 1999 et Angers, 23 février 1998 : Dr. fam., mai 1999, comm., n° 54, pp. 17 et s., spc. p. 17.

1528. Paris, 1ère ch., 15 juin 1990 : Juris-Data n°023812.

1529. P. MALAURIE, *« L'union libre »* : Defrénois, 1988, art. 34200, pp. 337 et s., spc. p. 353 n°25 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, Leçons de droit civil, T. I, Vol. III, La famille, préc., p. 45, n°708.

1530. A. BÉNABENT, Droit civil, La famille : préc., p. 31, n°27.
Dans le même sens, voir : C. LARROUMET, *« La libéralité consentie par un concubin adultère »* : D., 1999, chron., pp. 351 et s., spc. p. 351.

1531. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait* » : R. T. D. civ., 1984, pp. 389 et s., spc. p. 405, n°21.

1532. P. ASCENCIO, « *L'annulation des donations immorales entre concubins, cause ou notion de condition résolutoire* » : R. T. D. civ., 1975, pp. 248 et s., spc. p. 257.

Enfin, un auteur avait souligné avec humour que les juristes traditionalistes « avaient tendance à oublier qu'au temps du Minitel, du kiosque téléphonique, du tourisme sexuel et du divorce tambour battant, la situation de maîtresse entretenue était proche de celle de marquise douairière. Ces scènes étaient celles de la Comédie humaine »[1533].

Ces observations ont certainement influencé la jurisprudence moderne, qui se prononce en faveur d'une interprétation plus libérale de la théorie de la cause immorale.

[1533]. B. BEIGNIER, obs. ss. Civ. 1ère, 3 février 1999 et Agen, 23 février 1998 : Dr. fam., mai 1999, comm., n° 54, pp. 17 et s., spc. p. 18.

La jurisprudence moderne

474. Au motif que depuis quelques années le concubinage non adultérin n'offusquait ni l'ordre public ni les bonnes moeurs, un courant jurisprudentiel minoritaire estimait que la théorie de la cause immorale appliquée aux concubins était désuète. Pour mettre en pratique cette conception, quelques décisions avaient considérablement assoupli la rigueur des solutions classiques soit par l'affirmation de l'idée que les liens tissés entre les concubins ne sont pas immoraux[1534], soit par le défaut de preuve du caractère immoral de la libéralité à la charge du disposant ou de ses héritiers, soit par la prise en considération de moyens de fait, qui justifient la cause prétendument immorale (relations non menacées[1535], durée du concubinage[1536], maladie du gratifiant n'offrant plus de perspective de vie commune[1537]).

Cette tendance jurisprudentielle plus libérale, qui se rapproche des désirs réels des concubins, se gratifiant le plus souvent pour prévenir les effets de la cessation de leur vie commune, est désormais consacrée par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 3 février 1999[1538] qui a considéré, sur la base des articles 1131 et 1133 du Code civil que la cause de la libéralité n'est pas contraire aux bonnes mœurs lorsque son auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire. En effet, ainsi que le souligne judicieusement un auteur, « l'expression de l'amour (...) impose (...) quelques assurances matérielles, fruits ou symboles de la générosité de celui qui aime », et il n'est ni dégradant ni immoral que « celui qui aime assure à l'objet de sa flamme une sécurité financière ou un symbole matériel de son amour

---

1534. Pau, 11 juillet 1984 : Juris-Data n°043252 ; Paris, 1ère ch., 11 décembre 1984 : Juris-Data n°028171.
1535. Civ. 1ère, 22 octobre 1980 : Gaz. Pal., 1981, II, p. 421, note J. M. ; Metz, 1er février 1994 : Juris-Data n°041641 ; Angers, 23 février 1998 : Dr. fam., mai 1999, comm., n° 54, pp. 17 et s., obs. B. BEIGNIER.
1536. Civ. 1ère ch., 13 décembre 1989 : Resp. civ. et assur., Mars 1990, p. 16, comm., n°91 ; R. G. A. T., 1990, pp. 180 et s., obs. J. –L. AUBERT ; Nîmes, 20 février 1992 : Juris-Data n°030065.
1537. Bordeaux, 25 août 1992 : Juris-Data n°045892.
1538. Civ. 1ère, 3 février 1999 : J. C. P, 1999, I, 143, note F. LABARTHE ; J. C. P., 1999, I, 160, n° 1, obs. H. BOSSE-PLATIÈRE ; J C. P., 1999, II, 10083, note M. BILLIAU et G. LOISEAU ; J. C. P. éd. N., 1999, famille, p. 723 ; D. 1999, jur., pp. 267 et s., rapp. X. SAVATIER, note J. –P. LANGLADE-0'SUGHRUE ; D., 1999, somm. comm., pp. 307 et s., obs. M. GRIMALDI ; D., 1999, somm. comm., p. 377, obs. J. – J. LEMOULAND ; Petites affiches, n° 229, du 17 novembre 1999, pp. 10 et s., note M. MESTROT ; Dr. fam., mai 1999, comm., n° 54, pp. 17 et s., obs. B. BEIGNIER ; R. T. D. civ., 1999, pp. 364 et s., obs. J. HAUSER ; Defrénois, 1999, I, art. 36998, n° 30, pp. 680 et s., obs. J. MASSIP ; Defrénois, 1999, I, art. 37008, n° 37, pp. 738 et s., obs. D. MAZEAUD ; Gaz. Pal. des 5/6 avril 2000, pp. 29 et s., note F. CHABAS.

afin de favoriser la poursuite de la vie commune, laquelle est encore le lieu où s'exprime le mieux les liens sentimentaux ».

De plus, cette décision met fin au contrôle judiciaire qui consistait à effectuer des recherches périlleuses dans la vie intime des personnes concernées par les libéralités, et s'insère dans la tendance actuelle de l'affirmation du droit de chacun de ne pas être inquiété pour ses moeurs. Cependant, ce dernier droit ne semble pas absolu puisqu'un auteur observe qu'il « est permis de penser que l'indifférence objective de la Cour de cassation vis-à-vis de l'adultère ne sera pas transposable en toutes circonstances (prostitution, bigamie, inceste...) ». En outre, un autre auteur[1539] ajoute que si la cause de la libéralité n'est plus contraire aux bonnes moeurs, elle demeure illicite dans le cadre d'un concubinage adultérin, car « l'article 212 du Code civil n'a pas été abrogé, il continue de soumettre impérativement les époux au devoir de fidélité qui est l'une des obligations essentielles du mariage, et qui avec la prohibition de la polygamie, contribue à tracer les contours de l'institution matrimoniale ». De toute manière, même si ces libéralités sont licites, elles sont parfois attentatoires à dignité du bénéficiaire, puisque selon un auteur, l'arrêt « nous dit clairement qu'on peut conserver les faveurs d'une femme en lui proposant de l'argent ».

En dépit des critiques adressées à cette jurisprudence, un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 2000[1540] l'a expressément confirmée, dans une espèce, où par testament, un époux avait révoqué les donations faites à sa femme au cours de leur mariage et gratifié sa concubine adultère qui avait prodigué au donateur des soins attentifs durant une certaine période. La Cour de cassation a purement et simplement validé cet acte, en énonçant que « n'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec sa concubine ».

Néanmoins, certains héritiers bénéficient des règles protectrices de la réserve héréditaire qui ne saurait toutefois ni tenir lieu de substitut ou de relais à l'exigence d'une cause licite, ni

---

1539. L. LEVENEUR, « *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ?* » : J. C. P., 1999, I, 152, n° 9.

1540. Civ. 1ère, 16 mai 2000 : Dr. fam., septembre 2000, comm., n° 102, pp. 22 et s., obs. B. BEIGNIER ; Gaz. Pal., des 31 août/4 septembre 2001, jur. –somm., p. 18, note E. AUBRY.
Dans le même sens, voir notamment : Civ. 1ère, 29 janvier 2002 : Defrénois, 2002, I, art. 37548, n°22, pp. 681 et s., obs. J. MASSIP ; Ass. Plén., 29 octobre 2004, n°03-11.238 : Revue Lamy Droit civil, 2004/11, n°466, obs. M. LAMARCHE ; Dr. fam., décembre 2004, comm., n°230, pp. 37 et s., obs. B. BEIGNIER ; Civ. 1ère,

sanctionner les devoirs du mariage, le conjoint n'étant qu'exceptionnellement héritier réservataire et les enfants naturels en bénéficiant au même titre que les enfants légitimes.

2 - Les règles de la réserve héréditaire

475. Lorsque l'un des concubins a des héritiers réservataires, il ne peut gratifier son partenaire que dans les limites de la quotité disponible ordinaire, sous peine de réduction de la libéralité[1541].

D'une manière générale, la quotité disponible ordinaire applicable aux concubins est plus faible que la quotité disponible spéciale entre époux. Cependant, le silence du législateur favorise indirectement le concubin par rapport au conjoint en secondes noces, lorsque le disposant a des enfants. Ainsi, l'article 1098 du Code civil permet aux enfants issus du premier mariage de substituer à la libéralité en pleine propriété consentie à l'un des époux, l'usufruit de la part qu'ils eussent recueillie en l'absence de conjoint survivant. Si un époux dispose en faveur de sa seconde femme de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, ses enfants du premier lit pourront demander la conversion en usufruit. Par contre, si le disposant fait don de cette même quotité au bénéfice de son concubin, ses enfants légitimes ne pourront pas éviter que des biens ne sortent du patrimoine familial.

Néanmoins, le conjoint du défunt dispose des règles du régime de communauté pour tenter de sauvegarder ses intérêts pécuniaires.

3 - Les règles du régime de communauté

---

25 janvier 2005, n°96-19.878, P+B : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, act., 635 ; Dr. fam., mars 2005, comm., n°66, p. 36.

1541. Civ. 1ère, 15 décembre 1975 : Bull. civ., I, n°365, pp. 303 et s. ; Paris, 1ère ch., 19 novembre 1974 : D., 1975, jur., pp. 614 et s., concl. M. CABANNES ; J. C. P., 1976, II, 18412 note H. –M. SYNVET.

476. Un époux marié sous un régime séparatiste a toute latitude pour disposer de ses biens au profit de son concubin, mais si celui-ci est marié sans contrat ou sous un régime de communauté conventionnelle, les libéralités consenties à son partenaire adultérin peuvent être contestées par deux moyens : l'interdiction faite à un époux de consentir seul la donation d'un bien commun et la notion de fraude.

L'interdiction faite à un époux de consentir seul une donation d'un bien commun

477. Lorsque le consentement nécessaire de l'époux n'a pas été sollicité, celui-ci dispose d'une action en nullité prévue à l'article 1427 du Code civil, mais la jurisprudence ne donne pas toujours satisfaction au demandeur.

D'un côté, les tribunaux ont annulé une donation faite par un mari au profit de sa maîtresse portant sur des actions de société dépendant de la communauté[1542], ou une donation consentie au moyen de bons de caisse souscrits par le donateur au profit de sa maîtresse en utilisant des sommes provenant de son salaire et des économies réalisées sur les revenus de ses biens propres qui sont des acquêts au sens de l'article 1401 du Code civil[1543]. Dans ces cas, l'époux victime de la libéralité peut demander l'annulation de l'acte dans la mesure où il ne l'a pas ratifié, et son délai pour agir est limité à deux ans à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte. De plus, cette action ne peut jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté.

D'un autre côté, ont fait échapper à l'annulation l'achat par un mari d'une voiture au nom de sa concubine, bien que celui-ci ait été financé au moyen du prix de reprise d'une autre voiture dépendant de la communauté, au motif qu'il s'agissait d'une dation en paiement d'une dette de reconnaissance vis-à-vis de sa maîtresse pour le soutien moral et matériel qu'elle lui avait apporté[1544], ou la donation à une concubine de fonds provenant exclusivement de gains et

---

1542. Civ. 1ère, 27 juin 1978 : Defrénois, 1979, art. 32053, pp. 1020 et s., 2ème espèce., note A. COLOMER.
1543. Civ. 1ère, 22 octobre 1980 : J. C. P., 1982, II, 19757, note R. LE GUIDEC ; Defrénois, 1981, I, art. 32608, n°29, pp. 461 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
1544. Civ. 1ère, 14 juin 1978 : préc.

salaires non économisés d'un époux[1545], car ceux-ci sont laissés à la libre disposition du conjoint qui les reçoit. Cependant, les juges tentent de limiter la portée de cette exception en considérant que la donation de gains et salaires peut éventuellement donner lieu à récompense ou à réduction pour atteinte à la réserve[1546] et que ladite exception est inapplicable à une donation faite par un époux à sa concubine dans le dessein commun d'occasionner un préjudice à la femme légitime[1547]. Mais cette intention malveillante partagée aurait aussi pu conduire l'épouse à demander la nullité ou l'inopposabilité de la donation sur le fondement de la fraude.

La notion de fraude

478. La fraude évoquée à l'article 1421, alinéa 1, du Code civil correspond à un détournement de pouvoirs d'un époux dans l'intention de porter atteinte aux droits du conjoint ou de la communauté et de satisfaire des fins personnelles n'ayant aucun rapport avec l'intérêt commun. Elle permet à chacun des époux d'attaquer les donations de biens communs consenties par son conjoint seul à un concubin[1548], pendant un délai de trente ans[1549].

Lorsque cette action est accueillie favorablement, elle conduit soit à l'annulation de la libéralité et de l'acte d'acquisition du bien acquis avec les deniers donnés[1550], soit à l'exclusion du passif commun du montant d'une fausse reconnaissance de dette souscrite au profit de sa maîtresse par un mari qui souhaitait imposer un passif important à sa femme légitime, dont il vivait séparé de fait[1551].

1545. Civ. 1ère, 29 février 1984 : Defrénois, 1984, art. 33379, n°97, pp. 1074 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
1546. Paris, 19 novembre 1974 : préc.
1547. Toulouse, 27 avril 1992 : J. C. P., 1993, I, 3656, n°10, p. 109, obs. P. SIMLER.
1548. D. ALBCHERAOUI, *« Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux accomplis dans la gestion de la communauté »* : J. C. P. éd. N., 1993, I, pp. 318 et s., spc. p. 319, n°2.
1549. Colmar, 7 mars 1990 : Juris-Data n°047064.
1550. Civ. 1ère, 24 octobre 1977 : R. T. D. civ., 1979, pp. 604 et s., obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.
1551. Civ. 1ère, 23 octobre 1979 : D., 1980, I. R., p. 158.

En dehors de ces actions a posteriori, et par une décision isolée du 8 mars 1994, le juge de l'exécution du tribunal de Pontoise[1552] a autorisé une femme mariée en instance de divorce à inscrire une hypothèque judiciaire sur les biens de la concubine de son époux en garantie d'une future créance de dommages-intérêts, qu'elle fondait sur les articles 1382 et 212 et suivants du Code civil. Bien que la solution n'était pas basée sur le droit des régimes matrimoniaux, elle est exemplaire au regard des circonstances de cette affaire, dans laquelle un mari volage avait dilapidé la plupart de ses revenus au profit de sa concubine, qui avait inscrit à son nom des biens qu'elle n'avait pas pu financer de ses seuls deniers.

En faisant appel à des principes de droit commun, la pratique a donné aux concubins prévoyants des droits clairsemés. Pour remédier à cet éparpillement, un auteur célèbre avait souligné, à juste titre, que « le droit devrait aller au bout de sa logique implicite, se donner une cohérence », et que le problème du statut civil des concubinages « pourrait bien être une question pour l'après an 2000, quand les couples de la génération de 68 auront vieilli en persistant dans leur état de non-droit ». En effet, « tant que dure la belle saison, le non-droit se suffit à lui-même, vienne l'hiver, voire déjà l'automne, l'absence de statut peut être ressentie cruellement »[1553] par les personnes vulnérables qui en sont dépourvues, et qui constituent pour un auteur « la grande masse des opprimées du concubinage, les femmes, qui ont peur, pour elles et leurs enfants, de l'instabilité de leur situation, dont la vie est irrémédiablement gâchée par l'incertitude et la précarité... »[1554]. De plus, et pour reprendre la phrase d'un autre auteur, si « les concubins ont voulu la liberté... la liberté n'est pas la jungle... est-on certain d'envoyer dans l'enfer du non-droit ceux qui le méritent ? »[1555].

Pour sortir de ce non-droit, le législateur de 1999 a décidé d'intervenir pour donner un statut légal au concubinage au moyen du pacte civil de solidarité.

1552. T. G. I. Pontoise (Jex), 8 mars 1994 : R. T. D. civ., 1994, pp. 327 et s., obs. J. HAUSER.

1553. J. CARBONNIER, « *Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité* » : Population, 1992, pp. 745 et s., spc. p. 748 et 749.

1554. P. MALAURIE, « *L'union libre* » : Defrénois, 1988, I, art. 34200, pp. 337 et s., spc. p. 342, n°5.
Dans le même sens, voir : M. MULLER, *« L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources »* : D., 1986, chron., pp. 328 et s., spc. p. 328, n°2.

1555. J. HAUSER, obs. ss. Limoges, 20 avril 1995 : R. T. D. civ., 1995, pp. 867 et s.
Dans le même sens, voir : A. PROTHAIS, « *Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux* » : J. C. P., 1990, I, 3440, n°3 ; M. STORCK, *« Les contrats de concubinage »* : Les Petites Affiches, n°59 du 16 mai 1988, pp. 74 et s.

§ 2 - LE PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

479. Pour ses initiateurs, la dénomination « *pacte civil de solidarité* » traduit la nature juridique de ce statut fixant les garanties accordées aux couples non mariés : pacte car il s'agit d'un accord de volontés, civil car il concerne à la fois les rapports privés et sociaux, de solidarité car il organise les relations de personnes souhaitant s'entraider.

Précédée de plusieurs propositions qui n'avaient pas abouti, la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité a conféré au concubinage un statut légal inséré dans le Code civil, après avoir suscité des passions particulièrement vives et un recours au Conseil constitutionnel, qui, dans sa décision n°99-419 DC du 9 novembre 1999, l'a déclarée conforme à la Constitution, tout en assortissant certaines de ses dispositions de précisions et de multiples réserves d'interprétation[1556]. En voulant réaliser une plus grande égalité des droits, le législateur a mis en oeuvre deux moyens juridiques complémentaires.

480. Le premier consiste dans la reconnaissance légale du couple homosexuel qui résulte de l'article 515-1 du Code civil prévoyant qu' « *un pacte civil de solidarité peut être conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ». Dans une société marquée par la persistance des tabous, entraînant parfois une ambiance homophobe, ces dispositions assimilent les concubins homosexuels aux concubins hétérosexuels en leur octroyant le même cadre juridique, dont l'absence passée était un facteur de difficultés psychologiques pour des personnes particulièrement vulnérables au regard des autres. En effet, cette reconnaissance du couple homosexuel marque la volonté du législateur de franchir une étape importante dans la voie de la tolérance et de l'acceptation d'autrui. En outre, ces dispositions ont répondu au souhait d'une partie de la doctrine qui se posait depuis années la question de « *savoir s'il est* (était) *licite de priver des individus, en raison de leur mode de vie, du bénéfice des règles édictées sans considération de la situation familiale* »[1557]. En effet, la liberté de conscience, et, par suite, la liberté des moeurs,

---

1556. F. TERRÉ, *« Histoire d'une loi »* : Dr. fam., Hors-série Décembre 1999, pp. 28 et s., spc. p. 29 ; G. DRAGO, « *La Constitution en réserves* » : Dr. fam., Hors-série décembre 1999, pp. 46 et s. spc. p. 46.

1557. J. RUBELLIN-DEVICHI, Droit de la famille, Contribution réalisée à l'occasion de l'année internationale de la famille pour le groupe de travail intitulé Droit et famille, Caisse Nationale d'allocations familiales, 1994, p. 20, n°24 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Les concubinages : mise à jour* » : *in* Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille Liber Anicorum, L. G. D. J., 1994, pp. 394 et s.

constituent au sein de notre ordre juridique des libertés d'ordre public. De plus, cette reconnaissance était conforme à une résolution du Parlement européen du 8 février 1994 relative à l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté Européenne, qui insistait sur la nécessité de faire disparaître « *l'inégalité de traitement des personnes de même tendance sexuelle au niveau des dispositions juridiques et administratives* », et, invitait la Commission européenne à présenter un projet de recommandation devant « *chercher à mettre un terme à toute discrimination au niveau du droit pénal, du droit civil, du droit contractuel général et du droit économique* ».

481. Le second institue un statut légal du concubinage s'insérant dans l'évolution moderne du droit de la famille qui tend à ce que toute personne, quelle qu'elle soit, puisse s'unir à une autre, sans que l'État ou son droit l'en empêche[1558]. Dans cette mouvance, le pacte civil de solidarité représente une nouvelle forme d'union, à mi-chemin entre le concubinage libre et le mariage. En permettant des avancées, certes imparfaites, ce statut s'adresse aux couples non mariés recherchant un statut plus protecteur que celui du concubinage libre, mais sans tous les devoirs du mariage. L'examen du contenu de ce pacte conduit à l'analyser, au regard de la vulnérabilité, sous deux angles : sa formation (A) et sa fin (B).

1558. H. MOUTOUH, « *La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme* » : D., 1998, chron., pp. 369 et s., spc. p. 372.

A – LA FORMATION DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

482. Le pacte civil de solidarité est réservé aux adultes, c'est-à-dire à ceux qui sont juridiquement capables.

Comme tout contrat, le pacte civil de solidarité est régi par les dispositions générales du Code civil, et spécialement par les articles 1109 et suivants relatifs à l'intégrité du consentement donné.

Il n'est pas possible de le modifier unilatéralement, mais il peut être résilié judiciairement en cas d'inexécution de ses obligations par un partenaire.

De plus, l'application de stipulations contractuelles (clause pénale, terme ou condition etc.) contraires aux dispositions impératives du PACS est exclue sous le contrôle du juge.

Cependant, et afin de protéger les adultes vulnérables, le pacte civil de solidarité est soumis à des règles spécifiques qui concernent aussi bien le fond (a) que la forme (b).

a – LES RÈGLES DE FOND SPÉCIFIQUES AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

483. Le pacte civil de solidarité ne peut être conclu que par deux personnes physiques majeures et non placées sous tutelle[1559]. Cette condition d'âge, qui peut, à première analyse,

---

[1559]. Article 506-1, alinéa 1er, du Code civil. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil constitutionnel (D., 2000, somm. comm., pp. 424 et s., obs. S. GARNÉRI) a confirmé que le législateur avait pu, sans pour autant rompre le principe d'égalité, « *ne pas autoriser la conclusion d'un pacte par une personne mineure émancipée* ». On doit donc en conclure que le mineur émancipé ne peut pas signer de PACS.
En outre, le rapport du Groupe de travail sur l'évaluation de la loi de 1999 remis au Garde des Sceaux le 30 novembre 2004 préconise de permettre au majeur en tutelle de s'engager dans un PACS avec l'assistance ou par représentation du tuteur spécialement autorisé à cette fin, et d'autoriser le majeur en curatelle à contracter un PACS avec l'assistance de son curateur.

paraître particulièrement restrictive, puisqu'un mineur non émancipé, et même émancipé[1560] -donc capable-, est privé de la capacité de s'engager dans un PACS, alors qu'il peut contracter mariage avec une autorisation familiale, est, en pratique, justifiée par la nécessité de le protéger, aux motifs que la conclusion d'un PACS n'est pas un acte anodin de la vie civile et que le droit du mariage défend plus les personnes vulnérables que celui du concubinage pacsé, qui demeure assorti d'une certaine précarité.

484. En outre, la loi prévoit deux catégories d'empêchements qui rapprochent le PACS du mariage, dont l'inobservation n'est pas sanctionnée pénalement, mais par la nullité absolue.

Le premier type d'empêchements résulte de la prohibition de l'inceste dont il découle que la conclusion d'un PACS est interdite entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus.

La seconde espèce obéit au principe de la monogamie qui interdit de conclure un PACS si l'un ou l'autre des co-contractants est déjà engagé dans les liens du mariage ou dans ceux d'un PACS. Par contre, cette prohibition ne joue pas pour ceux qui seraient déjà engagés dans un ou plusieurs concubinages informels.

485. Avant de passer aux règles de forme spécifiques au pacte civil de solidarité, il convient de noter qu'aucune sanction pénale ne vise les partenaires qui enfreindraient sciemment l'un des empêchements prévus et qu'aucun contrôle ne semble prévu sur le contenu de la déclaration. De plus, l'absence de formalités préalables, telle que par exemple la publication des bancs, ne permet la vérification rigoureuse de l'existence d'un empêchement et la possibilité d'opposition des tiers.

b – LES RÈGLES DE FORME SPÉCIFIQUES AU PACTE CIVIL DE SOLIDARITÉ

[1560]. En ce sens, voir aussi la Circulaire n°99/12 du Ministre de la Justice du 15 novembre 1999 relative aux modalités de l'enregistrement des déclarations de pacte civil de solidarité, § I-1-2-B-a : J. C. P., 1999, III, 20182.

486. Les règles de forme sont traditionnellement protectrices des adultes vulnérables, ce qui est souvent le cas, mais pas toujours, dans ce domaine qui exclut du dispositif, à titre exceptionnel, l'acte notarié.

487. Le pacte civil doit être constaté par un écrit établi en double exemplaire, et la circulaire du 10 novembre 1999 précise qu'il doit être rédigé en langue française ou traduit. L'écrit peut être un acte sous seing privé.

488. Cependant, même si l'acte notarié est utile lorsque les futurs partenaires souhaitent se consentir des donations, celui-ci ne convient pas à la rédaction dudit pacte[1561]. Madame le Garde des sceaux, Ministre de la Justice s'est expressément prononcée sur le sujet suite à une question posée par un parlementaire[1562]. Elle affirme que l'exigence de produire deux originaux énoncée par la loi du 15 novembre 1999 et le décret d'application n° 99-1089 du 21 décembre 1999 *"exclut la production d'expéditions d'actes authentiques ou de copies certifiées conformes"*. Le notaire ne peut donc ici user de l'acte authentique, et ce serait d'ailleurs une imprudence parce que cela générerait un conflit entre deux dates certaines : celle de l'acte et celles des expéditions enregistrées par le greffier.

489. Bien que le mot pacte soit défini dans les dictionnaires comme étant un accord solennel entre États ou entre particuliers, le pacte civil de solidarité n'est pas un acte solennel[1563].

Cependant, il convient d'observer que dans une espèce où deux concubines avaient conclu un PACS par acte authentique, ayant donné lieu à la production de deux expéditions au greffier qui les avait refusées, un jugement du Tribunal d'instance de Paris 20ème du 20 mai 2003[1564] les a débouté de la demande qu'elles avaient formée contre le notaire d'avoir à leur rembourser les frais exposés, au motif que ledit notaire n'avait commis aucune faute, les

---

1561. Rép. min. n° 47664 : J. O. A. N. Q. 23 octobre 2000, p. 6134 : J. C. P. éd. N., 2000, p. 1588 ; Dr. fam., février 2001, comm., n° 13, pp. 16 et s., obs. B. BEIGNIER ; B. BEIGNIER, *« Pacte civil de solidarité : nécessité du double original (À propos d'une réponse ministérielle) »* : Defrénois, 2001, I, art. 37308, pp. 232 et s.

1562. Rép. min. n° 47664 : J. O. A. N. Q. 23 octobre 2000, p. 6134 : J. C. P. éd. N., 2000, p. 1588 ; Dr. fam., février 2001, comm. n° 13, pp. 16 et s., obs. B. BEIGNIER ; B. BEIGNIER, « *Pacte civil de solidarité : nécessité du double original (À propos d'une réponse ministérielle) »* : Defrénois, 2001, I, art. 37308, pp. 232 et s.
Pour une critique de cette position, voir : J. – F. PILLEBOUT, *"Le pacte civil de solidarité par acte notarié"* : J. C. P. éd. N., 2001, fam., pp. 900 et s. ; H. LÉCUYER, *« PACS, circulaire, y a rien à voir »* : Dr. fam., janvier 2001, repères, p. 3.

1563. B. MONASSIER, *« Le mariage sur mesure »* : Dr et patr., n° 81, avril 2000, pp. 54 et s., spc. p. 54.

expéditions obéissant à un régime légal leur conférant une force probatoire et une efficacité très supérieures à celle d'un acte sous seing privé (date certaine et mentions faisant foi jusqu'à inscription de faux).

De plus, le rapport du Groupe de travail sur l'évaluation de la loi de 1999 remis au Garde des Sceaux le 30 novembre 2004 préconise judicieusement l'admission de la forme notariée du PACS, l'obstacle tiré de l'exigence de présenter au greffe un double original étant levé.

490. Bien que pacte ne soit pas un acte solennel, ceux qui le concluent en font la déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance dans le ressort duquel ils fixent leur résidence commune, ce qui rappelle la formalité de l'enregistrement des actes et qui nécessite la remise au greffier de la convention signée en double exemplaire[1565], les pièces d'état civil permettant de vérifier qu'il n'y a pas d'empêchement tenant à la parenté ou au mariage et un certificat du greffe du tribunal d'instance de leur lieu de naissance attestant qu'ils ne sont pas déjà liés par un PACS. Le greffier inscrit cette déclaration sur un registre, et la fait mentionner sur un registre tenu au greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance de chaque partenaire. Il vise et date les deux exemplaires de la convention, puis les restitue à chaque partenaire. Il en résulte que les tiers ne pourront pas avoir connaissance, par l'intermédiaire du greffe, du contenu de la convention ni, par conséquent de la composition des patrimoines et des modalités de répartition des biens. Toute modification ultérieure du contrat devrait suivre la même procédure auprès du greffe ayant reçu l'acte initial, mais la loi ne dit pas que ce dernier est tenu de répercuter l'information vers le greffe du tribunal d'instance du lieu de naissance.

491. L'inscription sur le registre du lieu de résidence, effectuée par le greffier, donne au pacte date certaine et le rend opposable aux tiers.

Cette formalité conduit les greffes des tribunaux d'instance à organiser un véritable état civil parallèle puisqu'ils sont tenus d'assurer à la fois la conservation et la communication des documents.

1564. T. I. Paris 20ème, 20 mai 2003 : J. C. P. éd. N., 2004, fam., 1019, note M. DAGOT.

1565. B. BEIGNIER, « *Pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique* » : Defrénois, 2000, I, art. 37104, pp. 211 et s., spc. pp. 211 et 212 ; C. DESTAME, *« Pacte civil de solidarité (PACS) un nouveau contrat solennel »* : J. C. P. éd. N., 1999, fam., pp. 1698 et s., spc. p. 1698.

492. Les praticiens sont inquiets de ce système : d'abord, tant qu'à faire, il aurait mieux valu que ce fût le greffe du tribunal de grande instance, car l'organisation des greffes des tribunaux d'instance est presque inexistante en dehors des grandes villes ; ensuite, toutes les fois qu'un célibataire se présente pour passer un acte, il faut requérir le greffe du tribunal d'instance de son lieu de naissance pour savoir s'il a souscrit un PACS ; l'idée qui avait été suggérée par des magistrats et des notaires de recourir à une mention au Répertoire civil aurait été plus ingénieuse.

493. En outre, le registre prévu par la loi est inquiétant pour les couples homosexuels, qui se sentent un peu fichés, malgré les précautions prises par la CNIL et l'article 5 du décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999[1566]. La critique la plus grave concerne la date certaine et l'opposabilité aux tiers : conférer au greffier le soin en quelque sorte d'authentifier l'acte qu'il remet aux parties, et dont il ne garde pas de trace paraît à la profession notariale une véritable aberration, même si elle n'oublie pas que sa mission est d'appliquer la règle de droit.

B - LA FIN DU PACTE CIVIL DE SOLIDARITE

494. La fin du pacte civil de solidarité entraîne notamment la liquidation des droits et obligations des pacsés (a), et le transfert du droit au bail du logement lors du décès de l'un d'eux (b).

[1566]. L'article 5 du décret n° 99-1090 du 21 décembre 1999 prévoit une longue liste de personnes pouvant obtenir communication des informations nominatives concernant les pacsés : les signataires du Pacs, l'autorité judiciaire, les notaires, les agents chargés de l'exécution d'un titre exécutoire, les administrateurs judiciaires et mandataires liquidateurs, l'administration fiscale, les organismes débiteurs de prestations familiales, de prestations d'assurance maladie, maternité et décès, de l'allocation de veuvage, le tuteur de toute personne faisant l'objet d'un régime de protection prévu à l'article 492 du Code civil. Néanmoins, le § II de cet article dispose que : « *Peuvent obtenir communication, dans les mêmes conditions, des informations prévues au I, à l'exclusion des nom, prénoms, date et lieu de naissance du partenaire de la personne au sujet de laquelle la demande est faite :*
1° Les titulaires d'un droit de créance né d'un contrat conclu pour les besoins de la vie courante ou pour les dépenses relatives au logement, aux fins de la sauvegarde ou du recouvrement de leur créance ;
2° Les syndics de copropriété pour le recouvrement des créances du syndicat à l'encontre d'un copropriétaire en application de la loi du 10 juillet 1965 susvisée ».

a – LA LIQUIDATION DES DROITS ET OBLIGATIONS DES PACSÉS

495. En cas de rupture, les partenaires doivent procéder eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et obligations, et, en cas de partage des biens possédés en indivision, payer le droit d'enregistrement ou la taxe de publicité foncière de 1 %.

496. À défaut d'accord, il appartient au juge de régler les conséquences patrimoniales de la rupture. Son intervention s'imposera lorsque les partenaires ne parviennent pas à s'entendre, et lorsqu'ils ne le peuvent pas (mise sous tutelle de l'un d'eux), sauf à avoir déjà prévu dans le pacte toutes les modalités de la liquidation. Cependant, le juge qui ne peut être que le tribunal de grande instance puisqu'on est en matière de liquidation risque d'être souvent sollicité, alors qu'aucun moyen spécifique ne lui est donné pour régler la situation, et qu'il sera amené à transposer ici les techniques de la société de fait, de l'enrichissement sans cause ou de l'obligation naturelle.

497. En effet, le texte prévoit seulement que le juge pourra être saisi d'une demande de réparation d'un préjudice éventuellement subi, et toute clause contraire est réputée non écrite, comme l'a précisé la décision du Conseil constitutionnel. Cette formule semble indiquer qu'il peut y avoir une faute. Cependant, le champ d'application de ladite faute paraît restreint, car celle-ci ne résultera pas de la rupture qui est libre, ni des circonstances de la rupture si les formalités prévues par la loi ont été respectées, puisque la rupture peut intervenir de façon unilatérale. Mais peut-être sera-t-il possible, sur ce fondement, d'engager la responsabilité contractuelle d'un partenaire n'ayant pas exécuté ses obligations. De plus, à l'heure de la décadence des droits discrétionnaires, il serait surprenant de voir la jurisprudence refuser d'appliquer à la rupture du PACS les principes classiques issus de la bonne foi et fondés sur l'abus d'une rupture injustifiée.

b – LE TRANSFERT DU DROIT AU BAIL DU LOGEMENT

498. Le droit au bail du logement est transféré au partenaire survivant en cas de décès du signataire du contrat de location du logement. Aucune durée minimale n'est prévue pour autoriser les partenaires à invoquer le bénéfice de ce transfert.

499. Par rapport à la législation précédente, cette continuation du bail constitue un progrès substantiel[1567], car elle profite désormais tant aux concubins homosexuels qui en avaient été exclus par la jurisprudence qu'aux partenaires liés par un PACS.

500. Cette règle relève de l'élémentaire justice et de la charité humaine. En effet, il était inhumain que, dans le cas de concubinages homosexuels, lorsque le propriétaire d'un bien immobilier décédait du sida, sans que sa famille ne s'en soit occupé, du fait de la réprobation de ses moeurs et alors que la seule personne l'ayant assisté dans ces périodes était son concubin, que ses plus proches parents par le sang se souciaient faire expulser rapidement l'unioniste survivant.

501. Néanmoins, on observera qu'à l'exception de l'article 1751 du Code civil donnant la priorité au conjoint survivant en cas d'abandon du logement, la loi n'institue pas de hiérarchie selon les différents bénéficiaires. En effet, c'est au juge d'instance qu'il revient de trancher, en cas de demandes multiples, en fonction des intérêts en présence : ressources, âge, état de santé des parties d'une part, existence d'un autre logement ou de la faculté de s'en procurer un plus ou moins facilement d'autre part.

502. À l'issue de cet aperçu succinct sur le PACS, le concubinage, même pacsé, se caractérise toujours, selon un auteur, par « *la liberté de rompre et la nécessaire précarité qui en résulte. Cette liberté demeure lourde de conséquences, tout particulièrement pour le concubin abandonné sans ressources après une longue vie commune. La liberté n'est parfois qu'un leurre chèrement payé, dont l'exercice plein et entier est l'apanage de celui qui dispose de l'indépendance financière. L'égalité des concubins dans la rupture n'est qu'une façade dès*

1567. H. MOUTOUH, « *Le PACS et l'Assemblée* » : D., n° 2, du 14 janvier 1999, dernière act., pp. 1 et s., spc. p. 2 ; H. MOUTOUH, « *La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme* » : D., 1998, chron., pp. 369 et s., spc. pp. 371 et 372 ; F. VAUVILLÉ, « *PACS et SRU : un mauvais mariage* » : R. J. P. F., mai 2001, n° 5, pp. 15 et s., spc. pp. 15 et 16.

lors que l'un d'entre eux est plus ou moins dans une situation de dépendance. A défaut de mécanisme régulateur, la rupture libre consacre en fait la loi du plus fort »[1568].

503. Contrairement à l'esprit du droit de la famille, qui doit être à la mesure des désarrois et des injustices vécus par les personnes les plus vulnérables, et en l'absence de procédure protectrice de la rupture en matière de concubinage, un autre auteur a judicieusement observé que « *ce monde sentimental, sans le soutien du droit, est un monde de violence et que la violence individuelle, même masquée ou déniée, alimente la violence sociale »*[1569].

504. Dans ces conditions, si les adultes les plus vulnérables souhaitent avoir plus de sécurité, la grande majorité d'entre eux qui vivent en concubinage peuvent toujours, hormis dans certains cas exceptionnels tels que les personnes déjà mariées, les couples homosexuels et les unions incestueuses ou pédophiles, atténuer la précarité juridique de leur situation, en se mariant. C'est d'ailleurs la tendance actuelle, puisque pour cent mariages célébrés, huit PACS sont signés[1570].

En effet et malgré ses imperfections, le mariage est la plus sûre protection des adultes vulnérables vivant en couple, c'est à dire de ceux qui souffrent du provisoire et qui ont plus besoin d'assurer leur avenir, que de profiter du moment présent. Comme le rappellent avec humour certains notaires, « *on peut vivre en concubinage... mais il faut mourir mariés* ». En effet, pour un auteur, si « *l'union libre, c'est le mariage, l'aléa en plus.... le mariage c'est l'union libre, l'assurance en plus »*"[1571].

1568. M. BERTRAND-COMAILLS et G. CRÉMONT, *« Demain la famille, les ruptures »* : *in* Demain la famille, 95ème Congrès des notaires de France Marseille 9-12 mai 1999, pp. 541 et s., spc. pp. 602 et 603.

1569. C. LABRUSSE-RIOU, « *Couple et lien affectif »* : *in* C. BRUNETTI-PONS (dir.), La notion juridique de couple, préc., pp. 75 et s., spc. p. 93.

1570. En ce sens, voir : L. DOISNEAU, *« Bilan démographique 2002. Légère diminution des naissances »* : INSEE PREMIÈRE, n°882, janvier 2003, pp. 1 et s., spc. p. 3.

1571. B. BEIGNIER, « *Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir »* : Dr. fam., avril 1997, chron., n°5, pp. 4 et s., spc. p. 6.

CONCLUSION DU TITRE 1

505. Pour exprimer ce qui lui parait juste ou le moins injuste possible dans les relations entre les adultes vivant en couple non marié et protéger les plus vulnérables d'entre eux, qui ont ou avaient des liens affectifs avec des individus plus forts, le droit de la famille utilise les techniques du droit des obligations, à savoir les quasi-contrats avec la gestion d'affaires, l'enrichissement sans cause et l'obligation naturelle qui font supporter à l'auteur de la rupture le devoir de ne pas laisser dans le besoin celui qu'il a abandonné, et la responsabilité civile qui tend à rechercher et à faire réparer partout un responsable et qui se manifeste dans le droit à réparation du fiancé délaissé lorsqu'une faute liée aux circonstances de la rupture peut être démontrée (déloyauté, légèreté, maladresse, caprice, abus dans les rapports, rupture brutale, tardive, imprévisible et non motivée), dans le droit à réparation du concubin lorsqu'une faute détachable de la rupture peut être administrée (lors de l'établissement des relations ou pendant la vie commune ou dans la manière de rompre), et dans la faculté accordée au concubin survivant de demander réparation du préjudice personnel subi à la personne responsable de l'accident ayant entraîné le décès du défunt.

506. Mais, comme les techniques du droit des obligations ne suffisent pas, le droit de la famille emploie aussi ses propres techniques dans les domaines des fiançailles et du concubinage.

507. Dans le domaine des fiançailles, le droit de la famille fait appel au droit des libéralités qui fixe les règles applicables à la restitution des bijoux considérés en principe comme des présents d'usage, et à l'institution pour le moins curieuse, mais dictée par l'équité, du mariage posthume qui fait, en l'occurrence, de la mort le point de départ du mariage, alors qu'elle en est l'issue naturelle.

508. En matière de concubinage, il est fait appel aux techniques de trois branches juridiques. Premièrement, le droit des sociétés aide les concubins imprévoyants en leur octroyant la faculté de solliciter l'application de la théorie des sociétés de fait, qui autorise, lorsqu'elle est

retenue, les associés à participer aux résultats d'une entreprise exploitée en commun. Deuxièmement, le droit des libéralités permet aux concubins d'atténuer la précarité de la situation du survivant d'eux, résultant de l'absence de régime matrimonial et de vocation successorale. Ces libéralités sont en principe valables, sauf si elles sont motivées par une cause immorale avec cette précision que la notion de bonnes moeurs est actuellement interprétée de manière de plus en plus étroite, ou si elles enfreignent soit les règles de la réserve héréditaire, soit celles des régimes matrimoniaux.

Troisièmement, le droit du concubinage, issu de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, a créé le pacte civil de solidarité pour concrétiser la reconnaissance des couples homosexuels et offrir à tous les couples une nouvelle forme d'union à mi-chemin entre le concubinage informel et le mariage. Son statut contient des dispositions protectrices des adultes vulnérables : prohibition de l'inceste, rappel de la monogamie, exigence de la forme écrite du contrat, déclaration conjointe au greffe du tribunal d'instance, saisine du juge en cas de désaccord sur la liquidation des droits et obligations des pacsés et transfert du droit au bail du logement.

509. Toutes ces constructions jurisprudentielles et légales tendent à assurer aux adultes vulnérables, et en particulier à ceux qui sont les plus imprévoyants, une protection minimale de leurs intérêts.

Pourtant, l'amélioration de cette protection justifierait notamment :

- pour les cadeaux de fiançailles, de clarifier leur cadre juridique au motif que la complexité et la subtilité de la jurisprudence y relative est susceptible de décourager les victimes de ruptures d'intenter une procédure ;

- pour le PACS, d'autoriser la forme notariée du contrat, alors que jusqu'à présent elle était exclue.

510 à 514 : réservés.

TITRE 2
LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLES AU SEIN DES COUPLES MARIÉS

515. Le mariage n'est plus la forme imposée de l'union de l'homme et de la femme. Il est l'un de leurs choix les plus importants parce que c'est pour eux une manière exaltante de lutter contre leurs fragilités en se liant pour la vie, tout en donnant à leur union sa dimension sociale, par une reconnaissance institutionnelle qui inscrit la différence des sexes dans l'ordre symbolique[1572].

D'ailleurs, selon un auteur, la place consacrée au mariage dans le Code civil « *donne le vertige : le mariage est ainsi traité dans les livres premier et troisième. Sous le titre du « mariage », il intègre ainsi le livre premier intitulé des personnes". Sous le titre V « du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux », il trouve sa place dans le livre troisième Titre III « des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». De ce strict point de vue topologique, le mariage est à la fois traité au titre du droit des personnes et en tant que contrat de mariage »*[1573].

Le mariage a longtemps rempli un rôle d'établissement économique et social, et d'assurance contre la difficulté de survivre. Notre époque a modifié ce schéma en privilégiant le sentiment ou la dimension affective qui constitue aujourd'hui l'élément fondateur du mariage.

[1572]. En ce sens, voir : I. THÉRY, « *Le contrat d'union sociale en question* » : Esprit, octobre 1997, pp. 159 et s., spc. p. 184.
[1573]. F. –J. PANSIER, « *De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier* » : Gaz. Pal., des 5/6 mars 1999, pp. 5 et s., spc. p. 5.

Cependant, pour le Droit, la finalité traditionnelle de l'association conjugale est d'assurer à long terme la vie et la sécurité des époux et des enfants. En effet, le mariage est considéré, comme une fusion des corps et des patrimoines, et il en résulte qu'à la différence des fiancés et des concubins libres ou pacsés, l'intérêt du ménage, qui est d'abord l'intérêt commun des deux époux, est censé primer l'intérêt égoïste du conjoint qui possède des capitaux plus importants que l'autre. Afin de protéger l'époux vulnérable, le droit réglemente minutieusement la vie des conjoints et leur sortie du mariage.

D'ailleurs, comme le souligne judicieusement un auteur « *là où le capital se forme et se transmet, il existe un droit patrimonial de la famille, dont les régimes matrimoniaux et successoraux forment les deux piliers* »[1574].

Cette observation permet de distinguer les deux catégories de techniques qui protègent des adultes vulnérables mariés, tout en leur conservant leur capacité, ce qui a pour heureuse conséquence d'éviter souvent la mise en place d'un régime de protection continue. La première concerne les règles des régimes matrimoniaux (Chapitre 1). La seconde est issue du droit du démariage (Chapitre 2).

[1574]. P. CATALA, « *Personnes et patrimoine* » : Dr. fam., novembre 1996, n° 1, Repères, p. 3.

CHAPITRE 1
LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLES MARIÉS PAR LES RÈGLES DES RÉGIMES MATRIMONIAUX

516. Partant du constat que les patrimoines des époux sont des réalités vivantes, le droit des régimes matrimoniaux règle leur sort tant pour le capital que pour ses fruits, et son caractère libéral doit être associé aux termes d' « association conjugale », qui sont révélateurs de l'esprit de solidarité, qui anime nécessairement la vie des époux, à l'intérieur de leur ménage.

L'étude de ce droit revêt un intérêt essentiel, parce que l'argent est sans doute l'un des sujets les plus épineux dans le fonctionnement d'un ménage, et que comme la sexualité, il a des fonctions affectives et symboliques qui vont bien au-delà de la satisfaction des besoins immédiats.

Bien sûr, l'idéal pour un couple serait de s'engager sur des bases saines : des valeurs communes, le sens des responsabilités, la compréhension et le respect réciproques, etc..., mais en pratique, faute de toutes ces fondations, la répartition des pouvoirs au sein des couples devient un équilibre de forces, un rapport d'influences, et un partage d'attributions.

Cependant, selon deux auteurs, « les mesures de crise dans la vie patrimoniale des époux présentent un caractère à la fois exceptionnel et capital. Exceptionnel : par définition, la crise est un événement qui n'arrive pas habituellement. Capital : le droit n'est fait ni pour les idylles, ni même pour les situations normales qui s'en passent complètement ; son objet est de régler au moins mal qu'il est possible les situations difficiles, que sont les « crises » du ménage. Celles-ci affectent toujours les pouvoirs des époux, c'est-à-dire leurs relations avec les tiers »[1575]. C’est pourquoi le droit des régimes matrimoniaux se consacre à les dénouer de façon harmonieuse, de telle sorte que la survie de ces couples soit assurée, si elle demeure encore possible. Ses mesures peuvent produire un choc salutaire au conjoint et l'inciter à la négociation, mais elles peuvent aussi provoquer le raidissement de la situation. En effet,

[1575]. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil, Les régimes matrimoniaux, Éditions Cujas, 4ème édition 1999, p. 93, n° 110.

permettre aux époux de marquer un temps d'arrêt dans leur désaccord, en rendant vivable une période de crise, c'est parfois empêcher une rupture.

Mais, ce droit s’est adapté à la gravité et au caractère réversible ou irréversible des séparations des couples mariés, en multipliant les circonstances dans lesquelles intervient le pouvoir modérateur du juge, qui dispose de toute une panoplie de mesures graduées en fonction de l'importance de l'accident vécu par le ménage.

D’abord, il considère que ces crises, qui sèment la discorde entre les intéressés, ne débouchent pas systématiquement sur une dissolution du régime matrimonial (SECTION 1). Ensuite, il est nécessaire de procéder à la liquidation dudit régime, lorsque la rupture devient inévitable ou lorsque l'un des conjoints décède (SECTION 2).

SECTION 1
LES SITUATIONS MATRIMONIALES DE CRISE SANS DISSOLUTION

517. Le droit des régimes matrimoniaux définit certains actes que seul l'un des époux peut accomplir, et d'autres qui nécessitent pour leur perfection un accord plus ou moins poussé des deux. Mais, lorsque ceux-ci ne s'entendent plus, ce système risque d’être paralysé.

Bien sûr, si la situation avant la crise avait perduré, la difficulté aurait pu théoriquement être désamorcée au préalable par le recours à deux techniques relevant du droit des obligations : la représentation conventionnelle d'un époux par l'autre et la gestion d'affaires.

Cependant, ces deux procédés étant impuissants pour remédier à la mauvaise volonté ou à l'inertie d’un conjoint, le droit des régimes matrimoniaux organise des mécanismes spécifiques destinés à faire face aux situations de crise. De plus, ces techniques offrent des solutions qui évitent le recours à des systèmes de protection plus contraignants, que ce soit pour le présumé absent, ou pour le majeur à protéger. Afin d'en faciliter la présentation, une distinction s'impose entre les dispositions intégrées dans le régime primaire impératif (§ 1) et les règles résultant du régime légal de la communauté réduite aux acquêts (§ 2).

§ 1 - DANS LE RÉGIME PRIMAIRE IMPÉRATIF

518. En s'intéressant à la vie et à l'activité du ménage, le régime primaire impératif vise à protéger l'époux le plus vulnérable contre les abus ou le manque de coopération de son conjoint, quel que soit le régime matrimonial. Pour tenter de résoudre les difficultés importantes vécues par les couples mariés, le législateur a créé puis maintenu au sein du régime primaire un aménagement judiciaire des pouvoirs des époux lors des situations de crise, qui apporte au droit des régimes matrimoniaux une élasticité bienvenue.

Les circonstances exceptionnelles, dans lesquelles l'application des règles normales des régimes matrimoniaux risque de conduire à des situations défavorables à la famille, peuvent se produire dans trois cas de figure : ou bien l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté, ou bien pour accomplir un acte déterminé, il oppose à l'autre un refus de consentement qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, ou bien, par un grave manquement à ses devoirs, il met ce dernier intérêt en péril.

Dans les deux premières hypothèses, l'intervention judiciaire étend les pouvoirs insuffisants de l'autre époux, le tribunal lui permet soit de représenter son conjoint, soit de se passer de son consentement (A). Dans le troisième cas, l'intervention de la justice restreint les pouvoirs de l'époux coupable d'un manquement à ses devoirs (B).

A - LES EXTENSIONS DE POUVOIRS

519. Ces extensions sont prévues par les articles 217 et 219 du Code civil, qui ont d'ailleurs été transposés avec quelques nuances dans les articles 815-4 et 815-5 du même Code en matière d'indivision.

Ces articles sont inspirés par le droit des incapacités et relèvent de la même idée d'habilitation judiciaire, mais leur combinaison s'avère parfois délicate, car leurs domaines d'application se superposent dans certains cas.

Malgré leur ancienneté, ces textes présentent encore un intérêt pratique dans certaines circonstances. Lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté, l'article 219 permet à son conjoint de se faire habiliter par justice à le représenter dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de son régime matrimonial. De plus, aux termes de l'article 217, ledit conjoint peut aussi être autorisé par justice à passer seul, en son nom personnel, un acte pour lequel le concours ou le consentement de l'époux empêché est, en principe, nécessaire. Lorsqu'un époux refuse son concours ou son consentement à un acte qui le requiert, alors que ce refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, son conjoint peut, en vertu de l'article 217, être autorisé par justice à passer seul -et en son nom personnel- l'acte litigieux. Pour présenter ces correctifs judiciaires, il convient de distinguer en allant du plus simple au plus complexe la représentation judiciaire de l'article 219 (a), et l'autorisation judiciaire de l'article 217 (b), tout en ayant à l'esprit que ces dispositifs ont une utilité moindre dans les régimes communautaires depuis l'instauration d'une gestion concurrente de ladite communauté favorisant l'initiative de chacun, pleinement efficace pour de nombreux actes et la création d'une masse commune ayant remplacé les biens communs ordinaires et les biens réservés.

a - LA REPRÉSENTATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE 219 DU CODE CIVIL

520. Afin de remédier à l'éloignement de nombre de maris -prisonniers, déportés, combattants, internés en camp pour motif de résistance ou de race- pendant la Seconde Guerre Mondiale, la loi du 22 septembre 1942 avait permis, avec le concours de la justice, la représentation de l'époux hors d'état de manifester sa volonté, par son conjoint.

Le mécanisme de l'article 219 du Code civil est singulier, car il repose sur une fiction qui tend à considérer que l'acte passé par le représentant a été voulu par le représenté.

Bien que son intérêt pratique soit désormais un peu amoindri et réservé parmi les biens communs à ceux qui sont nécessaires à la profession d'un époux, le maintien de cette mesure de crise nécessite d'envisager son domaine et sa mise en oeuvre.

1 - Domaine de la représentation judiciaire

521. Dans sa rédaction actuelle, l'article 219, alinéa 1er, du Code civil dispose que « *si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter par justice à le représenter, d'une manière générale, ou pour certains actes particuliers, dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial (...)* ».

Selon deux auteurs, « *il ne peut y avoir de représentation d'un époux contre sa volonté. Le texte permet de remédier à une situation l'empêchant de manifester sa volonté, mais non pas de vaincre sa volonté* »[1576]. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence du 22 septembre 1987 a refusé l'habilitation sollicitée en présence d'une opposition d'intérêts entre les époux, en instance de divorce pour faute[1577].

À cette réserve près, le domaine de la représentation judiciaire est très étendu tant en ce qui concerne les circonstances qu'au regard des pouvoirs consentis.

Quant aux circonstances, celles-ci résultent de ce qu'un époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté et la jurisprudence les interprète de manière extensive en considérant que l'article 219 s'applique lorsque l'époux, bien que capable d'exprimer sa volonté, ne peut pas « *la faire connaître en connaissance de cause et en temps voulu* »[1578], à un conjoint parti sans laisser d'adresse ou sans donner de nouvelles[1579], ou à un prisonnier[1580], bien que l le régime pénitentiaire ne le rende pas incapable.

1576. F. TERRÉ et P. SIMLER, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Dalloz, collection Précis, 2ème édition, 1994, p. 98, n° 128.
1577. Aix-en-Provence, 22 septembre 1987 : Juris-Data n° 045175.
1578. AUBRY et RAU, Droit civil français, Librairies Techniques, Tome VIII, Régimes matrimoniaux, 7ème édition, 1973, par A. PONSARD, p. 96, § 498.
1579. Paris, 1ère ch., 22 mai 1943 : J. C. P., 1943, II, 2402.

L'époux malade peut aussi être hors d'état de manifester sa volonté, soit en présence d'une altération grave de ses facultés corporelles[1581], soit lorsqu'il est atteint de troubles mentaux[1582]. Dans ce contexte, le recours à l'article 219 peut permettre d'éviter la mise sous tutelle de l'époux particulièrement vulnérable, ce qui a l'avantage psychologique qu'il conserve, au moins en théorie, sa capacité. De plus, un auteur a judicieusement noté qu' « *entre deux époux unis, les relations conjugales sont le mode de protection naturelle devant lequel recule l'organisation légale de la tutelle* »[1583].

Pour les personnes absentes, il résulte de l'article 121, alinéa 2, du Code civil que les articles 112 à 119 relatives à la présomption d'absence ne sont pas applicables si le conjoint peut pourvoir aux intérêts en cause, notamment à l'aide des articles 217 et 219.

Quant aux pouvoirs de représentation conférés, ils ne sont pas seulement fondés sur les besoins de la personne à protéger, ils tendent aussi à assurer la sauvegarde de l'intérêt du ménage et de la famille, si bien que la Cour de cassation a précisé qu'il s'agissait de tous les pouvoirs d'ordre patrimonial, quel que soit le régime matrimonial[1584].

2 - Mise en oeuvre de la représentation

522. Cette mise en oeuvre commande d'examiner les modalités de l'habilitation et les effets des actes accomplis en vertu de l'habilitation.

1580. Civ. 2ème, 1er avril 1968 : D., 1968, jur., p. 624.
1581. T. G. I. Chaumont, 24 juillet 1969 : Gaz. Pal., 1970, I, p. 89 et s. ; R. T. D. civ., 1982, pp. 136 et s., obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; T. G. I. Paris, 1ère ch., 11 octobre 1996 : D., 1998, jur., pp. 39 et s., note M. de BECHILLON.
1582. Trib. civ. de la Seine, 1ère ch., 9 juillet 1953 : J. C. P., 1953, II, 7772, note M. FRÉJAVILLE ;
Trib. civ. Lille, 6 décembre 1955 : D., 1956, jur., pp. 709 et s., note H. SINAY ;
T. G. I. Valenciennes, 5 février 1970 : J. C. P., 1970, II, 16291.
1583. C. ATIAS, Les incapacités, les personnes, P. U. F., 1985, p. 180.
1584. Civ. 1ère, 18 février 1981 : Bull. civ., I, n° 60, pp. 49 et s.; J. C. P. éd. N., 1981, II, pp. 155 et s., note P. RÉMY ; Defrénois, 1981, I, art. 32697, pp. 964 et s., n° 73, obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1982, p. 140, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Civ. 1ère, 9 novembre 1981 : Bull. civ., I, n° 333, p. 282 ; J. C. P., 1982, II, 19808, note J. PRÉVAULT ; R. T. D. civ., 1982, p. 137, obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois, 1982, I, art. 32852, n° 23, pp. 423 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1ère, 1er octobre 1985 : Bull. civ., I, n° 237, pp. 212 et s. ; J. C. P. éd. N., 1986, II, pp. 249 et s., note P. SIMLER.

Les modalités procédurales de l'habilitation sont fixées par les articles 1286 et 1287 du Nouveau Code de procédure civile. La demande d'habilitation judiciaire, formée par requête au tribunal de grande instance est instruite et jugée comme en matière gracieuse. À ce propos, il convient de préciser que le décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale a ajouté à l'article 1286 du Nouveau Code de procédure civile un alinéa 2, aux termes duquel les demandes d'habilitation prévues à l'article 219 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont présentées au juge des tutelles. Le rejet de la requête est susceptible d'appel.

Sur le fond, l'article 219 précise que l'habilitation peut conférer au conjoint de l'époux empêché, un pouvoir de représentation général ou spécial. Le pouvoir concerne soit des actes d'administration, soit des actes de disposition. Cependant, s'il s'agit d'une habilitation générale, elle doit être considérée comme ne concernant que les actes d'administration.

Son contenu est variable, il peut s'agir aussi bien du pouvoir d'accomplir un acte déterminé que de celui d'administrer, globalement, la catégorie de biens envisagée.

Enfin, l'habilitation sera généralement temporaire, ce qui revient à rappeler qu'en tout état de cause, la capacité demeure la règle et qu'il convient de n'y porter atteinte ou de limitation que de manière exceptionnelle. Afin de protéger la personne qui en fait l'objet, l'habilitation sera accordée pour le temps seulement où l'époux représenté sera hors d'état de manifester sa volonté ; elle ne pourra en tout cas excéder cette durée.

Les effets des actes accomplis en vertu de l'habilitation sont commandés par l'idée de représentation. L'époux habilité n'accomplit pas les actes prévus par le jugement en son nom personnel, il les accomplit au nom de son conjoint empêché. À l'égard des tiers, tout se passe comme si c'était ce dernier qui avait contracté : c'est lui qui devient créancier ou débiteur, alors que l'époux qui a agi par représentation n'est pas personnellement obligé.

Dans les rapports entre les époux, le représentant, bénéficiaire de l'habilitation, est dans la situation de tout mandataire. Il a droit au remboursement de ses frais, et d'une manière générale, il est tenu de rendre compte. Il engage sa responsabilité à l'égard du représenté dans les termes du droit commun.

b - L'AUTORISATION JUDICIAIRE DE L'ARTICLE 217 DU CODE CIVIL

523. Comme celles figurant à l'article 219 du Code civil, les dispositions de l'article 217 ont leur origine dans la loi du 22 septembre 1942. Cette mesure de crise se caractérise par l'octroi d'une autorisation judiciaire permettant à l'un des époux d'accomplir un acte le concernant directement en suppléant au concours ou au consentement de son conjoint. À la différence de la représentation judiciaire prévue à l'article 219, l'autorisation judiciaire ne tend pas à permettre la représentation d'un époux par l'autre. Cette différence explique que le domaine (1) et la mise en œuvre (2) de la première institution soient dissemblables de la seconde.

1 - Domaine de l'autorisation judiciaire

524. L'article 217, alinéa 1er, du Code civil dispose qu' « un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille ». L'objet de l'autorisation judiciaire est de permettre un assouplissement de la cogestion.

Ainsi, son domaine doit-il être apprécié au regard des circonstances, puis des pouvoirs.

En ce qui concerne les circonstances, elles supposent qu'un conjoint soit ou hors d'état de manifester sa volonté, ou qu'il oppose à un acte un refus de consentement ou de concours qui n'est pas justifié par l'intérêt de la famille.

Lorsqu'un époux est hors d'état de manifester sa volonté, les circonstances doivent, les termes de la loi étant identiques, être appréciées de la même manière que celles de l'article 219 qui

n'oppose pas les raisons physiques à celles qui proviennent d'une altération des facultés mentales[1585].

525. La référence à l'intérêt de la famille appelle deux observations : la famille comprend les époux et les enfants, et cet intérêt peut être contraire à ceux d'une entreprise familiale[1586]. L'exigence du respect de l'intérêt de la famille nécessite la preuve par l'époux demandeur que le refus de son conjoint y est contraire, et pas seulement que l'acte qu'il entend accomplir est justifié[1587].

La jurisprudence s'est particulièrement étoffée au cours de ces dernières années et la préservation de cet intérêt de la famille lui permet tantôt de rejeter des demandes d'autorisation qui y paraissent contraires, tantôt de les retenir.

Les rejets des requêtes d'autorisation judiciaire fondées sur la notion d'intérêt de la famille n'apparaissent pas négligeables : aliénation par deux époux âgés de 75 et 69 ans, sans enfant commun, d'un bien immobilier, lorsque la vente n'est pas nécessaire pour donner à chacun des époux les ressources indispensables pour assurer les besoins de leur vie courante et que ce bien constitue une garantie pour l'avenir[1588], inscription d'hypothèques sur des immeubles communs en vue de garantir un prêt bancaire à accorder à une société où les époux étaient actionnaires, parce que les époux étaient en instance de divorce, qu'ils avaient des intérêts pécuniaires contradictoires, et que l'actif communautaire était en voie de liquidation[1589], incertitude sur la valeur du bien et l'imminence de la liquidation de la communauté[1590], placement envisagé par l'autre époux dans le seul intérêt de celui-ci[1591], vente d'un immeuble lorsque l'époux propriétaire agit dans le but de nuire à son conjoint[1592], vente d'une propriété

1585. T. G. I. Nevers, 29 novembre 1972 : D., 1973, jur., pp. 415 et s., note G. A. ; R. T. D. civ., 1974, pp. 396 et s., obs. R. NERSON ; Defrénois, 1973, I, art. 30405, pp. 937 et s., obs. J. MASSIP ; P. DUBOIS, *« Mariage. Régime matrimonial primaire. Modifications judiciaires des pouvoirs (art. 217, 220-1 à 220-3) »* : Jur. -Cl. civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 2, 1989, p. 5, n° 13.

1586. M. de GAUDEMARIS, « *De l'importance du contrat de mariage depuis la loi du 23 décembre 1985, pour les époux exerçant une profession indépendante »* : D., 1987, doct., pp. 223 et s., spc. p. 224.

1587. Civ. 1ère, 31 janvier 1974 : Bull. civ., I, n° 37, p. 32 ; J. C. P., 1974, IV, p. 92.

1588. T. G. I. Paris, ch. conseil, 16 octobre 1981 : D., 1983, somm. comm., p. 173, obs. D. MARTIN ; T. G. I. Paris, ch. conseil, 12 février 1982 : D., 1982, I. R., p. 406 ; Defrénois, 1983, I, art. 33158, n° 105, pp. 1344 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1984, p. 137, obs. J. PATARIN.

1589. T. G. I. Le Mans, 1ère ch. A, 15 novembre 1983 : Gaz. Pal., 1984, I, somm., p. 121.

1590. Grenoble, 31 janvier 1991 : Juris-Data n° 040270 ; Paris, 1ère ch. urg., 29 juin 1990 : Juris-Data n° 023752 ;

1591. Amiens, 20 mars 1992 : Juris-Data n° 44091.

1592. Paris, 1ère ch. suppl., 29 septembre 1972 : J. C. P., 1974, II, 17620, note R. THÉRY ; D., 1975, jur., pp. 540 et s., note C.-I. FOULON-PIGANIOL.

viticole d'une valeur très supérieure aux dettes des créanciers[1593], emploi de capitaux provenant de la vente d'un fonds de commerce en vue d'investir dans une nouvelle entreprise, alors que le tribunal ne dispose d'aucun élément sur cette dernière[1594].

Par contre, l'accueil des demandes d'autorisation par les tribunaux motivées par l'intérêt de la famille parait rencontrer un écho légèrement plus favorable : femme séparée ayant besoin de vendre un immeuble propre constituant le logement familial[1595], échange d'un appartement loué contre un autre plus petit et donnant lieu au paiement d'un loyer moins élevé[1596], vente d'un immeuble commun, dont le prix a dû être affecté au paiement des dettes communes[1597], vente d'un lot d'une propriété viticole, permettant de désintéresser un créancier et d'éviter la saisie de l'ensemble[1598], vente par le mari d'un bien commun, dès lors que les intérêts de sa femme, en instance de séparation de corps étaient sauvegardés par la consignation d'une partie de la valeur de l'immeuble prise sur la part de l'époux et par le partage du prix entre les conjoints[1599], ou remploi par une épouse de l'indemnité d'expropriation d'un bien commun dans l'acquisition d'un logement pour elle, -alors qu'elle était séparée de fait-, et, pour l'enfant incapable majeur, dont elle assumait la charge[1600].

526. Pour les pouvoirs, l'idée directrice est que l'un des époux veut accomplir un acte déterminé, en son nom personnel, mais que cet acte ne sera valable ou pleinement efficace que si son conjoint y apporte son concours ou y donne son consentement.

Le concours sera nécessaire si la validité de l'acte est subordonnée au double accord des époux, par exemple pour l'acte par lequel cet époux veut disposer du bail du local d'habitation

---

1593. Bordeaux, 6ème ch., 27 novembre 1990 : Juris-Data n° 047038.
1594. T. G. I. Grenoble, 25 juillet 1989 : D., 1989, jur., pp. 536 et s., note G. CHAMPENOIS ; Defrénois, 1989, I, art. 34593, pp. 1112 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
1595. Agen, 4 mars 1993 : J. C. P., 1994, I, 3733, n° 5, obs. G. WIEDERKEHR.
Dans le même sens, voir : T. G. I. Paris, 3 juin 1983 : Journal des notaires et des avocats, 1983, pp. 977 et s., et 989 et s., obs. Me de la MARNIERRE ; T. G. I. Pointoise, 22 mai 1968 : Defrénois, 1969, I, art. 29284, 3ème esp., pp. 410 et s., obs. O. KUHNMUNCH.
1596. Paris, 1ère ch. suppl., 18 février 1964 : J. C. P., 1964, II, 13598, note R. D. ; R. T. D. civ., 1964, p. 760, obs. G. CORNU.
1597. Colmar, 24 janvier 1992 : Juris-Data n° 047974.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 31 janvier 1974 : Bull. civ., I, n° 37, p. 32 ; Metz, 3 novembre 1982 : Juris-Data n° 43441 ; Metz, 9 décembre 1993 : J. C. P. éd. N., 1995, jur., p. 1465, n° 1, obs. G. WIEDERKEHR.
1598. Bordeaux, 6ème ch., 27 novembre 1990 : Juris-Data n° 047038.
1599. Colmar, 23 novembre 1990 : Juris-Data n° 049541.
1600. Paris, 2ème ch. A, 19 mars 1991 : Juris-Data n° 021604.

dont les époux sont cotitulaires[1601], souhaite aliéner un immeuble constituant le logement de la famille[1602], ou désire vendre un immeuble ou un fonds de commerce commun[1603], ou encore lorsqu'il s'agit d'aliéner un bien acquis de manière indivise par deux époux séparés de biens[1604].

Le consentement du conjoint suffira si l'autre époux a le pouvoir de passer l'acte seul, mais pour parfaire son efficience juridique, il est souhaitable de recueillir l'assentiment du premier, comme c'est le cas en matière d'emprunt ou de cautionnement souscrit par un époux seul, où l'article 1415 du Code civil subordonne l'engagement de la communauté en capital au consentement exprès du conjoint. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une cogestion de droit, -l'absence d'un tel consentement ne porte pas atteinte à la validité de l'acte, mais elle réduit le gage du créancier aux propres et aux revenus du débiteur-, l'article 217 paraît s'appliquer dans une telle hypothèse. En effet, l'empêchement ou le refus de consentir du conjoint prive l'autre époux de la possibilité de conclure un acte d'emprunt ou de cautionnement assorti d'un gage normal au profit du créancier. L'utilité d'un recours à l'article 217 paraît patrimonialement évidente lorsque l'emprunt ou le cautionnement est souscrit à des fins professionnelles.

2 - Mise en oeuvre de l'autorisation judiciaire

527. Cette mise en oeuvre est à examiner d'abord au fond, puis au regard de la procédure.

Quant au fond, l'autorisation judiciaire prévue à l'article 217 permet à l'un des époux de lever l'obstacle qui, du fait de l'autre époux, l'empêche d'agir.

Illustrant la distinction de l'opposabilité et de la force obligatoire des actes juridiques, l'article 217, alinéa 2, dispose que « l'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de

---

[1601]. Paris, 18 février 1964 : préc.
[1602]. Civ. 2ème, 23 juin 1993 : J. C. P., 1994, I, 3733, n° 5, obs. G. WIEDERKEHR.
[1603]. T. G. I. Argentan, 16 mai 1968 : J. C. P. éd. N., 1979, II, 15774 bis, note J. A. ;
Grenoble, 7 novembre 1972 : Gaz. Pal., 1973, I, pp. 286 et s. ; Montpellier, 13 octobre 1986 : Juris-Data n° 001593.
[1604]. T. G. I Paris, 12 février 1982 : préc. ; Besançon, 9 mars 1988 : Juris-Data n° 046043.

justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut, sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle ».

Par exemple, lorsque l'autorisation est accordée à un époux de vendre seul un immeuble commun, l'acte est opposable au conjoint, puisque ce dernier ne peut pas en contester la validité, alors qu'il le pourrait si l'époux avait agi sans autorisation. Il s'agit d'une vente conclue par cet époux seul, non par les époux conjointement. Le conjoint passif ou récalcitrant n'a pas la qualité de covendeur. Il n'est pas tenu sur ses biens personnels de l'obligation de garantie envers l'acquéreur, et il n'est pas assujetti à une obligation de non-concurrence[1605].

Au plan de la procédure, les modalités de la demande d'autorisation sont, en principe, les mêmes que celles prévues pour l'article 219 du Code civil. En outre, le décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale a ajouté à l'article 1286 du Nouveau Code de procédure civile un alinéa 2, aux termes duquel les demandes d'autorisation prévues à l'article 217 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont présentées au juge des tutelles. Le rejet de la requête est susceptible d'appel.

Toutefois, lorsque la demande d'autorisation tend à passer outre au refus du conjoint, la procédure devient contentieuse. Le demandeur doit alors présenter une requête au président du tribunal de grande instance, seul compétent, en vue d'assigner son conjoint à heure fixe ; le tribunal entend celui-ci à moins que régulièrement cité, il ne se présente pas.

Dans ces situations, les époux n'étaient pas d'accord sur l'opportunité d'un acte, le contexte justifiant des restrictions de pouvoirs est différent puisqu'il découle de ce qu'un époux a gravement manqué à ses devoirs, et mis ainsi en péril les intérêts de la famille.

B - LES RESTRICTIONS DE POUVOIRS

[1605]. Toulouse, 12 février 1985 : Juris-Data n° 040265.

528. Les restrictions susceptibles d'être apportées par la justice aux pouvoirs normaux des époux résultant de leur régime matrimonial sont le pendant des mesures d'autorisation.

En insérant l'article 220-1 dans le Code civil, le législateur a institué, sous la forme d'une intervention judiciaire d'urgence, un dispositif, commun à tous les époux, qui organise souvent leur séparation de fait, en limitant l'individualisme exacerbé de certains conjoints, et en protégeant l'époux victime de violences. En outre, ces mesures présentent l'intérêt de prévenir, par une procédure rapide devant le juge aux affaires familiales, les dangers et les fraudes, qui sont souvent à redouter dans une période qui précède une séparation officielle des conjoints. Pour ce faire, elles obéissent à des règles communes d'intervention du juge (a) et à des modalités particulières d'interdiction (b).

a - LES RÈGLES COMMUNES D'INTERVENTION DU JUGE

529. Ces règles doivent être appréciées tant dans les conditions que dans les pouvoirs du juge.

1 - Les conditions de l'intervention du juge

530. La loi a voulu restreindre le risque d'arbitraire du juge en imposant deux conditions à son intervention. Cependant, ces éléments n'ayant pas été définis d'une façon précise, la jurisprudence les a très largement entendus.

La première condition est que l'un des époux manque gravement à ses devoirs. Cette notion générique est à rapprocher de la faute, cause de divorce, dans ses éléments de droit et de fait, c'est-à-dire la violation de ses devoirs, qu'il s'agisse de ses devoirs extra-patrimoniaux, tels que par exemple l'infidélité[1606], ou l'abandon du foyer conjugal[1607], ou que cela concerne ses

[1606]. T. G. I. Saintes, 21 octobre 1969 : J. C. P., 1970, IV, p. 223.
[1607]. Voir aussi : T. G. I. Saint-Brieuc, 1er juin 1967 : D., 1967, somm., p. 89.

devoirs patrimoniaux : il en est ainsi lorsque l'époux méconnaît son obligation de contribuer aux charges du mariage, contracte des dettes inconsidérées, n'apure pas ses dettes fiscales[1608], abuse des présomptions de pouvoirs figurant aux articles 221 et 222, ou ne se conforme pas au devoir de collaboration du régime de la communauté, ou commet des fautes graves ou des fraudes dans l'administration des biens communs[1609]. De plus, la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce a ajouté à l'article 220-1 du Code civil un troisième alinéa prévoyant le cas de violences mettant en danger le conjoint et/ou un ou plusieurs enfants. D'ailleurs, et afin de faciliter la démonstration de cette mise en danger, le législateur s'est volontairement abstenu de définir précisément la notion de violence, tout en obligeant le juge à la caractériser in concreto.

La deuxième condition est que le manquement mette en proche péril les intérêts de la famille. L'exigence de la proximité du péril résulte de l'insertion de l'idée d'urgence dans l'article 220-1, alinéa 1er in fine, à propos des mesures que requiert la protection de l'intérêt de la famille, car il serait imprudent d'attendre la mise en place d'autres mesures d'adaptation. Cette condition traduit le souci du législateur de prévenir un dommage prévisible important pour l'intérêt de la famille.

En théorie, il s'agit de protéger l'intérêt de la famille, et non pas les intérêts individuels du conjoint de l'époux fautif. Cependant, ces deux notions ne sont pas toujours faciles à distinguer, et en pratique l'intérêt personnel d'un époux peut présenter un caractère familial, qui permet de l'identifier à l'intérêt de la famille.

La protection de l'intérêt de la famille concerne bien entendu ses intérêts pécuniaires, en empêchant le conjoint fautif de ne pas payer ses dettes[1610], de laisser dépérir[1611] ou de soustraire des biens ou de réaliser des opérations immobilières propres à troubler l'existence de la famille[1612], mais n'exclut pas la prise en considération d'intérêts extra-patrimoniaux (fidélité[1613], vie commune[1614], respect, tempérance...). D'ailleurs, la pratique révèle que les

---

1608. Colmar, 23 novembre 1983 : Juris-Data n° 000800.
1609. T. G. I. Digne, 1er juillet 1972 : D., 1973, jur., pp. 259 et s., note C. –I. FOULON-PIGANIOL ;
J. C. P., 1973, II, 17443, note D. MAYER ; Defrénois, 1973, I, art. 30311, pp. 515 et s., obs. J. MASSIP ;
R. T. D. civ., 1974, pp. 391 et s., obs. R. NERSON.
1610. Colmar, 23 novembre 1983 : préc.
1611. T. G. I. Rodez, 1er février 1985 : Juris-Data n° 44000.
1612. Douai, 7 mai 1986 : Juris-Data n° 46141.
1613. Orléans, 24 octobre 1986 : Juris-Data n° 44770.

deux ordres de manquement sont souvent combinés dans des proportions variables, voire même associés à une demande en séparation ou à un divorce.

2 - Les pouvoirs du juge

531. Dépendant généralement des limites ordinaires de la juridiction d'urgence[1615], ces pouvoirs concernent plus spécialement la durée et l'objet des mesures à prendre.

La durée de ces mesures, par essence, provisoires et toujours révisables, doit être déterminée par la juge dans les limites d'un maximum de trois ans, prolongations éventuellement comprises. De plus, les mesures prises au titre des violences conjugales deviennent caduques si à l'expiration d'un délai de quatre mois aucune requête en divorce ou en séparation de corps n'a été déposée. Cependant, le nouvel article 220-1, alinéa 3, n'interdit pas de solliciter une prolongation.

La Cour de cassation a interprété la durée maximum avec un grand libéralisme, en considérant que la décision qui ne l'avait pas mentionnée et qui était irrégulière en la forme, était valable, car en raison de sa nature, elle était provisoire[1616].

En conséquence, il n'est pas possible de prendre, sur le fondement de l'article 220-1, des mesures définitives, comme l'autorisation d'un acte de disposition[1617], bien qu'en pratique le contentieux des articles 220-1 et suivants du Code civil débouche le plus souvent sur une rupture.

En ce qui concerne l'objet de ces mesures, le juge substitue généralement à des actions normalement individuelles des actions communes. Pour donner à ces dernières une plus grande force, les parties disposent de tout l'arsenal conservatoire du droit commun de

---

1614. T. G. I. Tours, 7 février 1984 : Juris-Data n° 042816.
1615. En ce sens, voir : P. DUBOIS, « *Mariage. Régime matrimonial primaire. Modifications judiciaires des pouvoirs (art. 217, 220-1 à 220-3)* » : Jur. -Cl. civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 2/1989, p. 10, n° 48.
1616. Civ. 1ère, 25 octobre 1972 : Bull. civ., I, n° 222, pp. 194 et 195 ; D., 1973, somm., p. 30.
1617. T. G. I. Paris (ord. JAM), 14 juin 1976 : J. C. P., 1976, IV, 6641 ; Versailles, 14ème ch., 29 novembre 1991 : R. T. D. civ., 1992, pp. 630 et s., obs. F. LUCET et B. VAREILLE.

l'exécution (consignation d'une certaine somme d'argent[1618], mise sous scellés d'un bien, nomination d'un séquestre ou d'un administrateur provisoire[1619], attribution de la gestion d'un bien commun au requérant[1620], habilitation à recouvrer des créances de la communauté[1621], défense de contracter tous emprunts, maintien du domicile conjugal au lieu où les époux vivaient) pour proposer au juge les mesures les plus adaptées à la résolution du conflit.

b - MODALITÉS PARTICULIÈRES D'INTERDICTION OFFERTES AUX PARTIES

532. L'article 220-1, alinéa 2, du Code civil propose aux parties deux modèles d'interdiction, non limitatifs, destinés à empêcher la passation d'actes juridiques de disposition (1) et la réalisation d'actes matériels de détournement (2). De plus, l'alinéa 3 du même article prévoit l'éviction de l'époux violent du domicile conjugal (3).

[1618]. T. G. I. Tours, 7 février 1984 : Juris-Data n° 42816 ; Orléans, 21 octobre 1986 : Juris-Data n° 44770.
[1619]. Orléans, ch. civ., sect. 1, 25 mars 1987 : J. C. P. éd. N., 1988, II, p. 66, obs. P. SIMLER ; Civ., 1ère, 5 novembre 1996 : Juris-Data n° 004140 ; Bull. civ., I, n° 374, p. 262 ; Defrénois, 1997, I, art. 36599, n° 93, pp. 814 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1997, pp. 725 et 726, obs. B. VAREILLE.
[1620]. T. G. I. Rodez, 1er février 1985 : Juris-Data n° 44000.
[1621]. T. G. I. Nevers, 9 novembre 1973 : J. C. P., 1974, IV, 6420, note J. A.

1 - L'interdiction de disposer de certains biens

533. Le juge a la faculté d'interdire à l'époux à l'origine du péril de faire, sans le consentement de l'autre, des actes de disposition sur certains biens.

Déterminée par la décision de justice, l'assiette de cette interdiction est très large, puisqu'elle peut porter sur des immeubles ou sur des meubles de toute nature, sur tout ou partie des biens communs[1622], et sur des biens propres à l'époux concerné[1623] en dépit du principe de l'autonomie patrimoniale des conjoints. En outre, l'époux fautif subit une restriction de ses pouvoirs matrimoniaux et une indisponibilité qui prend la forme d'une interdiction d'agir sans le consentement de son conjoint.

Les sanctions de l'inobservation de l'ordonnance du juge protègent l'époux victime, tout en préservant la sécurité des tiers. Pour le premier, les actes accomplis en violation de ladite ordonnance sont exposés à la nullité relative. Pour les seconds, cette indisponibilité doit leur être opposable, même si ses conditions varient en fonction de la nature des biens, selon qu'ils sont sujets à publicité ou qu'il s'agit de meubles corporels.

2 - L'interdiction de déplacer certains meubles

534. À la demande d'un conjoint, qui redoute que son mari ou sa femme n'aliène des meubles dans un avenir proche, le juge peut interdire à ce dernier le déplacement de certains d'entre eux. Il s'agit, en pratique, soit de meubles corporels se trouvant au domicile conjugal (meubles meublants, titres au porteur, fonds, bijoux), soit de meubles incorporels déposés sur un compte en banque (fonds, titres, valeurs ...).

Pour accroître l'efficacité de ces mesures, le droit des régimes matrimoniaux transpose et adapte dans son domaine le droit commun des saisies conservatoires, en proposant trois

---

1622. Orléans, 21 octobre 1986 : Juris-Data n° 044770.
1623. Douai, 7 mai 1986 : Juris-Data n° 046141.

techniques : la saisie simplifiée, la saisie sans désaisissement effectif et la saisie globale des meubles situés au domicile conjugal.

3 – L'éviction de l'époux violent du logement conjugal

535. Par ce moyen, la loi du 26 mai 2004 relative au divorce a souhaité protéger le conjoint victime de violences conjugales, sans distinguer selon qu'il s'agit de violences physiques ou psychologiques, dès lors que celles-ci mettent en danger sa personne et/ou les enfants communs ou issus de lits différents.

Son objectif est de permettre avant toute procédure de divorce l'attribution en jouissance du logement conjugal à l'époux qui n'est pas l'auteur des violences.

À cet effet, l'article 220-1, alinéa 3, du Code civil autorise l'époux victime de violences à saisir le juge aux affaires familiales, qui doit, sauf circonstances particulières, lui attribuer la jouissance du logement, en précisant si cette attribution intervient à titre gratuit ou non, tout en ayant à l'esprit l'article 262-1, alinéa 3, du même Code qui dispose que la jouissance du logement conjugal par un seul des époux conserve un caractère gratuit jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge. Cette gratuité est particulièrement intéressante pour les personnes attributaires du logement familial et n'exerçant pas d'activité professionnelle rémunérée.

De plus, lorsque l'application de l'article 220-1, alinéa 3, du Code civil conduit à l'expulsion du conjoint violent[1624], même dans le cas où ce bien lui appartient en propre, celui-ci ne bénéficie pas des dispositions protectrices prévues par les articles 62, 65 et 66 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 et des articles L. 613-1 à L. 613-5 du Code de la construction et de l'habitation relatifs à la procédure d'expulsion. Par dérogation au droit commun, l'époux violent pourra juridiquement être expulsé pendant la traditionnelle trêve hivernale. Cependant, l'effectivité de cette mesure dépendra de la volonté des autorités compétentes d'accorder

1624. En ce sens, voir : A. GOUTTENOIRE et C. PIERROT, *« De nouveaux moyens pour lutter contre les violences conjugales »* : Dr. fam., novembre 2004, focus, p. 4.

rapidement le concours de la force publique, lorsque l'époux violent opposera sa résistance à exécuter l'ordonnance du juge aux affaires familiales décidant son expulsion.

En outre, le juge se prononce, s'il y a lieu, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur la contribution aux charges du mariage. Compte tenu de la diversité des décisions prises par le juge sur ce fondement, celles-ci peuvent être qualifiées de mini-ordonnances de conciliation. C'est ce qu'un auteur confirme lorsqu'il note que l'article 220-1 du Code civil « n'est que l'antichambre du divorce… pour faute »[1625].

Cependant, la mise en œuvre de ces nouvelles dispositions ne sera pas toujours facile. En effet, la qualité de la réponse judiciaire dépendra de celle des preuves. Or, certains juges aux affaires familiales considèrent de façon restrictive que pour être caractérisées les violences devront être assorties d'un dépôt de plainte et d'un certificat médical émanant des urgences médico-judiciaires, ce qui nécessiterait une véritable coopération entre les Services de police, la Gendarmerie, les magistrats du siège et du Parquet, alors qu'ils peuvent s'appuyer sur la jurisprudence élaborée pour la définition de la faute conjugale[1626]. De plus, avant la loi du 26 mai 2004, il avait été jugé tantôt que les certificats médicaux n'étaient pas considérés comme des preuves suffisantes puisqu'ils ne permettent pas d'identifier l'auteur des coups[1627], tantôt qu'ils étaient probants lorsqu'ils faisaient état de violences importantes subi par la femme et sur lesquelles le mari ne s'expliquait pas[1628]. D'ailleurs, les juges aux affaires familiales font une appréciation souveraine des éléments de preuve qui leur sont soumis[1629].

Afin de rendre plus cohérente l'action des services de police et des magistrats, la Chancellerie a publié un document intitulé « Lutte contre les violences au sein du couple : guide des bonnes pratiques » dans lequel la Direction des affaires criminelles et des grâces recommande à la police d'intervenir systématiquement et sans délai lorsqu'une femme lui signale qu'elle a été violentée et de l'informer de ses droits, puis aux magistrats de privilégier l'éloignement du foyer conjugal de l'époux violent et non de la victime comme cela se fait trop souvent, de

---

1625. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Deuxième partie : Les moyens du changement »* : Dr. fam., juillet-août 2004, Études, n°16, pp. 6 et s., spc. p. 8, n°11.
1626. En ce sens, voir : J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Le nouveau droit du divorce Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 »* : J. C. P., 2004, act., 251.
1627. Grenoble, 2ème ch., 3 février 1998 : n°96-2857.
1628. Nancy, 3ème ch., 3 mai 1996 : n°93-818.
1629. Civ. 2ème, 7 juin 1989 : n°87-18.512.

bannir la médiation qui revient à assimiler les violences conjugales à une simple bagarre, et de sanctionner le conjoint violent pour éviter qu'il ne développe un sentiment de toute puissance peu propice à initier une autocritique. Enfin, concernant les peines, la Chancellerie demande d'éviter les amendes, dont le coût est prélevé sur le ménage, mais préconise la mise à l'épreuve avec obligations de soins.

Enfin, et pour répondre à l'inquiétude des parlementaires vis-à-vis des garanties procédurales face à la gravité de la mesure pouvant conduire à l'éviction de l'époux violent du domicile conjugal, le décret n°2004-1158 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale a ajouté un alinéa 2 à l'article 1290 du Nouveau Code de procédure civile qui précise que cette mesure ne pourra être prise que par la voie de l'assignation en référé, dénoncée au ministère public par l'huissier instrumentaire au plus tard le jour de la remise de l'assignation au greffe. L'ordonnance rendue doit également être communiquée au ministère public. Bien sûr, le choix d'intégrer dans la procédure le principe du contradictoire est tout à fait respectable, mais on peut se demander, avec deux auteurs, « si la situation de violences conjugales n'est pas précisément celle dans laquelle il serait opportun que les mesures soient prises de façon non contradictoire. Même si le ministère public est présent à l'audience, la crainte de représailles risque de conduire l'époux victime à choisir la solution la plus simple et, comme par le passé, à quitter le domicile conjugal avec les enfants »[1630].

Quoiqu'il en soit, et pour un auteur, la loi du 26 mai 2004 dessine pour l'avenir la ligne de partage qui « opposera les comportements violents qui, quasi pénalement, feront l'objet de sanctions spécifiques, et le reste du divorce qui idéalement, devrait être vidé de conflits »[1631]. Avec un autre auteur, et même si la loi du 26 mai 2004 est écrite plus dans un style

---

1630. S. DEL ARCO et J. –J. LEMOULAND, *« Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 »* : Dr. fam., mars 2005, études, 5, pp. 7 et s., spc. p. 9.

1631. F. BELLIVIER, *« Divorce. Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce »* : R. T. D. civ., 2004, chron., pp. 565 et s., spc. p. 570.

Le 29 mars 2005, les sénateurs ont adopté le texte proposé par la Commission des lois concernant la prévention et la répression des violences au sein des couples. Ce texte comprend notamment les dispositions suivantes :
un nouvel article 132-80 du Code pénal définit et élargit la circonstance aggravante, liée à la commission d'une infraction au sein du couple, aux partenaires liés par un PACS, et aux anciens conjoints, concubins et pacsés ;
le viol entre conjoints, concubins ou pacsés sera sanctionné au même titre qu'un viol commis en dehors du couple, ces qualités ne pouvant être retenues comme causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité ;
il est interdit au conjoint violent de réintégrer le domicile conjugal (art. 132-45 et 138 du Code de procédure pénale) ;

journalistique que juridique, on ne peut qu'apprécier le principe de l'intervention récente du législateur civil, qui était, jusqu'à présent, étonnamment silencieux sur ce fléau des violences conjugales[1632], dont 1,5 million de femmes sont victimes.

À côté des possibilités offertes à tous les couples, en période de crise, par les dispositions générales du régime primaire, il existe des règles spécifiques applicables aux époux mariés sous le régime légal de la communauté réduite aux acquêts.

§ 2 - DANS LE RÉGIME LÉGAL DE LA COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS

536. Le régime légal de la communauté réduite aux acquêts est par essence protecteur, car il ajoute au patrimoine individuel des conjoints, un patrimoine collectif doté d'une grande force d'expansion. L'autonomie des époux l'un par rapport à l'autre a beau être souhaitée, elle ne peut pas être sans faille.

En effet, si ceux-ci vivent en bonne intelligence, ils prennent leurs décisions en commun, et ils agissent de concert. Mais, lorsque la discorde s'installe, les tiers sollicités par un époux, tenté de faire cavalier seul, exigent le concours ou le consentement de son conjoint pour se protéger du risque résultant du principe de la gestion parallèle des biens communs.

Ainsi, en complément des mesures de crise prévues dans le régime primaire, les règles de gestion des biens de ces époux peuvent être modifiées par le juge, qu'il s'agisse de leurs biens propres (A) ou de leurs biens communs (B).

A - LA GESTION DES BIENS PROPRES

---

le fait pour une personne dans un couple de priver l'autre de ses pièces d'identité ou de son titre de séjour est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

1632. En ce sens, voir : J. CASEY, *« Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille »* : R. J. P. F., octobre 2004, pp. 6 et s., spc. p. 6.

537. L'accession, en 1965, de la communauté réduite au acquêts au rang de régime matrimonial de droit commun a eu pour conséquence de conférer une plus grande importance à la gestion des biens propres, qui sont aujourd'hui beaucoup plus nombreux que sous l'ancien régime légal de la communauté des meubles et acquêts.

Deux articles du Code civil régissent cette gestion. L'article 1428 prévoit que « *Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement* ». De même, l'article 1403, alinéa 1er précise que « *Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres* ». Mais, comme le souligne avec pertinence un auteur, « *les pouvoirs de gestion d'un époux sur ses biens propres ne peuvent pas être ceux d'un propriétaire célibataire égoïste, et l'indépendance dans la gestion n'équivaut pas à la pleine liberté. C'est dire que les prérogatives d'un époux ne sont pas discrétionnaires et seront limitées, sous le contrôle du juge, lorsqu'il en va de l'intérêt du ménage* »[1633].

En effet, la destination communautaire *ab initio* des revenus des biens propres, adaptée à l'esprit du régime légal, privilégie d'une manière générale la qualification de bien commun. De plus, un auteur considère à juste titre que « *l'attribution légale à chaque époux de la gestion de ses propres n'est pas intangible* »[1634]. Pour mettre en pratique l'idée que cette attribution doit pouvoir être modifiée par une décision de justice dans des cas particulièrement graves, l'article 1429 du Code civil a institué une procédure spéciale de dessaisissement des pouvoirs d'un conjoint sur ses biens propres dans ces termes « *Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable hors d'état de manifester sa volonté, ou s'il met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres, soit en dissipant ou détournant les revenus qu'il en retire, il peut, à la demande de son conjoint être dessaisi des droits d'administration et de jouissance qui lui sont reconnus par l'article précédent (...)* ». Ainsi, l'article 1429 du Code civil organise cette procédure, qui n'est pas exclusive des mesures de crise du régime primaire. Si en principe, l'article 217 du Code civil ne s'applique pas ici[1635], les articles 219 et 220-1 du Code civil conservent leur vocation à résoudre les situations de crise qu'ils

---

1633. D. MAZEAUD et G. VIVIEN, « *La gestion* » : *in* M. GRIMALDI (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz, collection Dalloz action, 1998, pp. 133 et s., spc. p. 143, n° 622.
1634. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux : préc. p. 480.
1635. Hormis les cas d'autorisation ou de concours du conjoint : disposition du logement de la famille (article 215, alinéa 3 du Code civil), des meubles qui le garnissent ou du bail rural (article L. 411-68 du Code rural).

envisagent. En raison de la spécificité du recours de l'article 1429, il convient d'en déterminer les conditions (a), puis les effets (b).

a - LES CONDITIONS DE MISE EN OEUVRE DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE

538. Le dessaisissement judiciaire doit demeurer un mécanisme exceptionnel, car il porte une atteinte certaine à l'indépendance des époux dans la gestion de leurs biens propres, en accordant à chacun d'eux un droit de regard sur la façon dont son conjoint gère son patrimoine personnel. D'ailleurs, le législateur a justifié l'existence de cette procédure dans ces termes « *il y a des gens qui font de mauvaises affaires sans pour autant être de mauvais époux, et ils peuvent quelquefois se tromper sans que pour autant, on doive leur infliger cette très grave capitis diminutio. Par conséquent, il faut qu'il y ait véritablement péril. D'autre part, cette intrusion (du juge) dans la vie des ménages est dangereuse pour la paix de ceux-ci »*"[1636]. Il en résulte que le dessaisissement judiciaire obéit à des conditions de fond (1) et de forme (2) particulièrement strictes.

1 - Les conditions de fond

539. Le dessaisissement ne peut être prononcé que pour des causes légales limitativement énumérées, mais qui sont néanmoins largement conçues. En effet, les dispositions de l'article 1429 du Code civil peuvent être invoquées dans deux séries de circonstances, soit la gestion des biens propres de son conjoint est devenue impossible pour l'époux propriétaire car il se trouve de manière durable hors d'état de manifester sa volonté, soit elle met en péril les intérêts de la famille, en laissant dépérir lesdits biens ou en dissipant ou en détournant les revenus de ceux-ci. Pour illustrer l'application de ce texte, il est intéressant de citer un arrêt de

[1636]. J. O. déb. Sénat, 6 mai 1965, p. 204.

la Cour de Paris du 17 avril 1996[1637] montrant les intérêts divergents de deux époux vulnérables et ayant autorisé un mari à se substituer à son épouse dans l'exercice de ses pouvoirs tant dans la gestion de la communauté que dans l'administration et la jouissance de ses propres, dès lors que cette femme, apparemment sous l'influence d'un magnétiseur, laissant s'accumuler les dettes sociales et fiscales afférentes à l'exercice de sa profession, ne contribuait pas au règlement d'un important arriéré de loyers du domicile commun, alors que le mari ne percevait qu'une modeste pension de retraite, et avait souscrit des emprunts et contrats de location pour des biens qu'elle avait sans doute offerts ou mis à la disposition dudit magnétiseur, ces faits attestant son inaptitude à gérer la communauté et la mise en péril des intérêts de la famille par la dissipation de ses biens propres et le détournement des revenus qu'elle en retirait.

En l'absence de mise en péril des intérêts familiaux, la sanction du comportement de l'époux coupable de ces opérations n’est que comptable : récompense pour les revenus des propres non entrés en communauté, et le cas échéant récompense si la communauté a été ponctionnée pour la remise en état du propre.

2 - Les conditions de forme

540. La demande ne peut être qu'exclusivement formulée par le conjoint de l'époux fautif ou hors d'état de manifester sa volonté. Pour assurer la protection des tiers, qui exige que ceux-ci soient informés, l'article 1429 du Code civil commande que les conditions de publicité imposées à l'époux qui demande une séparation de biens judiciaire soient respectées, et notamment l’inscription au Répertoire civil.

b - LES EFFETS DU DESSAISISSEMENT

[1637]. Paris, 17 avril 1996 : Dr. fam., novembre 1996, comm., n° 13, pp. 16 et s., obs. B. BEIGNIER ; J. C. P., 1997, I, 4008, n° 15, obs. P. SIMLER.

541. En tant que mesure de protection, la décision du juge conduit à un remaniement des pouvoirs de gestion des biens propres de l'époux défendeur, dont les effets, toujours révisables à sa demande sont de trois ordres.

Tout d'abord, le conjoint propriétaire est dessaisi, sur ses propres, de ses droits d'administration et de jouissance. La seule limite réside dans la règle selon laquelle cet époux conserve le pouvoir de disposer seul de ses biens, mais seulement en nue-propriété. La formulation générale de cette règle signifie que l'aliénation de la pleine propriété exige donc l'accord des deux membres du couple. Il en résulte qu'en dépit du maintien théorique de sa pleine capacité, cet époux se trouve en fait réduit à la condition d'un nu-propriétaire dans l'intérêt de la communauté, qui bénéficie d'un usufruit sur lesdits biens.

Ensuite, les pouvoirs retirés au conjoint propriétaire sont en principe attribués à l'époux demandeur, à moins que la nomination d'un administrateur judiciaire n'apparaisse nécessaire.

Enfin, le juge peut, lors de la modification des pouvoirs ou ultérieurement, ordonner l'inscription d'une hypothèque légale sur les immeubles de l'époux demandeur, ou ordonner une constitution de gage sur les biens du conjoint administrateur, en garantie de sa gestion[1638]. Dans ces hypothèses, l'époux propriétaire voit ses pouvoirs entravés. En cas d'aliénation, les tiers demandent systématiquement l'intervention du conjoint.

B - LA GESTION DES BIENS COMMUNS

542. Les règles de gestion de ces biens ont pour objet d'assurer un équilibre délicat entre les intérêts personnels de chacun et leurs intérêts conjoints. Bien qu'assorties d'une grande force, elles sont souples pour deux raisons : la volonté du législateur de ne pas pénaliser le mariage au profit des concubinages et le souci d'adapter les normes à l'évolution des relations entre les

[1638]. P. RODOLPHE, *« L'article 277 du Code civil : gage, caution ou contrat de garantie ? »* : Gaz. Pal. des 12/14 novembre 2000, pp. 15 et s., spc. p. 15.

époux. C'est ainsi que lorsque le couple traverse des crises, des aménagements sont susceptibles d'être apportés à ces règles (a). Cependant, quelle que soit l'origine de celles-ci, elles doivent être respectées (b).

a - LES RETRAITS ET TRANSFERTS DE POUVOIRS

543. Les retraits et transferts de pouvoirs sont régis par l'article 1426 du Code civil qui dispose que « *Si l'un des époux se trouve, d'une manière durable, hors d'état de manifester sa volonté, ou si sa gestion de la communauté atteste l'inaptitude ou la fraude, l'autre conjoint peut demander en justice à lui être substitué dans l'exercice de ses pouvoirs. Les dispositions des articles 1445 à 1447 sont applicables à cette demande. Le conjoint ainsi habilité par justice a les mêmes pouvoirs qu'aurait eus l'époux qu'il remplace ; il passe avec l'autorisation de justice les actes pour lesquels son consentement aurait été requis s'il n'y avait pas eu substitution. L'époux privé de ses pouvoirs pourra, par la suite, en demander au tribunal la restitution, en établissant que leur transfert à l'autre conjoint n'est plus justifié* ».

Il convient de présenter les conditions d'application de cet article (1) puis ses effets (2).

1 - Les conditions d'application

544. Ces conditions doivent être appréciées tant au fond que dans la forme.

Les conditions de fond

545. Le réaménagement judiciaire des pouvoirs des époux restreignant indirectement leur capacité, ne peut être demandé que pour des causes déterminées par l'article 1426 du Code civil qui prévoit deux catégories de circonstances justifiant la substitution d'un époux à l'autre dans l'exercice de ses pouvoirs sur les biens communs.

La première situation est celle où l'un des conjoints se trouve hors d'état de manifester sa volonté, que cet empêchement soit d'ordre matériel ou de nature intellectuelle.

La seconde situation vise une gestion des biens communs attestant, chez l'un des époux, l'inaptitude ou la fraude.

L'inaptitude se caractérise par une incompétence ou une incapacité technique[1639] à gérer un capital en argent, un patrimoine immobilier, une entreprise ou un portefeuille de valeurs mobilières. De plus, cette inaptitude n'est pas forcément globale ; même limitée à la gestion de l'un des biens de la communauté, elle suffira à justifier la substitution de pouvoirs compte tenu des intérêts en jeu[1640].

Au contraire, la fraude implique la volonté de mal faire, l'intention de nuire à la communauté. Elle révèle une volonté malicieuse par où s'affirme la perversion du but poursuivi. Elle exige donc un comportement fautif qui suppose la malveillance, ou/et l'intention de frustrer son conjoint de ses droits dans la communauté : tel est le cas d'un époux qui dilapiderait les biens communs[1641] ou les détournerait à des fins personnelles.

Les conditions de forme

546. L'initiative de la procédure de substitution de pouvoirs appartient exclusivement au conjoint de l'époux inapte, fraudeur ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. En raison de son incidence sur le droit de poursuite des créanciers, la modification de la distribution des pouvoirs des époux est soumise aux textes régissant la procédure de séparation judiciaire de biens.

1639. Paris, 17 avril 1996 : Juris-Data n° 021708 ; Dr. fam., novembre 1996, comm., n° 13, pp. 16 et 17, note B. BEIGNIER ; J. C. P., 1997, I, 4008, n° 15, obs. P. SIMLER.

1640. Pour des anomalies de gestion d'un fonds de commerce commun, voir : Agen, 1ère ch., 28 septembre 1989 : Juris-Data n° 045072.

2 - Les effets de la décision rendue

547. Lorsqu'elle fait droit à la demande, la décision instaure un nouveau mode de gestion et elle a des incidences indirectes.

Un nouveau mode de gestion

548. Le réaménagement d'administration décidé par le juge affecte les pouvoirs des deux époux dans la gestion de leurs biens communs, mais il est intéressant d'en préciser la portée.

En cas de succès de l'action, l'époux demandeur est, aux termes de l'article 1426, « *substitué* » à son conjoint, qui demeure théoriquement capable, dans l'exercice des pouvoirs que celui-ci possède normalement sur les biens communs. En l'absence de toilettage de ce texte consécutivement à la loi du 23 décembre 1985 ayant procédé à la réunification de la masse commune et à l'uniformisation des pouvoirs des époux sur celle-ci, il convient de distinguer trois cas.

Dans la première hypothèse où les biens communs sont soumis à une gestion concurrente, l'application de l'article 1426 ne réalise pas une véritable substitution mais conduit à retirer à l'époux défaillant les pouvoirs de gestion qui étaient les siens sur cette catégorie de biens[1642].

Dans la deuxième hypothèse où les biens concernés par la décision judiciaire sont soumis à la gestion exclusive de l'époux défaillant ou fautif (biens affectés à la profession, gains et salaires, revenus des propres), l'article 1426, conduit, comme avant la loi de 1985, à opérer un véritable transfert de pouvoirs.

[1641]. Pour une interprétation laxiste de la notion de fraude, voir : Civ., 1ère, 3 janvier 1984 : Bull. civ., I, n° 2, p. 2 ; D., 1984, I. R., pp. 273 et 274, obs. D. MARTIN ; Defrénois, 1984, I, art. 33354, n° 70, pp. 938 et s., obs. G. CHAMPENOIS.

[1642]. Paris, 2ème ch. A, 19 octobre 1988 : J. C. P., 1989, II, 21362, note G. PAISANT.

Dans la troisième hypothèse où il s'agit d'actes soumis à la cogestion, l'article 1426, alinéa 2, *in fine*, exige l'obtention ponctuelle, acte par acte, d'une autorisation spéciale du juge.

La portée des mesures de transfert est très variable tant pour les biens concernés que dans la durée. Si la mesure est seulement fondée sur l'article 1426 du Code civil, elle n'est applicable qu'aux biens communs. Bien que celle-ci semble plutôt conçue pour un réaménagement global de l'administration de la communauté, la jurisprudence admet que ce dispositif puisse avoir une portée partielle[1643]. Cette position est judicieuse en cas d'inaptitude, car cette dernière est parfois sélective. Par contre, la parcellisation de la mesure est moins justifiée, lorsqu'il s'agit d'un époux fraudeur ou durablement empêché de manifester sa volonté.

Le retrait ou le transfert de pouvoirs est, en principe, prononcé sans limitation de durée, mais il n'est pas définitif. L'époux dépouillé de ses pouvoirs peut toujours en réclamer leur restitution, s'il démontre que la mesure n'est plus justifiée par les circonstances.

Les incidences indirectes

549. Ces incidences résident dans la constitution facultative d'une garantie accessoire au transfert, et retentissent dans les rapports des époux entre eux et avec les tiers.

Sur le premier point, l'article 2158 du Code civil précise que, si pendant le mariage, l'administration de certains biens est « *transférée* » d'un époux à l'autre, notamment par application de l'article 1426, le tribunal peut, dans la décision de transfert ou par une décision postérieure, ordonner l'inscription de l'hypothèque légale sur les immeubles du conjoint demandeur qu'il désigne et pour une somme qu'il détermine. Il peut aussi substituer la constitution d'un gage à l'inscription d'une hypothèque.

Sur le second point, et en application de l'article 1445, alinéa 2, du Code civil, auquel renvoie l'article 1426, alinéa 1er, le jugement, qui ordonne le transfert d'administration, a un effet rétroactif au jour de la demande. Cela signifie d'abord que les actes accomplis par l'époux

1643. Civ. 1ère, 3 janvier 1984 : préc.

défendeur au cours du procès ne sont pas valables. Ensuite, cette règle conduit à restreindre le gage des créanciers de l'époux dessaisi à compter de la demande ou au moins à partir de sa publication. Pour protéger ces créanciers, le législateur leur a attribué trois importantes prérogatives procédurales : droit d'obtenir communication de la demande et des pièces justificatives, possibilité d'intervenir à l'instance pour la conservation de leurs droits, et faire, le cas échéant, tierce-opposition à la décision si elle a été obtenue en fraude de leurs droits.

En outre, d'autres dispositions garantissent l'efficacité des règles de gestion de la communauté.

b - LE RESPECT DES RÈGLES DE GESTION DE LA COMMUNAUTÉ

550. En plus des mesures préventives que constituent les retraits et transferts de pouvoirs, le droit du régime légal protège *a posteriori* l'époux victime de son conjoint, lorsque ce dernier a accompli des actes en violation des règles de gestion. Suivant les cas, ces règles sont assorties de sanctions différentes, suivant que les pouvoirs ont été dépassés (1), ou qu'ils ont été utilisés soit pour permettre une fraude, soit pour commettre une faute (2).

1 - La sanction en cas de dépassement de pouvoirs

551. Cette sanction est édictée par l'article 1427, alinéa 1er, du Code civil dans ces termes : « *Si l'un des époux a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, l'autre, à moins qu'il n'ait ratifié l'acte, peut en demander l'annulation* ». Ainsi, l'exégèse de cet article permet d’examiner la cause et le régime de la nullité.

La cause de nullité

Ce que la loi sanctionne, c'est le fait pour un époux, d'outrepasser ses pouvoirs sur les biens de la communauté, c'est-à-dire d'accomplir, sur ces biens, des actes qui excèdent la limite normale de ses pouvoirs.

Il s'agit principalement des actes accomplis en contravention aux règles instituant, pour certains actes considérés comme les plus graves et certains biens réputés importants, une cogestion : donation d'un bien commun, aliénations ou constitutions de droits réels sur certains biens, et baux ruraux ou commerciaux.

Mais la nullité s'applique également lorsqu'un époux accomplit un acte réservé à son conjoint tel que par exemple l'aliénation d'un bien meuble affecté à la profession. Tout acte ainsi accompli par un époux au delà de ses pouvoirs encourt la nullité sur la seule preuve du dépassement de pouvoir, sans qu'il soit nécessaire de prouver une fraude ou la mauvaise foi du cocontractant[1644]. En l'occurrence, la protection du conjoint est considérée comme plus importante que la sécurité des tiers et conforme à l'opinion d'un auteur qui souligne à bon escient qu' « *à mesure que la cogestion acquiert ses lettres de noblesse, on est de moins en moins enclin à s'apitoyer sur le tiers innocent qui croyait aux pouvoirs du seul époux* »[1645].

Cette image va se retrouver dans le régime de la nullité.

Le régime de la nullité

Ce régime présente des caractéristiques particulières, qu'il s'agisse du titulaire, de la prescription ou encore des effets de l'action en nullité.

1644. Civ. 1ère, 6 février 1979 : Bull. civ., I, n° 43, p. 38 ; Defrénois, 1979, I, art. 32363, n° 55, pp. 958 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Paris, 16ème ch. A, 26 mai 1992 : D., 1993, somm. comm., pp. 220 et 221, 2ème esp., obs. F. LUCET.

1645. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *La sanction des dépassements de pouvoir* » : R. T. D. civ., 1986, pp. 94 et s., spc. p. 96.

Sur le premier point, la nullité étant relative, sa finalité réside dans la protection des intérêts du conjoint de celui qui a outrepassé ses pouvoirs, et la jurisprudence a précisé que le premier était la seule personne habilitée à l'invoquer[1646]. Cette action en nullité relative est originale, car elle ne bénéficie pas aux parties, mais à un tiers à l'acte irrégulier, au motif que le droit de critique appartient à celui que l'on entend protéger.

Sur le second point, l'originalité de l'action en nullité réside dans la règle qu'elle est enfermée dans un bref délai, qui n'est pas celui du droit commun des nullités relatives. En effet, l'article 1427, alinéa 2, du Code civil dispose que « *l'action en nullité est ouverte au conjoint pendant deux années à partir du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans pouvoir jamais être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté* ».

Si le conjoint n'a pas contesté la validité de l'acte irrégulier dans les deux années, il est censé l'avoir ratifié. De plus, la jurisprudence a apporté au texte de l'article 1427, alinéa 2, trois précisions intéressantes. D'abord, le délai pour agir n'est pas un délai préfix pouvant être soulevé d'office par le juge[1647], ce qui confirme que celui-ci ne commence à courir que du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte irrégulier. Ensuite, l'impossibilité de principe d'exercer l'action plus de deux ans après la dissolution de la communauté[1648], même si le conjoint est resté dans l'ignorance de l'acte pendant cette période[1649], connaît des assouplissements dans des circonstances particulières. Ainsi, il a été jugé que le délai butoir peut être repoussé, lorsque l'acte litigieux ne produit effet que plus de deux ans après la dissolution de la communauté qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale de vente dont l'option est levée plus de deux années après le décès de l'époux promettant[1650], ou de la réalisation effective de la condition suspensive stipulée dans un acte nul[1651]. Enfin, la suspension des

---

1646. Civ. 3ème, 8 janvier 1992 : Bull. civ., III, n° 8, p. 5 ; D., 1993, somm. comm., pp. 220 et 221, obs. F. LUCET ; J. C. P., 1992, IV, 725 ; Civ. 1ère, 20 janvier 1998 : Dr. fam., octobre 1998, comm., n° 137, obs. B. BEIGNIER ; J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 779 et s., n° 10, obs. P. SIMLER.

1647. Article 2223 du Code civil ; Civ. 1ère, 11 janvier 1983 : Bull. civ., I, n° 14, pp. 12 et s. ; R. T. D. civ., 1986, pp. 96 et s., obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; Defrénois, 1983, I, art. 33158, n° 106, pp. 1347 et s., obs. G. CHAMPENOIS.

1648. Civ. 1ère, 30 mars 1999 : J. C. P. éd. N, 1999, panor., p. 1495 ; Civ. 1ère, 24 septembre 2002 : J. C. P., 2003, I, 158, n°12, obs. P. SIMLER.

1649. Civ. 1ère, 9 octobre 1990 : Bull. civ., I, n° 206, p. 148.

1650. Civ. 1ère, 2 juin 1981 : Bull. civ., I, n° 187, pp. 153 et s. ; Defrénois, 1981, I, art. 32750, n° 100, pp. 1320 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1982, pp. 414 et s., obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

1651. Article 2257 du Code civil ; Civ. 1ère, 15 juillet 1993 : D., 1993, I. R., pp. 210 et s. ; J. C. P., 1994, I, 3733, n° 16, obs. P. SIMLER ; R. T. D. civ., 1994, pp. 929 et s., obs. B. VAREILLE.

prescriptions prévue à l'article 2253 du Code civil est ici inapplicable, puisque par hypothèse le délai ne court qu'à compter du jour où le conjoint a eu connaissance de l'acte litigieux.

2 - La sanction en cas de mauvais exercice des pouvoirs de gestion

552. Les pouvoirs attribués aux époux ne sont pas des droits discrétionnaires, et leur exercice s'apprécie au regard de l'intérêt de la communauté. Ainsi, les droits des conjoints sont des droits-fonctions, en raison de leur finalité. C'est sur ce fondement que sont sanctionnés les actes accomplis par un époux, soit en fraude, soit de façon fautive.

La sanction en cas de gestion frauduleuse

553. Le statut des biens communs offre de multiples occasions de fraude, surtout lorsque, comme un auteur l'a judicieusement noté, « *les relations entre époux commencent à se détériorer, la défiance remplace la confiance, les intérêts matériels prennent une plus grande importance, chacun tente de s'approprier des biens qui jusqu'alors étaient heureusement confondus* »[1652]. Le Code civil ne fournit pas de réglementation d'ensemble de la fraude en régime communautaire. Cependant, la théorie de la fraude est un moyen de garder le contrôle de l'application des règles en permettant d'y déroger au nom de la sauvegarde du droit.

Sous l'empire des textes de 1804, la jurisprudence avait admis le principe que les actes frauduleux fussent sanctionnés[1653]. Aujourd'hui, le Code civil fait seulement état du comportement éventuellement frauduleux d'un époux dans ses articles 1413, 1421, 1426, 1443 et 1477.

1652. F. CHEVALLIER-DUMAS, *« La fraude dans les régimes matrimoniaux »* : R. T. D. civ., 1979, pp. 40 et s., spc. p. 43, n° 6.

1653. J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, préc. p. 308, n° 353.
Colmar, 1ère ch., 25 février 1857 : D. P., 1857, II, pp. 88 et s. ; Paris, 5ème ch., 21 juillet 1871 : S., 1872, II, pp. 301 et s. ; Bordeaux, 2ème ch., 7 février 1878 : D. P, 1879, II, pp. 124 et s. ; Civ., 11 novembre 1895 : D. P., 1896, I, pp. 44 et s., rapp. DURAND ; Civ., 23 janvier 1928 : D. P., 1928, I, pp. 86 et s., rapp. A. COLIN ; Civ., 4 décembre 1929 : D. P., 1931, I, pp. 81 et s., note M. NAST.

D'une manière générale, l'acte frauduleux est accompli par le conjoint dans les limites de ses pouvoirs, mais dans la seule intention d'avantager une personne, un tiers, ou lui-même, au détriment de la communauté[1654]. Seul l'époux qui se plaint du comportement de l'autre et ses héritiers ont le droit d'intenter l'action judiciaire, puisque c'est eux qu'il s'agit de protéger. La preuve de la fraude leur incombe. Souvent d'ailleurs, la fraude résulte suffisamment des circonstances de la cause, et notamment de l'époque à laquelle l'acte a été accompli par rapport à la procédure de divorce ou de séparation de corps. En outre, la fraude n'est pas subordonnée à la mauvaise foi du tiers. Cependant, en cas de demande de restitution du bien, la mauvaise foi du tiers doit être prouvée.

554. Plus précisément, la fraude sur les biens communs résulte, soit de l'intention de nuire au conjoint[1655]qui ne se réduit pas à la seule conscience du dommage causé à l'époux, ni à la seule poursuite d'un intérêt égoïste[1656], soit de l'intention d'avantager son auteur[1657], ou un tiers[1658], en portant atteinte aux droits du conjoint ou de la communauté.

Peu importe qu'il s'agisse d'actes d'administration ou d'actes de disposition, par exemple lorsque l'un des époux vend[1659] ou loue[1660] un bien commun à bas prix[1661]. En l'absence de texte général sur la fraude, la question de la nature de sa sanction a donné lieu à des réponses diversifiées.

Par analogie avec les dispositions de l'article 262-2 du Code civil prévoyant expressément la nullité des aliénations frauduleuses de biens communs, une partie de la jurisprudence a retenu

---

1654. Civ. 1ère, 24 octobre 1977 : Defrénois, 1978, I, art. 31764, n° 37, pp. 873 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; D., 1978, jur., pp. 290 et s., note E. POISSON-DROCOURT ; R. T. D. civ., 1979, p. 414, obs. R. SAVATIER et pp. 604 et s., obs. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; Civ., 1ère, 21 juin 1978 : Bull. civ., I, n° 237, pp. 188 et s. : D., 1979, I. R., pp. 75 et s., obs. D. MARTIN et pp. 141 et s., obs. M. VASSEUR.

1655. Civ., 4 décembre 1929 : D. P., 1931, I, pp. 81 et s., note M. NAST ; Paris, 2ème ch., 9 juin 1971 : D., 1972, pp. 232 et s., concl. CABANNES ; Com., 28 janvier 1992 : D., 1993, jur., pp. 23 et s., note J. PAGÈS ; J. C. P. éd. E., 1992, II, 378, note A. TISSERAND.

1656. Paris, 2ème ch., 19 octobre 1988 : J. C. P. éd. N., 1990, II, pp. 230 et s., note G. PAISANT.

1657. Angers, 1ère ch., 19 novembre 1952 : J. C. P., 1953, II, 7423.

1658. Toulouse, 27 avril 1992 : J. C. P. éd. N., 1993, II, p. 114, note P. SIMLER ; Paris, 15ème ch., 10 septembre 1993 : J. C. P. éd. N., 1994, II, pp. 213 et s., note J. –P. GARCON.

1659. Paris, 1ère ch., 24 juillet 1928 : S., 1929, II, pp. 97 et s., note C. BEQUIGNON.

1660. Req., 27 janvier 1930 : D. H., 1930, pp. 113 et s. ; S., 1932, I, pp. 97 et s., note F. HUBERT.

1661. Dans cette hypothèse, le législateur va parfois jusqu'à présumer la fraude. Ainsi, l'article 1573, deuxième phrase, du Code civil applicable au régime de la participation aux acquêts, dispose : « *L'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est présumée faite en fraude des droits du conjoint si celui-ci n'y a consenti* ».

cette sanction[1662]. Par contre, d'autres décisions ont estimé que l'acte était inopposable au conjoint lésé[1663].

La loi du 23 décembre 1985 semble avoir consacré cette dernière solution, puisque l'article 1421, alinéa 1er, 2ème phrase, dispose que « *les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre* ». Il en résulte qu'*a contrario* les actes frauduleux sont inopposables au conjoint victime de la fraude, l'inopposabilité étant de surcroît la sanction traditionnelle en la matière.

555. Cependant, tout en reconnaissant que l'hésitation soit permise dans ce domaine, l'opinion favorable à la nullité semble préférable pour trois raisons.

D'abord, l'argument de texte n'est pas probant. L'article 1421 a été réécrit uniquement pour introduire le principe de gestion concurrente. Le terme opposable a été retenu parce que l'expression « *respecter* » (les actes du conjoint) a été jugée trop imprécise. Ainsi, le législateur n'a pas entendu, à cette occasion, prendre parti sur la nature de la sanction des actes frauduleux.

Ensuite, l'article 262-2 du Code civil, qui constitue un doublet de l'article 1421, lorsqu'il y a une instance de divorce, dispose que la sanction de la fraude est la nullité. Dès lors, il est difficile de justifier une variation de la nature de la sanction selon que tel ou tel article est appliqué, alors que la règle de fond transgressée est la même.

Enfin, les différences concrètes entre les deux sanctions ne sont pas toujours aussi importantes qu'on pourrait le penser[1664]. L'inopposabilité permet à l'époux victime de la fraude de demander la réintégration du bien dans le patrimoine commun. Dans ces conditions, la différence se situe essentiellement au niveau du délai pour agir : deux ans dans un cas, trente

---

1662. Civ. 1ère, 31 janvier 1984 : Bull. civ., I, n° 38, pp. 31 et s. ; D., 1984, I. R., pp. 273 et s., obs. D. MARTIN ; Gaz. Pal., 1984, II, pp. 671 et s., note E. M. BEY.

1663. Req., 31 juillet 1872 : D. P., 1873, I, pp. 340 et s. ; Civ. 1ère, 2 août 1948 : S., 1949, I, pp. 123 et s. ; T. G. I. Nanterre, 17 décembre 1975 : J. C. P., 1976, IV, 6575.
E. POISSON-DROCOURT, note ss. Civ. 1ère, 24 octobre 1977 : D. 1978, jur., pp. 290 et s., spc. p. 291.

1664. D. ALBCHERAOUI, *« Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux accomplis dans la gestion de la communauté »* : J. C. P. éd. N, 1993, I, pp. 318 et s., spc. p. 320, n° 9.

ans dans l'autre[1665]. Or, il ne parait ni rationnel ni juste de ne pouvoir sanctionner les violations de la cogestion que pendant un laps de temps beaucoup plus court que celui prévu pour les actes frauduleux. Mais, l'octroi d'un délai nettement plus long pour l'action fondée sur la fraude peut être justifié par le fait que celle-ci est beaucoup plus difficile à exercer que celle qui sanctionne le défaut de consentement du conjoint. Cependant, la logique de cette argumentation, fondée sur la nature spécifique et originale de l'action sanctionnant la fraude, conduit à étendre cette action aux actes soumis à la cogestion, ce qui présenterait un intérêt concret lorsque le délai de deux ans prévu par l'article 1427 est expiré. Une telle extension parait néanmoins difficile à admettre, car la fraude n'est en principe admise que de façon subsidiaire, à défaut de toute autre cause de nullité. De plus, l'écoulement du délai spécial de deux ans s'analyse comme une confirmation tacite, ce qui exclut l'exercice ultérieur par cet époux d'une action fondée sur la fraude.

En dehors de la sanction frappant son acte frauduleux, l'époux engage sa responsabilité civile à l'égard de son conjoint. Pour la victime, cet engagement est intéressant, car il est plus simple à mettre en oeuvre qu'une action fondée sur la fraude où il faudra démontrer en dehors d'un élément matériel, un élément intentionnel difficile à établir.

La sanction en cas de gestion fautive

556. Aujourd'hui, l'article 1421, alinéa 1er, du Code civil dispose de façon, égalitaire que « *chacun des époux répond des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion* ». Cette règle ajoute, aux sanctions spéciales des actes irréguliers et frauduleux, une sanction générale, d'autant qu'il n'y a, dans le texte, aucune exigence apparente quant à la gravité de la faute. Il en résulte qu'en principe une faute quelconque suffit.

Cependant, conformément à la tendance générale du droit d'apprécier avec modération la responsabilité d'un administrateur non salarié, l'époux gérant des biens communs étant dans

[1665]. Paris, 2ème ch. B, 9 juillet 1982 : D., 1983, somm. comm., pp. 346 et s., obs. D. MARTIN ; Journal des notaires et des avocats, 1983, art. 57034, pp. 46 et s., obs. A. RAISON ; Colmar, 7 mars 1990 : Juris-Data n° 047064.

cette situation, sa responsabilité ne peut être mise en cause que pour une faute caractérisée[1666], une faute vénielle devant être exclue. Un auteur approuve sagement cette vision des choses en soulignant qu' « *il n'est pas souhaitable de faire peser sur l'époux gérant une surveillance trop tatillonne* »[1667], aboutissant à une cogestion de fait. Ainsi, cette responsabilité suppose une faute présentant un certain degré de gravité, bien qu'elle ne s'identifie pas à la faute lourde.

En ce qui concerne la nature des actes pouvant être mis en cause, il s'agit aussi bien des actes d'administration que des actes de disposition qui ressortent de la gestion individuelle concurrente de la communauté. Le comportement fautif peut découler aussi bien d'un acte matériel, d'une négligence ou abstention[1668] (entraînant par exemple un dépérissement des biens communs) que d'une opération juridique irrégulière. En outre, la mise en œuvre de cette responsabilité suscite de sérieuses difficultés qui tiennent à l'action en réparation et à la nature de la créance de réparation.

L'action en responsabilité pour faute de gestion

557. Conformément au droit commun, c'est à l'époux qui agit en responsabilité de rapporter la preuve de la faute et de son préjudice, d'autant que l'emploi de fonds communs est réputé avoir été fait dans l'intérêt de la communauté[1669], donc dans celui des deux conjoints.

L'action peut être exercée pendant dix ans, s'il s'agit de la violation des règles légales, et pendant trente ans si elle concerne la faute d'exécution d'un mandat. De plus, et en vertu de l'article 2253, la prescription ne court pas pendant le mariage si bien que l'action peut être déclenchée après la dissolution de la communauté.

1666. J. O. débats Sénat, 9 juin 1965, p. 905.
1667. A. COLOMER, Droit civil Régimes matrimoniaux, Litec, 7ème édition, 1995, p. 236, n° 500.
1668. Paris, 6ème ch. B, 3 novembre 1988 : Juris-Data n° 027937.
1669. Civ. 1ère, 11 juin 1991 : Defrénois, 1992, I, art. 35408, n° 162, pp. 1550 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; J. C. P., 1992, II, 21899, note G. PAISANT.

Bien qu'aucun obstacle textuel ne soit avancé, l'incertitude règne sur le point de savoir si l'action peut être exercée pendant la durée de la communauté. La réponse à apporter à ce problème dépend de la détermination de la nature de la créance de réparation. Si la créance est propre au conjoint, cette action peut être intentée, alors que si la créance est commune, le conjoint doit attendre la dissolution de la communauté.

La nature de la créance de réparation

558. La question de la qualification propre ou commune de la créance de réparation est controversée.

Pour certains auteurs, il s'agit d'une dette personnelle de l'époux fautif. Étant analysée comme une créance entre époux, le conjoint, qui réclame réparation d'un préjudice qui lui est personnel, pourrait demander réparation soit pendant le cours de la communauté[1670], soit lors de la dissolution de celle-ci.

Selon d'autres auteurs, plus nombreux, la créance représente un actif commun, puisqu'il s'agit de compenser une diminution de la masse commune, le particularisme de la situation tenant à ce que la demande en paiement est formée par l'époux non fautif. Cette conception conduit au règlement de cette créance après la dissolution de la communauté, au moment où l'on solde le compte des récompenses.

Pour concilier ces deux points de vue, et en l'absence de jurisprudence attestant la répugnance des époux à agir l'un contre l'autre, il sera admis qu'au plan de l'obligation, la dette est commune, alors qu'au plan de la contribution, elle demeure personnelle. Finalement, chaque fois que la réparation n'a pas été effectuée avec des fonds propres à l'époux responsable, soit qu'il y ait eu prélèvement sur la masse commune, soit qu'il y ait absence de toute réparation, la solution est de reconnaître un droit à récompense au profit de la communauté. Ainsi, la responsabilité du conjoint fautif se traduira par le règlement d'une récompense, dans le cadre de l'établissement d'un compte qui interviendra au moment de la liquidation du régime.

SECTION 2
LA LIQUIDATION DES RÉGIMES COMMUNAUTAIRES

559. Si le mariage unit les personnes, sa dissolution sépare les patrimoines, car comme toute entreprise, la communauté conjugale a une fin. La dissolution et la liquidation des régimes communautaires sont des événements patrimoniaux importants dans la vie des époux et celle de leurs ayants-droit, car elles entraînent la répartition des richesses et des dettes conjugales. Leur organisation dépend étroitement tant de la répartition de l'actif et du passif pendant la durée du régime, que des règles de gestion.

En dépit de l'extension continue du domaine de la liberté des époux, la dissolution de la communauté demeure minutieusement réglementée, que ce soit dans ses causes ou dans ses effets. Pour les causes de la dissolution, l'article 1441 du Code civil en énumère six de manière limitative : la mort de l'un des époux, l'absence, le divorce, la séparation de corps, la séparation de biens, et le changement de régime matrimonial.

De plus, l'article 1443, alinéa 2, du Code civil déclare nulle toute séparation volontaire, ce qui entraîne deux conséquences. La première consiste dans l'impossibilité pour les époux de prévoir dans leur contrat de mariage, soit une dissolution anticipée, soit la continuation de cette communauté après dissolution, soit encore la stipulation d'une clause modificative. La seconde réside dans l'impossibilité pour les conjoints, de convenir, pendant le mariage, de dissoudre la communauté par anticipation.

Cette dissolution produit deux catégories d'effets : d'abord, la substitution d'une indivision postcommunautaire à la communauté, avec souvent une certaine rétroactivité, et ensuite la réalisation des opérations de liquidation et de partage de ladite communauté dont l'objectif est que chaque partie retrouve une individualité patrimoniale.

[1670]. Civ., 17 juin 1952 : D., 1953, jur., pp. 1 et s., note A. WEILL ; S., 1954, I, pp. 29 et s., note J. BRUNET.

En pratique, ces opérations ne sont pas simples, car elles nécessitent de reconstituer ou de rééquilibrer le patrimoine propre de chacun des époux et d'apprécier le patrimoine de la communauté, à la fois en nature et en valeur. Elles comprennent trois séries d'opérations successives : la reprise des propres, la liquidation puis le partage de la communauté.

Deux théories du droit des régimes matrimoniaux à protéger les époux vulnérables, au moment de la liquidation des régimes communautaires. La première assiste les personnes vulnérables imprévoyantes : il s'agit de la théorie des récompenses (§ 1). La seconde intéresse les personnes vulnérables prévoyantes qui disposent de la théorie des avantages matrimoniaux (§ 2).

§ 1 - LA PROTECTION DES ÉPOUX VULNÉRABLES IMPRÉVOYANTS PAR LA THÉORIE DES RÉCOMPENSES

560. La théorie des récompenses, conçue à l'origine pour protéger la femme réputée vulnérable par rapport à la force physique ou morale de son mari, est aujourd'hui une pièce maîtresse des régimes communautaires, et elle profite aux deux époux, quel que soit leur sexe.

L'importance de cette théorie résulte de la collaboration financière qui s'établit entre époux unis pour la réalisation de grands projets, au moyen de prêts et d'avances sans intérêts ou de transferts de fonds entre les différents comptes du ménage, si bien qu'il existe souvent une confusion entre les biens communs et les biens propres des époux.

Les récompenses ne sont pas définies par le Code civil, mais pour un auteur, il s'agit « *des retours de valeur à opérer du patrimoine commun au patrimoine de chaque époux (ou inversement) pour tenir compte -lors de la liquidation- des mouvements de valeur qui, tout au long du régime, auraient enrichi la communauté au détriment des propres (ou qui l'auraient appauvrie au profit de ceux-ci)* »[1671].

[1671]. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux : préc., p. 583.

Les récompenses sont de l'essence exclusive des régimes communautaires, car elles sont censées apporter une certaine sécurité aux personnes vulnérables, en rendant la communauté conjugale, et le partage équitable. Comprises comme des mesures d'équité, découlant de l'impossibilité morale pour le patrimoine prêteur d'exiger des garanties, les récompenses permettent d'éviter qu'une masse de biens s'enrichisse injustement au détriment d'une autre, avec même la prise en compte de l'inflation.

En dépit de son utilité, la doctrine et la jurisprudence[1672] considèrent que la théorie des récompenses n'est pas d'ordre public, en ce sens que rien n'interdit aux époux, de convenir par contrat de mariage, que celui des deux qui s'enrichira aux dépens de la communauté ne devra aucune indemnité. En revanche, pour les accords intervenus en cours d'union, le principe demeure que les époux ne peuvent apporter des modifications à la théorie des récompenses qu'après la dissolution du régime par un acte manifestant leur volonté sans équivoque[1673].

Néanmoins, bien qu'entaché de nullité, ce contrat peut être confirmé par les parties après la dissolution de la communauté et au cours de la liquidation. Dans ces conditions, il appartient au notaire liquidateur de rechercher l'existence d'un tel contrat, et si cette convention n'existe pas, la mise en oeuvre du droit à récompense devrait être réalisée. Cependant, en pratique, les récompenses ne sont pas souvent demandées par les époux pour des raisons fiscales, bien que l'administration éprouve de grandes difficultés à prouver un enrichissement de la communauté.

Malgré ses limites, qui tiennent au risque de l'insolvabilité du conjoint ou de la communauté, à l'absence de pouvoir modérateur du juge lors de l'évaluation des récompenses et de la balance finale du compte[1674], et à l'absence de prise en compte de la plus-value procurée par l'industrie personnelle d'un époux ayant lui-même réalisé certains travaux sur un bien qui lui est propre ou qui est propre à son conjoint[1675], la théorie des récompenses joue un rôle

---

1672. Paris, 2ème ch., 26 février 1923 : Gaz. Pal., 1923, I, pp. 422 et s.
1673. Civ. 1ère, 8 décembre 1982 : D., 1983, jur., pp. 209 et s., note G. MORIN.
1674. Civ. 3ème, 21 janvier 1987 : D., 1987, jur., pp. 324 et s., 1ère esp., note G. MORIN.
1675. Civ. 1ère, 30 juin 1992 : J. C. P., 1993, I, 3656, note A. TISSERAND ; Civ. 1ère, 5 avril 1993 : Bull. civ., I, n° 137, p. 92 ; V. BRÉMOND, *« L'industrie personnelle des époux déployée au profit d'un bien propre peut-elle donner naissance à un droit à récompense pour la communauté ? (À propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 5 avril 1993) »* : J. C. P. éd. N., 1994, doct., pp. 11 et s., spc. p. 17, n° 19 ; Civ. 1ère, 18 mai 1994 : Bull. civ., I, n° 172, p. 128.

fondamental dans les régimes communautaires qui en deux temps : l'établissement des comptes de récompenses (A), et le règlement des récompenses (B).

A - L'ETABLISSEMENT DES COMPTES DE RECOMPENSES

561. La théorie des récompenses ne s'applique que dans les rapports entre la communauté et le patrimoine propre des époux. Elle est écartée, lorsque les fonds n'ont pas transité par la communauté, mais sont passés directement du patrimoine propre d'un époux dans celui de son conjoint, il s'agit, dans ces cas de créances entre conjoints[1676]. À la différence de ces dernières, les récompenses ne sont jamais exigibles pendant la vie de la communauté[1677], elles ne le sont donc qu'à compter de la dissolution du régime.

L'article 1468 du Code civil impose d'établir, à ce moment, et « au nom de chaque époux, un compte de récompenses que la communauté lui doit et des récompenses qu'il doit à la communauté ». Par son caractère général, ce texte contient trois leçons.

La première est que la liste des contreparties dues ou à recevoir devant être faite séparément pour chaque époux, il convient donc d'ouvrir deux comptes et non un seul.

La deuxième est que ce bilan individuel des rétablissements ne comprend que les récompenses dues à ou par la communauté.

La troisième consiste dans le recours à la technique du compte pour traiter les récompenses. L'établissement des comptes de récompenses conduit à recenser leurs causes (a), puis à les évaluer, de telle sorte qu'elles soient chiffrées (b).

a) LES CAUSES DE RECOMPENSES

[1676]. A. EMANE, « *Les créances entre époux* » : J. C. P. éd. N., 1994, I, pp. 309 et s., spc. p. 309, n° 1.

562. Les récompenses découlant de mouvements de valeur entre la communauté et les biens propres des époux sont retenues dans les deux sens. Elles sont dues par la communauté quand des biens ou des fonds propres à un époux ont été utilisés pour sa constitution ou son développement. Elles sont dues à la communauté si, à l'inverse, des fonds communs ont servi pour l'acquisition ou plus généralement pour l'enrichissement du patrimoine propre d'un époux. Ainsi, une distinction s'impose entre les récompenses dues par la communauté (1) et les récompenses dues à la communauté (2).

[1677]. Civ. 1ère, 28 avril 1986 : D., 1987, jur., pp. 324 et s., note G. MORIN ; Civ. 1ère, 18 décembre 1990 : Defrénois,. 1991, I, art. 35129, pp. 1171 et s., note X. SAVATIER ; Civ. 1ère, 16 avril 1991 : Bull. civ., I, n° 141, pp. 93 et s.

1 - Les récompenses dues par la communauté

563. L'obligation pour la communauté de rendre compte aux époux, par la technique des récompenses, des profits faits par elle aux dépens de leurs masses propres, est consacrée dans des termes très généraux par l'article 1433, alinéas 1 et 2, du Code civil qui prévoit que « *La communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit des biens propres. Il en est ainsi, notamment, quand elle a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre, sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi* ». Ces dispositions conduisent à retenir comme cause de récompenses dues par la communauté toute utilisation des biens propres d'un époux qui lui a été profitable.

Cependant, l'époux demandeur d'une récompense envers la communauté subit un handicap probatoire, puisque son droit est subordonné à la réunion de deux éléments constitutifs indissociables : un enrichissement de la communauté supposant un transfert de valeur c'est-à-dire en fait un investissement, ce qui exclut les dépenses de pure consommation et un appauvrissement corrélatif du patrimoine propre d'un époux qui est souvent refusé par la jurisprudence. Cette position restrictive est généralement approuvée par la doctrine qui estime qu'elle obéit à une logique simple : pas de récompense sans profit tiré par la communauté. Pourtant, elle préjudicie aux personnes vulnérabilisées par le caractère fongible de l'argent[1678]. De plus, le texte de l'article 1433 du Code civil ne justifie pas cette position. En effet, l'alinéa 1er de cet article prévoit que « *la communauté doit récompense à l'époux propriétaire toutes les fois qu'elle a tiré profit de biens propres* », mais son alinéa 2 précise qu'il en est ainsi notamment quand la communauté a encaissé des deniers propres ou provenant de la vente d'un propre sans qu'il en ait été fait emploi ou remploi. Pour un auteur, « *en privilégiant l'alinéa premier de l'article 1433 pour éliminer le second, c'est-à-dire en magnifiant le principe pour faire disparaître le cas particulier, la Cour de cassation s'adonne à la chirurgie esthétique mais ne fait certainement pas oeuvre de jurisprudence. C'est manquer à la loi que*

[1678]. En ce sens, voir : P. BOSGIRAUD, L. NOËL et B. POIRAUD, « *Le miroir aux récompenses (10 ans de récompenses en jurisprudence)* » : Gaz. Pal., des 5/6 mars 1999, doct., pp. 19 et s., spc. p. 21.

d'invoquer la lettre contre l'esprit, ce n'est pas mieux la respecter que d'écarter son texte en invoquant son esprit »[1679].

Face à ces arguments pertinents, qui avaient d'ailleurs convaincu depuis longtemps la pratique notariale et récemment le groupe de travail sur le droit de la famille de l'Académie des sciences morales et politiques, un arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2003[1680] a apporté un assouplissement notable à la rigueur du droit prétorien en décidant, dans une espèce, mettant en scène une personne invalide, et dans laquelle des deniers propres provenant du montant d'une pension d'invalidité du mari encaissés sur un compte commun, avaient été utilisés par les époux, que la Cour d'appel ayant *« souverainement relevé l'emploi des fonds propres dans l'intérêt de la communauté, elle en a déduit à bon droit que le mari, qui rapportait la preuve que ses deniers propres avaient profité à la communauté avait droit à récompense »*. Ce faisant, la Cour de cassation entérine l'évolution de la pratique conjugale qui est passée d'une communauté d'épargne à une communauté de consommation. Cependant, comme auparavant, l'encaissement sur un compte commun ne suffit pas pour déclencher un droit à récompense, il faut que la communauté ait tiré profit de l'utilisation de ces fonds, même si ce profit n'est plus forcément durable et matériel.

De manière symétrique au principe des récompenses dues par la communauté, il y a récompense due à la communauté quand un époux a utilisé des fonds communs pour servir son patrimoine propre ou qu'il en est résulté un profit personnel.

2° - Les récompenses dues à la communauté

1679. B. BEIGNIER, obs. ss. Civ. 1ère, 2 décembre 1997 : Dr. fam., janvier 1998, comm., n° 13, pp. 19 et s., spc. p. 20.

1680. Civ. 1ère, 14 janvier 2003 : Dr. fam., mars 2003, comm., n°32, pp. 25 et s., obs. B. BEIGNIER ; R. J. P. F., avril 2003, pp. 14 et s., obs. F. VAUVILLÉ ; D., 2003, jur. somm. comm., pp. 1866 et s., obs. V. BRÉMOND ; J. CHARLIN, *« La preuve des récompenses (À propos de Cass. 1re civ., 14 janv. 2003) »* : J. C. P. éd. N., 2003, famille, 1392 ; J. CASEY, *« De la jurisprudence à la pratique notariale »* : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1414. En sens contraire, voir : Civ. 1ère, 28 janvier 2003 : R. J. P. F., avril 2003, pp. 14 et s., obs. F. VAUVILLÉ ; D., 2003, jur. somm. comm., pp. 1866 et s., obs. V. BRÉMOND.

564. Le principe des récompenses dues à la communauté est énoncé par l'article 1437 du Code civil dans ces termes : « *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat de services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit récompense* ».

En pratique, les récompenses dues à la communauté sont souvent plus nombreuses que les précédentes, parce que la plupart du temps, les fonds détenus par les époux et utilisés pour l'accroissement de leurs biens propres sont communs, tels les revenus professionnels ou de biens propres, qu'ils perçoivent et investissent. Elles sont également plus faciles à prouver en raison de l'existence de la présomption de communauté prévue à l'article 1402 du Code civil. Les exemples de récompenses énoncés par le législateur ne donnent qu'une faible idée de la diversité des cas susceptibles de se présenter. Sans donner une énumération limitative de ces hypothèses, il convient d'indiquer succinctement les cinq principales applications concrètes pouvant donner lieu à ces récompenses.

La première, prévue par l'article 1437, est relative au paiement d'une dette personnelle à un époux avec des deniers communs.

La deuxième, également mentionnée à l'article 1437, concerne les dépenses relatives à des biens propres acquittées à l'aide de deniers communs.

La troisième consiste dans les donations de biens communs par les deux époux s'ils sont tous deux donateurs ou par celui qui a fait seul la donation.

La quatrième résulte de la constitution d'un droit au profit de l'époux survivant à l'aide de deniers communs.

La cinquième, prévue à l'article 1403, alinéa 2, du Code civil, provient de la consommation frauduleuse ou de la non-perception des revenus des propres, sans qu'aucune recherche ne soit recevable au-delà des cinq dernières années ayant précédé la dissolution de la communauté.

Les causes des récompenses ayant été recensées, il convient de les liquider c'est à dire de les évaluer, afin de les inscrire en compte sous forme d'écritures arithmétiques fongibles.

b - L'évaluation des récompenses

565. L'évaluation des récompenses est liée à la qualification des dépenses qui la motivent. Les causes des récompenses se situant pendant la durée de la communauté, donc à une époque plus ou moins éloignée de sa dissolution et davantage encore de sa liquidation, leur évaluation est selon l'expression d'un auteur « *un exemple topique du valorisme en droit patrimonial* »[1681], dont le siège se trouve dans l'article 1469 du Code civil. Après avoir posé un principe (1), il lui apporte deux exceptions, dont l'application recouvre beaucoup de causes de récompenses (2).

1 - Le principe

566. Emprunté au mode de calcul de la théorie de l'enrichissement sans cause, l'article 1469, alinéa 1er, du Code civil pose le principe selon lequel « *La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant* ».

Ce principe suppose une définition de la dépense faite et du profit subsistant, et leur comparaison pour ne retenir que la plus faible des deux valeurs comme montant de la récompense.

La dépense faite correspond à la valeur empruntée d'un patrimoine à l'autre pendant l'application du régime matrimonial. En toute hypothèse, le montant de cette dépense doit être recherché à la date où l'opération donnant lieu à récompense a eu lieu

[1681]. R. LE GUIDEC, *« La liquidation et le partage »* : *in* M. GRIMALDI (dir), Droit patrimonial de la famille, préc. pp. 208 et s., spc. p. 233, n° 956.

Parallèlement, le profit subsistant est l'enrichissement dont a bénéficié le patrimoine débiteur de la récompense ou encore l'avantage réellement procuré au fonds emprunteur. En d'autres termes, il désigne la plus-value qui résulte de la valeur empruntée, investie dans le patrimoine emprunteur. Comme la formule l'indique, le profit subsistant est évalué au jour de la liquidation, elle-même normalement proche du partage.

Les notions et modes de calcul de la dépense faite et du profit subsistant étant précisés, il convient de les combiner. La récompense, étant en principe, égale à la plus faible des deux sommes, elle se trouve, comme en matière d'enrichissement sans cause, contenue dans les limites d'un double maximum : pas plus que la dépense, pas plus que le profit. Mais, heureusement, le principe du double plafond, qui intervient chaque fois qu'il ne s'agit pas de dépense nécessaire et que le profit subsistant est inférieur à la dépense faite, connaît de nombreuses exceptions.

2 - Les exceptions

567. La règle du principe du double maximum est tempérée par deux exceptions. Selon la première, le plancher est constitué par la dépense faite lorsque celle-ci était nécessaire.. Pour la seconde, il s'agit du profit subsistant, quand la valeur empruntée par une masse de biens à une autre a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien.

2 - 1 - Les dépenses nécessaires

568. En appliquant la théorie des impenses nécessaires donnant lieu à une indemnisation intégrale, l'article 1469, alinéa 2, du Code civil prévoit que la récompense ne peut « *être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire* », et la Cour de cassation veille

au respect de cette règle[1682], dont l'idée est qu'en raison du caractère nécessaire de cette dépense, il importe peu que le profit subsistant ait ensuite diminué ou disparu par accident ou toute autre circonstance, car la récompense est alors égale au montant des sommes qui ont été payées.

Le fondement de ce traitement de faveur réside dans sa nécessité même qui veut que la dépense aurait dû être engagée en toute hypothèse aux frais de la masse bénéficiaire et qu'il apparaît équitable de lui rendre compte de l'avance de trésorerie dont elle avait, à l'époque, bénéficié, même si le profit actuel de l'opération est faible ou nul. Il justifie à lui seul l'interprétation extensive que la jurisprudence contemporaine donne à la notion de dépense nécessaire[1683], qui a remplacé celle d'impense dans le vocabulaire du législateur. Ainsi, le patrimoine créancier récupérera au moins les sommes dont il s'est appauvri.

Quoique justifiée en équité, cette interprétation extensive de la notion de dépenses nécessaires conduit à rendre difficile sa distinction avec celle des dépenses permettant de réaliser une amélioration du bien, donnant lieu à l'application de l'article 1469, alinéa 3, du Code civil pour l'évaluation de la récompense.

En effet, il n'existe pas de critère rigide de distinction entre ces deux catégories de dépenses, et il appartient aux juges du fond de qualifier chaque fois les dépenses qui sont soumises à leur appréciation souveraine.

2 - 2 - Les dépenses d'investissement

569. Dérogeant de nouveau à la règle générale du double maximum, l'article 1469, alinéa 3, du Code civil impose de considérer que la récompense ne peut être inférieure au profit

---

1682. Civ. 1ère, 6 mai 1997 : Bull. civ., I, n° 138, pp. 93 et s. ; J. C. P. éd. N., 1997, II, pp. 1356 et s.

1683. Paris, 14 juin 2001 : Dr. fam., octobre 2001, comm., n° 102, 1er arrêt, pp. 24 et s., obs. B. B. ; Nîmes, 15 mars 2001 : Dr. fam., octobre 2001, comm., n° 102, 2ème arrêt, pp. 24 et s., obs. B. B. ; Paris, 1ère ch., 17 mai 1977 et 16 mars 1978 : Defrénois, 1979, I, art. 32141, pp. 1518 et s., note G. MORIN ; J. C. P., éd. N., 1981, II, pp. 49 et s., note J. –F. PILLEBOUT ; Civ. 1ère, 25 janvier 2000 : Defrénois, 2000, I, art. 37145, n° 24, pp. 443 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1ère, 16 avril 1991 : préc. ; Civ. 1ère, 6 mars 2001 : R. J. P. F., septembre 2001, p. 19, obs. F. VAUVILLÉ.

subsistant, quand la valeur empruntée par une masse de biens à une autre a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien. Parce qu'il tend à atténuer les inconvénients de l'inflation, cet alinéa 3 constitue l'une des innovations les plus importantes de la loi du 13 juillet 1965. La finalité de ce texte est d'assurer à la masse appauvrie un intéressement équitable au résultat de sa contribution. Cette conception commande que les textes qui y font référence ne soient pas envisagés en termes de droit étroit, mais dans leur concrète réalité économique. Le principe édicté est simple : lorsque cette catégorie de dépense est réalisée, la récompense ne doit pas être moindre que la plus-value procurée au patrimoine enrichi, c'est en quelque sorte le plancher de cette récompense. Il fait de la récompense une dette de valeur[1684]. Détachée d'une somme d'argent qui correspond à la dépense faite, la récompense est attachée à la valeur du bien sur lequel se calcule le profit subsistant. Par cette technique, le patrimoine créancier se trouve associé à l'accroissement du patrimoine débiteur, ce qui démontre que l'état d'époux, à la différence de celui de fiancé ou de concubin, crée une certaine solidarité positive entre la communauté et les biens propres de chacun d'eux, mais cette entraide joue aussi dans l'autre sens, lorsque le profit subsistant est inférieur à la dépense faite, par suite d'obsolescence, vétusté, mauvais placement[1685] ou diminution de la valeur de la monnaie, puisque le calcul de la récompense se fera sur la base de la plus faible de ces deux sommes et qu'ainsi la récompense sera moins élevée que la dépense.

Une fois la communauté dissoute, l'article 1468 du Code civil prévoit l'établissement, au nom de chaque époux, d'un compte des récompenses qui consiste à additionner le montant des récompenses dues par la communauté à un époux et celui des récompenses dues par cet époux à la communauté, puis à soustraire la somme la plus faible de la plus forte. La balance du compte de chaque époux fait ressortir un reliquat qui, seul doit faire l'objet d'un règlement, comme l'indique l'article 1470 du Code civil.

1684. J. FLOUR, *« Pot-pourri autour d'un arrêt Civ. 1ère, 15 février 1973 »* : Defrénois, 1975, I, art. 30854, pp. 145 et s., spc. pp. 185 et 189.

1685. Par exemple, il apparaît légitime que la récompense diminue lorsqu'une soulte a permis d'échanger un immeuble contre des actions qui ont baissé. En ce sens, voir : J. –F. PILLEBOUT, note ss. Civ. 1ère, 6 juin 1990 et Civ. 1ère, 9 octobre 1990 : J. C. P., 1991, II, 21652 ; M. GRIMALDI, « *Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs »* : Gaz. Pal., 1986, II, doct., pp. 529 et s., spc., p. 549 n° 108.

B - LE REGLEMENT DES RECOMPENSES

570. Les récompenses sont des créances de sommes d'argent dont le mode de règlement est particulier : il est lié au partage de la communauté[1686]. En effet, la communauté comprend une masse de biens destinée à être répartie. À la dissolution de celle-ci, les récompenses apparaissent comme le remboursement des emprunts internes effectués pendant le fonctionnement du régime. Elles retracent, observation par observation, et article par article, toute l'histoire des rapports conjugaux à partir de la fondation de la communauté.

En toute hypothèse, le règlement des récompenses n'englobe pas seulement le solde de celles-ci, mais il comprend également les intérêts y afférents (calculés sur la base de l'intérêt légal), puisque toutes les récompenses dues par la communauté ou à la communauté emportent les intérêts de plein droit, soit du jour de la dissolution en tenant compte de la rétroactivité prévue dans certains cas[1687], soit du jour de la liquidation si la récompense est égale au profit subsistant.

Du fait du mariage, les époux ne sont pas considérés comme de simples créanciers de sommes d'argent. Il en résulte que les modalités de règlement des récompenses diffèrent suivant que le solde du compte apparaît en faveur de la communauté (a), ou en faveur d'un époux (b).

a - LE RÈGLEMENT DU SOLDE EN FAVEUR DE LA COMMUNAUTÉ

571. Aux termes de l'article 1470, alinéa 1er, du Code civil, si, balance faite, « *le compte présente un solde en faveur de la communauté, l'époux en rapporte le montant à la masse*

1686. Civ. 1ère, 28 avril 1986 : Bull. civ., I, n° 100, pp. 102 et s. ; J. C. P., éd. N., 1987, II, pp. 244 et s. : Defrénois, 1987, I, art. 33917, pp. 487 et s., 3ème esp., obs. G. MORIN.

1687. Lorsque la dissolution de la communauté intervient du vivant des époux, elle a souvent lieu de manière rétroactive. La jurisprudence applique régulièrement ce texte dans la rigueur du principe édicté. Sur ce thème, voir : Civ. 1ère, 7 juin 1988 : Bull. civ. I, n° 175, p. 122 ; Civ. 1ère, 31 mai 1989 : Bull. civ., I, n° 218, pp. 145 et s.; Defrénois, 1989, I, art. 34594, pp. 1122 et s., 1ère espèce, obs. G. MORIN ; Civ. 1ère, 22 octobre 1991 : J. C. P. éd. N., 1992, II, pp. 209 et s., n° 14, obs. A. TISSERAND ; Civ. 1ère, 14 mai 1996 : Bull. civ., I, n° 200, pp. 139 et s. ; J. C. P. éd. N., 1996, II, p. 1594.

commune », et la jurisprudence a précisé que ce rapport devait s'effectuer par voie de moins-prenant, comme dans les liquidations héréditaires[1688].

Le solde en faveur de la communauté établit une créance de celle-ci à l'égard de l'époux qui en est débiteur. Cette créance est donc purement et simplement inscrite à l'actif de communauté, en tant qu'élément de celui-ci. La contribution personnelle de l'époux débiteur au règlement de ce solde pourra alors se réaliser de deux manières différentes : l'imputation ou le prélèvement, la première étant d'un usage beaucoup plus fréquent que la seconde.

b - LE RÈGLEMENT DU SOLDE EN FAVEUR D'UN ÉPOUX

572. L'hypothèse est, cette fois, que la communauté doit à l'un des époux plus de récompenses que celui-ci ne lui en doit. Balance faite, le compte présente un solde en faveur de l'époux, lequel se trouve ainsi en situation de créancier de la masse commune. Il existe plusieurs manières de procéder à ce règlement. Aux termes de l'article 1470, alinéa 2, du Code civil, si le compte de récompenses « présente un solde en faveur de l'époux, celui-ci a le choix ou d'en exiger le paiement ou de prélever des biens communs jusqu'à due concurrence ». Ainsi, la loi octroie à l'époux créancier de la communauté le droit discrétionnaire[1689] de choisir entre exiger un paiement en espèces ou effectuer des prélèvements sur la masse commune qui s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles. Pour le cas où les époux veulent prélever le même bien, il est procédé par voie de tirage au sort. Dans le même esprit, s'il s'avère que la communauté est insuffisante pour permettre tous les prélèvements auxquels les époux ont droit, ceux-ci sont proportionnels au montant des récompenses qui leur sont dues. Cependant, lorsque l'insuffisance de la communauté est imputable à la mauvaise gestion de l'un des époux, l'autre conjoint peut exercer ses prélèvements avant lui sur l'ensemble des biens communs ; il peut les exercer subsidiairement sur les biens propres de l'époux responsable. Sur le plan des principes, la responsabilité démontrée d'un époux justifie ces priorités données au conjoint qui se trouve

---

1688. Civ., 17 novembre 1936 : D. H., 1937, jur., pp. 3 et s.
1689. Civ., 6 juillet 1870 : D. P., 1871, I, p. 116 ; Civ. 11 mai 1937 : D. P., 1938, I, pp. 71 et s.

ainsi indemnisé plus facilement du préjudice qu'il a subi. En outre, la pratique propose de procéder autrement en portant les récompenses dues au passif de la communauté, puis en les ajoutant aux droits de l'époux créancier dans l'actif net de communauté (règlement en plus prenant).[1690] L'intéressé se trouve ainsi réglé de sa créance en même temps que de ses droits dans la communauté, par l'allotissement qui lui est consenti. Bien qu'elle conduise à composer des lots inégaux, cette méthode est précieuse parce qu'elle facilite les attributions dans le partage qui aurait été moins commode à réaliser avec les procédés légaux de règlement et qu'elle permet d'éviter la division ou la vente préalable des biens à partager.

Enfin, l'article 1475, alinéa 1er, du Code civil énonce qu « après que tous les prélèvements ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ». Ce principe d'égalité dérive de la notion même de communauté de biens, et en pratique, la plupart des partages le respectent.

573. Cependant, ce principe n'est pas d'ordre public. Il ne s'applique pas lorsque l'un des époux a diverti ou recelé des effets de la communauté, celui-ci est privé de sa portion dans lesdits effets. De plus, les époux peuvent également convenir d'une répartition inégalitaire des biens de la communauté. Cette manière inégalitaire de partager, dont la validité n'est pas douteuse, suppose en tous cas un partage réalisé à l'amiable. Cette possibilité est utilisable après la dissolution d'une communauté légale, moment auquel les époux retrouvent une totale liberté pour organiser entre eux la répartition de leurs biens. Mais, pour des époux prévoyants, cette possibilité, qui est une application du principe de la liberté conventionnelle, peut s'inscrire dans le cadre de la théorie des avantages matrimoniaux, soit initialement dans leur contrat de mariage, soit ultérieurement lors d'un changement de régime matrimonial.

§ 2 - LA PROTECTION DES ÉPOUX VULNÉRABLES PRÉVOYANTS PAR LA THÉORIE DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

[1690]. Pour deux exemples chiffrés, voir : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, Les régimes matrimoniaux, préc., p. 511, n° 623 ; A. RIEG, F. LOTZ, P. RIEG, Technique des régimes matrimoniaux, Éditions Litec, 3ème édition, 1993, p. 453, n° 546.

574. Si le régime de la séparation de biens est inégalitaire, le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts ne réalise l'égalité souhaitée par les conjoints et l'équilibre des patrimoines, que moyennant un concours de circonstances exceptionnelles : égalité non seulement dans les fonds actuels et futurs mais aussi dans leur composition, passif identique des deux côtés, profession également rémunératrice chez l'homme et la femme.

Faute de l'un de ces éléments, l'équité commande de corriger la situation du conjoint le plus vulnérable du désavantage auquel il risque d'être exposé, ou de l'injustice qui peut parfois résulter pour lui d'un partage égal. Si les techniques de la donation entre époux et de l'assurance sur la vie sont les procédés les plus usités pour assurer la subsistance du conjoint survivant, la théorie des avantages matrimoniaux permet aussi à l'époux démuni de conserver son cadre et son niveau de vie, en échappant aux droits de mutation à titre gratuit, tout en lui évitant les complications résultant du fonctionnement et du partage des indivisions post-communautaires.

Cependant, la théorie des avantages matrimoniaux n'est pas la panacée universelle, puisqu'en dehors des contraintes liées à la gestion des biens qui en sont l'objet, voire de l'engagement fréquent de ceux-ci en cas de liquidation de biens encourue par l'un des époux commerçants, elle peut priver les héritiers de leur part successorale, et présenter un certain risque lors de la réduction des donations antérieures[1691].

575. Le Code civil n'ayant pas donné de définition des avantages matrimoniaux, la doctrine a suppléé à cette carence. Pour un auteur célèbre, ceux-ci sont constitués par les enrichissements que le seul fonctionnement des régimes matrimoniaux procure à un époux par rapport à son conjoint[1692]. Mais, dans l'ensemble, la doctrine retient une conception plus restrictive des avantages matrimoniaux. Si des auteurs anciens y voyaient, avec une certaine connotation négative, tous les profits que l'un des époux pouvait tirer d'un régime

---

[1691]. S. POUDÉROUX, *« Le sort des avantages matrimoniaux »* : Dr. et patr., février 1996, pp. 26 et s., spc. p. 26 ; S. CHAINE et M. IWANESKO, « *La transmission successorale maîtrisée »* : *in* 96ème Congrès des notaires de France Lille 28-31 mai 2000, Le patrimoine au XXIè siècle : pp. 715 et s., spc. p. 739, § 4050 ; R. – J. ROUGHOL, *« Les libéralités sous le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale au profit du survivant »* : J. C. P. éd. N., 1998, I, famille, pp. 274 et s., spc. p. 275.

[1692]. J. CARBONNIER, Le régime matrimonial : sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, thèse Bordeaux, 1932, p. 665.

communautaire, légal ou conventionnel, au préjudice de son conjoint[1693], un auteur moderne[1694] en donne heureusement une vision plus optimiste puisque selon lui, « un époux bénéficie d'un avantage matrimonial lorsqu'il retire des clauses d'une communauté conventionnelle (ou du jeu du régime légal) un profit qui le favorise par rapport à l'autre ».

Ce profit provient de deux sources différentes :

1) Sous les régimes conventionnels de la communauté de biens meubles et acquêts, et de la communauté universelle, il peut découler du partage de la communauté par moitié sans considération de l'inégalité des biens entrés en communauté du chef de chacun des époux, ni du déséquilibre de leurs dettes respectives devenues communes ;

2) l'adoption de clauses rompant l'égalité du partage des biens communs et notamment des clauses de partage inégal, d'attribution intégrale de la communauté, de préciput sans indemnité ou avec indemnité dans certaines conditions, qui permettent au conjoint survivant de prélever, avant tout partage, certains biens communs, ou des clauses qui tendent à modifier la règle légale des récompenses.

Ces avantages ne sont généralement pas considérés comme des libéralités indirectes, mais comme des contrats à titre onéreux, au motif que le contrat de mariage est un ensemble, certains avantages procurés à un époux étant compensés par d'autres. Ces derniers ne sont pas toujours évaluables, tels le talent, la situation, ou les diplômes même s'ils constituent une contrepartie à des avantages matériels. De plus, le mariage, fondé sur l'affection des époux, comporte l'obligation d'assurer à chacun d'eux une existence décente. Cependant, ces avantages font courir aux enfants non issus des deux époux le risque de voir fléchir, lors d'une nouvelle union, l'affection et le sens du devoir de leur parent devant les sollicitations de son futur conjoint à la succession duquel ils ne seront pas appelés. Ils méritent donc une protection particulière, qui est une constante dans l'histoire du droit de la famille.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas songé à reproduire le principe général de l'onérosité, tellement il était une évidence à leur époque, mais ils en ont consacré plusieurs applications. Toutefois, les articles 1496, alinéa 2, et 1527, alinéa 2, du Code civil accordèrent aux enfants

---

[1693]. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de Droit civil français, Tome IX, Les régimes matrimoniaux, 2ème édition par J. BOULANGER, L. G. D. J., 1960, p. 367, n° 1102.

d'un précédent lit une action en retranchement, lorsque la quotité disponible était dépassée. La jurisprudence, puis la loi du 13 juillet 1965, ont expressément confirmé ces solutions. Afin de protéger les époux vulnérables, le régime des avantages matrimoniaux varie. En principe, c'est celui des actes à titre onéreux qui prédomine (A). Mais, lorsque le mariage prend fin par le divorce ou la séparation de corps, ou encore en présence d'enfants non issus des deux époux, les avantages matrimoniaux subissent une transformation et ne deviennent qu'apparemment des libéralités (B).

A - LE CARACTERE ONEREUX DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

576. La loi du 13 juillet 1965 affirme le caractère onéreux des avantages matrimoniaux, dont il convient de présenter l'admission (a), puis ses conséquences (b).

a - L'ADMISSION DE PRINCIPE DU CARACTÈRE ONÉREUX DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

577. La doctrine a proposé plusieurs justifications à cette admission (1) avant d'en mesurer la portée (2).

1 - Les justifications proposées à l'onérosité des avantages matrimoniaux

578. Le Code civil n'avait rien dit sur la nature onéreuse des avantages matrimoniaux, si bien que son silence avait été comblé par la doctrine, la jurisprudence, puis la loi du 13 juillet 1965.

[1694]. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, préc., p. 661.

Pour sa part la doctrine avait émis quatre opinions : une explication matérielle, une explication réaliste, la théorie de la fiction, et la thèse d'un auteur.

Selon l'explication matérielle, cette assimilation provient de l'idée que les enfants communs d'un couple ne sont pas lésés par les conventions de mariage, puisqu'au décès du premier époux, le conjoint recueille les avantages conférés, et qu'au décès du second, ces enfants les retrouveront dans la succession du bénéficiaire[1695].

Selon l'explication réaliste, des auteurs estiment que cette assimilation repose sur l'absence de trois éléments essentiels à l'existence des libéralités. D'abord, la cause des avantages matrimoniaux n'est pas l'intention libérale[1696], car le désir de l'époux n'est pas de dépouiller ses enfants, mais d'assurer au survivant le moyen de subsister convenablement. Ensuite, ces avantages sont l'acquittement de l'obligation naturelle astreignant les époux à se mettre à l'abri du besoin[1697]. Enfin, l'avantage matrimonial n'entraîne pas un passage de valeur du patrimoine du donateur dans celui du donataire.

Les partisans de la théorie de la fiction considèrent que les époux, quand ils stipulent un avantage matrimonial, ont une intention libérale : plutôt que de se faire une donation pure et simple par contrat de mariage, ils préfèrent adopter un régime ou une clause qui réalise le même but. L'assimilation des avantages matrimoniaux à des actes à titre onéreux est alors une fiction du législateur, de telle sorte qu'elle ne saurait être étendue[1698]. Mais, la doctrine rejette cette référence à la fiction, au motif que les époux n'ont pas d'intention libérale.

Enfin, dans sa thèse, un éminent auteur a relié l'avantage matrimonial au régime communautaire qui participe de la nature des sociétés[1699]. Or, dans le contrat de société, les clauses qui règlent les apports, la liquidation et le partage, sont regardées comme des actes onéreux, même si elles réalisent des avantages particuliers. Ainsi, l'avantage matrimonial n'est qu'un bénéfice particulier de la société conjugale, et sa nature onéreuse demeure immuable,

---

1695. A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, Tome III, 10ème édition par L. JULLIOT de la MORANDIÈRE, Dalloz, 1950, pp. 306 et s., n°s 549 et s.

1696. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome IX, Les régimes matrimoniaux, préc., p. 372, n° 1104.

1697. C. SAUJOT, « *Les avantages matrimoniaux (notion - nature juridique)* » : R. T. D. civ., 1979, pp. 699 et s., spc. p. 722.

1698. H., L., et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, Tome IV, volume I, Éditions Monchrestien, 5ème édition, 1982, p. 539, n°s 511 et 512.

quelles que soient les circonstances. D'ailleurs, la doctrine moderne souscrit à cette thèse en considérant que le régime matrimonial a une nature essentiellement onéreuse et que l'avantage matrimonial en est la résultante[1700].

En ce qui concerne la jurisprudence, elle a d'abord été favorable à la théorie de la fiction[1701], puis, elle l'a abandonnée dans un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation du 19 décembre 1890[1702], en décidant que les avantages matrimoniaux ne devaient pas être considérés comme des libéralités, même quand ils résultaient de clauses non envisagées par le Code civil.

La loi du 13 juillet 1965 a consacré la thèse jurisprudentielle de l'onérosité réelle, en privant la théorie de la fiction des bribes d'argument qui étaient son fondement. Elle déclare, dans l'article 1527 du Code civil, que les avantages matrimoniaux « *ne sont point regardés comme des donations* », et elle affirme dans les articles 1516 et 1523 que ce sont des conventions de mariage et entre associés.

2 - La portée du caractère onéreux des avantages matrimoniaux

579. Elle sera analysée quant aux régimes matrimoniaux, quant aux avantages matrimoniaux, et quant aux biens.

Quant aux régimes matrimoniaux

580. Jusqu'à la réforme du 13 juillet 1965, tous les textes consacrés aux avantages matrimoniaux se trouvaient dans le chapitre II du Titre V, intitulé « *Du régime en*

1699. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome IX, : préc., p. 374, n° 1105.
1700. P. RÉMY, note ss. Paris, 21 avril 1982 : D., 1983, jur., pp. 227 et s., spc. p. 230.
1701. Civ., 7 décembre 1886 : D. P., 1887, I, pp. 343 et s.

communauté », ce qui les cantonnait aux régimes communautaires. Cependant, il était admis que, sur une séparation de biens, pouvait se greffer une société d'acquêts, et que les avantages en résultant étaient des conventions entre associés[1703].

En 1965, le législateur a instauré le régime de la participation aux acquêts et l'article 1581, alinéa 2, du Code civil permet aux époux l'ayant choisi d'adopter des clauses de partage inégal ou de stipuler que le survivant, ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets de l'autre[1704]. Une doctrine majoritaire et une réponse ministérielle considèrent que ces clauses procurent à leur bénéficiaire un avantage matrimonial[1705].

En revanche, dans les régimes purement séparatistes, toute clause qui prévoit le transfert d'un bien du patrimoine d'un époux à celui de son conjoint s'analyse comme une libéralité[1706], sauf si ces régimes sont assortis d'une société d'acquêts.

1702. Réu., 19 décembre 1890 : D. P. 1891, I, pp. 417 et s. ; Civ., 2 août 1899 : D. P, 1901, I, pp. 433 et s., note A. COLIN.

1703. Civ. 1ère, 15 mars 1974 : J. C. P., 1975, II, 17910, note A. PONSARD.

1704. J. –P. STORCK, *« Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du code civil »* : J. C. P. éd. N., 1981. doct., pp. 355 et s.

1705. En ce sens, voir notamment : G. MARTY et P. RAYNAUD, Les régimes matrimoniaux, pp. 369 et s., n°474 ; G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, p. 851 ; P. SIMLER, « *Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux (à propos de la réponse ministérielle n° 601 du 17 octobre 1988) »* : J. C. P. éd. N., 1989, prat., 788.

En sens contraire, voir : P. DEPREZ, *« La participation aux acquêts : oui, mais !. »"* : J. C. P. éd. N., 1988, I, p. 300.

1706. Civ., 28 mars 1854 : D. P., 1854, I, p. 184 ; Civ., 2 avril 1962 : Bull. civ., I, n°188, p. 167.

Quant aux avantages matrimoniaux

581. En principe, tout avantage matrimonial, si important soit-il et quelle qu'en soit l'origine, est considéré comme une convention entre associés.

Quant aux biens

582. La jurisprudence considère que, dans les régimes communautaires, l'avantage matrimonial ne peut pas porter sur les biens propres des époux[1707]. En outre, l'avantage matrimonial concerne tous les biens communs. De plus, pour les stipulations de l'article 1581, alinéa 2, l'avantage matrimonial portant sur les acquêts de l'autre époux, ceux-ci doivent faire l'objet d'un régime d'exception, quand bien même ils auraient pour origine des biens propres.

b - LES CONSÉQUENCES DU CARACTÈRE ONÉREUX DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

583. Elles se manifestent en droit civil (1) et en droit fiscal (2).

1 - Les avantages matrimoniaux au regard du droit civil

[1707]. Trib. civ. d'Ussel, 16 mars 1895 : D. P., 1897, II, pp. 202 et s. ; Civ., 2 août 1899 : préc.

584. Les avantages matrimoniaux sont exclus du régime des donations. La preuve de l'intention libérale est rejetée. Le conjoint survivant a le titre de copartageant. L'adoption d'avantages matrimoniaux par changement de régime matrimonial est, en général, acceptée.

L'exclusion des avantages matrimoniaux du régime des donations

585. Les avantages matrimoniaux échappent tant aux règles de fond qu'aux règles de forme régissant les actes à titre gratuit. Ils ne sont pas soumis au rapport lorsque l'époux bénéficiaire vient à la succession de son conjoint en concours avec d'autres héritiers. Ils échappent à l'action en réduction en cas de dépassement de la quotité disponible. Ils ne sont pas soumis à la révocation pour cause d'ingratitude[1708], ce qui est choquant lorsque l'époux bénéficiaire a attenté à la vie de son conjoint, alors surtout que l'article 726 du Code civil fait de ce meurtre une cause obligatoire d'indignité successorale.

Enfin, les avantages matrimoniaux n'ont pas à être imputés sur l'usufruit du conjoint survivant et, par conséquent, peuvent se cumuler avec lui[1709].

Le rejet de la preuve de l'intention libérale

586. À la liquidation du régime matrimonial, les enfants peuvent avoir intérêt à faire juger que les avantages matrimoniaux ne sont, en réalité que des donations. La jurisprudence ancienne considérait qu'il était possible d'assimiler l'avantage matrimonial à une libéralité dans deux cas : soit lorsque l'apport d'un conjoint était nul ou négligeable[1710], soit lorsqu'il existait une

---

[1708]. Civ. 1ère, 7 avril 1998 : R. T. D. civ., 1998, pp. 457 et s., obs. B. VAREILLE ; Dr. fam., juillet-août 1998, comm., n° 102, p. 19, obs. B. B. ; Dr. et patr. hebdo, n° 260, du 29 septembre 1998, p. 1 ; D., 1998, jur., pp. 529 et s., note J. THIERRY ; Petites affiches, n° 49, du 10 mars 1999, pp. 5 et s., note J. –G. MAHINGA.
[1709]. Req., 3 février 1908 : préc.
[1710]. Civ., 3 avril 1843 : S., 1843, I, pp. 289 et s. ; Req., 18 janvier 1888 : préc.

volonté de fraude[1711]. Mais, depuis la consécration de la thèse de la réalité par la loi du 13 juillet 1965, cette preuve est impossible, car elle aboutirait à ruiner la règle légale et à remettre en question toutes les conventions matrimoniales.

L'attribution au conjoint survivant de la qualité de copartageant

587. Il en résulte que les valeurs qui entrent dans son patrimoine sont soumises à l'effet déclaratif du partage. Ainsi, l'époux bénéficiaire d'un avantage matrimonial est censé avoir été toujours propriétaire du bien reçu.

L'adoption d'avantages matrimoniaux par changement de régime matrimonial

588. Compte tenu de l'instabilité croissante des unions conjugales et du caractère irrévocable des avantages matrimoniaux, la pratique déconseille généralement à de jeunes époux de les adopter à l'aube de leur mariage[1712]. Par contre, il arrive fréquemment à des conjoints âgés, parfois très malades, d'exprimer le désir d'assurer à leur époux une existence décente après leur décès par la technique du changement de régime matrimonial. Cette technique, entrée dans nos mœurs, permet aux époux de se mettre à l'abri de la révocation des donations de biens à venir. L'avantage matrimonial le plus demandé est l'adoption du régime de la communauté universelle avec attribution au survivant de cette communauté. Comme l'expose un auteur, c'est le « *régime de rechange au seuil du troisième âge* »[1713].

Cependant, en application de l'article 1397, alinéa 1er, du Code civil, le changement de régime matrimonial n'est possible que s'il est convenu « *dans l'intérêt de la famille* », et la jurisprudence admet que par « *famille* », il faut entendre celle qui a fondé le mariage, c'est-à-

---

1711. Colmar, 1ère ch., 28 mars 1928 : S., 1929, II, pp. 17 et s., note J. –P. NIBOYET.
1712. J. –C. BRAULT, « *La consultation matrimoniale* » : Defrénois, 1988, I, art. 34380, pp. 1409 et s., spc. p. 1414.
1713. M. –C. JOUVENET, Des clauses insérées dans le régime de communauté par la pratique notariale, thèse. Lyon, 1979, p. 131.

dire celle constituée uniquement des époux et des enfants[1714]. D'ailleurs, cette interprétation est conforme au bon sens qui veut que les enfants fassent partie de la famille et à la lettre de la loi qui n'a pas utilisé l'expression d'intérêt des époux.

Parfois, les intérêts des enfants et des époux convergent lorsque ces derniers choisissent le régime de la communauté universelle, sans clause d'attribution au survivant[1715]. Mais, dans l'hypothèse où les époux adoptent ce régime avec clause d'attribution de la communauté, la jurisprudence a dû choisir entre les intérêts divergents des membres de la famille. Pour ce faire, un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1976[1716] a soumis la notion d'intérêt de la famille à une appréciation d'ensemble, et il a précisé que cette notion n'était pas inconciliable avec une décision lésant un des membres de la famille, tout en affirmant que *« le souci d'assurer la situation pécuniaire du conjoint survivant répond à un intérêt familial de nature à justifier le changement du régime matrimonial »*. Cette position est approuvée par deux auteurs qui soulignent à bon escient qu' « *il ne paraît pas de bonne politique juridique d'empêcher les époux de faire sur un changement de régime, ce qu'ils auraient pu faire au jour de leur mariage, ni de les inciter à divorcer pour se remarier à nouveau* »[1717]. En tout état de cause, la directive générale de cet arrêt est que l'intérêt bien compris de la famille peut passer par l'intérêt de l'un de ses membres s'il n'entraîne pas de sacrifice excessif pour les autres. En cas de conflit, le juge doit donc arbitrer entre les intérêts en présence et faire prévaloir les intérêts ayant le caractère familial le plus marqué. En pratique, l'intérêt de la famille est loin d'être réduit à celui des époux même si l'intérêt du conjoint survivant l'emporte souvent, au motif que si les enfants sont une composante de la famille, la cellule de celle-ci est constituée par les époux. Pour déterminer quels intérêts lui paraissent les plus dignes de protection, la jurisprudence, associée à la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, conduit à distinguer selon que le couple a soit des enfants communs, soit

---

1714. Poitiers, ch. civ., 2 juillet 1969 : J. C. P. , 1969, II, 16075.
1715. J. MAURY, Les régimes matrimoniaux, Éditions Lamy, 1995, p ; 556, n°9-119 ; Poitiers, 1ère sect., 19 décembre 1968 : J. C. P., 1969, II, 15802, obs. J. P.
1716. Civ. 1ère, 6 janvier 1976 : Défrénois, 1976, I, art. 31122, pp. 787 et s., note A. PONSARD ; R. T. D. civ., 1976, pp. 537 et s., obs. R. NERSON ; D., 1976, jur., pp. 253 et s., note A. PONSARD ; Civ. 1ère, 17 juin 1986 : J. C. P. éd. N., 1986, II, pp. 250 et s., obs. P. SIMLER ; J. C. P., 1987, II, 20809, note M. HENRY ; Paris, 30 janvier 1991 : Defrénois, 1991, I, art. 35018, n° 30, pp. 492 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
1717. R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Le changement de régime matrimonial »* : R. T. D. civ., 1982, pp. 388 et s., spc. p. 391.

des enfants issus des deux époux, puis en dépit d'une large admission de l'homologation des changements de régime, elle la refuse parfois lorsque les époux sont essentiellement animés de préoccupations égoïstes ou frauduleuses entraînant un sacrifice illégitime des intérêts des enfants.

Les deux cas liés à la présence d'enfants communs ou d'enfants non issus des deux époux

589. En pratique, les enfants se trouvent dans des situations génératrices de droits différents.

Lorsqu'il s'agit d'enfants communs, la conformité du changement de régime à l'intérêt de la famille est volontiers admise[1718], car ce que les enfants ne recueilleront pas dans la succession du prémourant, ils le recevront dans la succession du survivant, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement vrai. Ils ne peuvent pas invoquer une atteinte à leurs droits de réservataires.

Lorsqu'il s'agit d'enfants non issus des deux époux, et notamment d'enfants naturels, qui ne bénéficiaient pas de l'action en retranchement de l'article 1527 du Code civil avant la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, les tribunaux estimaient qu'ils devaient être protégés, et ils en déduisaient souvent un refus de l'homologation sollicitée par les époux[1719]. Cependant, l'action en retranchement étant désormais ouverte à tous ces enfants, cette position jurisprudentielle n'est plus être justifiée[1720], et vient d'être abandonnée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2004 qui a considéré que le risque de lésion d'un seul membre de la

---

[1718]. T. G. I. Lille, 16 mai 1967 : Defrénois, 1968, I, art. 29034, pp. 110 et s. ; Paris, 1ère ch. C., 9 février 1978 : Defrénois, 1978, I, art. 31685, pp. 562 et s., note G. MORIN ; Bordeaux, 6ème ch., 28 juin 1990 : Cahiers de jurisprudence d'Aquitaine, 1990-3, pp. 448 et s., note J. HAUSER ; Civ. 1ère, 14 mai 1996 : Bull. civ., I, n° 210, pp. 146 et s. ; D., 1996, jur., pp. 537 et s., rapp. J. THIERRY ; J. C. P. éd. N., 1997, p. 808, n° 6, obs. G. WIEDERKHER ; Defrénois, 1996, I, art. 36387, n° 123, pp. 1080 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1997, pp. 207 et s., obs. B. VAREILLE ; Paris, 4 mai et 17 décembre 1999 : Dr. fam., juin 2000, comm., n° 79, pp. 20 et s., obs. B. BEIGNIER ; Reims, 22 octobre 1998 : Dr. fam., janvier 2000, comm., n° 11, p. 22, obs. B. BEIGNIER.

[1719]. Colmar, 1ère ch., 29 avril 1981 : D., 1982, jur., pp. 43 et s., note D. D'AMBRA et A. –M. BOUCON ; Civ. 1ère, 8 juin 1982 : J. C. P., 1983, II, 20018, note M. HENRY ; J. C. P. éd. N., 1983, II, pp. 277 et s., note M. HENRY ; D., 1983, jur., pp. 19 et s., note M. BEAUBRUN ; Defrénois, 1982, I, art. 32944, n° 76, pp. 1373 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Civ. 1ère, 9 mars 1983 : Bull. civ., I, n° 94, pp. 82 et s. ; J. C. P. éd. N., 1983, prat., 8856, p. 651.

[1720]. En ce sens, voir : M. –C. FORGEARD, R. CRÔNE, B. GELOT, La réforme des successions, Éditions Répertoire du Notariat Defrénois, 2002, p. 70, n°72.

famille, en l'occurrence un enfant d'une précédente union, n'interdisait pas le changement de régime matrimonial[1721]. D'ailleurs, même avant la loi de 2001, l'homologation demandée par deux époux mariés depuis vingt cinq ans, de condition modeste (mari ne disposant que d'une pension d'invalidité, épouse titulaire d'une pension de retraite, patrimoine faible) avait été admise dans un cas où une situation conflictuelle existait depuis plus de trente ans entre la femme et sa fille naturelle, en considérant qu'une donation au dernier vivant ne permettait pas une protection semblable à celle résultant de l'adoption du régime de la communauté universelle avec attribution intégrale de la communauté au survivant[1722]. Il convient néanmoins de noter qu'en présence d'enfants d'un premier lit, la jurisprudence avait parfois refusé l'homologation du changement de régime portant adoption de la communauté universelle avec clause d'attribution de la communauté en considérant que l'action en retranchement dont dispose l'enfant ne constitue pas une protection suffisante[1723]. Dans tous ces cas souvent difficiles, les notaires sont généralement assez réticents à faire signer de tels actes sans garantie particulière. En effet, pour éviter ou atténuer les discordes familiales, ils conseillent, lorsque cela est possible, d'associer à la conclusion d'avantages matrimoniaux l'adoption de l'enfant du premier lit par le conjoint sans lien de filiation avec lui.

Les refus exceptionnels d'homologation

590. Les refus exceptionnels d'homologation sont motivés par les préoccupations égoïstes (femme ayant la volonté manifeste d'accaparer le patrimoine du mari[1724] ou disposant d'un patrimoine personnel important[1725], mari de 35 ans endetté et beaucoup plus jeune que son épouse de 88 ans désirant augmenter sa surface financière[1726]) ou frauduleuses des époux entraînant un sacrifice exagéré des intérêts des enfants au regard des avantages qu'il procure

[1721]. Civ. 1ère, 22 juin 2004 ; Metz, 17 juin 2003 ; Reims, 20 février 2003 : Dr. fam., octobre 2004, comm., n°182, pp. 37 et s., obs. B. BEIGNIER ; R. J. P. F., novembre 2004, pp. 19 et s., obs. F. VAUVILLÉ.
[1722]. Paris, 25 octobre 1996 : Dr. fam., octobre 1997, comm., n° 143, 2ème arrêt, p. 19, obs. B. BEIGNIER.
[1723]. Civ. 1ère, 5 juillet 1989 : Defrénois, 1989, I, art. 34595, n° 105, pp. 1143 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; J. C. P. éd. N., 1991, II, pp. 59 et s., obs. P. SIMLER ; Nîmes, 28 janvier 1993 : J. C. P., 1994, I, 3733, n° 9, obs. G. WIEDERKHER ; J. C. P. éd. N., 1994, II, p. 226, obs. G. WIEDERKHER.
[1724]. Bordeaux, 19 novembre 1997 : Dr. fam., mai 1998, comm., n° 69, 3ème arrêt, p. 16, obs. B. BEIGNIER.
[1725]. Paris, 16 février 1999 : Dr. fam., juillet-août 1999, comm., n° 85, p. 21, obs. B. BEIGNIER.

au conjoint survivant (échec prouvé à la réserve des enfants[1727], surcharge fiscale[1728], animosité envers les gendres et belles-filles[1729], situation conflictuelle entre les parents et les enfants laissant craindre que le conjoint survivant ne dilapide le patrimoine familial à leur détriment[1730] et porte ainsi gravement atteinte à leurs droits de réservataire.

Les règles civiles régissant les avantages matrimoniaux sont certes essentielles, mais la portée de celles-ci est amoindrie par l'observation de deux auteurs selon lesquels que « *cela nous plaise ou non, (...) nous vivons sous la tutelle, parfois pesante du fisc* »[1731].

[1726]. Paris, 18 novembre 1997 : Dr. fam., mars 1998, comm., n° 42, p. 17, obs. B. BEIGNIER.
[1727]. Colmar, 1ère ch., 8 octobre 1980 : D., 1982, jur., pp. 43 et s., note D. D'AMBRA et A. –M. BOUCON ; Civ. 1ère, 6 novembre 1979 : D., 1980, jur., pp. 295 et s., note E. POISSON-DROCOURT ; Defrénois, 1980, I, art. 32448, n° 85, pp. 1289 et s., note G. CHAMPENOIS.
[1728]. Bordeaux, 19 novembre 1997 : préc.
[1729]. Paris, 1ère ch. B., 26 octobre 1989 : D., 1989, I. R., p. 300.
[1730]. Paris, 26 octobre 1989 : préc. ; Paris, 30 janvier 1991 : préc.
[1731]. P. MALAURIE et L. AYNÈS, « *Les clauses du contrat de mariage relatives au partage de la communauté* » : Defrénois, 2000, I, art. 37181, pp. 673 et s., spc. p. 673.

2 - Les avantages matrimoniaux au regard du droit fiscal

591. En principe, s'agissant de conventions entre associés, les avantages matrimoniaux ne donnent pas ouverture aux droits de mutation à titre gratuit, mais ils sont souvent soumis à la taxe de publicité foncière. Le droit de mutation est toutefois exigible si le prélèvement est exercé sur des biens propres du défunt, ou si les reprises du mari et de la femme sont supérieures à l'actif commun. En effet, les reprises devant être prélevées sur les biens communs avant application des conventions de mariage, celles-ci ne peuvent s'exercer que sur des biens propres. Le régime fiscal des avantages matrimoniaux est donc très avantageux.

B - L'ALTERATION APPARENTE DU CARACTERE ONEREUX DES AVANTAGES MATRIMONIAUX

592. Si la nature onéreuse des avantages matrimoniaux ne fait plus de doute sur le plan général, il ne fait pas de doute, non plus, que le régime juridique des actes à titre onéreux ne s'applique pas lorsque la loi l'a décidé à titre exceptionnel. Il en est ainsi dans le cas où l'on se trouve en présence d'enfants non issus des deux époux (a), ou dans les cas de divorce et de séparation de corps (b). Ce sont les deux cas qui seront examinés successivement.

a - LA PRÉSENCE D'ENFANTS NON ISSUS DES DEUX ÉPOUX

593. Le législateur a une tradition de méfiance envers le remariage, comme si le but poursuivi par la nouvelle union était essentiellement d'avantager le conjoint ou les enfants du second lit

au détriment de ceux du premier[1732], au motif que ces derniers, n'ayant aucun droit dans la succession du deuxième conjoint de leur auteur, risquent de perdre définitivement leurs droits successoraux.

C'est pourquoi l'article 1527, alinéa 2, du Code civil précise que *« Néanmoins, au cas où il y aurait des enfants qui ne seraient pas issus des deux époux, toute convention qui aurait pour conséquence de donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1094-1, au titre Des donations entre vifs et des testaments, sera sans effet pour tout l'excédent (...) ».* L'incertitude est grande quant à la portée de cette disposition. Faut-il y voir une disqualification de l'avantage matrimonial en libéralité ou une limitation des effets de la convention des époux dans un cas bien déterminé, celle-ci conservant au fond de sa nature juridique ? (1). Quel que soit le parti pris, les enfants non issus des deux époux bénéficient d'une action en retranchement (2).

1 - L'immuabilité de la nature juridique des avantages matrimoniaux

594. Deux doctrines, l'une traditionnelle et l'autre moderne, s'opposent quant à l'incidence de la présence d'enfants non issus des deux époux sur la nature juridique des avantages matrimoniaux.

La doctrine traditionnelle considère que le législateur renverse la présomption et entend faire des avantages matrimoniaux des libéralités en présence d'enfants d'un lit antérieur, dans l'intérêt de ceux-ci[1733]. L'unique critère de qualification étant dans l'existence, ou non, d'enfant non issus des deux époux, l'absence d'intention libérale n'avait aucune incidence sur la qualification de la convention. Des arrêts anciens de la Cour de cassation avaient adopté cette thèse[1734] et en avaient tiré toutes les conséquences en appliquant les règles propres aux libéralités, qu'il s'agisse de l'imputation sur la quotité disponible[1735] et de l'imputation sur

[1732]. H. FULCHIRON, « *La transmission des biens dans les familles recomposées* » : Defrénois, 1994, I, art. 35853, pp. 833 et s., spc. p. 834, n° 1.
[1733]. M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, Tome IX : préc., p. 387, n°1115.
[1734]. Civ., 12 janvier 1915 : D. P., 1919, I, pp. 85 et s.
[1735]. Req., 20 avril 1880 : D. P., 1880, I, p. 428.

l'usufruit légal du conjoint survivant[1736]. Toutefois, cette doctrine, aujourd'hui contestée, enseignait que la convention de mariage ne perdait son caractère d'onérosité qu'à l'égard des enfants du premier lit.

La doctrine moderne estime que la qualification des avantages matrimoniaux ne peut varier en fonction d'événements purement accidentels, tels la présence ou l'absence d'un enfant non issu des deux époux, parce que le contrat de mariage est un contrat à titre onéreux et qu'il ne peut pas être une sorte de masque à deux visages. Ainsi pour un auteur célèbre, « *l'avantage matrimonial est un bénéfice social, bénéfice exceptionnel, avantage particulier de la société conjugale : son onérosité est liée à sa nature de bénéfice et, comme elle, immuable* »[1737]. Cinq arguments militent en faveur de cette analyse.

Le premier est que les dispositions de l'article 1527, alinéa 1er, du Code civil posent le principe de l'onérosité.

Le deuxième concerne l'alinéa 2 du même article, qui vise les conventions qui auront pour conséquence de donner, se fonde sur le seul résultat économique du régime matrimonial, et non sur l'attitude psychologique des époux.

Le troisième réside dans le fait que la loi n'a jamais expressément assimilé l'avantage matrimonial à une donation en évitant avec soin de prononcer les mots libéralité, quotité disponible et réduction.

Le quatrième est que la loi se borne à ouvrir une action en retranchement aux seuls enfants non issus des deux époux.

Le cinquième résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1975[1738] qui a décidé que si l'avantage procuré à un époux par l'adoption du régime de la communauté de meubles et acquêts ouvrait droit à l'action en retranchement, le choix du régime ne pouvait pas être regardé comme un acte permettant la réalisation d'une donation déguisée. Il en résulte que les

---

1736. Req., 25 juin 1912 : D. P., 1913, I, pp. 173 et s.
1737. J. CARBONNIER, Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association : Thèse préc., pp. 795 et 796.
1738. Civ. 1ère, 16 décembre 1975 : Defrénois, 1976, I, art. 31284, pp. 1546 et s., obs. G. MORIN.

avantages matrimoniaux, en présence d'enfants non issus des deux époux, obéissent à leur régime ordinaire, en dehors de l'action en retranchement.

2 - L'action en retranchement

595. L'article 1527, alinéa 2, du Code civil accorde aux enfants non issus des deux époux une action en retranchement pour le cas où l'avantage matrimonial porte atteinte à leur réserve.

Avant d'examiner cette action, trois remarques s'imposent. La première est que tous les avantages matrimoniaux sont concernés par cette action, sans distinction de leur source et de leur aspect. La deuxième est que l'exercice de cette action judiciaire est complexe car il impose des évaluations et des liquidations. La troisième est que les bénéfices résultant des économies faites sur les produits du travail et sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux, ne sont considérés comme des avantages faits au préjudice des enfants non issus des deux époux, aux motifs que lesdits revenus sont affectés aux dépenses du ménage et que les conjoints auraient pu aussi bien les consommer. L'analyse de l'action en retranchement conduit à examiner ses titulaires, ses conditions et ses effets.

Les titulaires

596. Jusqu'à la loi du 3 décembre 2001, le cercle des titulaires était limité puisqu'il ne comprenait que les enfants d'un *« précédent mariage »*, c'est-à-dire littéralement que les enfants légitimes d'un précédent lit, ce qui avait conduit à l'exclusion injuste des enfants naturels. Heureusement, l'article 17 de cette loi a uniformisé l'application de l'article 1527, alinéa 2, du Code civil à tous les enfants qui ne sont pas issus des deux époux[1739], et leur a

[1739]. F.-J. PANSIER, *« Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin »* : Gaz. Pal., des 14/15 décembre 2001, doct., pp. 2 et s., spc. p. 2 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « *Réforme des successions examen d'une difficulté de droit*

apporté par voie de conséquence une meilleure protection. De plus, un arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2002[1740], se fondant sur le principe de non-discrimination selon la naissance édicté par la Convention européenne des droits de l'homme, a décidé, par un revirement spectaculaire, que les enfants naturels nés d'une précédente liaison, tout comme les enfants légitimes nés d'une précédente union, peuvent bénéficier de la protection accordée par l'article 1527, alinéa 2, du Code civil, afin de leur éviter d'exercer à l'avenir un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Si ce revirement répond à un besoin d'équité vis-à-vis des enfants concernés, celui-ci possède un effet rétroactif, qui fait planer une grande incertitude juridique sur tous les partages réalisés depuis presque trente ans, dès lors qu'ils mettent en scène des enfants naturels et des avantages matrimoniaux.

Les conditions

597. Il faut que les titulaires de l'action acceptent la succession. S'ils sont indignes ou renoncent[1741], les avantages matrimoniaux ne sont pas soumis à l'action en retranchement[1742]. Il faudra donc attendre le décès de l'époux remarié pour déterminer le sort des avantages matrimoniaux, leur destin dépendant de l'attitude des enfants d'une précédente union au regard de la succession. Si la deuxième union prend fin du vivant des deux époux, la liquidation de la communauté s'effectuera provisoirement dans les termes du droit commun, il y aura, éventuellement, rectification au décès de l'époux remarié.

L'objet

598. Pour exercer l'action en retranchement, il faut prouver que l'avantage matrimonial dont il s'agit porte atteinte à la réserve des enfants non issus des deux époux. Ainsi, la charge de la

---

transitoire : l'action en retranchement (À propos de l'article 1527, alinéa 2 nouveau, du Code civil) » : Defrénois, 2002, I, art. 37473, pp. 153 et s., spc. pp. 153, 154 et 156.

[1740]. Civ. 1ère, 29 janvier 2002 : R. J. P. F., mai 2002, pp. 14 et s., note G. CASEY.

[1741]. Aix-en-Provence, 10 mars 1997 : J. C. P., 1998, I, 135, n° 5, obs. P. SIMLER.

[1742] Limoges, 1ère ch., 27 mai 1867 : D. P., 1867, II, pp. 77 et s. ; S., 1867, II, pp. 337 et s.

preuve incombe aux titulaires de l'action qui devront d'abord évaluer le montant de l'avantage, puis calculer la quotité disponible pour déterminer s'il préjudicie à leur réserve.

Les effets

599. Ceux-ci se manifestent à la fois en droit civil et en droit fiscal.

En droit civil, les avantages matrimoniaux sont réduits à la quotité disponible entre époux, c'est-à-dire soit au disponible ordinaire, soit à 1/4 en propriété et 3/4 en usufruit, soit à la totalité en usufruit, et ils ne sont traités en libéralités qu'à l'égard des enfants non issus des deux époux. Vis à vis des autres personnes, ils sont des conventions entre associés. Cependant, la jurisprudence s'est écartée de ces principes, en décidant que les sommes retranchées rentrent dans la succession. Il en résulte que l'égalité entre les enfants conduit à un partage égal de la réserve, si bien que les enfants communs bénéficient d'une augmentation indirecte de leur part.

En droit fiscal, les biens récupérés par les enfants dans le cadre du retranchement sont assujettis aux droits de mutation à titre gratuit en ligne directe. Mais pour les biens que le conjoint survivant conserve, en dépit du retranchement, un arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997[1743] a décidé que l'article 1527, alinéa 2, du Code civil a pour seul effet de soumettre les avantages matrimoniaux aux règles édictées pour les libéralités pour la part qui excède la quotité disponible entre époux, et que *« l'Administration fiscale ne peut prétendre percevoir des droits de mutation par décès sur la part attribuée au conjoint survivant au titre des conventions matrimoniales ».* Par une instruction du 8 janvier 1998[1744], l'Administration fiscale a pris acte de cette jurisprudence et rapporté sa doctrine antérieure qui réclamait le paiement des droits de mutation sur l'ensemble des biens reçus au titre de la convention de

[1743]. Civ. 1ère, 6 mai 1997 : Bull. civ., I, n° 147, p. 98 ; Defrénois, 1997, I, art. 36640, n° 129, pp. 1086 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Defrénois, 1997, I, art. 36666, pp. 1194, obs. A. CHAPPERT ; J. C. P. éd. N., 1997, jur., pp. 1533 et s., note P. PELLETIER et P. APPREMONT ; Les petites affiches, n° 50, du 27 avril 1998, pp. 13 et s., note G. TEILLIAIS ; D., 1998, jur., pp. 303 et s., note F. DEBOISSY ; R. T. D. civ., 1998, pp. 179 et s., obs. B. VAREILLE ; J. PIEDELIÈVRE, *« La clause d'attribution intégrale de la communauté : le fisc désapprouvé (à propos de Cass. 1ère civ., 6 mai 1997) »* : J. C. P. éd. N., 1997, I, pp. 939 et s.
[1744]. Instruction du 8 janvier 1998 : B. O. I. 7 G-1-98 ; J. C. P. éd. N., 1998, en bref, p. 45.

mariage, même si les enfants du premier lit renonçaient à l'action en retranchement. Il en résulte que le droit fiscal a consacré la thèse de l'onérosité des avantages matrimoniaux, même en présence d'enfants non issus des deux époux et qu'il n'est plus un frein à leur adoption. À l'heure des recompositions familiales, l'importance pratique de la solution est manifeste.

Face à la complexité de l'action en retranchement, un auteur[1745] propose judicieusement un système différent dans lequel les enfants protégés disposeraient d'une action en reconstitution de leur part de réserve. De ce fait, *« le complément de part serait calculé en comparant la réserve qu'ils auraient reçue en l'absence de l'avantage matrimonial consenti au second conjoint, à celle qu'ils reçoivent en sa présence, déduction faite, éventuellement, des libéralités que leur auteur a pu leur consentir en avancement d'hoirie. Ainsi, ils n'auraient l'action en réduction de l'avantage matrimonial que si les libéralités reçues ne complétaient pas la part de réserve qu'ils auraient eue en l'absence de l'avantage matrimonial. À défaut de libéralités en avancement d'hoirie suffisantes pour les remplir de leurs droits, ils effectueraient une reprise, en nature ou en valeur, des biens objets des avantages matrimoniaux, à hauteur de ce qui leur manque pour compléter leur réserve »*.

b - L'HYPOTHÈSE DU DIVORCE OU DE LA SÉPARATION DE CORPS

600. Le mariage a trop de répercussions d'ordre patrimonial pour que sa rupture par divorce ou séparation de corps n'en ait pas sur les avantages matrimoniaux convenus entre époux, qui ne changent pas pour autant de nature[1746].

Avant la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, un auteur avait pu écrire que « s*i le rôle de la faute dans la détermination des conséquences du divorce a été en grande partie gommé par la loi du 11 juillet 1975, il n'en a pas été ainsi en ce qui concerne le sort des (...) avantages*

[1745]. C. RIEUBERNET, Les donations entre époux étude critique, Tome 3, Éditions Defrénois, collection de Thèses, 2003, p. 125, n°152.
[1746]. M. STORCK, *« Communauté conventionnelle. Nature juridique des avantages matrimoniaux »* : Jur. - Cl. civ., art. 1527, fasc. 20, 5-1991, p. 6, n° 31.

matrimoniaux »[1747]. Ainsi, l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps, que ce soit pour faute ou pour rupture de la vie commune, avait été prononcé perdait de plein droit tous les avantages matrimoniaux que son conjoint lui avait consentis, tandis que ce dernier conservait les siens. Dans les autres cas de divorce, la règle était la liberté des époux. Si rien n'avait été prévu, les avantages matrimoniaux étaient censés avoir été maintenus.

La loi du 26 mai 2004 apporte des modifications très importantes aux règles antérieures en distinguant deux situations.

601. Lorsque les avantages matrimoniaux ont produit effet au cours du mariage, ils seront maintenus en dépit du prononcé du divorce qui, en l'occurrence, n'a plus d'incidence. Il s'agira par exemple du cas où les époux ont adopté un régime de communauté universelle puisque les biens sont devenus communs dès l'adoption du régime ou de l'hypothèse de la clause d'apport de biens propres en communauté sans contrepartie. À ce propos, un auteur a judicieusement fait observer que dans cette situation, *« le divorce ou la séparation de corps brise la perspective d'un avenir commun mais n'efface pas le passé »*[1748].

Face à cette nouvelle situation juridique, le notariat va certainement déconseiller, encore plus qu'auparavant, l'adoption de ces avantages à de jeunes époux, et si ces derniers passent outre, il les informera des dispositions de l'article 265 du Code civil, sans oublier de proposer une clause de reprise des biens propres apportés en communauté en cas de divorce, tout en précisant que la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la validité de cette clause[1749].

602. Lorsque les avantages matrimoniaux ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux, le divorce emporte leur révocation de plein droit, sauf volonté contraire du conjoint les ayant consentis, ladite volonté étant constatée par le juge au moment du prononcé du divorce, mais pas ultérieurement, et rendant, par voie de conséquence, irrévocables les avantages maintenus.

Ainsi, en principe, ne joueront plus en cas de divorce : les clauses de préciput, les clauses de prélèvement moyennant indemnité ou les clauses de partage inégal de la communauté, ou les

---

[1747]. G. CRÉMONT, *« Divorce : le sort des donations et avantages matrimoniaux »* : Defrénois, 1999, I, art. 36974, pp. 513 et s., spc. p. 515, n° 9.
[1748]. C. RIEUBERNET, Les donations entre époux étude critique, Tome 3 : préc., p. 187, n°226.

clauses qui modifient les règles légales des récompenses ou les clauses d'attribution intégrale de la communauté au survivant[1750], ce qui constitue une consécration législative partielle de l'ex-clause de caducité des avantages matrimoniaux en cas de divorce qui avait été créée par la pratique notariale, dont l'objet était plus large, puisqu'il prévoyait la caducité des avantages matrimoniaux, au cas où c'était le divorce qui dissolvait le mariage, ou encore stipulait qu'ils n'appliquaient qu'en cas de dissolution de la communauté par le décès de l'un des époux. Pour des auteurs, il en résulte que *« l'époux qui perd le bénéfice d'un avantage matrimonial ne peut revendiquer, au titre des biens communs que ceux qui le seraient sous le régime de la communauté réduite aux acquêts »*[1751].

En qualifiant de plus en plus souvent les avantages matrimoniaux de conventions entre associés, le droit positif a accru considérablement leur domaine aux dépens de celui des libéralités, afin de protéger toujours plus les époux vulnérables. D'ailleurs, un auteur souligne judicieusement qu' « *avantager un époux, lui faire primer les intérêts des héritiers et du fisc, ce n'est pas l'avantager égoïstement, c'est, à travers lui reconnaître, que le mariage se perpétue au-delà de l'union et transcende les intérêts particuliers des autres membres de la famille »*[1752].

Cependant, même si le mariage survit spirituellement à sa fin matérielle, il faut bien voir comment le droit de la famille protège les époux les plus faibles lors du démariage.

CHAPITRE 2
LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLES MARIÉS PAR LES RÈGLES RÉGISSANT LE DÉMARIAGE

[1749]. En ce sens, voir : J. –L. PUYGAUTHIER, *« Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 »* : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1538.
[1750]. En ce sens, voir : A. BÉNABENT, La réforme du divorce article par article, Éditions Defrénois, 2004, p. 84, n°s 94 et 95.
[1751]. Dossiers pratiques Francis LEFEBVRE, Réforme du divorce Loi du 26 mai 2004, Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales, Éditions Francis LEFEBVRE, 2004, p. 83, n°1178.
[1752]. C. SAUJOT, « *Les avantages matrimoniaux (notion - nature juridique) »* : préc., p. 723.

603. Dans l'esprit des époux qui se promettent un amour éternel, l'inscription du mariage dans la durée est essentielle. Mais en pratique, ces voeux sont difficiles à satisfaire, parce que comme tout groupement humain, le couple marié n'a qu'une durée de vie limitée. Certains événements l'ébranlent (séparation de corps, séparation de fait) dans sa substance qui réside dans la cohabitation des époux, tandis que d'autres le font juridiquement disparaître.

604. La mort du couple pour les conjoints tient tantôt à la volonté des époux ou de l'un d'eux (divorce, annulation), tantôt à des événements involontaires (décès, absence, disparition).

Parmi ces motifs, on ne retiendra que les plus fréquents et les plus graves, à savoir le divorce (Section 1) et le décès (Section 2), qui attestent de la fragilité du lien conjugal, et qui sont d'ailleurs les deux seuls cas de dissolution du mariage prévus par l'article 227 du Code civil, car la séparation de fait ou de corps n'anéantit pas le mariage.

SECTION 1
LA PROTECTION DES ADULTES DIVORCÉS VULNÉRABLES

605. Aujourd'hui, la liberté d'aimer est aussi sacrée que celle de penser. Néanmoins, le divorce reste vécu comme le point noir des difficultés familiales, parce qu'il est un acte grave. En effet, pour un auteur, le divorce *« est toujours très dur et même si l'on parvient à le vivre légèrement en apparence, on peut en conserver la marque tout au long de sa vie »*[1753], car il sépare les couples et éclate les familles.

Ayant pour finalité le démariage, le divorce est conçu pour mettre fin aux rapports entre époux, tant sur le plan patrimonial que sur le plan extra-patrimonial, lorsque ceux-ci préfèrent la séparation à une vie commune médiocre ou devenue impossible.

606. Cependant, le mariage étant à la fois un contrat et une institution, sa dissolution par le divorce est minutieusement réglementée.

[1753]. G. CHRISTOL, *« Un commun regard minimum sur les êtres et sur les choses »* : Petites affiches, n° 78, du 1er juillet 1998, pp. 5 et s., spc. p. 9.

Par rapport aux ruptures de fiançailles, de concubinages ou de PACS, l'existence d'une procédure de divorce constitue une protection des adultes vulnérables s'estimant trompés dans leurs sentiments et exploités sur le plan économique.

607. La loi du 11 juillet 1975 et le décret de procédure du 5 décembre 1975 apparaissaient comme un droit de compromis.

D'un côté, l'influence du catholicisme s'était manifesté par le maintien de la séparation de corps, par la recherche d'un rééquilibrage des situations patrimoniales perturbées, et par la survie exceptionnelle du devoir de secours.

D'un autre côté, tout en souhaitant déculpabiliser et dédramatiser le divorce, elle l'avait libéralisé en admettant le pluralisme de ses cas pour répondre à la diversité des situations, et afin de régler définitivement les conséquences de la dissolution du mariage à l'issue de la procédure.

Au fil du temps, la loi de 1975 avait fait l'objet de nombreuses critiques émanant des professionnels du droit qui lui reprochaient des procédures trop longues, trop conflictuelles, et mettant au deuxième plan la liquidation du régime matrimonial, ainsi qu'un régime de la prestation compensatoire contesté en dépit de sa réforme par la loi n°2000-596 du 30 juin 2000.

608. Dans ce contexte, la loi n°2004-139 du 26 mai 2004 relative au divorce a pour philosophie d'établir, selon les termes du Garde des Sceaux, *« un droit plus protecteur de la dignité des couples et des liens essentiels de la parenté »*. Avec cet esprit, la loi du 26 mai 2004 a maintenu le caractère judiciaire de la procédure de divorce qui est censé protéger les personnes vulnérables, en garantissant la sécurité juridique des époux et la juste prise en compte de leurs intérêts respectifs. Ainsi que l'a judicieusement noté un auteur, *« ce n'est pas le symbole d'une démarche solennelle qui est en jeu, mais la garantie que les engagements du mariage seront déliés avec le concours d'un professionnel dans le cadre d'une procédure précise »*[1754]. Comme pour le mariage, le divorce nécessite une intervention de l'autorité publique. Cependant, alors que le mariage est un acte de l'état civil, le divorce est

[1754]. Y. DELECRAZ, *« Le projet de réforme du divorce »* : Defrénois, 2004, doct., art. 37935, pp. 641 et s., spc. p. 644.

une institution judiciaire. Ce n'est d'ailleurs pas un procès civil ordinaire puisque le juge devra préserver les intérêts de l'époux le plus vulnérable et des enfants[1755]. En effet, il est plus grave de rompre le lien que de le nouer, parce qu'une famille a été constituée.

609. De plus, la loi du 26 mai 2004 se propose de satisfaire quatre objectifs : marginaliser le divorce pour faute, accélérer et simplifier les procédures, pacifier les séparations, et protéger conjoint le plus faible dans les conditions (§ 1) et dans les conséquences du divorce (§ 2).

§ 1 - LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLES DANS LES CONDITIONS DU DIVORCE

610. Depuis la loi du 26 mai 2004, la protection des adultes les plus vulnérables dans les conditions du divorce est équivoque.

En effet, si le divorce pour altération définitive du lien conjugal, qui s'apparente à une répudiation contrôlée de l'époux délaissé est admis (A), le divorce pour faute est maintenu (B), avec la volonté de protéger le conjoint victime de violences conjugales (C).

A – L'ADMISSION DU DIVORCE POUR ALTERATION DEFINITIVE DU LIEN CONJUGAL

611. Créé par la loi du 26 mai 2004, ce divorce remplace les précédents divorces pour rupture de la vie commune qui étaient des innovations très discutées de la loi du 11 juillet 1975,

[1755]. Dans les divorces par consentement mutuel et accepté, le juge doit s'assurer que le consentement des époux soit réel, libre et éclairé. De plus, dans le divorce par consentement mutuel, il homologue la convention et prononce le divorce, sauf s'il constate que ladite convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, ou si les droits et obligations des époux sont inéquitablement fixés.

puisque cette dernière avait voulu concilier deux intérêts inconciliables : libérer l'époux demandeur de ses attaches conjugales, tout en protégeant son conjoint vulnérable[1756].

Il est censé répondre aux mêmes situations que ses prédécesseurs, c'est-à-dire qu'il permet à un époux de divorcer alors que son conjoint s'y refuse et que les griefs à son encontre ne sont pas constitutifs d'une faute, cause de divorce.

Cependant, son esprit est différent, puisque la loi commande de prendre acte de la cessation de la communauté de vie des époux pendant une durée de deux années précédant l'assignation, sans faire assumer par le demandeur la responsabilité de cette altération du lien conjugal et sans donner à celui qui subit la procédure le droit de s'opposer au divorce, ce qui consacre un véritable droit au démariage.

612. Ainsi, la pensée de la réforme étant de ne préserver le mariage que s'il a encore un sens, l'exception de dureté, pourtant très protectrice des personnes vulnérables, a disparu, en laissant la place au traitement de droit commun des conséquences matérielles du divorce tant par la prestation compensatoire, que par les dommages et intérêts de l'article 266 du Code civil destinés à réparer les *« conséquences d'une particulière gravité du fait de la dissolution du mariage »*.

613. De plus, comme le souligne un auteur, *« il est regrettable que l'altération des facultés mentales ait disparu car le conjoint de l'aliéné devra désormais quitter son époux s'il souhaite obtenir le divorce deux ans plus tard, contrairement au droit antérieur qui permettait d'éviter une telle conséquence »*[1757]. D'ailleurs, un autre auteur confirme cette opinion en écrivant qu' *« on regrettera que le législateur de 2004 n'ait rien prévu pour le conjoint abandonné à son sort : par une sorte de déni de la réalité, le cas du conjoint malade est rejeté dans la masse des divorces-faillite, sans qu'aucune garantie particulière ne lui soit*

1756. A. –S. BRUN et C. GAILLARD, *« La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours »* : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 145 et s., spc. pp. 161 et 162.

1757. L. MAUGER-VIELPEAU, *« Divorce. Une réforme enfin adoptée ! »* : J. C. P. éd. N., 2004, En bref, 118, pp. 937 et s., spc. p. 938.

accordée. Peut-on, sans autre forme de procès, renvoyer à la solidarité nationale une question qui relève avant tout de la responsabilité personnelle ? »[1758].

614. Enfin, et contrairement à l'ex-divorce pour rupture de la vie commune, le demandeur n'a plus à mentionner, dans sa requête initiale, les moyens par lesquels il devait assurer pendant l'instance, et, après le prononcé du divorce, son devoir de secours cesse totalement d'exister dès le jugement.

Toutefois, dans certains cas, il est plus intéressant pour le défendeur de se voir attribuer une prestation compensatoire plutôt qu'une pension, surtout s'il songe à se remarier ou à vivre en concubinage[1759]. De plus, la diversité les critères d'attribution d'une prestation compensatoire permet de prendre en considération la particulière vulnérabilité du conjoint défendeur, qui pourra aussi demander des dommages et intérêts dans certaines conditions.

615. Selon la manière dont ce divorce est nommé, il prend une apparence acceptable ou il est vu sous un angle défavorable.

Ceux qui lui sont favorables, le qualifient de divorce-remède ou de divorce-libération constatant la désunion des époux, et précisent que la dissolution du mariage civil pour celui qui n'a rien à se reprocher n'a généralement plus rien d'infamant. Cette perception les conduit à estimer que si les conjoints vivaient séparés, c'est qu'ils ne s'entendaient plus depuis longtemps et que leur mariage était devenu une coquille vide. Fondé sur le droit au bonheur, ce type de divorce permet à un époux de régulariser un concubinage qui durait depuis plusieurs années, en se libérant d'un époux qui ne voulait pas divorcer. D'ailleurs, c'est le choix du législateur qui s'impose, d'autant qu'il correspond à ce qu'un auteur a appelé *« la société de la réalité »*[1760], et qu'il est conforme à l'évolution du droit de la plupart des pays de l'Union européenne qui connaissent déjà des formes de divorce comparables[1761].

1758. H. FULCHIRON, *« Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) »* : Defrénois, 2004, doct., art. 37999, pp. 1103 et s., spc. p. 1113.
1759. J. –P. ROUSSE, « *La demande reconventionnelle dans le divorce pour rupture de la vie commune* » : Gaz. Pal., 1977, I, doct., pp. 439 et s., spc. p. 440.
1760. J. HAUSER, *« Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité »* : Dr. fam., février 2005, études, n°3, pp. 7 et s.
1761. En ce sens, voir : B. WEISS-GOUT, *« Les états généraux du droit de la famille »* : Dr. fam., janvier 2005, entretien, n°1, pp. 6 et s.

Ceux qui lui sont hostiles, le qualifient de répudiation d'une personne innocente[1762]. Cette conception les amène à considérer que le conjoint, qui bénéficie d'un *« réel droit à l'abandon »*[1763], rompt unilatéralement le mariage sans que son époux n'ait ni commis de faute ni donné son accord. Pour eux, il ne s'agit pas de la répudiation pure et simple du droit musulman où la volonté du répudiant est discrétionnaire et à effets immédiats mais d'une répudiation contrôlée, à tempérament et à charge, qui suppose en plus de l'intervention du juge, une certaine durée de la séparation, et des protections bénéficiant au répudié.

B – LE MAINTIEN DU DIVORCE POUR FAUTE

616. Le divorce pour faute est associé à une idée un peu simpliste de la justice conjugale[1764], dans laquelle il faut punir un coupable, en exacerbant les passions et les haines des conjoints, et en compromettant l'avenir de la cellule familiale déchirée par les conflits actuels et futurs des époux[1765], au lieu de conserver des relations civilisées au moins dans l'intérêt des enfants.

617. Cependant, et bien que les comportements fautifs soient souvent une réponse aux dysfonctionnements des relations entre les conjoints, le divorce pour faute est censé protéger les personnes vulnérables en leur permettant de faire reconnaître en justice leur innocence, et en imputant à l'époux fautif certaines conséquences.

De plus, ce divorce est parfois plus pacifiant qu'un divorce sur demande conjointe extérieurement consensuel, mais intimement conflictuel.

En outre, le divorce pour faute est une nécessité lorsque le conjoint a disparu et ne répond pas aux courriers de l'avocat consulté par l'autre époux dans une perspective de divorce amiable.

1762. P. RAYNAUD, *« Les divers visages du divorce »* : D., 1976, chron., p. 141 et s., n° 20.
1763. B. BEIGNIER et R. PERROT, *« L'autre paix des familles »* : in JurisClasseur Procédures, février 2005, Dossier spécial réforme du divorce, p. 1.
1764. D. GANANCIA, « *Pour un divorce du XXI^{ème} siècle »* : Gaz. Pal., 1997, I, pp. 662 et s.
1765. C. LESBATS, *« Chronique des divorces contentieux »* : Petites affiches du 6 janvier 2000, n° 4, pp. 16 et s., spc. p. 18.

618. Enfin, le divorce pour faute constitue une porte de sortie du mariage pour le conjoint victime de violences, car, comme l'observe un auteur, ce dernier *« ne peut espérer ni le consentement de son tortionnaire pour le libérer, ni la rupture de la communauté de vie ; il n'a bien souvent pas la possibilité d'y mettre fin lui-même, compte tenu des violences physiques ou morales qu'il subit »*[1766].

C – LA PROTECTION DU CONJOINT VICTIME DE VIOLENCES CONJUGALES

619. Avant la loi du 26 mai 2004, la protection du conjoint victime de violences conjugales n'était pas inexistante, puisqu'à part la règle que lesdites violences constituaient une faute au titre de l'article 242 du Code civil, le juge pouvait atténuer ce danger en autorisant cet époux à résider séparément de l'autre, avec éventuellement les enfants mineurs[1767], ou en ordonnant en urgence le départ d'un conjoint du domicile conjugal[1768]. Il y avait ainsi dispense de l'obligation de cohabitation prévue à l'article 215 du Code civil.

Comme cela a été précédemment écrit, le nouvel article 220-1, alinéa 3, du Code civil, créé par la loi du 26 mai 2004, a ajouté dans une phase antérieure au divorce la possibilité donnée au juge de statuer sur la résidence des époux et sur l'attribution en jouissance du logement conjugal au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences.

Cependant, la procédure autonome de l'article 220-1, alinéa 3, ne représente qu'une option par rapport au dispositif de l'article 257-1, alinéa 2, qui permet toujours au juge des affaires familiales, au titre des mesures d'urgence, d'autoriser l'époux victime de violences à résider séparément s'il y a lieu avec ses enfants mineurs. En effet, malgré le renforcement de la protection dudit époux, il peut arriver dans certains cas que son intérêt consiste encore à quitter le domicile conjugal.

1766. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Deuxième partie : Les moyens du changement »* : préc., p. 8, n°11.
1767. T. G. I. Avesnes-sur-Helpes, 11 février 1976 : Gaz. Pal., 1976, I, jur., pp. 334 et s., note M. B. ; J. C. P., 1976, IV, 6591, pp. 113 et s., note J. A. ; R. T. D. civ., 1978, p. 410, obs. J. NORMAND.
1768. T. G. I. Bayonne, JAF, 17 novembre 1995 : Bull. inf. C. cass., 15 mars 1996, n° 342.

§ 2 - LA PROTECTION DES ADULTES VULNÉRABLES DANS LES CONSÉQUENCES DU DIVORCE

620. La conséquence essentielle du divorce réside dans la dissolution du mariage. Cependant, si le divorce entraîne l'indépendance et la liberté des époux, la nécessité de protéger les personnes vulnérables conduit à la survie artificielle des liens du mariage dans trois domaines.

621. Premièrement, si le divorce dissout le couple, les liens parentaux sont indissolubles aussi bien vis-à-vis des enfants mineurs que des enfants majeurs, qui sont souvent les spectateurs innocents et troublés des discordes familiales.

622. Deuxièmement, le régime complexe du nom de l'époux divorcé démontre que le lien du mariage subsiste en apparence. En effet, bien que le principe qui gouverne la matière soit que l'ex-époux perd le droit d'user du nom de son ancien conjoint, celui-ci connaît une exception importante dans l'article 264, alinéa 2, du Code civil qui énonce que l'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants.

623. Troisièmement, et en principe, le divorce met fin aux les rapports patrimoniaux entre époux, ce qui conduit à la dissolution et à la liquidation de leur régime matrimonial. Cependant, les relations entre époux ne sont rompues, ni de la même manière, ni au même moment, ni même parfois complètement. La vocation successorale disparaît totalement, à partir du moment où le divorce est définitif. Le régime matrimonial est dissous avec une rétroactivité qui varie selon les circonstances. Les donations et avantages matrimoniaux qui ont produit leurs effets avant le divorce sont maintenus, alors que ceux qui n'ont pas encore produit leurs effets sont révoqués de plein droit.

De plus, les droits sur le logement familial sont notamment protégés par les dispositions spécifiques suivantes : la jouissance de ce logement a un caractère gratuit jusqu'à

l'ordonnance de non-conciliation, sauf décision contraire du juge[1769] ; dans le cadre des mesures provisoires, le juge peut attribuer à l'un des époux la jouissance de ce logement et du mobilier du ménage ou partager entre eux cette jouissance, en précisant son caractère gratuit ou non, et le cas échéant, en constatant l'accord des époux sur le montant de l'indemnité d'occupation[1770] ; si les époux sont locataires, le jugement de divorce désigne le conjoint bénéficiaire du droit au bail en fonction des intérêts sociaux et familiaux en cause[1771] ; si le logement est un bien commun ou indivis, son sort est réglé dans l'acte liquidatif de leur régime matrimonial lors d'un divorce par consentement mutuel, et en cas d'accord entre les époux dans une convention lors des autres procédures. Dans ce dernier cas, et à défaut d'accord, le conjoint qui souhaite conserver la jouissance de ce logement doit le demander au juge qui dispose de quatre options : accorder une prestation compensatoire sous la forme d'un usufruit, d'un droit d'usage ou d'un droit d'habitation ou même d'une cession du droit de propriété[1772] sur ce logement, statuer sur l'attribution préférentielle dudit logement, décider du maintien forcé des époux dans l'indivision, ou accorder à l'époux une avance sur sa part de communauté ou des biens indivis.

624. En outre, lorsque les époux les plus vulnérables sortent de cette épreuve que constitue leur divorce, le droit les protège par trois techniques : les dommages-intérêts (A), la prestation compensatoire (B), et les garanties de paiement des pensions alimentaires et des prestations compensatoires (C).

A – LES DOMMAGES-INTERETS

[1769]. Article 262-1 *in fine* du Code civil.
[1770]. Article 255 4° du Code civil.
[1771]. Article 1751 du Code civil.
[1772]. Article 274 du Code civil.

625. La reconnaissance sociale du statut de victime par la justice et l'attribution de dommages et intérêts sont généralement considérées comme structurantes pour cette personne[1773], qui est très vulnérable, surtout lorsqu'elle a subi des violences ou/et des atteintes à sa dignité.

Dans le domaine du divorce, les dommages et intérêts sont régis par deux textes[1774], qui sont d'autant plus intéressants pour les adultes vulnérables qu'ils peuvent être invoqués cumulativement[1775], en prenant la précaution de les formuler tous les deux[1776].

L'article 266 du Code civil, introduit par la loi du 11 juillet 1975, avait prévu dans sa version initiale de réparer le préjudice créé par le divorce et souffert par l'époux innocent qui n'avait pas fait le deuil de la séparation. Cet article a été réécrit par la loi du 26 mai 2004 et il en ressort que désormais les dommages et intérêts ne peuvent plus être accordés que pour réparer les conséquences d'une particulière gravité que l'époux subit du fait de la dissolution du mariage (a).

Cependant, l'article 266 du Code civil n'exclut pas l'application de l'article 1382 du Code civil, parce qu'il ne vise pas toutes les conséquences préjudiciables que le divorce a pu causer à l'un des époux, et que le droit commun ne réserve pas au seul époux ayant subi des conséquences d'une particulière gravité le droit de demander des dommages et intérêts (b).

a – LES DOMMAGES-INTÉRÊTS SPÉCIAUX DE L'ARTICLE 266 DU CODE CIVIL

626. Dans sa version issue de la loi du 26 mai 2004, l'article 266 du Code civil dispose que *« Sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour*

1773. Sur la tendance à investir le droit d'une fonction thérapeutique, voir : C. DUVERT, note ss. Agen, 1ère ch., 10 mai 2001 : D., 2003, jur. comm., pp. 450 et s., spc. p. 453.
1774. J. HAUSER, *« Dommages et intérêts »* : R. T. D. civ., 1995, pp. 869 et s., spc. p. 870.
1775. Civ. 2ème, 28 février 1996 : R. T. D. civ., 1996, p. 373, obs. J. HAUSER ; Civ. 2ème, 2 avril 1997 : pourvoi n° 95-18.797.
1776. Civ. 2ème, 8 juin 1995 : Bull. civ., II, n° 168, p. 97 ; D., 1996, jur., pp. 247 et s., note F. EUDIER ; R. T. D. civ., 1995, pp. 869 et s., obs. J. HAUSER.

altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint ».

Le champ d'application de cet article a été élargi puisque peut désormais prétendre à des dommages et intérêts soit l'époux défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal s'il n'a formé aucune demande reconventionnelle en divorce, soit l'époux qui obtient le divorce aux torts exclusifs de son conjoint.

627. Par contre, alors que l'ancien texte pouvait être invoqué pour réparer indifféremment un préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage faisait subir au conjoint, la nouvelle rédaction est plus restrictive puisque les dommages et intérêts ne peuvent être accordés que pour réparer les *« conséquences d'une particulière gravité »* que l'époux subit du fait de la dissolution du mariage, ce qui oblige les juges à les caractériser explicitement. Pour ce faire, ils pourront s'inspirer de la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi de 1975 qui appelle six observations.

628. Premièrement, l'article 266 élimine le préjudice constitué par la diminution de standing de vie causée par le divorce. Il est donc essentiel de distinguer les conséquences d'une particulière gravité visées par l'article 266 de l'attribution de la prestation compensatoire qui a pour objet de compenser la disparité des conditions de vie créée par le divorce[1777]. En effet, la jurisprudence[1778] considère que fondée sur le constat objectif d'un déséquilibre, la prestation compensatoire ne répare pas un préjudice au sens strict.

629. Deuxièmement, l'allocation de dommages et intérêts est refusée lorsque le préjudice ne résulte pas de la dissolution du mariage, ce qui est par exemple le cas dans les hypothèses suivantes : naissance d'un enfant adultérin[1779], départ du mari parti vivre avec une autre

---

1777. D. GUITON, *« Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce »* : D., 1980, chron., pp. 237 et s., spc. p. 239.
Civ. 1ère, 17 février 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°201, 1ère esp., p. 24, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
1778. Civ. 2ème, 12 juin 1996 : Bull. civ., II, n° 149, pp. 90 et s. ; R. T. D. civ., 1996, p. 886, obs. J. HAUSER ; Dr. fam., décembre 1996, comm., n° 22, p. 14, obs. H. LÉCUYER.
1779. Civ. 2ème, 28 septembre 2000 : n°894/D.

femme[1780], ou encore refus par le mari de ramener les enfants à l'issue de son droit de visite[1781].

630. Troisièmement, lorsque le préjudice était essentiellement matériel, un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1995[1782] en avait donné une interprétation restrictive en cassant un arrêt d'appel qui, pour allouer des dommages-intérêts au mari, s'était borné à relever que la femme avait quitté le domicile conjugal en lui laissant l'essentiel des charges du ménage, que la perspective de ce départ avait conduit le mari à interrompre prématurément son activité professionnelle, et qu'ainsi, elle n'avait pas recherché en quoi le préjudice indemnisé résultait de la dissolution du mariage. Cependant, d'autres arrêts plus récents ont assoupli cette interprétation en admettant que soient réparés à ce titre : le fait pour une épouse d'avoir dû quitter le domicile conjugal pour aller vivre en HLM[1783], le fait pour une épouse de s'installer chez ses propres enfants[1784], le fait pour l'épouse de perdre l'emploi qu'elle occupait au sein de l'entreprise familiale[1785], ou encore le fait pour l'épouse d'être obligée de travailler alors que les conjoints avaient initialement décidé que la femme, sans qualification professionnelle, se consacrerait à l'entretien du ménage et des enfants[1786].

631. Quatrièmement, lorsque le préjudice subi était essentiellement moral, la preuve était généralement plus facile à administrer qu'un préjudice matériel. Ainsi, il avait été jugé qu'était indemnisable le préjudice issu de la rupture du lien matrimonial consistant dans le traumatisme subi par une femme atteinte d'un cancer et psychologiquement fragile[1787], ou dans la solitude morale et affective créée par le divorce après une longue vie commune[1788], d'où sont nés de nombreux enfants[1789], ou dans les violences physiques[1790], ou dans l'alcoolisme d'une épouse[1791], ou dans le total manque de respect du mari pour sa femme

---

1780. Civ. 2ème, 4 mars 1999 : n°315/D.
1781. Civ. 2ème, 11 avril 2002 : n°368/D.
1782. Civ. 2ème, 31 mai 1995 : Bull. civ., II, n° 164, p. 93 ; D., 1996, jur., pp. 424 et s., note C. PUIGELLIER ; R. T. D. civ., 1995, p. 870, obs. J. HAUSER.
1783. Aix-en-Provence, 14 octobre 2003 : n°01/09286.
1784. Civ. 2ème, 30 novembre 2000 : n°98-19.141 ; R. J. P. F., 2001/3, p. 25.
1785. Civ. 2ème, 20 juin 2002 : n°00-19.027.
1786. Bourges, 31 mars 2003 : n°01549.
1787. Orléans, 15 décembre 1997 : Juris-Data n° 047379 ; Aix-en-Provence, 27 novembre 2003 : n°01/18376.
1788. Civ. 2ème, 22 octobre 1975 : D., 1976, I. R., p. 7 ; Civ. 2ème, 13 décembre 2001 : n°1842 D.
1789. Civ. 2ème, 6 mai 1987 : Bull. civ., II, n° 99, p. 59.
1790. Aix-en-Provence, 14 octobre 2003 : n°01/09286.
1791. Orléans, 4 février 2003 : n°178/2002.

manifesté pendant des années par un autoritarisme déplacé puis par une relation adultère tout à fait injurieuse, accompagné pour cette épouse d'une perte du prestige social attaché à la condition de femme de médecin[1792].

632. Cinquièmement, lorsque le préjudice était à la fois matériel et moral, le cumul des faits dommageables rendait encore plus grandes les chances d'indemnisation de la victime. Ainsi, l'épouse, qui s'était soudainement retrouvée seule pour élever les enfants alors qu'elle avait obtenu un congé parental avant le départ du mari, subissait un préjudice matériel, mais elle souffrait aussi d'un préjudice moral lié au départ du mari pour rejoindre sa maîtresse[1793]. De même, un préjudice matériel lié à la *« solitude matérielle »* dans laquelle va se retrouver le conjoint a été admis[1794]. D'ailleurs, un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 2004 a confirmé ce point de vue en accordant réparation à une épouse abandonnée au profit d'une autre femme, l'époux ayant de plus laissé à la charge de cette dernière l'enfant commun qui était un adulte handicapé[1795].

633. Sixièmement, l'article 266, alinéa 2, du Code civil précise que *« cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce »*. Cette formule signifie que la demande est impossible dès que la décision de divorce devient irrévocable[1796]. Par conséquent, une demande de dommages-intérêts peut encore être présentée en cause d'appel[1797]. Cependant, l'époux qui a obtenu en première instance, après le divorce, l'entier bénéfice de ses conclusions, ne peut, faute d'intérêt, faire appel pour réclamer en outre des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil[1798].

Abstraction de l'article 266, l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui de la rupture du lien conjugal peut demander réparation à son conjoint s'il arrive à démontrer sa responsabilité

1792. Orléans, ch. de la famille, 16 mars 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°201, 4ème esp., p. 24, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
1793. Besançon, 5 mai 1994 : Juris-Data n° 045929 ; Bourges, 11 février 1999 : Juris-Data n° 041099 ; Nouméa, 12 février 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°201, 6ème esp., p. 24, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
1794. Douai, 7ème ch., 28 mai 1998 : n°96-3592.
1795. Civ. 1ère, 17 février 2004 : R. J. P. F., 2004/5, pp. 14 et s., note T. GARÉ.
1796. Civ. 2ème, 6 février 1985 : D., 1986, somm. comm., p. 114, obs. A. BÉNABENT.
1797. Civ. 2ème, 16 janvier 1980 : Bull. civ., II, n° 10, pp. 6 et s.
1798. Civ. 2ème, 19 novembre 1980 : D., 1981, somm. comm., pp. 270 et s., obs. A. BÉNABENT.

dans les conditions du droit commun[1799], et ce même en dehors de l'action spécifique en divorce.

b – LES DOMMAGES-INTÉRÊTS GÉNÉRAUX DE L'ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL

634. Dans le domaine du divorce, l'article 1382 du Code civil permet d'apporter aux personnes les plus vulnérables une solution financière équitable aux iniquités non couvertes par la loi. Ainsi, il peut servir de fondement à une demande en réparation résultant d'une faute commise pendant le mariage, ce qui conduit à examiner plus précisément son domaine puis ses conditions d'application.

635. Sur le premier point, l'article 1382 du Code civil peut être invoqué dans tous les cas de divorce. La demande de dommages et intérêts peut être présentée soit à l'occasion du divorce, soit postérieurement. À l'occasion d'un divorce pour faute ou pour altération définitive du lien conjugal, cet article peut être invoqué concomitamment avec l'article 266, à condition que l'époux demandeur prouve l'existence de deux préjudices distincts.

636. Sur le deuxième point et conformément au droit commun, l'application de l'article 1382 au divorce requiert la réunion de trois éléments : une faute, un dommage, et un lien de causalité entre les deux.

637. Les fautes retenues par la jurisprudence sont très diverses puisqu'elles comprennent : le fait pour l'époux coupable d'utiliser au cours de la procédure des moyens déloyaux, le comportement outrageant d'un conjoint[1800], les violences subies pendant la vie conjugale[1801] à condition qu'elles n'aient pas été réparées dans le cadre d'une précédente instance pénale[1802], l'abandon du domicile du domicile conjugal alors que les enfants étaient encore très

---

1799. Civ. 1ère, 24 janvier 1990 : Bull. civ., I, n° 21, p. 15.
1800. Paris, 27 janvier 1999 : Juris-Data n° 023647.
1801. Metz, 21 septembre 1993 : Juris-Data n° 050345 ; Civ., 7 octobre 1959 : Gaz. Pal., 1959, II, jur., pp. 305 et s. ; Angers, 13 novembre 1998 : Juris-Data n° 055731.
1802. Civ. 1ère, 8 juin 2004 : R. J. P. F., octobre 2004, p. 19.

jeunes[1803], brusque départ du mari après de nombreuses années de vie commune ayant plongé la femme dans une profonde et réelle détresse morale et physique à tel point qu'elle a du être hospitalisée à deux reprises et qu'elle s'est trouvée obligée devant l'indifférence de son mari de confier les enfants à des personnes de son entourage[1804], la condamnation du mari pour le viol de sa fille, la séparation ayant été entourée de ce scandale[1805], la transmission d'une maladie et l'atteinte à la dignité de l'un des époux par le scandale public de l'adultère de l'autre[1806], ce qui n'est pas le cas d'une liaison adultérine dans laquelle la concubine n'a jamais rencontré l'épouse du mari, n'a pas cherché à nuire au conjoint de son amant, ni à détourner, à la suite de manœuvres, le mari de son épouse[1807].

638. Le préjudice est celui causé par la faute d'un époux commise pendant le mariage. Comme pour celui de l'article 266 du Code civil, le préjudice matériel doit être distingué de la disparité des conditions de vie créée par le divorce et faisant l'objet de la prestation compensatoire. Mais, il est plus facile à prouver que celui fondé sur l'article 266, car il s'agit d'un préjudice subi pendant le mariage : préjudice issu de l'abandon du domicile conjugal laissant le conjoint abandonné sans ressources et contraint à emprunter, détournement de certains biens communs[1808], ruine de l'autre époux[1809], femme abandonnée dans des conditions particulièrement pénibles entraînant chez elle un syndrome dépressif réactionnel d'autant plus que le mari avait conservé le produit du rachat d'un contrat d'assurance-vie[1810]. Le préjudice peut aussi et surtout être moral : violences physiques et morales subies pendant le mariage, adultère, vexations, imputations diffamatoires, injures : on retrouve ici le large éventail des fautes causes de divorce. Mais les préjudices réparables peuvent être aussi moins communs.

639. Ainsi, le refus par l'un des époux de tirer du divorce les conséquences qui en résultent normalement relativement au mariage religieux qui a pu doubler le mariage civil, peut

---

1803. Paris, 2ème ch. A, 1er juin 1993 : Juris-Data n° 022018.
1804. Orléans, ch. de la famille, 17 février 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°201, 5ème esp., p. 24, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
1805. Bourges, 25 octobre 1999 : Juris-Data n° 045404.
1806. Civ. 2ème, 17 octobre 1962 : Gaz. Pal., 1963, I, jur., p. 57.
1807. Civ. 2ème, 5 juillet 2001 : J. C. P., 2002, II, 10139, note D. HOUTCIEFF.
1808. Civ. 2ème, 15 octobre 1981 : Bull. civ., II, n° 186, pp. 120 et s. ; Defrénois, 1982, I, art. 32930, n° 57, pp. 1248 et s., obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal., 1982, II, jur., p. 489, note J. M.
1809. Civ. 2ème, 20 janvier 1982 : Bull. civ., II, n° 11, pp. 7 et s.

engendrer un dommage que l'article 1382 permet de réparer. Selon la religion israélite, la femme ne peut se remarier après divorce que si son ex-mari lui a délivré une lettre de répudiation dite gueth. Le refus par le mari divorcé de délivrer le gueth à sa femme peut être sanctionné par une condamnation à des dommages-intérêts[1811]. Toutefois, cette condamnation à des dommages-intérêts est la seule sanction possible. En effet, pour la jurisprudence, la délivrance du gueth constitue pour le mari une simple faculté relevant de sa liberté de conscience, et dont l'abus ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Dans ces conditions, il n'est pas possible de condamner le mari à une astreinte d'un certain montant par jour de retard dans la délivrance du gueth[1812].

640. De même, en invoquant la perte de la chance de se voir accorder une prestation compensatoire du fait de l'organisation d'insolvabilité de son conjoint, l'ex-épouse est fondée à demander le paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, puisque les infractions pénales commises par son mari l'ont contrainte à renoncer à sa demande de prestation compensatoire[1813].

Quelque soit l'importance du préjudice allégué, l'action en responsabilité civile, protectrice des personnes les plus vulnérables, mais postérieure au divorce réamorce d'évidence le contentieux conjugal passé, alors que le législateur de 1975 et de 2004 souhaite arrêter les effets pécuniaires du divorce au moment où il est prononcé.

B – LA PRESTATION COMPENSATOIRE

641. Issue de l'idée qu'il n'est pas bon psychologiquement de prolonger entre les ex-conjoints le face à face de créancier à débiteur et que les époux divorcés sont souvent mieux disposés à

1810. Civ. 1ère, 25 mai 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°201, 2ème espèce, p. 24, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.
1811. Civ. 2ème, 5 juin 1985 : J. C. P., 1987, II, 20728, note E. AGOSTINI ; Civ. 2ème, 15 juin 1988 : Bull. civ., II, n° 146, p. 78 ; J. C. P., 1989, II, 21223, note M. –L. MORANCAIS-DEMEESTER.
1812. Civ. 2ème, 21 avril 1982 : Gaz. Pal., 1983, II, pp. 590 et s., note F. CHABAS ; Civ. 2ème, 21 novembre 1990 : D., 1991, jur., pp. 434 et s., note E. AGOSTINI ; Versailles, 1ère ch., 31 octobre 1994 : D., 1995, jur., pp. 245 et s., note E. AGOSTINI.
1813. Civ. 2ème, 24 juin 1998 : Dr. fam., février 1999, comm., n° 16, pp. 16 et s., obs. H. LÉCUYER.

payer dans les premiers temps, la prestation compensatoire est destinée à compenser autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives, c'est-à-dire en clair, maintenir le niveau de vie de l'époux le moins favorisé. Son fondement repose sur la combinaison des notions de responsabilité, de solidarité, et de générosité. Ainsi, selon un auteur, la prestation compensatoire relève « *d'une philosophie de la justice distributive : le législateur a estimé que les effets du divorce quant au train de vie respectif des époux devaient autant qu'il est possible être neutralisés afin d'ôter son caractère pénalisant à la condition de divorcé* »[1814].

642. En effet, cette prestation tend, par l'octroi d'une maintenance, à éviter à l'époux le plus vulnérable un effondrement de ses conditions de vie, qui serait moralement injuste et socialement nuisible. Cela explique pourquoi les juges du fond doivent constater la disparité créée par le divorce quand ils condamnent un époux à verser une prestation compensatoire[1815].

643. Depuis la loi du 26 mai 2004, la prestation compensatoire est possible dans toutes les formes de divorce, y compris le divorce pour altération définitive du lien conjugal et au bénéfice de tous les époux, sans prise en considération de leur comportement répréhensible pendant le mariage, si bien qu'un auteur a pu écrire que *« la prestation constitue l'émanation d'une responsabilité sans faute, qui repose sur le seul constat objectif de l'existence d'une disparité pécuniaire entre les époux au sortir du mariage »*[1816]. En conséquence, un époux peut la demander, même si le divorce est prononcé à ses torts exclusifs. Toutefois, dans ce dernier cas, l'objectivation de la prestation compensatoire est limitée par l'article 270, alinéa 3, du Code civil qui prévoit que le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l'équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271 du Code civil, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture[1817]. Ainsi, l'équité permettra au juge de refuser l'octroi d'une prestation compensatoire à un époux ayant abandonné le domicile conjugal sans assumer aucune charge des enfants communs pendant de

---

1814. A. SÉRIAUX, *« La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris »* : R. T. D. civ., 1997, pp. 53 et s., spc. p. 62.
1815. Civ. 2ème, 12 juillet 1984 : Bull. civ., II, n° 133, p. 93.
1816. S. DAVID, *« Les contours de la future prestation compensatoire »* : A. J. famille, juin 2003, pp. 211 et s., spc. pp. 212 et 216.
1817. Sur ce point, voir : H. BOSSE-PLATIÈRE, *« La physionomie nouvelle de la prestation compensatoire dans la loi n°2004-439 du 26 mai 2004 »* : J. C. P., 2004, I, 167.

nombreuses années, se retrouvant au RMI après une brillante carrière, pendant que son conjoint avait maintenu sa situation en élevant seul les enfants. Bien que cette référence à l'équité réponde à une intention louable, il est permis de se demander avec un auteur *« si l'imprécision des critères utilisés ne risque pas d'avoir l'effet inverse de celui souhaité et si certains couples ne se laisseront pas entraîner sur un terrain contentieux dans l'espoir de voir le juge priver l'un d'eux de toute prestation compensatoire »*[1818].

644. Pour avoir une idée plus précise sur les rapports entre les adultes vulnérables et la prestation compensatoire, il convient d'analyser ses conditions d'attribution (a), puis sa vie (b).

a - LES CONDITIONS D'ATTRIBUTION

645. La plupart du temps, les époux se quittent à peu près à égalité de besoins et de ressources. Cela arrive, soit lorsqu'ils sont indigents, soit lorsqu'à l'inverse, ils se sont entendus pour partager les biens dépendant de leur importante communauté : dans cette hypothèse, il n'y aura souvent mais pas systématiquement rien à compenser.

646. À l'inverse, lorsque les ressources de l'un sont plus élevées que celles de l'autre ou qu'elles sont concentrées du même côté, l'article 270 du Code civil a pour vocation de protéger le conjoint le plus vulnérable, en posant le principe selon lequel la prestation compensatoire est destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives, même si elle n'est pas significative[1819]. Cependant, ce principe connaît trois limites. D'abord, la prestation assure une parité des conditions de vie mais pas celle des fortunes. Ensuite, elle ne saurait servir de rectificatif au

[1818]. J. –J. LEMOULAND, *« La loi du 26 mai 2004 relative au divorce »* : préc., p. 1836. Dans le même sens, voir : V. LARRIBAU-TERNEYRE, *« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Troisième partie : Les risques d'immobilisme »* : Dr. fam., septembre 2004, études, n°19, pp. 7 et s., spc. p. 8, n°11.
[1819]. Civ. 2ème, 5 mars 1997 : Bull. civ., II, n° 64, p. 37 ; Dr. fam., juillet-août 1997, comm., n° 104, p. 15, obs. H. LÉCUYER ; R. T. D. civ., 1997, p. 405, obs. J. HAUSER.

régime matrimonial librement choisi par les époux. Enfin, la disparité doit être d'ordre économique et ne peut pas être exclusivement d'ordre moral[1820].

647. Les critères permettant de savoir s'il existe une disparité créée dans les conditions de vie des époux, et devant être précisés dans la décision du juge, sont déterminés par l'article 271 du Code civil.

648. L'alinéa 1[er] de ce texte prend en considération les besoins de l'époux à qui est versée la prestation compensatoire et les ressources de son conjoint, en prenant soin de souligner qu'il faut pour cela, tenir compte de leur situation au moment du divorce et de son évolution dans un avenir prévisible. À ce propos, le juge doit faire souverainement de la prospective[1821]. Ainsi, seront pris en compte les circonstances que la femme peut prétendre à une rente[1822] ou à des espérances successorales proches[1823], ou encore que le mari verra ses bénéfices professionnels diminuer au fur et à mesure qu'il avancera en âge[1824]. Cependant, cette appréciation prospective est difficile à mettre en oeuvre en période de crise économique, pendant laquelle toute prévision d'évolution est aléatoire.

649. L'alinéa 2 de texte énumère un certain nombre de critères que le juge doit prendre en considération dans la détermination des besoins et des ressources des intéressés. Il s'agit notamment de la durée du mariage, de l'âge et de l'état de santé des époux, de leur qualification et de leur situation professionnelles, des conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne, du patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenus, après la liquidation du régime matrimonial, de leurs droits existants et prévisibles, et leur situation respective en matière de pensions de retraite. À ce propos, la Cour de cassation suprême a considéré, à plusieurs reprises, que cette énumération n'était pas limitative, et que les juges du fond pouvaient tenir compte d'éléments d'appréciation non prévus par ce texte[1825]. Par

---

1820. Versailles, 1ère ch., 11 mars 1985 : D., 1986, somm. comm., p. 111, obs. A. BÉNABENT.
1821. Civ. 2ème, 11 février 1981 : Bull. civ., II, n° 30, pp. 20 et s. ; R. T. D. civ., 1985, p. 150, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.
1822. Civ. 2ème, 13 février 1991 : Juris-Data n° 000475.
1823. Bourges, 31 août 1995 : Juris-Data n° 051122 ; Aix, 7 mars 1996 : Juris-Data n° 044801.
1824. Civ. 2ème, 6 mai 1987 : Bull. civ., II, n° 101, p. 60 ; Civ. 2ème, 14 janvier 1998 : Bull. civ., II, n° 12, p. 8.
1825. Civ. 2ème, 10 décembre 1986 : Bull. civ., II, n° 182, p. 125 ; J. C. P., 1987, IV, p. 60 ; Bordeaux, 6ème ch., 26 mars 1996 : Dr. fam., novembre 1996, comm., n° 11, pp. 14 et s., obs. H. L. ; Civ. 2ème , 1er avril 1987 :

conséquent, les juges peuvent intégrer l'appauvrissement d'un époux pendant le mariage dans le calcul de la prestation compensatoire[1826].

Afin de mieux cerner ces éléments, il convient de se référer à l'application qu'en fait la jurisprudence tant pour les besoins et les ressources de chaque époux (1), que pour les facteurs de disparité (2).

1 - Les besoins et les ressources de chaque époux

650. Lorsqu'elle les apprécie, la jurisprudence dominante prend souvent en considération le fait que l'un d'eux vit en concubinage, ce qui peut constituer soit une amélioration de son niveau de vie[1827], soit une diminution de ses ressources[1828].

651. Pour ce qui concerne plus spécifiquement les besoins des époux, la volonté de la jurisprudence est de compenser dans une mesure équitable la disparité résultant de la non-satisfaction ou de la moindre satisfaction des besoins du demandeur du fait de la rupture du lien conjugal. Dans cet esprit, une prestation compensatoire peut être accordée à un époux, bien qu'il ne soit pas dans le besoin[1829]. En outre, les besoins de l'époux demandeur doivent être appréciés compte tenu de ses capacités d'y pourvoir personnellement. Aussi, l'article 271, alinéa 2, du Code civil demande-t-il au juge de prendre en considération les qualifications et situation professionnelles de chacun. La jurisprudence apprécie diversement cette disposition. En effet, si l'existence d'une période transitoire difficile, par exemple le temps nécessaire pour

---

Bull. civ., II, n° 77, p. 45 ; J. C. P., 1987, IV, p. 201 ; Civ. 2ème, 19 novembre 1997 : Dr. fam., janvier 1998, comm., n° 9, pp. 16 et s., obs. H. LÉCUYER.

1826. Civ. 1ère, 5 avril 1993 : Bull. civ., I, n° 139, p. 93 ; Defrénois, 1993, I, art. 35663, n° 121, p. 1365, obs. J. MASSIP ; Civ. 2ème, 19 novembre 1997 : Dr. fam., avril 1998, comm., n° 53, 1er arrêt, pp. 11 et s., obs. H. LÉCUYER ; Civ. 1ère, 10 février 1998 : Dr. fam., avril 1998, comm., n° 53, 2ème arrêt, p. 12, obs. H. LÉCUYER.

1827. Civ. 2ème, 16 juillet 1980 : Bull. civ., II, n° 183, pp. 125 et s. ; J. C. P., 1980, IV, p. 371 ; Civ. 2ème, 10 juillet 1991 : Bull. civ., II, n° 216, p. 114 ; Civ. 2ème, 16 octobre 1996 : Bull. civ., II, n° 234, pp. 143 et s. ; Civ. 1ère, 2 juillet 1997 : Dr.fam., octobre 1997, comm., n° 140, p. 17, obs. H. L. ; R. T. D. civ., 1997, p. 916, obs. J. HAUSER ; Defrénois, 1998, I, art. 36815, n° 52, p. 713, obs. J. MASSIP ; Juge de la mise en état de Lyon, 1er décembre 1997 : R. T. D. civ., 1998, p. 86, obs. J. HAUSER.

1828. Angers, 20 mars 1995 : Juris-Data n° 045741.

1829. Metz, 22 novembre 1994 : Juris-Data n° 053182.

se reconvertir ou l'obligation de reprendre une activité professionnelle, justifie l'attribution d'une prestation compensatoire[1830], cette prestation est refusée à une femme qui travaillait avant son mariage et avait des qualifications professionnelles certaines[1831] ou à un mari qui devait assumer les conséquences de son retard à s'installer en tant que médecin, alors que la femme avait mené parallèlement sa vie professionnelle et l'éducation de ses deux enfants[1832].

652. Cependant, le juge ne doit pas se contenter d'examiner les besoins du demandeur, il doit aussi analyser ceux du défendeur et passer en revue les ressources des deux parties[1833].

De même que pour les besoins des époux, c'est la disparité des ressources par rapport à celles dont ceux-ci disposaient pendant le mariage qu'il s'agit de compenser en équité[1834].

Pour apprécier les ressources dont dispose chacun des époux, la jurisprudence pose le principe que toutes les sources de revenus doivent être prises en considération, quelle qu'en soit la nature : par exemple une rente d'invalidité à la suite d'un accident[1835] ou d'un accident du travail[1836], les allocations de chômage[1837], l'allocation du fonds national de solidarité[1838], les indemnités ou primes perçues par certains fonctionnaires[1839], les avantages en nature[1840], et l'indemnité de fonctions perçue en qualité de maire malgré son caractère aléatoire tenant à la périodicité des élections municipales[1841], et la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants du couple devaient venir en déduction des ressources de l'époux débiteur pour apprécier la disparité entre la situation respective des époux[1842].

1830. Agen, 20 avril 1983 : Gaz. Pal., 1983, I, somm., p. 194 ; Defrénois, 1984, I, art. 33429, n° 105, pp. 1427 et s., obs. J. MASSIP ; R. T. D. civ., 1985, p. 147, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ;
Bordeaux, 27 septembre 1993 : J. C. P., 1994, I, 3771, n° 10, obs. S. FERRÉ-ANDRÉ.
1831. Paris, 1ère ch., sect. urg., 31 mars 1978 : D., 1978, somm. comm., p. 437, obs. A. BÉNABENT ; et sur pourvoi : Civ. 2ème, 13 février 1980 : Bull. civ., II, n° 33, pp. 23 et s.
1832. Reims, 13 mai 1993 : J. C. P., 1994, I, 3771, n° 10, obs. S. FERRÉ-ANDRÉ.
1833. Civ. 2ème, 26 avril 1984 : Gaz. Pal., 1984, II, panor. de jur., pp. 282 et s., obs. M. GRIMALDI.
1834. Rennes, 6ème ch., 12 février 1981 : D., 1982, somm. comm., p. 38, obs. A. BÉNABENT.
1835. Civ. 2ème, 23 juin 1993 : Bull. civ., II, n° 220, p. 119 ; R. T. D. civ., 1993, p. 806, obs. J. HAUSER.
1836. Civ. 2ème, 24 mai 1984 : Bull. civ., II, n° 94, p. 67 ; J. C. P., 1984, IV, p. 245.
1837. Civ. 2ème, 5 novembre 1986 :Bull. civ., II, n° 159, pp. 108 et s.
1838. Civ., 2ème, 21 juillet 1986 : Bull. civ., II, n° 122, p. 85.
1839. Rép. min. n° 27524 : J. O. déb. Sénat, 27 février 1986, p. 389.
1840. Civ. 2ème, 6 novembre 1991 : D., 1991, I. R., p. 280.
1841. Civ. 2ème, 14 janvier 1999 : Bull. civ., II, n° 10, p. 7 ; R. T. D. civ., 1999, p. 368, obs. J. HAUSER ;
Dr. fam., juin 1999, comm., n° 66, p. 17, obs. H. LECUYER.
1842. Civ. 2ème, 10 mai 2001 : Dr. fam., octobre 2001, comm., n° 98, pp. 21 et s., obs. H. L.

Cependant, le juge n'a pas à tenir compte des allocations familiales destinées à bénéficier aux enfants et non à procurer des revenus à celui qui les reçoit. En outre, et pour protéger les adultes les plus vulnérables, la loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées invalide partiellement cette jurisprudence en complétant l'article 272 du Code civil par un alinéa ainsi rédigé : *« Dans la détermination des besoins et des ressources, le juge ne prend pas en considération les sommes versées au titre de la réparation des accidents du travail et les sommes versées au titre du droit à compensation d'un handicap »*.

2 - Les facteurs de disparité

653. Une simple différence arithmétique entre les ressources des parties ne suffit pas à constituer la disparité dans les conditions de vie des époux[1843]. C'est dire en d'autres termes que les facteurs de disparité sont variés. Les plus fréquents d'entre-eux tiennent à la durée du mariage, à l'âge et à l'état de santé des époux, à leur situation professionnelle, et à leur patrimoine. Ces critères sont fixés par la loi et doivent être présentés, même si, pour un auteur, la plupart de ceux-ci *« se recoupent et font double emploi ou (…) ils n'apportent rien de nouveau car la situation particulière qu'ils visent est déjà prise en compte dans l'analyse économique de la disparité »*, et que pour lui il ne subsiste en fait que *« deux critères parfaitement objectifs, l'âge du créancier et la durée du mariage, pouvant se prêter aisément à une exploitation sous forme de tables affectant ces critères d'un nombre de points »*[1844].

Disparité tenant à la durée du mariage

654. La loi du 30 juin 2000 a fait entrer ce critère dans le Code civil. Cette insertion, conservée et mise au premier rang par la loi du 26 mai 2004 doit être approuvée[1845], car la durée du mariage conditionne dans une certaine mesure l'importance de la prestation compensatoire qui est une manifestation de la survie du mariage après le divorce. De plus, et avant ces réformes, il avait été observé qu'un rapport existait entre la durée des rentes de prestation et celle du mariage[1846].

1843. Paris, 1ère ch. A, 23 novembre 1989 : D., 1990, I. R., p. 3.

1844. D. MARTIN SAINT-LÉON, *« L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale »* : Gaz. Pal. des 30/31 octobre 2002, doc., pp. 11 et s., spc. pp. 20 et 21.

1845. H. LÉCUYER, « *La loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Étude de droit civil »* : Dr. fam., septembre 2000, chron., n° 17, pp. 4 et s., spc. p. 5.

1846. M. BRAZIER, *« La prestation compensatoire à l'épreuve de 10 années de pratique »* : Gaz. Pal., 1985, II, doct., pp. 630 et s., spc. p. 634, n° 44 ; S. COURCELLE, *« La prestation compensatoire »* : Gaz. Pal. des 18/19 mars 1998, doct., pp. 10 et s., spc. p. 12.

Disparité tenant à l'âge et à l'état de santé

655. Les conséquences du divorce sont généralement plus graves lorsqu'elles concernent un époux âgé ou invalide[1847] et ceci d'autant plus que l'époux n'est plus en mesure d'avoir ou de reprendre une activité professionnelle[1848]. Il en a été jugé ainsi pour une femme âgée de 62 ans[1849], pour une femme sans qualification et atteinte d'un cancer[1850], pour une femme invalide[1851], pour une femme handicapée mentale[1852], pour une femme de santé fragile[1853], ou pour une femme en mauvaise santé qui fait des ménages[1854].

Disparité tenant à leur qualification et à leur situation professionnelles

656. Les conditions de vie de chacun des époux seront plus ou moins affectées par le divorce selon qu'ils exercent ou peuvent exercer une profession. Ainsi, il a été jugé qu'une prestation compensatoire est due à une femme ingénieur de 48 ans s'il apparaît qu'elle ne pourra jamais être employée selon sa qualification[1855], ou à une femme qui n'a jamais travaillé et qui n'a aucune ressource personnelle[1856], ou à une femme au chômage[1857] ou sans activité

Chambéry, 7 avril 1997 : cité par D. MOOS, *« Des aléas de l'allocation et du calcul de la prestation compensatoire »* : Gaz. Pal., 1997, doct., p. 1580.

1847. Civ. 2ème, 28 janvier 1987 : D., 1987, jur., pp. 497 et s., 2ème espèce, note Y. BIANCO-BRUN ; Rép. min. n° 60052 : J. O. A. N. Q., 25 juin 2001, p. 3270 ; R. J. P. F., octobre 2001, p. 25.

1848. Paris, 24ème ch. A, 3 mars 1998 : Juris-Data n° 020678 ; Aix-en-Provence, 6ème ch., 7 mai 1998 : Juris-Data n° 041476.

1849. Paris, 24ème ch. C, 19 février 1998 : Juris-Data n° 020655.

1850. Paris, 24ème ch. A, 10 février 1998 : Juris-Data n° 021266.

1851. Paris, 24ème ch. A, 13 janvier 1998 : Juris-Data n° 020676 ; Toulouse, 15 mars 1994 : Juris-Data n° 046421.

1852. Paris, 24ème ch. C, 26 février 1998 : Juris-Data n° 020595.

1853. Rennes, 4 décembre 1991 : Juris-Data n° 050468.

1854. Paris, 24ème ch. A, 3 février 1998 : Juris-Data n° 020552.

1855. Aix-en-Provence, 26 mars 1998 : Juris-Data n° 041034.

1856. Paris, 24ème ch. A, 26 janvier 1998 : Juris-Data n° 020675 ; Paris, 24ème ch. A, 17 février 1998 : Juris-Data n° 020596.

1857. Rennes, 8 janvier 1992 : Juris-Data n° 042540.

professionnelle[1858]. Parallèlement, lorsque les tribunaux excluent les époux du bénéfice de la prestation compensatoire, ils doivent prendre en considération les perspectives professionnelles de chaque époux[1859].

Disparité tenant aux conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne

657. Les conditions de vie de l'époux qui a ou a eu la charge des enfants sont affectées par le divorce, à plusieurs titres : soit parce que le conjoint qui s'est consacré à leur éducation n'a plus de perspective professionnelle, soit parce qu'il ne peut pas envisager d'avoir une activité professionnelle ordinaire en raison du temps qu'il lui faudra consacrer à leur éducation.

658. Avant la loi du 26 mai 2004, la jurisprudence en avait fait des applications nombreuses comme par exemples : femme de 57 ans contrainte de faire des ménages[1860], femme de 62 ans s'étant occupée des enfants pendant dix-huit mois[1861], femme de 53 ans ayant élevé 5 enfants pendant 25 ans[1862].

De plus, la jurisprudence avait également attribué une prestation compensatoire à une épouse séparée de biens qui avait exercé une activité non rémunérée au sein de l'entreprise de son mari[1863] ou à une femme sans qualification, ayant eu une carrière professionnelle cahoteuse liée aux déménagements familiaux pendant que son mari avait occupé divers postes d'encadrement pour des salaires importants[1864], ou à une femme ayant quitté son emploi pour suivre son mari et se consacrer à l'éducation des enfants[1865], ou à une femme âgée de 60 ans justifiant d'un emploi d'assistante maternelle agréée pour un enfant, ayant consacré son

1858. Rennes, 4 décembre 1991 : Juris-Data n° 050469.
1859. Paris, 24ème ch. C, 29 janvier 1998 : Juris-Data n° 020551.
1860. Bourges, 1ère ch., 12 janvier 1998 : Juris-Data n° 040698.
1861. Paris, 24ème ch. C, 19 février 1998 : Juris-Data n° 020655.
1862. Bourges, 1ère ch., 14 janvier 1988 : Juris-Data n° 040025.
1863. Civ. 2ème, 19 novembre 1997 : préc.
1864. Lyon, 14 avril 1993 : Juris-Data n° 042402.
1865. Rennes, 7 décembre 1992 : Juris-Data n° 050098.

existence à la vie familiale et à l'éducation de ses deux enfants, et ne s'étant pas constitué de droit à la retraite[1866].

659. La loi du 26 mai 2004 a remanié ces critères en demandant au juge de prendre en compte d'une façon générale leurs conséquences. Cette nouvelle formule traduit l'idée que la prestation compensatoire n'a pas pour seul objet de compenser la perte d'un niveau de vie résultant d'une analyse purement mathématique de la situation patrimoniale des époux, mais également de contrebalancer aussi bien la répartition des rôles de chacun pendant la vie commune que les choix opérés par les deux conjoints, qui se sont révélés préjudiciables pour l'un d'entre eux, au moment du divorce ou postérieurement à celui-ci[1867]. C'est d'ailleurs l'idée d'un célèbre auteur qui avait écrit que la prestation devait opérer *« comme un recomblement, un rééquilibrage objectif non pas entre deux patrimoines, mais entre deux programmes patrimoniaux d'existence »*[1868].

Disparités tenant au patrimoine

660. Les disparités tenant au patrimoine des époux peuvent être scindées en deux catégories, celle relative à leurs droits à caractère patrimonial et celle liée à la consistance même du patrimoine des époux après liquidation.

1866. Civ. 1ère, 9 décembre 2003 : Dr. fam., février 2004, comm., n°21, 2ème arrêt, p. 27, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

1867. En ce sens, voir : S. DAVID, *« Le nouveau visage de la prestation compensatoire »* : A. J. Famille, juin 2004, pp. 218 et s., spc. p. 220.

1868. J. CARBONNIER, Droit civil, tome 1, Les personnes, P. U. F., collection Thémis, 21ème édition, 2002, p. 592.

La disparité relative aux droits à caractère patrimonial

661. Elle tient à la situation respective des époux en matière de pensions de retraite. Il en résulte que le juge doit d'abord tenir compte des droits existants de chaque époux[1869], par exemple le droit à une rente d'invalidité pour un accident du travail ou le droit à une indemnité à la suite d'un accident, ainsi que de leurs droits prévisibles[1870], par exemple des espérances successorales[1871] certaines[1872], et qu'il doit aussi prendre en considération la perte éventuelle, par chacun des époux, de leurs droits en matière de pension de réversion.

Disparité liée à la consistance du patrimoine des époux après la liquidation

662. La disparité des conditions de vie doit être appréciée en tenant compte du patrimoine estimé ou prévisible des époux après la liquidation du régime matrimonial. Cette formule modifie judicieusement la précédente pour tenir compte des nouvelles dispositions de l'article 255-10° du Code civil qui prévoient que le juge peut désigner, au titre des mesures provisoires, un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. La prise en compte officielle par le Code civil des résultats de la liquidation met fin à la jurisprudence inique de la Cour de cassation avait refusé, à plusieurs reprises de les prendre en compte[1873]

663. Mais la consistance du patrimoine n'est pas tout. Par conséquent, la femme qui possède un patrimoine immobilier supérieur à celui de son mari peut se voir allouer néanmoins une prestation compensatoire, si ses revenus ne présentent pas le même caractère de sécurité et de

---

1869. Colmar, 19 mars 1990 : Juris-Data n° 046278.
1870. Poitiers, 4 décembre 1991 : Juris-Data n° 049037.
1871. T. G. I. Paris, 13 février 1997 : préc.
1872. Civ. 2ème, 25 juin 1986 : D., 1987, somm. comm., p. 47, obs. A. BÉNABENT.

stabilité que ceux de son mari[1874], ou encore la femme reçoit une rente mensuelle de 150 € pendant trois ans, parce que ses revenus sont faibles au regard de ceux de son époux[1875]. De plus, si l'un des époux s'est frauduleusement dépouillé de son patrimoine, il ne peut ensuite invoquer sa situation pour demander une prestation compensatoire[1876].

[1873]. Pour trois exemples, voir : Civ. 2ème, 8 février 1995 : Dr. et patr., juin 1995, législation et jur., n° 978, p. 69, note A. BÉNABENT ; Civ. 2ème, 14 janvier 1998 : J. C. P. éd. N., 1998, famille, p. 982 ; Civ. 2ème, 17 juin 1998 : J. C. P., 1998, IV, 2782.

[1874]. Versailles, 27 mai 1993 : J. C. P., 1994, I, 3771, n° 10, obs. S. FERRÉ-ANDRÉ.

[1875]. Poitiers, 18 septembre 1991 : Juris-Data n° 051525.

[1876]. Civ. 2ème, 28 février 1996 : Bull. civ., II, n° 42, p. 27 ; J. C. P., 1996, IV, 935 ; Defrénois, 1997, I, art. 36591, n° 63, pp. 712 et s., 3ème esp., obs. J. MASSIP.

b – LA VIE

664. La vie de la prestation compensatoire comprend ses modalités d'exécution (1) et sa révision (2).

1 – Les modalités d'exécution

665. Bien que la prestation compensatoire ne soit allouée en capital simple que dans 20 % des cas, les lois du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004 ont encore prôné d'une façon théorique son versement sous cette forme. Toutefois, elles sont devenues plus pragmatiques puisqu'elle admettent plus facilement que ce versement puisse avoir lieu de manière fractionnée, lorsque le débiteur ne dispose pas immédiatement de la somme nécessaire. En outre, elles prévoient une rente dans deux cas, soit lorsque la situation critique de l'époux créancier la rend nécessaire, soit lorsque les époux en conviennent.

Un principe théorique : l'exécution sous forme de capital

666. Ce principe est énoncé avec vigueur par l'article 270, alinéa 2, du Code civil qui précise que ladite prestation « *prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge* ». Cependant, son application nécessite de distinguer deux cas, selon que l'époux débiteur dispose immédiatement de la somme nécessaire ou qu'il ne peut pas payer immédiatement.

Le cas exceptionnel : l'époux débiteur peut payer immédiatement.

667. Cette hypothèse recueille l'adhésion du législateur, puisque le versement d'un capital éteint l'obligation qui ne peut pas être remise en question. C'est la seule modalité à l'abri de critiques importantes, puisqu'elle permet au débiteur en s'acquittant en une seule fois de recouvrer pleinement sa liberté et au créancier de disposer des capitaux nécessaires pour recommencer sa vie. De plus, cette modalité est favorisée de deux façons.

668. En premier lieu, l'article 274 du Code civil prévoit deux moyens de paiement de ce capital :

1°) le versement d'une somme d'argent qui est le procédé le plus commode puisque le débiteur est libéré et le créancier a son dû, mais il présente cependant l'inconvénient d'obliger le débiteur, soit à liquider une partie de son patrimoine, soit à emprunter. Toutefois, selon un auteur, lorsque cette modalité est retenue, « *elle prend souvent la forme d'une attribution inégale du patrimoine commun et elle correspond alors le plus souvent à une soulte ou un abandon de soulte. Elle est alors un élément de règlement global du divorce* »[1877] ;

2°) l'attribution de biens en propriété, ou d'un droit temporaire ou viager d'usage, d'habitation ou d'usufruit, le jugement emportant cession forcée en faveur du créancier. Cette modalité de paiement appelle les trois observations suivantes. D'abord, le conjoint bénéficiaire d'une attribution en propriété peut vendre librement le bien qui lui a été attribué[1878]. Ensuite, le paiement en usufruit, fréquemment utilisé en pratique, lorsqu'il s'agit du logement familial, est parfois une charge trop lourde pour l'époux débiteur lorsque le créancier est encore très jeune[1879]. Enfin, l'accord de l'époux débiteur est exigé pour l'attribution en propriété de biens qu'il a reçus par succession ou donation.

669. En second lieu, le législateur consent aux parties trois catégories d'avantages fiscaux.

[1877]. J. HAUSER, *« Effets du divorce. Conséquences du divorce pour les époux. Effets d'ordre patrimonial. Prestation compensatoire »* : préc., p. 9, n° 25 ; G. TEILLIAIS, *« La combinaison du partage d'une communauté de biens et du règlement d'une prestation compensatoire »* : Dr. et patr., n° 53, octobre 1997, pp. 23 et s., spc. p. 25.

[1878]. Civ. 2ème, 18 mars 1998 : Bull. civ., II, n° 89, p. 54 ; D., 1998, I. R., p. 100 ; J. C. P. éd. N., 1998, famille, p. 982.

[1879]. J. –P. CLAUX, M. –T. FEYDEAU et M. –L. ROBINEAU, *« La prestation compensatoire subie ou choisie »* : J. C. P. éd. N., 1987, prat., 132, pp. 247 et s., spc. p. 248.

1°) L'exécution de la prestation compensatoire par l'attribution soit d'une somme d'argent versée en une seule fois ou de façon échelonnée mais sur une période maximale de douze mois, soit de biens ou de droits ouvre droit à une réduction d'impôt sur le revenu, égale à 25 % du montant réglé conformément au jugement de divorce, dans la limite de 30 500 €[1880]. Ainsi, la réduction maximale d'impôts peut donc atteindre 7 625 €. Toutefois, il convient de rappeler que lorsque la prestation compensatoire est versée pour partie sous forme de capital et pour partie sous forme de rente, la doctrine administrative n'admet pas la réduction d'impôt à la fraction de la prestation versée sous forme de capital.

2°) Les prestations compensatoires en argent accordées en application de la loi du 26 mai 2004 ne sont plus taxées comme des donations entre époux. Seul le droit fixe de 75 € est dû.

3°) Pour les prestations compensatoires en nature octroyées en application de la loi du 26 mai 2004, il convient de distinguer deux cas.

Si les prestations sont constituées de biens communs ou de biens acquis pendant le mariage par des époux séparés de biens, elles ne sont soumises qu'au droit de partage de 1 %. En d'autres termes, brisant à juste titre la jurisprudence de la Cour de cassation, exigeant dans ce cas les droits de mutation à titre gratuit, le législateur assimile au plan fiscal la remise de parts d'un bien indivis à titre de prestation compensatoire, par un ex-conjoint marié sous le régime de la séparation de biens, à une opération de partage soumis au droit de 1 % sur l'actif net partagé.

Si les prestations sont acquittées par attribution de biens propres, elles ne sont plus assujetties aux droits de mutation à titre gratuit, mais au droit fixe de 75 €, sauf attribution d'un bien ou droit immobilier. Dans ce dernier cas, c'est la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % qui est exigible.

670. Malgré ces avancées, le versement en capital de la prestation compensatoire est réservé aux ménages disposant d'un patrimoine, ce qui est grave puisque près de la moitié des

---

[1880]. Sur la limitation de l'assiette de la réduction d'impôt en cas de substitution d'un capital aux arrérages futurs, versé ou attribué sur une période égale au plus à douze mois, voir : J. –P. MATTÉI, *« Le nouveau sort fiscal des prestations compensatoires depuis la loi du 26 mai 2004 »* : Dr. fam., novembre 2004, Études, n°27, pp. 13 et s., spc. p. 15, n°s. 35 et s.

divorçants ont entre 25 et 40 ans, et beaucoup n'ont pas de liquidités suffisantes. De plus, deux auteurs font judicieusement observer que cette *« obsession du capital, à la limite du ridicule, traduit, dans les faits, une diminution en valeur absolue des prestations et leur marche progressive vers cette simple indemnité pour que le conjoint puisse se retourner »*[1881].

Le cas le plus répandu : l'époux débiteur ne peut pas payer immédiatement.

671. Un tant soit peu de réalisme invitant à traiter le cas où l'époux débiteur de la prestation compensatoire ne dispose pas de liquidités immédiates, l'article 275 du Code civil autorise le juge à fixer « *les modalités de paiement du capital, dans la limite de huit années, sous forme de versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires* ».

Ainsi, dans la majorité des cas, l'époux débiteur exécutera la prestation compensatoire sous forme de capital par des versements périodiques d'une durée maximale de huit ans. Ces versements de sommes d'argent sont soumis au même régime fiscal que les pensions alimentaires, quand ils sont effectués sur une période supérieure à douze mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce est passé en force de chose jugée. Ils sont donc comptabilisés dans le revenu imposable de l'ex-époux créancier et déductibles de celui de l'ex-époux débiteur. En outre, ils bénéficient des mêmes abattements que les traitements et salaires.

672. De plus, puisque le législateur considère l'exécution de la prestation compensatoire sous forme de versements périodiques comme un mode de règlement secondaire, il encourage leur règlement rapide. D'une part, il incite au paiement du solde du capital en permettant au débiteur de s'en libérer à tout moment, et au créancier de saisir le juge à cette fin, après la liquidation du régime matrimonial. D'autre part, la réduction d'impôt de 25 % bénéficie à l'époux débiteur de la prestation compensatoire qui effectue ses versements périodiques sur une période maximale de douze mois.

1881. J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Liberté, égalité, familles »* : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 82 et s., spc. p. 86.

Une exception acceptée : la prestation compensatoire s'exécute sous forme de rente.

673. Lorsque le débiteur n'est riche que du produit de son travail, ce qui est fréquent dans les milieux modestes, il existe la rente, bien que dans l'esprit du législateur, ce ne doit être qu'une solution subsidiaire. Pour un auteur, cette position s'explique par le fait que « *les demandeurs (demanderesses surtout) à une prestation compensatoire ne veulent pas courir le risque d'avoir un capital à gérer, et préfèrent de beaucoup une rente, sorte de garantie de ressources, fussent-elles maigres* »[1882]. Ainsi, le législateur accepte le paiement de la prestation compensatoire sous la forme d'une rente dans deux cas : quand la situation de détresse de l'époux créancier le commande et quand les conjoints le décident dans une convention.

Le cas dramatique : l'époux créancier est dans un état de détresse.

674. La prise en compte de ce cas résulte de la volonté du législateur de ne pas créer une nouvelle catégorie de victimes : celle des femmes d'un certain âge ayant peu travaillé, ou ayant travaillé comme conjoint de commerçant, d'artisan, de profession libérale sans être déclarée comme salariée et qui sont donc, au moment du divorce, sans ressources personnelles ni possibilité de percevoir une retraite décente.

Ainsi, la vulnérabilité physique du créancier, son manque de ressources et son inaptitude présumée à gérer son patrimoine justifient une remarquable exception au principe du versement en capital. Pour satisfaire ses besoins, l'article 276 du Code civil prévoit que lorsque l'âge ou l'état de santé de l'ex-époux créancier ne lui permet pas de subvenir à ses besoins, le juge peut, mais à titre exceptionnel et par décision spécialement motivée, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente. À défaut d'une telle motivation, les décisions

[1882]. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Prestations compensatoires* » : R. T. D. civ., 1985, pp. 146 et s., spc. p. 146.

du juge du fond qui octroient une rente au lieu d'un capital sont systématiquement censurées par la Cour de cassation[1883]. De plus, dans le cas où les conditions sont réunies pour justifier l'attribution d'une rente, le juge n'est pas pour autant tenu d'y satisfaire, il s'agit pour lui d'une simple faculté dont l'exercice est laissé à son pouvoir discrétionnaire[1884].

Enfin, et bien que par faveur pour les personnes les plus vulnérables, les premières décisions des juges du fond appliquaient avec souplesse cette disposition[1885], la Cour de cassation fait preuve d'une grande rigueur pour que l'allocation d'une rente demeure exceptionnelle, comme le demande le législateur.

675. Ainsi, tous les arrêts de cette dernière, qui admettent que la rente est justifiée, cumulent plusieurs motifs qui, soit ensemble, soit séparément, revêtent un caractère d'une certaine gravité. À titre d'exemples, on relèvera les motifs suivants : épouse sans profession ni revenu personnel et qui ne pouvait espérer aucune amélioration de sa situation, compte tenu notamment de son absence de toute qualification professionnelle mais également de l'âge de 58 ans qu'elle avait désormais atteint[1886] ; femme née en 1936 n'ayant aucun espoir de retrouver un emploi, atteinte d'une maladie invalidante, dépourvue de tout patrimoine et de tout droit à la retraite[1887] ; créancière, âgée de 55 ans, reconnue par la COTOREP travailleur handicapé de catégorie B et dépourvue de toute qualification professionnelle[1888] ; charges de l'épouse retraitée, âgée de 60 ans, supérieures à ses ressources[1889] ; femme de 58 ans, qui après 25 ans de mariage, se retrouve dans une situation particulièrement précaire puisque gravement handicapée et n'ayant pour subsister que l'allocation d'adulte handicapée, alors que son mari disposait d'un salaire d'environ 1 700 € et partageait ses charges courantes avec sa concubine[1890].

1883. Pour des exemples, voir : Civ. 2ème, 30 novembre 2000 : D., 2001, I. R., p. 42 ; J. C. P., 2001, II, 10499, note T. GARÉ ; R. J. P. F., n° 1, janvier 2001, p. 16, note P. GUERDER ; Civ. 2ème, 23 janvier 2003 : R. J. P. F., mai 2003, pp. 14 et s., obs. T. GARÉ.

1884. Civ. 1ère, 3 février 2004 : Dr. fam., avril 2004, comm., n°51, p. 19, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

1885. Pour des exemples, voir : Rennes, 29 janvier 2001 : Dr. fam., septembre 2001, comm., n° 81, 1er arrêt, pp. 18 et s., obs. H. L. ; Rennes, 30 octobre 2000 : Dr. fam., septembre 2001, comm., n° 81, 2ème arrêt, pp. 18 et s., obs. H. L. ; Nîmes, 7 mars 2001 : Dr. fam., septembre 2001, comm., n° 81, 3ème arrêt, pp. 18 et s., obs. H. L.

1886. Civ. 2ème, 21 février 2002, n°00-17.474, Lamyline.

1887. Civ. 2ème, 23 mai 2002 : Bull. civ., II, n°105, p. 83.

1888. Civ. 2ème, 28 mars 2002, n°00-20.496, Lamyline.

1889. Civ. 1ère, 13 novembre 2003 : Dr. fam., février 2004, comm., n°21, 1er arrêt, p. 27, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

1890. Bourges, 14 avril 2004 : Dr. fam., octobre 2004, comm., n°180, p. 36.

676. Mais, même dans des cas douloureux tels que par exemples celui d'une femme exerçant une activité d'employée de restaurant dont la rémunération s'élève à un montant de 716,82 €[1891], ou d'une ex-épouse âgée de 42 ans, sans emploi et sans formation, devant assumer encore pendant de longues années l'éducation de ses cinq enfants issus du mariage, avec des chances de s'insérer quasi inexistantes et des ressources constituées uniquement de prestations sociales[1892], ou d'une femme ayant à sa charge un enfant commun et exerçant la profession de caissière, avec des ressources médiocres, mais dont l'ex-mari était médecin[1893], la Cour de cassation leur a refusé l'allocation d'une rente.

En tout cas, lorsque la jurisprudence admet que l'opportunité de cette rente est avérée, cette dernière est d'office une rente viagère déterminée selon les indications de l'article 271, alinéa 2, du Code civil[1894], donc le cas échéant en considération de la durée du mariage et de la situation respective des conjoints en matière de pensions de retraite.

677. En pratique, cette mesure d'équité concerne finalement assez peu de personnes, d'autant plus qu'elle est strictement contrôlée.

678. Tout d'abord, en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties, une action en révision peut être intentée par le débiteur ou le créancier de la rente. Cependant, cette action ne peut aboutir qu'à la suspension, à la suppression ou à la révision à la baisse de la rente, mais pas à la hausse, ce qui peut conduire à des situations inéquitables. Ainsi, un conjoint âgé, dépourvu de ressources, ne sera pas en droit d'obtenir une augmentation de la rente viagère si ces besoins augmentent en raison, par exemple, d'une maladie ou d'une infirmité survenue postérieurement à la décision initiale.

679. Ensuite, l'article 276-4 du Code civil rappelle la volonté du législateur de substituer un capital à cette rente, dès que possible : soit à la demande de l'époux débiteur à tout moment, soit à l'initiative de l'époux créancier, notamment lors de la liquidation du régime matrimonial ou à l'occasion d'un héritage reçu par le débiteur. D'ailleurs, cette substitution peut porter sur tout ou partie de la rente. Jusqu'à la loi du 26 mai 2004, les textes ne garantissaient pas l'équivalence entre la rente initialement fixée et le capital et ne fournissaient aucune précision

---

1891. Civ. 2ème, 23 janvier 2003 : R. J. P. F., mai 2003, pp. 14 et s., obs. T. GARÉ.
1892. Civ. 1ère, 23 avril 2003 : D., 2003, n°19, jur., I. R., pp. 1263 et s.
1893. Civ. 2ème, 13 juillet 2000 : Juris-Data n° 002956.

sur la méthode à suivre. Pour parer à cette lacune et rendre la conversion plus claire, le nouvel article 276-4, alinéa 1er , du Code civil précise que cette substitution s'effectuera selon des modalités qui seront prochainement fixées par décret en Conseil d'État. En outre, l'article 276-4, alinéa 3, du Code civil prévoit que dans le cas où il refuse de substituer un capital à tout ou partie de la rente, le juge doit spécialement motiver sa décision de refus.

680. Enfin, l'article 276, alinéa 2, du Code civil, issu de la loi de 2004, redonne au juge du divorce la faculté de prévoir des prestations compensatoires mixtes et donc de mettre fin à la jurisprudence de la Cour de cassation qui sanctionnait ces prestations panachées[1895], jusqu'à un arrêt du 16 mars 2004 qui avait fini par s'incliner en autorisant ce cumul à la condition que ce soit exceptionnel et spécialement motivé. Cette innovation législative est bienvenue, parce que ce panachage permet d'assurer au conjoint divorcé vulnérable à la fois le gîte et le couvert en prévoyant par exemple la combinaison d'un usufruit et d'une rente viagère.

Le cas consensuel : les époux s'accordent sur le versement d'une rente.

681. Dans le cadre du divorce prononcé sur demande conjointe, les époux fixent eux-mêmes le montant et les modalités de paiement de la prestation compensatoire dans la convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge.

En cas de divorce contentieux, si les époux trouvent un terrain d'entente, ils peuvent faire homologuer leur accord dans une convention soumise au juge.

682. Quelle que soit la procédure de divorce que les époux ont engagée, leur convention a la même force exécutoire, elle est révisable dans les mêmes conditions, et leurs libertés sont identiques puisqu'ils peuvent décider du principe même du versement d'une prestation compensatoire, de la forme de la prestation y compris opter pour l'attribution d'une rente en dehors des critères légaux, comme par exemple fixer une rente pour une durée limitée, lister les événements constituant des changements importants susceptibles d'entraîner la révision ou

---

1894. Civ. 2ème, 30 novembre 2000 : préc.
1895. Pour un exemple, voir : Civ. 2ème, 12 décembre 2002 : A. J. Famille, mars 2003, p. 104, obs. S. DAVID.

la suppression de la rente (remariage ou concubinage notoire du bénéficiaire de la rente ou départ en retraite du débiteur de la rente), ou encore de l'indexation ou non de la rente.

La seule limite à la liberté des époux réside dans la règle que la convention doit fixer équitablement les droits et obligations de chacun, ce que le juge doit contrôler.

2 – La révision

683. Le régime juridique de la révision du montant de la prestation compensatoire a évolué en trois étapes depuis 1975.

684. D'abord, dans sa version antérieure à la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, l'article 273 du Code civil n'admettait la révision de celle-ci qu'à des conditions très strictes, mais tout de même pas équipollentes à la force majeure[1896], puisqu'il énonçait alors que la prestation compensatoire ne pouvait « *être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[1897], et la jurisprudence, qui avait étendu cette solution au cas du divorce sur requête conjointe[1898], avait interprété les conditions de cette disposition avec une grande rigidité[1899]. Ainsi, comme un changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties ne suffisait pas à donner ouverture au droit à la révision, il fallait en plus que l'absence de révision ait pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité. L'existence de cette dernière condition considérée comme essentielle était examinée

---

1896. Civ. 2ème, 18 juin 1986 : D., 1987, somm. comm., p. 46, obs. A. BÉNABENT ; Civ. 2ème, 14 décembre 1987 : Bull. civ., II, n° 265, p. 147.

1897. Y. BOYER, *« La révision de la prestation compensatoire »* : D., 1980, chron., pp. 263 et s., spc. p. 264, n°s. 4 et 5 ; A. SÉRIAUX, *« La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris »* : préc., p. 64.

1898. Civ. 2ème, 6 février 1985 : Bull. civ., II, n° 31, p. 23 ; Defrénois, 1985, I, art. 33581, n° 73, pp. 994 et s., obs. J. MASSIP ; Gaz. Pal., 1985, II, panor. de jur., pp. 153 et s., note M. GRIMALDI.

1899. H. BOSSE-PLATIÈRE, *« Révision de la prestation compensatoire et licenciement économique* : J. C. P., 1996, I, 3946, n° 5 ; J. ROUSSEL, *« Prestation compensatoire : de la rente au capital »* : Dr. et patr., n° 81, avril 2000, p. 18.

par les juges du fond sous le contrôle de la Cour de cassation[1900], qui avait considéré qu'elle ne devait être appréciée qu'au regard de la situation de celui qui l'invoquait, la situation de l'autre partie étant sans influence sur l'appréciation du caractère intolérable ou non des difficultés alléguées par le requérant[1901]. Ainsi, bien que cette situation fut parfois particulièrement injuste[1902], il n'était pas possible de fonder la demande de révision sur l'amélioration de la situation de l'ex-époux[1903], ou la diminution de ses besoins[1904], sur son remariage[1905] ou sur son concubinage[1906], ou même sur la reprise de la vie commune par les ex-conjoints[1907]. C'était donc à celui qui se prévalait de l'article 273 en tant que débiteur d'apporter la preuve précise qu'en raison de sa situation, la poursuite des versements auxquels il était astreint avait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité[1908].

685. Ensuite, et face à l'injustice résultant de l'étroitesse de la révision pour exceptionnelle gravité conçue exclusivement comme l'aggravation d'une situation, l'article 275-1, alinéa 2, du Code civil, issu de la loi du 30 juin 2000, avait précisé que l'ex-époux débiteur pouvait « *demander la révision des modalités de paiement en cas de changement notable de sa situation* » et que le juge pouvait alors, « *à titre exceptionnel* » et « *par décision spéciale et motivée* », autoriser le versement du capital sur une durée totale supérieure à huit ans.

686. Enfin, la loi du 26 mai 2004 a aussi assoupli les conditions de révision de la prestation compensatoire en exigeant, dans l'article 275, alinéa 2, du Code civil, non plus un changement notable de la situation du débiteur mais un changement important de celle-ci. Il pourra notamment s'agir soit du licenciement du débiteur non prévisible au moment du prononcé du divorce, soit de la survenance de graves problèmes de santé pour le débiteur ou de l'aggravation de problèmes antérieurs, soit du concubinage ou du remariage du débiteur si ce dernier doit faire face à de nouvelles charges, soit du départ en retraite du débiteur, lorsque

---

1900. Civ. 2ème, 8 octobre 1986 : Bull. civ., II, n° 143, pp. 97 et s. ; Civ. 2ème, 12 mars 1997 : D., 1998, somm. comm., pp. 243 et s., obs. C. WILLMANN.
1901. Paris, 27 janvier 1983 : D., 1983, jur., pp. 495 et s., note J. MASSIP ; Civ. 2ème, 6 janvier 1988 : Bull. civ., II, n° 3, p. 2 ; J. C. P., 1988, IV, p. 93 ; Gaz. Pal., 1989, II, jur., pp. 627 et s., note J. M.
1902. A. BÉNABENT, *« Plaidoyer pour quelques réformes du divorce I - Sur les effets »* : D., 1997, chron., pp. 225 et s., spc. pp. 225 et 226.
1903. Paris, 26 avril 1988 : D., 1988, I. R., p. 149.
1904. Nancy, 15 janvier 1990 : Juris-Data n° 045071.
1905. Aix-en-Provence, 6 janvier 1983 : D., 1983, somm. comm., p. 452, obs. A. BÉNABENT.
1906. Colmar 19 mai 1989 : Juris-Data n° 044471 ; Poitiers, 2 décembre 1992 : Juris-Data n° 050617.
1907. Orléans, 22 février 1994 : Juris-Data n° 040413.
1908. Paris, 1ère ch. suppl., 10 juin 1983 : Gaz. Pal., 1984, II, jur., pp. 690 et s., note M. BRAZIER.

cet événement et la baisse de revenus qui s'en suit n'ont pas été pris en compte lors du divorce.

687. Mais, ainsi que l'avait écrit judicieusement un auteur[1909], « *il faut bien noter que seules peuvent être modifiées les modalités de paiement et non le capital lui-même. Tirant la conséquence radicale du caractère forfaitaire de la prestation compensatoire, on ne la révise plus, même si l'absence de révision doit avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité ; on n'en corrige plus désormais que l'échelonnement des versements. Finalement, on contraint le débiteur à payer sa dette intégralement, quoiqu'il arrive, au risque de le conduire à la misère* », et il ajoutait avant la loi de 2004 que *« pire, à la mort du débiteur, ses héritiers ne sont pas mieux lotis : non seulement ils doivent assumer la charge du solde du capital, mais ils ne peuvent obtenir la révision des modalités de paiement que dans les mêmes conditions que leur auteur »*. À ce propos, la loi du 26 mai 2004 a réglé de façon nouvelle et satisfaisante la situation des héritiers, en prévoyant que ceux-ci ne sont plus tenus personnellement de son paiement, mais seulement dans la limite de l'actif successoral, et que la prestation est aussi supporté par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument, sous réserve de l'application de l'article 927 du Code civil qui prévoit que certains legs désignés par le testateur sont acquittés par priorité aux autres et qu'ils ne sont réduits que si la valeur des autres ne remplit pas la réserve légale. Ainsi la prestation compensatoire doit être payée par préférence aux legs particuliers. Ces nouvelles dispositions sont dérogatoires au droit commun des successions, puisqu'en principe, les héritiers sont tenus de toutes les dettes de la succession, et que les légataires particuliers n'y sont pas tenus. Cependant, les héritiers peuvent décider ensemble de maintenir les formes et modalités de règlement de la prestation compensatoire, en s'obligeant personnellement au paiement, par acte notarié, à peine de nullité.

C – LES GARANTIES DE PAIEMENT DES PENSIONS ALIMENTAIRES ET DES PRESTATIONS COMPENSATOIRES

688. Lorsque le débiteur ne dispose plus des ressources nécessaires à l'accomplissement de son devoir, il peut en demander la révision. Par contre, plus souvent, et comme le souligne à bon escient un auteur[1910], sa défaillance est motivée par son hostilité envers « son créancier, la personne qui le représente ou à l'encontre de la décision judiciaire rendue ».

Face à cette situation, le législateur offre au créancier trois catégories de garanties : civile (a), pénale (b), et administrative (c).

a – LES GARANTIES CIVILES

689. Les garanties civiles sont susceptibles d'être divisées en trois catégories.

L'article 277 du Code civil prévoit d'abord qu'indépendamment de l'hypothèque légale ou judiciaire, dont le rôle pratique demeure assez réduit pour les personnes les plus vulnérables, parce que cette garantie ne peut bénéficier qu'aux époux propriétaires d'un bien immobilier, le juge peut imposer à l'époux débiteur de constituer un gage, de donner caution, ou de souscrire un contrat garantissant le paiement de la rente ou du capital.

Cette dernière formule a le double avantage théorique de permettre un versement unique du côté du débiteur avec une perception régulière et successive pour le créancier, mais elle présente l'inconvénient que le législateur n'a précisé ni sa nature, ni son régime juridique, ce qui peut être la source de contentieux non négligeables. D'ailleurs, les travaux préparatoires de la loi du 30 juin 2000, qui l'a introduite, se réfèrent seulement à l'optique du contrat d'assurance, sans déterminer le risque déclencheur du mécanisme de la garantie, et sans mesurer l'incidence des primes, dont le montant alourdit inévitablement le paiement de la prestation compensatoire[1911].

[1909]. J. VASSAUX, *« La réforme de la prestation compensatoire »* : J. C. P. éd. N., 2000, en bref, pp. 1215 et s., spc. p. 1216.
[1910]. P. BERTHET, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préc., p. 292, n°542.
[1911]. P. RODOLPHE, *« L'article 277 du Code civil : gage, caution ou contrat de garantie ? »* : préc., spc. pp. 17 et 18.

Ensuite, l'article 1er de la loi n° 5 du 2 janvier 1973 modifiée rend applicable au recouvrement de la rente la procédure simple et efficace du paiement direct des pensions alimentaires.

Enfin , les organismes sociaux et les administrations publiques sont tenus de communiquer à l'huissier chargé par le créancier de la prestation compensatoire de former la demande de paiement direct tous les renseignements dont ils disposent ou peuvent disposer (adresse du débiteur ou de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles).

b – LES GARANTIES PÉNALES

690. Une partie importante du contentieux de l'après-divorce est pénalement sanctionnée[1912]. En effet, lorsque les garanties civiles n'ont pas été efficaces, le droit pénal est là pour rappeler que le non-paiement est aussi une attitude qui porte préjudice à l'ensemble de la société. Cependant, si dans la pratique, les sanctions pénales apparaissent plutôt comme des moyens de pression, les infractions, au nombre de trois, ont au moins le mérite d'exister et d'être sanctionnées, lorsque les magistrats en sont saisis.

Premièrement, l'article 227-3, alinéa 1er, du Nouveau Code pénal précise que *« le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, légitime, naturel ou adoptif, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par les titres V, VI, VII et VIII du livre 1er du Code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende »*. Créé par une loi du 7 février 1924, et introduit dans l'ancien Code pénal par l'ordonnance n°58-1298 du 23 décembre 1958, le délit d'abandon de famille, qui a vu depuis son champ d'application s'étendre considérablement, a toujours pour vocation, selon ses éléments constitutifs, de protéger le conjoint, le descendant ou l'ascendant bénéficiaire

d'une pension alimentaire attribuée par décision de justice, mais il sanctionne aujourd'hui plus l'atteinte à l'autorité judiciaire que l'atteinte à la famille[1913], ce qui ne veut pas dire qu'il est dépourvu d'intérêt[1914].

Deuxièmement, toute personne, qui est tenue de verser un capital, une rente, ou une pension à son ex-époux, est obligée, sous peine de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 €, de lui notifier son changement de domicile[1915]. Selon un auteur[1916], il s'agit d' *« un système de prévention contre la disparition du débiteur qui laisserait vaines, toutes les poursuites civiles ou pénales »* et de *« sanctionner les agissements de celui qui ne notifie pas sa nouvelle adresse, aux personnes avec lesquelles il est lié par une obligation pécuniaire de nature alimentaire. Tandis que l'article 357-3 de l'ancien Code pénal limitait l'étendue de cette infraction aux seuls bénéfices de la famille légitime, la loi n°92-683 du 22 juillet 1992 l'a élargi au-delà, à toutes les obligations visées par l'article 227-3 du Code pénal »*.

Troisièmement, l'article 314-7, alinéa 1er, du Nouveau Code pénal dispose que « *le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende* ». Ce texte s'applique à tous ceux qui organisent frauduleusement leur propre insolvabilité pour ne pas honorer la prestation compensatoire ou la pension alimentaire, soit en augmentant leur passif (reconnaissance de dettes fictive), soit en diminuant l'actif (donation[1917], vente lésionnaire, vente par le mari de vignobles pour faire

---

1912. En ce sens, voir : F. DREIFUSS-NETTER, *« Abandon de famille »* : Jur. –Cl. Pénal, art. 227-3 à 227-4-1, 2, 2002, p. 6, n°11.
1913. En ce sens, voir : D. REBUT, *« L'unique nature de l'abandon de famille. Cass. crim., 2 mars 1998 »* : Dr. fam., janvier 1999, chron., n°1, pp. 4 et s.
1914. En ce sens, et pour une étude des éléments constitutifs du délit d'abandon de famille, voir : P. BERTHET, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préc., pp. 271 et s., n°s 501 et s.
1915. Article 227-4 du Nouveau Code pénal.
1916. P. BERTHET, Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préc., pp. 279 et s., n°s 515 et s., spc. p. 279, n°515.
1917. Crim., 29 mai 1989 : Bull. crim., n° 217, pp. 549 et s.

obstacle au paiement de la pension alimentaire due à son épouse en se privant pour l'avenir des revenus qu'il pouvait tirer de leur exploitation[1918]), soit en dissimulant leurs biens[1919].

c – LA GARANTIE ADMINISTRATIVE

691. Cette garantie est prévue par la loi n° 618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires et que son article 15 rend applicable pour le recouvrement des prestations compensatoires sous forme de rente. L'article 6 du décret n° 1339 du 31 décembre 1975 portant application de cette loi prévoit que les comptables du Trésor qui peuvent être chargés de recouvrer une pension ou une prestation pour le compte du créancier, après recours infructueux aux procédures de droit privé, sont subrogés dans les actions et garanties dont dispose ce dernier pour le recouvrement de ce qui lui est dû. Le procureur de la République établit l'état exécutoire, à la suite de la demande qui lui a été adressée par le créancier. La procédure est gratuite.

De plus, selon l'article L. 581-9 du Code de la sécurité sociale, les Caisses d'allocations familiales sont habilitées à consentir sur leurs fonds d'action sanitaire et sociale des avances sur pensions aux créanciers d'aliments auxquels cette loi est applicable, donc en particulier aux créanciers de rentes compensatoires.

692. À l'examen, et comme un auteur[1920] l'a judicieusement écrit, il n'y a dans la loi du 26 mai 2004 « aucune création originale et d'ailleurs, était-il possible qu'il y en eût alors que les révolutions en matière de divorce ont lieu à peu près tous les cent ans ». Ainsi, cette loi de compromis présente un bilan mitigé pour les personnes vulnérables.

D'un côté, elle apaise le droit du divorce en instaurant des procédures moins conflictuelles, en séparant les effets du divorce de l'attribution des torts, en bouleversant le régime des

---

1918. Caen, 19 octobre 1998 : Juris-Data n°1998-045708.

1919. B. ABRY, « *L'article 404-1 du Code pénal et le notaire* » : J. C. P. éd. N., 1990, prat., 1235, pp. 45 et s., spc. p. 46 ; pour un exemple concernant un commissaire aux comptes ayant dissimulé une partie de ses activités et de ses revenus, voir : Paris, 24 juin 1999 : Juris-Data n°1999-024149.

donations et des avantages matrimoniaux, en intégrant dans les procédures la liquidation du régime matrimonial des époux, en modifiant les conséquences fiscales du divorce dans un sens plus favorable au contribuable, en consacrant au conjoint victime de violences plusieurs dispositions intéressantes, en permettant dans deux cas au juge de refuser d'accorder une prestation compensatoire si l'équité le commande, en permettant le panachage des différentes formes de capital de la prestation compensatoire et même le panachage entre rente et capital de la prestation compensatoire, et en maintenant la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts spécifiquement liés au divorce.

Par contre, cet apaisement des relations entre les conjoints est compensé par des dispositions qui sont moins protectrices pour celui qui est le plus vulnérable des deux, si bien que cette pacification, qui n'est pas suffisamment respectueuse des droits de ce dernier, risque de n'être qu'apparente et provisoire. D'abord, le divorce met fin au devoir de secours dans tous les cas. Ensuite, dans le divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'époux qui ne voulait pas divorcer se voit imposer le divorce sans qu'il puisse y faire obstacle en prouvant que son prononcé aurait des conséquences d'une exceptionnelle dureté pour lui ou pour les enfants, sans que le demandeur assume la responsabilité de cette altération et ne soit obligé d'assurer le maintien du train de vie que sa famille avait antérieurement, d'où un risque accru de précarité pour le conjoint délaissé qui deviendra parfois à la charge de ses enfants au titre de l'obligation alimentaire, après avoir perçu un capital échelonné. En outre, la loi n'a pas résolu de manière équitable le cas de l'omission d'un bien dans la convention homologuée des époux. Enfin, le créancier d'une rente viagère compensatoire se trouve, en cas de décès du débiteur initial, soumis à la volonté des héritiers de celui-ci, ce qui ne manquera pas de susciter entre eux de nouveaux conflits, notamment dans les familles recomposées. À défaut d'héritier solvable ou compatissant, c'est finalement sur la collectivité que reposera la charge des personnes divorcées en situation précaire.

Pour les couples qui ont échappé aux vicissitudes du divorce, et comme un auteur l'a logiquement noté « les risques sont liés à l'écoulement du temps ; ils se nomment la vieillesse et la mort »[1921]. En effet, il existe encore et heureusement de nombreux couples que seule la

---

[1920]. J. HAUSER, *« Divorce : personnes et patrimoines »* : Dr. et patr., n°128, juillet/août 2004, pp. 30 et s., spc. p. 30.

[1921]. P. CATALA, « *Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84ème Congrès des notaires »* : Defrénois, 1988, I, art. 34305, pp. 977 et s., spc. p. 983, n° 13.

mort sépare, car ainsi que l'écrivait Loysel « le mariage se fait au ciel et se consomme en la terre ». Mais, dès lors, on peut se demander comment le conjoint successible vulnérable est protégé ?

SECTION 2
LA PROTECTION DU CONJOINT SUCCESSIBLE VULNÉRABLE

693. Le conjoint est aujourd'hui considéré comme le premier protecteur naturel de la personne, en raison tant de la force particulière des liens qui les unissent que de la circonstance de leur communauté de vie. Mais comme l'écrit un auteur[1922], « c'est un fait, consacré par une longue tradition juridique, qu'avec la mort de l'un des conjoints s'achève le mariage ». L'héritage offrant à la personne décédée la perspective qu'un peu d'elle même lui survivra à travers les biens qu'elle aura transmis, les droits successoraux du conjoint successible reflètent la permanence d'une solidarité conjugale au-delà de la mort, permettant le maintien de ses conditions d'existence, même si l'accroissement du nombre des divorces et le développement des familles recomposées rendent de plus en plus complexes les règlements successoraux déjà naturellement difficiles.

Dans la mesure où la mort oblige la transmission des biens du défunt à d'autres personnes, elle brise les équilibres patrimonial et extra-patrimonial sur lesquels reposait la communauté de vie des époux. Mais, comme l'observe un auteur, le droit des successions étant « un droit des transmissions à l'intérieur de la parenté et de l'alliance »[1923], le conjoint successible n'est pas un successible comme les autres. Ainsi, le veut la loi du mariage qui impose la monogamie[1924], gage d'unicité. Il n'y a qu'un conjoint successible par succession, qui en raison des empêchements à mariage, ne peut pas appartenir à la proche famille du défunt. Il n'est

---

1922. A. SÉRIAUX, Les successions. Les libéralités, P. U. F., collection Droit fondamental, 2ème édition 1993, p. 29, n°18.
1923. C. LABRUSSE-RIOU, *« Conclusion »* : *in* Quel droit pour quelles familles ? Actes du colloque de Paris 2000 : préc., pp. 73 et s., spc. p. 82.

héritier qu'en vertu du droit du coeur et non du droit du sang, à telle enseigne qu'une dévolution fondée sur le second ne lui ferait aucune place.

694. Le veuvage est le plus souvent perçu comme un drame individuel et un problème de société. D'un point de vue économique, le veuvage est considéré comme un risque spécifique qui doit faire l'objet d'une protection grandissante, qu'elle soit légale ou conventionnelle. En effet, le conjoint qui a parfois renoncé à sa vie professionnelle (généralement l'épouse) se trouve démuni lors du premier décès face à des héritiers réservataires souvent adultes ayant des ressources personnelles. Certes, les besoins sont différents selon le sexe, l'âge ou la catégorie sociale de l'époux survivant mais ceux-ci évolueront au cours du veuvage.

La protection du conjoint successible, souvent plus vulnérable que d'autres héritiers, dépend du droit des successions et des libéralités qui règle, en essayant de les pacifier, les conflits entre les héritiers qu'ils soient nourris par la cupidité, la jalousie, la haine et/ou la souffrance.

En dépit de l'existence de plusieurs itinéraires offerts par l'histoire, qui démontrent selon un auteur que « dans un univers juridique en création continue, le droit successoral n'est pas une planète morte »[1925], la tendance générale réside dans la progression constante des droits successoraux du conjoint successible vulnérable, qui a été récemment confortée par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

695. Approuvée par la quasi-totalité de la doctrine, cette promotion de la situation juridique de l'époux survivant est motivée par trois raisons essentielles.

La première réside dans le fait selon un auteur que « le trait le plus saillant du droit contemporain des successions est sa prolétarisation, qui résulte du lent amenuisement des fortunes acquises. La succession est de plus en plus constituée par ce que le de cujus a gagné

[1924]. Cependant, la jurisprudence accepte que la polygamie puisse être prise en compte dans la liquidation de la succession d'un défunt étranger, si le pays dont il détient la nationalité admet celle-ci. Sur ce point, voir : Civ. 1ère, 3 janvier 1980 : D., 1980, jur., pp. 549 et s., note E. POISSON-DROCOURT.

[1925]. P. CATALA, *« La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale »* : D., 1962, chron., pp. 99 et s., spc. p. 99 ; M. DAGOT, *« L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Liberté - Égalité - Fraternité) »* : *in* Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 305 et s., spc. p. 305.

pendant sa vie (les "acquêts" au sens de l'Ancien droit) »[1926]. Ainsi que le souligne avec raison un autre auteur, « cette revanche des acquêts sur les propres, assez clairement perçue dans l'opinion, contribue à légitimer avec force la vocation du conjoint survivant à l'héritage du prédécédé »[1927].

La deuxième est fondée sur le resserrement du groupe familial qui tend à se réduire au couple. Il en résulte que la vocation successorale du conjoint successible doit être conforme à l'étroitesse des sentiments que se portent normalement les époux.

La troisième repose sur le devoir moral, qui oblige chacun des époux à assurer à son conjoint, avec lequel il a souvent passé la majeure partie de sa vie, une existence décente après son décès[1928], en lui réservant tout ou partie de sa succession. Aujourd'hui, ce devoir lié au mariage semble généralement l'emporter sur le souhait de conserver les biens dans les familles, parce que, selon un auteur, la famille conjugale a souvent apporté au défunt « une stabilité sociale, un réseau de solidarité et de relations, un ensemble d'avantages qui ont contribué à sa fortune propre »[1929].

En outre, l'importance sociale de la question du conjoint successible est considérable : ce sont 240 000 ménages (174 000 par le décès du mari et 66 000 par celui de la femme) qui sont chaque année concernés, avec une espérance de vie qui ne cesse de croître.

En raison de cette dernière avancée, qui conduit le troisième âge à hériter du quatrième âge[1930], et à différer de plus en plus la transmission des biens, les héritiers sont la plupart du temps des adultes disposant de ressources personnelles et ne comptant plus sur l'héritage de leurs auteurs pour assurer leur propre établissement, alors que le conjoint successible, qui est généralement une veuve âgée, se trouve encore souvent ne bénéficier que de revenus modestes, et en particulier lorsqu'elle est sans emploi et avec un ou plusieurs enfants à charge.

1926. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, Les successions. Les libéralités : préc., p. 23, n° 10, note 34, et p. 25, n° 14 ; P. CATALA., *« Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84ème Congrès des notaires »* : préc., p. 978, n° 3.

1927. M. –C. CATALA de ROTON, Les successions entre époux, Éditions Economica, collection Droit civil, série : études et recherches, 1990, p. 173, n° 200.

1928. En ce sens, voir : J. AULAGNIER, *« La protection des héritiers réservataires exclus du bénéfice de l'assurance-vie »* : Dr. et patr., n° 61, juin 1998, pp. 34 et s., spc. p. 34.

1929. P. STOFFEL-MUNCK, *« L'enfant qui sort de l'ombre l'adultérin à la lumière des droits de l'homme »* : Dr. et patr., n° 82, mai 2000, pp. 56 et s., spc. p. 60.

Face à ces données, le droit positif apporte au conjoint successible vulnérable une protection minimale (§ 1). Cependant, s'il permet d'adoucir le sort matériel dudit conjoint, sa protection renforcée exige la mise en oeuvre de moyens contractuels qui permettent de mieux prendre en considération la volonté des époux (§ 2).

1930. M. FAUCHEUX-BUREAU, « *Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques* » : R. R. J., 1987-1, pp. 241 et s., spc. p. 257.

§ 1 - LA PROTECTION MINIMALE DU CONJOINT SUCCESSIBLE VULNÉRABLE DANS LES SUCCESSIONS AB INTESTAT

696. À l'époque du droit romain, mourir sans avoir rédigé son testament était considéré comme un déshonneur. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, alors que ce silence de la volonté peut avoir des conséquences patrimoniales importantes. Afin de mieux apprécier le degré de protection des intérêts du conjoint successible vulnérable, qui est sans commune mesure avec l'inexistence de droits ab intestat des personnes vivant au sein de couples non mariés, six observations préliminaires s'imposent.

Premièrement, les dispositions du droit successoral ne concernent pas en pratique les couples dont le patrimoine est vide si faible que le droit patrimonial de la famille n'aura pas à les connaître.

Deuxièmement, les droits du conjoint successible, qu'il s'agisse du mari ou de la femme, sont identiques. De plus, les transmissions résultant des systèmes de prévoyance collective provenant indirectement des revenus du travail du défunt accroissent sensiblement les droits successoraux stricto sensu dudit conjoint.

Troisièmement, le droit français ne prévoit pas de droits successoraux différents selon le régime matrimonial choisi par les époux. Cependant, si théoriquement, le choix du régime matrimonial n'a en lui-même aucune incidence sur les droits héréditaires légaux du conjoint survivant, cette neutralité est toute relative puisque la technique matrimoniale remplit bien souvent une fonction successorale. En plus des avantages matrimoniaux, qui modifient les droits des parties dans les partages, l'adoption d'un régime communautaire au lieu d'un régime séparatiste, qui peut être source de déséquilibre pour un époux sans revenus, revêt en pratique une grande importance. Ainsi, dans le régime de communauté, le droit de succession du conjoint successible ne s'exercera qu'après la liquidation de la communauté, qui permet de consacrer les efforts fournis par les époux pendant le mariage. De plus, le régime légal de la communauté réduite aux acquêts peut avantager indirectement un conjoint sans revenus,

puisqu'il recueillera automatiquement la moitié des acquêts réalisés avec les revenus de l'autre[1931]. Dans le même ordre d'idées, les revenus des biens propres profitent à la communauté, donc aux deux époux.

Quatrièmement, en cas de décès, la situation du conjoint successible est meilleure que celle du concubin, même pacsé. En effet, le conjoint figure dans la liste des héritiers légaux, à la différence du concubin qui lui n'est pas un héritier de son partenaire, sauf si ce dernier a rédigé un testament au profit de l'autre.

Cinquièmement, et comme le démontre le tableau ci-après, le conjoint successible est le mieux loti de tous les héritiers au regard des droits de mutation à titre gratuit.

D'abord, le conjoint profite d'un abattement de 76 000 €. Par conséquent, si sa part d'héritage n'excède pas cette somme, ledit conjoint n'a rien à verser au fisc. En comparaison, le partenaire pacsé bénéficie d'un abattement de 57 000 €, alors que le concubin libre n'a droit qu'à 1 500 €.

En outre, et après application de l'abattement, la part d'héritage du conjoint survivant est taxée selon un tarif progressif qui va de 5 % à 40 % au dessus de 1 700 000 €.

Par contre, le partenaire pacsé survivant voit sa part d'héritage, après application de l'abattement de 57 000 €, taxée à 40 % jusqu'à 15 000 €, et à 50 % au dessus de 15 000 €.

Faute de PACS, le concubin libre se voit appliquer un tarif unique de 60 % au dessus de 1 500 € d'abattement.

Enfin, si pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, les immeubles sont en principe évalués sur la base de leur valeur libre de toute occupation, la valeur de l'immeuble constituant la résidence principale du défunt est susceptible de faire l'objet d'un abattement de 20 %, subordonné au respect de deux conditions cumulatives. Au jour du décès, l'immeuble doit être occupé à titre de résidence principale, d'une part par le défunt, et d'autre part, par son conjoint ou par un ou plusieurs enfants mineurs ou majeurs protégés du défunt ou de son conjoint. Pour les successions ouvertes à compter du 1er janvier 2002, le champ d'application

---

[1931]. P. RÉMY, *« Les droits du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions. Regards sur la lex ferenda »* : *in* Écrits en hommage à Gérard CORNU, P. U. F., 1994, pp. 377 et s., spc. p. 408, n° 98.

de cet abattement a été étendu au cas de l'immeuble occupé à titre de résidence principale par un ou plusieurs enfants majeurs du défunt ou de son conjoint incapables de travailler dans des conditions normales de rentabilité en raison d'une infirmité physique ou mentale, congénitale ou acquise[1932].

[1932]. F. DOUET, *« Principales nouveautés de la loi de finances pour 2002 et de la loi de finances rectificative pour 2001 intéressant le droit fiscal de la famille »* : Dr. fam., février 2002, chron., n° 4, pp. 12 et s., spc. p. 12.

TARIF DES DROITS DE SUCCESSION ET DE DONATION

Bénéficiaires	Abattement	**Fraction de part nette taxable après abattement**	**Taux** En %
Héritiers en ligne directe (parents, enfants, petits-enfants)	50 000 €	Jusqu'à 7 600 € De 7 601 à 11 400 € De 11 401 à 15 000 € De 15 001 à 520 000 € De 520 001 à 850 000 € De 850 001 à 1 700 000 € Au-delà de 1 700 000 €	5 10 15 20 30 35 40
Conjoint	76 000 €	Jusqu'à 7 600 € De 7 601 à 15 000 € De 15 001 à 30 000 € De 30 001 à 520 000 € De 520 001 à 850 000 € De 850 001 à 1 700 000 € Au-delà de 1 700 000 €	5 10 15 20 30 35 40
Concubins liés par un Pacs	57 000 €	Jusqu'à 15 000 € Au-delà de 15 000 €	40 50

Frères et soeurs	1 500 € ou 57 000 €	Jusqu'à 23 000 € Au-delà de 23 000 €	35 45
Parents jusqu'au 4ème degré inclus	1 500 €	Totalité	55
Au-delà de 4ème degré et non-parents	1 500 €	Totalité	60
Personnes handicapées	50 000 €		

Ainsi, le droit fiscal place le conjoint successible dans une situation juridique privilégiée par rapport à tous les autres successibles, et cette situation a été renforcée par la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 qui a institué un abattement global de 50 000 €[1933] s'appliquant sur l'actif net successoral recueilli soit par les enfants vivants ou représentés ou les ascendants du défunt, soit exclusivement par ledit conjoint. Cet abattement se répartit entre les intéressés au prorata de leurs droits dans la succession. Lorsque cet abattement global n'est pas réparti, la valeur de l'héritage exonéré atteint aujourd'hui 126 000 € pour le conjoint successible, et 100 000 € pour un enfant unique en tant que seul héritier.

Sixièmement, le législateur de 2001, observant que seuls les couples aisés étaient suffisamment informés des dispositions du droit des successions, a imposé la délivrance aux époux qui se marient d'un document comportant des informations pratiques sur le droit de la famille et en particulier sur les droits du conjoint successible qui est annexé au livret de famille remis par l'officier de l'état civil[1934].

[1933]. Sur cet abattement, voir : F. DOUET, *« Quelques observations sur l'abattement global de 50 000 € sur les successions en ligne directe au profit du conjoint survivant : exemples pratiques »* : J. C. P. éd. N., 2005, fiscal, 1141.

[1934]. Article 22 de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.
M. DAGOT, *« Le conjoint survivant, héritier réservataire ? »*: D., 1974, chron., pp. 39 et s., spc. p. 41.

697. En tout état de cause, lorsque la personne décédée n'a pas réglé sa succession, le législateur, voulant éviter d'ajouter au bouleversement de la mort, un trouble de la vie, l'a prévu en essayant de concilier d'une part ses intentions et affections présumées, et d'autre part ses devoirs familiaux désignant pour héritiers tous ses proches[1935], y compris ledit conjoint. Cependant, si, avant la loi du 3 décembre 2001, il était fréquent d'entendre dire que le droit positif était, selon l'expression d'un auteur, le « *reflet infidèle du rôle contemporain du conjoint dans la famille »*[1936], cela n'est plus le cas depuis l'adoption de la loi Vidaliès du 3 décembre 2001 placée sous le signe de l'équité. Soutenue par le Conseil Supérieur du Notariat[1937], cette loi du 3 décembre 2001 devait répondre à la double exigence d'assurer la protection des descendants tout en protégeant prioritairement le conjoint successible.

Cette ambition était difficile à mettre en oeuvre car les situations auxquelles devait répondre le droit au décès d'un conjoint sont très hétérogènes. Celles-ci dépendent notamment de l'âge du survivant, de son espérance de vie, de ses ressources propres, des charges auxquelles il doit faire face lorsqu'il lui faut assumer seul désormais l'éducation de jeunes enfants, des chances qu'il peut avoir de revivre en couple, de la présence d'enfants issus d'une précédente union et de la composition des patrimoines des parties.

Sans opérer une réforme d'ensemble du droit des successions, la loi du 3 décembre 2001 a eu pour objectif de répondre au souhait, largement répandu, de donner au conjoint successible des droits correspondant à la position qu'il occupait dans la vie du défunt, c'est-à-dire selon un auteur des droits *« tous vulnérables à la volonté du de cujus (…) mais également par le seul fait que l'époux prédécédé aura consenti des libéralités importantes »*[1938]. En effet, la loi de 2001 est fondée sur une présomption de la volonté du défunt de protéger son époux, une sorte de logique affective implicite, dont découlent ses principales dispositions, qui sont inspirées par deux idées : accorder audit conjoint une place plus favorable dans l'ordre successoral (A) et lui attribuer un droit au logement (B).

1935. J. CASEY, *« Legs à un directeur de clinique : attendez le retour à la maison et pensez à la forme authentique ! »* : R. J. P. F., n° 1, janvier 2001, pp. 25 et s., spc. p. 26.
1936. F. TERRÉ, *« Préface »* : *in* M. –C. CATALA de ROTON, Les successions entre époux : préc., p. II.
1937. J. COMBRET, « *Entretien* » : R. J. P. F., février 2001, p. 4.
1938. Y. FLOUR, *« Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant »* : Gaz. Pal. des 2/3 octobre 2002, doct., pp. 27 et s., spc. pp. 27 et 29.

A – UNE PLACE PLUS FAVORABLE DU CONJOINT DANS L'ORDRE SUCCESSORAL

698. La hiérarchie instaurée par le Code civil de 1804 était fondée sur la volonté de protéger les biens de la famille. À l'époque, il convenait d'assurer la transmission des biens aux enfants, en particulier les propriétés foncières. L'essentiel du droit successoral reposait alors sur la solidarité familiale : plus l'héritier paraissait proche du défunt, plus son droit à recevoir les biens de ce dernier s'intensifiait.

La réalité d'aujourd'hui est bien différente : les patrimoines familiaux sont rares et les biens acquis par les époux pendant le mariage occupent une place prépondérante. Dès lors, la présence du conjoint survivant au quatrième rang des successibles ne se justifiait plus.

Pour tous ces motifs, et la raison contemporaine supplémentaire selon laquelle les conditions des personnes l'emportent désormais d'une manière générale sur les conditions de patrimoine, le législateur a d'abord placer le conjoint d'une manière plus favorable dans l'ordre successoral (a), en lui accordant sa vraie place d'héritier et en reconnaissant ainsi la valeur du partage du quotidien d'une vie entière, avec ses aléas, ses peines et ses joies. Puis il en a tiré les conséquences en augmentant les droits en propriété du conjoint survivant (b), et en renforçant son droit à pension pouvant être mis à la charge de la succession (c).

a – LA MODIFICATION DE L'ORDRE SUCCESSORAL

699. La modification de l'ordre successoral ressort du symbole[1939], parce qu'elle reconnaît la place du conjoint successible dans la famille, et la primauté, aux dépens des liens de sang, de la force du choix de vie, de l'affection et de la liberté, ce qui fait que dans l'ensemble, le mariage triomphe du lignage.

[1939]. J. CARBONNIER, Droit et passion du droit sous la V[ème] République, Flammarion, 1996, p. 243 ; H. MÉAU-LAUTOUR, *« La transmission patrimoniale à cause de mort »* : D., 2000, supplément au n° 16, pp. 14 et s., spc. p. 16.

Ainsi, alors que le conjoint successible ne primait auparavant que sur les oncles, tantes et cousins, la loi du 3 décembre 2001 lui confère une place plus favorable dans ledit ordre. En effet, le conjoint successible est maintenant placé dans le premier ordre des héritiers, où il y vient en concours avec les héritiers réservataires que sont les descendants du défunt, ainsi que ses père et mère. Il évince désormais de la succession les frères et soeurs du défunt ainsi que ses neveux et nièces. De plus, et conformément aux souhaits de la Commission Dekeuwer-Défossez, le conjoint successible écarte aussi les grands-parents du défunt.

700. En outre, pour compenser la suppression des droits successoraux des ascendants ordinaires du défunt en présence du conjoint successible, qui n'est, au demeurant, tenu d'aucune obligation alimentaire à leur égard, la loi du 3 décembre 2001 accorde aux premiers une créance d'aliments contre la succession de l'époux prédécédé pour les protéger, lorsqu'ils sont dans le besoin. Cependant, cette disposition, louable dans sa motivation, peut aboutir, dans les successions de faible importance, qui sont justement celles où l'on risque le plus souvent de rencontrer des ascendants « dans le besoin », à priver le conjoint de ses droits au profit de l'ascendant contrairement aux objectifs avancés par le législateur[1940]. De plus, un éminent auteur[1941] estime que le régime de cette créance d'aliments est techniquement critiquable à deux titres.

Premièrement, si d'ordinaire, il faut se référer aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur pour fixer le montant des aliments, l'article 758 du Code civil innove, en ne prenant en considération que les besoins des deux parties, alors qu'il aurait été tout de même plus opportun de mentionner aussi leurs ressources.

Deuxièmement, l'emploi de l'expression « *les biens existants* » aurait été préférable au mot « *succession* », au motif que la première expression est régulièrement utilisée pour définir la masse d'exercice des droits reconnus au conjoint[1942]. Cependant, cette argumentation a été rejetée lors de la deuxième lecture du texte par l'Assemblée nationale qui a considéré qu'elle revenait à restreindre l'assiette de la part successorale du conjoint survivant, puisqu'en seraient

---

1940. En ce sens, voir : M. –C. FORGEARD, R. CRÔNE, B. GELOT, La réforme des successions, préc., p. 33, n°30.

1941. P. CATALA, *« Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant »* : J. C. P., 2001, act., pp. 861 et s., spc. pp. 862 et 863.

1942. Dans le même sens, voir : Groupe de professeurs et maîtres de conférences des universités, *« Libres propos sur une réforme successorale annoncée »* : D., 2001, point de vue, pp. 2899 et s., spc. p. 2900.

exclus les biens éventuellement donnés antérieurement et qu'elle conduisait à enfreindre le principe général en matière de dévolution successorale selon lequel les libéralités doivent être rapportées, sauf volonté contraire du défunt.

b - L'AUGMENTATION DES DROITS EN PROPRIÉTÉ DU CONJOINT SUCCESSIBLE

701. En dépit des améliorations successives apportées par le législateur, la situation précaire qui était faite au conjoint survivant était mal perçue par nos concitoyens[1943] qui ne comprenaient pas pourquoi, celui-ci ne pouvait pas hériter véritablement de son époux prédécédé.

Pour répondre à cette attente, la loi du 3 décembre 2001 a octroyé, quels que soient les parents laissés par le défunt, au conjoint successible des droits en propriété, qui lui permettent ainsi qu'aux autres héritiers de conserver leur autonomie et qui sont mieux adaptées à la réalité des familles et des successions contemporaines[1944]. En effet, dans la très grande majorité des cas, il est légitime que le conjoint successible puisse jouir et vendre des biens issus d'un patrimoine qu'il avait constitué avec le défunt, alors qu'avant la loi de 2001, l'usufruit était considéré, pour reprendre l'expression d'un auteur, comme « *la transaction la plus naturelle entre les droits de l'époux survivant et ceux de la parenté* »[1945].

Après maintes hésitations du Parlement, la loi distingue les droits du conjoint successible suivant que les descendants du défunt sont tous issus des deux époux ou si certains descendants sont d'un autre lit.

702. Si les descendants sont tous issus des deux époux, le conjoint dispose d'une option entre tout l'usufruit et un quart en pleine propriété. L'intégration de cette option dans le droit commun des successions a été justifiée par l'idée que celle-ci présentait l'avantage de prendre

---

1943. J. MOTEL et J. COMBRET, *« Réforme de la famille : le notariat peut contribuer à l'émergence d'un droit pacificateur »* : Petites affiches, n° 113, du 7 juin 2001, pp. 4 et s., spc. p. 5.
1944. M. DAGOT, *« L'usufruit légal du conjoint survivant dans le projet de réforme du droit successoral »* : J. C. P., 1995, I, 3822, n° 6.

en compte la diversité actuelle des situations familiales et patrimoniales. Pourtant, il est patent de relever avec deux auteurs que la généralisation de la première branche de celle-ci préjudicie fortement aux héritiers réservataires du défunt qui devront se contenter de droits en nue-propriété[1946], dont la valeur fiscale a été fortement réduite par la loi de finances pour 2004, ce qui entraîne corrélativement une augmentation de l'assiette des droits de succession du conjoint successible[1947]. Cependant, la détermination de la consistance du quart en propriété nécessite la réalisation d'un projet de liquidation chiffré comprenant les libéralités antérieurement effectuées, *« y compris les dons manuels, donations indirectes et déguisées, afin de vérifier que la réserve des enfants est respectée sans entamer le quart en propriété »*[1948]. Ceci dit, le législateur de 2001 a encadré cette option dans un régime juridique précis. Ainsi, ladite option est réputée exercée en usufruit si le conjoint survivant garde le silence trois mois après avoir été mis en demeure d'opter par les descendants, ou s'il décède sans avoir opté. S'il opte pour la totalité de l'usufruit, son droit porte sur les biens existants au décès. Il n'est pas créancier du rapport des libéralités. Ainsi que l'ont judicieusement noté deux auteurs[1949], *« c'est la première fois qu'un héritier légal dispose d'un choix quant à l'étendue et à la nature des droits qu'il est appelé à recueillir »*.

703. Si certains descendants sont d'un autre lit, le conjoint successible a désormais droit au quart en pleine propriété, afin d'éviter que l'usufruit ne prive durablement les nus-propriétaires de la jouissance des biens du défunt en présence d'un jeune conjoint successible.

704. En l'absence de descendants, le montant des droits en propriété recueillis par le conjoint varie selon les membres de la famille venant à la succession.

En présence des père et mère du défunt, les droits du conjoint successible sont d'un demi si le défunt laisse ses père et mère, et de trois quarts s'il ne laisse que l'un d'entre eux.

1945. P. RÉMY, *« Les droits du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions. Regards sur la lex ferenda »* : préc., p. 394, n° 53.
1946. J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Vive les libéralités entre époux ! »* : Defrénois, 2003, I, art. 37645, pp. 3 et s., spc. p. 6.
1947. En ce sens, voir : N. GONZALEZ-GHARBI, *« Nouveau barème fiscal de l'usufruit : vraies avancées et faux problèmes »* : R. J. P. F., mars 2004, pp. 6 et s. ; S. POMMIER, *« Usufruit, droit d'usage et d'habitation »* : A. J. Famille, mai 2004, pp. 161 et s.
1948. J. COMBRET et J.-F. PILLEBOUT, *« Le règlement des successions depuis la loi du 3 décembre 2001 quelques conseils pratiques »* : J. C. P. éd. N., 2003, en bref, 158, n°2.
1949. T. KÉRAVEC et É. MALLET, *« Réforme des successions : les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins »* : J. C. P. éd. N., 2002, en bref, 117, pp. 945 et s., spc. p. 947.

En l'absence de père et mère du défunt, le conjoint successible recueille maintenant toute la succession et il évince tant les grands-parents que les frères et soeurs. Toutefois, en ce qui concerne ces derniers ou leurs descendants, ceux-ci bénéficient d'un droit de retour légal[1950] sur la moitié des biens que le défunt a reçus de ses parents par succession ou donation, à condition qu'eux-mêmes soient les descendants du ou des parents à l'origine de la transmission, et que les biens en question se retrouvent en nature à l'ouverture de la succession, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas été aliénés à titre gratuit ou à titre onéreux. Le conjoint successible et les collatéraux privilégiés se partageront donc par moitié les biens de famille, ce qui exclut les meubles et immeubles acquis par subrogation réelle et les sommes d'argent investies ou non[1951].

Ainsi, comme le montre le tableau ci-après, la loi du 3 décembre 2001 a nettement renforcé les droits du conjoint successible.

[1950]. F. –J. PANSIER, *« Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin »* : préc., p. 3 ; F. –J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « *La loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins »* : Petites affiches, n° 241, du 4 décembre 2001, pp. 3 et s., spc. p. 3.

[1951]. En ce sens, voir : B. BEIGNIER, *« La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier »* : Dr. fam., avril 2002, chron., n°4, pp. 4 et s., spc. p. 5 ; G. GOUBEAUX, *« Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant »* : Defrénois, 2002, I, art. 37519, pp. 427 et s., spc. p. 430, n°6.

	Avant la loi VIDALIÈS	Après la loi VIDALIÈS
En présence de descendants	1/4 en usufruit	1/4 en pleine propriété ou la totalité de l'usufruit (sauf descendants d'un autre lit : 1/4 en pleine propriété)
En présence des père et mère du défunt	1/2 en usufruit	1/2 en pleine propriété
En présence de l'un des deux parents	1/2 en usufruit	3/4 en pleine propriété
En présence de frères et sœurs	1/2 en usufruit	Toute la succession
En présence d'ascendant ordinaire	1/2 en usufruit	Toute la succession
En présence d'oncles, tantes, cousins	Toute la succession	Toute la succession

Ces nouveaux droits en propriété constituent une avancée considérable pour la protection du conjoint successible, même s'ils risquent d'entraîner pour les descendants une deuxième mutation à titre gratuit à une échéance relativement proche, lorsque les deux époux appartenaient à la même génération, la femme ayant généralement une espérance de vie supérieure de sept à huit ans à celle de l'homme.

Ces nouveaux droits en propriété font dudit conjoint un héritier à part entière. À moins que ledit conjoint n'opte pour la totalité de l'usufruit lorsqu'il est en présence de descendants communs, ces droits lui évitent ainsi d'avoir à subir un droit concurrent. De plus, ils ne sont pas résiduels.

705. Cependant, la loi du 3 décembre 2001, réformatrice, mais pas révolutionnaire, n'est pas allée jusqu'à faire de l'époux survivant un héritier réservataire, c'est-à-dire auquel est garanti une part minimale de l'héritage, conformément aux dispositions du projet de loi n° 1941 de février 1995, et aux voeux des rapports Théry et Dekeuwer-Défossez. Cela étant, l'amélioration des droits du conjoint survivant laisse ainsi à tout époux la liberté de disposer de ses biens au moyen de libéralités.

Toutefois, lorsque ledit conjoint devient héritier de premier rang, c'est-à-dire en l'absence de descendant et de père et mère, le législateur a considéré qu'il était légitime, de lui donner l'assurance de pouvoir disposer d'une fraction de la succession[1952]. Ainsi, l'article 914-1 du Code civil précise que les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, consenties par le défunt qui, en l'absence de descendant et d'ascendant, laisserait un conjoint successible, ne peuvent excéder les trois quarts des biens du disposant. Il en résulte que, dans cette situation particulière, le conjoint devient en fait héritier réservataire à hauteur du quart en pleine propriété de la succession[1953], même si les ascendants quel que soit leur degré, continuent de bénéficier d'une réserve en vertu de l'article 914 du Code civil. À ce propos, un auteur considère avec pertinence que par l'octroi de cette réserve au conjoint, *« le législateur a marqué le point d'orgue de sa consécration. Rapproché des proches parents, le conjoint entre dans le sérail »*[1954].

Dans l'ensemble, cette nouvelle répartition des biens entre le conjoint successible et les ascendants a pour avantage d'éviter que les grands parents ne se trouvent en concours avec une bru ou un gendre. En effet, chaque partie, recevant une part de la succession en pleine propriété, peut disposer de ses biens sans avoir à rendre de comptes à l'autre.

c – LE RENFORCEMENT DU DROIT À PENSION DU CONJOINT SUCCESSIBLE À LA CHARGE DE LA SUCCESSION

1952. J. MOTEL et J. COMBRET, *« Réforme de la famille : le notariat peut contribuer à l'émergence d'un droit pacificateur »* : préc., p. 5.
1953. En ce sens, voir : F. AUMONT, *« La réforme des droits du conjoint survivant : une loi attendue »* : J. C. P. éd. N., 2001, famille, pp. 651 et s., spc. pp. 651 et 653.
1954. I. CORPART, *« L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi du 3 décembre 2001 »* : D., 2002, chron. doct., pp. 2952 et s., spc. p. 2953.

706. En règle générale, l'état de besoin du conjoint successible naît du décès du *de cujus*. Dans le souci de le protéger, l'article 4 de la loi du 3 décembre 2001 a abrogé l'article 207-1 du Code civil afin de revenir sur la jurisprudence restrictive subordonnant l'octroi d'un droit au secours à la charge de la succession à l'existence d'un état de nécessité antérieur au décès et de renforcer le devoir de secours pouvant être mis à la charge de la succession lorsque ledit conjoint voit ses conditions de vie gravement amoindries par le décès de son conjoint.

Désormais, l'article 767 du Code civil dispose que « *La succession de l'époux décédé doit une pension au conjoint successible qui est dans le besoin. Le délai pour la réclamer est d'un an à partir du décès ou du moment où les héritiers cessent d'acquitter les prestations qu'ils fournissaient auparavant au conjoint. Le délai se prolonge, en cas d'indivision, jusqu'à l'achèvement du partage. La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les légataires particuliers, proportionnellement à leur émolument. Toutefois, si le défunt a expressément déclaré que tel legs sera acquitté de préférence aux autres, il sera fait application de l'article 927 »*.

Cette pension perçue par le conjoint successible n'est pas soumise aux droits de mutation par décès parce que le bénéficiaire la reçoit en qualité de créancier de la succession et non en sa qualité d'héritier, mais corrélativement l'Administration fiscale considère que ladite pension n'est pas constitutive d'un passif déductible[1955], au motif qu'il ne s'agit pas d'une dette à la charge du défunt au jour du décès.

À côté de l'extension de ce droit à pension, au demeurant assez peu réclamé en pratique, la loi du 3 décembre 2001 confère au conjoint successible une autre protection fondée sur le besoin, l'attribution d'un droit au logement, qui s'apparente sur ce point aux prestations compensatoires et aux créances d'aliments.

[1955]. Instruction du 7 avril 2003 : BOI 7 G-1-03 ; Feuillet rapide fiscal social Francis Lefèbvre, 17/03 du 11 avril 2003, pp. 4 et s., spc. p. 6.

B - L'ATTRIBUTION D'UN DROIT AU LOGEMENT

707. Avant la loi du 3 décembre 2001, il était de coutume de relever le paradoxe existant entre le conjoint divorcé qui pouvait bénéficier d'une prestation compensatoire lui permettant de maintenir ses conditions de vie, et le conjoint survivant qui ne disposait pas de l'équivalent.

Or, pour ce dernier, la principale préoccupation est de pouvoir conserver, après la mort de l'époux prédécédé, le même logement, ce qui, en l'absence de donation de la totalité de l'usufruit de celui-ci, était impossible.

L'un des aspects novateurs de la loi du 3 décembre 2001 a consisté dans l'institution au profit dudit conjoint d'un véritable droit au logement[1956], dont l'objectif inavoué était peut-être de faire accepter l'effectivité du principe de l'égalité du statut de tous les enfants[1957], à l'exception des enfants incestueux.

Le droit au logement revêt une grande importance psychologique et pratique, puisque le patrimoine moyen des Français a une valeur inférieure à 150 000 € et qu'il se compose dans la majorité des cas, pour l'essentiel, du logement et du mobilier.

Ainsi, pour un auteur, le conjoint successible est devenu dans les faits *« le maître de la succession »* et *« le premier ordre des héritiers »*[1958]. D'ailleurs, l'attribution de ce droit viager au logement assorti d'un droit d'usage pour le mobilier le garnissant traduit la survivance du devoir d'entraide entre époux et permet au conjoint successible d'avoir quel que soit le régime matrimonial, une certaine garantie de la stabilité de son lieu de vie.

Enfin, la vocation du conjoint successible au droit au logement est une vocation concrète à des droits particuliers sur des biens déterminés, au lieu d'être une vocation abstraite à une quote-part en propriété.

Sur cette instruction, voir : C. DELORY et F. FRULEUX, *« Réforme des successions (L. 3 déc. 2001) 'Administration fiscale prend enfin position ! »* : J. C. P. éd. N., 2003, en bref, 107, pp. 709 et s.

1956. D. PONTON-GRILLET, *« L'instrumentalisation du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil »* : Dr. fam., mars 2000, chron. n° 7, pp. 14 et s., spc. p. 15.

1957. J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation »* : *in* Mélanges offerts à André COLOMER, Litec, 1993, pp. 397 et s., spc. p. 409.

1958. S. FERRÉ-ANDRÉ, *« Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 »* : Defrénois, 2002, I, art. 37572, pp. 863 et s., spc., p. 892, n°62.

Le droit au logement instauré par la loi du 3 décembre 2001 est divisé en deux droits : un droit au logement temporaire (a), et un droit viager au logement (b).

a – LE DROIT TEMPORAIRE AU LOGEMENT

708. À son propos, un auteur a pu judicieusement écrire que *« symboliquement, le droit temporaire au logement est une grande avancée pour le statut du logement familial »*, dont la protection *« s'apparente à un régime matrimonial primaire à cause de mort »*[1959].

En effet, la faiblesse des droits successoraux *ab intestat* dévolus précédemment au conjoint pouvait le contraindre à quitter dans la précipitation la résidence conjugale. À la douleur s'ajoutait ainsi la difficulté de quitter un cadre de vie auquel il était attaché.

Afin de tempérer, par une transition, la brutalité de la séparation, mais aussi d'offrir au conjoint qui aurait été privé par la volonté du défunt de tout droit viager au logement une protection minimale, l'article 763 du Code civil permet au conjoint successible de bénéficier, nonobstant toute disposition testamentaire contraire, de la jouissance pendant une année, du logement qu'il occupait effectivement à titre d'habitation principale à l'époque du décès[1960] (ce qui exclut la résidence secondaire et le logement de la famille dans lequel ne se trouvait pas le conjoint au jour du décès[1961]), et qui appartenait aux époux ou dépendait totalement de la succession. À cet égard, deux auteurs ont fait remarquer qu'est exclue du champ d'application de cette protection *« l'utilisation par les époux de l'immeuble détenu par une société civile immobilière, en dehors de l'existence d'un contrat de bail »*[1962], au motif que l'écran de la

1959. S. FERRÉ-ANDRÉ, *« Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 »* : préc. p. 885, n°49.
1960. Y. de MARIGNY, « *Les nouveaux droits du conjoint survivant »* : Les petites affiches lyonnaises, n° 0561, du 19 au 22 janvier 2002, pp. 14 et s., spc. p. 15.
1961. B. BEIGNIER, « *La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial »* : préc., p. 4.
1962. A. HERBAUT et C. MORIOU, *« La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant »* : Gaz. Pal. des 6/7 juin 2003, doct., pp. 13 et s., spc. p. 15.

personnalité morale de ladite société écarte l'application des articles 763 et 764 du Code civil[1963].

709. Cette jouissance a été voulue gratuite par le législateur, ce qui implique, selon un auteur, que *« le conjoint soit exempté de tout débours autres que les factures afférentes à des biens consomptibles (eau, gaz, électricité). Il s'en suit que les charges de la copropriété et la taxe d'habitation devraient être supportées par la succession, bien que la loi n'en dise rien »*[1964].

Ce droit au logement temporaire, qui est d'ordre public, est assorti de la jouissance gratuite du mobilier garnissant ce logement, c'est à dire des meubles meublants.

710. Dans l'hypothèse où cette habitation aurait été louée, l'article 763, alinéa 2, du Code civil permet au conjoint successible de se voir remboursé par la succession les loyers au fur et à mesure qu'il les acquittera. Les loyers sont ainsi considérés comme des charges de la succession dont le défunt n'était pas tenu mais qui sont nées du fait du décès et des nécessités du règlement de la succession. Cette protection reconnue au conjoint successible vulnérable pose cependant le problème du poids que cette charge financière risque de faire peser sur la succession lorsque celle-ci est particulièrement faible.

De plus, l'article 763, alinéa 3, du Code civil précise que ces droits sont réputés être des effets directs du mariage et non des droits successoraux. Cette disposition indique que ce droit au logement temporaire est indépendant du sort successoral du conjoint successible, mais aussi que l'acceptation de ce droit au logement ne vaut pas acceptation de la succession.

Enfin, l'Administration fiscale[1965] en conclut que ce droit temporaire au logement bénéficiant au conjoint survivant n'a pas à être soumis aux droits de mutation par décès, mais qu'en application des dispositions de l'article 768 du Code général des impôts ledit droit ne peut pas être admis en déduction au niveau du passif successoral dans la mesure où ce droit ne constitue pas une dette personnelle du défunt au jour de l'ouverture de la succession,.

1963. J. –P. GARCON, *« Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale »* : J. C. P. éd. N., 2002, famille, 1402, pp. 1004 et s., spc. p. 1005, n°6.
En sens contraire, voir : P. CATALA, *« Successions. Des droits du conjoint successible. Des droits au logement »* : Jur. -Cl. civ., art. 756 à 767, fasc. 20, 5, 2003, p. 9, n°21.

1964. P. CATALA, *« Successions. Des droits du conjoint successible. Des droits au logement »* : préc., p. 8, n°16.

1965. Instruction du 7 avril 2001 : BOI 7 G-1-03 ; Feuillet rapide fiscal social Francis Lefèbvre, 17/03 du 11 avril 2003, pp. 4 et s., spc. p. 6.

Toutefois, dans l'hypothèse où ce droit fait l'objet d'une exécution en espèces, c'est-à-dire lorsque, à l'époque du décès, l'habitation du conjoint successible était assurée au moyen d'un bail à loyer, il est admis que le montant des loyers qui doit être effectivement remboursé par la succession soit déductible de l'actif successoral. Cette dérogation est d'ailleurs strictement limitée aux loyers, à l'exclusion des autres charges de la jouissance.

Un auteur critique justement cette position de l'Administration fiscale en soulignant que celle-ci *« introduit sans raison une inégalité de traitement fiscal entre deux catégories d'héritiers dont la clé de répartition dépend du titre d'occupation (location ou propriété de l'habitation principale) »* et en estimant qu' *« il aurait été plus cohérent et équitable de reconnaître la déductibilité générale du droit temporaire »*[1966].

[1966]. A. DELFOSSE, *« Entretien »* : R. J. P. F., mai 2003, act., p. 4.

b – LE DROIT VIAGER AU LOGEMENT

711. Afin d'examiner son régime juridique, les points suivants seront successivement évoqués : les conditions (1), les modalités d'exercice (2), l'imputation de sa valeur (3), le délai pour opter (4), la conversion en une rente viagère ou en un capital (5), le droit au bail et le droit d'usage sur le mobilier (6).

1 – Les conditions d'attribution

712. L'article 764 du Code civil soumet à trois conditions l'exercice par le conjoint successible d'un droit d'habitation sur le logement qu'il occupait effectivement au moment du décès.

Premièrement, le défunt ne doit pas avoir exprimé de volonté contraire dans un testament par acte public reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. Cette règle, marquée de l'empreinte du consumérisme protecteur en droit de la famille, constitue une précaution pour le conjoint, qui pourrait craindre d'être lésé par le défunt et privé du droit au logement par un simple testament olographe. À ce propos, un auteur a judicieusement fait remarquer que la méthode législative confiant au notaire le soin d'attirer l'attention, voire de dissuader le testateur de priver son conjoint d'un droit d'habitation et d'usage est critiquable, car « *le notaire ne doit pas suggérer ou paraître suggérer au testateur le contenu du testament dont les dispositions doivent être spontanées. Il peut seulement poser des questions pour s'éclairer sur les véritables intentions du testateur ou lui adresser des avertissements sur les illégalités ou les contradictions que peut renfermer le testament* »[1967]. En outre, la privation de ce droit viager est sans incidence sur les droits d'usufruit que le conjoint recueille

[1967]. S. PIEDELIÈVRE, *« Réflexions sur la réforme des successions »* : Gaz. Pal. des 5/6 avril 2002, doct., pp. 2 et s., spc. p. 11.

ab intestat ou par libéralités[1968]. Lorsqu'il opte pour les droits d'habitation et d'usage viagers, leur valeur s'impute sur celle des droits successoraux éventuellement recueillis par le conjoint.

Deuxièmement, ce droit d'habitation s'exerce sur le logement que le conjoint successible occupait effectivement à l'époque du décès, à titre de résidence principale. Aucune condition n'est posée, quant à la résidence commune des époux.

Troisièmement, le logement doit appartenir aux deux époux ou dépendre totalement de la succession. Il s'agit ainsi d'assurer au veuf la possibilité de continuer à résider dans le logement, alors même qu'il ne lui appartient qu'en partie -par exemple lorsqu'il dépendait de la communauté matrimoniale et que la moitié dévolue au défunt est désormais dans la succession -ou qu'il ne lui appartenait pas, soit qu'il fût la seule propriété du défunt, soit qu'il dépendît d'une société appartenant à ce dernier.

En présence d'enfants et d'option pour un quart en pleine propriété, ce droit au logement prend toute sa valeur. Dans le cas contraire, il est en quelque sorte absorbé par l'usufruit successoral.

2 – Les modalités d’exercice

713. La loi du 3 décembre 2001 a jugé préférable l'octroi audit conjoint d'un droit réel d'usage et d'habitation, qui connaît actuellement un renouveau[1969], au lieu d'un droit d'usufruit général, aux motifs que ce dernier aurait imposé à son titulaire plus de charges (il n'aura pas à payer la taxe foncière), et que l'allongement de la vie risquait de faire des descendants des nus-propriétaires à vie, particulièrement lorsque, en cas de remariage du défunt, il n'existe pas de différence d'âge importante entre le conjoint successible et les enfants du défunt.

Par contre, ces droits d'usage et d'habitation ont une portée plus limitée que l'usufruit.

1968. En ce sens, voir : J. –F. SAGAUT, *« Les vocations légales viagères du conjoint survivant »* : A. J. Famille, mai 2004, pp. 175 et s.

1969. D. PONTON-GRILLET, *« Le renouveau familial du droit d'usage et d'habitation : éclairage civil et fiscal »* : Dr. fam., septembre 2001, chron., n° 20, pp. 10 et s.

Ainsi, le conjoint qui bénéficie du logement est tenu d'y habiter et ne saurait ni le céder, ni en principe le louer, à un usage autre que commercial ou agricole, pour percevoir des loyers, sauf si sa situation fait que ledit logement n'est plus adapté à ses besoins, afin de dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d'hébergement, ce qui constitue une exception à la règle de l'incessibilité du droit d'usage et d'habitation.

En l'occurrence, les dispositions liées à l'origine conventionnelle de ces droits, ainsi que l'article 626 du Code civil, qui interdit de jouir de ces droits sans donner caution et faire des états et inventaires, ne sont pas applicables.

En revanche, le conjoint successible doit jouir « *en bon père de famille* » des droits qui lui sont conférés, ce qui l'oblige à entretenir les biens grevés de ces droits. Il peut demeurer dans la résidence avec sa famille quand bien même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné. Il contribue aux charges conformément aux dispositions de l'article 635 du Code civil qui distingue selon que l'usager utilise ou non la totalité de la maison. Dans l'hypothèse où il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux opérations d'entretien et au paiement des contributions comme l'usufruitier, les grosses réparations incombant au propriétaire. Si l'usager les effectue lui-même, il pourra, lorsqu'il sera mis un terme au droit d'usage et d'habitation, réclamer au propriétaire le montant des plus-values résultant des grosses réparations qu'il aura effectuées sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

De plus, le conjoint successible, les autres héritiers ou l'un d'eux peuvent exiger qu'il soit dressé un inventaire des meubles et un état de l'immeuble soumis aux droits d'usage et d'habitation.

Enfin, la loi du 3 décembre 2001 a accordé au conjoint successible bénéficiant d'un droit d'habitation sur le logement, le droit d'en devenir propriétaire par préférence à tout autre héritier.

3 - L'imputation de la valeur des droits d'habitation et d'usage sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint

714. L’article 765 du Code civil pose le principe de l'imputation de la valeur des droits d'habitation et d'usage consentis au conjoint successible sur celle des droits successoraux qu'il recueille dans la succession. Pour la liquidation des droits de mutation à titre gratuit, la valeur des droits d'habitation et d'usage est de 60 % de la valeur de l'usufruit.

Ces modalités d'imputation, favorables au conjoint successible, sont les suivantes.

Lorsque la valeur de ces biens d'habitation et d'usage est inférieure aux droits par ailleurs recueillis dans la succession, le conjoint verra ces droits s'imputer sur ceux-ci, mais il pourra prendre le complément qui lui revient sur la succession. C'est lui qui choisit s'il préfère recueillir l'intégralité de ses droits en propriété ou les combiner avec le bénéfice des droits d'usage et d'habitation.

La logique s'inverse lorsque la valeur des droits d'habitation et d'usage devient supérieure à celle des droits successoraux recueillis : le conjoint peut les exercer sans être tenu de récompenser la succession de la différence entre la valeur du droit au logement et celle de ses droits successoraux. Il s'agit ici de protéger le logement du conjoint successible lorsqu'il ne recueille que très peu de droits successoraux, de ne pas le pénaliser s'il ne dispose pas de liquidités suffisantes pour verser une récompense, et d'assurer l'effectivité de ses droits.

4 – Délai octroyé au conjoint pour opter pour le droit au logement

715. Afin de conférer le maximum de souplesse au dispositif, tout en préservant les droits du conjoint successible, celui-ci dispose d'un délai d'un an à partir du décès pour manifester sa volonté d'exercer ces droits d'usage et d'habitation, ou de ne pas en bénéficier. En aucun cas, les héritiers ne peuvent l'empêcher d'exercer lesdits droits s'il le décide.

En outre, on peut considérer que le choix fait par le conjoint de bénéficier de ces droits vaut acceptation tacite de la succession puisque, l'option étant indivisible, il n’est pas envisageable que l'époux survivant accepte l'exercice de son droit au logement sans accepter ses droits successoraux.

Par contre, si le conjoint successible renonce à son droit au logement, il retrouve la totalité de ses droits successoraux, sans que ceux-ci ne soient amputés d'une quelconque imputation.

5 – La conversion des droits d'habitation et d'usage en une rente viagère ou en un capital

716. S'ils offrent à une personne la possibilité de continuer à résider dans le cadre qui était le sien avant le décès de son conjoint, les droits d'usage et d'habitation présentent également un certain nombre d'inconvénients : ils contraignent le conjoint à résider au même endroit, ce qui peut, passée une première période de deuil, ne plus correspondre à ses aspirations. De plus, le conjoint et les héritiers souhaitent parfois vendre l'habitation. Enfin, les mêmes parties peuvent désirer cesser leurs relations.

Par conséquent, l'article 766 du Code civil autorise la conversion conventionnelle de ces droits en une rente viagère ou en un capital, offrant ainsi une modalité d'extinction de ces droits qui ne soit pas le décès de leur titulaire. Toutefois, pour des raisons fiscales, cette conversion sera rare, puisque la rente est un revenu imposable pour le crédirentier sans être une charge déductible du débirentier. S'il y a parmi les successibles parties à la convention un mineur ou un majeur protégé, la convention doit être autorisée par le juge des tutelles.

6 - L'attribution du droit au bail du logement et d'un droit d'usage sur le mobilier

717. Dans l'hypothèse où le logement était loué, le conjoint se voit attribuer un droit d'usage sur le mobilier garnissant le logement, compris dans la succession, et les conditions dans lesquelles celui-ci peut bénéficier du transfert du bail sont facilitées.

En application de l'article 1751 du Code civil, les conjoints bénéficient de la cotitularité du bail. Toutefois, ce droit n'est ouvert qu'à la double condition que le bail n'ait pas de caractère professionnel -la cotitularité du bail ne peut porter sur un local à usage mixte- et qu'il serve

effectivement à l'habitation des deux époux. Dans l'hypothèse où les conjoints seraient séparés de corps ou simplement n'habiteraient pas dans le même logement, le conjoint successible ne pourrait pas invoquer la cotitularité du bail.

À défaut de conjoint pouvant bénéficier de cette disposition, le bail peut faire l'objet d'une attribution préférentielle ou être transféré. En effet, le contrat de location est transféré, lors du décès du locataire : au conjoint survivant, aux descendants qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès, au partenaire lié au locataire par un pacte civil de solidarité, aux ascendants, au concubin notoire ou aux personnes à charge, qui vivaient avec lui depuis au moins un an à la date du décès. En cas de demandes multiples, par exemple en cas de demandes émanant du conjoint et d'un enfant né d'un précédent mariage, le conjoint successible bénéficie de l'exclusivité du droit au bail après le décès de son époux cotitulaire du bail et le juge peut, lorsque les conjoints n'ont jamais vécu ensemble dans l'habitation louée et en fonction des intérêts en présence, se prononcer sur le transfert du bail.

Dans l'ensemble, la loi du 3 décembre 2001 dessine un paysage législatif plus conforme aux réalités sociales, afin de répondre à une véritable attente de nos concitoyens. Ce faisant, elle s'insère dans l'idée d'un auteur qui souligne que « *le droit est fait pour le « plerumque fit », soit pour ceux qui ne consultent pas le notaire ou qui n'ont pas eu le temps de le faire, les laissés pour compte de l'autonomie de la volonté et de l'ingénierie patrimoniale, et pour eux, il se doit de répondre à l'attente sociale dominante »*[1970].

Tout en cherchant à améliorer de manière substantielle et équitable les droits des conjoints successibles vulnérables, la loi du 3 décembre 2001 a redonné *« au mariage une caractéristique de poids par rapport à cette autre forme de conjugalité qu'est le concubinage »*[1971], mais en raison de son caractère partiel, elle a occulté les améliorations contractuelles qui peuvent être apportées à la situation *ab intestat* du conjoint successible vulnérable par l'époux prédécédé prévoyant et qui renvoient toutes à une image encore plus humaine de la famille conjugale.

[1970]. H. MÉAU-LAUTOUR, *« La transmission patrimoniale à cause de mort »* : préc., p. 16.

§ 2 - LA PROTECTION RENFORCÉE DU CONJOINT SUCCESSIBLE VULNÉRABLE PAR LES MOYENS CONTRACTUELS

718. L'altruisme est le propre des relations familiales, et en particulier au sein du couple marié qui est parfois considéré comme le meilleur antidote de l'individualisme. En effet, le principal souci d'un époux est de protéger son conjoint. Vient ensuite, celui de transmettre un patrimoine à ses enfants avec une fiscalité supportable, afin d'assurer traditionnellement la conservation des biens dans la famille, parce que si les hommes passent, la famille et son fondement matériel sont censés demeurer.

Sans sous-estimer l'intérêt de cette seconde préoccupation, qui répond au sens vivant et profond de la succession, à savoir se succéder de génération en génération, qui satisfait selon un auteur « *au devoir d'assistance économique existant entre proches parents, et dont sont tout spécialement tenus les anciens envers les jeunes générations* »[1972], et qui peut également concerner des descendants particulièrement vulnérables (enfants incestueux, enfants adultérins, enfants handicapés, enfants d'un premier lit), c'est la première qui retiendra l'essentiel des propos qui vont suivre, parce que ceux-ci bénéficient par le biais de la réserve d'une certaine sécurité.

Dans cette perspective, le droit offre aux personnes mariées, disposant de biens ou de revenus suffisants des moyens diversifiés permettant de ne pas laisser le dernier vivant dans l'indigence.

Mais, protéger le mieux possible son conjoint, qu'est ce que cela signifie ? C'est veiller à ce qu'il puisse disposer librement d'un patrimoine lui assurant une autonomie dans la gestion de sa future vie et lui constituer des revenus suffisants pour lui permettre d'assumer le coût éventuel de la dépendance physique.

Lorsque les époux ne disposent pas de biens, l'une des destinations de leurs économies faites sur leurs gains et sur les revenus de leur travail peut être de créer un patrimoine permettant

---

[1971]. J. RUBELLIN-DEVICHI, *« Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France »* : *in Liber amicorum* Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Droit comparé des personnes et de la famille, textes réunis par Jacqueline POUSSON-PETIT, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 661 et s., spc. p. 675.
[1972]. M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 4ème édition, 1996, p. 262, n° 284.

d'assurer aux intéressés une sécurité minimum de leurs vieux jours, en constituant des revenus autres que ceux issus des régimes de retraite.

En dehors de cette possibilité, le droit propose une panoplie de moyens contractuels, dont l'objectif transmissif est le même. Les uns s'insèrent dans un cadre spécifiquement successoral (A) tandis que les autres se situent dans un cadre autre que successoral (B).

A – LES MOYENS D'AVANTAGER SON CONJOINT DANS UN CADRE SPECIFIQUEMENT SUCCESSORAL

719. Avant la loi du 3 décembre 2001, l'application des dispositions légales pouvait réduire considérablement la masse patrimoniale dont jouissait le conjoint survivant avant le décès du de cujus, puisqu'il ne recueillait la totalité de la succession en pleine propriété qu'en l'absence de descendants, ascendants et collatéraux privilégiés.

Depuis la loi du 3 décembre 2001, cette faiblesse des droits légaux du conjoint successible est devenue moins importante, mais ce qu'il en reste peut être compensé par la faveur générale accordée par le droit aux libéralités entre époux.

Ainsi, les conjoints disposent toujours de la faculté d'organiser en grande partie la dévolution de leur succession future et d'aménager les droits du survivant d'eux[1973], soit par des donations (a), soit par des dispositions testamentaires (b).

[1973]. Sur la possibilité donnée aux époux de se consentir des libéralités destinées à restreindre ou à exclure la vocation légale du conjoint survivant, voir : G. CHABOT, *« Brèves observations sur l'insertion d'une clause d'exhérédation dans une donation entre époux »* : Petites affiches, n°6, du 8 janvier 2004, pp. 3 et s. ;
J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Liberté, égalité, familles »* : préc., p. 83.

a – LES DONATIONS

720. Le fait de consentir une donation au profit de son conjoint a une signification symbolique bien précise : tout en apparaissant pour un auteur « *comme une expression naturelle de l'amour conjugal* »[1974], il est la manifestation clairement affirmée de la volonté de le protéger, et il est censé répondre au besoin de sécurité qui se déduit de la formule fréquemment entendue selon laquelle : *« Si l'un de nous deux vient à mourir, qu'est-ce que j'aurai ? »*.

D'un point de vue plus juridique, que l'on suive la doctrine classique, qui considère dans le contrat la cause objective, ou la théorie subjective, qui recherche le motif déterminant, la cause d'une donation n'est autre que l'intention libérale du disposant. Il suffit de connaître les quelques rudiments de la psychologie des conjoints pour savoir que le motif déterminant n'est pas la perspective de recevoir une contre-prestation, la donation en retour, même si la réciprocité leur paraît naturelle. Ce marchandage juridique est étranger à la grande majorité des conjoints.

Les donations entre époux ont été et sont encore l'instrument principal de la promotion du conjoint successible, mais dans notre droit des libéralités, celles-ci ont toujours fait l'objet d'un traitement spécifique.

Tout bien considéré, les époux souhaitant avantager celui d'entre eux qui survivra disposent de deux catégories de donations : les donations de biens à venir (1) et les donations de biens présents (2).

1 – Les donations de biens à venir

[1974]. M. GRIMALDI, Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants, Litec, 2000, p. 436, n° 1575, et p. 443, n° 1592.

721. Alors que la donation entre futurs époux par contrat de mariage, en principe irrévocable, est de plus en plus exceptionnelle, la donation entre époux de biens à venir consentie au cours du mariage est aujourd'hui très répandue, puisque la majorité des ménages y ont recours afin d'augmenter les droits du conjoint successible, généralement au maximum de la quotité disponible.

La donation de biens à venir est un acte de prévoyance destiné à assurer les moyens d'existence au survivant d'eux. La particularité de cette donation, appelée institution contractuelle, réside dans le fait qu'elle ne produit ses effets qu'au décès du donateur.

La loi du 3 décembre 2001 n'ayant rien prévu son égard, l'itinéraire des articles 1094 et 1094-1 du Code civil demeure ouvert. Ce silence du législateur est critiquable, puisqu'il n'apporte pas de solution au problème des enfants d'un précédent lit qui risquent de ne recevoir du défunt que des droits purement théoriques, et qu'il soulève certaines difficultés techniques[1975] qu'il appartiendra à la jurisprudence d'aplanir.

La donation de biens à venir est une institution hybride[1976] qui a deux natures. C'est à la fois une donation et un testament. L'acte juridique, qui lui donne naissance, est un contrat, et puisqu'il est à titre gratuit, il est une donation. Mais, le droit qu'elle confère est à cause de mort, il a donc aussi un caractère successoral, qui l'apparente à un legs[1977], puisque , tant qu'il est vivant, le donateur demeure propriétaire de la totalité des biens composant son patrimoine.

Ce n'est qu'à partir du jour du décès du donateur que la propriété des biens donnés est transmise à l'époux donataire et que les droits de mutation à titre gratuit deviennent exigibles. Cette donation peut être simple ou réciproque. Elle porte généralement sur l'ensemble ou une quote-part seulement des biens que le donateur laissera à son décès.

1975. Sur ces difficultés, voir : F. AUMONT, *« La réforme des droits du conjoint survivant : une loi attendue »* : préc., p. 652.

1976. L. JOSSERAND, *« Sur la nature juridique des donations entre époux lorsqu'elles portent sur des biens à venir »* : D. H., 1930, chron., pp. 21 et s., spc. p. 21.

1977. Civ. 1ère, 16 juillet 1981 : Bull. civ., I, n° 261, pp. 215 et s. ; D., 1983, jur., pp. 333 et s., note M. GRIMALDI ; Defrénois, 1983, I, art. 33115, pp. 1000 et s., obs. M. GRIMALDI ; R. T. D. civ., 1983, pp. 176 et s., obs. J. PATARIN.

Il résulte du caractère solennel de ces donations qu'elles doivent être reçues par le notaire en personne et en minute, à peine de nullité. Ce formalisme strict doit être respecté, même si son coût est élevé pour les personnes vulnérables.

Les époux se font généralement des donations mutuelles et réciproques, qu'il est possible de constater dans un même acte, mais l'usage est d'établir deux actes distincts[1978].

Cependant, la protection conférée par la donation au dernier vivant, dont le maintien paraît indispensable au notariat[1979], présente deux caractéristiques essentielles : elle est d'abord provisoire dans la mesure où il est possible de la modifier en fonction de l'évolution de son patrimoine et/ou de sa situation familiale, et elle est surtout inachevée : en effet, si d'un côté, et quelle que soit l'option choisie, cet acte permet au conjoint successible de recevoir une part plus importante que la part successorale légale qu'il aurait héritée en l'absence de dispositions prises en sa faveur (11), d'un autre côté, les effets de cette libéralité sont atténués (12).

[1978]. J. PICARD, Technique des successions et libéralités, Litec Droit, collection Pratique notariale, 2ème édition, 1976, p. 356, n° 412.
[1979]. 72ème Congrès des notaires de France, Deauville 25-28 mai 1975 : J. C. P. éd. N., 1975, prat., 6068, p. 344.

11 - L'accroissement de la quotité disponible de la quotité disponible en faveur du conjoint successible

722. Cet élargissement est fondé sur la faveur due au mariage, sur le voeu du législateur de faciliter la générosité conjugale et sur la volonté du défunt de permettre à son conjoint de bénéficier du même standing qu'auparavant, en lui octroyant souvent le choix entre plusieurs quotités.

Avant la loi du 3 décembre 2001, l'existence de cette quotité disponible spéciale entre époux s'expliquait par le peu d'importance des droits successoraux reconnus au conjoint survivant, et la nécessité d'arbitrer entre les divers droits bénéficiant aux héritiers du défunt.

Aujourd'hui, cette quotité disponible ne subsiste qu'en présence de descendants et des père et mère du défunt, et son étendue dépend du rang des héritiers en présence.

723. Lorsqu'à défaut d'enfants et de descendants, le défunt laisse ses père et père, le conjoint successible recueille la moitié de la succession. L'autre moitié est dévolue pour un quart au père et pour un quart à la mère. Quand le père ou la mère est prédécédé, la part qui lui serait revenue échoit au conjoint successible. La combinaison des droits légaux du conjoint successible avec l'existence d'une donation entre époux s'effectue sans difficultés particulières puisque l'article 1094 du Code civil prévoit qu'en l'absence de descendant, un époux pourra disposer en faveur de l'autre de « *tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et en outre, de la nue propriété de la portion réservée aux ascendants par l'article 914 du présent code* ». La quotité disponible étant identique aux droits recueillis en pleine propriété par le conjoint successible, il y a confusion des deux droits et la donation entre époux porte sur les droits en nue-propriété de la réserve héréditaire, qui risque en plus de céder le pas devant le droit viager au logement dont bénéficie ledit conjoint. En effet, selon deux auteurs[1980], *« si l'on considère que la moyenne des successions est de 100 000 € et qu'elles*

[1980]. D. COIFFARD et Y. DELECRAZ, *« Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? »* : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 77 et s., spc. p. 79.

sont composées à plus de 50 % par le logement de la famille, la réserve des ascendants se heurtera au droit viager au logement ».

724. En présence de descendants, le défunt peut prévoir librement la dévolution de son patrimoine à son époux dans la limite : soit de la quotité disponible ordinaire de l'article 913 du Code civil, c'est-à-dire de la moitié de ses biens en présence d'un enfant, du tiers en présence de deux enfants et du quart en présence de trois enfants ou plus, soit du quart des biens en pleine propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit de la totalité de la succession en usufruit.

Ainsi, l'établissement d'une donation au dernier vivant continue de permettre à celui-ci, certes dans une moindre mesure qu'auparavant de voir ses droits ab intestat améliorés, mais il est nécessaire, pour mesurer l'amélioration, de distinguer selon qu'il existe exclusivement des enfants communs ou un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux, ainsi qu'un auteur l'a clairement montré dans les deux tableaux suivants[1981].

En présence d'enfants issus des deux époux

Situation du conjoint successible	Droits ab intestat du conjoint successible	Majoration	Droits du conjoint successible en cas de dispositions à cause de mort
Un enfant unique	¼ PP ou totalité usufruit	+ 1/4 PP ou + 1/2 NP -1/2 usufruit + 3/4 usufruit ou + 1/4 NP	1/2 PP ou 1/4 PP + 3/4 usufruit

[1981]. B. THOMAS-DAVID, *« La réforme des droits du conjoint survivant en présence des descendants et le maintien de l'utilité des dispositions pour cause de mort entre époux »* : J. C. P. N., 2002, famille, 1242, pp. 593 et s., spc. p. 597.

deux enfants	¼ PP ou totalité usufruit	+ 1/12 PP ou + 1/3 NP - 2/3 usufruit + 3/4 usufruit + 1/4 NP	1/3 PP ou 1/4 PP + 3/4 usufruit
trois enfants ou plus	¼ PP ou totalité usufruit	+ 3/4 usufruit + 1/4 NP	1/4 PP + 3/4 usufruit

En présence d'enfants non issus des deux époux

Situation du conjoint successible	Droits ab intestat du conjoint successible	Majoration	Droits du conjoint successible en cas de dispositions à cause de mort
Un enfant unique	¼ PP	+ 1/4 PP + 3/4 usufruit + 3/4 usufruit - 1/4 NP	½ PP ou 1/4 PP + 3/4 usufruit ou totalité usufruit
deux enfants	¼ PP	+ 1/12 PP + 3/4 usufruit + 3/4 usufruit - 1/4 NP	1/3 PP ou 1/4 PP + 3/4 usufruit ou totalité usufruit

trois enfants ou plus	¼ PP	+ 3/4 usufruit + 3/4 usufruit - 1/4 NP	¼ PP + 3/4 usufruit ou totalité usufruit

725. La quotité de la totalité de la succession en usufruit, qui est aujourd'hui également accordée par l'article 757 du Code civil au conjoint intestataire lorsque le défunt laisse des enfants issus des deux époux, est exceptionnellement large. Pour s'en rendre compte, il suffit de la rapprocher de la quotité disponible de droit commun. Dans les deux cas, la loi ouvre au disposant une option à trois chefs : ce sont donc les termes de ces deux options qu'il faut comparer. Le troisième est identique dans les deux cas : la totalité de l'usufruit. Mais les deux autres termes sont plus larges dans le cas de l'article 1097, alinéa 1er, que dans l'hypothèse de l'article 1094-1. En effet, le premier terme est, pour l'article 1094-1, le montant de la quotité disponible à l'égard d'un étranger, c'est-à-dire, selon le nombre d'enfants, moitié, un tiers ou un quart en propriété ; dans le cas de l'article 1097, alinéa 1er, ce premier terme est des 3/4 en pleine propriété. De même, le second terme est, pour l'article 1094-1, un quart en propriété et 3/4 en usufruit, alors qu'il est, pour l'article 1097, alinéa 1er, de moitié en propriété et moitié en usufruit. À ce propos, une controverse doctrinale est née sur le point de savoir si en présence d'un enfant ou de deux enfants, le conjoint successible peut prétendre à la moitié en propriété ou aux deux tiers en vertu de la donation et à l'usufruit du surplus en application de l'article 757 du Code civil[1982]. À notre sens, et bien qu'il ait été pertinemment avancé que le nouvel article 758-5 du Code civil, se substituant aux dispositions de l'ancien article 767, n'avait pas repris la règle de son alinéa 6, qui prévoyait que la libéralité adressée au conjoint s'imputait sur les droits qu'il tenait de la loi, ce cumul paraît contrevenir tant au sens des quotités disponibles spéciales entre époux qui demeurent un plafond à ne pas dépasser face

[1982]. Pour le cumul, voir : S. FERRÉ-ANDRÉ, *« Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 »* : préc., pp. 874 et 875, n°s. 24 et 25 ; A. BOITELLE, *« L'articulation des droits légaux avec les droits conventionnels du conjoint survivant »* : J. C. P. éd. N., 2003, famille, 1243, pp. 528 et s.
Contre le cumul, voir : J. HAUSER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 »* : Defrénois, 2003, I, art. 37749, pp. 739 et s.
Rép. min. n°9142 : J. O. débats A. N. Questions Réponses du 3 mars 2003, p. 1643 ; J. C. P. éd. N., 2003, famille, 1259, p. 570 ; Defrénois, 2003, I, art. 37708, pp. 491 et 492.
Pour un commentaire de cette réponse ministérielle, voir : P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Quotités disponibles entre époux : un plafond même après la loi du 3 décembre 2001 »* : R. J. P. F., avril 2003, p. 27.

aux héritiers réservataires qu'à la portée de la loi du 3 décembre 2001 qui n'a pas modifié les quotités disponibles spéciales entre époux.

Quoiqu'il en soit de cette controverse, et comme l'a récemment rappelé un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2004[1983], le conjoint successible bénéficiant d'une donation de la totalité des biens du défunt en usufruit n'est pas débiteur envers l'héritier nu-propriétaire de la valeur de la nue-propriété entrée dans le patrimoine de celui-ci. Cette position, très protectrice des intérêts du conjoint, a pour conséquence que ce n'est qu'en cas de vente d'un bien grevé d'usufruit que le nu-propriétaire a droit à une portion du prix total correspondant à la valeur comparative de la nue-propriété.

726. Par ailleurs, de nombreux époux ayant des enfants d'un précédent lit avaient pris leurs dispositions pour que le conjoint successible recueille l'usufruit de tous les biens du défunt, mais aucun droit en propriété, afin d'éviter que ces biens soient recueillis par les enfants du de cujus qui ne sont pas normalement censés hériter du conjoint survivant. Ces dispositions demeurent valables puisqu'elles sont l'expression de la volonté du disposant et priment donc les droits *ab intestat* supplétifs de cette volonté[1984], mais, en présence de cette situation, deux auteurs[1985] précisent que le conjoint successible pourrait prétendre que l'usufruit donné s'ajoute au quart en propriété qui lui est accordé par la loi du 3 décembre 2001, au motif qu'il est délicat de rechercher l'intention contraire de l'époux donateur qui, par hypothèse ignorait les dispositions légales nouvelles lorsque la donation avait été faite. Mais, si le conjoint successible souhaite, malgré tout, recevoir un quart en propriété contrairement à la volonté du donateur et même si ce cumul n'apparaît pas possible, il peut renoncer au bénéfice de la libéralité en usufruit et invoquer sa vocation légale en propriété. En outre, comme la quotité disponible spéciale entre époux permet de différer la perception matérielle des droits successoraux de ces enfants non communs qui sont ainsi dans une situation particulièrement vulnérable puisque face à un conjoint successible de la même génération qu'eux, ils risquent de n'être que des nus-propriétaires à vie, des auteurs proposent à bon escient de leur accorder une réserve en pleine propriété, qui ne remettrait pas en cause le droit au logement du

---

1983. Civ. 1ère, 22 juin 2004 : Dr. fam., novembre 2004, comm., n°205, pp. 26 et s., note B. BEIGNIER.
1984. L. ROSE, *« Les donations entre époux présentent-elles encore une utilité ? »* : Gaz. Pal. des 2/3 octobre 2002, doct., pp. 15 et s., spc. p. 16.
1985. J. HUGOT et J. –F. PILLEBOUT, *« Les donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 »* : J. C. P. éd. N., 2002, famille, 1346, pp. 875 et s., spc. p. 875, n°s 3 et s.

conjoint[1986]. C'est d'ailleurs la même idée, consistant à prévenir des conflits, qui a guidé le législateur de 2001, lorsqu'il a déterminé les droits légaux dudit conjoint face à des enfants non issus des deux époux.

727. Le choix entre l'une ou l'autre des quotités prévues dans les donations entre époux appartient en principe au conjoint successible qui n'opte qu'au jour du décès. Cette faculté lui permet d'adopter, selon ses préférences, en appréciant les circonstances, son âge, son état de santé, ses ressources et ses besoins, et les différents aspects de la situation familiale, la quotité disponible et donc la nature et l'étendue de la libéralité qui lui semblent le plus opportunes. L'option conventionnelle ainsi réservée au conjoint successible n'est pas régie par les articles 758-1 et suivants du Code civil qui s'appliquent seulement à l'option légale, et elle demeure soumise à la prescription trentenaire applicable en matière d'acceptation des successions ; cependant, elle doit être exercée dans les délais et selon les conditions prévues par la libéralité[1987], et généralement il est stipulé que le choix doit être effectué avant le partage. En outre, et bien que le choix du conjoint successible ait un caractère personnel, il est admis que si ledit conjoint bénéficiaire de la donation décède sans avoir opté, ses héritiers peuvent exercer ce droit à sa place, à moins que le disposant n'en ait exprimé la volonté contraire[1988]. Dans ce dernier cas, l'option est exercée par les héritiers réservataires du disposant[1989] qui, systématiquement, choisiront l'usufruit afin d'éteindre la libéralité.

Le donateur précise rarement dans l'acte la quotité qu'il entend laisser à son époux, mais il prévoit souvent de lui donner la plus large quotité disponible possible. Le conjoint successible pourra donc opter entre les quotités que la loi en vigueur au moment du décès lui permettra de choisir. En outre, les notaires prévoient que le donataire pourra choisir, non seulement la quotité, mais aussi les biens sur lesquels porteront ses droits s'il opte pour une part en pleine propriété.

1986. En ce sens, voir : D. COIFFARD et Y. DELECRAZ, *« Liberté, égalité, familles »* : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle, 100ème Congrès des notaires de France Paris 16-19 mai 2004, pp. 601 et s., spc. p. 813.

1987. M. IWANESKO, « *L'exécution de la donation entre époux »* : Defrénois, 2000, I, art. 37125, pp. 352 et s., spc. p. 353, n° 4.

1988. Civ. 1ère, 15 novembre 1989 : Bull. civ., I, n° 350, pp. 236 et s. ; Civ. 1ère, 10 janvier 1990 : Bull. civ., I, n° 7, pp. 6 et s. ; D., 1991, jur., pp. 372 et s., note H. MAZERON ; R. T. D. civ., 1991, pp. 784 et s., obs. J. PATARIN.

1989. Sauf si l'acte de donation avait prévu que *« faute d'avoir manifesté sa volonté contraire dans ledit délai, le donataire sera considéré comme ayant opté pour la donation en toute propriété*.
Sur ce point, voir : Paris, aud. sol., 20 mars 1991 : D., 1991, I. R., p. 106.

Enfin, il peut être judicieux de prévoir une quotité imposée (l'usufruit universel par exemple) dans le cas où le conjoint serait en état d'incapacité au moment de l'exercice de l'option.

12 – Les atténuations des effets de la libéralité consentie au conjoint successible pendant le mariage

728. Le donataire d'une donation entre époux ne bénéficie que d'un droit particulièrement vulnérable, car deux catégories de personnes peuvent en atténuer les effets : le donateur (121) et les héritiers réservataires (122).

121 – Les atténuations résultant de la volonté du donateur

729. La donation entre époux consentie pendant le mariage doit pour être valable respecter la forme exigée par l'article 931 du Code civil, c'est-à-dire qu'elle doit être faite par acte notarié. Si la donation est réciproque, elle peut être contenue dans deux actes séparés ou un seul acte, à l'inverse du testament conjonctif qui lui est interdit par l'article 968 du Code civil[1990].

À la différence des donations effectuées dans un contrat de mariage, les donations entre époux de biens à venir sont toujours révocables. De plus, toutes ces donations peuvent donner lieu à des conflits de quotités.

La libre révocabilité des donations entre époux de biens à venir

[1990]. M. GRIMALDI, Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants : préc., pp. 300 et 301, n° 1394.

730. Cette règle repose sur les dispositions de l'article 1096, alinéa 1er, du Code civil, modifiées par l'article 21 de la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, qui prévoient que « *la donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage sera toujours révocable* », et la jurisprudence considère que ce droit de révocation est d'ordre public[1991] : il n'est donc pas possible d'y renoncer. En effet, la révocabilité est de la nature des dispositions à cause de mort, parce que la liberté d'exprimer ses dernières volontés, qui participe des libertés fondamentales de la personne, doit demeurer entière jusqu'au moment ultime[1992].

Les circonstances pouvant amener le donateur à révoquer la donation consentie à son conjoint sont limitées, puisqu'elles se ramènent soit à la situation vécue par des époux séparés ou en discorde, soit au remords d'avoir disposé trop largement au profit de son conjoint, ce qui désavantage d'une manière inique ses enfants.

Dans ces conditions, cette révocation effectuée par le donateur peut être expresse ou tacite.

La révocation expresse peut résulter de tous les faits ou actes de l'époux donateur indiquant de manière non équivoque son intention de révoquer sa donation[1993].

Pour ce qui concerne la révocation tacite, le donateur peut vider la donation de sa substance, en aliénant ses biens, objets de la donation. En effet, contrairement à ce qui est prévu en cas de donation par contrat de mariage, le donateur peut continuer à disposer à titre gratuit de son patrimoine. L'aliénation des actifs peut se faire par donations entre vifs, mais également par testament, en instituant, par exemple, un tiers légataire universel.

Les conflits de quotités

731. La question se pose de savoir si le défunt peut à la fois, d'une part, disposer de la quotité disponible spéciale entre époux en faveur de son conjoint par donation de biens à venir et,

---

1991. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, Les successions. Les libéralités, Éditions Defrénois, 2004, p. 353, n° 710.
1992. Y. FLOUR, *« Libéralités et libertés Libertés et personnes physiques »* : préc., p. 995, n° 4.

d'autre part, de la quotité disponible ordinaire en faveur d'un tiers (c'est-à-dire en l'occurrence toute personne autre que le conjoint, héritière ou pas) au moyen d'une libéralité.

Pour un auteur, l'importance de cette question « *est considérable, tant pratique que théorique : pratique, parce que les successions sont innombrables où le de cujus a consenti des libéralités et à son conjoint et à un tiers (...) ; théorique, parce que c'est la nature même de la quotité disponible entre époux qui est ici en cause* »[1994].

Comme le soulignent d'autres auteurs, *« derrière la technicité du débat, il y a, comme souvent, une évolution politique, parallèle à celle de l'ensemble du droit successoral, particulièrement saisissante depuis 1963 : l'extension progressive des droits du conjoint, notamment de la faculté qu'a le prémourant de le gratifier »*[1995]. En effet, seul le conjoint successible peut bénéficier de la quotité disponible spéciale, à l'exclusion de tout autre héritier. Le cumul de la totalité des deux quotités est prohibé : le défunt ne peut pas donner à son conjoint tout le disponible spécial et à un étranger la totalité de la quotité disponible ordinaire. Si celui-ci avait été admis, le défunt aurait pu disposer de tout son patrimoine et la réserve se serait trouvée réduite à une part infime ou même aurait pu disparaître.

Cependant, la jurisprudence[1996] permet à un époux de pouvoir disposer en faveur de son conjoint de l'usufruit de la totalité de ses biens et au profit d'un ou de plusieurs de ses enfants de la nue-propriété de la quotité disponible. Ainsi, par faveur pour son conjoint qui bénéficie d'une légère augmentation de ses droits aux dépens des héritiers réservataires, le disposant peut lui assurer les revenus nécessaires au maintien de son niveau de vie, tout en conservant intacte sa possibilité de fixer à terme la dévolution de ses biens. Ce faisant, la jurisprudence

---

1993. Civ. 1ère, 14 décembre 1960 : Bull. civ., I, n° 545, pp. 444 et s. Pour une modification de la donation par testament olographe, voir : Civ. 1ère, 29 mai 1990 : J. C. P., 1990, IV, p. 288.

1994. M. GRIMALDI, *« La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux : revirement de jurisprudence »* : Defrénois, 1985, I, art. 33565, pp. 881 et s., spc. p. 882, n° 1.

1995. P. MALAURIE et L. AYNÈS, Droit civil, Les successions. Les libéralités : préc., p. 346, n° 700.

1996. Civ. 1ère, 26 avril 1984 : Bull. civ., I, n° 140, pp. 117 et s. ; D., 1985, jur., pp. 133 et s., note G. MORIN ; Gaz. Pal., 1985, II, jur., p. 460, note D. de la MARNIERRE ; J. C. P., 1986, II, 20612, note M. ARRAULT ; R. T. D. civ., 1985, pp. 194 et s., pp. 758 et s., obs. J. PATARIN ; Defrénois, 1985, I, art. 33456, pp. 117 et s., obs. G. MORIN ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, Introduction - Personnes - Famille - Biens - Régimes matrimoniaux - Successions, Dalloz, 11ème édition 2000, n° 142, pp. 629 et s.
Dans le même sens, voir : Civ. 1ère, 20 février 1996 : Bull. civ., I, n° 99, p. 68 ; J. C. P., 1996, IV, 887 ; J. C. P., 1996, I, 3968, n° 9, obs. R. LE GUIDEC ; R. T. D. civ., 1996, pp. 452 et s., obs. J. PATARIN.
Dans le même sens, pour l'application à un petit-fils, voir : T. G. I. Alençon, 12 mars 1985 : Defrénois, 1985, I, art. 33565, pp. 912 et s.

sacrifie le principe traditionnel du droit des héritiers réservataires d'exiger de recevoir leur réserve en pleine propriété.

122 – Les atténuations résultant de la volonté des héritiers réservataires

732. Lorsque le conjoint successible a bénéficié d'une libéralité en usufruit, ses effets peuvent être atténués par les héritiers. En effet, le descendant héritier peut exiger qu'un inventaire des meubles et un état descriptif des immeubles soit dressé, que les sommes figurant dans la succession et soumises à l'usufruit du conjoint soient employées, étant précisé que le choix du placement appartient au conjoint, et pour finir que les titres au porteur soient convertis en titres nominatifs ou déposés chez un dépositaire agréé, l'option appartenant ici à l'usufruitier. À l'exception de l'obligation de fournir caution, le défunt ne peut pas priver les héritiers de ces mesures conservatoires.

En outre, les héritiers disposent d'autres actions plus significatives et qui ont pour conséquence de réduire les effets des droits du conjoint sur la succession. Il s'agit de l'action en réduction des libéralités excessives, de la conversion de l'usufruit en rente viagère et de la conversion en usufruit des libéralités en pleine propriété.

L'action en réduction des libéralités excessives

733. En principe, la somme des libéralités, par actes en vifs ou par testament, consenties au conjoint et à d'autres personnes ne doit pas excéder la quotité disponible la plus élevée. Cependant, si cette quotité est dépassée, les héritiers réservataires peuvent demander la réduction de l'excédent au moyen d’une action prévue par l'article 921 du Code civil. L'exercice de cette action est facultatif, et les héritiers peuvent y renoncer, même de façon tacite. Cette action étant individuelle, la réduction ne s'effectue que pour la quote-part reçue par le demandeur. Les créanciers de l'héritier, qui renonce à se prévaloir de ce droit, peuvent,

par le biais de l'action oblique, demander la réduction[1997]. Cette action permet aux créanciers de faire payer leurs créances sur la réserve héréditaire de leur débiteur. De plus, cette faculté, qui leur est reconnue, signifie qu'ils ont le droit d'exiger que la réserve de leur débiteur soit fournie à celui-ci, ce qui implique qu'ils puissent également par voie oblique mettre le conjoint donataire en demeure d'exercer l'option que le défunt lui a conférée.

L'ordre des réductions est déterminé par les articles 923 à 927 du Code civil. D'abord, les libéralités faites à des tiers, à un héritier non réservataire, à un héritier réservataire renonçant à la succession et les libéralités préciputaires faites à un héritier qui accepte la succession s'imputent sur la quotité disponible ordinaire. Ensuite, lorsqu'un héritier réservataire accepte la succession et a bénéficié d'une donation en avancement d'hoirie, cette libéralité s'impute sur sa part de réserve puis sur la quotité disponible ordinaire. Enfin, les legs sont d'abord réduits[1998] de façon simultanée, puis les donations les plus récentes en suivant un ordre croissant d'ancienneté.

En ce qui concerne la donation entre époux de biens à venir qui s'apparente à un legs, en possédant ses deux caractéristiques essentielles : la révocabilité et l'effet au jour du décès, elle est réduite comme lui[1999]. De plus, sa réduction s'effectue en nature. Toutefois, lorsque la libéralité porte sur un bien déterminé et que le défunt n'a pas expressément privé son conjoint de tous droits dans sa succession ou que celui-ci n'y a pas renoncé, la réduction s'effectue en valeur. En effet, dans cette hypothèse, l'époux survivant ne perd pas sa qualité de successible et, étant toujours appelé en rang utile à la succession par les règles de dévolution *ab intestat*, il bénéficie des dispositions des articles 866 et 867 du Code civil relatifs à la réduction des libéralités excédentaires.

La conversion de l'usufruit en rente viagère

1997. Civ. 1ère, 20 octobre 1982 : Bull. civ., I, n° 299, pp. 255 et s. ; R. T. D. civ., 1983, pp. 771 et s., obs. J. PATARIN.

1998. Civ. 1ère, 12 novembre 1998 : Bull. civ., I, n° 314, p. 217 ; D., 1999, I. R., p. 8 ; D., 1999, jur., pp. 325 et s., note J. –P. LANGLADE-O'SUGHRUE ; J. C. P. éd. N., 1999, famille, pp. 592 et s., note N. DUCHANGE ; J. C. P. éd. N., 2000, famille, p. 968, obs. R. LE GUIDEC.

1999. Civ. 1ère, 10 février 1998 : Bull. civ., I, n° 52, p. 34.

734. Lorsque les libéralités en usufruit consenties au conjoint sont importantes, elles incitent ce dernier à épuiser la valeur des biens dont il jouit et aggravent les risques de conflits avec les héritiers. Pour concilier leurs intérêts opposés, l'article 3 de la loi du 3 décembre 2001 a unifié le régime juridique de la conversion de l'usufruit qu'il s'agisse d'un usufruit procédant de la loi ou d'une libéralité entre époux, et l'a inséré aux articles 759 à 762 du Code civil. Ainsi, les héritiers nus-propriétaires et le conjoint successible peuvent demander en justice la conversion de l'usufruit en rente viagère, lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur ses modalités. Cette conversion n'est pas susceptible de renonciation, et les cohéritiers ne peuvent pas en être privés par la volonté du prédécédé. De plus, c'est une opération de partage[2000], parce qu'elle remplit le conjoint de ses droits successifs, mais c'est aussi une opération novatoire, puisqu'elle transforme un droit réel d'usufruit en un droit de créance viager. Ces deux aspects justifient que des précautions soient prises.

En tant qu'opération de partage, la conversion de l'usufruit est sujette à la rescision pour lésion de plus du quart[2001], ainsi il faut que la rente procure au survivant moins des trois quarts des ressources que l'usufruit lui aurait assurées, soit que la rente corresponde à un usufruit inexactement calculé, soit qu'elle ne soit pas équivalente à un usufruit correctement liquidé.

La conversion étant une transformation d'un droit réel en droit personnel, son risque tient à l'insolvabilité ou au refus de paiement du débiteur. Aussi, le législateur suspend la conversion à l'octroi de sûretés suffisantes pour le crédirentier (caution, nantissement, hypothèque), et exige de garantir de façon durable le maintien de l'équivalence initiale par une indexation de la rente. Cette indexation est libérale puisqu'elle peut porter notamment sur le niveau général des prix ou des salaires, ou même sur le SMIC, ce qui permet au conjoint successible d'être assuré d'une certaine stabilité dans ses ressources.

Afin de préserver le cadre de vie du conjoint donataire, l'article 760, alinéa 3, du Code civil prévoit que l'usufruit portant sur le logement qu'il occupe à titre de résidence principale, ainsi que sur le mobilier le garnissant ne peut faire l'objet d'une conversion contre sa volonté.

[2000]. Civ. 1ère, 23 novembre 1982 : Bull. civ., I, n° 338, pp. 289 et s. ; D., 1983, I. R., p. 48 ; Defrénois, 1983, I, art. 33104, n° 73, pp. 929 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1984, pp. 129 et s., obs. J. PATARIN.
[2001]. Civ. 1ère, 18 octobre 1955 : D., 1956, jur., p. 4 ; R. T. D. civ., 1956, pp. 163 et s., obs. R. SAVATIER ; Civ. 1ère, 24 mars 1965 : Bull. civ., I, n° 218, p. 161 ; R. T. D. civ., 1966, p. 115, obs. R. SAVATIER.

Aucune précision n'est donnée quant au délai pour demander la conversion, ce qui conduit à considérer qu'il s'agit d'une prescription trentenaire. Toutefois, certains auteurs estiment que lorsque le partage est devenu définitif, et qu'aucun descendant n'a demandé la conversion de l'usufruit, il y a implicitement renonciation à cette action[2002]. D'ailleurs, l'article 762 du Code civil précise que la conversion de l'usufruit est comprise dans les opérations de partage. Elle ne produit pas d'effet rétroactif, sauf stipulation contraire des parties.

En pratique, cette faculté n'est exercée qu'à titre exceptionnel, en raison des inconvénients fiscaux qu'elle présente. En effet, le débirentier ne peut pas déduire la rente de ses revenus[2003], et celle-ci est également assujettie à l'impôt sur les revenus du crédirentier.

À côté de cette action, l'idée d'une protection spécifique des enfants du premier lit n'est pas totalement absente des préoccupations du législateur qui leur a octroyé le bénéfice d'une action en conversion en usufruit de la donation en pleine propriété.

La conversion en usufruit de la donation en pleine propriété

735. Cette action a été instituée au bénéfice des enfants du donateur issus d'un premier mariage[2004]. Que le conjoint successible soit donataire, légataire d'une quote-part de biens ou d'actifs déterminés ou bénéficie d'avantages matrimoniaux, l'article 1098 du Code civil permet aux enfants issus d'un premier lit et qui ont accepté la succession de substituer à la libéralité en pleine propriété consentie au conjoint l'usufruit de la part qu'ils auraient recueillie en l'absence de ce conjoint.

La substitution ne peut se faire que dans la proportion des droits du demandeur. Celui-ci détermine la portion à laquelle il aurait eu droit si le conjoint n'avait pas existé et il abandonne l'usufruit de cette portion audit conjoint. L'enfant qui use de cette faculté ne reçoit donc sa

---

[2002]. Civ. 22 avril 1950 : J. C. P., 1950, II, 5811, note J. MIHURA ; Civ. 1ère, 9 janvier 1979 : Bull. civ., I, n° 15, p. 12 ; J. C. P., 1979, IV, p. 92 ; Defrénois, 1979, I, art. 32038, n° 44, pp. 957 et s., obs. G. CHAMPENOIS.
[2003]. Article 156-II-2° du C. G. I.
[2004]. M. MORIN, « *La nouvelle quotité disponible entre époux* » : Defrénois, 1963, I, art. 28436, pp. 629 et s., spc. p. 633, n° 59.

part d'héritage qu'en nue-propriété, mais il est assuré de retrouver l'entière propriété du bien au décès du conjoint successible.

Bien que cette action ait un caractère individuel et n'ait d'effet que sur la part successorale du demandeur, elle conduit à une modification profonde de la dévolution successorale.

Cependant, l'exercice de cette action n'est possible que dans le cas où la libéralité a été consentie dans les limites de la quotité disponible de droit commun en propriété et non lorsque le disposant a ouvert à son conjoint l'option entre les trois quotités disponibles prévues par l'article 1094-1 du Code civil, laquelle comporte la faculté pour le gratifié de recueillir une libéralité d'un montant supérieur à l'usufruit de la totalité de la succession et, par là même, exclut sans équivoque l'application de l'article 1098 dudit Code[2005]. Inversement, si le disposant a manifesté sa volonté de ne pas transmettre à son conjoint le droit de choisir entre les différentes quotités disponibles entre époux, la libéralité faite en propriété peut être convertie, à la demande des enfants du premier lit, en usufruit de la part de la succession qu'ils auraient eue en l'absence de conjoint successible.

En outre, l'article 1098 du Code civil n'étant pas une disposition d'ordre public, le testateur ou donateur peut prévoir de supprimer aux enfants de son premier mariage la possibilité de convertir en usufruit les libéralités faites en pleine propriété à son second conjoint. À ce propos, ledit article 1098 suscite une certaine perplexité, puisqu'il organise une protection au profit des enfants du premier lit, tout en laissant le disposant juge de l'opportunité de la maintenir.

Enfin, le bilan de cette action est maigre parce que tout en conduisant à une perte économique immédiate pour l'enfant du premier lit, celle-ci se révèle peu efficace à terme, si le second conjoint est à peine plus âgé que lui.

2 – Les donations de biens présents

736. À la différence des donations de biens à venir qui ont un but successoral, les donations de biens présents transfèrent immédiatement au donataire la propriété du bien donné.

Quoique d'un usage peu courant, les donations de biens présents entre époux ne sont pas, la plupart du temps, constatées par acte notarié. Quand elles sont réalisées de la main à la main, elles relèvent des règles ordinairement applicables au don manuel.

Avant la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, les donations de biens présents entre époux obéissaient à un régime juridique complexe.

D'abord, les donations indirectes étaient régies par l'article 1099, alinéa 1er, du Code civil qui les soumettait à l'action en réduction quand elles portaient atteinte à la réserve. C'est dire que leur validité ne faisait pas de doute. Le nouvel article 1099, issu de la loi du 26 mai 2004, reprend cette règle en disposant que *« les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus »*.

Ensuite, comme les donations de biens futurs, elles étaient révocables à tout moment, au motif allégué que cette règle constituait le moyen le plus simple et le plus efficace de faire échec aux largesses conjugales les moins réfléchies. Cette révocabilité faisait l'objet de vivres critiques de la doctrine et de la pratique qui soulignaient l'insécurité juridique en résultant pour les tiers qui tenaient leurs droits de l'époux donataire, qu'il s'agisse de l'acquéreur du bien donné, du créancier hypothécaire ou du donataire du donataire.

Enfin, l'article 1099, alinéa 2, du Code civil prévoyait la nullité de *« toute donation, ou déguisée ou faite aux personnes interposées »*, et la Cour de cassation s'était très tôt prononcée pour une interprétation littérale de ce texte, en décidant qu'une donation déguisée entre époux était toujours nulle, quand bien même ne porterait-elle pas atteinte à la réserve[2006]. Cependant, depuis les années 1970, la jurisprudence manifestait un essoufflement dans la chasse aux donations déguisées, en étant réticente à admettre l'existence de celles-ci au motif qu'elles étaient dépourvues d'intention libérale, et en ne traitant comme telles que celles qui étaient vraiment spoliatrices des intérêts de la famille.

[2005]. Civ. 1ère, 3 décembre 1996 : Bull. civ., I, n° 437, pp. 304 et s. ; D., 1997, somm., pp. 366 et s., obs. B. VAREILLE ; Defrénois, 1997, I, art. 36599, n° 94, pp. 817 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1997, pp. 981 et s., obs. J. PATARIN.

[2006]. Civ., 30 novembre 1831 : S., 1832, I, pp. 134 et s. ; Civ., 11 novembre 1834 : S., 1834, I, pp. 769 et s.

En dépit des atténuations apportées par la jurisprudence à la rigueur de la loi, les rapports contractuels entre époux demeuraient marqués par une défiance, tantôt justifiée par la crainte de l'influence abusive que l'un d'eux pouvait exercer sur l'autre[2007], tantôt par celle d'une connivence frauduleuse entre eux au préjudice des tiers, ce qui était difficilement compréhensible, à l'époque actuelle où le conjoint occupe une place centrale au sein de la famille. Le contraste était devenu saisissant avec la situation des couples de concubins qui jouissaient d'une plus grande liberté contractuelle que les époux.

737. Pour parer à ce dysfonctionnement du droit en défaveur du mariage, il était nécessaire d'abroger les restrictions spécifiques aux relations conjugales, le droit commun comportant par ailleurs tous les instruments nécessaires pour sanctionner s'il y a lieu une fraude ou un vice du consentement. C'est ce que la loi du 26 mai 2004 a réalisé en édictant trois dispositions nouvelles qui confortent les donations de biens présents entre époux en s'inspirant des propositions de la Commission Dekeuwer-Défossez.

D''abord, aux termes du nouvel article 1096, alinéa 2, du Code civil, la donation de biens présents faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 et 958 du Code civil, c'est-à-dire pour les causes classiques de révocation des donations entre vifs, et surtout celle de l'article 955 qui prévoit la révocation pour délit, sévices et injures graves. Cette disposition satisfait au souhait de la Doctrine qui critiquait à juste titre la règle ancienne, en soulignant notamment que *« la donation est normalement le plus irrévocable des actes ; entre époux, elle est le plus révocable de tous »*[2008], qu'elle dérogeait aussi à l'irrévocabilité des contrats, qu'elle plaçait le donataire dans une situation dépendante de la volonté du donateur et qu'il était préférable de lui substituer un système imprégné d'optimisme et de confiance[2009]. Le texte de l'article 1096, alinéa 2, du Code civil ne distinguant pas entre les donations de biens présents, son champ d'application est très large puisque l'irrévocabilité les concerne toutes quelle que soit leur forme : donation ostensible par acte notarié, don manuel, donation indirecte, donation déguisée, et même la reversion

---

[2007]. J. PATARIN, *« Nullité des donations déguisées entre époux. La nullité ne peut être invoquée après le décès du donateur, que par ses héritiers réservataires »* : R. T. D. civ., 1985, pp. 197 et s., spc. p. 198.

[2008]. P. CATALA, *« Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84ème Congrès des notaires »* : préc., p. 981, n° 11.

[2009]. Sur tous ces points, voir : C. RIEUBERNET, Les donations entre époux. Étude critique, Tome 3 : préc., pp. 9 et s., spc n°s 9, 20 et 51.

d'usufruit au profit d'un conjoint survivant qualifiée non pas de donation de biens à venir mais de *« donation à terme de biens présents »*[2010].

Ensuite, il résulte de l'abrogation de l'ancien article 1099, alinéa 2, du Code civil par la loi du 26 mai 2004 que, conformément au droit commun, les donations déguisées ou par personnes interposées entre époux sont désormais valables. Ce nouveau principe met fin aux incertitudes précédentes[2011] et découle de la suppression du caractère révocable des donations de biens présents qui conduisait les époux à le contourner en dissimulant les avantages qu'ils se consentaient. La pratique notariale approuve cette abrogation qui permet, selon un auteur, de *« procéder à des donations par des époux au profit des enfants ou des descendants, de leur conjoint, ou au profit de leurs beaux-parents. Cette réforme va ce faisant faciliter vraiment la vie des familles recomposées »*[2012].

Enfin, le divorce devient sans incidence sur les donations de biens présents que les époux avaient pu se consentir, même si le divorce est prononcé pour faute aux torts exclusifs de l'époux donataire ou si ce dernier a demandé le divorce pour altération définitive du lien conjugal. En application de l'article 265 du Code civil, ces donations sont obligatoirement maintenues. Cette nouvelle règle s'applique à toutes les donations de biens présents, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles aient été unilatérales ou réciproques, notariées, sous seings privés, ou sous forme de don manuel, ou encore qu'elles aient été consenties à l'occasion du contrat de mariage ou pendant le mariage.

Toujours dans le but d'avantager son conjoint dans un cadre successoral, mais autrement que par une donation entre époux, il est encore possible à l'autre époux d'agir par voie de dispositions testamentaires, lorsque sa vie lui en laisse le temps, ce qui n'est évidemment pas le cas du conjoint qui, sur son lit de mort, fait devant témoins des déclarations verbales

---

[2010]. En ce sens, voir : J. –L. PUYGAUTHIER, *« Les libéralités et avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 »* : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1548.

[2011]. Sur les difficultés suscitées par l'absence de dispositions transitoires tant pour la suppression de la nullité des donations déguisées entre époux que pour celle de la révocabilité des donations de biens présents en cours de mariage, voir : A. BÉNABENT, La réforme du divorce article par article : préc., pp. 33 et s., n°22.

[2012]. J. –L. PUYGAUTHIER, *« Les libéralités et avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 »* : préc.

dépourvues à elles seules de toute force juridique obligatoire, même si les héritiers les reconnaissent[2013].

b – LES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

738. La rédaction de dispositions testamentaires est liée à la prise de conscience par le testateur de sa particulière vulnérabilité, souvent parce que son état de santé est chancelant.

Ainsi qu'un auteur l'a judicieusement observé, ces dispositions permettent « de réaliser un habile compromis entre l'avoir et l'être, entre l'amour des biens temporels que chacun peut avoir et la prise de conscience du caractère passager de l'existence (...). Il reste d'ailleurs des motifs de tester, la motivation la plus fréquente étant, semble-t-il, l'intention de favoriser le conjoint survivant »[2014]. De plus, ces dispositions constituent une application exemplaire de la théorie de l'autonomie de la volonté. Cependant, leur point commun réside dans l'exigence d'un formalisme dont l'objet est d'assurer la protection du disposant en attirant son attention sur la nature et sur l'importance de ses actes.

L'examen des dispositions testamentaires entre époux nécessite de présenter leurs caractéristiques essentielles (1), puis de s'interroger sur le choix entre la donation entre époux et le testament (2).

1 – Les caractéristiques essentielles des dispositions testamentaires

---

[2013]. M. GRIMALDI, Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants : préc., pp. 259 et s., n° 1350, p. 259, note 2, et p. 263, n° 1352.
Ainsi, la jurisprudence admet que le legs verbal, nul à ce titre, fait naître une obligation naturelle à la charge des héritiers ; or, cette obligation peut se transformer par une exécution volontaire en une obligation civile. Sur ce point, voir : Civ. 1ère, 27 décembre 1963 : J. C. P., 1964, IV, p. 19.
La promesse d'exécution faite après le décès est valable, comme ayant une cause licite qui est la volonté de s'acquitter d'une obligation naturelle. De plus, elle doit répondre aux conditions requises de tout acte confirmatif : connaissance du vice et renonciation à l'opposer. Sur ce point, voir : Trib. civ. Seine, 4 février 1958 : D., 1958, jur., pp. 331 et s.
[2014]. D. GUEVEL, Successions, Libéralités : préc., p. 162.

739. À l'inverse de la donation, le testament est un acte unilatéral et ne peut donc pas contenir de legs réciproques entre époux. Chaque époux doit donc rédiger un testament en faveur de son conjoint, auquel il ne peut léguer que dans la limite de la quotité disponible spéciale de l'article 1094-1 du Code civil. Il peut aussi envisager d'instituer son conjoint légataire universel. À son décès, si le legs excède la quotité disponible, deux cas sont envisageables.

Soit, la réduction n'est pas exigée, et le conjoint successible recueillera toute la succession. Soit, la réduction est demandée par les héritiers réservataires, et l'époux survivant optera pour la quotité spéciale la plus étendue que la loi en vigueur au décès lui permet de choisir. Toutefois, s'agissant d'un legs, et non pas d'une donation, en cas de conflit avec d'autres donations entre vifs ou de legs, aucun problème ne se posera pour déterminer l'ordre des réductions. Le legs consenti en faveur de l'époux, en cas de concours avec d'autres legs sera réduit proportionnellement, avant toutes les donations.

Pour ce qui est du testament authentique, il convient d'observer que même s'il s'agit du seul possible pour les personnes qui ne savent pas écrire ou qui ne peuvent plus le faire[2015], son formalisme contraignant constitue le prix de sa sécurité juridique, avec notamment la présence de deux témoins. De plus, lorsque le testateur est très faible, il est prudent pour le notaire de se faire délivrer un certificat par le médecin traitant confirmant que ledit testateur jouit d'un moment de lucidité et qu'il est dans un état physique et mental lui permettant de dicter son testament[2016].

Autrement, le testament donne au conjoint successible les mêmes droits qu'une donation de biens à venir consentie pendant le mariage. S'agissant aussi d'une libéralité, il est soumis aux

---

[2015]. Sur ce thème, voir : J. PICARD, Technique des successions et libéralités : préc., p. 123, n° 135 ; M. GRIMALDI, Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants : préc., p. 265, n° 1354, et p. 268, n° 1355 ; R. SAVATIER, *« Nullité du testament authentique où le testateur a exprimé ses dernières volontés au notaire autrement que par une dictée »* : R. T. D. civ., 1965, pp. 843 et s., spc. p. 844 ; D. LOCHOUARN, *« La capacité de tester des personnes atteintes de surdité, de mutité ou de cécité »* : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 819 et s., spc. pp. 819, 820, 821 et 822.
Req., 3 avril 1900 : D. P., 1900, I, p. 259 ; Req. 7 juillet 1910 : D. P., 1912, I, pp. 122 et s. ; Trib. civ. Rouen, 20 avril 1931 : S., 1931, II, p. 239 ; Civ. 1ère, 7 juillet 1965 : D., 1965, jur., p. 557 ; J. C. P., 1965, II, 14385, note P. VOIRIN.
[2016]. Civ. 1ère, 27 octobre 1971 : J. C. P. éd. N., 1972, prat. et questions professionnelles, 5248, p. 204.

conditions et effets de la demande en conversion de l'usufruit en rente viagère, ainsi qu'à la conversion en usufruit des libéralités en pleine propriété.

2 – Le choix entre la donation entre époux de biens à venir et le testament

740. Le choix entre la donation au dernier vivant des époux et le testament n'est pas toujours aisé, parce que ces deux formes de libéralités présentent des caractéristiques voisines. Elles sont toutes deux révocables et ne produisent effet qu'au décès du disposant.

Au niveau du coût, le testament notamment olographe est plus avantageux puisqu'il ne nécessite pas la rédaction d'un contrat notarié, alors que la donation entre époux donne lieu au paiement d'honoraires au notaire lors du décès du disposant. En effet, le notaire qui a reçu la donation est fondé à recevoir des honoraires sur cet acte d'après le tarif en vigueur au jour du décès pour cette catégorie de libéralité.

En revanche, qu'il s'agisse d'une transmission par voie testamentaire ou par donation, les droits de mutation à titre gratuit sont identiques puisqu'il s'agit dans les deux cas d'une transmission par décès donnant ouverture aux seuls droits de succession au tarif prévu pour les transmissions entre époux.

Pour sa part, la donation entre époux, du fait de son caractère authentique, offre une parfaite sécurité juridique et sa révélation au décès est certaine. Cependant, le testament olographe, quoique formellement plus fragile et source d'un contentieux plus important[2017], bénéficie lui

---

[2017]. Au regard de la règle selon laquelle le texte doit être écrit de la main du testateur, la jurisprudence protège diversement les personnes capables et vulnérables, en exigeant dudit testateur qu'il sache écrire, mais en acceptant le testament à main assistée.
Sur l'impossibilité pour un analphabète, ou un simple illettré de tester, voir : Civ. 1ère, 5 novembre 1956 : D., 1956, jur., pp. 718 et s.
Sur l'acceptation du testament à main assistée, voir : Req., 28 juin 1847 : D. P., 1847, I, pp. 341 et s. ; S., 1848, I, pp. 216 et s.
Pour la validité d'un testament à main guidée, voir : Civ. 1ère, 16 juillet 1956 : D., 1956, jur., pp. 661 et s., note E. BLANC ; Civ. 1ère, 4 janvier 1973 : Bull. civ., I, n° 6, p. 6 ; Civ. 1ère, 11 février 1997 : Bull. civ., I, n° 57, p. 36 ; D., 1997, somm. comm., pp. 365 et s., obs. M. NICOD ; J. C. P. éd. N., 1997, II, pp. 1187 et s., note B. BEIGNIER ; Defrénois, 1997, I, art. 36703, n° 177, pp. 1452 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; Dr. fam., mai 1997, comm., n° 78, pp. 24 et s., obs. B. B. ; J. C. P. éd. N., 1998, famille, pp. 1709 et s., obs. R. LE GUIDEC.

aussi d'une certaine garantie, puisqu'il peut faire l'objet d'un dépôt au Fichier national des dispositions de dernières volontés, et que l'article 1007 du Code civil oblige celui qui fait la découverte d'un testament à le remettre au notaire chargé du règlement de la succession.

De plus, la donation présente un autre avantage technique sur le testament qui réside dans le rang auquel ladite donation est réduite en cas d'atteinte à la réserve. En effet, la jurisprudence décide de réduire la donation de biens à venir à sa date, et non au marc le franc avec les legs, en dépit de sa nature de disposition à cause de mort révocable[2018].

Enfin, en l'absence d'héritier réservataire, le conjoint successible donataire ou institué légataire universel par testament authentique n'a pas à demander son envoi en possession, ce qui n'est pas le cas du conjoint légataire institué par testament olographe même si celui-ci est dispensé de demander la délivrance de son legs[2019].

En pratique, les domaines d'application des donations entre époux et des testaments sont différents. Pour les premières, il s'agit de répondre à l'unique souci de créer des droits au profit du survivant, alors qu'en ce qui concerne les seconds, le but du testateur est de régler une situation plus complexe, dans laquelle il lui faut répartir des biens entre plusieurs destinataires pour éviter des conflits dans l'avenir.

Cependant, dans les deux cas, le conjoint successible ne bénéficie que d'une protection fragile, puisqu'elle est subordonnée au bon vouloir du disposant. Pour cette raison, le droit positif permet à l'époux qui veut réellement avantager son conjoint, parfois au détriment des héritiers réservataires, de lui conférer des avantages dans un cadre autre que successoral.

B – LES MOYENS D'AVANTAGER SON CONJOINT DANS UN CADRE AUTRE QUE SUCCESSORAL

Sur le plan pénal, voir : Toulouse, ch. d'accus., 20 mars 1973 : D., 1974, somm., p. 79.
Pour la nullité d'un testament dans lequel l'écriture de la personne ayant aidé le testateur est reconnue, voir : Civ. 1ère, 8 avril 1986 : Bull. civ., I, n° 81, p. 80 ; J. C. P., 1986, IV, p. 164.

2018. Poitiers, 7 mars 1979 : Defrénois, 1981, I, art. 32766, pp. 1458 et s., obs. M. GRIMALDI.

2019. Civ. 1ère, 20 mars 1984 : Bull. civ., I, n° 108, p. 90 ; Gaz. Pal., 1984, II, panor. de jur., p. 256 ; J. C. P, 1984, IV, p. 171 ; Defrénois, 1984, I, art. 33432, n° 123, pp. 1503 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. T. D. civ., 1985, pp. 423 et s., obs. J. PATARIN.

741. Trois techniques permettent de transmettre son patrimoine au conjoint successible dans un cadre autre que successoral : les avantages matrimoniaux qui ont été précédemment présentés, la clause d'accroissement ou tontine qui est marginale (a) et l'assurance-vie qui est très fréquente (b).

a – UN MOYEN MARGINAL : LA CLAUSE D'ACCROISSEMENT OU TONTINE

742. Stipulée à l'occasion de l'acquisition en commun d'un bien meuble ou immeuble par plusieurs personnes, la clause d'accroissement ou tontine peut être définie comme une clause par laquelle les parties prévoient qu'au décès du ou des prémourants, leur part du bien acquis reviendra sans indemnité aux survivants de telle sorte que le dernier vivant sera réputé seul propriétaire de la totalité du bien. Déjà étudiée lors des ruptures de concubinages, la clause d'accroissement permet au survivant des époux de recueillir la part du défunt sans que ses héritiers ne puissent réclamer une quelconque indemnité.

Principalement utilisée en pratique lors d'acquisitions immobilières, la tontine présente pour les époux des intérêts civils indéniables (1), même si ses intérêts fiscaux sont faibles (2).

1 - D'indéniables intérêts civils

743. La tontine est sur le plan civil d'une réelle utilité, car elle évite aux époux peu fortunés la procédure de changement de régime matrimonial, avec le contrôle du juge et la nécessité de l'homologation.

Lorsque la clause d'accroissement est insérée dans un acte passé entre conjoints, le bien étant réputé propre dès l'origine, elle semble pouvoir n’être stipulée qu'entre époux mariés sous un régime de séparation de biens ou de participation aux acquêts, et qu’entre personnes mariées

sous un régime communautaire à condition que l'acquisition ait été faite à l'aide de deniers propres à chacun avec déclaration d'emploi[2020].

Fondée sur l'aléa de la durée de la vie de l'un des époux co-acquéreurs, la tontine est généralement considérée comme un contrat à titre onéreux. Il en résulte que l'avantage tiré d'une telle clause, transmis hors part et hors succession, n'est ni rapportable ni réductible pour atteinte à la réserve. Cependant, la tontine revêt un caractère gratuit, lorsque le prix est en réalité payé par une seule personne ou lorsqu'il n'existe pas d'aléa, car la différence d'âge ou de santé est importante entre les époux.

Mise à part cette réserve, la tontine permet aux époux de mettre en commun leurs ressources, d'acquérir un bien, d'en jouir leur vie durant, et de le transmettre au survivant au-delà de la quotité disponible spéciale entre époux.

2 – Des intérêts fiscaux faibles

744. Si l'on se réfère à la nature juridique de la tontine, la part transmise au décès de chacun des époux devrait être soumise aux droits de mutation à titre onéreux.

Cependant, l'importance des pactes tontiniers inclus dans les acquisitions immobilières entre époux séparés de biens, alors que l'un d'eux avait seul payé et que les espérances de vie étaient différentes, a motivé l'existence de l'article 754 A du Code général des impôts qui prévoit que les biens recueillis en vertu d'une clause insérée dans un contrat d'acquisition en commun, selon laquelle la part du ou des premiers décédés reviendra au survivant sera considéré comme seul propriétaire de la totalité des biens, sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement.

[2020]. M. HENRY, « *Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial* » : J. C. P., 1987, I, 3281, n° 8 ; V. BARABÉ-BOUCHARD, *« Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux »* : J. C. P. éd. N., 1994, I, pp. 111 et s., spc. p. 118, n° 25. Rép. min., 19 octobre 1998 ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Tontine : réponse à une réponse ministérielle ! »* : Dr. et patr., n° 71, mai 1999, pp. 24 et s., spc. pp. 24, 25 et 26 ; S. DURAND, *« De l'utilisation des usufruits successifs lors d'une acquisition en démembrement de propriété »* : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 1839 et s., spc. p. 1840.

Ces biens sont donc assujettis aux droits de succession, qui sont calculés sur la base du tarif applicable aux époux, et sur la valeur de la part transmise à chacun d'eux.

L'article 754 A du Code général des impôts devant faire l'objet d'une interprétation stricte, ne s'applique pas aux biens recueillis en vertu d'une clause de tontine qui ne serait pas insérée dans un contrat d'acquisition en commun[2021]. C'est pourquoi, on peut légitimement penser que les droits de succession ne sont pas dus si clause tontinière est, par exemple, insérée dans les statuts d'une société civile immobilière, seul le droit d'enregistrement applicable aux cessions de parts sociales, au taux de 4,80 % étant exigible, lors du décès de l'un des associés, avec toutefois le risque fiscal de tomber sous le coup de la théorie de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, lorsque ce dispositif n'a été mis en place qu'en vue de contourner les règles de l'article 754-A du Code général des impôts et/ou que la société est purement fictive.

Cependant, il est dérogé au principe d'assujettissement de la tontine aux droits de succession en faveur des immeubles affectés à l'habitation principale commune à deux acquéreurs à la date du décès du prémourant, lorsque ces immeubles ont à la même date une valeur globale inférieure à 76 000 €. Dans cette situation, la part transmise au survivant est passible des seuls droits de mutation à titre onéreux, soit en principe d'après le tarif prévu par l'article 710 du Code général des impôts pour la vente d'immeubles d'habitation.

En tout état de cause, et pour deux auteurs, « *la tontine n'est en réalité qu'une loterie funèbre très éloignée de l'assurance ; elle revient à tirer un bénéfice du malheur d'autrui ; l'assurance, elle, a pour but d'atténuer ce malheur* »[2022]. Dans cet esprit, l'assurance-vie souscrite au sein d'un couple a pour objet de protéger d'abord le patrimoine des époux, puis le conjoint successible en lui permettant de bénéficier d'un patrimoine valorisé.

b – UN MOYEN TRÈS FRÉQUENT : l'ASSURANCE-VIE

[2021]. D. adm. 7 G-2121 n° 25 et 7 C-131 n° 20.
[2022]. H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines du Droit Français, Litec, 3ème édition, 1993, pp. 462 et s., spc. p. 464.

745. L’assurance-vie est un contrat par lequel, en échange d'une prime, l'assureur s'engage à verser, au souscripteur ou au tiers par lui désigné, une somme déterminée (capital ou rente) en cas de mort de la personne assurée ou de sa survie à une époque déterminée.

Jusqu'aux années 1960, les contrats proposés étaient des contrats de prévoyance pure, dénommés aujourd'hui assurance-décès, dont le but était de prémunir le conjoint du souscripteur (ou/et ses enfants) contre le risque d'une brutale disparition et répondait, notamment, à l'exécution d'une obligation civile ou d'un devoir alimentaire. Les primes versées étaient généralement faibles au regard des capitaux assurés. Elles étaient prélevées sur l'excédent des revenus du stipulant et n'entamaient pas son patrimoine.

Depuis les années 1960, sont apparues des assurances de capitalisation ou d'épargne, dans lesquelles le souscripteur ne prend aucun risque sur le capital versé. Il a, dès l'origine, la certitude de récupérer, lui-même ou le tiers bénéficiaire désigné, le montant des primes versées, diminuées des frais d'entrée et augmentées des produits financiers.

Aujourd’hui, les contrats d’assurance-vie recouvrent, dans un esprit de sécurité, plusieurs types d'opérations, dont les motivations ne sont pas toujours exclusives l'une de l'autre :

- placement et épargne lorsqu'il s'agit de faire fructifier un patrimoine dans une enveloppe fiscale favorable de façon à répondre aux besoins du souscripteur ;

- prévoyance lorsqu'il s'agit de créer, au profit de son conjoint, un capital retraite, ou d'un enfant handicapé, une rente survie ;

- transmission d'un capital existant ou à créer au bénéfice de son conjoint, ses enfants, ses petits-enfants ou toute personne de son choix ;

- réponse à la nécessité pour l'emprunteur de souscrire un contrat d'assurance-vie pour prévenir son insolvabilité consécutive à son décès ou à son invalidité, faute de quoi il ne pourra pas obtenir un prêt.

746. Compte tenu de l'évolution historique de ces contrats, il convient de distinguer les assurances de prévoyance, dans lesquelles assureurs et souscripteurs assument un risque en capital, lié à l'aléa du décès, et d'autre part, les assurances dites de capitalisation, d'épargne ou

encore à versements et retraits libres. Leur critère de distinction provient de l'origine du capital : dans un contrat de prévoyance, le capital est constitué par la compagnie d'assurance, alors que dans le contrat d'épargne, le capital initial appartient au souscripteur.

Les règles applicables aux contrats d'assurance sur la vie relèvent à la fois du Code civil, du Code des assurances, et du Code général des impôts. En dépit de leur complexité, ces contrats d'assurance-vie connaissent un immense succès auprès des ménages français, qui désignent, dans la majorité des cas, comme principal bénéficiaire le conjoint successible, car le souscripteur, souvent animé par une intention libérale, est aussi soucieux de ne pas laisser sans ressources son époux.

Néanmoins, on peut se demander si cet enthousiasme pour ce type de contrat est vraiment justifié. Pour répondre à cette question, il sera démontré que si les contrats d'assurance-vie présentent des intérêts indéniables (1), ils pâtissent de difficultés importantes souvent méconnues des personnes vulnérables mal informées ou peu aptes à les appréhender (2).

1 – Les intérêts avérés des contrats d’assurance-vie

747. La diversification des contrats d'assurance-vie les a élevés au rang d'outils performants de la gestion patrimoniale. L’une de leurs qualités essentielles est leur souplesse qui permet au souscripteur de bénéficier d'une grande liberté dans le choix du bénéficiaire et dans la modification des dispositions prises. De plus, les sommes reçues par le bénéficiaire du contrat le sont généralement hors succession, tant sur le plan civil que sur le plan fiscal.

11 – Un avantage échappant aux règles du rapport et de la réduction

748. S'appuyant sur l'article 1121 du Code civil, relatif à la stipulation pour autrui, la jurisprudence, puis la loi du 13 juillet 1930 ont édicté le principe que le capital reçu par le

bénéficiaire ne provenait pas du patrimoine du souscripteur, mais de la compagnie d'assurances, le souscripteur ne s'étant appauvri que du montant des primes, peu élevées en comparaison du capital versé.

Il en résulte que le bénéficiaire recueille le capital assuré de son propre chef et non comme ayant cause du souscripteur. Il est considéré comme ayant toujours été le seul créancier de la compagnie. Ce droit ne peut pas être saisi par les créanciers du stipulant et ne fait pas partie de sa succession. De plus, la théorie de la stipulation valide la clause bénéficiaire en cas de décès au regard de la prohibition des pactes sur succession future.

En outre, l'article L. 132-13 du Code des assurances déduit de ce principe les conséquences suivantes : « *le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant au titre des primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu regard à ses facultés* ».

Si selon un auteur, cet article constitue « *une disposition de droit successoral, édictant un régime dérogatoire* »[2023], il ne joue que si les deux conditions suivantes sont remplies.

D'une part, le contrat d'assurance doit comporter un bénéficiaire désigné. À défaut, le capital garanti fait partie du patrimoine ou de la succession du contractant.

D'autre part, il doit s'agir d'un contrat d'assurance en cas de décès.

Enfin, lorsque l'assurance en cas de décès est souscrite au profit de l'époux successible, le capital reçu par ce dernier est propre. Cette règle, très favorable au conjoint, lui permet de disposer de ressources. D'ailleurs, la même solution s'applique lorsque l'assurance est souscrite par un époux à son profit personnel, ce dernier stipulant alors qu'il recevra tel capital à la mort de son conjoint. En effet, c'est parmi les ménages âgés, concernés au premier chef par l'exonération des droits de succession, que la diffusion de l'assurance-vie a été la plus rapide lors de ces dix dernières années.

[2023]. F. LUCET, *« Assurance-vie : l'influence de l'aléa sur les droits des tiers »* : Defrénois, 1996, I, art. 36378, pp. 971 et s., spc. p. 975, n° 10.

12 – Une transmission fiscalement avantageuse

749. En application de la théorie de la stipulation pour autrui selon laquelle le capital qui en fait l'objet n'a jamais dépendu du patrimoine du défunt, l'article L. 132-12 du Code des assurances prévoit que les sommes versées à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré, quel que soit le degré de parenté existant entre le souscripteur et le bénéficiaire.

Pour que ce principe de non-taxation s'applique, il faut que l'assurance soit conclue au profit d'un bénéficiaire déterminé, c'est-à-dire soit d'une personne nommément désignée, soit à son conjoint sans indication de nom, soit à ses enfants et descendants nés ou à naître, soit à ses héritiers ou à ses ayants droit[2024], soit à une entreprise de pompes funèbres pour garantir à l'assuré défunt des obsèques décentes[2025], soit aux successibles de l'assuré en cas de capitaux affectés au paiement des droits de succession[2026].

Par contre, lorsque l'indemnité est stipulée au profit d'un bénéficiaire indéterminé ou du contractant, elle fait partie de la succession de ce dernier et elle est taxée dans les conditions de droit commun[2027].

De plus, la portée du principe de non-imposition des sommes stipulées payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé a été limitée, si bien que les contrats d'assurance-vie obéissent à un régime qui diffère selon leur date de souscription.

Les contrats souscrits avant le 20 novembre 1991 ne donnent lieu à aucune perception au titre des droits de succession sauf lorsque des modifications substantielles sont apportées au contrat originel[2028].

2024. D. adm. 7G-2122, n° 9, et article 132-8 du Code des assurances.
2025. Sol., 12 septembre 1960 : BOE, 1961, 8365.
2026. Sol., 6 août 1960 : BOE, 1961, 8365.
2027. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« La fiscalité successorale de l'assurance-décès »* : J. C. P. éd. N, 1995, prat., 3324, pp. 623 et s., spc. p. 623.

Pour les contrats souscrits depuis le 20 novembre 1991 et jusqu'au 12 octobre 1998, l'article 757 B du Code général des impôts soumet aux droits de succession les primes versées au-delà de 70 ans, pour la fraction qui excède 30 500 €.

Les sommes dues à compter du 1er janvier 1999 au titre des contrats souscrits depuis le 13 octobre 1998, ou de primes versées depuis cette date sur les contrats en cours sont soumises à un prélèvement spécifique de 20 % sur la fraction excédant 152 500 € qui revient à chaque bénéficiaire[2029]. Sont exclus de ce prélèvement, outre les contrats de rente survie (souscrits par exemple au profit d'un enfant handicapé ou infirme)[2030], les contrats d'assurance de groupe souscrits dans le cadre d'une activité professionnelle et les sommes correspondant aux primes versées au-delà de 70 ans dans le cadre de contrats souscrits avant le 20 novembre 1991 qui continuent d'être soumis au régime antérieur[2031].

2 – Les difficultés souvent méconnues des contrats d'assurance-vie

750. D'une manière générale, le paiement des primes doit apparaître, eu égard aux revenus du souscripteur et à sa situation de fortune, comme une dépense normale, c'est-à-dire pas manifestement exagérée. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'entière effectivité des contrats d'assurance-vie est souvent limitée par des difficultés civiles (21) et fiscales (22).

21 – Les difficultés civiles des contrats d'assurance-vie

[2028]. Sur le caractère insuffisant du seul versement de nouvelles primes d'assurance non prévues dans le contrat originel ou du versement de primes disproportionnées par rapport à celles payées avant le 20 novembre 1991 pour constituer une modification substantielle, voir : Rép. min. : J. O. du 23 octobre 2003, Déb. Sénat, Questions et réponses, p. 3153. ; Défrénois, 2004, art. 38007, p. 1186.

[2029]. Article 990-1 du C. G. I. ; Article 38 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998.

[2030]. En application du I de l'article 990-1 du C. G. I., ne sont pas assujettis au prélèvement les contrats mentionnés au premier alinéa du 2° de l'article 199 *septies* du C. G. I. Il s'agit de contrats d'assurance garantissant, en cas de décès de l'assuré, le versement d'un capital ou d'une rente viagère à son enfant atteint d'une infirmité qui l'empêche, soit de se livrer à une activité professionnelle dans des conditions normales de rentabilité, soit, si l'enfant est âgé de moins de dix-huit ans, d'acquérir une instruction ou une formation professionnelle d'un niveau normal.

[2031]. Instruction du 30 décembre 1999 : B. O. I 7 K-1-00 ; Defrénois, 2000, I, art. 37108, pp. 260 et s.

751. Ces difficultés résultent des problèmes de frontières entre le droit des assurances, le droit des libéralités (211) et le droit des régimes matrimoniaux (212).

211 – Les difficultés résultant des rapports entre le droit des assurances et le droit des libéralités

752. Ces difficultés proviennent de trois sources : l'application des règles de fond des libéralités, l'acceptation du bénéficiaire du contrat, le rapport et la réduction des primes manifestement exagérées.

L'application des règles de fond des libéralités

753. L'assurance-vie entre époux est souvent soustraite aux règles régissant les donations parce qu'elle relève en général plus de la prévoyance familiale que du désir de faire plaisir à son conjoint, bien qu'en pratique ces deux aspects sont souvent confondus. En outre, elle a sa propre technique qui lui confère une certaine autonomie formelle.

Cependant, l'opération d'assurance-vie peut s'analyser comme une donation indirecte lorsqu'elle procède d'une intention libérale[2032]. Dans ce cas, son objet est constitué par les primes payées par l'assuré et non par le capital reçu par le bénéficiaire. Ainsi, l'assurance-vie n'a pas, en la forme, à être établie par acte notarié, mais elle est soumise à toutes les règles de fond des libéralités. Elle peut notamment être révoquée pour ingratitude, pour inexécution des charges ou conditions imposées, pour tentative de meurtre ou d'assassinat perpétrée par le

[2032]. T. MILCAMPS et F. BERDOT, *« Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités »* : *in* Études offertes à Monsieur le Professeur André BESSON, L. G. D. J., 1976, 342 p., pp.235 et s., spc. p. 238.

bénéficiaire sur la personne du souscripteur, ou pour survenance d'enfant en la personne du souscripteur, sauf toutefois lorsque le bénéficiaire est le conjoint[2033].

L'acceptation du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie

754. La désignation du bénéficiaire du contrat d'assurance-vie peut être effectuée, soit au moment de la souscription du contrat, dans la police elle-même, soit ultérieurement, par lettre simple, par avenant ou par testament[2034]. Les modalités de cette désignation sont d'une grande importance pratique.

En matière de stipulation pour autrui, il n'est pas nécessaire pour que le bénéficiaire acquière son droit, qu'il accepte la stipulation. La naissance de son droit est antérieure à son acceptation ; elle date de la conclusion du contrat entre promettant et stipulant. L'acceptation du bénéficiaire consolide la stipulation que le stipulant ne pourra plus révoquer. De même, pour l'assurance-vie, cette acceptation, qui peut intervenir à tout moment[2035] et par tout moyen, même à l'insu du souscripteur, n'est pas une condition de la naissance du droit du bénéficiaire, sauf quand une charge est stipulée[2036]. Elle n'est que confortative, puisqu'elle a pour objet de le rendre irrévocable[2037]. Par l'acceptation du bénéficiaire, le droit du souscripteur prend un caractère conditionnel, puisqu'il dépend soit du décès du bénéficiaire, soit de la volonté du bénéficiaire de consentir au rachat ou de renoncer à l'acceptation[2038]. Si cette acceptation est choquante lorsqu'elle est effectuée contre le gré du souscripteur, elle peut

---

2033. Article 1096, alinéa 3, du Code civil.
2034. Article L. 132-8, dernier alinéa, du Code des assurances.
2035. E. ERGAN, *« La qualification libérale de l'attribution à titre gratuit du bénéfice du contrat d'assurance-vie »* : R. J. P. F., n°7-8, juillet-août 2001, pp. 6 et s., spc. p. 8.
2036. L'accord du bénéficiaire est alors nécessaire pour accepter la charge, qui conditionne le versement du capital.
2037. Article 1121 du Code civil ; article L. 132-9, alinéa 1er, du Code des assurances.
S. CHAINE et M. IWANESKO, *« La transmission successorale maîtrisée »* : préc., pp. 847 et 848, § 4272.
2038. Y. LAMBERT-FAIVRE, Droit des assurances, Dalloz, 10ème édition 1998, pp. 755 et 756, n° 958 ;
S. REZEK, « *Avis à tiers détenteur et droit des assurances »* : Dr. et patr., n° 87, novembre 2000, pp. 48 et s., spc. p. 50.
En sens contraire, voir : T. G. I. Paris, 4ème ch., 2ème sect., 22 mars 2001 : J. C. P. éd. E. et A., 2001, jur., pp. 2003 et s., note J. BIGOT.

aussi, lorsqu'elle est librement consentie, apporter une réponse satisfaisante à des situations fort diverses[2039].

755. Cependant, la situation est plus complexe lorsque l'assurance-vie a été souscrite au profit d'un époux pendant le mariage et que l'assuré-souscripteur ne souhaite plus que son conjoint en soit bénéficiaire. En effet, la question s'est posée de savoir si un conjoint commun en biens, souscripteur d'un contrat d'assurance financé sur ses gains et salaires, devait obligatoirement obtenir, en application de l'article 1422 du Code civil, le consentement de l'autre conjoint, pour désigner à titre gratuit un bénéficiaire, soit à l'origine du contrat, soit ultérieurement sous forme d'une modification de l'attribution précédente, et cela quelle que soit la nature du contrat en cause. Pour répondre à cette question, un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 décembre 1986[2040] a considéré que la créance sur une compagnie d'assurances, née en raison du décès de l'assuré est acquise au seul profit des bénéficiaires désignés en dernier lieu, et que le changement de bénéficiaire d'une assurance mixte vie décès était opposable à son ancien bénéficiaire, l'épouse de l'assuré, celui-ci s'étant vu accorder seulement le montant de l'avance demandée avant la révocation.

En commentant cet arrêt, un auteur a judicieusement souligné que l'attribution du capital est devenu *« un acte de consommation, qui échappe aux contraintes de l'article 1422 du Code civil »*[2041].

756. En outre, s'il est admis que lorsque le contrat d'assurance réalise une libéralité indirecte au profit du conjoint, la révocabilité de celle-ci, lorsqu'elle porte sur des biens à venir, prime le mécanisme de la stipulation pour autrui, et même que l'acceptation ne rend pas la clause bénéficiaire irrévocable entre époux, la doctrine considère que l'article 1096, alinéa 1er, du Code civil ne joue pas pour les contrats de prévoyance, faute d'*animus donandi*[2042]. Cet avis

---

[2039]. C. DURIEZ, F. BERTOUT et J. AVRY, « *Transmission et assurance-vie. Diversité des clauses bénéficiaires et maîtrise des renonciations* » : J. C. P. éd. N., 1996, prat., pp. 947 et s., spc. p. 950.

[2040]. Ass. plén., 12 décembre 1986 : Bull. civ., Ass. plén., n° 14, pp. 23 et s. ; D., 1987, jur., pp. 269 et s., note GHESTIN J. ; J. C. P., 1987, II, 20760, concl. M. CABANNES, note L. BOYER ; R. G. A. T., 1987, pp. 254 et s., note J. –L. AUBERT.

[2041]. Dans le même sens, voir : J. GHESTIN, « *L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie* » : J. C. P., 1995, I, 3881, n° 12.

[2042]. M. GRIMALDI, « *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille* » : Defrénois, 1994, I, art. 35841, pp. 737 et s., spc. p. 740, n° 7.

doctrinal est partagé par un arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1998[2043] qui a écarté l'application de l'article 1096, alinéa 1er, du Code civil, en soulignant que ces « *assurances étaient contractées dans l'intérêt de la famille et que la désignation de chaque époux avait pour contrepartie la désignation de l'autre, de sorte qu'aucune donation indirecte n'était réalisée faute d'intention libérale* ». Ainsi, la Cour de cassation distingue ainsi l'intention libérale et le souci de prévoyance. Il ne saurait y avoir de libéralité, lorsque l'attribution du capital répond seulement, à l'égard du bénéficiaire, de l'exécution d'une obligation civile ou d'un devoir alimentaire[2044]. La Cour suprême a justifié la qualification de prévoyance, par l'idée de réciprocité des désignations, dont l'autre époux peut ainsi devenir bénéficiaire. Mais, sa position a aussi été critiquée pour deux raisons.

D'une part, toute réciprocité n'emporte pas nécessairement l'exclusion de toute intention libérale, puisque les donations entre époux sont souvent identiques et réciproques et que le concept de prévoyance renvoie à une prévision plutôt unilatérale aux termes de laquelle celui qui en a les moyens place les autres à l'abri du besoin.

D'autre part, les juges ont forgé un lien d'indivisibilité entre les deux contrats. La réciprocité ne devrait permettre de justifier un effort de prévoyance qu'à l'encontre de tiers qui n'y sont pas tenus[2045], si bien que la motivation confond protection et prévoyance.

En dépit de ces critiques, cette position jurisprudentielle a été confirmée par un arrêt de la Cour de Paris du 4 janvier 2000[2046] qui n'a pas fait application du principe de la libre révocation des donations entre époux, au motif que l'assurance-vie souscrite au bénéfice de l'épouse, qui avait été révoquée par le mari au profit de sa concubine, avait un caractère rémunératoire, et était donc dénuée d'intention libérale. Ainsi, pour un motif d'équité, la jurisprudence a écarté la qualification de libéralité, pour faire prévaloir les droits du conjoint acceptant sur ceux de la concubine bénéficiaire substituée.

[2043]. Civ. 1ère, 13 mai 1998 : J. C. P. éd. N., 1998, famille, pp. 1578 et s., note P. BUFFETEAU ; J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 966 et s., obs. R. LE GUIDEC ; Defrénois, 1998, I, art. 36848, rapp. P. SARGOS ; Petites affiches, n° 118, du 2 octobre 1998, pp. 21 et s., note F. LUCET.

[2044]. P. DELMAS SAINT HILAIRE, « *Turbulences sur l'assurance-vie* » : Resp. civ. et assur., février 1999, pp. 4 et s., spc. p. 6.

[2045]. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Turbulences dans l'assurance-vie ! »* : préc., p. 6.

[2046]. Paris, 7ème ch. A, 4 janvier 2000 : Resp. civ. et assur., novembre 2000, comm., n° 343, p. 26 ; L. GRYNBAUM, *« La libre révocabilité de l'assurance-vie au bénéfice d'un époux : un principe moribond »* : Resp. civ. et assur., novembre 2000, chron., n° 25, pp. 6 et s.

De plus, lorsque les primes sont manifestement exagérées, le droit patrimonial de la famille reprend son emprise sur le droit des assurances.

Le rapport et la réduction des primes manifestement exagérées

757 Le principe est que les primes versées ne sont ni rapportables ni réductibles, même s'il s'agit de contrats de capitalisation, ce qui constitue une position récente.

En effet, dans le droit fil des décisions qui combattaient les procédés tendant à tourner les règles du rapport et de la réduction, un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 18 juillet 2000[2047] avait précisé, dans une affaire Leroux, que les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances ne s'appliquaient pas aux contrats de capitalisation, dits contrats à capital différé contre assurés, qui ne sont pas des opérations d'assurance, mais des opérations d'épargne. Un auteur avait résumé cette position en écrivant qu' « *en d'autres termes post mortem et hors succession on ne transmet plus d'épargne. Il ne s'agit pas d'affiner les contours d'une liberté de transmettre ancrée dans le corps social mais de la faire disparaître* »[2048].

[2047]. Civ. 1ère, 18 juillet 2000 : Dr. et patr., n° 88, décembre 2000, p. 71, n° 2700, obs. F. CHABAS ; J. C. P., 2000, II, 10434 ; Dr. fam., décembre 2000, comm., n° 149, pp. 21 et s., obs. M LEROY ; Gaz. Pal. des 31 août/4 septembre 2001, jur., som., pp. 14 et s., note F. –J. PANSIER ; J. BIGOT, « *Tempête ou vaguelette sur l'assurance-vie* » : J. C. P., 2000, act., pp. 2215 et s. ; G. COURTIEU, *« Assurance sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? »* : Resp. civ. et assur., décembre 2000, chron., n° 28, pp. 6 et s. ; M. GIRAY, *« L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? »* : Dr. et patr., n° 89, janvier 2001, pp. 24 et s. ; L. MAYAUX, *« L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? Réflexions sur l'arrêt Leroux (Civ. 1ère, 18 juillet 2000) et certaines propositions du 96ème congrès des notaires de France »* : R. G. D. A., 2000, n°3, pp. 767 et s. ; P. –J. SAINT-AMAND et J. –M. COQUEMA, « *Coup de pied dans la fourmilière, l'arrêt "Leroux" du 18 juillet 2000* » : Dr. et patr., n° 89, janvier 2001, pp. 28 et s. ; F. SAUVAGE et D. FAUCHER, *« L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? »* : J. C. P. éd. N, 2000, famille, pp. 1683 et s.
En sens contraire, voir : Civ. 1ère, 20 février 2001, Affaire Dillemann : Resp. civ. et assur., mai 2001, comm., n° 167, pp. 24 et s., obs. H. GROUTEL ; P. BUFFETEAU, *« Article L. 132-13... le retour ? »* : J. C. P. éd. N., 2001, fam., pp. 1270 et s.

[2048]. P. BUFFETEAU, *« Assurance-vie. D'épargne et d'assurance »* : J. C. P. éd. N., 2001, famille, pp. 507 et s., spc. p. 507.
Voir aussi : Paris, 2ème ch. A, 30 mai 2000 : Resp. civ. et assur., janvier 2001, comm., n° 31, pp. 22 et s., obs. L. GRYNBAUM.

Si l'intention de cet arrêt, confirmé par un autre arrêt du 29 janvier 2002[2049], paraissait logique, louable, et juste, son fondement juridique était critiquable. En effet, les articles L. 132-12 et L. 132-13 du Code des assurances figurent au chapitre II du livre III du Code des assurances, qui s'intitule *« Les assurances sur la vie et les opérations de capitalisation »*, et ne distinguent pas les contrats d'assurance-vie et les opérations de capitalisation.

Par quatre arrêts concomitants du 23 novembre 2004[2050], la Chambre mixte de la Cour de cassation a voulu mettre un terme à l'insécurité juridique des contrats d'assurance-vie incluant une opération d'épargne, en décidant que ceux-ci comportaient tous un aléa dans la mesure où leurs effets (durée de l'engagement de l'assureur, identité du créancier final du capital) dépendent de la durée de la vie humaine. Dans ces quatre affaires, on voit apparaître le même attendu selon lequel : *« le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L. 310-1, 1° et R. 321-1, 20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie »*[2051]. Il en résulte que la réserve héréditaire, censée préserver les héritiers de *« sang »*, ne peut plus en principe être invoquée pour ramener les capitaux d'une assurance-vie dans l'actif successoral à partager, sauf si les primes versées par le souscripteur étaient manifestement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur[2052], au moment du versement et non, comme s'y réfèrent souvent les héritiers malmenés par l'assurance-vie, au moment du décès[2053].

Le caractère manifestement exagéré des primes relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond[2054], puisque l'exagération est une question de fait[2055]. Ces derniers considèrent que ledit caractère se déduit tant d'un critère quantitatif, c'est-à-dire le montant

---

2049. Civ. 1ère, 29 janvier 2002 : R. J. P. F., juin 2002, p. 26, obs. P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

2050. Mixte, 23 novembre 2004 (4 arrêts) : D., 2004, jur., I. R., pp. 3191 et s. ; Defrénois, supplément rapide, n°22 du 2 décembre 2004, pp. 12 et s. ; P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *« Assurance-vie et chambre mixte : alea jacta est ! »* : R. J. P. F., février 2005, pp. 25 et s.

2051. Sur la critique de cette conception de l'aléa, voir : M. –A. RIBEYRE, *« Assurance-vie : le débat se déplace de l'aléa vers la prime excessive »* : Dr et patr., janvier 2005, act., pp. 10 et s., spc. p. 10.

2052. Article L. 132-13 du Code des assurances.

2053. Sur la critique de cette règle, voir : M. LEROY, *« Assurance-vie : brèves considérations sur les arrêts de la Chambre mixte du 23 novembre 2004 »* : Revue Lamy Droit civil, janvier 2005, act., pp. 37 et s., spc. p. 41.

2054. Civ. 1ère, 11 mars 1997 : Bull. civ., I, n° 94, p. 61 ; J. C. P. éd. N., 1997, jur., pp. 1577 et s., note J. – G. RAFFRAY ; Civ. 1ère, 20 février 2001 : R. J. P. F., n° 5, mai 2001, p. 26, note P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

2055. En ce sens, voir : A. MAURICE, *« L'exagération manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance-vie »* : J. C. P. éd. N, 2005, fam., 1197.

des primes comparé à l'ensemble du patrimoine du souscripteur c'est-à-dire ses revenus (pensions, retraites, salaires) et ses ressources en capital (état des comptes bancaires, valeurs mobilières, etc.), que d'un critère qualitatif, c'est-à-dire l'utilité de l'opération pour celui qui a souscrit le contrat d'assurance, ce qui nécessitera pour le juge d'examiner l'âge, le train de vie[2056] et l'intention du souscripteur, mais aussi le fait que le bénéficiaire se soit chargé pendant plusieurs années de l'entretien du souscripteur dont la santé était gravement altérée, etc., ce qui renvoie d'ailleurs aux notions de juste et d'utile comme fondements de la force obligatoire du contrat, source de validation ou de sanction de l'exercice des droits subjectifs.

758. Pour parvenir à leurs fins, les héritiers lésés du souscripteur doivent apporter la preuve de l'exagération en produisant des documents suffisamment précis et convaincants. Afin de faciliter cette démonstration, la pratique notariale préconise que les primes prélevées sur le capital ne soient pas considérées comme excessives tant que la quotité disponible n'est pas dépassée[2057], et ce conseil a été suivi par deux arrêts d'appel.

D'une part, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 avril 2001[2058] a jugé que n'était pas manifestement excessive la prime de 4 millions de francs (0,61 million d'€) destinée à garantir le versement d'un capital à la personne qui avait été la compagne du souscripteur pendant six ans, au regard d'un patrimoine commun évalué à plus de 29 millions de francs (4,42 millions d'€), dans lequel il revenait au défunt une somme brute de plus de 14 millions de francs (2,13 millions d'€), et en présence de donations antérieures faites à ses héritiers ainsi que de leurs parts successorales.

D'autre part, un arrêt de la Cour de Bourges du 14 avril 2001[2059] a estimé que n'étaient nullement exagérées eu égard aux facultés du souscripteur dont la fortune réelle était évaluée à plus de 10 millions de francs (1,52 million d'€), les primes d'un montant global de 2 millions de francs (0,30 million d'€), ce qui ne témoignait pas d'une volonté particulière de celui-ci de faire échec aux règles de la réserve successorale.

[2056]. Civ. 1ère, 1er juillet 1997 : D., 1998, jur., pp. 543 et s., note S. CHOISEZ ; Gaz. Pal., 1998, panor. Cass., p. 13 ; T. G. I. Paris, 5ème ch., 1ère sect., 17 novembre 1999 : Dr. fam., novembre 2000, chron. n° 22, pp. 11 et s., obs. A. –F. ZATTARA.

[2057]. J. –L. BARROIS, *« Contrats d'assurance-vie et incidences sur les régimes communautaires »* : J. C. P. éd. N., 1999, fam., pp. 1414 et s., spc. pp. 1414 et 1415.

[2058]. Paris, 2ème ch. B, 5 avril 2001 : Juris-Data n°2001-144491.

[2059]. Bourges, 14 avril 2001 : Juris-Data n°2001-143683.

En outre, et dans ses arrêts précités du 23 novembre 2004, la Chambre mixte de la Cour de Cassation marque sa volonté de reprendre le contrôle du caractère excessif des primes, mais elle n'en apporte aucune définition objective[2060].

Cependant, la pratique notariale semble aussi avoir été écoutée puisque la Cour suprême approuve deux arrêts d'appel, l'un qui a admis que les primes d'un montant de 310 000 F (47 259,20 €) payées par un souscripteur, âgé de 65 ans, percevant un revenu mensuel de 30 000 F (4 573,47 €) et disposant de valeurs mobilières, décédé à 72 ans, en laissant un seul héritier n'étaient pas manifestement exagérées, lesdites primes ne représentant qu'un quart de son patrimoine mobilier, et l'autre qui a considéré que les primes d'un montant de 900 000 F (137 204,12 €) versées par une veuve âgée de 73 à 79 ans au moment des versements, percevant une retraite mensuelle de 11 000 F (1 676,94 €), disposant de valeurs mobilières d'un montant de 1 200 000 F (182 938,82 €), possédant un mobilier de 336 000 F (51 222,87 €), et des biens immobiliers de 500 000 F (76 224,51 €), décédée à 82 ans, n'étaient pas non plus manifestement exagérées eu égard à ses facultés.

759. Lorsque le caractère exagéré des primes est reconnu, il en résulte cinq conséquences qui sont moins intéressantes pour les héritiers du souscripteurs que la théorie de la disqualification des contrats de capitalisation qui a été abandonnée par les arrêts précités de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 23 novembre 2004 :

seule la partie considérée comme excessive est rapportable ou réductible ;

si le capital assuré ne sert pas de gage aux créanciers communs, ces derniers peuvent réclamer le remboursement des primes ;

si le bénéficiaire est un tiers, la libéralité correspondant au montant excessif des primes pourra être éventuellement réduite ;

si le bénéficiaire est un héritier (époux), il sera tenu de rapporter le montant des primes excessif, sans toutefois que ce rapport puisse excéder le montant du capital qu'il reçoit[2061] ;

[2060]. En ce sens, voir : M. -A. RIBEYRE, *« Assurance-vie : le débat se déplace de l'aléa vers la prime excessive »* : Dr. et patr., janvier 2005, act., pp. 10 et s., spc. p. 11.
[2061]. Rennes, ch. réu., 6 avril 1910 : D. P., 1910, II, pp. 329 et s., note P. DUPUICH.

elle peut donner lieu à récompense, mais cette suite résulte du droit des régimes matrimoniaux.

212 – Les difficultés résultant des rapports entre le droit des assurances et le droit des régimes matrimoniaux

760. Ces difficultés proviennent de trois sources : la récompense due pour les primes manifestement exagérées, la souscription d'un contrat d'assurance-vie par un époux commun en biens, et la vocation de la communauté au capital et à la valeur de rachat dans les opérations d'épargne.

La récompense due pour les primes manifestement exagérées

761. La distinction des contrats d'assurance de prévoyance et de ceux d'épargne est importante pour les époux communs en biens, car si les premiers constituent un passif définitif de la communauté ne donnant pas lieu à récompense, les seconds, qu'ils profitent au conjoint, à un enfant ou à un tiers, donnent au contraire lieu à récompense.

Dans ce dernier cas, il ne peut y avoir de récompense que pour les primes versées par application du droit commun de l'article 1469, alinéa 1er, du Code civil, et l'article L. 132-16 du Code des assurances dispose que cette récompense n'est due que si les primes étaient manifestement exagérées au regard des ressources de la communauté.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1996[2062] est allé au delà de cette règle, en décidant que lorsqu'une assurance temporaire décès, par hypothèse pas rachetable, avait été souscrite par un époux au profit d'un tiers, le souscripteur était redevable à la

[2062]. Civ. 1ère, 10 juillet 1996 : J. C. P., 1997, I, 4008, n° 16, note M. STORCK ; Defrénois, 1997, I, art. 36640, n° 126, pp. 1080 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; D., 1998, jur., pp. 26 et s., note F. SAUVAGE.

communauté d'une récompense égale au montant des primes versées et des frais acquittés, en vertu des dispositions de l'article 1437 du Code civil, et ceci en dehors même du jeu de l'article L. 132-16 du Code des assurances.

En définitive, dès lors qu'un contrat d'assurance-vie avec ou sans valeur de rachat est en cours au moment de la dissolution de la communauté, il faut en rapporter la valeur à l'actif de communauté si cette dernière a payé les primes, quitte à forcer les cas d'ouverture des récompenses.

La souscription d'un contrat d'assurance-vie par un époux commun en biens

762. Le problème qui se pose est celui de savoir si cet époux peut effectuer seul cette souscription ou s'il a besoin du consentement de son conjoint ? La réponse à cette question dépend de l'origine des deniers qui serviront au paiement des primes.

Si l'époux souscripteur utilise des deniers propres pour payer les primes, le consentement du conjoint est inutile ; dans ce cas, une déclaration d'emploi ou de remploi est vivement conseillée.

En revanche, lorsque l'époux souscripteur utilise des deniers communs, la doctrine est partagée entre deux points de vue.

Soit, il s'agit d'un acte entrant dans le cadre de la gestion concurrente, et le consentement du conjoint n'est pas nécessaire, ce qui ne veut pas dire qu'il ne soit pas utile[2063].

Soit, l'assurance-vie réalise une donation, et le consentement du conjoint est exigé, à moins de conclure à l'inutilité de ce consentement au motif qu'il s'agit d'une donation indirecte. Toutefois, un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 décembre 1986[2064] a rejeté cette seconde analyse, en décidant que l'époux souscripteur de l'assurance pouvait seul,

---

[2063]. S. CHAINE et M. IWANESKO, « *La transmission successorale maîtrisée* » : préc., p. 830, § 4235.
[2064]. Ass. plén., 12 décembre 1986 : préc.

sans le consentement de son conjoint, substituer un nouveau bénéficiaire au bénéficiaire initialement désigné. Cette solution vaudrait donc *a fortiori* pour la désignation initiale.

Eu égard à ces incertitudes, il est prudent, lorsque des primes sont payées à l'aide de deniers communs, et que l'assurance est souscrite au profit d'un tiers, de recueillir le consentement du conjoint du souscripteur pour la désignation et le changement de bénéficiaire.

La vocation de la communauté au capital et à la valeur de rachat dans les opérations d'épargne

763. Lorsque le contrat d'assurance-vie de capitalisation n'est pas dénoué à la dissolution de la communauté, il doit en être tenu compte lors du partage. Ainsi, dans le cas d'un contrat d'assurance mixte, avec faculté de rachat, dont les primes avaient été payées avec des fonds communs, le célèbre arrêt Praslicka rendu par la Cour de cassation le 31 mars 1992 a considéré que la valeur de la police devait faire partie de la masse commune[2065], et l'arrêt de renvoi[2066] a adopté cette conception en jugeant que « *si un tel contrat constitue bien une opération d'épargne et de prévoyance, sa valeur dans le patrimoine du souscripteur n'en reste pas moins soumise (...) à l'article 1401 du Code civil* ».

Pour éviter les effets de cette jurisprudence (inclusion de la valeur du contrat dans l'actif commun, montant de la valeur de rachat intégré pour moitié dans l'assiette des droits de mutation dus au titre de la succession du conjoint non souscripteur, augmentation de l'assiette du droit de partage de 1 %), les époux peuvent insérer dans leur contrat de mariage ou lors d'un changement de régime, une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant ou bien une clause de préciput limitée au contrat d'assurance-vie en cours. Ainsi, la valeur de rachat sera transmise en vertu de l'avantage matrimonial au survivant, en franchise de droits.

[2065]. Civ. 1ère, 31 mars 1992, Praslicka : J. C. P. éd. N., 1992, II, pp. 376 et s., note P. SIMLER ; Defrénois, 1992, I, art. 35348, pp. 1121 et s., obs. G. CHAMPENOIS ; R. G. A. T., 1993, pp. 136 et s., note J. – L. AUBERT et J. KULLMANN.
Dans le même sens, voir : Com., 24 juin 1997, n° 95-19.577, époux Junca.

[2066]. Versailles, ch. réu., 21 juin 1993 : D., 1993, I. R., p. 231 ; R. G. A. T., 1994, n° 1, pp. 202 et s., obs. J. MAURY ; D., 1995, somm. comm., p. 40, obs. F. LUCET.

Cependant, si consécutivement à l'arrêt Praslicka, l'Administration fiscale assujettissait aux droits de succession la moitié de la valeur de rachat du contrat, elle a ensuite abandonné cette position[2067] en instaurant la neutralité fiscale entre les contrats d'assurance-vie souscrits à l'aide de deniers communs par l'un quelconque des époux au profit de son conjoint, indépendamment de leur date de dénouement et de l'ordre des décès entre les époux. Pour deux auteurs, ce principe de neutralité fiscale, confirmé par plusieurs réponses ministérielles[2068], est justifié « *par une réciprocité de situation par rapport aux effets de l'article L. 132-16, alinéa 1^er^, du Code des assurances qui dispose « le bénéfice de l'assurance contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint, constitue un propre pour celui-ci »*[2069]. En outre, si les assurances-décès avec faculté de rachat sont expressément visées, les assurances sans valeur de rachat, du type temporaire décès, qui ouvrent droit à récompense pourraient également être concernées par identité de motifs.

22 – Les risques fiscaux des contrats d'assurance-vie

764. Si un auteur a judicieusement noté que « *statistiquement, l'assurance-vie tend plus à protéger la veuve et l'orphelin qu'à troubler la paix des familles »*[2070], l'administration fiscale exerce une surveillance particulière sur celle-ci lorsqu'elle permet, soit de frauder aux droits des héritiers (221), soit d'échapper aux droits de mutation par décès (222).

221 – La fraude aux droits des héritiers

[2067]. Lettre du Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie au Président de la Fédération Française des sociétés d'assurance : J. C. P. éd. N, 1999, en bref, pp. 1424 et s.

[2068]. Rép. min. n° 2710 : J. O. A. N. Débats, du 8 novembre 1999, p. 6420 ; Defrénois, 2000, I, art. 37123, p. 335 ; Rép. min. n° 24993 : J. O. A. N. Débats, du 8 novembre 1999, pp. 6421 et 6422 ; Rép. min. n° 35241 : J. O. A. N. Débats, du 24 janvier 2000, p. 495 ; Rép. min. n° 31452 : J. O. A. N. Débats, du 31 janvier 2000, p. 678 ; Rép. min. n° 35728 : J. O. A. N. Débats. du 3 juillet 2000, p. 3945 ; J. C. P. éd. N., 2000, famille, p. 1203.

[2069]. D. CORON et F. LUCET, « *Régime de participation aux acquêts : application des mesures fiscales prises à la suite de la jurisprudence Praslicka »* : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 733 et s., spc. p. 733.

[2070]. L. MAYAUX, « *L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? Réflexions sur l'arrêt Leroux (Civ. 1^ère^, 18 juillet 2000) et certaines propositions du 96^ème^ congrès des notaires de France »* : préc., p. 774.

765. Les sommes placées en assurance-vie échappent souvent au droit des successions, mais elles ne permettent pas de frauder impunément aux droits des héritiers. D'ailleurs, bien que ces derniers aient été invités à agir sur ce fondement par un Ministre de la Justice qui avait écrit que la souscription d'un contrat d'assurance-vie *« serait susceptible d'être annulée pour fraude dès lors qu'il apparaîtrait que le contrat n'a été souscrit qu'en vue de tourner les règles de la réserve successorale »*[2071], cette action est difficile à mettre en œuvre. En effet, les héritiers auront du mal à obtenir satisfaction, car la fraude exige la réunion de trois conditions cumulatives :

- premièrement, la règle tournée doit être d'ordre public, ce qui est le cas en l'espèce, puisque la réserve demeure d'ordre public ;

- deuxièmement, la personne doit avoir eu l'intention de tourner la règle, ce qui nécessite la preuve d'un élément subjectif ;

- troisièmement, l'objectif poursuivi doit être effectivement atteint.

S'il est facile de satisfaire aux première et troisième conditions, la deuxième nécessite la démonstration de la volonté du défunt de favoriser le bénéficiaire, notamment par un ensemble de faits concordants susceptibles de la caractériser. À ce propos, la jurisprudence fournit quelques cas d'opérations d'assurance effectuées en fin de vie dont l'objectif est manifestement de frauder les droits des héritiers.

Dans ces circonstances, un arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1997[2072] invite les juges à s'interroger sur « *l'utilité de l'opération pour le souscripteur* », et à rechercher sa finalité véritable. De plus, il appartient à l'administration fiscale qui allègue l'existence d'une donation indirecte d'établir l'intention libérale du donateur prétendu[2073]. Ainsi, les dispositions de l'article L. 132-13 du Code des assurances suffisent au juge pour sanctionner des opérations dépourvues d'aléa et inspirées par l'unique préoccupation d'utiliser l'assurance-vie comme moyen de transmission successorale au détriment des héritiers réservataires.

[2071]. Rép. min., 28 octobre 1991 : J. O. A. N. Débats, 6 juillet 1992, p. 3050.
[2072]. Civ. 1ère, 1er juillet 1997 : Dr. fam., octobre 1997, comm., n° 146, 1er arrêt, pp. 20 et s., obs. B. B.
[2073]. Com., 1er décembre 1998 : Revue de droit fiscal, 1999, n° 10, comm., n° 198, p. 449.

C'est, par exemple, le cas lorsqu'un homme âgé de 91 ans, ayant des revenus modestes mais disposant d'un patrimoine de l'ordre de 6 400 000 F (975 673,71 €), souscrit un contrat d'assurance-vie à prime unique de 3 040 000 F (463 445,01 €) au profit d'une amie de la famille, qui s'était occupée de lui pendant vingt ans, et au détriment de ses enfants héritiers réservataires. Dans cette espèce, les juges d'appel[2074] ont considéré que la prime versée devait être entièrement soumise aux règles de la réduction puisque la quotité disponible avait été dépassée.

Il en est de même lorsqu'une personne âgée de 84 ans souscrit un contrat d'assurance de type mixte (en cas de vie et de décès) d'une durée de huit ans avec paiement de deux primes pour un total de 30 500 €, en désignant l'un de ses fils comme bénéficiaire, et qu'elle meurt peu de temps après[2075].

De plus, il a également été jugé que le contrat d'assurance-vie souscrit par une femme de 86 ans, pour une durée de huit ans ne présentait qu'un intérêt de transmission de patrimoine compte tenu de l'espérance de vie limitée de l'assurée[2076].

C'est encore le cas lorsqu'un veuf décède en laissant son fils unique et un légataire universel au profit duquel il a souscrit plusieurs contrats d'assurance-vie pour un montant largement supérieur à la quotité disponible. Dans cette affaire, le tribunal[2077] estime que ces contrats ne garantissent pas le risque inhérent à la vie humaine dès lors que l'assuré ou le bénéficiaire est certain de récupérer les primes versées majorées des produits financiers, et réintègre le capital à l'actif de la succession pour être soumis aux règles légales de dévolution. La nouveauté de ce jugement réside dans la réintégration du capital et non plus des primes.

Par ces arrêts, la jurisprudence démontre que la réconciliation de l'assurance-vie et du droit patrimonial de la famille est plus facile qu'il n'y paraît, puisqu'en l'occurrence, il suffit de soumettre les contrats d'assurance épargne aux règles du rapport et de la réduction.

2074. Paris, 2ème ch. civ., 13 avril 1999 : R. G. D. A., 1999, n° 2, pp. 412 et s., note J. BIGOT.
2075. Civ. 1ère, 1er juillet 1997 : préc.
2076. Paris, 2ème ch. civ., 27 janvier 2000, Grange Santa Maria c/Seris-Martinez : Dictionnaire permanent Assurances, p. 550, n°31.
2077. T. G. I. Paris, 9 septembre 1999, affaire Coulon : cité par S. CHAINE et M. IWANESKO, *« La transmission successorale maîtrisée »* : préc., p 880, § 4339 et 4340.

222 - L'utilisation comme moyen d’évasion fiscale

766. Dans certaines situations, l'administration fiscale tente d'établir que le contrat d'assurance vie souscrit par le défunt ne revêt pas le caractère d'un contrat aléatoire à titre onéreux. Si la question de l’aléa est maintenant tranchée en droit civil, elle demeure en droit fiscal où l’idée d’une requalification se retrouve dans trois réponses ministérielles, deux avis émis par le Comité consultatif contre la répression des abus de droit, une lettre du service de législation fiscale et la jurisprudence.

Les réponses ministérielles

767. L'administration fiscale a l'obligation d'appliquer les directives de son ministre de tutelle, d'où l'importance pratique des réponses ministérielles.

Une réponse ministérielle du 6 juillet 1992[2078] souligne que les dispositions des articles L. 132-12 et 132-13 du Code des assurances ne sont pas « *de nature à autoriser l'affectation, par le souscripteur d'un contrat d'assurance, en cas de décès, de la totalité de son patrimoine au paiement des primes afférentes à un tel contrat, que ce soit sous la forme du versement d'une prime unique ou de primes périodiques* ». Cette opération « *constitue une donation indirecte (...) susceptible d'être annulée pour fraude, dès lors qu'il apparaîtrait que le contrat n'a été souscrit qu'en vue de tourner les règles de la réserve successorale* ».

De même, un parlementaire avait interrogé le ministre du budget, sur le point de savoir si une personne qui placerait plus de 25 % de son patrimoine en assurance-vie, risquait d'encourir une requalification. Le ministre a répondu[2079] qu'aucune règle forfaitaire ne pouvait être *a priori* établie, pour déterminer à partir de quel pourcentage l'Administration est en mesure de

[2078]. Rép. min., 6 juillet 1992 : Defrénois, 1992, I, art. 35376, p. 1310.
[2079]. Rép. min., : J. O. A. N. Débats, 11 janvier 1993, p. 127 ; Droit fiscal, 1993, n° 14, comm., n° 730, p. 696 ; J. C. P. éd. N., 1993, prat., 2769-1, pp. 525 et s.

mettre en oeuvre la procédure de l'abus de droit. En effet, il s'agit d'une appréciation qui repose sur les éléments de fait propres à chaque affaire.

Enfin, l'administration a fait connaître sa position à propos des souscriptions conjointes d'assurance-vie[2080]. En pareil cas, elle exerce un contrôle en deux temps. D'une part, elle cherche à déterminer la contribution effective de chacun des assurés et à en établir la proportion. D'autre part, et en fonction des avantages spécifiques procurés par le contrat, elle conclura à l'existence ou à l'inexistence d'une donation indirecte taxable.

L'avis n° 97-16 du Comité consultatif contre la répression des abus de droit

768. L'abus de droit est caractérisé par l'utilisation frauduleuse d'un moyen licite en vue de réduire l'impôt. Ainsi que le souligne avec pertinence un auteur, « *dans l'esprit du législateur, et non sans de solides raisons, ce n'est pas l'assurance-vie par elle-même qui est un moyen de perversion de l'ordre public, mais son abus* »[2081]. Or, la constatation de cet abus suppose la démonstration de l'existence d'une volonté illicite, celle d'utiliser un procédé juridique licite de façon anormale.

Dans cet ordre d'idées, le Comité consultatif contre la répression des abus de droit a été saisi d'un cas dans lequel trois contrats avaient été souscrits la veille du décès. Le Comité a considéré que la souscription avait eu pour but exclusif de réduire l'actif imposable de la succession et d'éluder les droits. Mais les faits étaient caricaturaux. L'assuré était en réanimation à l'hôpital, en phase terminale de maladie. Il en résultait une absence d'aléa manifeste. De plus, le montant des primes représentait la quasi-totalité de la fortune du souscripteur.

L'avis n°98-17 du Comité consultatif contre la répression des abus de droit

---

[2080]. Rép. min. : J. O. A. N. Débats, du 20 décembre 1993, p. 4608.

[2081]. B. BEIGNIER, obs. ss. Civ. 1ère, 1er juillet 1997 et Civ. 1ère, 11 mars 1997 : Dr. fam., octobre 1997, comm., n° 146, pp. 20 et s.

Le jour même du décès du souscripteur, son épouse tire un chèque pour effectuer un dernier versement au titre du contrat d'assurance-vie. Bien que la tardivité de celui-ci soit avérée, ledit comité ne retient pas l'abus de droit, car le décès est survenu fortuitement, l'épouse du souscripteur n'ayant aucune intention de soustraire le montant de la prime à l'actif taxable de la succession.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 1999, on s'est demandé si le régime fiscal n'excluait pas, *de facto*, tout risque d'abus de droit, la taxe de 20 % suffisant à taxer l'abus. Il est inopportun d'aller aussi loin, car le taux maximum de taxation en matière successorale est supérieur au taux de 20 %. Il en résulte donc une perte fiscale inadéquate dès lors que la conclusion du contrat n'a aucune justification économique pour le souscripteur.

Une lettre du service de législation fiscale

769. L'administration fiscale a fait connaître[2082] que les situations suivantes étaient constitutives de donations indirectes :

- lorsque les primes sont versées par l'un des assurés et que les rachats sont effectués par l'autre coassuré ;

- lorsque après le décès du premier assuré, le survivant procède à des rachats au-delà de sa contribution. L'assiette taxable est alors constituée par la différence entre le montant total des rachats pratiqués par l'assuré survivant et la valeur de rachat des primes qu'il a versées ;

- lorsque l'époux séparé de biens procède à des rachats alors que son conjoint avait été le seul à verser des primes.

Par suite, lorsque le service des impôts ayant connaissance de la souscription d'un contrat par le défunt démontre, par un faisceau d'indices, l'existence d'une donation indirecte, celle-ci devient taxable.

La jurisprudence

770. La jurisprudence analyse de plus en plus le contrat d'assurance-vie comme une donation indirecte ou déguisée, lorsque l'état de santé de l'assuré lors de la conclusion du contrat laisse présager une issue fatale dans un bref délai et que le bénéficiaire désigné est un héritier ou un légataire. Ainsi, cinq décisions récentes, deux de la Cour de cassation, deux de première instance et une d'appel, sont une incitation pour les services fiscaux à poursuivre leur action

[2082]. Lettre du Service de législation fiscale du 20 novembre 1992.

contre ces pratiques, et elles illustrent la défiance de ces juridictions à l'égard de l'assurance-vie.

Premièrement, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 1er décembre 1998[2083] a qualifié de donation indirecte l'opération par laquelle une défunte de 89 ans s'est dépouillée de façon irrévocable de son patrimoine par le moyen d'une assurance-vie de 876 308 F (133 592,29 €) conclue sept mois avant son décès au profit de sa nièce légataire universelle et de l'époux de celle-ci et en a déduit que son montant devait être rapporté à la succession.

Deuxièmement, le célèbre arrêt Leroux rendu par la Cour de cassation le 18 juillet 2000[2084] a réintégré des capitaux décès dans le patrimoine du défunt, parce qu'il y avait eu captation d'héritage. Parmi les biens en litige d'une valeur de 545 000 F (83 084,71 €) se trouvait un contrat d'assurance vie de 50 000 F (7 622,45 €) souscrit quatre mois avant le décès, désignant certains de ses héritiers acceptant l'entretien de ses chats en cas de décès.

Troisièmement, un jugement du Tribunal de grande instance de Toulouse du 28 janvier 1999[2085] a requalifié, dans des conditions bien particulières, un contrat d'assurance vie en donation déguisée en capital. Dans cette affaire, une dame avait vendu un immeuble au prix de 530 000 F (80 797,98 €). Un mois plus tard, elle souscrit un contrat d'assurance moyennant le versement d'une prime de 200 000 F (30 489,80 €), au bénéfice de sa nièce légataire universelle. Vingt jours après la souscription du contrat, elle décède. Dans ce jugement, ledit tribunal a suivi l'argumentation de l'administration. en soulignant que le contrat d'assurance-vie dissimulait une donation, car sa souscription ne présentait aucun autre intérêt pour le souscripteur que celui d'éluder les droits de mutation à titre gratuit sur le montant de la prime, et en condamnant la nièce pour fraude à la loi fiscale.

Quatrièmement, un jugement du Tribunal de grande instance de Limoges du 24 mars 1999[2086] a requalifié un contrat d'assurance-vie, simple placement, en donation indirecte et obligé le bénéficiaire à rappeler l'attribution du capital au titre des donations antérieures dans la déclaration de succession, dans une espèce où le souscripteur avait désigné comme

---

2083. Com., 1er décembre 1998 : préc.
2084. Civ. 1ère, 18 juillet 2000 : préc.
2085. T. G. I. Toulouse, 28 janvier 1999 : Dictionnaire de l'enregistrement, p. 7857.
2086. T. G. I. Limoges, 24 mars 1999 : Dictionnaire de l'enregistrement, p. 7967.

bénéficiaires des successibles ou des légataires universels, avec une prime relativement élevée, le décès étant intervenu dans les semaines ayant suivi la souscription.

Cinquièmement, un arrêt de la Cour de Dijon du 20 mai 2003[2087] a décidé *« qu'en souscrivant les trois contrats pour un montant de 980 000 F (149 400 €) absorbant la quasi-totalité de ses disponibilités en valeurs mobilières, et en désignant son mari en qualité de bénéficiaire des capitaux en cas de décès, Mme R. a entendu lui faire une donation dont le montant ne ferait pas partie de la succession bénéficiant à ses neveux, héritiers à défaut de tout descendant ou ascendant »*.

Ces décisions sont juridiquement critiquables, parce qu'elles font abstraction de la preuve de l'acceptation par le gratifié de la donation, alors que celle-ci est l'un des éléments constitutifs de la libéralité, exigé par l'article 894 du Code civil[2088], dont le visa a été récemment rappelé par un arrêt du Conseil d'État du 19 novembre 2004[2089].

Afin de satisfaire au besoin de sécurité juridique des parties et de mieux protéger les héritiers les plus vulnérables, tels que par exemple les adultes handicapés qui peuvent se voir notablement pénalisés par des contrats d'assurance-vie souscrits au profit de tiers, il serait opportun que le contrat d'assurance-vie s'analyse en une libéralité prenant effet au décès du stipulant, s'apparentant à un legs et que la loi fasse ce choix courageux. En effet, alors que l'assurance-vie est devenue un instrument d'épargne, a fait sa révolution économique et financière[2090] et que l'environnement juridique a profondément changé, le droit des assurances a moins évolué dans le sens de l'équité, qu'au profit de la satisfaction des intérêts économiques[2091], ce qui a fait écrire à un auteur qu' *« à trop servir les autres matières, il* [le droit civil] *finira par perdre son âme »*[2092]. D'ailleurs, pour un autre auteur, le droit des assurances *« apparaît maintenant comme une sorte de principauté juridique décadente dans*

2087. Dijon, ch. civ., 20 mai 2003 : Defrénois, 2004, I, art. 37854, p. 45.
2088. En ce sens, voir : A. MAURICE, *« Les sanctions fiscales du dénouement par décès d'un contrat d'assurance vie »* : J. C. P. éd. N., 2005, fiscal, 1226, n°s 46 et s.
2089. C. E., sect., 19 novembre 2004, n°254797, M. Roche.
2090. J. AULAGNIER, *« Le droit de rachat : un droit de créance discuté »* : J. C. P. éd. N., 1999, fam., pp. 1405 et s., spc. p. 1413.
2091. En ce sens, voir : M. –A. RIBEYRE, *« Real justice »* : Dr et patr., janvier 2005, éditorial, p. 3.
2092. H. LÉCUYER, *« Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie »* : Dr. fam., mars 2005, études, n°6, pp. 11 et s., spc. p. 15, n°42.

laquelle les constructions légales ou prétoriennes jadis les plus hardies font figure de monuments historiques que l'on admire mais qui ne peuvent plus servir au public »[2093].

À l'issue de ces quelques développements, il importe de souligner que la plupart des règles, régissant les successions, quels que soient leur domaine d'origine ou leurs spécificités, visent à renforcer la protection des adultes vulnérables même lorsqu'ils ne sont pas incapables.

[2093]. G. COURTIEU, « *Réflexions inconvenantes sur le droit et la valeur de rachat* » : Resp. civ. et assur., juin 1995, chron., n° 27, pp. 5 et s., spc., p. 6.

CONCLUSION DU TITRE 2

771. Les relations des adultes mariés relèvent principalement de trois branches : le droit des régimes matrimoniaux, le droit du divorce et le droit des successions et des libéralités.

Premièrement, le droit des régimes matrimoniaux protège d'abord l'époux le plus vulnérable contre les abus ou le manque de coopération de son conjoint, tantôt par des extensions ou des restrictions de pouvoirs, tantôt par la nullité ou l'inopposabilité des actes accomplis soit en dehors des limites normales de ses pouvoirs de gestion, soit frauduleusement. Il défend ensuite l'époux le plus faible par la théorie des récompenses, qui lui permet de bénéficier, lors de la liquidation du régime matrimonial, de retours de valeur à opérer du patrimoine commun au patrimoine propre ou inversement pour tenir compte des mouvements de valeur qui tout au long du régime, ont enrichi la communauté au détriment des propres ou qui l'ont appauvrie au profit de ceux-ci. Il corrige enfin la situation financière du conjoint le plus vulnérable par la théorie des avantages matrimoniaux, qui tout en traduisant sur le plan patrimonial l'altruisme des sentiments humains, lui octroie la possibilité de conserver son cadre et son niveau de vie, avec d'indéniables faveurs fiscales.

Deuxièmement, le droit du divorce constitue, par son existence même et par la persistance de son caractère judiciaire, une protection supplémentaire des personnes vulnérabilisées par la rupture de leur mariage. Cette protection apparaît à deux niveaux qui sont très liés : les causes, et les conséquences. Dans le divorce altération définitive du lien conjugal, la protection de l'époux le plus vulnérable résulte de la prestation compensatoire et des dommages et intérêts de l’article 266 du Code civil qui sont destinés à réparer les conséquences d’une particulière gravité du fait de la dissolution du mariage. Dans le divorce pour faute qui a été maintenu, la protection du conjoint le plus faible apparaît dans la reconnaissance judiciaire des responsabilités de l'époux fautif et dans l’existence de dispositions consacrées au conjoint victime de violences conjugales.

Troisièmement, le droit des successions et des libéralités assure une protection particulière au conjoint successible dans les successions ab intestat et dans celles où le défunt a prévu la dévolution de son patrimoine. Le conjoint successible est placé dans le premier ordre des héritiers, où il vient en concours avec les héritiers réservataires. Il bénéficie de droits en propriété, sauf en cas d'exhérédation, d'un droit au logement, et d'un devoir de secours mis à la charge de la succession si les conditions de vie dudit conjoint se trouvent gravement amoindries par le décès du défunt. Pour augmenter ces droits, le de cujus peut soit consentir à son conjoint une libéralité dans les limites de la quotité spécifique aux époux, soit utiliser le moyen marginal de la tontine, soit souscrire une assurance-vie.

Cependant, l'augmentation continue des droits du conjoint successible, qui est dans l'ensemble tout à fait louable, fragilise la situation des enfants lourdement handicapés[2094] du défunt qui sont souvent encore plus vulnérables que l'époux survivant.

Face à la coexistence de ces situations de grande vulnérabilité, il nous apparaît souhaitable de traiter les assurances sur la vie comme des libéralités de droit commun, aussi bien sur les plans civil que fiscal, de façon à préserver la réserve de ces héritiers, qui risquent d'être déshérités, et ainsi d'être obligés de faire appel à la solidarité nationale, alors que la famille aurait pu servir de premier rempart.

De plus, et pour les mêmes raisons, l'équité commande, à notre avis, de renforcer la réserve des héritiers lourdement handicapés, même si l'égalité entre les enfants doit subir une petite entorse.

[2094]. Taux d'incapacité reconnu égal ou supérieur à 80 %.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

772. Au terme de cette deuxième partie consacrée au droit régissant les vulnérabilités familiales, la prudence s'impose parce que si d'un côté, le droit peut apparaître comme un moyen ordinaire de régir les destinées des couples déchirés, d'un autre côté, le non-droit, qui est parfois prôné, serait fatal à ceux qui subissent des ruptures au cours de leur vie.

D'ailleurs, le non-droit est en l'occurrence inexistant puisque, même en l'absence de textes spécifiques, les vulnérabilités familiales relèvent du droit commun des obligations qui, en dépit de son tempérament rigoureux, constitue un corps de règles protectrices de toute première importance pour les victimes qui sont reconnues comme sujets de droit et indemnisées de leur préjudice.

Comme ce droit commun n'est généralement pas considéré comme suffisant, le traitement des vulnérabilités familiales dépend du très humain droit de la famille, dont l'existence et l'autonomie sont reconnues par la doctrine[2095]. D'ailleurs, ce droit, très intéressant pour les personnes vulnérables, est, aux dires d'un auteur, un « *droit de chair et de sang où l'amour compte davantage que les froids calculs rationnels* »[2096], et s'insère dans le mouvement actuel du monde contemporain qui fait prédominer les valeurs féminines telles que les qualités de coeur, l'affectivité, la fidélité, l'écoute, la réceptivité, la souplesse, l'authenticité, l'accueil, l'acceptation des vulnérabilités sur les valeurs masculines fondées sur la force physique, la capacité d'endurer et d'infliger des souffrances, la sécheresse apparente des sentiments, le courage, le sens de l'honneur, le respect de la hiérarchie, la loyauté à un chef.

[2095]. En ce sens, voir : J. RUBELLIN-DEVICHI, L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945, Éditions du C. N. R. S., 1983, p. 16.

[2096]. A. SÉRIAUX, *« Le juriste face au droit de la famille »* : Dr. fam., juin 2001, chron., n° 13, pp. 4 et s., spc. p. 4.

En raison du pluralisme des modèles, qu'un auteur a qualifiés de *« conjugaux, para-conjugaux, voire néo-conjugaux »*[2097], les vulnérabilités familiales, liées au phénomène commun que les couples naissent et meurent au gré des sentiments, font encore l'objet de traitements subtils et différents, même si le droit de la famille tend à rapprocher les statuts des couples non mariés et des couples mariés, en ayant sécurisé les premiers par la création du pacte civil de solidarité et en ayant tout récemment fragilisé les seconds par l'octroi d'un droit au divorce après une séparation de deux ans.

773. Cependant, et puisqu'on est encore loin de ce qu'un auteur a appelé une *« théorie générale du droit familial »*[2098], dans laquelle il conviendrait de faire porter ses efforts sur le substantif famille, le mariage demeure globalement plus protecteur que les autres unions[2099]. Dans ces conditions, la question s'est posée de savoir si l'accès au mariage civil et républicain pouvait être ouvert aux couples de personnes de même sexe. Consécutivement au mariage de deux homosexuels célébré par le maire de Bègles le 5 juin 2004, un jugement du Tribunal de grande instance de Bordeaux rendu le 27 juillet 2004[2100], confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 16 avril 2005, a prononcé son annulation, au motif qu'une telle union ne remplissait pas les conditions du mariage au regard de la différence de sexe[2101]. Sur ce point, il a précisé que même si cette différence n'était pas expressément inscrite dans le Code civil, elle allait de soi pour les rédacteurs dudit Code qui, selon l'annotateur de ce jugement, avaient employé vingt fois le mot *« mari »* et seize fois le mot *« femme »* dans les articles 212 à 226, que la Cour européenne des droits de l'Homme n'avait en toute hypothèse jusqu'à présent pas sanctionné les législations nationales exigeant une différence de sexe entre les époux, et il en a judicieusement conclu que si l'évolution des mœurs ou le respect du principe

---

2097. D. GRILLET-PONTON, *« Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : Libres propos sur quelques situations atypiques »* : J. C. P., 2002, I, 108, n°1.

2098. J. HAUSER, *« Vers une théorie générale du droit familial ? »* : D., 1991, chron., p. 56.

2099. Sur ce point, voir : P. HILT, V. LÉGER et M. SCHMITT, *« Mariage, PACS, concubinage : tableau comparatif »* : A. J. famille, juillet-août 2004, pp. 278 et 279.

2100. T. G. I. Bordeaux, 1ère ch. civ., 27 juillet 2004 : D., 2004, jur. comm., pp. 2392 et s., note É. AGOSTINI ; Dr. fam., octobre 2004, comm., n°166, pp. 24 et s., note M. AZAVANT ; D., 2004, jur. somm. comm., pp. 2965 et s., obs. J. –J. LEMOULAND.

En faveur de l'inexistence du mariage des personnes de même sexe, voir : Civ., 6 avril 1903 : D. P., 1904, I, pp. 395 et s., concl. BAUDOUIN ; S., 1904, I, pp. 273 et s., note A. WAHL qui a considéré que *« le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant, l'une au sexe masculin, et l'autre au sexe féminin ; ainsi son existence est subordonnée à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint »*.

d'égalité devant la loi, qui est une valeur politique fondamentale, pouvait conduire à une redéfinition du mariage[2102], cette question devait faire l'objet d'un débat et nécessitait l'intervention du législateur. Ainsi, la jurisprudence, d'une grande rectitude juridique, fixe provisoirement l'état du droit sur cette question, et laisse la porte ouverte à la loi, qui, compte tenu de l'importance symbolique de ses enjeux, devrait la résoudre après un large débat, d'autant que le mariage n'est pas seulement festif, il comporte également des droits et des obligations qui lui confèrent son caractère équilibré. À ce propos, une proposition de loi, clarifiant l'accès au mariage des couples de personnes de même sexe, et déposée à l'Assemblée nationale le 8 juin 2004 définit le mariage comme *« étant l'union célébrée par un officier d'état civil entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent, ayant toutes deux dix-huit ans révolus »*. Bien que sous l'actuelle législature, cette proposition ait peu de chances d'aboutir, elle dénote une réelle volonté d'une partie avant-gardiste de la classe politique de faire évoluer le statut des personnes vers une égalité totale quelle que soit leur orientation sexuelle et quelles qu'en soient les conséquences controversées[2103], puisque, comme un auteur l'a écrit, *« de deux choses l'une : ou bien les homosexuels seraient intégrés par l'institution du mariage, ou bien c'est l'institution du mariage qui serait désintégrée »*[2104].

774. Face à l'étendue des difficultés à solutionner, le droit de la famille, subdivisé lui-même en plusieurs secteurs (fiançailles, concubinage libre, pacte civil de solidarité, droit des régimes matrimoniaux, divorce, successions et libéralités) est notamment complété par le droit commercial, le droit social et le droit fiscal, si bien qu'il reflète parfaitement la pensée juridique contemporaine qui, comme le souligne à bon escient un auteur, est « *résolument orientée, en France en particulier, vers l'approfondissement technique et la spécialisation la*

2101. Sur la critique de l'argument de la différence des sexes, voir : C. MÉCARY, *« Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? »* : A. J. famille, juillet-août 2004, pp. 261 et s., spc. p. 264.

2102. En droit comparé, le mariage homosexuel n'est actuellement possible qu'en Belgique et aux Pays-Bas. Sur ce point, voir : M. SCHMITT, *« L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel »* : J. C. P. éd. N., 2004, fam., 1006.

2103. Sur le caractère inopportun du mariage homosexuel, voir : X. LABBÉE, *« PACS : quelle finalité ? Quelle réforme ? »* : A. J. Famille, juillet-août 2004, pp. 256 et s., spc. p. 259 et 260.

2104. V. LARRIBAU-TERNEYRE, note ss. T. A. Bordeaux, 9 juillet 2004 : Dr. fam. septembre 2004, comm., n°138, pp. 22 et s.

plus poussée et (qui) *se soucie assez peu, dans l'ensemble, d'intégrer une réflexion philosophique dans la prospective législative ou l'analyse juridique »*[2105].

Par sa recherche d'une synthèse, le droit des adultes vulnérables mais capables a tenté de participer au décloisonnement nécessaire des différentes catégories de droits, en satisfaisant l'esprit juridique français qui est généralement friand de généralisations. En effet, l'éclatement du Droit en droits spéciaux ne peut qu'aggraver les divisions entre les personnes –élites modernes et citoyens craintifs dépassés par l'histoire- qui voudraient bien disposer, à l'image du droit civil d'antan d'une constitution sociale[2106], fondée sur de grands principes généraux suffisamment souples pour s'adapter à une société en perpétuel mouvement, qui réclame toujours plus de protections, mais également plus de libertés, et donc une plus large capacité dans tous les domaines.

CONCLUSION GÉNÉRALE

[2105]. B. OPPETIT, « *Portalis philosophe* » : D., 1995, chron., pp. 331 et s., spc. p. 331.

[2106]. En ce sens, voir : C. ATIAS, *« Le code civil nouveau »* : D., 1999, chron. p. 200 ; N. CHARBIT, « *L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats* » : J. C. P., 2002, I, 100, n°s. 1 et 5.

775. La loi du plus fort ayant une propension à s'imposer comme une pratique incontournable, la fonction spécifique du droit des adultes vulnérables mais capables est d'apporter aux plus faibles la sécurité à laquelle ils peuvent légitimement prétendre en raison de leurs vulnérabilités particulières, sans aliéner, dans la mesure du possible, leurs libertés. En effet, comme il n'existe aucune entité supérieure qui justifie la misère, aucune mutation inscrite dans l'avenir ne nécessite de les délester en chemin[2107].

À travers cette ambition, ce droit protège chacun d'entre nous, qui même apparemment fort, peut devenir vulnérable, tend à parfaire notre hominisation, et postule une indispensable solidarité sociale, qui implique une hiérarchie des intérêts à sauvegarder.

776. Ainsi, le particularisme du droit des adultes vulnérables réside dans la souplesse de son régime qui repose sur deux principes.

D'abord, il ne cède qu'exceptionnellement devant l'intérêt général dans cinq domaines principaux : le respect dû à la justice, le souci de la protection du territoire national, la préservation de la santé des individus, la défense de la sécurité des personnes, et la contribution au bien-être économique et social de la population. Cependant, alors que les juristes anglo-saxons font découler du concept d'autonomie l'idée que ce qui est fondamental c'est la défense de l'individu contre l'État[2108], la conception française de l'intérêt général justifie que certains droits des adultes vulnérables subissent des atteintes sans que ces dernières dépassent les limites édictées par le droit international, le droit pénal et le droit public, et sans que qu'elles n'excluent l'idée d'égalité des personnes humaines, qui est une fin en soi et non un moyen au service de la collectivité, associée au respect de la distinction personnes/choses et au principe de la dignité des individus.

777. Ensuite, son respect constitue généralement un intérêt privé prépondérant, lorsqu'il est en conflit avec d'autres droits, car les individus faibles méritent une protection plus intense, au motif qu'il est équitable de rapprocher leur condition de celle des personnes plus fortes. Ce

---

2107. En ce sens, voir : J. –P. DUPUY, « *La philosophie sociale et politique face à la misère de l'économie* » : *in* S. PAUGAM (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc. pp. 52 et s., spc. p. 54.

2108. L. LAPLANTE, L'utopie des droits universels. L'ONU à la lumière de Seatle, Éditions Ecosociété, Montréal, 2000, p. 116.

principe s'applique dans la plupart des branches juridiques composant le droit des adultes vulnérables qu'il est possible de scinder en deux catégories. Les unes protègent d'une façon générale les adultes vulnérables, il s'agit des droits de l'homme, du droit pénal et du droit des obligations, tandis que les autres instaurent des protections spéciales qui distinguent les vulnérabilités en fonction de leurs sources : psychologique, économique et sociale ou familiale. D'ailleurs, à l'instar des lois de Manu en Inde qui prévoyaient que *« les enfants, les vieillards, les pauvres et les malades doivent être considérés comme les seigneurs de l'atmosphère »*[2109], il serait éminemment souhaitable d'inscrire clairement dans notre droit constitutionnel, qui prône la fraternité entre tous les acteurs de la société, la primauté des intérêts des adultes vulnérables sur les autres intérêts privés.

778. Cette prépondérance de la protection des adultes vulnérables est contestée. Pourtant, si elle fait l'objet de critiques, elle est aussi d'une impérieuse nécessité.

779. Quatre catégories d'arguments vont à l'encontre de l'idéal de leur protection généralisée.

780. Primo, le droit des adultes vulnérables est limité par la raison. Celui-ci étant passionné, cette particularité est parallèlement sa faiblesse consubstantielle, parce qu'il est aussi mâtiné de subjectivité et ambigu que les individus eux-mêmes, lorsqu'ils sont gouvernés par la passion. En effet, quelle que soit sa branche, la science juridique ne peut pas reposer uniquement sur la passion, elle doit être conciliée avec la raison[2110]. La passion n'est pas suffisante pour faire naître un droit efficace.

781. Secundo, ce droit doit être confronté au possible, c'est-à-dire aux contraintes économiques, aux exigences du progrès de la connaissance scientifique et de la sauvegarde de la santé publique, et aux attentes contradictoires de nos concitoyens : rapidité et sécurité, équilibre et efficacité, individualisme et solidarité, confidentialité et transparence. Une protection des adultes vulnérables, qui négligerait de prendre en considération les réalités, courrait le risque d'être dépourvue d'effectivité. Ainsi, toute politique juridique a ses limites, et la loi la plus protectrice n'est pas toujours la meilleure puisqu'elle se retourne parfois

---

2109. Sur ces lois, voir : J. KRISTEVA, Lettre au président de la République sur les citoyens en situation de handicap, à l'usage de ceux qui le sont et de ceux qui ne le sont pas, Éditions Fayard, 2003, p. 15.

2110. J. SAYAH, *« Vulnérabilité et mutation du droit de la responsabilité »* : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 213 et s., spc. p. 213.

contre la catégorie à protéger[2111], l'excès de la règle tuant la règle ou compromettant son objectif et qu'elle induit des effets pervers inhérents à toute législation privilégiant le social à l'économique, dont l'axiome primaire est que tout coûte. D'ailleurs, pour un auteur, ces effets pervers s'expliquent par l'existence d'« *une sorte de règle sociologique de l'esprit, résultant de deux axiomes enchaînés : 1/ toute protection juridique tend, avec le temps, à se développer et à devenir excessive ; 2/ toute protection excessive se retourne fatalement contre la personne protégée* »[2112].

782. À titre d'exemple, on peut relever que si l'évolution du droit de la responsabilité civile qui est favorable tant aux fautifs qui se trouvent déculpabilisés qu'aux adultes vulnérables, victimes de destins tragiques, en tentant de rétablir l'équilibre détruit par le dommage et en permettant notamment aux familles de pouvoir faire face aux frais considérables engendrés par un de leurs membres devenu tétraplégique ou en état végétatif chronique par suite d'un accident de la circulation ou d'un accident médical[2113], elle est assortie de trois inconvénients.

783. Premièrement, et selon un auteur, l'ouverture du droit à l'indemnisation au plus grand nombre de victimes[2114] « *aboutit à un résultat étonnant : sous prétexte de mieux indemniser les victimes, celles qui sont le plus vulnérables, telles les très jeunes enfants et les personnes atteintes d'un trouble mental, se voient limiter, voir supprimer, leur indemnisation quand elles sont victimes d'un dommage tout en ayant eu un comportement défectueux, désormais suffisant, pour voir reconnaître une faute civile à leur charge. (...) L'objectivation de la faute, tant souhaitée par la doctrine moderne, dans un souci d'équité, est désormais la solution la plus désastreuse pour ces personnes que notre droit ait pu connaître depuis la Révolution* »[2115].

[2111]. E. S. de la MARNIERRE, « *Les législations de protection* » : D., 1950, chron., pp. 93 et s., spc. p. 96.
[2112]. P. MALAURIE, « *L'effet pervers des lois* » : *in* Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU, P. U. F., 1994, pp. 309 et s., spc. p. 310, n° 5.
[2113]. En ce sens, voir : M. BOURRIÉ-QUENILLET, *« Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine »* : J. C. P., 2004, I, 136, n°38.
[2114]. Sur la disparité de traitement des victimes d'accidents du travail, voir : F. BIBAL, *« Accidents du travail exclus de la CIVI : jusqu'où ira-t-on ? (À propos de Cass. soc., 7 mai 2003) »* : Gaz. Pal. des 7/9 mars 2004, doct., p. 2.
[2115]. M. EXPOSITO, « *La vulnérabilité dans la responsabilité civile délictuelle* » : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 189 et s., spc. pp. 198 et 206.

784. Deuxièmement, la monétisation du malheur a un coût qui est supporté soit par la collectivité des assurés, soit par l'ensemble des contribuables[2116]. Au nom de la solidarité, le droit de la responsabilité est entré dans une logique d'assurance tous risques, où quelle que soit la méthode utilisée, il faut réparer les préjudices que les victimes ne sont pas tenus de limiter dans l'intérêt des responsables[2117], car la société n'admet plus qu'un dommage ne soit pas indemnisé. D'ailleurs, la multiplication des structures d'indemnisation, la variété des procédures[2118] et la diversité des intervenants sont telles que les victimes se perdent facilement dans ce kaléidoscope juridique, si bien qu'un auteur propose judicieusement de réformer la responsabilité civile en précisant que *« la solidarité ne doit intervenir que d'une manière subsidiaire »* et que *« le régime d'indemnisation des victimes de dommages corporels doit être confié à un Fonds unique doté d'une compétence générale »*[2119].

785. Troisièmement, cette évolution entraîne une confusion entre les risques de la vie et les fautes imputables à un auteur déterminé. De nos jours, la plupart des victimes ont l'impression que la vie est vécue comme dans une prison sans issue, et tentent de trouver un bouc émissaire responsable des malheurs, dont elles auraient jadis accusé la fatalité.

Il en résulte que nos sociétés veulent éliminer le risque ou ne l'acceptent que lorsqu'il est couvert par un système de protection, alors que c'est dans une éthique de la responsabilité[2120], et non pas dans une éthique de l'immobilisme, que peuvent être lancées des initiatives.

786. De même, dans le droit de la consommation qui privilégie l'égalité des contractants à leur liberté[2121], la protection devient parfois une surprotection. Le consommateur vulnérable

---

2116. R. SAVATIER, *« Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ? »* : D. H., 1933, chron., pp. 9 et s., spc. p. 9.
2117. Civ. 2ème, 19 juin 2003 (2 arrêts) : Petites affiches n°261, du 31 décembre 2003, pp. 17 et s., note Y. DAGORNE-LABBE.
2118. Pour un exemple récent, voir : A. GUÉGAN-LÉCUYER, *« Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques »* : D., 2004, chron. doct., pp. 17 et s.
2119. C. RADÉ, *« Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile »* : D., 2003, chron. doct., pp. 2247 et s., spc. p. 2254.
Sur la multiplicité des Fonds de garantie, voir : Y. LAMBERT-FAIVRE, *« De la gravité à géométrie variable d'un dommage corporel »* : D., 2004, point de vue, p. 811.
2120. P. CATALA, « *Variations autour de la communauté universelle* » : Defrénois, 1996, I, art. 36260, pp. 209 et s., spc. p. 210, n° 2.
2121. En ce sens, voir : H. LEMAIRE, A. MAURIN, N. POLI et S. ZECEVIC, *« Le nouveau monde contractuel »* : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle, 100ème Congrès des notaires de France, Paris, 16-19 mai 2004, pp. 149 et s., spc. p. 297.

est infantilisé, en étant exceptionnellement assimilé à un incapable[2122]. Or, comme le soulignait justement un auteur dans un rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français « *sans nier la réalité du besoin de protection, ce ne peut être seulement un régime d'incapacité. Une politique tutélaire n'est socialement bienfaisante que si l'on s'abstient, par antidote, de flatter chez le consommateur une mentalité d'incapable, pour stimuler au contraire le sens de ses propres responsabilités* »[2123].

En outre, dans le domaine des baux d'habitation, plusieurs lois sont venues avantager le locataire, mais elles ont découragé beaucoup de petits propriétaires qui ont vendu leur immeuble, si bien qu'il en est résulté un rétrécissement du marché locatif, au détriment des candidats à la location, nouvelle catégorie de faibles engendrée par le législateur.

Dans le même ordre d'idées, un droit du travail trop protecteur des salariés dissuade certains employeurs de procéder à des embauches sous la forme de contrats à durée indéterminée et risque de s'avérer défavorable à l'emploi[2124], au point de provoquer des crises juridiques[2125].

787. Tertio, le droit des adultes vulnérables repose sur leur différenciation indirecte selon leur degré de faiblesse, qui varie dans le temps, de la petite enfance à l'adolescence, de l'âge adulte à la sénilité[2126]. Or, la volonté excessive de les protéger se réalise souvent au détriment d'autres personnes, dont les intérêts sont aussi légitimes.

Ainsi, bien qu'elle ait pour objet de compenser des inégalités de fait, la différenciation des personnes, qui avait les faveurs de l'Ancien Droit, est aujourd'hui en pleine renaissance[2127], et s'opère en fonction des activités qu'elles exercent à un moment donné.

788. Dans la mesure où elle aboutit à une application catégorielle de nombreuses règles de droit, elle est de plus en plus critiquée, même parfois par les personnes protégées pour trois raisons.

[2122]. Sur ce thème, voir l'article L. 313-13 du Code de la consommation.
[2123]. G. CORNU, « *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français* » : *in* Travaux de l'association Henri CAPITANT, Montréal, tome 24, pp. 131 et s., spc. p. 155.
[2124]. D. BALMARY, *« Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ? »* : Dr. soc., 1998, pp. 131 et s., spc. p. 139.
[2125]. J. de MUNCK, « *Les trois crises du droit du travail* » : Dr. soc., 1999, pp. 443 et s.
[2126]. C. –J. BERR, « *Vulnérabilité et assurance* » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 233 et s., spc. p. 236.

789. D'abord, cette différenciation est difficile, car elle impose des dosages d'autant plus subtils que les quantités à comparer (un peu plus de droits pour toujours moins de faiblesse) ne sont pas de même nature. En effet, l'appréciation de la vulnérabilité d'une personne est relative et liée à la subjectivité de chacun. Il en résulte que la définition des personnes les plus vulnérables est aléatoire. Comme un auteur l'a bien observé, « *il existe des personnes âgées particulièrement compétentes et efficaces en affaires, ou des immigrés également plus aptes à se défendre que bien des autochtones* »[2128].

De même, bien que le consommateur soit souvent présumé faible et profane au regard du bien qu'il achète, il n'est pas certain qu'il le soit toujours. Le mécanicien qui acquiert un véhicule automobile pour ses besoins familiaux n'est pas un consommateur vulnérable, pas davantage que le notaire qui achète un appartement.

790. Ensuite, cette différenciation tend à inverser le rapport des forces au profit de l'individu le plus faible qui devient un nouveau fort s'empressant parfois d'abuser à son tour de la nouvelle situation. Ainsi, dans certaines circonstances, les locataires en place sont en mesure de faire racheter leur position privilégiée par ceux qui voudraient leur succéder[2129].

791. Enfin, cette différenciation voit son efficacité mise en cause par l'ignorance dans laquelle les individus protégés peuvent être de leurs droits et par la méconnaissance des moyens dont ils disposent pour les faire valoir en justice. L'expérience montre que les clauses abusives, même lorsqu'elles sont interdites par la réglementation, survivent bien des années dans les conditions générales de vente de certaines entreprises, convaincues que dans la plupart des cas, elles pourront continuer à les imposer à des consommateurs non avertis. À l'examen, il s'avère que notre système juridique cultive davantage le mythe de l'égalité que l'amour de la liberté, si bien que la conciliation de ces droits fondamentaux, souvent antinomiques, nécessite un dosage subtil lié au fait que nous sommes tous plus ou moins vulnérables.

2127. En ce sens, voir : R. MARTIN, *« Le consommateur abusif »* : D., 1987, chron., pp. 150 et s., spc. p. 150 n° 3.

2128. L. BIHL, « *La protection du consommateur particulièrement fragile »* : La semaine juridique, cahiers de droit de l'entreprise, n° 2-1985, pp. 34 et s., spc. p. 36.

2129. J. –L. AUBERT, « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit français »* : *in* J. GHESTIN et M. FONTAINE, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, préc., pp. 165 et s., spc. p. 167, note 4.

792. Quarto, même si l'on considère que la vulnérabilité de l'Être humain peut susciter une protection technique presque parfaite, la sécurité conférée par la loi est un mythe. Il suffit de suivre l'itinéraire de l'homme à travers l'histoire pour s'apercevoir que celui-ci a toujours cherché, par toutes sortes de voies, un ailleurs, quelque chose de spirituel qui transcende sa vie. Ainsi, dans notre monde désenchanté par la baisse d'influence des religions et de la foi, l'amélioration du sort matériel des adultes vulnérables ne renforce pas leur âme, qui réclame quelque chose d'ordre spirituel, dont les bienfaits psychologiques semblent confirmés. D'ailleurs, un auteur estime que la véritable sécurité se trouve être en soi, qu'« *il faut être à soi même sa propre lumière. Cette lumière est la seule et unique loi : il n'en existe pas d'autre* »[2130].

793. En dépit de ces critiques, dont la pertinence mérite d'être prise en considération, la nécessité de renforcer la protection des adultes vulnérables demeure toujours d'actualité pour les quatre raisons suivantes.

794. Primo, dans une société où les repères ont tendance à s'estomper, les valeurs de justice, d'équité, de loyauté, de fraternité et de solidarité, qui lui servent de fondement et qui ont été résumées par un auteur dans ces termes « *aidez-vous les uns les autres !* » et « *aimez-vous les uns les autres* »"[2131], défendent les individus les plus faibles et répondent au besoin de sécurité que ressent plus ou moins consciemment tout être humain. D'ailleurs, la sécurité est sans nul doute une des finalités du droit, à une telle enseigne qu'à son propos un auteur célèbre avait même conclu que « *c'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal* »[2132] de l'homme.

795. Secundo, le souhait d'une plus intense protection des adultes vulnérables est conforme à la majesté de la loi, lorsqu'elle est faite par un souverain populaire, représentant la volonté générale, d'autant que le Droit ne peut être effectif que s'il recueille l'adhésion de l'opinion. Cette conception est d'ailleurs conforme à la tradition juridique française d'une loi modeste et

---

2130. J. KRISHNAMURTI, Cette lumière en nous. La vraie méditation, Éditions Stock, 2000, pp. 10, 36, 90 et 149.
2131. D. MAZEAUD, « *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94ème Congrès des notaires* » : Defrénois, 1998, I, art. 36874, pp. 1137 et s., spc. p. 1142.
2132. J. CARBONNIER, Flexible droit, L. G. D. J., 7ème édition, 1992, p. 172.

efficace, exprimée par Portalis dans son discours préliminaire au Code civil, dans lequel celui-ci enseignait dans une formule demeurée célèbre que la loi est faite pour les hommes et non les hommes pour la loi. Cependant, cet idéal est notamment compromis par l'inflation des textes, leur technicité croissante, leur imprécision, leur caractère fragmentaire, leurs conflits et la masse de jurisprudence diffusée, sans parler des techniques de renvoi d'un texte à un autre. Dans ces conditions, si la maxime « *Nul n'est censé ignorer la loi* » est nécessaire afin d'éviter que le justiciable ne se cache derrière le voile de l'ignorance, elle est aujourd'hui injuste, et ce sentiment est encore plus ressenti par les exclus et les marginaux. Comme le souligne judicieusement un auteur « *l'ignorance juridique est aussi source de vulnérabilité. Souvent les populations les plus en difficultés ne demandent plus d'aide : dès lors qu'elles sont sorties des systèmes d'allocations sociales, leur marginalité est devenue totale. Ignorées par les actions publiques, elles ignorent l'existence des mécanismes de protection dont elles pourraient bénéficier* »[2133].

796. Tertio, le droit des adultes vulnérables est un droit réducteur des inégalités, des tensions et des anxiétés. Son rôle étant de rétablir un ordre perturbé par un litige ou une infraction[2134], il a aussi pour objet de résister à la tendance à l'individualisme[2135], qui induit un repli de la personne sur sa vie privée et une désaffection toujours plus profonde pour la vie publique et la défense des idéaux collectifs. Ainsi, ses vocations consistent à dissiper les anxiétés liées aux conflits, et à refouler les remords que ferait ressurgir, en son absence, le monopole de la morale ou de la religion. En raison de ses caractères permanent et évolutif, le droit protège à sa manière l'homme contre l'inconnu de l'univers. En effet, dans les situations les plus dures, le droit délimite pour chacun un espace d'ordre et de stabilité, en traçant, comme un auteur l'a judicieusement noté, « *les frontières du licite et de l'illicite, du permis et de l'interdit, c'est-à-dire de déclarer ce qui est socialement « bon » ou « mauvais ». Or, aucune autre discipline n'est chargée d'une telle mission ; certes, la médecine, la physique, l'histoire, l'économie, etc. s'interdisent certaines pratiques et s'en permettent d'autres ; certes, elles se constituent à elles-mêmes leur propre déontologie, leur propre éthique scientifique, mais il s'agit là de normes à usage interne. Seul le droit est chargé d'énoncer des normes générales et abstraites*

2133. C. RIBOT, « *La vulnérabilité en droit administratif* » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 311 et s., spc. p. 319.
2134. X. LABBÉE, « *Juristes et médecins condisciples d'une même loi naturelle ? (Plaidoyer pour les sciences de la vie)* » : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 67 et s., spc. p. 68.
2135. C. ATIAS, « *Le droit de nuire* » : D., 1997, chron., pp. 385 et 386, spc. p. 385.

qui valent pour l'ensemble du corps social ou, lorsqu'il s'agit de traités, pour l'ensemble de la communauté internationale »[2136].

797. Quarto, si vivre une vie spirituelle est compatible avec un engagement social, cela ne veut pas dire qu'il n'est pas impératif de sortir les gens de la pauvreté écrasante, et que l'homme doive être privé de tous les biens matériels dont il a besoin.

D'ailleurs, en ce début du XXI^{ème} siècle, il y a encore, dans notre pays une pauvreté massive, dont les causes résident dans la montée et l'installation solide dans la durée des précarités[2137], et avec elles, celles des vulnérabilités économique et sociale.

[2136]. B. EDELMAN, La personne en danger, P. U. F., , collection Doctrine juridique, 1999, p. 2.
[2137]. En ce sens, voir : DARES, *« Moins des deux tiers des chômeurs sont indemnisés »* : Lamy Protection sociale, n°194, mars 2005, pp. 1 et s.

Plus précisément, la situation actuelle est pour le moins préoccupante puisque :

- si l'on retient la norme statistique française habituelle selon laquelle est pauvre toute personne vivant dans un ménage dont les ressources par unité de consommation sont inférieures à la moitié des ressources médianes, soit 602 € par mois pour une personne seule en 2001, 3,6 millions de personnes sont pauvres, soit 6,1 % de la population française ;

- si l'on retient la norme européenne fixée à 60 % des ressources médianes, soit 722 € par mois pour une personne seule en 2001, ce sont 7,2 millions de personnes qui sont pauvres, soit 12,4 % de la population ;

- si l'on retient l'approche de l'INSEE, sont pauvres les personnes connaissant des difficultés dans 8 au moins des 27 domaines mesurés, alors ce sont 6,8 millions de personnes qui sont pauvres, soit 11,5 % de la population française.

798. L'impérieuse nécessité d'une protection générale des adultes vulnérables étant démontrée, il convient d'en préciser l'esprit. En effet, cette protection a été longtemps assimilée à une incapacité, puisqu'avant la loi du 3 janvier 1968, le Code civil plaçait les malades mentaux, selon la gravité de leur maladie, soit sous le régime de l'interdiction judiciaire pour les individus souffrant des altérations les plus graves, soit sous celui du conseil judiciaire pour les adultes dont le trouble était moins important.

799. Mais, heureusement, la loi du 3 janvier 1968 a modifié cette conception en renforçant la capacité des adultes vulnérables :

par la suppression de l'interdiction judiciaire qui aboutissait en pratique à la confusion des notions d'incapacité et de protection ;

par le principe de l'indépendance des règles de protection des intérêts civils par rapport aux modalités du traitement médical ;

par l'instauration de la sauvegarde de justice qui permet au majeur de conserver une capacité totale tout en étant protégé contre d'éventuels actes malencontreux ;

par l'affirmation que l'altération des facultés mentales ou physiques n'est pas à elle seule suffisante pour permettre l'ouverture d'un régime de protection, mais qu'il faut en plus, comme le souligne l'article 488 du Code civil que l'adulte soit mis dans l'impossibilité de pourvoir seul à ses intérêts ;

par l'attribution au juge des tutelles créé par la loi du 14 décembre 1964 de la mission de protéger la plupart des adultes vulnérables, puisqu'il lui appartient non seulement de mettre en place et de suivre les régimes de protection, mais aussi de veiller à leurs intérêts qu'ils deviennent incapables ou qu'ils demeurent capables. En effet, le décret n°2004-451 du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure en matière familiale prévoit la présentation audit juge des demandes d'autorisation et d'habilitation prévues aux articles 217 et 219 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté. D'ailleurs, comme l'a remarqué l'un des rédacteurs[2138] de la loi du 14 décembre 1964, le choix du juge d'instance en qualité de juge des tutelles exprime *« la volonté du législateur de désigner un magistrat proche des familles, apte à entretenir avec elles un climat de confiance et de privilégier les qualités de conciliation et de bon sens »*, et sa spécialisation, quoique régulièrement discutée[2139], témoigne du souci de désigner un magistrat particulièrement compétent pour décider du sort des adultes vulnérables, avec pour toile de fond l'objectif de respecter le plus possible leurs libertés individuelles, ce qui est conforme à la conception traditionnelle du pouvoir judiciaire.

800. De plus, si à l'origine, la finalité des régimes de protection des majeurs institués par la loi du 3 janvier 1968 était surtout patrimoniale, puisqu'il s'agissait de pourvoir « *aux intérêts* » de ceux-ci, la jurisprudence contemporaine a élargi le champ de leur capacité en matière de protection de leur personne[2140], en privilégiant le plus possible leurs choix, même si ceux-ci sont contraires aux intérêts de leurs héritiers.

[2138]. J. MASSIP, Les incapacité (Étude théorique & pratique), Éditions Répertoire du notariat Defrénois, 2002, p. 257, n°341.

[2139]. En ce sens, voir : Y. FAVIER, *« Tribunal d'instance »* : Jur. –Cl. Procédure civile, fasc. 325, 6, 2003, p. 3, n°8.

[2140]. Sur ce point, voir : J. –M. PLAZY, *« Majeurs protégés. Règles communes à tous les régimes de protection, ouverture »* : Jur. –Cl. civ., art. 488 à 514, 2, 2001, fasc. 20, p. 3, n°2 : *« les régimes instaurés par la loi du 3 janvier 1968 (…) tiennent compte de la capacité naturelle de la personne à protéger. La théorie de la capacité naturelle reçoit des applications concrètes assez nombreuses, notamment dans la sphère de la protection de la personne de l'incapable et dans le cas de curatelle »*.

801. Enfin, il est aujourd'hui admis que loin d'être antinomiques, un haut niveau de protection des adultes vulnérables et le renforcement de leur capacité sont interdépendants[2141], d'autant que si la liberté est depuis la Révolution le premier des droits de l'Homme et le maître-mot du Code civil, elle demeure toujours une créance que la loi ne doit pas entraver, parce qu'elle constitue à la fois la fin de toute société démocratique et le chemin incontournable vers le respect de la personne et de sa dignité.

C'est ce qu'un auteur[2142] a récemment rappelé en soulignant qu' *« il faut toujours protéger, mais sans jamais diminuer. Une rare unanimité de la jurisprudence, de la doctrine, des ministres et de la commission de réforme s'est faite autour de ce mot d'ordre »*.

Dans le même sens, on peut aussi invoquer l'équation économique : *« vulnérabilité = risques/capabilités »*[2143], qui signifie en langage juridique qu'une personne a un coefficient de vulnérabilité, d'autant plus faible que le droit la protège, autant que possible, face aux risques de la vie, et que sa capacité, c'est-à-dire le fait d'être capable de faire quelque chose (*« doing »*) par elle-même, augmente.

Dans cet esprit de concorde, qui est d'affirmer avec un autre auteur que *« la finalité de la protection n'est pas de diminuer mais de grandir un sujet, qui laissé seul, sans aide, avec les instruments du droit commun, serait relégué de fait en hors caste »*[2144], il convient de consolider tout particulièrement la protection des adultes vulnérables en intensifiant concomitamment leur capacité, ce qui correspond à l'idée que les personnes aidées ne sont ni des choses ni des cas, mais bien des êtres humains avec leurs besoins, leurs croyances, leurs sentiments, leurs valeurs, leurs limites etc. et à la philosophie du projet de réforme des tutelles des majeurs présenté par le Garde des sceaux, Ministre de la Justice, le 9 décembre 2004[2145].

2141. En ce sens, voir : M. –C. PONTHOREAU, *« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux »* : R. F. D. A., 2003, pp. 928 et s., spc., p. 929 ; F. FIECHTER-BOULVARD, *« La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit »* : *in* F. COHET-CORDEY (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 13 et s., spc. pp. 31 et 32.

2142. T. FOSSIER, *« L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer »* : Defrénois, 2005, I, art. 38076, pp. 3 et s., spc. p. 34.

2143. S. ROUSSEAU, *« Capabilités, risque et vulnérabilité »* : ced.u-bordeaux4.fr, pp. 1 et s., spc. p. 10 et 11.

2144. R. POILROUX, Guide des tutelles et de la protection de la personne, Éditions Dunod, 1999, p. 19.

2145. D. PERBEN, Discours à l'Université Lyon II : J. C. P., 2004, act., 682 ; R. J. P. F., janvier 2005, act., p. 4.

802. D'abord, le droit pouvant atténuer les effets du libéralisme économique, puisque comme l'a écrit un auteur, « *le droit ne dit pas seulement les choses à sa manière (jurisdictio), il agit sur les choses et les transforme* »[2146], l'amélioration de la protection juridique des adultes vulnérables impose que les mesures suivantes soient prises :

leur garantir, dans un délai raisonnable (5 ans), à tous, y compris aux jeunes adultes peu pris en compte par les politiques redistributives, même s'ils ne parviennent pas, malgré leurs recherches, à obtenir un emploi, un revenu décent, c'est-à-dire au moins égal au seuil de pauvreté déterminé par la norme européenne, qui contribue à leur assurer une existence digne, tout en leur permettant d'acquérir une place utile dans la société autrement que par un travail rémunéré (participation à la vie sociale, culturelle et artistique) ;

le retour à l'emploi s'accompagnant souvent d'une réduction ou d'une stagnation des revenus des bénéficiaires de prestations sociales, rendre le travail plus motivant et plus rémunérateur en intégrant l'ensemble des minima sociaux et des aides fiscales dans un mécanisme unique, appelé revenu de solidarité active (RSA)[2147], associant tant les revenus du travail que ceux de la solidarité, et reposant donc sur les principes suivants :

« tout revenu tiré du travail déclencherait une diminution des prestations inférieure d'environ 50 % au gain provenant du travail ;

pour les revenus les plus faibles, la progression du RSA serait la plus rapide, jusqu'à un point d'inflexion qui pourrait être situé autour de 0,7 SMIC pour une personne seule ;

entre 0,7 et 1,4 SMIC pour une personne seule et 1 et 2 SMIC pour un couple, la réduction du montant du RSA serait légèrement plus accentuée ;

entre 0,7 et 1,4 SMIC pour une personne seule et 1 et 2 SMIC pour un couple, la réduction du montant du RSA serait légèrement plus accentuée ;

ces niveaux seraient relevés en fonction de la situation familiale sur la base du barème actuel des minima sociaux » ;

[2146]. R. MARTIN, *« Les mots du droit et les choses d'ailleurs »* : D., 1999, chron., pp. 231 et 232, spc. p. 231.
[2147]. En ce sens, voir : M. HIRSCH (dir.), La nouvelle équation sociale, Commission Familles, vulnérabilité, pauvreté, La Documentation Française, avril 2005, pp. 29 et s.

ainsi que le propose un auteur[2148], instaurer un revenu d'attente pour les adultes vulnérables qui *« d'une façon ou d'une autre sont dans une situation de transition : salariés licenciés en reconversion, salariés précaires en recherche de situation stable, non-salariés en rupture d'activité, femmes de retour en activité, jeunes en primo insertion »* ;

la protection pénale de la dignité de la personne étant dispersée dans une multitude de textes, créer, comme un auteur le propose[2149], un délit général d'atteinte à cette dignité, *« inséré en tête du dispositif sanctionnateur actuel, qui permettrait de sanctionner tous les comportements non spécialement visés par les textes précités. Cette dernière solution nous paraît la meilleure sous réserve de prévoir une incrimination qui réponde aux exigences du principe de la légalité »* ;

la crise du logement étant particulièrement préjudiciable aux adultes vulnérables (surpeuplement, habitat indigne ou précaire, surendettement lié aux impayés de loyers), rendre le droit au logement plus effectif, celui-ci s'intégrant dans une responsabilité collective qui consiste à ce qu'il y ait suffisamment de logements pour tous les adultes vulnérables, et des logements accessibles en fonction de leurs revenus ;

renforcer la protection des salariés licenciés par l'exigence d'une autorisation préalable de l'inspection du travail, lorsque le licenciement est motivé directement ou indirectement par une dénonciation des violences subies par des personnes vulnérables ou encore lorsque le licenciement résulte d'une délocalisation de l'entreprise en dehors du territoire national ;

créer, à l'image du Médiateur de la République, un médiateur national des adultes vulnérables avec un réseau de correspondants départementaux[2150], qui seraient chargés de veiller au respect de leurs droits : formation, compensation des handicaps, insertion dans le travail, le sport, les loisirs, la culture, etc., de traiter gratuitement, avant toute procédure juridictionnelle, leurs réclamations, dès lors que lesdits adultes, leurs proches, leurs accompagnateurs, les professionnels exerçant auprès d'eux, les syndicats, les associations constatent des cas objectifs de privation de droits, d'injustice, d'exclusion ou de dysfonctionnements

---

2148. J. RIGAUDIAT, *« À propos d'un fait social majeur : la montrée des précarités et des insécurités sociales et économiques »* : Dr. soc., 2005, pp. 243 et s., spc. p. 261.

2149. En ce sens, voir : P. MISTRETTA, *« De la protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal »* : J. C. P., 2005, I, 100, n°14.

administratifs, et de proposer aux pouvoirs publics les réformes susceptibles de remédier à l'imperfection, l'iniquité ou l'inadaptation des textes législatifs et réglementaires ;

comme le précise le projet de réforme des tutelles, mieux respecter les adultes vulnérables, en exigeant leur audition préalable et celle de leur famille avant qu'une mesure de protection juridique ne soit ordonnée par le juge des tutelles, en leur désignant un avocat pour les assister s'ils le souhaitent, en obligeant ledit juge à tenir compte des sentiments exprimés par les intéressés mais aussi des recommandations qu'ils auraient pu établir alors qu'ils étaient en pleine possession de leurs facultés, en imposant le recueil de leur consentement si leur état le permet de façon à ce qu'ils participent à l'organisation de leur mode de vie plutôt que de le subir[2151], avec notamment la disposition essentielle que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne si son état le permet[2152], en octroyant la possibilité de choisir comme tuteur non seulement un membre de la famille mais aussi un de leurs proches, en autorisant les parents d'enfants handicapés à les avantager plus que les autres en leur donnant un bien qui pourra rester dans la famille après le décès de ceux-ci, et en pérennisant le mandat post mortem qui, par dérogation au droit commun du mandat, permet aux parents de désigner un mandataire avec mission, par exemple, de gérer après leur décès, le patrimoine transmis à leur fils adulte handicapé avec l'obligation de lui verser des revenus réguliers ;

comme le prévoient le droit allemand[2153], le droit italien[2154] et le Code suisse des obligations[2155], poser le principe dans notre droit positif, que dorénavant, la lésion, inégalité de valeur des prestations réciproques des contractants, est une cause générale de nullité des contrats, quelque soit la capacité ou l'incapacité de l'adulte vulnérable. Bien entendu, la lésion, qui se prouve par tous moyens, devrait atteindre une certaine importance, au moment de la passation de l'acte, pour être caractérisée. D'ailleurs, la preuve d'une lésion minime serait presque impossible à administrer. À la crainte d'une insécurité des transactions, il peut

---

2150. En ce sens, mais pour la création d'un médiateur limité aux personnes en situation de handicap, voir : C. GARDOU, Fragments sur le handicap et la vulnérabilité, préc., pp. 213 et s.

2151. Sur ce point, voir : T. FOSSIER, *« L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer »* : préc. p. 7 : *« En l'occurrence et actuellement, les textes se contentent de rappeler que le protégé, majeur ou mineur, accomplit seul les actes de la vie courante ; mais ils oublient malheureusement de viser, voire d'énumérer, les actes pour lesquels la représentation est inconcevable »*.

2152. Article 38, alinéa 1er, du pré-projet de loi.

2153. Art. 138 B. G. B.

2154. Art. 1448 du Code civil italien.

2155. Art. 21.

être répondu que les tribunaux seraient invités à se montrer prudents dans l'appréciation de la lésion et que les études de droit comparé démontrent que les actions en rescision pour lésion sont extrêmement rares dans les pays où elle est admise[2156] ;

accorder à toute personne le droit de demander la réduction de ses engagements excessifs, qui sont à distinguer des actes lésionnaires. En effet, dans ce cas, il n'y a pas de déséquilibre entre les prestations du contrat : le bien a été payé à son juste prix, mais la dépense faite est inutile ou disproportionnée aux besoins et aux ressources de l'adulte vulnérable. Autrement dit, la réduction pour excès viserait essentiellement les prodigalités et les dépenses de luxe. Pour permettre au juge d'apprécier le caractère excessif de ces engagements, il apparaît nécessaire d'en déterminer les critères en concertation avec les représentants des acteurs concernés : montant des actes, proportion entre les ressources de l'adulte et l'importance de la dépense etc ;

clarifier le cadre juridique des cadeaux de fiançailles au motif que la complexité et la subtilité de la jurisprudence y relative est susceptible de décourager les victimes de ruptures d'intenter une procédure ;

ainsi que le préconise le rapport du Groupe de travail sur l'évaluation de la loi de 1999 sur le PACS remis au Garde des Sceaux le 30 novembre 2004[2157], admettre la forme notariée du contrat au motif que comme l'a judicieusement écrit un auteur[2158] *« le recours au notaire apparaît comme le substitut du contrôle judiciaire et, à la vérité, comme une application dérivée d'une juridiction gracieuse autonome confiée au notariat »* ;

en raison de l'existence d'un abattement général de 50 000 € et des abattements spéciaux dont bénéficient notamment le conjoint successible et les descendants d'un défunt, et qui sont la plupart du temps suffisants aux adultes économiquement vulnérables, considérer, par respect pour les plus faibles d'entre eux, que la technique de l'assurance-vie, qui est surdimensionnée et ne profite qu'aux couches aisées de la population, constitue une libéralité de droit commun, à intégrer dans le calcul de la réserve et imposable aux droits de mutation à titre gratuit comme les autres biens ;

[2156]. J. MASSIP, Les incapacité (Étude théorique & pratique) : préc., p. 407, n°511.

instaurer au profit des personnes lourdement handicapées des dispositions successorales plus favorables que celles du droit positif : possibilité offerte aux parents d'avantager l'un de leurs enfants quand celui-ci est handicapé, après acceptation par les autres enfants comme le prévoit le projet de loi sur les successions, mais aussi octroi aux héritiers handicapés d'une réserve plus large applicable seulement aux patrimoines importants, au motif que ces derniers doivent participer plus intensément à l'effort de solidarité que chacun a le devoir de fournir pour assurer aux handicapés une existence digne, cette dernière ne devant pas reposer uniquement sur la solidarité nationale.

803. Ensuite, l'extension de la protection des adultes vulnérables ne vaut que par ce qu'elle permet, à savoir l'intensification de leur capacité. C'est d'ailleurs l'un des cas où le Droit peut opérer comme un remède-illusion ou un placebo, surtout pour les malades mentaux, qui subissent une altération de leur personnalité, de leurs affects et de leur intelligence. Ces considérations commandent la réalisation des réformes suivantes :

- comme le prévoit le projet de réforme des tutelles qui est conscient du fait que maintenir à certains malades mentaux une activité juridique peut parfois les aider à guérir, car le sentiment de la capacité n'est pas sans vertu psychothérapeutique, il est souhaitable de réserver les mesures de protection juridique à ceux dont les facultés mentales sont altérées, de ne pas utiliser le dispositif de protection pour tenter de résoudre des problèmes sociaux[2159], de renforcer l'efficience des principes de nécessité et de subsidiarité des mesures de protection continue[2160] dès lors que les techniques juridiques classiques permettent de pourvoir suffisamment aux intérêts de l'adulte vulnérable, d'exiger que les décisions portant sur son lieu de vie, l'organisation de son quotidien et une éventuelle prise en charge médicale ou sociale soient prises en accord avec lui, de limiter à cinq ans les mesures de protection

---

2157. F. GRANET-LAMBRECHTS, *« Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS »* : Dr. fam., avril 2005, études, n° 9, pp. 10 et s., spc. p. 10.

2158. G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, préc., p. 569.

2159. À cet effet, il est envisagé d'imposer une évaluation médico-sociale préalable au signalement à la justice par un professionnel (médecin, assistante sociale…) d'un majeur en difficulté ; cette évaluation aura pour objet de cerner au plus juste ses besoins.

2160. Sur le renforcement de ces principes, voir : T. FOSSIER et J. –M. PLAZY, *« De la législation à la pratique notariale »* : J. C. P. éd. N., 2005, fam., 1104.

juridique[2161] qui ne pourront être renouvelées qu'après le réexamen par le juge des tutelles de la situation de l'adulte sur la base d'un certificat médical et après audition de l'intéressé, de créer le mandat pour incapacité future, au contenu librement déterminé par le mandant, afin de répondre à l'inquiétude d'un adulte qui désire prévoir l'organisation de sa protection pour le jour où il serait dépendant et ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts ce qui autoriserait, selon un auteur, *« le maintien de la capacité juridique du mandant tout en permettant à un tiers de gérer son patrimoine »*[2162], et de remplacer la tutelle aux prestations sociales des adultes par la mesure de gestion budgétaire et d'accompagnement social déjà préconisée par le rapport du Groupe Jean FAVARD[2163], cette mesure permettant notamment de protéger les adultes souffrant de prodigalité, d'intempérance ou d'oisiveté qui ne relèveraient plus de la curatelle ;

compte tenu de l'admission de la lésion comme cause de nullité des contrats et de la possibilité de réduire les engagements excessifs, nous proposons :

de substituer à la sauvegarde de justice la *« déclaration de protection renforcée »* (DPR), qui supposerait comme sa devancière, soit une déclaration médicale, soit l'intervention d'une décision judiciaire, mais dont l'effet serait essentiellement de faciliter la preuve de l'insanité d'esprit de l'adulte vulnérable, ce qui permettrait l'annulation plus fréquente des actes prévue par l'article 489 du Code civil ;

de fusionner les actuelles tutelle et curatelle sous l'appellation unique de *« régime de protection renforcée »* (RPR), avec à la place des tuteurs et des curateurs un *« protecteur »*, qui se verrait attribuer, en fonction d'une évaluation précise des facultés de l'adulte vulnérable, le plus souvent possible des fonctions d'assistance ce qui permet au protégé à la fois de conserver une semi-capacité, tout en étant associé aux prises de décisions le concernant, et plus rarement des fonctions de représentation, au motif que ces dernières lui dénient toute volonté juridique, même s'il lui reste un certain discernement ou s'il jouit de périodes de lucidité ;

2161. M. PORET, *« Entretien »* : R. J. P. F., janvier 2005, act., p. 4 : *« Sur ce dernier point cependant, il faudra veiller à ce que les tribunaux d'instance aient les moyens de gérer les échéances, faute de quoi des personnes retrouveront automatiquement leur pleine capacité »*.

2162. J. –M. PLAZY, *« La réforme du droit des majeurs protégés annoncée »* : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, n°15, pp. 29 et s., spc. p. 30.

de changer la dénomination du juge des tutelles, qui deviendrait le *« juge des protections renforcées »* (JPR), au motif que le mot *« tutelle »* est inadapté à la volonté de faire reculer les incapacités des adultes vulnérables, alors qu'il évoque pour ceux-ci, d'une part, l'autorité du tuteur, placé dans un rôle parental doté d'une grande puissance qui peut être perçue aussi bien comme salvatrice que persécutrice, et d'autre part, leur dépendance vis-à-vis de la surveillance de ce tuteur, alors qu'ils ne se reconnaissent pas toujours comme vulnérables, par déni de leur maladie et pour préserver leur dignité, et qu'ils s'opposent parfois à ce que cette vulnérabilité soit démontrée, même si cela a pour effet d'améliorer leur situation juridique[2164] ;

- ainsi que le préconise le rapport du Groupe de travail sur l'évaluation de la loi de 1999 sur le PACS remis au Garde des Sceaux le 30 novembre 2004[2165], et dans le but de mieux respecter les libertés fondamentales de tout adulte, permettre au majeur en tutelle de conclure un PACS, avec l'assistance ou par représentation du tuteur spécialement autorisé à cette fin. Dans l'hypothèse où le PACS nuirait aux intérêts de l'adulte protégé, sa rupture serait envisageable dans les mêmes formes et après avoir recueilli son avis, à moins qu'il ne soit pas en état de l'exprimer.

804. Comme l'a bien observé un auteur, le juriste, qu'il soit praticien, théoricien ou les deux à la fois, met souvent « *en balance les intérêts de la société, de l'ordre public, de l'intérêt du bien commun, avec le voeu de l'individu, ses aspirations, ses nécessités. À ce degré qu'il est traditionnel de souligner le caractère foncièrement individualiste du droit français comme un bienfait ou une tare, selon les appréciations de chaque auteur* »[2166].

805. Cependant, l'État de droit, étant défini par la justice[2167], qui est la fin du Droit, la protection des adultes vulnérables doit demeurer l'une de ses préoccupations essentielles, parce que l'idéologie de la liberté ne doit pas gommer la solidarité, lorsqu'elle s'avère nécessaire.

2163. T. FOSSIER, *« Le rapport du Groupe Jean FAVARD sur le dispositif de protection des majeurs »* : J. C. P., 2000, act., pp. 1055 et s., spc. p. 1056.
2164. En ce sens, voir : H. –J. STIKER « *Quand les personnes handicapées bousculent les politiques sociales »* : Esprit, décembre 1999, pp. 75 et s., spc. p. 78.
2165. F. GRANET-LAMBRECHTS, *« Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS »* : préc., p. 11.
2166. B. BEIGNIER, Le droit de la personnalité, P. U. F., collection Que sais-je ?, 1992, p. 6.
2167. A. SUPIOT, *« La fonction anthropologique du droit »* : Esprit, février 2001, pp. 151 et s., spc. p. 153.

Pour apprécier le degré d'avancement humain de la société, l'examen des règles régissant cette protection constitue un élément significatif. D'ailleurs, depuis deux siècles, la place et la portée de la protection des adultes vulnérables au sein de notre système juridique ont été considérablement renforcées. Bien entendu des progrès devront suivre, parce qu'en cette matière, l'ouvrage doit être constamment remis sur le métier, mais comme le souligne judicieusement un auteur, le concept de vulnérabilité apparaît comme « *un levier intellectuel* », et « *un moteur de l'évolution juridique* » dans le sens d'« *un respect toujours plus grand des droits fondamentaux de la personne* »[2168].

[2168]. C. RIBOT, *« La vulnérabilité en droit administratif »* : *in* F. COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., p. 321.

806. Animé par la détermination de rendre le monde meilleur et plus juste, le droit des adultes vulnérables mais capables a tenté de montrer les passerelles construites entre ceux qui prennent part au progrès et ceux qui en sont exclus, parce que la vie d'un homme n'est jamais dérisoire, et que, selon un auteur, « *la mort sociale de tant de citoyens détruit un contrat social déjà passablement écorné à bien des égards* »[2169].

En effet, les images de pauvreté, d'indigence, de clochardisation[2170] et de violence, que nous voyons quotidiennement, sont d'autant plus intolérables, que des moyens existent pour y remédier, réduire la hauteur du mur qui sépare les plus riches des plus pauvres, briser la spirale de l'exclusion, et par voie de conséquence, susciter chez les adultes vulnérables mais capables l'espoir après le désespoir.

BIBLIOGRAPHIE

I - Traités, manuels et ouvrages juridiques

- ALFANDARI E., Action et aide sociale, Dalloz, 1987.
- ATIAS C., Les incapacités, les personnes, P. U. F., 1985.
- AUBRY et RAU, Droit civil français, tome VII, 7ème édition 1962, par ESMEIN P. et PONSARD A. ; tome VIII, Régimes matrimoniaux, 7ème édition, 1973, par PONSARD A.
- BATIFFOL H. et LAGARDE P., Droit international privé, tome II, 6ème édition, 1976.
- BEAUCHARD J., Droit de la distribution et de la consommation, P. U. F., collection Thémis Droit privé, 1ère édition 1996.
- BEIGNIER B., Le droit de la personnalité, P. U. F., collection Que sais-je, 1992.
- BÉNABENT A., Droit civil, La famille, Litec, 7ème édition.

La réforme du divorce article par article, Éditions Defrénois, 2004.

2169. J. –M. COULON, « *Extraits du discours de M. Jean-Marie COULON Président du Tribunal de grande instance de Paris* » : Gaz. Pal. des 27/29 septembre 1998, pp. 22 et s., spc. p. 23.

- BERGEL J. -L., Théorie générale du droit, Dalloz, collection Méthodes du droit, 1985.
- BESSON S., Droit de la famille religions et sectes, éditions EMCC, Lyon 1997.
- BRACHET B., Le système fiscal français, L. G. D. J., 7ème édition 1997.
- BRUNETTI-PONS C. (dir.), La notion juridique de couple, éditions Economica, collection Études juridiques, 1998.
- CADIET L., Droit judiciaire privé, Litec, 2ème édition 1998.
- CALAIS-AULOY J., Propositions pour un Code de la consommation. Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation au Premier ministre, La documentation française, 1990.
- CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., Droit de la consommation, Dalloz, 4ème édition 1996.
- CAPITANT R., Cours de principes de Droit public, 1956-1957, Les Cours de droit, Paris.
- CARBONNIER J., Flexible droit, L. G. D. J., 7ème édition, 1992.
Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion, 1996.
Droit civil 1/Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales, P. U. F., Collection Thémis Droit privé, 20ème édition 1996.
- CATALA de ROTON M. –C., Les successions entre époux, Éditions Economica, collection Droit civil, série : études et recherches, 1990.
- COHEN-JONATHAN G. et MATRINGE J., La protection internationale des droits de l'homme : I. Europe, La documentation Française, n° 3. 05, édition 1997.
- COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, P. U. de Grenoble, 2000.
- COLIN A. et CAPITANT H., Cours élémentaire de droit civil français, Tome III, 10ème édition par JULLIOT de la MORANDIÈRE L., Dalloz, 1950.
- COLOMER A., Régimes matrimoniaux, Litec, 7ème édition, 1995.
- CORNU G., Vocabulaire juridique, publié par l'association H. Capitant, P. U. F., 1ère édition, 1987.
Droit civil, la famille, Montchrestien, collection Domat droit privé, 4ème édition, 1994.
Les régimes matrimoniaux, P. U. F., collection Thémis Droit privé, 7ème édition 1995.
L'art du droit en quête de sagesse, P. U. F., collection Doctrine juridique, 1998.

2170. Sur ce point, voir le projet de loi de programmation pour la cohésion sociale du Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale du 15 septembre 2004 (p. 27) qui précise qu'en 2003, *« plus de 90 000 personnes*

- COT J. -P. et PELLET A. (dir.), La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, Economica, 2ème édition 1991.
- DELMAS-MARTY M., Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne, IV - Institutions internationales, Éditions de la maison des sciences de l'homme, Paris, 1996.
Trois défis pour un droit mondial, Éditions du Seuil, Essais, 1998.
- DEMOGUE R., Traité des obligations en général, II. Effets des obligations, tome VI, Rousseau et Compagnie éditeurs, Paris, 1931.
- DION-LOYÉ S., Les pauvres et le droit, P. U. F., collection Que sais-je ?, 1997.
- Dossiers pratiques Francis LEFEBVRE, Réforme du divorce. Loi du 26 mai 2004. Procédures, conséquences patrimoniales et fiscales, Éditions Francis Lefebvre, 2004.
- DUCAMP J. -L., Les droits de l'homme racontés aux enfants, les Éditions de l'Atelier et les Éditions Ouvrières, collection Enfance heureuse, Paris, 8ème édition, 1993.
- DUPEYROUX J. -J. et RUELLAN R., Droit de la sécurité sociale, 13ème édition 1998, Dalloz.
- EDELMAN B., La personne en danger, P. U. F., collection Doctrine juridique, 1999.
- Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages Droit interne Droit international Droit comparé, Éditions Litec, 2002.
- FAVOREU L. et PHILIP L., Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 9ème édition, 1997.
- FLOUR J. et CHAMPENOIS G., Les régimes matrimoniaux, Éditions Armand Colin, 1995.
- FORGEARD M.-C., CRÔNE R. et GELOT B., La réforme des successions (Loi du 3 décembre 2001 Commentaires et formules), Répertoire du Notariat Defrénois, 2002.
- GÉRAUD DE LA PRADELLE, L'homme juridique, P. U. de Grenoble, 1979.
- GHESTIN J., Traité de droit civil, la formation du contrat, L. G. D. J., 3ème édition, 1993.
- GHESTIN J. et FONTAINE M. (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, L. G. D. J., collection bibliothèque de droit privé, tome 261, 1996.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M., Traité de droit civil, Introduction générale, L. G. D. J., 4ème édition, 1994.
- GUEVEL D., Successions, Libéralités, éditions Armand Colin, collection Cursus Droit, 1999.

---

seraient sans abri ».

- GUINCHARD S. (dir), Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz, collection Dalloz action, édition 1998.
- GRIMALDI M., Droit civil, Successions, Litec, 4ème édition, 1996.
Droit patrimonial de la famille, Dalloz, collection Dalloz action, 1998.
Droit civil, Libéralités, Partages d'ascendants, Litec, 2000.
- HAUSER J. et HUET-WEILLER D., Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille, 2ème édition, L. G. D. J., 1993.
- IACUB M., Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique, Éditions EPEL, 2002.
- JOSSERAND L., De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits, Dalloz, 2ème édition, 1939.
- KATZ A. (dir.), LAMY PROTECTION SOCIALE, 2003.
- KELSEN H., Théorie pure du droit, L. G. D. J. et Éditions Bruylant, 1999.
- LABBÉE X., Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?, P. U. du Septentrion, 1996.
- LAMBERT-FAIVRE Y., Droit des assurances, Dalloz, 10ème édition 1998.
- de LANNOY J. –D. et FEYEREISEN P., L'inceste, Que sais-je ?, n° 2645, P. U. F., 1998.
- LE TOURNEAU P. et CADIET L., Droit de la responsabilité, Dalloz, collection Dalloz Action 1996.
- LOYSEL, Institutes coutumières, éditions Dupin et Laboulaye, Paris, 1846.
- MALAURIE P. et AYNÈS L., Cours de droit civil. Les biens. La publicité foncière, Éditions Cujas, 4ème édition 1998 par THÉRY P.
Droit civil, Famille, éditions Cujas, 6ème édition 1998-1999.
Cours de droit civil, Tome VI, Les obligations, Éditions Cujas, 8ème édition 1998.
Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Éditions Cujas, 4ème édition 1999.
Droit civil, Les successions Les libéralités, Éditions Defrénois, 2004.
- MARTY G. et RAYNAUD P., Les personnes, 3ème édition, Sirey, 1976.
- MASSIP J., La réforme du divorce, tome I, Éditions Defrénois, 1976.
Les incapacités (Étude théorique & pratique), Répertoire du notariat Defrénois, 2002.
- MAURY J., Les régimes matrimoniaux, Éditions Lamy, 1995.
- MAZEAUD H. L. et J., Leçons de droit civil, Tome IV, volume I, Éditions Monchrestien, 5ème édition, 1982.

- MAZEAUD H. L. et J., CHABAS F., LEVENEUR L., Leçons de droit civil, tome 1, volume III, La famille.
- MICHELIZZA-FAKHOURY V. et LUZU F., Union libre et gestion de patrimoine, éditions Maxima Laurent du Mesnil, 1997.
- NERSON R. (dir), Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français), Éditions du C. N. R. S., 1978, Tome I.
- PAVIA M. -L. et REVET T., La dignité de la personne humaine, Economica, collection Études juridiques, 1999.
- PETTITI L. -E., DECAUX E., et IMBERT P. -H., La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, Economica, 2ème édition 1999.
- PICARD J., Technique des successions et libéralités, Litec Droit, collection Pratique notariale, 2ème édition, 1976.
- PIZZIO J. -P., Code de la consommation commenté, Montchrestien, 1995, Paris.
- PLANIOL M., Traité élémentaire de droit civil, Tome I, 1ère édition 1900.
- PLANIOL M. et RIPERT G., Traité pratique de Droit civil français, Tome IX, Les régimes matrimoniaux, 2ème édition par BOULANGER J., L. G. D. J., 1960.
- POILROUX R., Guide des tutelles et de la protection de la personne, Éditions Dunod, 1999.
- PRADEL J., Procédure pénale, Éditions Cujas, 9ème édition 1997.
Traité de droit pénal et de science criminelle comparée, Tome I, Introduction générale Droit pénal général, éditions Cujas, douzième édition 1999.
Manuel de procédure pénale, éditions Cujas, 10ème édition, 2000.
- PRADEL J. et CORSTENS G., Droit pénal européen, Précis Dalloz, collection Droit privé, 1999.
- RIEG A., LOTZ F., RIEG P., Technique des régimes matrimoniaux, Éditions Litec, 3ème édition, 1993.
- RIVÉRO J. et WALINE J., Droit administratif, Dalloz, 17ème édition 1998.
- ROBERT A. (dir.), Nouveau Code de procédure civile commenté, éditions du J. N.″ A., Paris, avril 1997.
- RODIÈRE P., Droit social de l'Union européenne, L. G. D. J., collection Manuels, juillet 1998.
- ROLAND H. et BOYER L., Locutions latines du Droit Français, Litec, 3ème édition, 1993.
- ROULOIS Mémento Juris-classeur.

- RUBELLIN-DEVICHI J., L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945, Éditions du C. N. R. S., 1983.
Les concubinages, Approche socio-juridique, Éditions du C. N. R. S., 1986.
Des concubinages dans le monde, Éditions du C. N. R. S., 1990.
Droit de la famille, Contribution réalisée à l'occasion de l'année internationale de la famille pour le groupe de travail intitulé Droit et famille, Caisse Nationale d'allocations familiales, 1994.
Droit de la famille, Dalloz Action 1999.
- SÉRIAUX A., Les successions. Les libéralités, P. U. F., collection Droit fondamental, 2ème édition 1993.
- SÉRIAUX A., SERMET L., VIRIOT-BARRIAL D., Droits et libertés fondamentaux, Éditions Ellipses, 1998.
- STÉFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., Droit pénal général, Dalloz, 16ème édition 1997.
- SUPIOT A., Critique du droit du travail, P. U. F., coll. Quadrige, 2002.
- TERRÉ F. et SIMLER P., Droit civil. Les biens, Dalloz, 4ème édition 1992.
Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Dalloz, 2ème édition 1994.
- TERRÉ F. et LEQUETTE Y., Droit civil, Les successions, Les libéralités, Dalloz, 3ème édition 1997.
- THÉRY I., Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la
Justice, Éditions 0dile Jacob, La Documentation française, 1998.
- TORRELLI M., Le droit international humanitaire, P. U. F., collection Que sais-je ?, Paris, 2ème édition, 1989 ;
- VERDIER P. et BAUER M., Comment assurer la protection d'un majeur ? Guide à l'usage des tuteurs familiaux et professionnels, ESF éditeur, 3ème édition 1994.
- YAIGRE J. et PILLEBOUT J. -F., Droit professionnel notarial, Litec, 4ème édition, 1996.

II - Ouvrages généraux

- ANDRÉ C., Psychologie de la peur craintes, angoisses et phobies, Éditions Odile Jacob, 2004.
- ATHIAS G., Racines familiales de la « mal a dit », éditions Psychobiologie, (non daté).
- AUDARD C. (dir.), Le respect. De l'estime à la déférence : une question de limite, Éditions Autrement, Série Morales, n°10, Paris, 1995.
- BARBARAS S., La rupture pour vivre, éditions Robert LAFFONT, collection Réponses, Paris, 1997.
- BONNET C., L'enfant cassé L'inceste et la pédophilie, éditions Albin Michel, 1999.
- CASTELLAN Y., La famille, P. U. F., collection Que sais-je ?, Paris, 5ème édition corrigée 1996.
- DE LANNOY J. –D. et FEYEREISEN P., L'inceste : Que sais-je ?, n° 2645, P. U. F., 1998.
- GABOURY P., Je n'ai droit à rien, clameur des droits, silence des devoirs, Éditions de Mortagne, 1996.
- GARDOU C., Fragments sur le handicap et la vulnérabilité. Pour une révolution de la pensée et de l'action, Éditions érès, collection Connaissances de l'éducation, 2005.
- GIROD R., Les inégalités sociales, P. U. F., collection Que sais-je ?, Paris, 2ème édition, 1993.
- HIRSCH M., La nouvelle équation sociale, Commission Familles, vulnérabilité, pauvreté, La Documentation Française, Avril 2005.
- HUSSON M., Les casseurs de l'État social. Des retraites à la Sécu : la grande démolition, Éditions La Découverte, 2003.
- JACQUARD A., Le souci des pauvres. L'héritage de François d'Assise, Éditions Calmann-Lévy, Paris, 1996.
- JOUVENT R. (dir.), La vulnérabilité, P. U. F., collection Monographies de psychopathologie, Paris, 2001.
- KAUFMANN J. -C., Sociologie du couple, P. U. F., collection Que sais-je ?, 2ème édition, 1995.
- KRISHNAMURTI J., Cette lumière en nous. La vraie méditation, Éditions Stock, 2000.
- KRISTEVA J., Lettre au président de la République sur les citoyens en situation de handicap, à l'usage de ceux qui le sont et de ceux qui ne le sont pas, Éditions Fayard, 2003.
- LAPLANTE L., L'utopie des droits universels. L'ONU à la lumière de Seattle, éditions Ecosociété, Montréal, 2000.

- MAZEL O., L'exclusion le social à la dérive, Le Monde Éditions, Marabout, collection Le Monde poche, La Flèche (Sarthe), 1997.
- MOREAU A., Le notaire dans la société française d'hier à demain, Economica, collection Mieux connaître, 1999.
- PASCAL B., Pensées, Éditions Jean de Bonnot, 1979.
- POUSSIN G. et MARTIN-LEBRUN E., Les enfants du divorce. Psychologie de la séparation parentale, éditions Dunod, Paris, 1997.
- SEN A., L'économie est une science morale, Éditions La Découverte, Paris, 1999.
- SIEGEL B. S., L'amour, la médecine et les miracles, éditions J'ai lu, collection aventure secrète, Paris, 1996.
- THOMAS E., Le viol du silence, Éditions J'ai lu, Paris, 2003.

III - Thèses

- BERTHET P., Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, Thèse Lyon III, L'Harmattan, 2000.
- CARBONNIER J., Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Thèse Bordeaux, 1932.
- GOURDON C., La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute, Thèse Paris, 1963.
- JOUVENET M. -C., Des clauses insérées dans le régime de communauté par la pratique notariale, Thèse Lyon, 1979.
- LABRUSSE-RIOU C., L'égalité des époux en droit français et en droit allemand, Thèse Paris 1965, Bibliothèque de droit privé, tome 56, L. G. D. J.
- LAGRAULA-FABRE M., La violence institutionnelle : une violence commise sur des personnes vulnérables par des personnes ayant autorité, Thèse Lyon III, 2003.
- LEMOULAND J. J., L'intégrité du consentement au mariage, Thèse Bordeaux, 1984.
- LEVENEUR L., Situations de fait et droit privé, L. G. D. J., 1990.
- PHILIPPE C., Le devoir de secours et d'assistance entre époux, Bibliothèque de droit privé, tome 170, L. G. D. J., 1981.

- PORCHY S., Volonté du malade et responsabilité du médecin, Thèse Lyon III, 1994.
- RIEUBERNET C., Les donations entre époux. Étude critique, Tome 3, Éditions Defrénois, 2003, Doctorat & Notariat, collection de Thèses.

IV- Chroniques

- ABRY B., « *L'article 404-1 du Code pénal et le notaire* » : J. C. P. éd. N., 1990, prat., 1235.
« Tontine et mariage » : J. C. P. éd. N., 1992, prat., pp. 169 et s.
- ALBCHERAOUI D., « *Nullité ou inopposabilité des actes frauduleux accomplis dans la gestion de la communauté* » : J. C. P. éd. N., 1993, I, pp. 318 et s.
- ANCEL P., *« Du redressement à la liquidation judiciaire civile ? »* : Dr. et patr., n° 64, octobre 1998, pp. 53 et s.
- ANDORNO R., *« Procréation artificielle, personnes et choses »* : R. R. J., 1992-1, pp. 13 et s.
- ANGEVIN H., « *Viol d'autrui ou viol de la loi ?* » : Dr. pénal, mars 1998, chron., pp. 4 et s.
- ARHEL P., *« Les prix abusivement... élevés »* : J. C. P. éd. E., 1997, I, 632.
- ASCENCIO P., *« L'annulation des donations immorales entre concubins, cause ou notion de condition résolutoire »* : R. T. D. civ., 1975, pp. 248 et s.
- ATIAS C., « *Le droit de nuire* » : D., 1997, chron., pp. 385 et 386.
« Le code civil nouveau » : D., 1999, chron., p. 200.
- AUBERT J. -L., « *Les relations entre bailleurs et locataires en droit français* » : *in* GHESTIN J. et FONTAINE M., La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges, préc., pp. 165 et s.
- AUBY J. -M., « *La loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation* » : J. C. P., 1990, I, 3463.
« Aperçus sur la situation juridique du malade dans le système de santé français (médecine libérale »" : Les petites affiches, n° 61, du 21 mai 1997, pp. 4 et s.
- AUDARD C., « *La démocratie rêvée* » : *in* AUDARD C. (dir.), Le respect. De l'estime à la déférence : une question de limite, préc., pp. 177 et s.

- AULAGNIER J., *« La protection des héritiers réservataires exclus du bénéfice de l'assurance-vie »* : Dr. et patr., n° 61, juin 1998, pp. 34 et s.

« *Le droit de rachat : un droit de créance discuté »* : J. C. P. éd. N., 1999, famille, pp. 1405 et s.

- AUMONT F., *« La réforme des droits du conjoint survivant : une loi attendue »* : J. C. P. éd. N., 2001, famille, pp. 651 et s.

- AUVRET P., « *Les sanctions du non respect de la présomption d'innocence par les journalistes »* : Gaz. Pal., 1995, II, doct., pp. 1053 et s.

- AVENA-ROBARDET V., « *MURCEF et autres : nouveautés dans les relations banque-client »* : D., 2002, le point sur, pp. 186 et s.

- AYACHE G., *« À quoi bon !!! (à propos du plaider coupable) »* : D., 2004, point de vue, pp. 356 et s.

- BABUSIAUX C., « *Conclusion »* : Rev. Conc. Consom., n° 92, juillet-août 1996, p. 35.

- BADEL M., *« La lutte contre l'exclusion dans l'Union européenne »* : R. D. sanit. soc., 2003, pp. 363 et s.

- BADINTER R, *« L'horizon moral de notre temps »* : *in* BETTATI M., DUHAMEL O. et GREILSAMER L., La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 156 et s.

- BAFFOY G., *« Les clauses de révision de prix et de complément de prix dans les cessions de valeurs mobilières »* : J. C. P. éd. N., 1997, prat., 3919, pp. 75 et s.

- BALMARY D., « *Le droit du licenciement économique est-il vraiment un droit favorable à l'emploi ? »* : Dr. soc., 1998, pp. 131 et s.

- BALSAN A., *« Guide pratique de l'aide juridique »* : Gaz. Pal., 1996, II, doct., pp. 1107 et s.

« *Aide à l'accès au droit : vers la réforme des conseils départementaux de l'aide juridique ? »* : Gaz. Pal., des 21/23 décembre 1997, doct., pp. 8 et s.

- BARABÉ-BOUCHARD V., « *Le changement de signification du principe d'immutabilité des régimes matrimoniaux »* : J. C. P. éd. N., 1994, I, pp. 111 et s.

« La famille et le sida » : *in* FEUILLET-LE MINTIER B. (dir.), Le sida aspects juridiques, Éditions Economica, 1995, pp. 21 et s.

- BARBERBER C., « *Les personnes vulnérables »* : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1996, pp. 277 et s.

- BARBIER P., « *L'adhésion, par l'un des époux, à une secte, telle que celle des témoins de Jéhovah, constitue-t-elle une cause de divorce ? »* : Gaz. Pal., 1969, 2, doct., pp. 136 et s.
- BARBIÉRI J. -F., *« Les souvenirs de famille : mythe ou réalité juridique »* : J. C. P., 1984, II, 3156.
- BARROIS J. L., « *Contrats d'assurance-vie et incidences sur les régimes communautaires »* : J. C. P. éd. N., 1999, famille, pp. 1414 et s.
- BASTE J. -C., « *Le point de vue du médecin »* : Les petites affiches, n° 61, du 21 mai 1997, pp. 20 et s.
- BATTEUR A., « *De la protection du corps à la protection de l'être humain. Les « anormaux » et les lois du 29 juillet 1994 »* : Les petites affiches, n° 149, du 14 décembre 1994, pp. 29 et s.
- BEAUCHARD J., « *Le bail forcé du logement de la famille à la suite du divorce (Commentaire de l'article 285-1 du Code civil) »* : J. C. P. éd. N, 1982, I, pp. 63 et s.
- BEIGNIER B., « *Une nouvelle proposition de loi relative au contrat d'union sociale. Copie à revoir »* : Dr. fam., avril 1997, chron., n°5, pp. 4 et s.
« La pratique : le PACS en questions. Aspects civils » : Dr. fam., Hors-série décembre 1999, pp. 31 et s.
« *Pacte civil de solidarité : problème quant à l'acte authentique »* : Defrénois, 2000, I, art. 37104, pp. 211 et s.
« Pacte civil de solidarité : nécessité du double original (À propos d'une réponse ministérielle) » : Defrénois, 2001, I, art. 37308, pp. 232 et s.
« La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial » : Dr fam., mars 2002, chron., n°5, pp. 4 et s.
« La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier » : Dr. fam., avril 2002, chron., n°4, pp. 4 et s.
- BEIGNIER B. et PERROT R., *« L'autre paix des familles »* : in JurisClasseur Procédures, février 2005, Dossier spécial réforme du divorce, p. 1.
- BELLIVIER F., « *Secte. Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales (JO 13 juin 2001, p. 9337) »* : R. T. D. civ., 2001, pp. 682 et s.
« Divorce. Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce » : R. T. D. civ., 2004, chron., pp. 565 et s.

- BELLOIR-CAUX B., « *Le délit d'abus de faiblesse ou d'ignorance : une protection excessive ? »* : Les petites affiches, n° 70 du 11 juin 1993, pp. 19 et s.
- BÉNABENT A., « *La liberté individuelle et le mariage »* : R. T. D. civ., 1973, pp. 440 et s.
« Plaidoyer pour quelques réformes du divorce I - Sur les effets » : D., 1997, chron., pp. 225 et s.
- BENCHIKH M., *« La dignité de la personne humaine en droit international »* : *in* PAVIA M. –L. et REVET T. (dir.), La dignité de la personne humaine, préc., pp. 37 et s.
- BENOIT A., « *La pratique : le PACS en questions. Aspects sociaux »* : Dr. fam., Hors-série, décembre 1999, pp. 42 et s.
- BERAUDO J. –P., « *Convention de Lugano du 16 septembre 1988. Généralités »* : Jur. - Cl. procédure civile, fasc. 53-2, 6-1991.
- BERNARDEAU L., *« Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99 »* : J. C. P., 2002, I, 168.
- BEROUJON C., *« Variations sur la nature juridique de la liste de mariage »* : D., 1998, chron., pp. 10 et s.
- BERR C. –J., « *Vulnérabilité et assurance »* : *in* COHET-CORDEY F., Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 233 et s.
- BERTHET P., *« Solidarités familiales »* : J. C. P., 2003, I, 148.
- BERTRAND-COMAILLS M. et CRÉMONT G., *« Demain la famille, les ruptures »* : *in* Demain la famille, 95ème Congrès des notaires de France Marseille 9-12 mai 1999, pp. 541 et s.
- BIBAL F., *« Accidents du travail exclus de la CIVI : jusqu'où ira-t-on ? (À propos de Cass. soc., 7 mai 2003) »* : Gaz. Pal. des 7/9 mars 2004, doct., p. 2.
- BIEGELMANN-MASSARI M., *« Quand le Code civil interdit le mariage et marie les défunts »* : Droit et société, 1994, n° 26, pp. 155 et s.
« *Les dispenses civiles au mariage de 1960 à 1992. I. Le choix d'un parent pour conjoint »* : Population, 1996, n° 1, pp. 61 et s.
- BIGOT J., « *Tempête ou vaguelette sur l'assurance-vie »* : J. C. P., 2000, act., pp. 2215 et s.
- BIHL L., « *La protection du consommateur particulièrement fragile »* : La semaine juridique, cahiers de droit de l'entreprise, n° 2-1985, pp. 34 et s.

- BLATTER J. -P., « *Les modifications apportées par la loi SRU à la loi du 6 juillet 1989 et au droit commun du bail d'habitation et mixte* » : A. J. D. I., mars 2001, pp. 215 et s.

- BOSSE-PLATIÈRE H., « *Révision de la prestation compensatoire et licenciement économique* » : J. C. P., 1996, I, 3946.

« *La présence des grands-parents dans le contentieux familial* » : J. C. P., 1997, I, 4030.

« *La physionomie nouvelle de la prestation compensatoire dans la loi n°2004-439 du 26 mai 2004* » : J. C. P., 2004, I, 167.

- BOULANGER D., « *La nouvelle donne de l'indétermination du prix (Quatre arrêts de l'Assemblée plénière du 1er décembre 1995)* » : J. C. P. éd. N., 1996, I, pp. 493 et s.

« *Vendre en viager... et mourir (à propos de Cass. 1ère civ., 16 avril 1996)* » : J. C. P., éd. N., 1997, I, pp. 527 et s.

- BOULANGER G. et TAJO Y., *« La protection juridique des agents publics contre le harcèlement moral »* : Petites affiches, n°256, du 24 décembre 2003, pp. 3 et s.

- BOULBES R, *« Des aspects successifs du devoir d'entretien entre époux séparés »* : J. C. P., 1958, I, 1434.

- BOULOC B., « *La loi de 1905 en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs* » : *in* GHESTIN J. (dir.), Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, L. G. D. J., 1987, pp. 13 et s.

- BOURDILLAT J. -J., *« La résiliation du bail à usage d'habitation à l'épreuve de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : approche pragmatique d'un leurre politique »* : D., 1999, chron., pp. 375 et s.

- BOURGEOIS M., « *La faute du demandeur dans le divorce pour faute* » : D., 1986, chron., pp. 89 et s.

- BOURRIÉ-QUENILLET M., « *Le préjudice sexuel : preuve, nature juridique et indemnisation* » : J. C. P., 1996, I, 3986.

« Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine » : J. C. P., 2004, I, 136.

- BOUTEILLER P., *« La procédure de rétablissement personnel de la loi du 1er août 2003 »* : Dr. et patr., novembre 2003, pp. 34 et s.

- BOUZAT P., « *Démarchage à domicile* » : R. T. D. com., 1992, p. 270.

- BOYER Y., « *La révision de la prestation compensatoire* » : D., 1980, chron., pp. 263 et s.

- BRANE A., BRANE O -J., KERLANN M., « *Squat et droit au logement (portée de l'arrêt de la Cour de cassation du 1er mars 1995* » : Gaz. Pal., 1995, II, doct., pp. 1060 et s..

- BRANLARD J.- P., « *Magie, aliments et droit. Croyances comestibles et populaires* » : Gaz. Pal., 1999, II, doct., pp. 1408 et s.
- BRAULT J. -Cl., « *L'intention libérale dans les relations familiales* » : Defrénois, 1998, I, art. 36900, pp. 1425 et s.
- BRAZIER M., *« La prestation compensatoire à l'épreuve de 10 années de pratique »* : Gaz. Pal., 1985, II, doct., pp. 630 et s.
- BRÉMOND V., « *L'industrie personnelle des époux déployée au profit d'un bien propre peut-elle donner naissance à un droit à récompense pour la communauté ? (À propos d'un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 5 avril 1993)* » : J. C. P., éd. N., 1994, doct., pp. 11 et s.
- BRUN A. –S. et GALLIARD C., « *La vulnérabilité de l'enfant et de la femme mariée : évolution historique de 1804 à nos jours* » : *in* COHET-CORDEY F., Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 145 et s.
- BRUNET B., « *Les modes alternatifs de règlement des litiges. Quelques propos sur la réforme de la justice et la régulation par le droit* » : Gaz. Pal., des 21/23 décembre 1997, doct., pp. 2 et s.
- BUFFELAN-LANORE Y., « *Divorce. Divorce pour faute. Faits imputables à un époux : principales applications* » : Jur. -Cl. civ., art. 242 à 246, fasc. 20, 2, 1996.
- BUFFETEAU P., « *Assurance-vie. D'épargne et d'assurance* » : J. C. P. éd. N., 2001, famille, pp. 507 et s.
« Article L. 132-13... le retour ? » : J. C. P. éd. N., 2001, fam., pp. 1270 et s.
- BYK C., *« Bioéthique. Législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique »* : J. C. P., 2002, I, 146.
- CADIET L., *« L'équité dans l'office du juge civil »* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 87 et s.
- CALAIS-AULOY J., *« Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel »* : D., 2002, chron. doct., pp. 2458 et s.
- CALAIS-AULOY M. -T., *« La libération du droit de la responsabilité par l'abandon de la notion de faute »* : D. du 9 avril 1998, dernière act., p. 1.
« *La vie préjudiciable* » : D., 2000, n° 15, point de vue, p. IV.
- CAPITANT H., « *Les effets des obligations* » : R. T. D. civ., 1932, pp. 723-724.
« *Le permis de séduire* » : D. H., 1933, chron., pp. 1 et s.

- CARBONNIER J., « *Terre et ciel dans le droit français du mariage* » : *in* Le droit privé français au milieu du XXè siècle, Études offertes à Georges RIPERT, T. I, Études générales Droit de la famille, L. G. D. J., 1950, p. 330.

« *Le statut des bijoux dans le droit matrimonial* » : Répertoire Général Pratique du Notariat et de l'Enregistrement, 1950, art. 26885, p. 314.

Préface à la thèse de C. GOURDON, La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute, Paris, 1963, p. VIII.

« *La question du divorce* » : D., 1975, chron., pp. 115 et s.

« *De peu, de tout et de rien* » : *in* Études offertes à René RODIÈRE, Dalloz, 1981, pp. 47 et s.

« *Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité* » : Population, 1992, pp. 745 et s.

« *Le droit de la famille, état d'urgence* » : J. C. P., 1998, I, 184.

«*Préface* » : *in* J. MASSIP, Les incapacités (Étude théorique & pratique) : préc. p. 28.

- CASEY J., *« Legs à un directeur de clinique : attendez le retour à la maison et pensez à la forme authentique ! »* : R. J. P. F., n° 1, janvier 2001, pp. 25 et s.

« De la jurisprudence à la pratique notariale » : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1414.

« Les incidences de la loi du 26 mai 2004 en droit patrimonial de la famille » : R. J. P. F., octobre 2004, pp. 6 et s.

- CATALA N. et BONNET R., *« La Charte de 1989 : un texte non contraignant... mais source de jurisprudence »* : *in* MEYER A. (dir), L'Europe sociale, préc., pp. 23 et s.

- CATALA P., « *La jurisprudence, gardienne de l'égalité successorale* » : D., 1962, chron., pp. 99 et s.

« *Variations autour de la communauté universelle* » : Defrénois, 1996, I, art. 36260, pp. 209 et s.

« *Personnes et patrimoine* » : Dr. fam., novembre 1996, n° 1, Repères, p. 3.

« *Couple et modernité : gestion et transmission du patrimoine. Rapport de synthèse présenté au 84ème Congrès des notaires* » : Defrénois, 1988, I, art. 34305, pp. 977 et s.

« Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant » : J. C. P., 2001, act., pp. 861 et s.

« Successions. Des droits du conjoint successible. Des droits au logement » : Jur. -Cl. civ., art. 756 à 767, fasc. 20, 5, 2003.

- CAUSSE H., « *Le principe de sûreté et le droit à la sécurité Regards sur la future loi (loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 « sécurité quotidienne »* : Gaz. Pal. des 19/20 décembre 2001, doct., pp. 2 et s.

- de CESSEAU J., *« La loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, ou la paralysie programmée de l'activité médicale au grand dommage des patients »* : Gaz. Pal. des 9/11 juin 2002, Libres propos, pp. 12 et s.

- CETTINA N., « *Responsable mais pas fautif : à quand une loi encadrant le risque médical dans les établissements publics de santé ? »* : Revue générale de droit médical, 2001, n° 6, pp. 5 et s.

- CHABAS F., « *L'interprétation des art. 2 à 6 de la loi du 5 juillet 1985 et la question des recours »* : Gaz. Pal., 1995, I, doct., pp. 656 et s.

- CHABOT G., *« Brèves observations sur l'insertion d'une clause d'exhédération dans une donation entre époux »* : Petites affiches, n°6, du 8 janvier 2004, pp. 3 et s.

- CHADELAT C., « *La physionomie nouvelle du droit de la famille »* : Gaz. Pal. des 16/17 février 1996, Spécial droit de la famille, pp. 3 et s.

- CHAINE S. et IWANESKO M., *« La transmission successorale maîtrisée »* : *in* 96ème Congrès des notaires de France Lille 28-31 mai 2000, Le patrimoine au XXIè siècle : pp. 715 et s.

- CHAMPENOIS-MARMIER M. -P et SANSOT J., *« Majeurs protégés. Introduction »* : Jur. -Cl. civ., art. 488 à 514, fasc. 10, 2-1992.

- CHARBIT N., « *L'esperanto du droit ? La rencontre du droit communautaire et du droit des contrats. À propos de la Communication de la Commission européenne relative au droit européen des contrats »* : J. C. P., 2002, I, 100.

- CHARBONNEAU C. et PANSIER F. -J., « *La loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence : première approche »* : Gaz. Pal., des 21/22 juin 2000, doct., pp. 11 et s.

« *Présentation de la loi de modernisation sociale »* : Gaz. Pal. des 3/5 février 2002, doct., pp. 10 et s.

« Présentation des dispositions relatives au surendettement dans la loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine » : Gaz. Pal. des 8/9 octobre 2003, doct., pp. 3 et s.

- CHARIOT P., *« L'intervention du médecin en garde à vue »* : A. J. Pénal, juillet-août 2004, pp. 279 et s.

- CHARLIN J., « *Le contrat de concubinage, formule* » : J. C. P. éd. N., 1991, I, pp. 459 et s.
« La preuve des récompenses (À propos de Cass. 1re civ., 14 janv. 2003) » : J. C. P. éd. N., 2003, famille, 1392.
- CHAZAL J. –P., *« Vulnérabilité et droit de la consommation »* : *in* COHET-CORDEY F., Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 243 et s.
- CHEVALLIER-DUMAS F., « *La fraude dans les régimes matrimoniaux* » : R. T. D. civ., 1979, pp. 40 et s.
- CHEYNET de BEAUPRÉ A., *« La loi sur la fin de vie »* : D., 2005, point de vue, pp. 164 et s.
- CHRISTIANOS V., « *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs* » : D., 1993, chron., pp. 28 et s.
- CHRISTOL G., « *Un commun regard minimum sur les êtres et sur les choses* » : Petites affiches, n° 78, du 1er juillet 1998, pp. 5 et s.
- CHVIKA E., *« Euthanasie : le droit au suicide assisté doit-il être ajouté sur la liste des droits de l'homme ? (à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 avril 2002, Diane Pretty c/Royaume-Uni) »* : Dr fam., mars 2003, chron., n°9, pp. 7 et s.
- CLAPIÉ M., *« Traité ou Constitution ? À propos du projet de Constitution de l'Union européenne »* : D., 2004, chron. doct., pp. 1176 et s.
- CLAUX J. P., FEYDEAU M. -T. et ROBINEAU M. -L., « *La prestation compensatoire subie ou choisie* » : J. C. P. éd. N., 1987, prat., 132, pp. 247 et s.
- COHEN C., « *À propos de l'affaire du sang contaminé. L'incrimination introuvable* » : Gaz. Pal., 1995, doct., pp. 131 et 132.
- COHEN-JONATHAN G., « *Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la pensée. Protection de l'activité sociale et politique. Droit au respect des biens. Principes de non discrimination* » : Jur. -Cl. Europe, fasc. 6522, 9-1992.
« Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme » : *in* Liber amicorum Marc-André EISSEN, Éditions Bruylant et L. G. D. J., 1995, p. 39.
- COHET-CORDEY F., « *Préface* » : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 9 et s.

- COIFFARD D. et DELECRAZ Y, *« Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? »* : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 77 et s.

« Liberté, égalité, familles » : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle, 100ème Congrès des notaires de France Paris 16-19 mai 2004, pp. 601 et s.

- COMBARNOUS M., « *L'équité et le juge administratif »* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 77 et s.

- COMBRET J., « *Entretien »* : R. J. P. F., février 2001, p. 4.

- COMBRET J. et PILLEBOUT J. –F., *« Le règlement des successions depuis la loi du 3 décembre 2001 quelques conseils pratiques »* : J. C. P. éd. N., 2003, en bref, 158.

- COMMAILLE J., *« Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus Du « législateur juridique » au juriste consultant »* : *in* Études offertes à RUBELLIN-DEVICHI J., Des concubinages Droit interne Droit international Droit comparé, préc., pp. 19 et s.

- CONCIALDI P., « *Faut-il attendre la fin du chômage pour relever les minima sociaux ? »* : Dr. soc., 1998, pp. 261 et s.

- CORNARDS I., *« L'inceste en droit français »* : Gaz. Pal., 1995, I, pp. 888 et s.

- CORNU G., « *La réforme des régimes matrimoniaux »* : J. C. P., 1966, I, 1968.

« *Centenaire »* : D., 1959, chron., pp. 215 et s.

« *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français »* : *in* Travaux de l'association Henri CAPITANT, Montréal, tome 24, pp. 131 et s.

« *Du sentiment en droit civil »* : *in* G. CORNU, L'art du droit en quête de sagesse, P. U. F., collection Doctrine juridique, 1998, pp. 71 et s.

- CORON D. et LUCET F., *« Régime de participation aux acquêts : application des mesures fiscales prises à la suite de la jurisprudence Praslicka »* : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 733 et s.

- CORPART I., *« L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi du 3 décembre 2001 »* : D., 2002, chron. doct., pp. 2952 et s.

« Mariage à titre posthume : une prérogative présidentielle dépassée ? » : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1328.

- CORRIGNAN CARSIN D., *« Validité de la clause de non concurrence et protection des intérêts légitimes de l'entreprise »* : Dr. soc., 1992, pp. 967 et s.

- COT J. –P. et PELLET A., *« Avant-propos »* : *in* COT J. –P. et PELLET A. (dir.), La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, Economica, 2ème édition 1991, p. VII.
- CÔTE N., *« Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers Titre III de la loi n°2003-710 du 1er août 2003 »* : J. C. P., 2003, I, 175.
- COULON J. -M., *« Extraits du discours de M. Jean-Marie COULON Président du Tribunal de grande instance de Paris »* : Gaz. Pal. des 27 au 29 septembre 1998, pp. 22 et s.
- COURAULT F., *« La suppression de deux recours en récupération de l'aide sociale améliore les droits des personnes handicapées »* : Rev. jur. pers. et fam., n°5, mai 2002, pp. 24 et s.
- COURCELLE S., *« La prestation compensatoire »* : Gaz. Pal. des 18/19 mars 1998, doct., pp. 10 et s.
- COURET A., *« Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence »* : Dr et patr., janvier 1996, pp. 48 et s.
- COURTIEU G., « *Réflexions inconvenantes sur le droit et la valeur de rachat »* : Resp. civ. et assur., juin 1995, chron., n° 27, pp. 5 et s.
« Assurance sur la vie : les colonnes du temple auraient-elles été ébranlées ? » : Resp. civ. et assur., décembre 2000, chron. n°28, pp. 6 et s.
« Assurance sur la vie : les primes manifestement exagérées » : Resp. civ. et assur., janvier 2003, chron., pp. 6 et s.
- COUTURIER G, *« Les relations entre employeurs et salariés en droit français »* : *in* GHESTIN J. et FONTAINE M. (dir.), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges : précité, pp. 143 et s.
« *L'intérêt de l'entreprise »* : *in* Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, P. U. F., 1992, pp. 143 et s.
« Licenciement économique : choix de l'employeur et contrôle du juge » : Liaisons sociales, février 2001, pp. 58 et s.
- CRÉMONT G., *« Divorce : le sort des donations et avantages matrimoniaux »* : Defrénois, 1999, I, art. 36974, pp. 513 et s.
- CRENNER E., « *Famille, je vous aide »* : INSEE PREMIÈRE, n° 631, février 1999, pp. 1 et s.
- CROZE H., *« L'aménagement des expulsions par la loi contre les exclusions »* : Procédures, octobre 1998, comm., pp. 9 et s.

« *Repères* » : Procédures, janvier 1999, p. 3.
« *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* » : Procédures, avril 2001, chron., n° 7, pp. 7 et s.
« *Débiteurs, le législateur vous souhaite un prompt rétablissement* » : Procédures, octobre 2003, comm., n°221, pp. 14 et s.
- CULIOLI M., « *La maladie d'un époux idéalisme et réalisme en droit matrimonial français* » : R. T. D. civ., 1968, pp. 253 et s.
- DAGOT M., « *L'acquisition faite au profit du survivant des acquéreurs* » : J. C. P., 1972, I, 2442.
« *Le conjoint survivant, héritier réservataire ?* »: D., 1974, chron., pp. 39 et s.
« *L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Liberté - Égalité - Fraternité)* » : *in* Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 305 et s.
« *L''usufruit légal du conjoint survivant dans le projet de réforme du droit successoral* » : J. C.P., 1995, I, 3822.
- DAIGRE J. –J., « *Loi "MURCEF" et droit bancaire* » : J. C. P., 2002, I, 117.
- DANTI-JUAN M., « *État de nécessité* » : Répertoire de droit pénal, Dalloz, octobre 1997, pp. 1 et s.
- DAUBECH L., « *Le statut du patient hospitalisé, vers l'incertitude juridique* » : Gaz. Pal. des 20/21 février 1998, pp. 12 et s.
- DAURY-FAUVEAU M., « *La faute de l'aliéné et le contrat* » : J. C. P., 1998, I, 160.
- DAVID R., « *Modernisation des règles relatives à la sécurité générale des produits* » : Bulletin d'actualité Lamy droit économique, n°176, septembre 2004, pp. 1 et s.
- DAVID S., « *Les contours de la future prestation compensatoire* » : A. J. famille, juin 2003, pp. 211 et s.
« *Le nouveau visage de la prestation compensatoire* » : A. J. famille, juin 2004, pp. 218 et s.
- DARES, « *Moins des deux tiers des chômeurs sont indemnisés* » : Lamy Protection sociale, n°194, mars 2005, pp. 1 et s.
- DE BERMOND DE VAULX J. M., « *La promesse d'épouser sa maîtresse* » : D., 1966, chron., pp. 137 et s.

- DEBOISSY F., « *Le fisc et le mariage posthume* » : Les petites affiches, n° 131, du 2 novembre 1994, p. 4.
- DECAUX E., *« Non-discrimination »* : *in* BETTATI M., DUHAMEL O. et GREILSAMER L., La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 34 et s.
- DECHEIX P., « *Abus frauduleux d'un état de faiblesse* » : Jur. -Cl. pénal, art. 313-4, 8-1996.
- DEKEUWER A., *« La rétroactivité in mitius en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté ! »* : J. C. P., 1997, I, 4065.
- DE LAMY B., *« La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (suite et fin) »* : D., 2004, chron. doct., pp. 1982 et s.
- DEL ARCO S. et LEMOULAND J. –J., *« Séparation et divorce dans la loi du 26 mai 2004 »* : Dr. fam., mars 2005, études, 5, pp. 7 et s.
- DELECRAZ Y., *« Le projet de réforme du divorce »* : Defrénois, 2004, doct., art 37935, pp. 641 et s.
- A. DELFOSSE, *« Entretien »* : R. J. P. F., mai 2003, act., p. 4.
- DELMAS SAINT-HILAIRE J. -P., *« Faits justificatifs, état de nécessité »* : Jur. -Cl. pénal, art. 122-7, 2-1996.
« La fiscalité successorale de l'assurance-décès » : J. C. P. éd. N, 1995, prat., 3324, pp. 623 et s.
« *Turbulences sur l'assurance-vie* » : Resp. civ. et assur., février 1999, pp. 4 et s.
« Incapables majeurs et pratique notariale » : Dr. et patr., n° 80, mars 2000, pp. 66 et s.
« *Réforme des successions examen d'une difficulté de droit transitoire : l'action en retranchement (À propos de l'article 1527, alinéa 2 nouveau, du Code civil)* » : Defrénois, 2002, I, art. 37473, pp. 153 et s.
« Quotités disponibles entre époux : un plafond même après la loi du 3 décembre 2001 » : R. J. P. F., avril 2003, p. 27.
« Assurance-vie et chambre mixte : alea jacta est ! » : R. J. P. F., février 2005, pp. 25 et s.
- DELORY C. et FRULEUX F., *« Réforme des successions (L. 3 déc. 2001) L'Administration fiscale prend enfin position ! »* : J. C. P. éd. N., 2003, en bref, 107.
- DENOIX DE SAINT MARC R., « *Éditorial* » : *in* Conseil d'État, Rapport public 1999, Jur. et avis de 1998, L'intérêt général, Études et documents n° 50, La documentation française, 1999, pp. 7 et s.
- DEPREZ P., *« La participation aux acquêts : oui, mais !... »* : J. C. P. éd. N., 1988, I, p. 300.

- DERIEUX E., « *Référé et liberté d'expression* » : J. C. P., 1997, I, 4053.
- DESBARATS I., *« La réforme de la modernisation sociale »* : D., 2003, n°4, chron. doct., pp. 219 et s.
- DESCHRISTE C., « *Travail et formation professionnelle* » : D., 2002, Le point sur..., pp. 415 et s.
- DESCOMBES V., « *Louis DUMONT ou les outils de la tolérance* » : Esprit, juin 1999, pp. 65 et s.
- DESTAME C., *« Pacte civil de solidarité (PACS) un nouveau contrat solennel »* : J. C. P. éd. N., 1999, famille, pp. 1698 et s.
- DESWARTE M. -P., « *Intérêt général, bien commun* » : Revue de droit public et de science politique, 1988, pp. 1289 et s.
- - DION S., *« Le droit à l'habitat du pauvre, une application du principe de la dignité de la personne humaine »* : Les petites affiches, n° 49, du 22 avril 1996, p. 11.
- DOISNEAU L, *« Bilan démographique 2002. Légère diminution des naissances »* : INSEE PREMIÈRE, n°882, janvier 2003, pp. 1 et s.
- DOLLÉ M., *« La décentralisation du RMI et la création d'un revenu minimum d'activité, le RMA : une réforme problématique »* : Dr. soc., 2003, pp. 691 et s.
- DORSNER-DOLIVET A., *« La loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 relative aux sectes »* : J. C. P., 2001, aperçu rapide, pp. 2181 et s.
« *Loi sur les sectes* » : D., 2002, chron., doct., pp. 1086 et s.
- DOUAY S., *« La loi pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées L. n°2006-102, 11 févr. 2005 »* : J. C. P., 2005, act., 132.
- DOUET F., *« Principales nouveautés de la loi de finances pour 2002 et de la loi de finances rectificative pour 2001 intéressant le droit fiscal de la famille »* : Dr. fam., février 2002, chron., n° 4, pp. 12 et s.
« Les mesures fiscales prévues en faveur des contribuables handicapés » : A. J. Famille, n°4/2003, pp. 136 et s.
« Quelques observations sur l'abattement global de 50 000 € sur les successions en ligne directe et au profit du conjoint survivant : exemples pratiques » : J. C. P. éd. N., 2005, fiscal, 1141.

- DREIFUSS-NETTER F., *« Abandon de famille »* : Jur. –Cl. pénal, art. 227-3 à 227-4-1, 2. 2002.
- DUBOIS P., *« Mariage. Organisation de la société familiale. Direction de la famille (art. 213). Entraide des époux (art. 212 et 214) »* : Jur. -Cl. civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 2, 1989.
« Mariage. Régime matrimonial primaire. Modifications judiciaires des pouvoirs (art. 217, 220-1 à 220-3) » : Jur. -Cl. civ., art. 216 à 226, fasc. 40, 2, 1989.
- DUFOUR O., « *Le projet de loi sur la présomption d'innocence en discussion à l'Assemblée »* : Petites affiches, n° 56 du 19 mars 1999, pp. 3 et s.
- DUMONT L., *« Tocqueville et le respect de l'autre »* : Esprit, juin 1999, pp. 82 et s.
- DUNET-LAROUSSE E., *« L'euthanasie : signification et qualification au regard du droit pénal »* : R. D. sanit. soc., 1998, pp. 265 et s.
- DUPUY J. –P., « *La philosophie sociale et politique face à la misère de l'économie »* : *in* PAUGAM S. (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc. pp. 52 et s.
- DUQUESNE F., *« Harcèlement moral et subordination. Désillusions en marge de la discussion relative au harcèlement moral au travail »* : D., 2001, chron. doct., pp. 2845 et s.
- DURAND S., *« De l'utilisation des usufruits successifs lors d'une acquisition en démembrement de propriété »* : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 1839 et s.
- DURIEZ Ch., BERTOUT F. et AVRY J., *« Transmission et assurance-vie. Diversité des clauses bénéficiaires et maîtrise des renonciations »* : J. C. P. éd. N., 1996, prat., pp. 947 et s.
- Du RUSQUEC E., *« Aide juridique. Aide juridictionnelle. Aide à l'accès au droit »* : Jur. -Cl. Procédure civile, fasc. 122, 1-1997.
- EDELMAN B., « *Le droit et le vivant »* : La Recherche, n° 212, juillet-août 1989, pp. 966 et s.
- ÉGÉA P., *« Commentaire de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique »* : R. J. P. F., septembre 2004, pp. 6 et s.
- EMANE A., *« Les créances entre époux »* : J. C. P. éd. N., 1994, I, pp. 309 et s.
- ERGAN E., « *La qualification libérale de l'attribution à titre gratuit du bénéfice du contrat d'assurance-vie »* : R. J. P. F., n°7-8, juillet-août 2001, pp. 6 et s.
- ESMEIN P., *« Le nez de Cléopâtre et les affres de la causalité » :* D., 1964, chron., pp. 205 et s.

- EUZÉBY A., « *La mondialisation de l'économie, source de vulnérabilité* » : *in* COHET-CORDEY F., Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 47 et s.
- EXPOSITO M., « *La vulnérabilité dans la responsabilité civile délictuelle* » : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 189 et s.
- FAGNANI J. et MATH A., « *Fiscalité et prestations familiales en Europe : les familles aisées vivant en France sont-elles les plus favorisées ?* » : Revue française des affaires sociales, octobre-décembre 1998, pp. 149 et s.
- FARGE M., « *La délicate détermination des cas de nullité de mariage* » : J. C. P., 1997, I, 3996.
- FAUCHER D., *« Abattement spécial pour infirmité »* : J. C. ¨P. éd. N., 2000, fiscal, pp. 1736 et s.
- FAUCHEUX-BUREAU M., « *Le contentieux des successions en France entre 1975 et 1984. Données statistiques et juridiques* » : R. R. J., 1987-1, pp. 241 et s.
- FAVIER Y., *« Tribunal d'instance Juge d'instance Juge des tutelles »* : Jur -Cl. Procédure civile, fasc. 325, 6, 2003.
- FAVOREU L., « *La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980* » : Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1980, pp. 1627 et s.
« *Les juges constitutionnels et la vie* » : Droits, n° 13-1991, pp. 75 et s.
« L'impact des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel » : Semaine sociale Lamy, n° 1059, du 21 janvier 2002, pp. 16 et s.
- FELDMAN J. –P., *« Sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe »* : D., 2004, point de vue, pp. 1531 et s.
- FENOUILLET D., « *Respect et protection du corps humain. Protection de la personne. Principes* » : Jur. -Cl. civ., art. 16 à 16-12, fasc. 10, 2, 1997.
- FERRÉ-ANDRÉ S., *« Les contrats de concubinage »* : *in* RUBELLIN-DEVICHI J. (dir.), Droit de la famille, Dalloz, collection Dalloz action, 1996, pp. 332 et s.
« *L'acquisition en tontine* » : *in* RUBELLIN-DEVICHI J. (dir.), Droit de la famille, préc., pp. 348 et s.
« Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 » : Defrénois, 2002, I, art. 37572, pp. 863 et s.

- FEUERBACH-STEINLE M. –F., « *Le courtage matrimonial* » : Les petites affiches, n°89, du 27 juillet 1994, pp. 10 et s.
- FIECHTER-BOULVARD F., *« La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit »* : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 13 et s.
- FLAUSS J. –F., *« Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? »* : D., 2003, n°25, chron. doct., pp. 1638 et s.
- FLÉCHEUX G., *« La personne devant le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris »* : D., 1995, chron., pp. 5 et s.
- FLORAND J. –M., « *La protection des intérêts civils de l'adepte d'une secte et de sa famille* » : J. C. P., 1986, I, 3240.
- FLOUR J., *« Pot-pourri autour d'un arrêt Civ. 1ère, 15 février 1973 »* : Defrénois, 1975, I, art. 30854, pp. 145 et s.
- FLOUR Y., « *Libéralités et libertés. Libéralités et personnes physiques » :* Defrénois, 1995, I, art. 36142, pp. 993 et s.
« *Rapport DEKEUWER an I : Les projets de réforme du droit de la famille* » : Gaz. Pal. des 31 août/4 septembre 2001, doct., pp. 3 et s.
« Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant » : Gaz. Pal. des 2/3 octobre 2002, doct., pp. 27 et s.
- FONTAINE N., « *La jurisprudence de la C. J. C. E. est appelée à jouer un rôle clé* » : Dr. et patr., n° 62, juillet-août 1998, pp. 6 et s.
- FOSSIER T., « *Vingt-cinq ans de protection des majeurs* » : J. C. P. éd. N., 1993, I, pp. 164 et s.
« *Droits de la défense et personnes vulnérables* » : R. S. crim., 1998, pp. 58 et s.
« Le rapport du Groupe Jean Favard sur le dispositif de protection des majeurs » : J. C. P., 2000, act., pp. 1055 et s.
« Mémoire pour servir à l'histoire d'une loi future…1re partie » : Dr fam., juin 2002, chron., n°12, pp. 4 et s.
« La procédure civile et les personnes vulnérables » : *in* F. COHET-CORDEY, Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 265 et s.
« Le consentement du majeur vulnérable et du mineur à l'acte médical » : texte présenté en novembre 2002 à un colloque organisé par la Revue Droit et Patrimoine.

« Démocratie sanitaire et personnes vulnérables » : J. C. P., 2003, I, 135.

« La représentation légale des incapables, une théorie à construire »' : Dr. fam., mai 2004, études, n°10, pp. 6 et s.

« L'objectif de la réforme du droit des incapacités : protéger sans jamais diminuer » : Defrénois, 2005, I, art. 38076, pp. 3 et s.

- FOSSIER T. et DARRIEUX P., *« La contraception et les personnes handicapées mentales. Le point de vue des juges »* : Gaz. Pal. des 2/6 janvier 1998, libres propos, pp. 9 et s.

- FOSSIER T. et PLAZY J. –M., *« De la législation à la pratique notariale »* : J. C. P. éd. N., 2005, fam., 1105.

- FOULON-PIGANIOL C. –I., « *Mariage simulé ou mariage à effets limités ? (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1963) »* : D., 1965, chron., pp. 9 et s.

- FOURCADE M., JESKE V. et NAVES P., *« La loi d'orientation de lutte contre les exclusions. Sa mise en œuvre de 1998 à 2004 … et après »* : Dr. soc., 2004, pp. 687 et s.

- FOYER J. et KHAIAT L., *« Droit et sida : la situation française »* : *in* Droit et sida, comparaison internationale, C. N. R. S. Éditions, 1994, pp. 233 et s.

- FRANCESCAKIS P., « *Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation »* : Revue de l'arbitrage, 1974, pp. 67 et s.

- FRESNEL F., *« La stérilisation des handicapés mentaux »* : Médecine et droit, n° 31, juillet-août 1998, pp. 12 et s.

« La tutelle à la personne est aussi la mission du protecteur d'un majeur protégé » : Gaz. Pal des 25/26 août 1999, doct., pp. 2 et s.

« Éloge de la folie par le droit ou comment le droit apprécie-t-il l'altération des facultés mentales » : Gaz. Pal. des 2 et 3 août 2000, doct., pp. 2 et s.

« La stérilisation volontaire contraceptive » : D., 2001, interview, pp. 2045 et 2046.

- FRISON-ROCHE M. -A., *« Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice »* : J. C. P, 1997, I, 4051.

- FROGER D. et MORIN P., *« Le droit doit limiter les progrès de la science »* : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 60 et s.

« Science et raison du droit » : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle 100ème Congrès des notaires de France, Paris, 16-19 mai 2004, pp. 373 et s.

- FULCHIRON H., « *La transmission des biens dans les familles recomposées* » : Defrénois, 1994, I, art. 35853, pp. 833 et s.
« *Nationalité - naturalisation. Acquisition de la nationalité française à raison du mariage* » : Jur. -Cl. civ., art. 17 à 33-2, fasc. 60, 5-1995.
« Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) » : Defrénois, 2004, doct., art. 37999, pp. 1103 et s.
- GALIMARD M., *"La fiducie"* : Gaz. Pal., des 13/14 février 1998, doct., pp. 2 et s.
- GALLIER P., *« Peine (Nouveau Code pénal)* » : *in* Cahiers de l'actualité 1998-2 Mise à jour, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Tome V, Légitime défense à rébellion.
- GALLOUX J. –C., *« La loi n°2004-800 du 6 août 2004 sur la bioéthique* » : D., 2004, Le point sur, pp. 2379 et s.
- GANANCIA D., « *Pour un divorce du XXI*^{ème} *siècle* » : Gaz. Pal., 1997, I, pp. 662 et s.
- GARAPON A., « *Peine fixe v. individualisation » : analyse d'un clivage culturel"* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 137 et s.
- GARAY A., « *Réflexions sur les lobbies associatifs : le cas des associations dites anti-sectes* » : Gaz. Pal., 1996, I, doct., pp. 443 et s.
« Le droit au suicide assisté et la Cour européenne des droits de l'homme : le précédent de la dramatique affaire Pretty » : Gaz. Pal. des 14/15 août 2002, doct., pp. 2 et s.
- GARCON J. –P., *« Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale* » : J. C. P. éd. N., 2002, famille, 1402, pp. 1004 et s.
- GATEL J. -P. et FROGER D., « *Demain la famille, solidarités et responsabilités* » : *in* 95ème Congrès des notaires de France, Marseille 9/12 mai 1999, pp. 289 et s.
- GAUTIER P. –Y., *« La tacite reconduction reçoit ses titres de noblesse, via l'information légale d'information* » : Lamy Droit économique, n°182, mars 2005, pp. 1 et s.
- GAZIER B., « *Implicites et incomplètes : les théories économiques de l'exclusion* » : *in* PAUGAM S.(dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 42 et s.
- GELOT B., *« Le règlement de la créance compensatrice d'assistance aux parents âgés* » : Defrénois, 1996, I, art. 36363, pp. 842 et s.
- GENDREL M., « *Les infractions contre la famille et la morale sexuelle* » : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1964, pp. 31 et s.
- GENEVOIS B., « *Un statut constitutionnel pour les étrangers.* À *propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 93-325 DC du 13 août 1993* » : R. F. D. A., 1993, pp. 871 et s.

- GHESTIN J., *« L'incidence du décès du conjoint de l'assuré sur l'assurance-vie »* : J. C. P., 1995, I, 3881.
- GIRAY M., *« L'assurance-vie hors succession : la mort d'une fiction ? »* : Dr. et patr., n° 89, janvier 2001, pp. 24 et s.
- GIUDICELLI A., *« La garde à vue après la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 »* : A. J. Pénal, juillet-août 2004, pp. 261 et s.
- GODEFROY T., « *Nouvelle donne sur le marché du travail, nouvelle économie répressive ? »* : *in* PAUGAM S. (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 449 et s.
- GOFFMAN E., « *La ritualisation de la féminité »* : Actes de la recherche en sciences sociales, 1977, 14, pp. 34 et s.
- GONZALÈS-GHARBI N., *« Nouveau barème fiscal de l'usufruit : vraies avancées et faux problèmes »* : R. J. P. F., mars 2004, pp. 6 et s.
- GOUBEAUX G., *« Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant »* : Defrénois, 2002, I, art. 37519, pp. 427 et s.
- GOUESSE E., « *Réflexions sur l'aléa thérapeutique et son indemnisation »* : Petites affiches, n° 17, du 25 janvier 2000, pp. 10 et s.
- GOURIO A., « *Réforme du droit du surendettement des particuliers. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (Titre II - Chapitre 1er) »* : J. C. P., 1998, act., pp. 1413 et s.
- GOUTTENOIRE A. et PIERROT C., *« De nouveaux moyens pour lutter contre les violences conjugales »* : Dr. fam., novembre 2004, focus, p. 4.
- GRAFMEYER Y., *« La ségrégation spatiale »* : *in* PAUGAM S. (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 209 et s.
- GRANET-LAMBRECHTS F., *« Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacs »* : Dr. fam., avril 2005, études, n°9, pp. 10 et s.
- GRATALOUP S., *« La vulnérabilité de la règle de droit »* : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 33 et s.
- GRIDEL J. –P., *« Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité »* : D., 2001, chron. doct., pp. 872 et s.
- GRILLET-PONTON D., *« Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : Libres propos sur quelques situations atypiques »* : J. C. P., 2002, I, 108.

- GRIMALDI M., « *Donations et testaments, donations par contrat de mariage, donations consenties par des tiers, règles particulières* » : Jur. -Cl. civ., art. 1086 à 1090.
« *La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux : revirement de jurisprudence* » : Defrénois, 1985, I, art. 33565, pp. 881 et s.
« *Commentaire de la loi du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs* » : Gaz. Pal., 1986, II, doct., pp. 529 et s.
« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre » : Defrénois, 1991, art. 35085 et 35094, pp. 897 et s.
« *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille* » : Defrénois, 1994, I, art. 35841, pp. 737 et s.
- GROSCLAUDE J., « *L'impôt de solidarité sur la fortune. Genèse et problématique* » : Jur. -Cl. Impôt sur la fortune, fasc. 15, 5-1996.
- GRUBER A., « *Faut-il avoir peur de Traité d'Amsterdam ?* » : Les petites affiches, n° 17 du 25 janvier 1999, pp. 6 et s.
- GRYNBAUM L., « *La libre révocabilité de l'assurance-vie au bénéfice d'un époux : un principe moribond* » : Resp. civ. et assur., novembre 2000, chron., n° 25, pp. 6 et s.
« Après la loi économie numérique, pour un Code européen des obligations… raisonné » : D., 2004, chron. doct., pp. 2213 et s.
- GUÉGAN-LÉCUYER A., *« Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques »* : D., 2004, chron. doct., pp. 17 et s.
- GUEGUEN J. -M., « *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle* » : D., 1999, chron., pp. 352 et s.
- GUÉRY C., *« Une détention provisoire exceptionnelle… mais souhaitable »* : A. J. Pénal, juin 2004, pp. 238 et s.
- GUIGOU E., « *Le mot du garde des Sceaux* » : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 3 et s.
- GUIGUE J., « *Aléa thérapeutique : le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du Conseil d'État* » : Gaz. Pal., 2000, I, doct., pp. 520 et s.
- GUIHO P., *« Réflexions sur le mariage posthume »* : Mélanges offerts au Professeur Louis FALLETTI, Dalloz, 1971, pp. 321 et s.

- GUILLAUME G., « *Droit à la vie* » : *in* BETTATI M., DUHAMEL O., et GREILSAMER L., La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 37 et s.
- GUIMEZANES N., *« La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité »* : J. C. P., 2003, act., 592.
- GUINCHARD S., « *L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998* » : D., 1999, chron., pp. 65 et s.
- GUISELIN E. -P., *« L'accès à un logement décent et le droit de propriété : ni vainqueur, ni vaincu »* : Petites affiches, n° 51, du 13 mars 2000, pp. 6 et s.
- GUITON D., *« Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce »* : D., 1980, chron., pp. 237 et s.
- HALPERIN J. –L., *« L'Union européenne, un État en voie de constitution ? »* : D., 2004, point de vue, pp. 219 et s.
- HASSLER T., *« La liberté de l'image et la jurisprudence récente de la Cour de cassation »* : D., 2004, chron. doct., pp. 1611 et s.
- HAUSER J., "*Mariage, promesses de mariage, fiançailles*" : Jur. -Cl. Civ., app. art. 144 à 147, fasc. 10.
« Vers une théorie générale du droit familial ? » : D., 1991, chron., p. 56.
« *L'obligation civile d'entretien du jeune majeur* » : *in* L'enfant, la famille et l'argent, L. G. D. J., Paris, 1991, pp. 163 et s.
« La protection par l'incapacité des personnes âgées dépendantes » : R. D. sanit. soc., 1992, pp. 467 et s., spc. p. 467.
« *Mariage. Courtage matrimonial* » : Jur. -Cl. civ., App. art. 144 à 147, fasc. 20, 5 – 1992.
« *Conditions et formes des dommages-intérêts liés au divorce* » : R. T. D. civ., 1993, pp. 336 et s.
« *Divorce pour faute : les degrés du mariage ou faut-il abroger l'article 260 du Code civil ?* » : R. T. D. civ., 1994, p. 571.
« *Mariage posthume : les mariés du président* » : R. T. D. civ., 1995, pp. 865 et s.
« Dommages et intérêts » : R. T. D. civ., 1995, pp. 869 et s.
« *Concubinage des villes et concubinage des champs : sociétés de fait et Gaec* » : R. T. D. civ., 1996, pp. 133 et s.

« *La faute et la liberté de conscience des époux : les sectes* » : R. T. D. civ., 1996, pp. 367 et s.

« *Concubinages. Les comptes des concubins (suite)* » : R. T. D. civ., 1997, pp. 102 et s.

« La protection de la vie privée : conditions et sanctions » : R. T. D. civ., 1997, pp. 632 et s.

« *Société des établissements concubins et Cie* » : R. T. D. civ., 1997, pp. 636 et s.

« Les communautés taisibles » : D., 1997, chron., pp. 255 et s.

« *Fiancées délaissées et faux mariés* » : R. T. D. civ., 1999, pp. 816 et s.

« *Le droit de la famille et l'utilitarisme* » : *in* L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François TERRÉ, Dalloz, P. U. F., Éditions du Juris-Classeur, 1999, pp. 451 et s.

« *Couple et différence de sexe* » : *in* C. BRUNETTI-PONS (dir.), La notion juridique de couple, préc., pp. 95 et s.

« La notion d'incapacité » : Petites affiches, n° 164, du 17 août 2000, pp. 3 et s.

« Divorce : personnes et patrimoine » : Dr. et patr., n°128, juillet-août 2004, pp. 30 et s.

«Le divorce pour altération définitive du lien conjugal et la société de la réalité » : Dr. fam., février 2005, études, n°3, pp. 7 et s.

- HAUSER J. et DELMAS SAINT-HILAIRE P., *« Vers une responsabilité spécifique de la création de l'humain ? »* : R. J. P. F., juin 2002, pp. 6 et s.

« Vive les libéralités entre époux ! » : Defrénois, 2003, I, art. 37645, pp. 3 et s.

« Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 » : Defrénois, 2003, I, art. 37749, pp. 739 et s.

« Liberté, égalité, familles » : Petites affiches, n°92, du 7 mai 2004, pp. 82 et s.

- HAUSER J. et LEMOULAND J. J., *« Mariage »* : Répertoire de droit civil, pp. 25 et s.

- HEIDSIECK G., « *Le marché de la solitude et le droit (Commentaire de l'article 6 de la loi du 23 juin 1989 relatif au courtage matrimonial)* » : J. C. P., 1990, I, 3432.

- HENRY M. *« Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial »* : J. C. P., 1987, I, 3281.

- HERBAUT A. et MORIOU C., *« La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant »* : Gaz. Pal. des 6/7 juin 2003, doct., pp. 13 et s.

- HERZOG-EVANS M., « *Tendances actuelles du droit des fouilles corporelles* » : Gaz. Pal., des 24/26 février 2002, doct., pp. 3 et s.

- HILT P., LÉGER V. et SCHMITT M., *« Mariage, PACS, concubinage : tableau comparatif »* : A. J. famille, juillet-août 2004, pp. 278 et 279.

- HOCQUET-BERG S., *« Les sanctions du défaut d'information en matière médicale »* : Gaz. Pal., des 9/10 septembre 1998, pp. 12 et s.
- HOUX N., « *La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables »* : Petites affiches, n° 43, du 1er mars 2001, pp. 6 et s.
- HUET A., *« Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, généralités »* : Jur. -Cl. civ., art. 14 et 15, fasc. 10, 5-1995.
- HUGOT J. et PILLEBOUT J. –F., *« Les donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 »* : J. C. P. éd. N., 2002, famille, 1346, pp. 875 et s.
- HUILLIER J., *« Le délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur appliqué aux particuliers »* : Gaz. Pal. des 14/15 août 2002, chron., pp. 29 et s.
- IMBERT P. -H., « *Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels »* : Revue de droit public, 1989, pp. 739 et s.
- IWANESKO M., « *L'exécution de la donation entre époux »* : Defrénois, 2000, I, art. 37125, pp. 352 et s.
- IWEINS P. –A., « *L'accès au droit »* : D., 2002, interview, pp. 6 et s.
- JAEGER M., *« Du handicap à l'exclusion : des frontières brouillées »* : Esprit, décembre 1999, pp. 46 et s.
- JAMIN C., « *Législation française et communautaire 1er juillet 1994 - 30 septembre 1994, I. - Personnes... »* : R. T. D. civ., 1994, pp. 934 et s.
« *Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives »* : J. C. P., 1996, I, 3959.
« *Typologie des théories juridiques de l'abus »* : Rev. Conc. Consom., n° 52, juillet-août 1996, pp. 7 et s.
- JAN P., « *État de nécessité contre État de droit (à propos de la loi sur la sécurité quotidienne) »* : D., 2001, point de vue, pp. 3443 et s.
- JARROSSON Ch., *« Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 »* : J. C. P., 2001, I, 333.
- JEAMMAUD A. et LE FRIANT M., « *Du silence de l'arrêt SAT sur le droit à l'emploi »* : Dr. soc., 2001, pp. 417 et s.
- JEAN J. -P., *« Dix ans de réformes pénales : une recomposition du système judiciaire »* : Regards sur l'actualité, 2004, n°300, pp. 33 et s.

- JESTAZ P., « *Équité* » : Répertoire de droit civil, pp. 1 et s.
- JOHANET G., *« L'égalité d'accès aux soins »* : *in* Conseil d'État, Rapport public 1998, Jurisprudence et avis de 1997, Réflexions sur le droit à la santé, Études et documents n° 49, La Documentation Française, pp. 429 et s.
- JOSSERAND L., *« Le problème juridique de la rupture des fiançailles »* : D. H., 1927, chron., pp. 21 et s.
« Sur la nature juridique des donations entre époux lorsqu'elles portent sur des biens à venir » : D. H., 1930, chron., pp. 21 et s.
« Sur la reconstitution d'un droit de classe » : D. H., 1937, chron., pp. 1 et s.
- JOUANJAN O., *« Réflexions sur l'égalité devant la loi »* : Droits, 1992, n° 16, pp. 131 et s.
- JULIEN-LAFERRIÈRE F., *« Les dispositions répressives de la loi du 26 novembre 2003 »* : A. J. Pénal, mars 2004, pp. 96 et s.
- KATZ C., *« La preuve en matière de harcèlement sexuel : pas vu, pas pris ? »* : Gaz. Pal. des 27/28 mai 1998, doct., pp. 2 et s.
- KELLER M., *« La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations »* : D., 2002, n°17, le point sur…, pp. 1355 et s.
- KENGNE G., *« Le professionnel de la même spécialité »* : Petites affiches, n° 144 du 20 juillet 2000, pp. 17 et s.
- KÉRAVEC T. et MALLET É., *« Réforme des successions : les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins »* : J. C. P. éd. N., 2002, en bref, 117.
- KLEIN G., *« Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager »* : R. T. D. civ., 1979, pp. 13 et s.
- KOERING-JOULIN R. et SEUVIC J. –F., « *Droits fondamentaux et droit criminel »* : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 106 et s.
- KORNPROBST M., *« Aliments »* : Répertoire de droit civil, 1992.
- LABBÉE X., *« Juristes et médecins condisciples d'une même loi naturelle ? (Plaidoyer pour les sciences de la vie) »* : Petites affiches, n°92 du 7 mai 2004, pp. 67 et s.
« PACS : quelle finalité ? Quelle réforme ? » : A. J. Famille, juillet-août 2004, pp. 256 et s.
- LABORDE J. –P., *« RMI et RMA, entre correction de trajectoire et changement de cap ? »* : Dr. soc., 2004, pp. 251 et s.
- LABRUSSE-RIOU C., « *Couple et lien affectif »* : *in* BRUNETTII-PONS C. (dir.), La notion juridique de couple : préc., pp. 75 et s.

« Conclusion » : *in* Quel droit pour quelles familles ? Actes du colloque de Paris 2000 : préc., pp. 73 et s.

- LACABARATS A., *« Le juge et la laïcité : le droit au respect des croyances »* : Les petites affiches, n°119 du 3 octobre 1997, pp. 4 et s.

- LAFOND J., *« La loi "SRU" et les baux d'habitation »* : J. C. P., éd. N., 2001, immobilier, pp. 573 et s.

- LAGARDE X., *« Mondialisation, restructurations et jurisprudence sociale »* : J. C. P., 2001, I, 371.

- LAMBERT P., *« Le sort des détenus au regard des droits de l'homme et du droit supranational »* : R. T. D. hom., 1998, pp. 291 et s.

- LAMBERT-FAIVRE Y., « *La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé III - L'indemnisation des accidents médicaux »* : D., 2002, chron. doct., pp. 1367 et s.

« La responsabilité médicale : la loi du 30 décembre modifiant la loi du 4 mars 2002 » : D., 2003, n°6, chron. doc., pp. 361 et s.

« De la gravité à géométrie variable d'un dommage corporel » : D., 2004, point de vue, p. 811.

- LAMBOLEY A., « *Mariage, formalités de célébration, mariage posthume »* : Jur. -Cl. civ., art. 171, édition 5, 1990.

- de LAMY B., « *Une nouvelle source du droit de la famille : la Convention européenne des droits de l'homme »* : Dr. fam., mars 1998, chron., pp. 9 et s.

- LANGLOIS P., *« Amiante : obligation de sécurité de résultat et faute inexcusable de l'employeur »* : D., 2002, n°16, interview, pp. 1285 et s.

- LAPÉROU B., « *La notion de harcèlement moral dans les relations de travail »* : R. J. S., juin 2000, pp. 423 et s.

- LAPÉROU-SCHENEIDER B., *« Les mesures de lutte contre le harcèlement moral »* : Dr. soc., 2002, pp. 313 et s.

- LARGUIER J., *« Le juge et l'astrologue »* : J. C. P., 1963, I, 1744.

« Le juge et le sorcier » : J. C. P., 1967, I, 2055.

- LAROQUE P., *« La charte sociale européenne »* : Dr soc., 1979, pp. 100 et s.

- LARRIBAU-TERNEYRE V., *« Mariage. Organisation de la communauté conjugale et familiale »* : Jur. -Cl. civ., art. 212 à 215, fasc. 10, 5-1998.

« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Deuxième partie : Les moyens du changement » : Dr. fam., juillet-août 2004, Études, n°16, pp. 6 et s.
« La réforme du divorce atteindra-t-elle ses objectifs ? Troisième partie : Les risques d'immobilisme » : Dr. fam., septembre 2004, études, n°19, pp. 7 et s.
- LARROUMET C., *« La libéralité consentie par un concubin adultère »* : D., 1999, chron., pp. 351 et s.
- LASSALAS C., « *Les critères de l'abus dans la rupture des relations contractuelles »* : Dr. et patr., n° 51, juillet/Août 1997, pp. 61 et s.
- LAZERGES C., *« À propos des fonctions du nouveau Code pénal français »* : Archives de Politique Criminelle, 1995, n° 17, p. 10.
- LEBEN C., *« Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi »* : Revue de droit public, 1982, pp. 295 et s.
- LEBORGNE A., *« La jurisprudence du droit des personnes. Cinquante ans de chroniques à la Revue trimestrielle de Droit Civil de 1950 à 1999 »* : R. R. J., 2001-3, pp. 1273 et s.
- LEBRETON G., *« Critique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »* : D., 2003, chron. doct., pp. 2319 et s.
- LÉCUYER H., *« La durée de la rente compensatoire en matière de divorce »* : Dr. fam., novembre 1996, chron. n° 1, pp. 4 et s.
« *Le notaire et la prestation compensatoire : problèmes liés à la durée de la prestation compensatoire »* : Dr. et patr., n°70, avril 1999, pp. 46 et s.
« *La loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce. Étude de droit civil »* : Dr. fam., septembre 2000, chron., n° 17, pp. 4 et s.
« PACS, circulaire, y a rien à voir » : Dr. fam., janvier 2001, repères, p. 3.
« Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie » : Dr. fam., mars 2005, études, pp. 11 et s.
- LE FOYER DE COSTIL H., *« Évolution de la jurisprudence judiciaire en matière de responsabilité médicale »* : *in* Conseil d'État, Rapport public 1998, Jurisprudence et avis de 1997, Réflexions sur le droit à la santé, pp. 391 et s.
- LEGEAIS R., *« Un gardien sans discernement. Progrès ou régression dans le droit de la responsabilité civile ? »* : D. 1984, chron., pp. 237 et s.
- LE GUIDEC R., *« La liquidation et le partage »* : *in* M. GRIMALDI (dir), Droit patrimonial de la famille, préc. pp. 208 et s.

-- LEMAIRE H., *« Une nouvelle formule : la clause d'accroissement à durée limitée »* : J. C. P. éd. N., 1998, immobilier, pp. 7 et s.

- LEMAIRE H, MAURIN A., POLI N. et ZECEVIC S., *« Le nouveau monde contractuel »* : *in* Code civil les défis d'un nouveau siècle, 100ème Congrès des notaires de France, Paris, 16-19 mai 2004, pp. 149 et s.

- LENOIR D., *« L'exclusion face au droit »* : *in* PAUGAM S. (dir), L'exclusion l'état des savoirs : préc., pp. 78 et s.

- LENOIR N., *« La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997 »* : *in* Conseil d'État, rapport public 1998, jurisprudence et avis de 1997, réflexions sur le droit de la santé, Études et documents n° 49, La documentation française.

- LEROUX M., « *Consommation. Protection des consommateurs : ce qui change avec la loi du 18 janvier 1992 »* : Rev. Conc. Consom., n° 66, mars-avril 1992, pp. 44 et s.

« L'abus de faiblesse des consommateurs, un abus de circonstances » : Rev. Conc. Consom., n° 72, mars-avril 1993, pp. 41 et s.

- LEROY M., « Assurance vie : brèves considérations sur les arrêts de la Chambre mixte du 23 novembre 2004 » : Revue Lamy Droit civil, janvier 2005, act., pp. 37 et s.

- LESBATS C., *« Chronique du divorce sur demande conjointe »* : Petites affiches, n° 156, du 6 août 1999, pp. 14 et s.

- LEVENEUR L., « *Indétermination du prix : le revirement et sa portée »* : Contrats Conc. Consom., janvier 1996, chron., n° 1, pp. 1 et s.

« La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité... » : A. J. D. A., 1998, pp. 676 et s.

« *Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? »* : J. C. P., 1999, I, 152.

« Une nouvelle loi de protection des consommateurs Loi n°2005-67 du 28 janvier 2005 » : J. C. P., 2005, act., 92.

- LÉVY M., *« L'aide sociale et la protection du patrimoine de la personne handicapée (1ère partie) »* : R. J. P. F., avril 2003, n°4, pp. 6 et s.

- LEYTE G., « *Synthèse des travaux »* : D., 2000, supplément au n° 16 du 20 avril, pp. 31 et s.

- LICARI S., *« De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail »* : Dr. soc., 2000, pp. 492 et s.

- LOCHOUARN D., *« L'évolution juridique de la convention de révélation de succession : le point sur deux revirements récents »* : J. C. P., éd. N., 1999, I, pp. 20 et s.

« La capacité de tester des personnes atteintes de surdité, de mutité ou de cécité » : J. C. P. éd. N., 2000, famille, pp. 819 et s.

- LUCAS O., *« La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile »* : J. C. P., 2002, I, 111.

- LUCET F., *« Assurance-vie : l'influence de l'aléa sur les droits des tiers »* : Defrénois, 1996, I, art. 36378, pp. 971 et s.

- LUCHAIRE F., « *Les fondements constitutionnels du droit civil »* : R. T. D. civ., 1982, pp. 245 et s.

- LYON-CAEN A., *« Droit du travail »* : *in* BETTATI M., DUHAMEL O. et GREILSAMER L., La Déclaration universelle des droits de l'homme, préc., pp. 125 et s.

- MADIOT Y., « *De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain »* : *in* Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean SAVATIER, P. U. F., 1992, pp. 353 et s.

- MAGNIER V., *« La notion de justice impartiale.* À *la suite de l'arrêt Oury Cass. ass. plén., 5 févr. 1999 »* : J. C. P., 2000, I, 252.

- MAGNIN F., *« Le volet immobilier de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions (2ème partie) »* : Les petites affiches, n° 119, du 5 octobre 1998, pp. 9 et s.

« Nullité pour violence de la vente à une secte de l'immeuble d'un adhérent » : Petites affiches, n° 239, du 1er décembre 1999, pp. 4 et s.

- MALAURIE P., « *L'homme, être juridique »* : D., 1994, chron., pp. 97 et s.

« *L'effet pervers des lois »* : *in* Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU, P. U. F., 1994, pp. 309 et s.

« L'union libre » : Defrénois, 1988, art. 34200, pp. 337 et s.

« Préface » : *in* S. DION-LOYE, Les pauvres et le droit, préc., p. 3.

« Le Code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte » : J. C. P., 2002, I, 110.

- MALAURIE P. et AYNÈS L., *« Les clauses du contrat de mariage relatives au partage de la communauté »* : Defrénois, 2000, I, art. 37181, pp. 673 et s.

- MARCELLI A., *« Le médecin, le juge, l'avocat et l'incapable »* : Gaz. Pal., des 2/6 janvier 1998, compte-rendu, pp. 11 et s.

- MARIE H., *« La communauté entre concubins »* : Journal des notaires et des avocats, 1984, art. 57655, pp. 369 et s.
- MARIE J. –B. et QUESTIAUX N., « *Article 55 alinéa c »* : *in* J. –P. COT et A. PELLET (dir.), La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article, préc., pp. 865 et s.
- de MARIGNY Y., « *Les nouveaux droits du conjoint survivant »* : Les petites affiches lyonnaises, n° 0561, du 19 au 22 janvier 2002, pp. 14 et s.
- de la MARNIERRE E. S., « *Les législations de protection »* : D., 1950, chron., pp. 93 et s.
- MARTIN C., *« Trajectoires post-divorce et vulnérabilité »* : *in* PAUGAM S. (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 172 et s.
- MARTIN R, *« Le consommateur abusif »* : D., 1987, chron., pp. 150 et s.
« Les mots du droit et les choses d'ailleurs » : D., 1999, chron., pp. 231 et 232.
« Personne, corps et volonté » : D., 2000, chron., pp. 505 et s.
- MARTIN SAINT-LÉON D., *« L'évaluation de la prestation compensatoire ou la recherche de la pierre philosophale »* : Gaz. Pal. des 30/31 octobre 2002, doc., pp. 11 et s.
- MARUANI M., *« Les working poor, version française travailleurs pauvres et/ou salarié(e)s pauvres ? »* : Dr. soc., 2003, pp. 696 et s.
- MASCRET C., *« La loi sur les produits défectueux et les "éléments ou produits issus du corps humain »* : Les petites affiches, n° 23, du 2 février 1999, pp. 15 et s.
- MATHIEU B., *« La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire »* : D., 1996, chron., pp. 282 et s.
« Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus » : A. J. D. A., 2005, tribune, p. 113.
- MATHIEU B. et VERPEAUX M., *« Jurisprudence constitutionnelle »* : J. C. P., 1997, I, 4023.
« Brèves remarques sur le projet de constitution européenne » : J. C. P., 2003, aperçu rapide, 520.
- de MATOS A. –M., « *Règlement communautaire remplaçant la Convention de Bruxelles. Élargissement du domaine de protection du consommateur en matière de conflit de juridiction »* : Revue européenne de droit de la consommation, 2000, pp. 381 et s.
- MATTÉI J. –P., *« Le nouveau sort fiscal des prestations compensatoires depuis la loi du 26 mai 2004 »* : Dr. fam., novembre 2004, études, n°27, pp. 13 et s.

- MAUGER-VIELPEAU L., *« Divorce. Une réforme enfin adoptée ! »* : J. C. P. éd. N., 2004, En bref, 118.

- MAURICE A., *« L'exagération manifeste des primes versées au titre d'un contrat d'assurance vie »* : J. C. P. éd. N., 2005, fam., 1197.

« Les sanctions fiscales du dénouement par décès d'un contrat d'assurance vie » : J. C. P. éd. N., 2005, fam., 1226.

- MAYAUX L., « *Les contrats des concubins »* : *in* Les concubinages, approche socio-juridique, éditions du C. N. R. S., 1986, T. II, pp. 25 et s.

« L'assurance-vie est-elle soluble dans la capitalisation ? Réflexions sur l'arrêt Leroux (Civ. 1ère, 18 juillet 2000) et certaines propositions du 96ème congrès des notaires de France » : R. G. D. A., 2000, n°3, pp. 767 et s.

- MAYER A., *« Avant-propos »* : *in* A. MAYER (dir), L'Europe sociale, La documentation française, 1998, pp. 3 et s.

- MAYER D., *« Le principe du respect par l'État du droit à la vie de ses citoyens doit-il être inconditionnel ? (À propos du rapport 1985 d'Amnesty International et du Protocole additionnel n° 6, Convention européenne des droits de l'homme, sur l'abolition de la peine de mort) »* : R. S. crim., 1986, pp. 55 et s.

« *La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement »* : D., 1994, chron., pp. 325 et 326.

- MAZEAUD A., « *Harcèlement entre salariés : apport de la loi de modernisation »* : Dr. soc., 2002, pp. 321 et s.

- MAZEAUD D., « *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94ème Congrès des notaires »* : Defrénois, 1998, I, art. 36874, pp. 1137 et s.

« *Constats sur le contrat, sa vie, son droit »* : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 8 et s.

- MAZEAUD D. et VIVIEN G., « *La gestion »* : *in* M. GRIMALDI (dir.), Droit patrimonial de la famille, préc. pp. 133 et s.

- MÉAU-LAUTOUR H., *« La transmission patrimoniale à cause de mort »* : D., 2000, supplément au n° 16, pp. 14 et s.

- MÉCARY C., *« Vers l'ouverture du mariage civil et républicain aux couples de personnes de même sexe ? »* : A. J. famille, juillet-août 2004, pp. 261 et s.

- MENAHEM G., *« Troubles de santé à l'âge adulte et difficultés familiales durant l'enfance »* : Population, 1992, pp. 893 et s.
- MESTRE J., *« Du caractère subsidiaire de l'action de in rem verso »* : R. T. D. civ., 1997, pp. 657 et s.
« Les professionnels sont-ils tenus d'un devoir de divination ? » : Dr et patr., n°102, mars 2002, éditorial, p. 3.
- MEUN P., « *La commission d'indemnisation des victimes d'infractions et l'appel. Perspectives de réforme »* : J. C. P., 1999, I, 127.
- MEUNIER-BOFFA M., « *Le médiateur : une unicité de nom pour une diversité de fonctions »* : Travail et protection sociale, janvier 2003, chron. n°1, pp. 4 et s.
- MEZERREB N., *« Témoignage en droit pénal »* : *in* Guide juridique Dalloz, pp. 503-1 et s.
- MICHALLET I., « *Le contentieux administratif des arrêtés municipaux d'interdiction de la mendicité »* : A. J. D. A., 2001, pp. 320 et s.
- MILCAMPS T. et BERDOT F., *« Attribution à titre gratuit du bénéfice de l'assurance sur la vie et droit des libéralités »* : *in* Études offertes à Monsieur le Professeur André BESSON, L. G. D. J., 1976, 342 p., pp.235 et s.
- MISTRETTA P., *« La loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Réflexions critiques sur un Droit en pleine mutation »* : J. C. P., 2002, I, 141.
« La loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale. Premiers correctifs de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 » : J. C. P., 2003, act., 57.
« La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal » : J. C. P., 2005, I, 100.
- MOIZARD N., *« Droit communautaire. Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d'un harcèlement »* : Semaine sociale Lamy, du 10 mars 2003, n°1113, pp. 6 et s.
- MOLFESSIS N., *« La loi suspendue »* : D., 2003, n°3, point de vue, pp. 139 et s.
« *La dignité de la personne humaine en droit civil »* : *in* PAVIA M. –L. et REVET T. (dir), La dignité de la personne humaine, préc., pp. 107 et s.
- MONACHON-DUCHENE N., « *Prévenir l'expulsion locative pour lutter contre l'exclusion »* : J. C. P., 1998, I, 174.
- MONASSIER B., *« Le mariage sur mesure »* : Dr et patr., n°81, avril 2000, pp. 54 et s.

- MOOS D., *« Des aléas de l'allocation et du calcul de la prestation compensatoire »* : Gaz. Pal., 1997, doct., p. 1580.
- MOREAU B. et DEGOS L., « *La clause compromissoire réhabilitée. Chronique d'une réforme annoncée »* : Gaz. Pal. des 13/14 juin 2001, pp. 6 et s.
- MOREAU J., « *Le droit à la santé »* : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, spécial, pp. 185 et s.
- MORIN M., « *La nouvelle quotité disponible entre époux »* : Defrénois, 1963, I, art. 28436, pp. 629 et s.
- MORRIS-BECQUET G., *« De l'amélioration de la condition du débiteur surendetté par la loi de programmation pour la cohésion sociale »* : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, pp. 23 et s.
- MOTEL J. et COMBRET J., « *Réforme de la famille : le notariat peut contribuer à l'émergence d'un droit pacificateur »* : Petites affiches, n° 113, du 7 juin 2001, pp. 4 et s.
- MOUTOUH H., « *La question de la reconnaissance du couple homosexuel : entre dogmatisme et empirisme »* : D., 1998, chron., pp. 369 et s.
« *Le PACS et l'Assemblée »* : D., n° 2, du 14 janvier 1999, dernière act., pp. 1 et s.
« *Le propriétaire et son double. Variations sur les articles 51 et 52 de la loi du 29 juillet 1998 »* : J. C. P., 1999, I, 146.
« La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire » : D., 2002, n°43, chron. doct., pp. 3218 et s.
- MOYSE D., *« Le risque de naître différent »* : Esprit, décembre 1999, pp. 65 et s.
- MULLER M., *« L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources »* : D., 1986, chron., pp. 328 et s.
- de MUNAGORRI R. E., *« Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social »* : D., 2004, chron. doct., pp. 711 et s.
- de MUNCK J., « *Les trois crises du droit du travail »* : Dr. soc., 1999, pp. 443 et s.
- NAST M., *« De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant »* : Répertoire général pratique du notariat et de l'enregistrement, 1928, art. 21759, pp. 425 et s.
- NERSON R., « *De l'application de l'article 1382 du Code civil dans les rapports entre époux... »* : R. T. D. civ., 1966, pp. 514 et s.
« La rupture de la promesse de mariage » : R. T. D. civ., 1971, pp. 829 et s.

« *Le divorce par consentement mutuel : illusions et réalité* » : R. T. D. civ., 1976, pp. 349 et s.
« *Le respect par le médecin de la volonté du malade* » : *in* Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 853 et s.
- NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., « *L'obligation de contribution aux charges du mariage* » : R. T. D. civ., 1980, pp. 345 et s.
« *Les promesses de mariage...* » : R. T. D. civ., 1981, pp. 129 et s.
« *L'autonomie de la théorie des nullités de droit civil* » : R. T. D. civ., 1981, pp. 135 et s.
« *Le changement de régime matrimonial* » : R. T. D. civ., 1982, pp. 388 et s.
- NIVET F., « *Équité et légalité* » : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 157 et s.
- NOIREL J., « *Mariage 1960 : le mariage posthume* » : S., 1960, chron., pp. 15 et s.
- NORMAND J., « *La notion juridique de couple. Rapport de synthèse* » : *in* BRUNETTI-PONS C. (dir.), La notion juridique de couple, préc., pp. 140 et s.
- NOTÉ G., « *Mise en œuvre du contrat d'avenir (D. n°2005-242, 17 mars 2005)* » : J. C. P. E. A., 2005, act., 75.
- NUTTENS J. -D., « *Présomption d'innocence : le Parlement fait la loi* » : Gaz. Pal. des 21/22 juin 2000, doct., pp. 2 et s.
- NUYTTEN B. et LESAGE L., « *Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme* » : Defrénois, 1998, art. 36784, pp. 497 et s.
- OLIVIER M., « *La liste nationale des experts en accidents médicaux (à propos de la loi du 4 mars 2002)* » : Gaz. Pal. des 10/11 avril 2002, doct., pp. 2 et s.
- OPPETIT B., « *Portalis philosophe* » : D., 1995, chron., pp. 331 et s.
- OTTENHOF R., « *Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable (art. 313-4 nouv c. pén.)* » : R. S. crim., 1997, pp. 110 et s.
« *Abus de faiblesse. Article 313-4 du Code pénal et articles L. 122-8 et 10 du Code de la consommation* » : R. S. crim., 2000, pp. 614 et s.
- OUDOT J. -M., « *La signature numérique* » : Les petites affiches, n° 54, du 6 mai 1998, pp. 32 et s.
- PADOVA Y., « *Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie. À propos de la loi du 30 décembre 2004* » : Gaz. Pal. des 16/17 mars 2005, doct., pp. 2 et s.
- PAILLET E., « *Vieillesse, capacité et famille* » : Dr. et patr., n° 80, mars 2000, pp. 54 et s.
- PAISANT G., « *Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995* » : D., 1995, chron., pp. 223 et s.

« À la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du rapport direct » : J. C. P., 2003, I, 121.

« La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine » : R. T. D. com., 2003, pp. 671 et s.

- PANSIER F. -J., *« Présentation de la loi adoptée le 21 novembre 2001 sur la réforme des droits successoraux du conjoint survivant et de l'enfant adultérin »* : Gaz. Pal., des 14/15 décembre 2001, doct., pp. 2 et s.

- PANSIER F. –J. et CHARBONNEAU C., « *Présentation de la loi portant dispositions relatives à la sécurité quotidienne (1ère partie) »* : Petites affiches, n° 237, du 28 novembre 2001, pp. 4 et s.

« *La loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins* » : Petites affiches, n° 241, du 4 décembre 2001, pp. 3 et s.

« *Commentaire du chapitre V de la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne* » : Petites affiches, n° 247, du 12 décembre 2001, pp. 4 et s.

« Commentaire de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 (11ème partie) » : Petites affiches, n° 26, du 5 février 2002, pp. 6 et s.

- PASSA J., *« Commerce électronique et protection du consommateur »* : D., 2002, n°6, chron. doct., pp. 555 et s.

- PATARIN J., « *Nullité des donations déguisées entre époux. La nullité ne peut être invoquée après le décès du donateur, que par ses héritiers réservataires* » : R. T. D. civ., 1985, pp. 197 et s.

« *Indivision...* » : R. T. D. civ., 1987, pp. 382 et s..

- PÉDROT P., *« L'accès aux soins des personnes les plus démunies »* : R. D. sanit. soc., 1995, pp. 394 et s.

- PENNEAU A., *« Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil »* : Petites affiches, n°96, du 13 mai 2004, pp. 3 et s.

- PENNEAU J., *« Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical »* : D., 2002, n°38, interview, pp. 2877 et s.

- PERBEN D., *« Discours à l'Université de Lyon II »* : J. C. P., 2004, act., 682, pp. 2352 et s. ; R. J. P. F., janvier 2005, act., p. 4.

- PÉRINET-MARQUET H., *« Contrats et obligations. Capacité de contracter »* : Jur. -Cl. civ., art. 1123 à 1125-1, fasc. B., 8, 1993.

- PERLES T., « *L'enfant dans les vicissitudes des névroses conjugales* » : Les petites affiches, n° 118, du 1er octobre 1997, pp. 15 et s.
- PERREAU-BILLARD F., *« Personnes handicapées et aide sociale »* : A. J. Famille, n°4/2003, pp. 129 et s.
- PETTITI L., « *Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme* » : Dr. soc., 1991, pp. 84 et s.
- PETTITI L. –E., « *La dignité de la personne humaine en droit européen* » : *in* PAVIA M. – L. et - REVET T., La dignité de la personne humaine, préc., pp. 53 et s.
- PEYRARD G., *« Les couples non mariés »* : *in* NERSON R. (dir), Mariage et famille en question (l'évolution contemporaine du droit français), Éditions du C. N. R. S., 1978, Tome I, pp. 211 et s.
- PHILIPPE D., « *La protection de la partie faible en droit international* » : *in* GUESTIN J. et FONTAINE M. (dir), La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons franco-belges, préc., pp. 553 et s.
- PIALOUX M., *« La protection des personnes âgées et/ou à faibles ressources dans les congés des baux à usage d'habitation ou mixtes »* : Revue des Loyers, mars 2002, pp. 126 et s.
- PICARD E., *« 'L'émergence des droits fondamentaux en France »* : A. J. D. A., 20 juillet/20 août 1998, n° spécial, pp. 6 et s.
- PICQ M., « *Le droit du travail est-il le droit des vulnérables* » : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 277 et s.
- PIEDELIÈVRE J., *« La clause d'attribution intégrale de la communauté : le fisc désapprouvé (à propos de Cass. 1ère civ., 6 mai 1997) »* : J. C. P. éd. N., 1997, I, pp. 939 et s.
« Réflexions sur la réforme des successions » : Gaz. Pal. des 5/6 avril 2002, doct., pp. 2 et s.
- PILLEBOUT J. -F., *« À propos de la tontine et de la réversion »* : J. C. P. éd. N., 1979, II, pp. 333 et s.
- PIN X., « *La vulnérabilité en matière pénale* » : *in* COHET-CORDEY F., (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 119 et s.
- PIROVANO A., *« La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand »* : D., 1972, chron., pp. 67 et s.

- PITCHO B., « *De l'indignité médicale face au temps* » : J. C. P. Cahiers de Droit de l'Entreprise, 2002, n° 1, pp. 27 et s.
- PIZZIO J. –P., « *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs* » : A. L. D., 1992, pp. 181 et s.
- PLAZY J. –M., *« Majeurs protégés. Règles communes à tous les régimes de protection, ouverture »* : Jur. –Cl. civ., art. 488 à 514, fasc. 20, 2, 2001.
« La réforme du droit des majeurs protégés annoncée » : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, pp. 29 et s.
- POMMIER S., *« Valorisation civile et valorisation fiscale d'un droit d'usufruit : un serpent qui se mord la queue »* : A. J. Famille, mai 2004, pp. 160 et s.
- PONTHOREAU M. –C., *« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux »* : R. F. D. A., 2003, pp. 928 et s.
« Le principe de l'indivisibilité des droits. L'apport de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la théorie générale des droits fondamentaux » : R. F. D. A., 2003, Rubriques Droits et libertés, pp. 928 et s.
- PONTIER J. -M., *« L'intérêt général existe-t-il encore ? »* : D., 1998, chron., pp. 327 et s.
- PONTON-GRILLET D., *« L'instrumentalisation du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil »* : Dr. fam., mars 2000, chron. n° 7, pp. 14 et s.
« *Le renouveau familial du droit d'usage et d'habitation : éclairage civil et fiscal* » : Dr. fam., septembre 2001, chron., n° 20, pp. 10 et s.
- POUDÉROUX S., « *Le sort des avantages matrimoniaux* » : Dr. et patr., février 1996, pp. 26 et s.
- POVIE L., « *Le défi communautaire de la lutte contre l'exclusion sociale : la voie des droits sociaux fondamentaux* » : R. D. sanit. soc., 1997, pp. 715 et s.
- PRÉTOT X., *« Le Conseil constitutionnel, la décentralisation et le revenu minimum d'insertion. Les premiers (faux) pas de la jurisprudence constitutionnelle »* : Dr. soc., 2004, pp. 245 et s.
- PROCACCI G., *« La naissance d'une rationalité moderne de la pauvreté »* : *in* PAUGAM S. (dir.), L'exclusion l'état des savoirs, préc., pp. 405 et s.
- PROTHAIS A., *« Dialogue de pénalistes sur le SIDA »* : D., 1988, chron., pp. 25 et s.

« Le droit commun palliant l'imprévoyance des concubins dans leurs relations pécuniaires entre eux » : J. C. P., 1990, I, 3440.

- PUTMAN E., « *L'apport aux droits fondamentaux de la loi renforçant la protection de la présomption d'innocence »* : R. J. P. F., novembre 2000, n° 11, pp. 6 et s.

« Présentation de la loi du 4 mars 2002 modifiant la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence » : R. J. P. F., mai 2002, n°5, p. 12.

- PUYGAUTHIER J. –L., *« Les libéralités et les avantages matrimoniaux après la réforme du divorce du 26 mai 2004 »* : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1538 et 1548.

- RADÉ C., *« Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile »* : D., 2003, chron. doct., pp. 2247 et s.

- RAY J. -E., *« Licenciements économiques : que va faire la chambre sociale ? »* : Liaisons sociales, février 2001, p. 57.

« De lege non feranda » : Dr. soc., 2002, pp. 237 et s.

- RAYMOND G., *« Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de droit de la consommation »* : J. C. P., 2001, aperçu rapide, pp. 2281 et s.

« *Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) »* : Gaz. Pal. des 10/12 mars 2002, colloque, pp. 33 et s.

« Quatrième étape pour le surendettement : le redressement personnel. Première analyse des dispositions relatives au redressement personnel de la loi n°2003-710 du 1er août 2003 » : Contrats Conc. Consom., août-septembre 2003, chron. n°9, pp. 7 et s.

- RAYNAUD de LAGE N., *"À propos de l'avis de la Cour de cassation du 6 juillet 1998 relatif à la stérilisation des handicapés mentaux"* : Dr fam., janvier 2000, chron., n° 2, pp. 9 et s.

- REBUT D., *« L'unique nature de l'abandon de famille (Cass. crim., 2 mars 1998) »* : Dr fam., janvier 1999, chron., n°1, pp. 4 et s.

- REMILLIEUX P., *« Empoisonnement : dernier volet de l'affaire du sang contaminé »* : Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2003, pp. 3 et s.

- RÉMY P., *« Les droits du conjoint survivant dans le projet de réforme des successions. Regards sur la lex ferenda »* : *in* Écrits en hommage à Gérard CORNU, P. U. F., 1994, pp. 377 et s.

- RENAUD-DURAND P., « *La prise en compte de la vulnérabilité dans le nouveau Code pénal* » : *in* LAZERGES C. (dir), Réflexions sur le nouveau Code pénal, Éditions A. Pédone, Paris, 1995, pp. 120 et s.
- RENAUT M. –H., « *De la faillite à la procédure de redressement ou de liquidation judiciaires* » : Les petites affiches, n° 14, du 2 février 1998, pp. 5 et s.
« *Entre expulsion et droit au logement. L'occupant sans titre* » : La revue des huissiers de justice, avril 1999, n° 4, La revue des idées, pp. 229 et s.
- RETAILLE D., *« La territorialité des exclus, réconfort d'identité ou enfermement »* : *in* BAILLY A. S. (dir.), Terres d'exclusions, terres d'espérance, préc., pp. 17 et s.
- REZEK S., « *Avis à tiers détenteur et droit des assurances* » : Dr. et patr., n° 87, novembre 2000, pp. 48 et s.
- RIBEYRE M. –A, *« Real justice »* : Dr. et patr., n°133, janvier 2005, éditorial, p. 3.
« Assurance-vie : le débat se déplace de l'aléa vers la prime excessive » : Dr. et patr., n°133, janvier 2005, act., pp. 10 et s.
- RIBOT C., *« La vulnérabilité en droit administratif »* : *in* COHET-CORDEY F., Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 311 et s.
- RIGAUDIAT J., *« À propos d'un fait social majeur : la montée des précarités et des insécurités sociales et économiques »* : Dr. soc., mars 2005, pp. 243 et s.
- RIVÉRO J., « *L'administré face au droit administratif* » : A. J. D. A., 20 juin 1995, n° spécial, pp. 147 et s.
- RIVIER M. –C., *« La solidarité entre concubins »* : *in* Études offertes à J. RUBELLIN-DEVICHI, Des concubinages Droit interne Droit international Droit comparé, préc., pp. 97 et s.
- RODIÈRE R., « *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs"* : J. C. P., 1952, I, 997.
- P. RODOLPHE, *« L'article 277 du Code civil : gage, caution ou contrat de garantie ? »* : Gaz. Pal. des 12/14 novembre 2000, pp. 15 et s.
- ROJINSKY C. et DREYER E., *« L'entrave aux libertés publiques, une incrimination dangereuse ? »* : D., 2004, chron. doct., pp. 716 et s.

- ROJINSKY C. et TEISSONNIÈRE G., *« L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Principes généraux »* : J. C. P., 2004, aperçu rapide, 405.

« L'encadrement du commerce électronique par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique » : J. C. P., 2004, aperçu rapide, 414.

- ROLIN F., « *Les restrictions au bénéfice de l'aide juridictionnelle remises en cause par la Cour européenne des droits de l'homme »* : D., n° 35 du 8 octobre 1998, dernière act., p. 1.

- RONDEY C., *« La réforme du surendettement par la loi Borloo du 1er août 2003 »* : D., 2003, n°31, chron. doct., pp. 2162 et s.

- ROSE L., *« Les donations entre époux présentent-elles encore une utilité ? »* : Gaz. Pal. des 2/3 octobre 2002, doct., pp. 15 et s.

- ROUGHOL R. -J., *« Les libéralités sous le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale au profit du survivant »* : J. C. P. éd. N., 1998, I, famille, pp. 274 et s.

- ROUSSE J. -P., « *La demande reconventionnelle dans le divorce pour rupture de la vie commune »* : Gaz. Pal., 1977, I, doct., pp. 439 et s.

- ROUSSEAU S., *« Capabilités, risque et vulnérabilité »* : ced.u-bordeaux4.fr

- ROUSSEL J., *« Prestation compensatoire : de la rente au capital »* : Dr. et patr., n° 81, avril 2000, p. 18.

- RUBELLIN-DEVICHI J., « *L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait »* : R. T. D. civ., 1984, pp. 389 et s.

« Prestations compensatoires » : R. T. D. civ., 1985, pp. 146 et s.

« *La sanction des dépassements de pouvoir »* : R. T. D. civ., 1986, pp. 94 et s.

« *Personnes et droits de famille, filiation »* : R. T. D. civ., 1986, pp. 573 et s.

« Fiançailles » : R. T. D. civ., 1989, pp. 277 et s.

« *À quoi servent les demandes en nullité de mariage ? »* : J. C. P., 1996, I, 3903.

« *Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation »* : *in* Mélanges offerts à André COLOMER, Litec, 1993, pp. 397 et s.

« *Les concubinages : mise à jour »* : *in* Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille Liber Anicorum, L. G. D. J., 1994, pp. 394 et s.

« *Le droit et l'interruption de grossesse »* : Les petites affiches, n° 69, du 7 juin 1996, pp. 19 et s.

« Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France » : *in Liber amicorum* Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Droit comparé des personnes et de la famille, textes réunis par Jacqueline POUSSON-PETIT, Éditions Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 661 et s.

« *Les solidarités à l'égard de la famille »* : *in* J. RUBELLIN-DEVICHI J. (dir.), Droit de la famille, préc., p. 705.

« *Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS »* : J. C. P. éd. N., 1999, en bref, pp. 1551 et s.

« Le nouveau droit du divorce Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 » : J. C. P., 2004, act., 251.

- SAGAUT J. –F., *« Les vocations légales viagères du conjoint survivant »* : A. J. Famille, mai 2004, pp. 175 et s.

- SAINT-AMAND P. -J. et COQUEMA J. -M., « *Coup de pied dans la fourmilière, l'arrêt « Leroux » du 18 juillet 2000 »* : Dr. et patr., n° 89, janvier 2001, pp. 28 et s.

- SAINT-JAMES V., « *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français »* : D., 1997, chron., pp. 61 et s.

- SAINT-JOURS Y., *« L'ambiguïté endémique de la maîtrise des dépenses de santé »* : D., 2004, point de vue, pp. 1675 et s.

- SALAS D., « *L'équité ou la part maudite du jugement »* : Justices, n° 9, janvier/mars 1998, pp. 109 et s.

- SANDER É., *« La modernisation des procédures de surendettement »* : A. J. Famille, octobre 2003, pp. 329 et s.

- SANDER É et SMANIOTTO-GRUSKA S., *« L'ouverture de la procédure de rétablissement personnel »* : A.J. Famille, octobre 2003, pp. 331 et s.

« L'issue de la procédure de rétablissement personnel » : A.J. Famille, octobre 2003, pp. 335 et s.

- SAUJOT C., *« Les avantages matrimoniaux (notion - nature juridique) »* : R. T. D. civ., 1979, pp. 699 et s.

- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *« Une nouvelle loi pour faciliter la résiliation des contrats tacitement reconductibles »* : Revue Lamy Droit civil, avril 2005, act., pp. 5 et s.

- SAURON J. –L., « *Le traité d'Amsterdam : une réforme inachevée ? »* : D., 1998, chron., pp. 69 et s.

- SAUVAGE F., *« Procédure de rétablissement personnel : une seconde chance pour la communauté des époux »* : R. J. P. F., n°11, novembre 2004, pp. 6 et s.

- SAUVAGE F. et FAUCHER D., « *L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ?* » : J. C. P. éd. N, 2000, famille, pp. 1683 et s.
- SAVATIER J., « *La liberté dans le travail* » : Dr. soc., 1990, pp. 49 et s.
- SAVATIER R., « *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ?* » : D. H., 1933, chron., pp. 9 et s.
« *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit* » : D. H., 1939, chron., pp. 49 et s.
« *Un attribut essentiel de l'état des personnes : la santé humaine* » : D., 1958, chron., pp. 95 et s.
« Nullité du testament authentique où le testateur a exprimé ses dernières volontés au notaire autrement que par une dictée » : R. T. D. civ., 1965, pp. 843 et s.
« Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil » : D., 1968, chron., pp. 109 et s.
- SAYAH J., « *Le vagabondage et la mendicité : un délit périmé* » : R. S. crim., 1997, pp. 45 et s.
« Vulnérabilité et mutation du droit de la responsabilité » : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 213 et s.
- SCHMITT M., *« L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel »* : J. C. P. éd. N., 2004, famille, 1006.
- SCHNEIDER A., *« La faute de la victime devant la CIVI »* : D., 2003, n°18, chron. doct., pp. 1185 et s.
- SÉRIAUX A., « *La nature juridique de la prestation compensatoire ou les mystères de Paris* » : R. T. D. civ., 1997, pp. 53 et s.
« Le juriste face au droit de la famille » : Dr. fam., juin 2001, chron., n° 13, pp. 4 et s.
- SEUVIC J. -F., *« La période de sûreté »* : Revue pénitentiaire et de droit pénal, 1996, pp. 311 et s.
- SIMLER P., *« Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux (à propos de la réponse ministérielle n° 601 du 17 octobre 1988) »* : J. C. P. éd. N., 1989, prat., 788.
- SIMON O., « *La nullité des actes juridiques pour trouble mental* » : R. T. D. civ., 1974, pp. 707 et s.

- SINAY H., *« Le travail non rémunéré au sein du couple »* : *in* Mélanges à la mémoire de Danièle HUET-WEILLER, Droit des personnes et de la famille Liber Anicorum, L. G. D. J., 1994, pp. 437 et s.
- SIRE-MARIN E., *« L'inquiétude des professionnels du monde judiciaire devant la création des juges de proximité »* : D., 2002, n°44, point de vue, pp. 3275 et s.
- 72ème Congrès des notaires de France, Deauville 25-28 mai 1975 : J. C. P. éd. N., 1975, prat., 6068.
de SINGLY F., « *Les manoeuvres de séduction : une analyse des annonces matrimoniales »* : Revue française de sociologie, 1984, pp. 523 et s.
- STARCK B., « *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute »* : R. T. D. civ., 1958, pp. 475 et s.
- STIKER H. -J., *« Différence, handicap et exclusion »* : Esprit, décembre 1999, pp. 5 et s.
- STOFFEL-MUNCK P., *« L'enfant qui sort de l'ombre l'adultérin à la lumière des droits de l'homme »* : Dr. et patr., n° 82, mai 2000, pp. 56 et s.
« La réforme des contrats du commerce électronique » : J. C. P. E. et A., 2004, comm., 1341.
« Tacite reconduction » : Communication – Commerce électronique, mars 2005, comm., 45, pp. 37 et s.
- STORCK M., « *Les contrats de concubinage »* : Les Petites Affiches, n° 59 du 16 mai 1988, pp. 74 et s.
« Communauté conventionnelle. Nature juridique des avantages matrimoniaux » : Jur. - Cl. civ., art. 1527, fasc. 20, 5-1991.
- STORCK J. –P., *« Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts : détermination de la nature juridique des stipulations permises par l'article 1581, alinéa 2, du code civil »* : J. C. P. éd. N., 1981. doct., pp. 355 et s.
- STOUFFLET J., « *Nouvelles interventions législatives dans les relations entre les établissements de crédit et leurs clients. Loi MURCEF du 11 décembre 2001. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne »* : Revue de droit bancaire et financier, n°1, janvier/février 2002, analyses, pp. 36 et s.
- SUDRE F., *"Article 3"* : *in* PETTITI L. –E., DECAUX E., IMBERT P. –H. (dir.), La convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article, préc., pp. 155 et s.
« Droit de la Convention européenne des droits de l'homme » : J. C. P., 1993, I, 3654.

« L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, du 27 août 1992, Tomasi c/ France : mauvais traitements et délai raisonnable » : R. S. crim., 1993, pp. 33 et s.

« La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? » : J. C. P., 1998, I, 100.

« *Droit de la convention européenne des droits de l'homme »* : J. C. P., 2000, I, 203.

- SULTAN S., FERRERI M. et ANDRONIKOF-SANGLADE A., « *Non-observance, prise de risque et relation à soi : une autre lecture du concept de vulnérabilité »* : *in* R. JOUVENT (dir), La vulnérabilité, P. U. F., collection Monographies de psychopathologie, 2001, pp. 9 et s.

- SUPIOT A., *« Pourquoi un droit du travail ? »* : Dr. soc., 1990, pp. 485 et s.

« *La fonction anthropologique du droit »* : Esprit, février 2001, pp. 151 et s.

- SURAULT P., *« Nuptialité, divortialité et suicidité : des ruptures à rapprocher ? »* : Population, 1992, pp. 1042 et s.

- TAQUET F., *« Premières réflexions sur la loi du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture médicale universelle »* : Gaz. Pal. des 21/23 novembre 1999, pp. 21 et s.

« La loi relative à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 » : J. C. P., 2001, act., pp. 1145 et s.

« La loi relative à la lutte contre les discriminations L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001 » : J. C. P., 2002, act., aperçu rapide, pp. 1 et s.

« La loi n°2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques » : Gaz. Pal. des 5/6 février 2003, doct., pp. 9 et s.

- TCHEN V., *« Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire »* : R. F. D. A., mai-juin 1997, pp. 597 et s.

- TEILLIAIS G., « *La combinaison du partage d'une communauté de biens et du règlement d'une prestation compensatoire »* : Dr. et patr., n° 53, octobre 1997, pp. 23 et s.

« Assurance-vie et suicide » : La revue des huissiers de justice, 1999, n° 2, La revue des idées, pp. 69 et s.

- TERRÉ F., *« Du suicide en droit civil »* : *in* Études dédiées à Alex WEIL, Dalloz-Litec, 1983, pp. 523 et s.

« Histoire d'une loi » : Dr. fam., Hors-série Décembre 1999, pp. 28 et s.

« *La lutte contre les sectes »* : D., 2000, n° 28, interview, pp. VI et s.

« Préface » : *in* M. –C. CATALA de ROTON, Les successions entre époux : préc., p. II.

« *Le prix de la vie* » : J. C. P., 2000, act., aperçu rapide, pp. 2267 et s.

- TERRIER E., *« Protection du patient : pour une consécration du modèle déontologique »* : J. C. P. Cahiers de Droit de l'entreprise, 2002, n° 1, pp. 17 et s.

- THÉRY I., « *Le contrat d'union sociale en question* » : Esprit, octobre 1997, pp. 159 et s.

- THOMAS-DAVID B., *« La réforme des droits du conjoint survivant en présence des descendants et le maintien de l'utilité des dispositions pour cause de mort entre époux »* : J. C. P. N., 2002, famille, 1242, pp. 593 et s.

- THOUVENIN D., *"De la qualification de l'acte thérapeutique à son contrôle"* : D., 1991, chron., pp. 222 et s.

« La détection des anomalies fœtales » : Analyse juridique, juillet 1995, p. 422.

« Les avatars de l'article 16-3, alinéa 1er, du Code civil » : D., 2000, chron., pp. 485 et s.

- de TISSOT O., *« Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié »* : Dr. soc., 1995, pp. 972 et s.

- TURPIN D., *« La loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité »* : D., 2004, le point sur, pp. 283 et s.

- VALLET E., *« La vulnérabilité et le droit constitutionnel »* : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit, préc., pp. 57 et s.

- VALORY S., *« Éditorial »* : R. J. P. F., n° 6, juin 2000, p. 1.

« Éditorial : La vie est sacrée » : R. J. P. F., mai 2002, p. 1.

- VANDERVORST A., « *Les droits fondamentaux à l'épreuve du terrorisme* » : R. R. J., 1998, n° 3, pp. 1009 et s.

- VASSAUX J., « *La réforme de la prestation compensatoire* » : J. C. P. éd. N., 2000, en bref, pp. 1215 et s.

- VASSEUR-LAMBRY F., *« L'identité de la personne humaine »* : Petites affiches, n°91, du 6 mai 2004, pp. 5 et s.

- VAUVILLÉ F., « *PACS et SRU : un mauvais mariage* » : R. J. P. F., mai 2001, n° 5, pp. 15 et s.

« Les loi Dutreil et Borloo modifient la situation du conjoint de l'entrepreneur qui cautionne les dettes de son époux » : R. J. P. F., septembre 2003, n°9, pp. 17 et s.

« Société créée de fait entre concubins : la Cour de cassation remet de l'ordre » : R. J. P. F., octobre 2004, pp. 15 et s.

- VEAUX D., « *Contrats et obligations. Obligations naturelles »* : Jur. -Cl. civ., art. 1235 à 1248, fasc. 10, 11. 1995.

- VÉRICEL M., *« Pour une véritable justice de proximité en matière civile »* : J. C. P., 2003, I, 114.

- VERKINDT P. -Y., « *La santé des personnes les plus démunies et le rôle des organismes sociaux »* : R. D. sanit. soc., 1999, pp. 416 et s.

- VIAL-PÉDROLETTI B., *« La loi sur l'exclusion : les dispositions relatives au logement* : J. C. P. éd. N., 1998, I, pp. 1687 et s.

- VICENTE S., « *Vulnérabilité et droit des biens »* : *in* COHET-CORDEY F. (dir.), Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit : préc., pp. 65 et s.

- VIGNEAU C., *« L'impératif de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail »* : Dr. soc., 2004, pp. 706 et s.

- VIGNEAU V., *« Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur »* : Gaz. Pal., des 30 août/3 septembre 2002, doct., pp. 3 et s.

- VINEY G., « *Responsabilité civile »* : J. C. P., 2000, I, 280.

- VINEY G et JOURDAIN P., « *L'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la Cour de cassation ? À propos de Cass. 1re civ., 7 janv. et 25 févr. 1997) »* : J. C. P., 1997, I, 4016.

- VIOTTOLO A., *« Le harcèlement sexuel dans les relations de travail. La spécificité française confrontée au droit communautaire »* : J. C. P. E. et A., 2003, étude, 1202, pp. 1324 et s.

- VOIRIN P., « *Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie »* : D., 1963, chron. pp. 247 et s.

- WACHSMANN P., *« Les droits de l'homme »* : R. T. D. eur., 1997, pp. 175 et s.

- WAQUET P., *« Le juge et l'entreprise »* : Dr. soc., 1996, pp. 472 et s.

« *Quelques réflexions sur l'arrêt Sat en particulier et sur le licenciement économique en général »* : R. J. S., 7/01, pp. 567 et s.

- WESTER-OUISSE V., *« La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale »* : J. C. P., 1999, I, 176.

- WIEDERKEHR G., *« Droits de la défense et procédure civile »* : D., 1978, chron., pp. 36 et s.
- WILDHABER L., *« La Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur il y a 50 ans. Déclaration du Président de la Cour européenne des droits de l'homme »* : D., 2003, n°32, dernière act., p. 2182.
- ZARKA J. -C., *« Le projet de constitution adopté par la Convention sur l'avenir de l'Europe »* : Petites affiches, n°144 du 21 juillet 2003, pp. 4 et s.
- ZÉNATI F., *« Contrats et obligations »* : R. T. D. civ., 1985, pp. 209 et s.

V- Commentaires de jurisprudence

- BEIGNIER B., obs. ss. Civ. 1ère, 1er juillet 1997 et Civ. 1ère, 11 mars 1997 : Dr. fam., octobre 1997, comm., n° 146, pp. 20 et s.

obs. ss. Civ. 1ère, 2 décembre 1997 : Dr. fam., janvier 1998, comm., n° 13, pp. 19 et s.
obs. ss. Civ. 1ère, 3 février 1999 et Agen, 23 février 1998 : Dr. fam., mai 1999, comm., n° 54, pp. 17 et s.
- BRETON A., note ss. Civ. 1ère, 7 juin 1988 : D., 1989, jur., pp. 141 et s.
- CHAMPENOIS G., obs. ss. Civ. 1ère, 2 juin 1981 : Defrénois, 1981, I, art. 32750, n° 100, pp. 1320 et s.
- CHAROLLOIS G., note ss. T. G. I. Périgueux, 24 octobre 1995 : Les petites affiches, n° 90, du 26 juillet 1996, pp. 33 et s.
- CORONE S., note ss. T. G. I. Créteil, 1ère ch. civ., 1er août 1984 : J. C. P., 1984, II, 20321.
- DAGORNE-LABBÉ Y., note ss. Civ. 1ère, 14 octobre 1997 : Les petites affiches, n° 31, du 13 mars 1998, pp. 18 et s.
- DUVERT C., note ss. Agen, 1ère ch., 10 mai 2001 : D., 2003, jur. comm., pp. 450 et s.
- EDELMAN B., note ss. Paris, 1ère ch. A, 28 mai 1996 : D., 1996, jur., pp. 617 et s.
- FOULON-PIGANIOL C. I. , note ss. Paris, 3 décembre 1976 : D., 1978, jur., pp. 339 et s.
note ss. Civ. 1ère, 19 décembre 1979 : D., 1981, jur., pp. 449 et s.
- HAUSER J., note ss. Bordeaux, 14 novembre 1985 : Cahiers de Jurisprudence d'Aquitaine, 1986, 2, pp. 318 et s.
obs. ss. Limoges, 20 avril 1995 : R. T. D. civ., 1995, pp. 867 et s.

- HÉMARD J., note ss. Req., 10 février 1909 : S., 1909, I, pp. 553 et s.
- HONORAT J., obs. ss. Civ., 1ère, 23 juin 1987 : Defrénois, 1987, art. 34092, n° 6, pp. 1329 et s.
- LABBÉE X., note ss. T. G. I. Toulouse, 4ème ch. civ., 26 mars 1991 : D., 1992, somm. comm., pp. 61 et s.
note ss. T. G. I. Lille, 5 décembre 1996 : D., 1997, jur., pp. 376 et s.
- LANGLADE J. –P., note ss. Douai, 17 septembre 1985 : D., 1986, jur., pp. 301 et s.
- LARRIBAU-TERNEYRE V., note ss. T. A. Bordeaux, 9 juillet 2004 : Dr. fam. septembre 2004, comm., n°138, pp. 22 et s.
- LÉCUYER H., obs. ss. Civ. 1ère, 30 mars 1999 : Dr. fam., juin 1999, comm., n° 62, p. 14.
note ss. Paris, 17 décembre 1998 : Dr. fam., novembre 1999, comm., n° 121, p. 15.
- LEMOULAND J. –J., obs. ss. Civ. 1ère, 13 avril 1999 : D., 1999, somm. comm., p. 371.
- MARTIN D., obs. ss. Civ. 1ère, 11 juin 1980 : D., 1981, somm. comm., pp. 91 et s.
- MAZEAUD H., note ss. Paris, 4 janvier 1952 : S., 1952, II, pp. 85 et s.
- d'ONORIO J. -B., note ss. C. E., Ass., 2 juillet 1982, Mlle R. : D., 1984, jur., pp. 425 et s.
- PARLANGE P., note ss. Mixte, 27 février 1970 : J. C. P., 1970, II, 16305.
- PILLEBOUT J. –F., note ss. Civ. 1ère, 6 juin 1990 et Civ. 1ère, 9 octobre 1990 : J. C. P., 1991, II, 21652.
- POISSON-DROCOURT E., note ss. Civ. 1ère, 24 octobre 1977 : D. 1978, jur., pp. 290 et s.
- RAVANAS J., note ss. Toulouse, 15 janvier 1991 : D., 1991, jur., pp. 600 et s.
- RÉMY P., note ss. Paris, 21 avril 1982 : D., 1983, jur., pp. 227 et s.
- ROLAND H., note ss. Toulouse, 30 janvier 1961 : D., 1961, jur., pp. 324 et s.
- RUBELLIN-DEVICHI J., note ss. Civ. 2ème, 5 mai 1982 : Revue de l'arbitrage, 1983, pp. 75 et s.
- SAVATIER R., note ss. Req. 14 mars 1939 : D. P., 1940, I, pp. 9 et s.
note ss. Paris, 19 février 1957 : D., 1957, jur., pp. 321 et s.
- VARINARD A., obs. ss C. E., 12 février 1960, Société Eky et Crim., 26 février 1974, *in* PRADEL J. et VARINARD A., Les grands arrêts du droit criminel, Tome I - Les sources du droit pénal. L'infraction, Dalloz, 2ème édition 1997, pp. 37 et s.
- VALORY S., note ss. Civ. 1ère, 8 février 2000 : Rev. jur. pers. et fam., n° 6, juin 2000, p. 25.
- VOIRIN P., note ss Poitiers, 29 octobre 1928 : D. P., 1929, II, pp. 219 et s.

VI- Articles de presse

- ALÈGRE Y., « *Justice : la voleuse de Noël en procès* » : Le Progrès du 8 janvier 2002, p. 5.
- BOUTIN C., *« Vers une clause de conscience »* : Biocontact, n° 101, mars 2001, pp. 13 et s.
- LANEZ E., *« Justice coupable d'avoir donné la vie ? »* : Le Point n° 1422-1423 des 17/24 décembre 1999, p. 45.

- LE NOIR F., *« Mère teresa. Tout l'amour du monde »* : Le Figaro Magazine, cahier n° 3 de Le Figaro du 3 septembre 1997, n° 16609, pp. 17 et s.
- SCHITTLY R., « *Lyon : le procureur fait appel du substitut ... »* : Le Progrès du 27 avril 2001, p. 7.
- TAUBES I., *« Avoir confiance en soi »* : Psychologies, n° 99, juin 1992, pp. 24 et s.