Le notaire dans la famille du IIIe millénaire

Rapport pour le Congrès du Mouvement Jeune Notariat

Grèce - octobre 2006

Nous remercions tout particulièrement La Sécurité Nouvelle et l'Union notariale financière sans lesquelles ce rapport n'aurait pas pu être édité.

Christian BERNARD
Président du congrès

UNOFI

La Sécurité Nouvelle

AVANT-PROPOS

1989 La Baule, 1998 évian, 1999 Marseille, 2005 Nantes ! Les congrès nationaux et du Mouvement Jeune Notariat n'ont pas manqué de s'intéresser à « *cet élément naturel et fondamental de la société* » qu'est la famille, comme le proclame la déclaration universelle des Droits de l'Homme.

A l'aube de ce troisième millénaire, nous avons souhaité montrer non seulement l'évolution nouvelle du concept de la famille depuis quinze ans et pour les dix ans à venir, à partir d'un double constat démographique et sociologique, mais également que la famille sous toutes ses formes et composantes devait être le fer de lance du ciment social.

Une autre raison nous a conduit a démontrer et conforter le rôle de celui qui est, et doit rester, le juriste naturel du droit de la famille : le Notaire. Ce conseiller des familles, témoin privilégié de leur vie , hier, aujourd'hui et demain, a un rôle fondamental tant auprès de ses clients que dans l'élaboration des lois et du cadre juridique de la famille que ce soit sur le plan national ou dès lors, pour l'ensemble des sociétés européennes.

Au moment où il est confronté dans son office au bouleversement des « *valeurs* », le notaire doit pouvoir y répondre tant avec l'autorité publique qui lui est attachée qu'avec la précision de ses raisonnements.

Traiter du thème de la famille, réfléchir sur l'évolution de la famille du troisième millénaire et du rôle du notaire au sein de celle-ci est une véritable Odyssée !

C'est donc au pays d'Homère, de Platon et de Sophocle, au cœur du berceau de la civilisation greco-romaine, mais aussi celui de la pensée humaniste, socle culturel de la pensée européenne que nous séjournerons; tout près de cette glorieuse et fascinante cité d'Athénes, au bord du golfe de Corinthe, sur le site de Loutraki ; nous écouterons, débattrons, dans un grand forum que composeront avec nous nos amis grecs et européens.

Nous apprécierons tous ces sites éternels, riches d'un patrimoine historique et culturel séculaire et inégalé, afin que l'agrément enrichisse la recherche et la réflexion ; et nous nous montrerons les dignes successeurs du « *hieromnemon* » antique, du tabellion des siècles passés, précurseur du notaire latin contemporain.

Hommes et femmes du notariat dont je voudrais saluer ici certains et les remercier, mes rapporteurs : Agnès, Marie-Agnès, les deux Céline, Nadine, Marie-Caroline, Frédéric et Stéphane sous l'impulsion de Grégory BETTA, rapporteur général, auxquels j'associe Martine ZAOUI commissaire général et Marie-Hélène FREMOND secrétaire générale.

Ils ont le mérite d'avoir donné pendant deux ans le meilleur de leur temps pour aboutir à ce rapport qu'ils vous offrent et qui j'en suis sûr vous passionnera, et vous permettra de débattre avec nous dans ce pays qui comme le dit l'écrivain Michel DEON :

« Pour le passé comme pour le présent pour tout ce qu'elle offre avec tant de prodigalité la Gréce reste un peu notre raison de vivre ».

Christian BERNARD,
Président du Congrès,
notaire à Jouy-en-Josas

SOMMAIRE

Famille, je vous aime !,
Grégory BETTA, Rapporteur général 9

1re COMMISSION: LE CHOC DES GÉNÉRATIONS 17
Le notaire et les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur la famille du IIIe millénaire

1re partie: Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur la protection juridique des personnes âgées,
Stéphane BERRE 19
2e partie: Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur les flux patrimoniaux au sein de la famille,
Frédéric PETIT 71
3e partie: Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur la réserve héréditaire,
Agnès COUZINIER 165

2e COMMISSION: LE CHOC DES FAMILLES 191
Le notaire et les nouvelles familles du IIIe millénaire

1re partie: Le couple hétérosexuel,
Marie-Agnès FIXOIS 193
2e partie: La famille homosexuelle,
Céline VILAIN 245
3e partie: La place de la femme dans la famille,
Nadine WILLEMENOT de NANC 293

FORUM INTERNATIONAL 319
La technique juridique de la polygamie,
Marie-Caroline HOUDRY 321

ANNEXE *Grégory BETTA* 341
Notion d'homosexualité 345
Histoire juridique de l'homosexualité 352

Familles
je vous aime !

Grégory BETTA

Rapporteur général du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur général du Congrès MJN Chine 2005
Membre du Conseil de Direction du Mouvement Jeune Notariat
Notaire à Allauch (13)
Diplôme Supérieur du Notariat de Paris
D.E.S. Gestion de patrimoine (Clermont-Ferrand)
D.E.S.S. Droit notarial (Paris I Panthéon Sorbonne)
Ancien enseignant à l'Université de Reims Champagne Ardenne

Familles, je vous aime !

TELLE POURRAIT ÊTRE la profession de foi du notaire, en totale opposition avec le célèbre cri lancé par l'écrivain André GIDE, il y a un siècle.

« *Encore un congrès de notaires sur la famille !* », dira-t-on… En effet, après le congrès national qui a eu lieu dans cette belle ville de Marseille en 1999, le centième de Paris en 2004 sur le Code civil, où le Rapporteur général a consacré une commission entière sur le sujet, celui de Nantes en 2005 qui s'est concentré sur les familles sans frontières, après le Congrès J.N. d'Évian (1998) sur la séparation et la recomposition familiale, le Mouvement Jeune Notariat se penche en 2006 sur le rôle du notaire dans la famille du IIIe millénaire.

Plusieurs raisons conduisent le Congrès J. N. à aborder ce thème :

- D'abord, les paysages démographique, sociologique, politique et juridique ont beaucoup changé ces dix dernières années, et vont encore énormément évoluer dans les quinze années qui viennent.
- Ensuite, le notaire est le conseiller des familles, et le témoin privilégié de leur intimité présente, de leur passé et de leur avenir. Il est une aide à la réalisation des projets qui leur tiennent à cœur. Quelle que soit la spécialité du notaire, il rencontrera toujours la famille dans son activité. Ainsi, il se doit de faire régulièrement le point sur la situation de la famille et sur ses perspectives d'évolution. Il est temps pour lui d'évaluer les options politiques et choix législatifs de la fin du XXe siècle, de comparer avec nos voisins dans la perspective de l'harmonisation européenne souhaitée à l'échéance de 2010.
- Enfin, « *la famille arrive incontestablement en tête des préoccupations des Français* » [1]. Lors d'une récente étude d'opinion [2], neuf sondés sur dix ont déclaré la famille « *très importante* », plus que la réussite professionnelle, l'argent ou la santé. Officier public proche de la population ayant un rôle fondamental pour la société, le notaire est naturellement conduit à se concentrer sur les préoccupations principales de ses concitoyens.

La législation et la jurisprudence des sept dernières années ont changé le cadre juridique de la famille : les concubinages hétérosexuel et homosexuel ont été définis et les PACS hétérosexuel et homosexuel sont nés (loi du 15 novembre 1999) et viennent d'être modifiés (loi du 23 juin 2006), à tel point que se posent aujourd'hui les questions de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples homosexuels…

Le divorce a été profondément remanié (loi du 26 mai 2004), l'autorité parentale revisitée (loi du 4 mars 2002), la bioéthique redéfinie (loi du 6 août 2004).

Le droit successoral a été modifié deux fois, le conjoint survivant favorisé et l'enfant adultérin libéré de toute discrimination par la loi du 3 décembre 2001, et la mécanique des successions et des libéralités profondément transformée par l'importante réforme opérée par la loi du 23 juin 2006.

Même le droit de la filiation a été modifié, par Ordonnance (!), avec la disparition de la famille légitime…

Un projet de loi réformant le droit des incapacités est en cours d'étude par le Conseil d'État et devrait être déposé prochainement au parlement. Dans le même temps, les lois de finances successives prennent soin de favoriser certains comportements familiaux, et les lois de solidarité ne sont pas neutres non plus à ce sujet. Parallèlement, la jurisprudence joue parfaitement son rôle de « *baromètre sociologique* » en suivant l'évolution des mœurs, par exemple dans cet arrêt de l'Assemblée plénière du 29 octobre 2004, largement commenté, qui exécute le devoir de fidélité.

En conséquence de ces évolutions, les notions juridiques de mariage, de famille et de filiation sont aujourd'hui différentes.

Pour dresser le bilan de ces évolutions et imaginer les perspectives du futur, les rapporteurs du « *Congrès MJN Grèce 2006* » se sont concentrés principalement sur les conséquences de deux constats :

- l'un démographique, le choc des générations ;
- l'autre sociologique, le choc des familles.

Première commission : LE CHOC DES GÉNÉRATIONS

Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie et du « *papy boom* » sur la famille du IIIe millénaire.

Double constat démographique, tout d'abord, l'allongement de la durée de la vie, et l'entrée de la génération du « *baby boom* » dans le troisième âge (le papy boom). De façon triviale, « *les vieux sont de plus en plus vieux et de plus en plus nombreux* ». C'est le CHOC DES GÉNÉRATIONS.

Première partie : « *Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie et du papy boom sur la protection juridique des personnes âgées* ».

Ces personnes âgées, dont l'âge et le nombre augmentent, nécessitent une protection accrue et améliorée. En pleine effervescence juridique, à l'aube d'une nouvelle réforme du droit des incapacités et à la sortie du Congrès national de Strasbourg 2006 sur le sujet, Stéphane BERRE a étudié l'évolution du régime des incapacités et l'organisation de la gestion des biens de l'incapable, les directives anticipées, le mandat d'incapacité future et la fiducie pour vous présenter un rapport sérieux et érudit.

Stéphane BERRE a 31 ans, est docteur en droit, diplômé notaire (DSN Lyon) et enseigne le droit notarial à l'Université Jean Moulin de Lyon III. Il ne veut pas de mouton [3], mais apprécie notamment les voyages, l'histoire et le sport. Ce Lyonnais a donc aimé les passionnantes rencontres délocalisées de l'équipe du congrès, de La Baule ou Nantes, à Marseille, en passant par Strasbourg, Paris et les calanques de Cassis.

Après une définition très poétique des personnes âgées, Stéphane BERRE, grâce à un plan « *agrégatif* », anticipe leur protection juridique, tant personnelle que patrimoniale, et propose la mise en place d'une mesure de protection réactive. Ce qui lui permet de présenter la notion de personne de confiance, l'admission des directives anticipées, le mandat de protection future, la fiducie, le projet de réforme des régimes d'incapacité et les autres mesures de protection.

Deuxième partie : « *Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie et du papy boom sur les flux patrimoniaux au sein de la famille* ».

L'allongement de la durée de vie a également pour conséquence de modifier les flux patrimoniaux dans la famille, puisque celle-ci s'étend souvent, désormais, sur quatre générations. Frédéric PETIT a recherché si les solidarités familiales s'en trouvent renforcées, et a mis à jour des vulnérabilités dans un immense travail d'analyse, très détaillé et illustré, qui fourmille de propositions.

Notaire à Taverny (95), Frédéric PETIT a 38 ans, est titulaire du DSN Paris et du DES gestion de patrimoine de Clermont-Ferrand. Membre du Conseil d'Administration de l'Institut Notarial du Patrimoine et de la Famille (INPF), il enseigne la gestion de patrimoine dans les universités de Lyon III, Clermont-Ferrand et Paris XII. Les jeux qu'il préfère [3], sont notamment la formule 1, chanter et la vie sous toutes ses couleurs.

De manière exhaustive, Frédéric PETIT dresse la typologie des flux patrimoniaux familiaux pour constater la difficulté de leur qualification et déterminer leurs conséquences successorales. Ensuite, avec de nombreux exemples pratiques, il cherche à adapter les libéralités aux conséquences de l'allonge-

ment de la durée de vie, notamment à la coexistence de plusieurs générations (transmissions transgénérationnelle et inter-générationnelle), et étudie leur réversibilité.

Troisième partie : « *Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie et du papy boom sur la réserve héréditaire* ».

Enfin, l'allongement de la vie et le « *papy boom* » ont conduit le législateur à modifier une institution du droit de la famille français : la réserve héréditaire. Fondement de la famille, sa modification ne peut laisser indifférent. Sa transformation est brillamment étudiée par Agnès COUZINIER qui a réalisé un sérieux travail de synthèse, souvent reconnu comme le plus difficile.

Notaire assistant à Meudon (92), ancienne Présidente de la Conférence des Notaires Assistants de Paris (CNAP), Agnès COUZINIER, 32 ans, est diplômée notaire (DSN Paris). Son appartement n'est pas en briques roses (3), mais elle aime notamment les voyages, le piano, la salsa et la littérature.

Pour analyser les contours actuels de la réserve héréditaire, Agnès COUZINIER étudie les bénéficiaires originels de la réserve (descendants et ascendants) et son extension récente au conjoint survivant. Ce qui la conduit à comparer la situation en France avec celle d'autres pays, et à envisager l'instauration d'une réserve au profit du conjoint survivant à double détente (en présence de descendants ou d'ascendants).

Agnès COUZINIER démontre encore que la liberté de disposer justifie certaines atteintes à la réserve. Après l'étude de l'assouplissement des mécanismes de protection de la réserve, elle détaille les atteintes portées à cette dernière, par le disposant, et désormais, depuis la loi du 23 juin 2006, par le bénéficiaire.

Deuxième commission : LE CHOC DES FAMILLES

Le notaire et les nouvelles familles du IIIe millénaire

Double constat sociologique ensuite : la multiplicité des formes de conjugalité et de « *parentalité* », et l'influence grandissante de modèles familiaux d'autres sociétés. C'est le CHOC DES FAMILLES.

Première partie : « *Le couple hétérosexuel* ».

La multiplicité des formes de conjugalité entraîne un besoin de clarification des statuts du couple hétérosexuel. Marie-Agnès FIXOIS décrit parfaitement la confusion qui règne entre ces différents statuts.

Notaire à Louvres (95), Marie-Agnès FIXOIS, 30 ans, est diplômée notaire (DSN Paris) et enseigne au Centre de Formation Professionnelle Notariale (CFPN) de Paris. Elle n'a pas de géranium à ses fenêtres[3] mais aime notamment le théâtre, qu'elle pratique avec assiduité, et le groupe *The Cure*.

Marie-Agnès FIXOIS démontre l'assimilation des différents statuts du couple hétérosexuel, tant sur le plan patrimonial (pendant l'union et à la fin de l'union) que sur le plan personnel (devoirs d'assistance et de secours, de cohabitation, de fidélité). Dès lors, elle propose une tentative de clarification des statuts, en décrivant la situation en Europe, puis en évoquant le nouveau phénomène du couple parental.

Deuxième partie : « *La* "famille" *homosexuelle* ».

Dans la multiplicité des formes de conjugalité se trouve aujourd'hui le couple homosexuel, aspirant à la famille homosexuelle. Cette dernière étant un sujet sensible et très médiatique actuellement, il nous est apparu utile de précéder son étude d'une introduction définissant la notion d'homosexualité, relatant une brève histoire juridique de l'homosexualité et rappelant la récente reconnaissance législative et constitutionnelle du couple homosexuel.

Ensuite, Céline VILAIN décrit les situations d'homoparentalité, posant naturellement les questions de l'adoption par des couples homosexuels et du mariage homosexuel, dans un rapport sobre et très documenté qui a l'avantage de présenter tous les arguments en présence et les enjeux des débats.

Notaire stagiaire à Paris, en cours de rédaction de son mémoire de DSN, Céline VILAIN, 27 ans, dont vous découvrirez le son de la voix (3), aime la randonnée et sortir des sentiers battus.

Céline VILAIN constate que la famille homosexuelle est une situation de fait, décrivant les divers cas existant, pour en tirer les conséquences extra-patrimoniales et patrimoniales. Cette situation de fait conduit à la revendication d'un statut juridique, du droit à l'égalité et à la légalité : c'est la demande de l'accès au mariage et à la parentalité. Céline VILAIN termine son étude par un tour européen des unions homosexuelles et des familles homoparentales, source d'inspiration éventuelle pour l'évolution de notre législation.

Troisième partie : « *La place de la femme dans la famille* ».

La multiplicité des formes de conjugalité et des modèles familiaux conduit à la redéfinition de la place et du rôle de la femme dans la famille. Nadine WILLEMENOT de NANC s'est penchée sur la situation de la femme du III^e^ millénaire, à la suite des évolutions de la fin du XX^e^ siècle.

Aujourd'hui notaire assistant à Alfortville (94), diplômée notaire et DES Gestion de patrimoine, Nadine WILLEMENOT de NANC, qui fût notaire à Villeneuve-Saint-Georges (94), possède 30 années d'expérience notariale. Elle ne collectionne pas les papillons [3] mais aime le « *latino* » (et les « *latin lovers* ») et adore la salsa.

Nadine WILLEMENOT de NANC axe son étude sur la liberté de la femme : d'abord, la liberté par le droit à l'amour, qu'il soit « *vertical* »

(le désir d'enfant), ou « *horizontal* » (conjugal) ; ensuite, la liberté par l'égalité, avec ou sans incidences financières.

Forum international : LA TECHNIQUE JURIDIQUE DE LA POLYGAMIE

L'étude de la multiplicité des formes de conjugalité met notamment en exergue l'achèvement du devoir juridique de fidélité, devenu une obligation sans sanction. Or, il semble que la monogamie découle du devoir de fidélité. La disparition du devoir de fidélité est donc l'illustration, selon certains auteurs, du passage de la polygamie à exécution successive à la polygamie à exécution instantanée, une polygamie de fait. D'où l'intérêt d'étudier le régime juridique de la polygamie dans un pays où cette technique est officielle et légale.

Marie-Caroline HOUDRY a choisi l'exemple du Cameroun pour expliquer que la polygamie ne comporte pas seulement des droits mais aussi des devoirs et obligations.

Notaire stagiaire, 29 ans, trésorière de l'ACSEN (Association des Anciens du Centre supérieur d'Etude Notariale), Marie-Caroline HOUDRY termine la rédaction de son mémoire de DSN. Il n'y a pas de colombes sur le toit de sa maison [3] mais elle aime le cinéma et les voyages.

Dans un style très vivant, Marie-Caroline HOUDRY présente classiquement les effets extra-patrimoniaux du mariage polygamique puis ses effets patrimoniaux. Elle animera le forum international avec Céline PASSET, collaboratrice à Paris.

Bien sûr, dans la perspective de la volonté d'harmonisation du droit de la famille par la commission européenne, les rapporteurs du congrès ont pris soin de comparer leurs constats et propositions avec la situation de nos voisins de l'Union Européenne. Ce congrès, avant même le voyage en Grèce, est déjà une grande aventure humaine.

• Remercions notre Président, Christian BERNARD, Notaire à Jouy-en-Josas, enseignant au CFPN de Paris, d'avoir permis à cette merveilleuse équipe de se former et de se réunir pendant ces deux années extraordinaires.

• Remercions également notre Commissaire générale, Martine ZAOUI, Créateur d'Office à Jonage (69), diplômée notaire (DSN), enseignante au CFPN de Lyon, d'avoir organisé et financé nos rencontres et ces deux congrès de Chine et de Grèce.

• Remercions aussi Madame le Professeur Alice TISSERAND-MARTIN, qui nous fait l'honneur d'être notre rapporteur de synthèse pour la deuxième année consécutive.

• Sans oublier Marie Hélène FREMOND, Secrétaire du Mouvement Jeune Notariat, qui réalise un gigantesque travail de fond, ainsi que Serge AYALA, notre photographe réalisateur.

Le notaire dans la famille du IIIe millénaire, le titre peut paraître ambitieux !

Soyons toutefois rassurés. Même si le Mouvement Jeune Notariat a pour tradition d'être novateur, il ne sera toutefois pas question de « *famille-clonage* », de « *famille-humanoïde* » ni de croisement des espèces…

Le notaire reste dans la réalité des besoins de la famille, de toutes les familles.

Ces familles qu'il conseille.

Ces familles qu'il aime.

Venez le démontrer à Loutraki, en Grèce, du 17 au 22 octobre 2006 !

Grégory BETTA

1• *Le Pèlerin*, n° 6371 du 6 janvier 2005.

2• *Les valeurs des Français*, Ed. Armand Colin, 2003.

3• Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, chapitre IV : « Si je vous ai raconté ces détails sur l'astéroïde B 612 et si je vous ai confié son numéro, c'est à cause des grandes personnes. Les grandes personnes aiment les chiffres. Quand vous leur parlez d'un nouvel ami, elles ne vous questionnent jamais sur l'essentiel. Elles ne vous disent jamais : "Quel est le son de sa voix ? Quels sont les jeux qu'il préfère ? Est-ce qu'il collectionne les papillons ?" Elles vous demandent : "Quel âge a-t-il ? Combien a-t-il de frères ? Combien pèse-t-il ? Combien gagne son père ?" Alors seulement elles croient le connaître. Si vous dites aux grandes personnes : "J'ai vu une belle maison en briques roses, avec des géraniums aux fenêtres et des colombes sur le toit..." elles ne parviennent pas à s'imaginer cette maison. Il faut leur dire : "J'ai vu une maison de cent mille francs." Alors elles s'écrient : "Comme c'est joli !". Ainsi, si vous leur dites : "La preuve que le petit prince a existé c'est qu'il était ravissant, et qu'il voulait un mouton. Quand on veut un mouton, c'est la preuve qu'on existe" elles hausseront les épaules et vous traiteront d'enfant ! Mais si vous leur dites : "La planète d'où il venait est l'astéroïde B 612" alors elles seront convaincues, et elles vous laisseront tranquille avec leurs questions. Elles sont comme ça. Il ne faut pas leur en vouloir. Les enfants doivent être très indulgents envers les grandes personnes. Mais, bien sûr, nous qui comprenons la vie, nous nous moquons bien des numéros ! »

PREMIÈRE COMMISSION

Le choc des générations

LE NOTAIRE ET LES CONSÉQUENCES DE L'ALLONGEMENT
DE LA DURÉE DE LA VIE
SUR LA FAMILLE DU III^e MILLÉNAIRE

PREMIÈRE PARTIE

Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur la protection juridique des personnes âgées

Stéphane BERRE

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur du Congrès MJN Chine 2005
Docteur en droit
Diplôme supérieur du Notariat
Enseignant à l'Université de Lyon III

La protection juridique des personnes âgées

Introduction

LA PROTECTION DES PERSONNES ÂGÉES est une question d'actualité et, si l'on en croit les propos tenus à l'occasion de la Conférence de la famille 2006, une véritable révolution [1]. Au vrai, le constat ne surprend pas. Il est lié à un phénomène que démographes et sociologues avaient depuis longtemps anticipé : *le papy-boom*.

Celui-ci a donné un formidable coup de projecteur sur le vieillissement de la population française, fait démographique incontestable qui s'explique essentiellement par l'allongement de l'espérance de vie : la pyramide des âges s'inverse à mesure que l'on vit de plus en plus vieux. De fait, en 1775, moins de 6 % de la population avait 65 ans et plus. Aujourd'hui, l'Institut national des études démographiques (I.N.E.D.) estime que cette partie de la population représenterait près de 30 % de la population française : 20,8 % pour les 60 – 75 ans, 8 % pour les plus de 75 ans, 2 300 000 personnes ayant plus de 80 ans [2]. Dans l'avenir, le phénomène devrait se poursuivre, alors même que la France est le deuxième pays européen le plus dynamique pour sa natalité, juste derrière l'Irlande [3]. Se dessineront ainsi les nouveaux contours de la population française qui vivra un grand tournant autour de 2011 – 2012 : à cette date-là, en effet, la courbe des plus de 60 ans croisera puis dépassera celle des moins de 20 ans. Et, d'ici à 2050, les plus de 75 ans devraient être trois fois plus nombreux qu'actuellement (11,6 millions), l'on devrait compter quatre fois plus de personnes âgées de 80 ans au moins (7 millions, dont 4,8 millions âgées d'au moins 85 ans) et près de douze fois plus de centenaires (165 216) [4].

1• Conférence de la famille du 3 juillet 2006, dossier de presse, p. 2 : www.premierministre.gouv.fr rubrique Salle de presse/Dossiers de presse.

2• Estimations au 1er janvier 2006 : www.ined.fr rubrique Population en chiffres/France métropolitaine.

3• Marie DANCER, « 2006, l'année du papy-boom », *La Croix du 11 février 2006.*

4• Académie pontificale des sciences sociales, « L'enfance et la jeunesse », Assemblée plénière, 28 avril - 2 mai 2006 (qui évoque la disparition de la jeunesse et dont les travaux sont accessibles

Les conséquences de ce vieillissement de la population française sur la société sont connues ; elles ont fait l'objet de nombreuses études qui, à l'unisson, soulignent qu'elles intéressent tous les acteurs sociaux.

On pense évidemment aux acteurs économiques, conscients de la manne financière que représente cette population qui vieillit [5]. Les seniors ont pour certains du pouvoir d'achat et ils veulent légitimement en profiter : création de loisirs spécifiques pour les personnes âgées et de produits adaptés au vieillissement de la population, essor de toutes les sociétés et associations de service…

Mais, sont également concernés les acteurs politiques [6], afin de prendre en compte les multiples effets du vieillissement de la population : problèmes du paiement des retraites[7], de l'accès et du coût des soins [8], de l'aménagement du territoire [9], de la baisse du niveau de vie de certaines de ces personnes, parfois contraintes de passer leur retraite à l'étranger, dans des pays dont le niveau de vie est moins élevé que celui de la France…

En témoigne, par exemple, l'abandon, suite à la catastrophe sanitaire de la canicule du mois d'août 2003, d'un jour férié pour financer la dépendance des personnes âgées [10].

Ce premier aspect ne doit pas en faire oublier un autre, tout aussi important : l'aspect personnel, siège d'un paradoxe puisque, comme le disait déjà

4• [suite] depuis le site internet www.vatican.va rubrique Curie romaine/Académies pontificales) ; Chantal BRUTEL et Laure OMALEK, Projections démographiques pour la France, ses régions et ses départements : horizon 2030-2050, Paris, I.N.E.D., 2003 ; Chantal BRUTEL, *La population de la France métropolitaine en 2050 : un vieillissement inéluctable*, Paris, I.N.S.E.E., juillet 2006 ; d'autres données sont disponibles sur le site www.ined.fr rubrique Population en chiffres/France métropolitaine/Projections. Cf. déjà Jean-Paul GATEL et Didier FROGER, « Demain la famille, solidarités et responsabilités », XCV 95e Congrès des notaires de France, « *Demain la famille* », Marseille, 1999, Deuxième commission, n° 2124.

5• Cf. par exemple Fédération Internationale des Associations de Personnes Agées (F.I.A.P.A.), *Le pouvoir gris*, Tome II, Les influences économiques et sociales, Paris, mars 2006.

6• F.I.A.P.A., *Le pouvoir gris*, Tome I, Pouvoir et influence politique, Paris, mars 2006.

7• Conseil d'orientation des retraites, *Retraites : perspectives 2020-2050,* Paris, 29 mars 2006.

8• Céline ROUDEN, « La Sécu, 60 ans, et maintenant… », *La Croix du 30 septembre 2005.*

9• Le vieillissement de la population n'est en effet pas uniforme et les milieux ruraux sont les plus touchés. Sans compter qu'il existe de fortes disparités régionales. Ainsi, selon les projections de l'I.N.S.E.E., les régions fortement urbanisées, comme l'Ile-de-France ou Rhône-Alpes, ou à fécondité élevée, comme le Nord-Pas-de-Calais ou la Lorraine, seront des régions à forte croissance, dont la population vieillira de manière moins importante que la moyenne nationale. A l'inverse, les régions fortement marquées par l'exode rural, comme l'Auvergne ou le Limousin, verront leur population vieillir plus rapidement.

10• Loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées, *Journal officiel n° 151 du 1er juillet 2004*, p. 11944, article 2.

Saint-Paul, « *même si notre homme extérieur s'en va en ruine, notre homme intérieur se renouvelle de jour en jour* » [11,12].

Et, de fait, comment nier que l'âge présente, dans la plupart des cultures, certains atouts ? A la suite du père François BECHEAU [13], relevons parmi eux la mémoire, l'accomplissement et la sagesse. D'abord, l'homme âgé est le témoin de ce qui mérite d'être conservé dans la mémoire des générations suivantes. Au demeurant, un proverbe africain n'affirme-t-il pas que « *lorsqu'un ancien meurt, c'est une bibliothèque qui disparaît* » ? Ainsi, garante de la continuité et porteuse d'une histoire, la personne âgée inspire le respect. Ensuite, à l'heure du bilan, cette dernière peut porter sur son parcours un double regard. Celui, négatif, de la déception, des regrets ou de la culpabilité. Mais aussi, celui, bien plus positif, de la gratitude et de l'émerveillement devant ce qui lui a été, et ce qui lui est encore, donné de vivre. Enfin, la sagesse acquise à la condition de savoir accepter les transformations et consentir aux mutations nécessaires pour vivre de la meilleure façon qui soit le temps présent.

Mais, à l'inverse, le vieillissement est aussi, dans une société largement acquise à la jeunesse et à ses valeurs, synonyme de pertes et de renoncements : « *le temps de nos années, quelques soixante-dix ans, quatre-vingt si la vigueur y est : mais, leur grand nombre n'est que peine et tourment* » [14]. Cela commence par mille petites choses qui s'accumulent et révèlent que l'on prend de l'âge : le journal que l'on ne peut plus lire sans lunettes, la randonnée dont on ne peut plus suivre le rythme… Le dynamisme, la résistance, l'optimisme et l'envie d'entreprendre ne sont plus tout à fait les mêmes. Mais, surtout, il y a l'affaiblissement général des fonctions physiques et physiologiques ainsi que, parfois, des facultés mentales : l'ouïe qui se fait moins fine, le sommeil qui se fait attendre, le corps qui proteste, la mémoire et les forces qui fléchissent… A quoi s'ajoutent, dans les cas les plus extrêmes, l'épreuve de la solitude et l'humiliation de la dépendance, « *temps de la*

11• Saint-Paul, Deuxième épître aux Corinthiens, 4, 16. Cf. aussi Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil – Les personnes. Les incapacités*, Paris, Defrénois, 2e édition, 2005, n° 685.

12• Cf. également la déclaration de Madame Catherine VAUTRIN, alors secrétaire d'Etat aux personnes âgées, devant l'Assemblée nationale, le 26 novembre 2004 : « *la vitalité et l'énergie dont tant de personnes âgées et même très âgées sont animées nous invitent à associer la vieillesse à une forme de richesse de vie. Il n'empêche que l'avancée en âge rapproche du terme de l'existence (…)* ».

13• Cité par Martine de SAUTO, « La grâce de l'âge », *La Croix du 7 octobre 2005.*

14• Psaume 90.

suprême pauvreté» [15]. Tout ceci engendre des degrés de faiblesse des plus variables, tant dans leur intensité que dans la durée, mais qui ont tous en commun d'exposer les personnes affaiblies par l'âge à de nombreux dangers. Parmi eux, le détournement de patrimoine est sans conteste le plus fréquent [16]. Il n'est cependant pas le plus grave et la maltraitance, physique ou morale, dont certaines de ces personnes sont victimes ne doit pas être niée [17]. La vieillesse atteint doublement le sujet de droit : dans la dimension de l'avoir et dans celle, plus subtile et de ce fait peut-être moins perceptible, de l'être [18].

L'on comprend ainsi mieux le besoin de protection des personnes âgées, contre leurs propres agissements et contre ceux des tiers, que le juriste, et plus particulièrement le notaire, conseiller naturel des familles, ne peut ignorer. Parfois diminuée, la personne âgée n'en demeure pas moins un être humain ayant droit au respect ; elle ne doit pas, dans la mesure du possible être marginalisée comme cela se pratiquait au début du XVIIe siècle [19], elle doit être accompagnée. Et, ainsi que l'affirme le professeur Jean HAUSER, « *toute société a le droit des incapacités qu'elle mérite. (…) Une partie de notre image ce sont nos incapables* » [20].

Certes, le plus souvent, ce besoin sera satisfait sans recours au droit, grâce à la solidarité entre les générations qui se met spontanément en place dans le cadre familial. En effet, la famille apparaît par définition comme l'entité la mieux à même de pourvoir à la défense des intérêts de la personne âgée vulnérable [21]. Corrélativement, ce n'est que dans l'hypothèse où la famille faillit à ses devoirs ou ne peut les remplir, que l'État et la solidarité nationale prendront le relais. Pour autant, il convient de ne pas perdre de vue

---

15• P. BECHEAU, *op. cit.* Cf. également Benoîte GROULT, *La touche étoile*, Paris, Grasset, 2006.

16• Cf., par exemple, les cas relatés par François de WITT, *Appauvrissez-vous*, Paris, Bourin éditeur, 2004 ainsi que les arrêts cités par MALAURIE et AYNES, *Les personnes. Les incapacités, op. cit.*, n° 393, note 44.

17• Cf. sur cet aspect, les mesures annoncées le 27 juin 2006 par le ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille dans le cadre du plan « Solidarité – Grand âge » : www.premier-ministre.gouv.fr rubrique Information/Actualités et www.personnes-agees.gouv.fr rubrique Point de presse.

18• A ce titre, la Charte des droits et libertés des personnes âgées dépendantes, rédigée en mai 2004 par la Direction générale de l'action sociale et la Fédération nationale de gérontologie, dispose, en son article XI, que ces personnes « *doivent voir protégés non seulement* (leurs) *biens mais aussi* (leur) *personne* ».

19• GATEL et FROGER, op. cit., n° 2127.

20• Jean HAUSER, « *L'incapable et nous* », J.C.P. 1999 Ed. N., p. 863 et spécialement la p. 865.

21• MALAURIE et AYNES, *Les personnes. Les incapacités, op. cit.*, n° 499 ; Jean-Pierre PICARD et Robert HIRTCE, « *Protection et incapacité* », CXXXe Congrès des notaires de France, « *Le notariat et les personnes protégées* », Première commission, n° 5.

deux éléments. D'une part, l'aspiration légitime des proches qui s'occupent d'une personne âgée à bénéficier d'un statut juridique organisé, notamment en ce qui concerne leur responsabilité. On peut, à cet égard, citer le nouveau congé dont la mise en place par décret à l'automne 2006 vient d'être annoncée par la Conférence de la famille [22]. D'autre part, le fait que la solidarité familiale est, dans nombre de cas, prise en défaut. L'éclatement des familles, les obligations professionnelles font que les moyens manquent souvent aux plus jeunes pour prendre en charge la protection de leurs aînés. Cette évolution est telle que, lors du XCV[e] Congrès des notaires de France de 1999, il a pu être avancé que seules près de 53 % des personnes âgées de plus de 75 ans bénéficiaient, dans leur vie quotidienne, d'une aide de la part de parents [23]. Le législateur en est d'ailleurs pleinement conscient, qui, depuis une dizaine d'années, a entrepris de réformer le régime de la protection des majeurs. Cette volonté, à laquelle les contraintes budgétaires ne sont pas étrangères [24], a toujours été encouragée par le notariat, soucieux de préserver la dignité de la personne que l'âge a rendue vulnérable. Elle a trouvé son aboutissement dans le projet de loi portant réforme des tutelles, dont le gouvernement a saisi le Conseil d'État le 30 juin dernier et qui devrait être débattu au Parlement à l'automne [25].

Cela étant, une première difficulté, technique, surgit. Quel cadre assigner à la protection juridique des personnes âgées ? Faut-il créer un régime de protection spécifique ou, au contraire, conserver les régimes de protection de droit commun dont certaines règles seulement seraient adaptées ?

La seconde solution est celle qui prévaut actuellement : le Code civil ne contient aucun texte traitant spécifiquement de la situation des personnes âgées vulnérables. Ainsi, pour le professeur HAUSER, « *le sujet traité se caractérise d'abord, au moins apparemment, par son absence d'autonomie normative* » [26]. Cette voie nous paraît préférable ; elle est d'ailleurs celle qui a été retenue par le projet dont il vient d'être question. En effet, outre qu'elle évite de

22• Dossier de presse précité, pp. 2 à 6 et fiches 1 à 6, pp. 10 à 21.

23• GATEL et FROGER, *op. cit.*, n° 2135.

24• Cour des comptes, *Les personnes âgées dépendantes.* Rapport au président de la République, novembre 2005.

25• Communiqué de presse du garde des Sceaux, ministre de la justice, 30 juin 2006. Ce projet de loi n'a pas été rendu public au jour où nous écrivons. Seuls l'ont été les avant-projets établis par les groupes de travail constitués, depuis 1997, par les gouvernements successifs. Aussi, les observations qui suivent sont établies sur la base du dernier texte connu : l'avant-projet de loi établi en 2003 (*Rapport de la commission de réforme du droit des incapacités*, Paris, La Documentation française, décembre 2003) et objet, sur certains points, de modifications parfois rendues publiques.

26• Jean HAUSER, « La protection de l'incapacité des personnes âgées » *in La dépendance des personnes âgées*, sous la direction de Francis KESSLER, Paris, Sirey, 1997, p. 159.

stigmatiser une catégorie de la population française, elle permet de ne pas avoir à définir la vieillesse, notion qui évoque une série de termes qui se confondent, se recouvrent ou s'opposent : troisième âge, quatrième âge, vieux, aînés, retraités, seniors… A cet égard, l'âge n'est pas, malgré les apparences, un critère satisfaisant et il n'est pas possible d'affirmer que le troisième âge commencerait lors de l'entrée en retraite pour se terminer au décès [27]. En effet, l'âge de la retraite est variable, compris entre 55 ans et 65 ans, et, surtout, beaucoup de jeunes retraités refuseraient de rentrer dans une telle catégorie. C'est pourquoi certains chercheurs ont estimé qu'il fallait distinguer, au sein du troisième âge, entre ceux qui sont encore en bonne santé et qui se suffisent à eux-mêmes et ceux qui ont besoin dans leur vie quotidienne d'une tierce personne et qu'on a qualifié de « *quatrième âge* » [28]. Dans ces conditions, il semble que, par défaut, le seul critère que l'on puisse retenir soit un critère fonctionnel : la vieillesse commencerait avec l'apparition de certains signes d'affaiblissement : perte d'autonomie psychique ou physique, sans que la personne en devienne pour autant dépendante [29]. Mais, plus que la vieillesse proprement dite, ce critère définit la personne vulnérable. La perte, totale ou partielle, de certaines facultés frappe peut-être plus souvent les personnes âgées ; mais, elle peut aussi atteindre des personnes plus jeunes. Or, à une époque où le gouvernement et le législateur travaillent à la simplification du droit, il serait plus logique de créer un régime unique, protégeant toutes les personnes vulnérables. Naturellement, cela ne s'oppose pas à son aménagement afin de tenir compte de la situation particulière des personnes âgées, dont la plupart aura, avant d'avoir besoin de protection, joui de sa pleine capacité civile. Pour le dire autrement, la personne âgée ne doit pas être isolée au sein des personnes protégées ; mais, elle ne doit pas non plus être infantilisée car de grandes différences existent entre elles et le mineur ou le majeur placé sous tutelle dès sa majorité [30].

27• Dans le même sens, Jean-Pierre GRIDEL, « L'âge et la capacité civile », *Dalloz 1998*, Chronique, p. 90 et spécialement les nos 27 et suivants.

28• Claude DEBBASCH et Jean-Marie PONTIER, *La société française*, Paris, Armand Colin, 4e édition, 2001.

29• Vincent CARADEC, *Sociologie de la vieillesse et du vieillissement*, Paris, Armand Colin, 2004 ; GATEL et FROGER, *op. cit.*, nos 2127 et suivants.

30• Cf. dans le même sens, « L'âge et l'argent », Congrès de l'association des anciens avoués, Annecy, septembre 1996 ; François CHABAS, « La protection des vieillards », Droit et patrimoine octobre 1996, p. 54 ; Thierry FOSSIER, « Mémoire pour servir à l'histoire d'une loi future », Seconde partie, *Droit de la famille 2002*, chronique, n° 15, p. 4 et spécialement la conclusion, p. 6 ; « L'objectif de la réforme du droit des incapacité : protéger sans jamais diminuer », Defrénois 2005, article 38.076, p. 3 et spécialement la p. 5, n° 4, et les pp. 14 et suivantes, nos 12 et suivants.

Face à ces évolutions, récentes et à venir, le notaire peut et doit jouer un rôle cardinal. A tous les stades de la vieillesse, les personnes âgées ont des besoins spécifiques auxquels le droit tente d'apporter des réponses. Le notaire sera confronté à des personnes ayant des préoccupations et des objectifs extrêmement divers. Plusieurs événements vont appeler son intervention et ses conseils. Il pourra être amené à conseiller ces personnes en cas de décès de leurs conjoints, les encadrer dans le choix de leur option, dans leur volonté de transmettre leur patrimoine, veiller à leur capacité pour les actes juridiques qu'elles passent, recueillir leurs dernières volontés…

Ainsi, le notaire accompagne, en quelque sorte, ces personnes jusqu'à leur mort et répond aux nécessités juridiques inhérentes à cette période de la vie. Il peut, par ses conseils, aider le troisième âge à préparer sa vieillesse, puis son éventuelle perte d'autonomie. En amont, il peut aider la personne âgée à anticiper le moment où ses facultés intellectuelles, physiques ou mentales seront affaiblies (I) ; en aval, il peut l'aider à réagir à cet affaiblissement (II).

I L'ANTICIPATION DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE ÂGÉE

L'anticipation de la protection de la personne âgée est d'apparition récente en droit français. Il faut dire qu'elle va à l'encontre d'un certain nombre de principes, hérités du Code Napoléon.

Fondamentalement, ce qu'il faut noter est que, en l'organisant, le législateur a permis à toute personne majeure et saine d'esprit de se prémunir contre un éventuel état de particulière vulnérabilité. Il est en effet rassurant, notamment pour la personne âgée, d'assurer son avenir, de savoir qui prendra ses décisions à sa place lorsqu'elle ne pourra plus le faire elle-même. En cela, parce qu'il permet de prendre en compte la volonté de l'intéressé dans toute la mesure du possible, le législateur mérite d'être approuvé et encouragé dans sa démarche.

En droit positif, cette anticipation demeure limitée à la protection de la personne même du sujet de droit (A). L'on peut cependant penser que son domaine devrait, très prochainement, être étendu à la protection du patrimoine de la personne âgée (B).

A. L'anticipation de la protection de la personne

L'anticipation de la protection de la personne repose sur deux mesures principales : il s'agit, d'une part, de la personne de confiance (1), dont le rôle a été accru par de récentes lois, et, d'autre part, des directives anticipées (2).

1 La personne de confiance

L'article L 1111-6 nouveau du Code de la santé publique, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé [31], énonce que « *toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin* ».

Ce texte, qui annonce le refus de l'acharnement thérapeutique, a entendu donner au malade la maîtrise des conditions de la fin de sa vie. Il traduit, d'un point de vue technique, une certaine contractualisation des soins : ceux-ci ne doivent, dans la mesure du possible, être prodigués qu'avec le consentement de l'intéressé ou de la personne de confiance. En cela, c'est toute une conception de la médecine que la loi a entendu condamner : le malade cesse d'être un simple patient pour prendre une part active à son traitement.

La possibilité de recourir à une personne de confiance est réservée aux personnes majeures capables. Ainsi, hormis le cas où elle est placée sous tutelle ou curatelle, toute personne âgée peut désigner une personne de confiance.

Il est également nécessaire de préciser qu'aucune obligation légale n'existe en matière de désignation d'une personne de confiance. A ce titre, on a pu parler d'une nouvelle obligation morale pour chaque citoyen [32]. Toujours est-il que l'article L 1111-7 du Code de la santé publique rend obligatoire, lors de toute hospitalisation, la proposition de désigner la personne de confiance pour toute la durée de l'hospitalisation. Il semblerait aussi opportun que des lieux tels les études de notaire, ou encore les salles d'attente des professionnels de santé, disposent de documents explicatifs sur la notion de personne de confiance et de formulaires de désignation. Cela permettrait à la personne âgée de prendre sereinement parti sur une question essentielle et, si elle en ressent le besoin, de solliciter au préalable des explications de son notaire.

L'article L 1111-6 du Code de la santé publique précise que « *cette désignation est faite par écrit* ». Il s'agit donc d'un nouvel acte, pouvant être établi par acte authentique ou par acte sous seing privé. Cette exigence est légitime et, s'agissant d'une décision qui touche à la vie de la personne, il convient de ne pas s'égarer dans la recherche, toujours aléatoire, d'une désignation donnée verbalement dans l'urgence de l'hospitalisation. De ce point de vue, l'écrit est incontestablement un gage de plus grande sécurité.

31• Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Journal officiel n° 54 du 5 mars 2002, p. 4118.

32• C. ESPER, « La personne de confiance : obligations légale, morale, juridique ? », *Revue générale de droit médical 2003*, n° 11.

Mais, encore faut-il que sa conservation soit assurée de manière satisfaisante et qu'il puisse être communiqué, facilement et avec célérité, au médecin qui doit intervenir. La loi n'a malheureusement pas réglé la difficulté. Le souci d'efficacité qui a guidé les auteurs du décret organisant la conservation et la publicité des directives anticipées [33] nous conduit à adopter ici les mêmes solutions. D'abord, il nous parait indispensable que la personne désignée soit informée de sa désignation le plus rapidement possible et conserve un exemplaire original ou une copie authentique de l'acte de désignation. Cela garantit un meilleur respect de la volonté de l'auteur de la désignation en évitant que la personne de confiance décline sa mission au moment même où elle doit l'exécuter. Ensuite, il nous paraît judicieux d'organiser la publication de la désignation, non pas dans un fichier spécifique, mais dans le dossier médical du patient. Naturellement, pour être pleinement efficace, y compris dans les situations d'urgence, cette mention devrait également indiquer les coordonnées de la personne de confiance. Il faut espérer que le gouvernement se saisisse rapidement de cette difficulté qui, aujourd'hui, limite considérablement le recours à la personne de confiance.

Pour le reste, la loi laisse toute liberté à l'intéressé quant à la désignation de la personne de confiance et à sa révocation.

La personne de confiance peut ainsi être un parent, un proche ou le médecin traitant. Cette dernière possibilité a parfois été contestée et l'on a pu reprocher à la loi de procéder à une « *confusion de qualités en érigeant receveur de l'information celui qui doit en fait la donner, et donneur de consentement celui qui doit en fait le recevoir* » [34]. La critique est peut-être excessive car il semble que, au travers de la notion de médecin traitant, le législateur ait en réalité fait référence à celui qui suit l'auteur de la désignation au quotidien, non pas à celui qui intervient de manière ponctuelle, à l'occasion d'une hospitalisation, et est appelé à interroger la personne de confiance. Quant à la possibilité de désigner un proche, dont la loi suggère qu'il n'est pas nécessairement un parent, elle devrait autoriser la désignation du notaire. Bien entendu, il ne s'agit là que d'une simple faculté, appelée à s'appliquer dans des hypothèses assez exceptionnelles, dans lesquelles la personne âgée a une confiance toute particulière en son notaire. Il n'a jamais été question, lors des débats parlementaires, de conférer au notariat, pas plus qu'à une profession organisée *ad hoc*, un quelconque monopole en la matière.

33• Cf. *infra*, n° 119.

34• Jérôme KLEIN et Florence GEMIGNANI, « La protection de la personne », CII[e] Congrès des notaires de France, « Les personnes vulnérables », Strasbourg, 2006, Deuxième commission, p. 307, n° 2106 et Dominique FENOUILLET, *Jurisclasseur Notarial Répertoire*, V[o] Majeurs protégés, fascicule XIII, n° 47.

Quoiqu'il en soit, l'article L 1111-6 du Code de la santé publique rappelle expressément que la désignation de la personne de confiance « *est révocable à tout moment* ». Dans le silence du texte, cette faculté doit pouvoir être exercée *ad nutum*. La solution est pleinement justifiée par le respect dû à la volonté du patient et auquel l'acceptation de sa mission par la personne de confiance ne devrait pas pouvoir s'opposer. On regrettera cependant deux choses. La première est que la loi n'ait pas organisé les modalités de la révocation. Faut-il, en vertu du parallélisme des formes, qu'elle se concrétise par un écrit ? Peut-on, à l'inverse, se satisfaire d'une révocation tacite dont l'existence repose en bonne partie sur l'honnêteté de la personne désignée en laquelle l'auteur de la désignation a précisément perdu confiance ? La seconde est que, en son dernier alinéa, le texte précité indique que, lorsqu'une mesure de tutelle est ordonnée, il appartient au juge des tutelles de confirmer la mission de la personne de confiance ou d'en révoquer la désignation. La volonté de la personne protégée est alors complètement écartée [35].

Quant à la mission de la personne de confiance [36], son étendue varie selon que le patient est ou non lucide. Lorsque le patient est lucide, la personne de confiance l'accompagne dans les démarches médicales et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions [37] ; toutefois, elle ne s'exprime pas à sa place, sauf diagnostic ou pronostic grave. Autrement dit, il n'y a pas en principe de dialogue direct entre le praticien et la personne de confiance. A l'inverse, si le patient n'est plus en état d'exprimer sa volonté, le médecin consulte, sauf urgence ou impossibilité, la personne de confiance. Un dialogue s'établit alors entre le soignant et la personne de confiance qui est la voix du patient et ne se substitue pas à lui. Au demeurant la décision relève du seul praticien [38]. Le législateur a ainsi voulu limiter une trop forte emprise de la personne de confiance. Ce n'est pas dire pour autant que son avis doit être négligé. Bien au contraire, l'article L 1111-11 du Code de la santé publique précise qu'il prévaut sur tout autre avis non médical pour les décisions d'investigation, d'intervention ou de traitement prises par le médecin. Cette primauté s'explique par deux raisons. D'une part, si une personne, par une démarche volontaire, a désigné un témoin auquel elle déclare accor-

35• Egalement en ce sens, *idem*, n° 48.

36• C. ESPER, *op. cit.*, et « La personne de confiance », *Gazette du Palais 15-17 décembre 2002*, p. 13.

37• Ce qui est une levée du secret médical.

38• Ce principe, que l'on retrouve également en matière de directives anticipées (*cf. infra*, n° 118), pourra s'avérer particulièrement intéressant lorsque le patient aura désigné comme personne de confiance un tiers membre, comme lui, d'une secte refusant la prescription de certains traitements.

der sa confiance, tout doit être mis en œuvre pour que sa volonté soit entendue. D'autre part, avoir un interlocuteur unique et fiable présente, pour les équipes médicales, un intérêt certain à une époque où elles sont de plus en plus souvent confrontées à des familles dont les membres s'opposent les uns aux autres sur leur aptitude à représenter le plus fidèlement la personne inconsciente et à témoigner de ses convictions personnelles ou des vœux qu'elle aurait émis quant au choix des traitements [39].

Cela étant, dans les deux cas, l'acceptation de sa désignation par le tiers désigné crée à sa charge une obligation juridique. Sur ce point, le législateur français n'a pas été aussi rigoureux que son homologue de l'Ontario. En effet, alors que celui-ci a pris soin de qualifier la désignation d'une personne de confiance de « *procuration aux soins de la personne* » [40], celui-là n'a nullement abordé la question. Faut-il y voir un véritable mandat ou une simple obligation d'assistance [41] ? Ajoutée au refus de beaucoup d'envisager une perte de conscience [42], cette nouvelle incertitude explique certainement le faible succès de la mesure et l'on comprend les réticences des personnes sollicitées à s'engager sans connaître l'étendue de leurs obligations ni celle de leur responsabilité. Certes, parce qu'elles ne peuvent, à notre sens, s'engager qu'à titre gratuit, elles devraient légitimement bénéficier de la mansuétude dont la jurisprudence témoigne à l'endroit des mandataires ou assistants non rémunérés. Piètre consolation en réalité, qui ne compense en rien le traumatisme que la reconnaissance de sa responsabilité pourrait causer à la personne de confiance. N'oublions pas en effet qu'il ne s'agit pas ici de réparer un préjudice patrimonial mais bien, par définition, une atteinte à l'intégrité physique de la personne âgée devenue inconsciente.

Malgré tout, la possibilité de désigner une personne de confiance a été maintenue et complétée à l'occasion de récentes réformes du droit de la santé. Plus innovantes, mais aussi plus rigoureuses, ces dernières ont en outre créé un nouvel instrument de prévoyance : les directives anticipées, qui ont fait l'objet de propositions de la part du Mouvement Jeune Notariat, notamment

---

39• Jean LEONETTI, Rapport fait au nom de la Mission d'information sur l'accompagnement de la fin de vie, Assemblée nationale, 30 juin 2004, p. 108.

40• Article 12 du Code civil québécois. Pour un commentaire, Ginette DESCHENES, « Les volontés de fin de vie (le testament biologique) », *Congrès de la chambre des notaires du Québec 1994,* chapitre XIII, p. 7.

41• En ce sens, KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, p. 306, n° 2106.

42• Gaëtan GORCE et Jean LEONETTI, *Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée d'examiner la proposition de loi n° 1882 de M. Jean LEONETTI et de plusieurs de ses collègues relative aux droits des malades et à la fin de vie,* Assemblée nationale, 18 novembre 2004, n° 1929, p. 36.

de Guillaume CAUET qui fût auditionné au Sénat avant le vote de la loi du 22 avril 2005.

2 L'admission des directives anticipées

La loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie [43] a défini les conditions, strictement encadrées, dans lesquelles le corps médical peut se voir autorisé à ne pas pratiquer l'acharnement thérapeutique au moyen d'actes « *poursuivis par une obstination déraisonnable* » [44]. A ce titre, elle a inséré, dans le Code de la Santé publique, un nouvel article L 1111-11 qui permet à toute personne majeure de rédiger des directives anticipées pour le cas où elle serait un jour hors d'état d'exprimer sa volonté. Ici encore, en adoptant cette mesure, le législateur s'est inspiré d'exemples étrangers, notamment le testament de vie adopté par le Danemark en 1998 [45] ou bien encore le *Patientenverfügung*, c'est-à-dire testament de fin de vie, admis par les droits allemand et autrichien [46] [47]. Ce faisant, il a continué son travail entrepris vers une plus grande autonomie de la volonté du patient. Pour autant, la loi de 2005, dont l'apport est globalement bienvenu, n'a pas été jusqu'à donner au médecin le droit de provoquer délibérément la mort de son patient, fût-ce à son instigation. Elle ne le relève, dans certaines situations et sous certaines conditions, que de son obligation de soins. Mais, toutes ses autres obligations, comme celle de respecter la dignité du patient et d'assurer la qualité de la fin de sa vie en lui dispensant des soins palliatifs, demeurent. Il est donc clair que toute forme d'euthanasie active est, comme par le passé, clairement prohibée [48].

43• Loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le Code de la santé publique, *Journal officiel n° 95 du 23 avril 2005*, p. 7089.

44• Article L 1110-5 du Code de la santé publique. Cf. également Gérard DERIOT, *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, relative aux droits des malades et à la fin de vie*, Sénat, 6 avril 2005, n° 281, pp. 3 et 7 à 10.

45• Citée *in* François MELIN, « Les directives anticipées : vers l'admission du testament biologique en droit français », *Defrénois 2004*, article 38.055, spécialement la p. 1525.

46• Hugues LETTELLIER et Christine LICHTENBERGER, « Testament de fin de vie et droit international », *La Gazette du Palais des 23 et 24 septembre 2005*, Doctrine, p. 7 ; Jean PICARD, « Testament de vie : dispositions de dernières volontés médicales, France, Allemagne, Espagne », *J.C.P. 1998 Ed. N.*, p. 1783.

47• Pour d'autres exemples, cf. Jean-Louis BAUDOUIN, « Situation légale et jurisprudentielle entourant les volontés de fin de vie », *Entracte 16 mars 2005*, volume IV, n° 5, p. 6 (droit québécois) ; DERIOT, *op. cit.*, p. 5 (modèle américain) ; DESCHENES, *op. cit.* ; MELIN, *op. cit.*, pp. 1526-1527.

48• Philippe MALAURIE, « *Commentaire de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie* », Defrénois 2005, article 36.228, spécialement la p. 1390 :

L'objectif de ce texte est double : remédier aux insuffisances des régimes de protection [49] et établir un compromis entre, d'un côté, la dignité et la liberté du patient et, de l'autre, l'obligation de soins pesant sur le médecin. On se souvient en effet que la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades avait ajouté à l'article L 1111-4 du Code de la Santé publique un troisième alinéa précisant qu'« *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et* (que) *ce consentement peut être retiré à tout moment* ». Mais, la jurisprudence avait, de son côté, fait de cette disposition une lecture très restrictive, considérant que la volonté exprimée par le patient ne lie pas le médecin [50]. Pour leurs promoteurs, les directives anticipées doivent permettre de briser cette jurisprudence et, corrélativement, de restaurer l'effectivité des dispositions de la loi du 4 mars 2002.

Cela étant, toute personne majeure peut exprimer ses souhaits quant à ses derniers jours et prendre des dispositions pour le cas où elle serait atteinte d'une maladie incurable et ne serait plus en état de préciser ou de manifester ses volontés.

Il s'agit là d'une démarche grave, qui concerne directement la vie de l'intéressé. Aussi, la loi en soumet l'efficacité à trois exigences cumulatives. D'une part, l'auteur des directives doit avoir, au moment où il les rédige, la jouissance incontestable de toutes ses facultés intellectuelles. Cette question est délicate et l'article R 1111-17 du Code de la Santé publique précise opportunément que

---

48• (suite) « *son élément le plus important réside dans son silence, refusant de dépénaliser l'euthanasie. Ainsi demeure le principe fondateur de notre société*: Tu ne tueras pas, *rappelé par le Code pénal*: le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre (art. 221-1, C. *pén.) et appliqué aux médecins par le Code de déontologie médicale*: *le médecin* n'a pas le droit de provoquer délibérément la mort (*art. 38, al. 2, C. déont. Méd.*) » ; « Euthanasie et droits de l'homme : quelle liberté pour le malade ? », *Defrénois 2002*, article 37.598, p. 1131 ; Emmanuel PUTMAN, « Commentaire de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie », *Revue Juridique Personnes et Famille juin 2005,* p. 6.

49• HAUSER, *op. cit.*, pp. 174-175.

50• Cf. notamment Trib. Adm. Lille, référés, 25 août 2002 et Cons. Etat, 16 août 2002, référés (refus des transfusions sanguines par des témoins de Jéhovah), *Dalloz 2002*, I.R., 2581 ; *Gazette du Palais 15-17 septembre 2002*, p. 8, note PANSIER ; *Revue Juridique Personnes et Familles décembre 2002*, p. 11, obs. PUTMAN. Cf. en outre Marie de HENNEZEL, *Fin de vie et accompagnement,* Rapport au ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées, Paris, *La Documentation française*, octobre 2003, p. 111 ; Jean PENNEAU, « Le médecin face au refus du patient de subir un acte médical », *Dalloz 2002*, p. 2877 ; Y. LACHAUD, « Le droit au refus de soins après la loi du 4 mars 2002 : premières décisions de la juridiction administrative », *Gazette du Palais 15-17 décembre 2002*, p. 19 ; Martine PEREZ, « Ethique - Le comité des sages admet le refus de soins », *Le Figaro du 10 juin 2005* ; et PICARD, *op. cit.*, p. 1784.

l'avis d'un médecin peut figurer en annexe pour éviter toutes contestations quant à l'exécution des directives ou leur remise en cause, soit par le corps médical, soit par les parents ou relations de leur rédacteur. D'autre part, les directives anticipées doivent être établies sur un document écrit, daté et signé par leur auteur dûment identifié par l'indication de ses nom, prénom, date et lieu de naissance. Par exception, lorsque ce dernier, bien qu'en état d'exprimer sa volonté, est dans l'impossibilité d'écrire et de signer lui-même le document, il peut demander à deux témoins, dont la personne de confiance lorsqu'elle est désignée, d'attester que le document qu'il n'a pu rédiger lui-même est l'expression de sa volonté libre et éclairée ; ces témoins indiquent leur nom et qualité et leur attestation est jointe aux directives anticipées. Enfin, une condition de délai est prévue sur le modèle du droit belge. En effet, les directives anticipées ne seront prises en comptes que si elles ont été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience ; il s'agit là de s'assurer que la volonté du malade a intégré les progrès de la médecine. Lorsque le malade n'est plus en état d'exprimer sa volonté, cette dernière condition est remplacée par la procédure suivante : l'arrêt des soins ne peut être décidé que dans le cadre de la formation collégiale prévue par le Code de déontologie médicale [51] et après consultation de la personne de confiance, de la famille ou, à défaut, d'un proche [52].

Ces précisions appellent trois observations. Les deux premières sont relatives à la forme des directives anticipées.

D'une part, visant un document écrit par le patient, la loi recèle une ambiguïté certaine : ne pourrait-elle pas, à l'instar de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité tout juste amendée sur ce point par celle du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités [53], être interprétée comme interdisant le recours à l'acte notarié dès lors que l'auteur des directives anticipées est en état de les rédiger lui-même ? Certains ne le pensent pas [54].

D'autre part, les textes ne contiennent aucune indication sur l'articulation des dispositions du Code de la Santé publique et celles, plus générales, du Code civil. Que se passera-t-il alors si les directives anticipées ont été exprimées, non pas dans l'imprimé spécialement conçu à cet effet, mais dans un testament ?

51• Décret n° 2006-120 du 6 février 2006 relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, Journal officiel n° 32 du 7 février 2006.

52• Article L 1111-13 du Code de la santé publique.

53• Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *Journal officiel n° 145 du 24 juin 2006,* p. 9513, article 26.

54• MALAURIE, « Commentaire (…) », *op. cit.*, p. 1392.

Faudra-t-il, comme cela a parfois été suggéré [55], appliquer par analogie les dispositions de la loi du 15 novembre 1887 qui permettent de régler les conditions des funérailles dans un testament ou dans une déclaration faite en la forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous seing privé ? L'impératif de sécurité juridique milite, il est vrai, en faveur de cette solution : le testament, qu'il soit sous seing privé ou authentique, présente plus de garanties qu'un simple imprimé administratif dont il sera parfois difficile de savoir si le signataire était sain d'esprit.

La troisième observation est plus fondamentale : la loi du 22 avril 2005 donne le sentiment de vouloir « *médicaliser* » [56] les directives anticipées à l'extrême et, ce faisant, en exclure les juristes qui sont, pourtant, des professionnels de la rédaction d'actes. Certes, l'article R 1111-20 du Code de la Santé publique, issu du décret n° 2006-119 du 6 février 2006 [57], vient heureusement tempérer cette impression. Ce texte admet en effet que les directives anticipées puissent être déposées entre les mains, non d'un médecin, mais d'un membre de la famille ou de la personne de confiance. Dans ces conditions, rien ne devrait s'opposer à ce que la personne âgée malade confie la rédaction et la conservation de ses directives anticipées à son notaire à charge pour lui d'en délivrer, en cas de besoin, une copie à un parent ou à la personne de confiance. Pour autant, il nous semble que, une nouvelle fois, le problème général de la collaboration du médecin et du juriste n'a pas été correctement résolu. Comme avant elle la loi du 3 janvier 1968, celle de 2005 n'établit au mieux qu'une juxtaposition « *de certificats fournis, dans leur* "indépendance", *par les médecins, selon les techniques médicales, et l'appréciation par le juge* (comme le notaire au demeurant) *d'une technique juridique à suivre, lui aussi, dans son* "indépendance". *Alors que, seul, le dialogue entre leurs deux humanismes, continuellement solidaires l'un de l'autre, peut élaborer la protection convenable* » [58].

C'est donc aux praticiens, juristes et médecins, à œuvrer de concert pour élaborer des formules de directives anticipées suffisamment claires et précises pour pouvoir être exécutées et, ce faisant, assurer le respect de la volonté du patient. Cette collaboration est peut-être difficile. Mais, elle n'est pas impos-

55• Emmanuel PUTMAN, « Le "testament de vie" est désormais réglementé », *Revue Juridique Personnes et Familles mai 2006*, p. 10.

56• *Idem.*

57 • Décret n° 2001-119 du 6 février 2006 relatif aux directives anticipées prévues par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005, *Journal officiel n° 32 du 7 février 2006*, codifié aux articles R 1111-17 et suivants du Code de la santé publique.

58• René SAVATIER, « Le risque, pour l'homme, de perdre l'esprit et ses conséquences en droit civil », Dalloz 1968, Doctrine, Chronique XIX, p. 109 et spécialement la p. 116.

sible : elle fonctionne déjà en Allemagne où la jurisprudence a, dans le silence de la loi, validé le recours à un formulaire type établi par des juristes et des médecins [59].

Pour juger de l'importance de ces nouvelles directives anticipées, il est nécessaire d'en préciser la force obligatoire à l'égard de leur auteur d'abord, et du corps médical ensuite.

Très légitimement, le décret du 6 février 2006 rappelle, à l'article R 1111-18 du Code de la Santé publique, que les directives anticipées peuvent toujours être révoquées par leur auteur. Cet aspect n'appellerait aucun commentaire si les conditions dans lesquelles cette révocation peut intervenir avaient été définies. Or, il n'en est rien et de cette lacune du texte découlent d'importantes difficultés. Elles concernent la forme de la révocation. Faut-il appliquer, par une sorte de parallélisme, les règles prévues pour l'établissement des directives anticipées ? Ou, au contraire, peut-on se satisfaire d'une révocation tacite dès lors que la volonté du patient est suffisamment établie ? Elles concernent aussi la capacité et risquent de conduire, en l'état du droit, à une impasse lorsque l'auteur des directives anticipées aura, entre-temps, fait l'objet d'une mesure de protection.

De manière plus surprenante peut-être, le Code de la Santé publique précise que le corps médical doit systématiquement prendre connaissance de ces directives mais qu'il n'est pas lié par elles. L'expression utilisée par la loi est à cet égard révélatrice. Alors que les auteurs évoquaient plus volontiers le testament de vie, la loi de 2005 a préféré la notion de directives anticipées [60]. Il semble qu'ainsi la liberté de leur auteur ait quelque peu cédé le pas devant l'obligation de soins incombant au médecin. L'article L 1111-11 du Code de la Santé publique conforte cette impression, lorsqu'il indique que les directives anticipées indiquent au médecin « *les souhaits de la personne relatifs à sa fin de vie concernant les conditions de la limitation ou l'arrêt de traitement* ». Combiné avec l'article L 1111-12 du même code, ce texte paraît impliquer la hiérarchie suivante : l'avis médical prime les directives anticipées qui, à leur tour, priment l'avis de la personne de confiance ainsi que, en tout dernier rang, les autres avis non médicaux [61]. Sur ce point, la législation française demeure en retrait par rapport à d'autres législations européennes. Au Danemark, la loi n° 482 du 1er juillet 1998 relative au statut des patients confère un caractère obligatoire aux dispositions anticipées formulées par des patients en

59• Guillaume CAUET, « Les directives anticipées », *Mémoire de D.S.N.*, Poitiers, 2005, p. 31.

60• Sur la portée de ce changement de terminologie, et notamment l'exclusion des formes testamentaires, cf. PUTMAN, *op. cit.*, p. 10.

61• En ce sens, PUTMAN, « Commentaire (…) », *op. cit.*, p. 6.

phase terminale. En Espagne comme en Belgique, la loi affirme, cette fois de manière générale, la valeur contraignante des dispositions anticipées [62]. Faut-il le regretter ? Nous ne le pensons pas car, souvent, les volontés de celui qui agonise ne sont pas celles qu'il a pu exprimer quand il a rédigé ses directives anticipées. Dans ces conditions, il est essentiel que le médecin conserve la responsabilité personnelle de mettre un terme, ou de limiter, le traitement d'une personne en fin de vie [63].

Surtout, il importe que les directives anticipées soient portées à la connaissance des tiers, et notamment du corps médical. D'où la nécessité d'un système de publicité fiable et efficace, eu égard à l'urgence que certaines situations ne manqueront pas de comporter.

Avant la publication du décret du n° 2006-119 du 6 février 2006, il avait été suggéré de créer un fichier central spécifique permettant, comme au Danemark ou en Espagne, de recenser les directives anticipées [64]. De son côté, le Conseil supérieur du notariat avait proposé qu'elles puissent être inscrites au fichier central des dispositions de dernières volontés de l'A.D.S.N. Cette solution est au demeurant celle qui a été retenue par le législateur allemand [65]. Ce dernier a en effet estimé que le notaire apporte toute la sécurité requise dans la rédaction et la conservation du document du patient. Dans cette législation, la présence de témoins n'est pas requise en soi mais en fonction de la forme choisie par le patient pour rédiger ses directives anticipées ; mais, leur absence éventuelle est palliée par l'obligation faite par la loi au notaire d'assurer la connaissance des directives anticipées par la remise d'une copie au patient, à une personne de confiance ou au médecin traitant, avec l'autorisation de remise à tout établissement de soins. En France, c'est finalement une autre solution qui a été retenue par le décret précité : celle de la mention des directives anticipées dans le dossier médical. C'est elle qui avait recueilli les faveurs des promoteurs de la proposition de loi ayant abouti à la loi du 22 avril 2005. Peut-être s'agit-il de la solution la plus simple puisque la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie [66] a institué, pour chaque

62• Pour l'Espagne, il s'agit de la loi n° 41-2002 du 14 novembre 2002 ; pour la Belgique, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Ces textes sont accessibles depuis le site internet www.legifrance.gouv.fr rubrique Sites juridiques/Etats membres de l'U.E.

63• DERIOT, *op. cit.*, pp.5 et 6, 20 et 21 ; HENNEZEL, *op. cit.*, p. 115, proposition n° 42 ; MALAURIE, « Commentaire… », *op. cit.*, p. 1394. *Contra*, MELIN, *op. cit.*, p. 1530 qui avoue « *ne pas percevoir l'intérêt d'une disposition législative (…) n'ayant aucune portée positive réelle* ».

64• MELIN, *op. cit.*, p. 1529.

65• PICARD, *op. cit.*, p. 1786.

66• Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie, Journal officiel n° 190 du 17 août 2004, p. 14598, codifiée aux articles L 1111-8 et suivants du Code de la santé publique.

bénéficiaire de l'assurance-maladie, un dossier médical personnel, géré par un hébergeur de données de santé agréé ? Il n'en demeure pas moins que, à l'heure actuelle, ce dossier n'est pas opérationnel et que sa mise en œuvre, prévue en juillet 2007, risque fort d'être reportée pour des raisons financières et éthiques [67].

En 2002 et 2005, le législateur a donc entamé un processus de réforme qui n'est pas encore achevé mais mérite d'être encouragé. Certes, on peut s'interroger sur la décision d'intégrer les textes relatifs à l'anticipation de la protection de la personne au sein du Code de la Santé publique, de portée somme toute assez administrative, et non pas au sein du Code civil [68]. Celui-ci contient déjà, en ses articles 16 et suivants, des dispositions relatives au respect du corps humain ; il avait, à notre sens, vocation à recevoir les nouvelles dispositions relatives à la personne de confiance et aux directives anticipées. A l'instar du droit des sûretés, ce droit au respect et à la dignité, qui est plus celui d'une personne que celui d'un patient, devra, un jour où l'autre, être « *recivilisé* » pour que son expression cesse d'être considérée comme un simple fait exonérant le corps médical de sa responsabilité. A cette occasion, une réflexion approfondie devra être conduite sur le principe d'indisponibilité du corps humain. C'est à cette seule condition que pourra être levée l'hypocrisie qui affecte aujourd'hui le droit de la santé, déniant aux directives anticipées la qualification d'acte juridique mais en permettant, dans le même temps, le renouvellement indéfini.

Mais, par delà ces critiques, il faut reconnaître au législateur l'immense mérite d'avoir, enfin, pris conscience de la nécessité de protéger la personne âgée, et plus largement vulnérable, pour ce qu'elle est et non plus seulement au travers de son patrimoine [69].

Cela étant, les possibilités offertes demeurent encore trop restreintes. Elles ne concernent que l'organisation des soins de la personne malade qui ne peut plus manifester sa volonté. Elles ne lui permettent pas de préparer d'autres choses, pourtant de moindre importance, telles la protection de son patrimoine. C'est une des raisons pour laquelle la réforme des incapacités est tant attendue par les praticiens puisqu'elle devrait fort opportunément consacrer l'anticipation de la protection du patrimoine.

67• Olivier AUGUSTE et Martine PEREZ, « Dossier médical personnel : les risques de dérive », *Le Figaro du 11 juillet 2006*.

68• Dans le même sens, PUTMAN, « Le "testament de vie" (…)», *op. cit.*, p. 10.

69• Cf. par exemple, pour le droit antérieur à la réforme du 3 janvier 1968, René SAVATIER, note sous Cass. Civ. 1re, 21 décembre 1965, *Dalloz 1968*, Jurisprudence, p. 21 et spécialement la p. 22.

B. L'anticipation de la protection du patrimoine

L'anticipation de la protection du patrimoine devrait être assurée, par le projet de loi déposé devant le Conseil d'État le 30 juin dernier, au moyen de l'introduction en droit français du mandat de protection future (1). L'intérêt de cette mesure est incontestable : reconnaître à la convention un rôle de protection habituellement attribué à l'autorité judiciaire, garante des libertés individuelles. Pour autant, il faut regretter que les auteurs du projet n'aient pas fait preuve d'audace et saisi l'occasion qui leur était donnée pour consacrer une institution contestée mais qui pourrait s'avérer fort utile en la matière : la fiducie (2).

1 Le mandat de protection future : une mesure attendue

Le mandat de protection future est attendu par de nombreux praticiens, que ce soit la Fondation de gérontologie, l'Ordre national des médecins ou bien encore le notariat qui, avec constance, en rappelle les atouts dans le cadre de ses congrès [70].

Au vrai, cette mesure n'est pas une véritable nouveauté. Nous venons de le voir, le droit positif connaît déjà une forme de mandat de protection : ce sont les directives anticipées qui n'ont cependant qu'un domaine extrêmement limité, puisqu'elles ne concernent que la protection de la personne en fin de vie. Et, dans l'ordre patrimonial, il est déjà fait application du mandat pour pallier certaines situations de faiblesse d'esprit : l'on pense ici au mandat entre époux visé, pour les époux communs en biens, par les articles 1431 et 1432 du Code civil et, pour les époux séparés de biens ou soumis à la participation aux acquêts, par les articles 1539 et 1540 du même code. Le mandat de protection future réaliserait en quelque sorte une fusion de ces mesures en ce sens que, à en croire les termes de l'avant-projet de loi, il pourrait contenir des stipulations relatives, tant à la protection de la personne qu'à celle de son patrimoine. Dans le même temps, il en modifierait assez sensiblement l'aspect puisque le mandat ne serait plus un instrument de protection réservé aux seuls époux. En cela, la démarche du gouverne-

---

70• Cf., entre autres, Jacques CHARLIN et Régis CARRE, « Protection et transmission du patrimoine », *LXXX^e Congrès des notaires de France*, « Le notariat et les personnes protégées », Troisième commission, Versailles, 1984, n^os^ 160 et suivants ; François VIGNAL et Nicolas DUTOUR, « La formation du contrat », *XCIV^e Congrès des notaires de France*, « Le contrat », Deuxième commission, Lyon, 1998, quatrième proposition ; GATEL et FROGER, *op. cit.*, n^os^ 2149 et suivants ; Nathalie COUZIGOU-SUHAS et Yann LE LEVIER, « Les figures libres d'assistance », *CII^e Congrès des notaires de France,* « Les personnes vulnérables », Troisième commission, Strasbourg, 2006, p. 518, n° 3095.

ment mérite d'être approuvée car elle permet à la France de mettre en œuvre des principes auxquels elle a souscrit dans le cadre du Conseil de l'Europe. Rappelons en effet que, en 1999, les Etats membres de cette organisation ont déclaré qu'« *il conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore dotée de sa pleine capacité serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future* » [71]. Plusieurs Etats, parmi lesquels l'Espagne [72], ont modifié leur législation en conséquence, mais pas la France. Ce serait chose faite si le mandat de protection future était adopté.

En ce qui concerne les parties, relevons que le mandat de protection future devrait être accessible, pour ce qui concerne les personnes âgées, à la fois à celles qui ont conservé leur pleine capacité civile et à celles qui font l'objet d'un régime de curatelle. Dans ce cas, il leur faudra simplement être assistées de leur curateur. Le souci du gouvernement est compréhensible : assurer l'intégrité et la sincérité du consentement de l'intéressé. Pour autant, il faut se demander s'il n'y a pas là un risque de blocage. Le mandat de protection future a en effet vocation à se substituer au régime de la curatelle. Le risque serait alors que le curateur ne montre que peu d'empressement à assister son protégé dans la rédaction d'un acte dont l'exécution mettra fin à ses fonctions.

Du côté du mandataire, le principe serait celui de la plus complète liberté de choix du mandant. C'est en tout cas la solution qui paraît le plus compatible avec l'essence même de la technique. Il n'en demeure pas moins que,

---

71• Recommandation du comité des ministres n° 99 du 23 février 1999 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, Principe 2, alinéa 7. Cette recommandation peut être consultée sur le site internet www.coe.int rubrique Activités/Affaires juridiques.

72• Cf. loi n° 41-2003 du 18 novembre 2003, introduisant l'autotutelle et le mandat de protection future : Jean PICARD, « Mandat et handicap de santé à venir - l'exemple de l'Espagne », *J.C.P. 1999 Ed. N.*, p. 1811. Cf. également les législations allemande et, hors du cadre de l'Europe, québécoise, pionnières en la matière, puisque le mandat de protection future (*Altervorsorgevollmacht* en droit allemand et mandat en prévision de l'inaptitude en droit québécois) y est admis depuis le début des années 1990. Sur ces législations, cf. Guillaume CAUET, « Le mandat pour incapacité future », *Revue MJN 2003-2,* Dossier de la rédaction ; COUZIGOU-SUHAS et LE LEVIER, *op. cit.*, nos 3046 et suivants ; Gérard GUAY, « Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude et les régimes de protection des majeurs inaptes », *Cours de perfectionnement du notariat 1990*, Chambre des notaires du Québec, p. 133 et « Le mandat donné en prévision de l'inaptitude », *Répertoire de droit 1996*, V° Mandat, Doctrine, document I ; Jean PICARD, « Le mandat pour soins de vieillesse en droit allemand, die Altervorsorgevollmacht », *J.C.P. 1999 Ed. N.*, p. 1122. Plus largement, Françoise MONEGER, « Personnes âgées et droit des incapacités en Suisse et en France », *Journal de la société de législation comparée 1993*, p. 37 ; et « La protection juridique des majeurs », Sénat, Documents de travail, Série Législation comparée, juin 2005.

si cette absence de contrainte permet de respecter totalement la volonté du mandant, elle est susceptible d'engendrer un certain nombre de difficultés. Par exemple, celle de voir la personne âgée désigner comme mandataire une personne qui ne présente pas les qualités requises pour gérer, au mieux de ses intérêts, son patrimoine alors que cette mission requiert précisément des compétences de plus en plus spécifiques. De même, alors que le mandat de protection future postule l'adaptation du contrat à la situation du mandant, le risque a parfois été évoqué de voir des personnes morales investir ce nouveau marché et imposer des mandats dont elles auraient unilatéralement déterminé le contenu. Pour y remédier, et éviter de remplacer la vulnérabilité physique de la personne âgée par une vulnérabilité économique, plusieurs propositions ont été formulées par le notariat : cantonner le choix du mandataire aux seules personnes physiques [73] ou à celles figurant sur une liste *ad hoc* établie par l'autorité judiciaire [74]. Ces suggestions nous paraissent en réalité complémentaires : la première répond au risque lié à l'intervention de personnes morales, et la seconde permet de s'assurer des compétences du mandataire désigné.

Quant à la forme, le principe devrait être celui de la liberté du mandant [75]. La proposition un temps retenue d'imposer le recours à l'acte authentique [76] a finalement été abandonnée alors que le notariat a activement participé à l'élaboration du dispositif et s'est montré tout à fait disposé à en assumer le poids. Cette liberté dans le choix de la forme du mandat est légitime ; elle respecte la volonté du mandant en ne l'enfermant pas dans un carcan trop rigide. Cela étant, malgré le surcoût qui en résulte, le recours à la forme authentique devrait, en pratique, être assez largement préconisé. Nous y voyons au moins trois avantages. D'abord, assujetti à un devoir de conseil et à un devoir d'authentification, le notaire requis s'assurera de l'identité et de la capacité des parties et les informera des conséquences de leur acte. Ensuite,

---

73• Quatrième proposition du XCIV[e] Congrès des notaires de France (deuxième commission) : « (…) *que soit organisée au sein du Code civil la possibilité pour toute personne physique* (…) *de permettre à un représentant de son choix, également personne physique* (…), *de contracter en son nom pour organiser et maintenir son état de vie* (…)».

74• GATEL et FORGER, *op. cit.*, n° 2151.

75• Article 471, alinéa 4, du Code civil dans sa rédaction issue de l'avant-projet (texte cité, comme les autres articles de l'avant projet, par COUZIGOU-SUHAS et LE LEVIER, *op. cit.*) : « *le mandat est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé* (…)», entièrement manuscrit, daté, signé par le mandant et contresigné par deux témoins majeurs choisis par lui. Par exception, l'alinéa 3 de ce texte impose le recours à l'acte authentique dans une situation qui ne concerne pas directement notre sujet : celle du mandat donné par les parents d'un enfant mineur ou majeur handicapé prenant effet au jour de leur décès ou de la perte de leur facultés.

il conservera l'original du mandat de protection future qu'il aura reçu en minute ; de la sorte, aucun risque de perte n'est encouru et autant de copies authentiques qu'il en sera nécessaire pourront être délivrées aux tiers intéressés. Enfin, l'intervention du notaire conférera force exécutoire au mandat ainsi que, s'agissant à tout le moins de ses constatations personnelles, force probante jusqu'à inscription de faux.

Le contenu du mandat de protection future serait tout aussi libre. Mais, pour étendue qu'elle soit, cette liberté n'est pas, dans l'avant-projet de loi, absolue. D'abord, la forme du mandat conditionne assez nettement l'étendue des pouvoirs qui peuvent être conférés au mandataire. Ainsi, ce dernier ne pourrait en aucun conclure des actes de disposition lorsque le mandat est sous seing privé ; ses pouvoirs seraient alors limités aux actes de conservation et d'administration, c'est-à-dire à ceux qu'un tuteur peut faire seul, sans autorisation. A l'inverse, le mandataire pourrait, lorsque le mandat est conclu par acte notarié, accomplir tous les actes qu'un tuteur peut faire, y compris ceux qui, en droit positif, requièrent l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge des tutelles. Une dérogation importante serait ainsi apportée au principe énoncé à l'article 1988 du Code civil, suivant lequel le mandat général ne peut être que d'administration. Ensuite, seconde restriction posée par l'avant-projet de loi, le mandant ne peut jamais, quelle que soit la forme du mandat de protection future, autoriser le mandataire à faire en son nom un acte de disposition à titre gratuit, et notamment pas une libéralité. Si le mandant souhaite consentir un tel acte, il devra le faire personnellement. A cet égard, il nous semble utile de proposer que la personne âgée, représentée par son mandataire, bénéficie des assouplissements apportés par la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Rappelons que cette loi, modifiant les articles 504 et 505 du Code civil, autorise désormais le majeur en tutelle à tester, sous certaines conditions, et étend la possibilité de consentir une donation à ses frères et sœurs ou descendants d'eux [77]. Il n'existe, objectivement, aucune raison de ne pas transposer ces nouvelles règles à l'auteur d'un mandat de protection future.

76• Union Nationale des Associations Familiales, *La réforme de la protection juridique des majeurs, avril 2003*, cité par COUZIGOU-SUHAS et LE LEVIER, *op. cit.*, p. 522, n° 3102, note 112. Comp. la quatrième proposition du XCIVe Congrès des notaires de France (deuxième commission) : « (…) *que ce mandat soit gratuit, dressé par acte authentique, autonome et indépendant des régimes de protection existants* (…)». Cf. également, en faveur de cette solution, Thierry FOSSIER, « Noces d'émeraude entre notaires et juges : vers la réforme des tutelles », *Droit de la famille mai 2006*, étude, n° 25, p. 36 et spécialement le n° 31.

77• Loi du 23 juin 2006 précitée, article 29, 10° et 11°.

L'avant-projet de loi envisage ensuite la mise en œuvre de cet acte. Il apporte sur ce point des précisions intéressantes. Mais, sur d'autres aspects, il comporte d'importantes lacunes qui, espérons-le, seront comblées à l'occasion des débats parlementaires.

Le texte précise fort logiquement que le mandat de protection future ne prendra effet que lorsqu'il sera démontré que le mandant ne peut plus pourvoir seul à ses intérêts patrimoniaux [78]. L'exigence est logique, sa mise en œuvre plus délicate. En effet, il ne saurait être question de laisser le mandataire seul juge ; de la même manière que cela est prévu en droit positif pour l'ouverture d'un régime de protection, l'intervention d'un tiers s'impose et l'avant-projet de loi exige que l'altération des facultés soit médicalement établie par un médecin spécialiste, choisi sur une liste dressée par le procureur de la République. Pour préserver les intérêts du mandant, ces mesures devraient être complétées par un inventaire de son patrimoine au jour de la mise en œuvre du mandat. En revanche, aucune intervention de l'autorité judiciaire ne semble prévue. Sur ce point, l'avant-projet de loi va plus loin que le Code civil du Québec qui soumet la mise en œuvre du mandat, sous seing privé ou authentique, à son homologation par le tribunal [79]. Cette souplesse mérite d'être approuvée en ce qu'elle permettra une application plus rapide du mandat [80].

Il organise ensuite le contrôle des pouvoirs du mandataire et des comptes, ainsi que la fin du mandat de protection future. Sans qu'il soit besoin d'examiner de manière détaillée les dispositions du texte, deux points retiennent l'attention et intéressent directement le notariat. D'une part, l'efficacité du contrôle des pouvoirs du mandataire suppose que la volonté du mandant se soit exprimée le plus précisément possible. A ce titre, lorsqu'il rédigera le mandat de protection future, le notaire devra non seulement respecter fidèlement cette volonté mais il devra aussi la provoquer sur certains aspects à l'effet d'être le plus complet possible. Ce qui ne signifie pas qu'à défaut de stipulation particulière, il n'y aura pas de contrôle ; mais il s'agira d'un contrôlé imposé de l'extérieur puisque l'avant-projet de loi renvoie ici au contrôle qui s'exerce dans le cadre de la tutelle des personnes majeures [81]. D'autre part, le notariat se voit confier une nouvelle mission parce que,

78• Article 475, alinéa 2, du Code civil tel que modifié par l'avant-projet de loi.

79• VIGNAL et DUTOUR, *op. cit.*, n° 2028.

80• La durée de la procédure d'homologation est en effet assez largement critiquée par les praticiens québécois : cf. par exemple Jean MORIN, « Le citoyen et la personne », *Entracte 1er mars 1995*, volume IV, n° 4, p. 6 et spécialement la p. 7.

81• Article 473 du Code civil tel que modifié par l'avant-projet de loi.

lorsque le mandat est établi en la forme notariée, c'est à lui que le mandataire devrait, chaque année, rendre compte de sa gestion [82]. A cet effet, il a pu être suggéré de créer une structure professionnelle collective qui exercerait ce contrôle aux lieu et place du notaire rédacteur de l'acte [83]. Si le texte devait être adopté en l'état, il en résulterait une coopération accrue des notaires, tenus par un devoir d'alerte dont les contours restent à préciser, et des magistrats. En effet, si les premiers se voient confier la mission de contrôler la gestion du mandataire, ils n'ont pas le pouvoir de le sanctionner ; celui-ci demeure entre les mains des magistrats, garants naturels du respect de la volonté individuelle. Sur ce point, l'avant-projet de loi demeure donc extrêmement prudent, voire quelque peu en retrait par rapport à la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, qui renforce le rôle du notaire dans la nouvelle procédure de partage judiciaire. En tout cas, il devrait pouvoir ainsi atteindre l'objectif de désengorgement des tribunaux qu'il s'est fixé.

Plus spécifiquement, il faut regretter que certains problèmes n'aient pas du tout été évoqués, et notamment celui de la publicité du mandat de protection future. Cette question est pourtant essentielle et la loi ne peut s'en désintéresser. Elle doit au contraire assurer la publicité de l'existence du mandat, soit par la création d'un fichier national spécifique [84], soit, comme le propose le notariat, par l'élargissement du fichier des dispositions de dernières volontés [85]. De la même manière, elle doit ensuite assurer la publicité de la mise en œuvre du mandat de protection future. Celui-ci n'est pas un acte ordinaire. Il ne se contente pas d'organiser la représentation de la personne âgée dans l'accomplissement de certains actes. Il tend à en assurer la protection et, bien que cela ne soit jamais expressément formulé, en affecte, indirectement mais nécessairement, la capacité juridique. De ce fait, auteurs et praticiens [86] réclament la mise en place d'un régime de publicité largement inspiré de celui qui est actuellement organisé en cas d'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle : une inscription sur le répertoire civil tenu par le greffe du lieu de naissance du mandant doublée d'une mention en marge de son acte de naissance.

Ainsi présenté à grands traits, le mandat de protection future devrait rencontrer, en pratique, un succès certain à l'instar de ce qui a pu être observé

82• Article 485 du Code civil tel que modifié par l'avant-projet de loi.
83• COUZIGOU-SUHAS et LE LEVIER, *op. cit.*, n° 3124.
84• Solution retenue par le Québec : VIGNAL et DUTOUR, *op. cit.*, n° 2028.
85• COUZIGOU-SUHAS et LE LEVIER, *op. cit.*, n° 3115.
86• *Ibidem.*

dans les pays qui en ont déjà admis le principe [87]. Mais, pour mieux juger de ses atouts et handicaps, il convient maintenant de le confronter à une autre technique juridique permettant, elle aussi, d'anticiper la protection du patrimoine de la personne âgée : la fiducie.

2 La fiducie : une mesure discutée

« Le débat sur la fiducie est largement ouvert en droit français » [88]. La doctrine y a consacré de nombreux travaux [89], sans toutefois parvenir à se fixer. Le législateur lui-même s'est, par deux fois, saisi de la question, là encore sans succès car aucun des deux textes n'a été débattu [90]. Le plus ancien est un projet de loi déposé devant l'Assemblée nationale le 20 février 1992 [91]. Il a été repris et profondément amendé, en février 2005, par une proposition de loi du sénateur Philippe MARINI [92]. La fiducie y est décrite comme étant « *un contrat par lequel un constituant transfère des droits* [93] *de toute nature à une personne physique ou morale dénommée fiduciaire, à charge pour elle de les administrer ou d'en disposer au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires conformément aux stipulations du contrat à des fins de gestion, de garantie ou de transmission* [94]*, exclusivement ou cumulativement* ».

87• Cf. sur ce point les actes du colloque « La représentation tutélaire en Europe : ses difficultés et ses excès », Lyon, 9 décembre 2004, publiés *in Gazette du Palais 15-17 décembre 2004*, actualités, p. 4.

88• Rémy LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine… » *in Mélanges Philippe MALAURIE* - Liber amicorum, Paris, Defrénois, 2005, p. 303.

89• Dont le premier est la thèse de Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981.

90• A cet égard, on notera toutefois que, le 31 mai 2006, un rapporteur a été désigné s'agissant de la proposition déposée par le sénateur MARINI (*cf. infra*, note 92).

91• Projet de loi n° 2583. Cf. également Alain RICHARD, *Rapport fait au nom de la commission des finances,* n° 3095, Assemblée nationale, 3 décembre 1992 ; Michel GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois 1991*, article 35.085, p. 897 et article 35.094, p. 961.

92• Proposition de loi n° 178, enregistrée à la présidence du Sénat le 8 février 2005.

93• Droits qui ne sont pas nécessairement des droits de propriété mais pourraient être, selon certains auteurs, des droits réels finalisés, opérant une nouvelle forme de démembrement et incluant exceptionnellement *l'abusus* : en ce sens, LIBCHABER, *op. cit.*, pp. 316 et suivantes, n^{os} 12 et suivants.

94• On rappellera à cet égard que la fiducie a parfois été qualifiée d'institution « *polyvalente et rayonnante* » (GRIMALDI, *op. cit.*, p. 897, n° 1) et que ces trois fonctions de la fiducie (gestion, garantie, transmission) ont depuis longtemps été soulignées par la doctrine : cf. notamment LIBCHABER, *op. cit.*, p. 305, n° 2.

La discussion, qui mêle des arguments techniques à des considérations d'opportunité [95], s'articule en réalité autour de deux questions. Faut-il craindre que la reconnaissance de la fiducie en droit français n'en bouleverse les principes fondamentaux ? Ce risque est-il suffisamment compensé par l'intérêt de la technique quant à la protection du patrimoine de la personne âgée ? Ce n'est qu'après y avoir répondu qu'il sera possible de comparer la fiducie au mandat de protection future.

Les arguments opposés à la consécration de la fiducie en droit français sont connus. Ce sont ceux qui, en 1992 déjà, avaient conduit à l'abandon du projet de loi. Ils sont de deux ordres : les uns civils, les autres fiscaux.

D'abord, il a été reproché à la fiducie de heurter le principe de la personnalité du patrimoine exprimé aux articles 2092 et 2093 du Code civil, en ce qu'elle conduit à créer, au profit du fiduciaire, un patrimoine d'affectation. L'objection est certaine. Elle ne paraît cependant pas dirimante. Non pas que, comme cela a parfois été suggéré, la *fiducia* étant connue du droit romain, elle serait « *comme inscrite dans les gènes du droit français* » [96]. Mais plutôt parce que, sans compter que le principe rappelé n'est pas toujours admis sans réserve, l'évolution récente du droit positif démontre que de nombreuses exceptions existent déjà. Le législateur, à plusieurs reprises, est intervenu pour créer des règles qui, sans le dire expressément, aboutissent à la création de patrimoines d'affectation : sociétés unipersonnelles, résidence principale de l'entrepreneur individuel dont il est désormais possible de proclamer l'insaisissabilité… De surcroît, il apparaît que le droit français s'est

95• Parmi elles, la nécessité, plus postulée que démontrée, de combler une lacune du droit français et de le rapprocher des droits étrangers, toujours plus nombreux il est vrai à reconnaître la fiducie. Le sénateur MARINI le relève d'ailleurs : de nombreux pays de tradition romano-germanique ont adapté leur droit civil pour accueillir, certains le *trust* et d'autres la fiducie. L'Ecosse, le Liechtenstein, l'Afrique du Sud, l'Ethiopie, Israël, Puerto-Rico, le Japon, ou encore la Russie, ont adopté un équivalent au trust, ainsi que – depuis déjà un certain nombre d'années – plusieurs pays d'Amérique du Sud. Le Luxembourg, par une loi publiée le 3 septembre 2003, a élargi le champ d'application de sa législation sur la fiducie. De l'autre côté de l'Atlantique, la province canadienne du Québec a, quant à elle, déjà adopté un régime général et complet de fiducie nommée lors de la réforme de son Code civil, entré en vigueur le 1er janvier 1994. Le 28 avril 2001, la République Populaire de Chine a adopté une loi relative au trust qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2001. L'Uruguay, fin 2003, a également adopté une loi ayant pour effet de régir les relations fiduciaires. De là découlerait que la France ne peut pas rester insensible à la globalisation de cet instrument juridique alors que, le 15 novembre 2001, le Parlement européen a adopté une résolution prévoyant une harmonisation des droits européens dans le domaine du *trust*.

96• François BARRIERE, *La réception du* trust *au travers de la fiducie*, Thèse, Paris II, 2001, p. 231. Pour une critique, LIBCHABER, *op. cit.*, pp. 303 et 304, n° 1.

déjà enrichi de certaines fiducies innommées, qui n'ont pas reçu de la loi cette qualification mais qui en ont néanmoins les principales caractéristiques : cessions de créances professionnelles mises en place par la loi Dailly (fiducie-sûreté) mais aussi, de manière peut-être plus surprenante, les substitutions fidéicommissaires auxquelles la loi du 23 juin 2006 devrait donner une nouvelle vigueur (fiducie-libéralité) ou bien encore la convention de quasi-usufruit (fiducie-gestion). Et le sénateur MARINI de rappeler à juste titre qu'il n'est pas souhaitable d'introduire des mécanismes en cachant leur réalité juridique et que la loi doit pourvoir de manière générale aux besoins des sujets de droit [97].

Reste la prétendue incompatibilité de la fiducie avec le droit fiscal français. En 1992, le législateur avait pensé surmonter l'obstacle en limitant aux seules personnes morales la faculté d'être constituants d'une fiducie, considérant qu'une personne morale ne doit pas, en principe et sous peine qu'un abus de bien social ou un acte anormal de gestion soit commis, procéder à des mutations à titre gratuit [98]. La proposition déposée par le sénateur MARINI s'inscrit dans cette perspective mais les moyens utilisés sont totalement différents. En effet, il y est prévu que « *la fiducie ne peut pas, à peine de nullité, être utilisée aux fins de transfert à titre gratuit de droits du constituant à un tiers* » [99]. Autrement dit, le principe fiscal retenu est, sous réserve de certaines exceptions, celui de la transparence. Ainsi, le constituant est en quelque sorte toujours réputé fiscalement titulaire des droits mis en fiducie, et est donc redevable de l'impôt à ce titre. Par exemple, sur le terrain de la fiscalité directe, les résultats de la fiducie sont compris dans le résultat du constituant et imposés selon le régime qui lui est applicable ; de même, la conclusion de la fiducie n'entraîne pas l'imposition des plus-values. Et, sur le terrain de la fiscalité indirecte, les droits mis en fiducie sont considérés, pour l'application des droits de mutation, de l'impôt de solidarité sur la fortune et des droits de succession, comme demeurant la propriété du constituant ; corrélativement, si ces droits reviennent au constituant, en sa qualité de bénéficiaire, à la fin du contrat, les droits de mutation ne sont pas exigibles.

A supposer la question de la compatibilité de la fiducie avec le droit privé français résolue, il nous faut admettre qu'elle constitue, comme le pensent de nombreux auteurs et praticiens [100], un mode efficace de protection juri-

97• En ce sens, cf. également GRIMALDI, *op. cit.*, n° 3.

98• RICHARD, *op. cit.*, pp. 258 et suivantes.

99• Article 1er de la proposition de loi.

100• Cf. notamment CHARLIN et CARRE, *op. cit.*, nos 150 et suivants ; Florence FRESNEL, *La fiducie comme moyen de protection des personnes fragiles,* Thèse, Paris II, 2002.

dique du patrimoine des personnes âgées. Préalablement, on notera que la proposition de loi du 8 février 2005, sur laquelle nous fonderons les développements qui suivent, se borne à énoncer les seuls principes essentiels du régime de la fiducie, sans encadrer trop strictement les diverses situations pouvant advenir. Ce texte se veut avant tout un texte de droit commun offrant une grande liberté contractuelle aux parties. Ceci conduit son auteur à préférer l'insertion d'un régime de fiducie au sein d'un titre XVI *bis* du Code civil, ainsi que le législateur québécois a procédé, plutôt qu'avoir recours à un texte spécial, solution retenue par le législateur libanais ou luxembourgeois.

Cela étant, la proposition de loi rappelle que le contrat de fiducie est passé entre un constituant, qui doit être capable dans les conditions de droit commun, et un fiduciaire, pivot de l'institution, personne physique ou morale, agissant à titre gratuit ou onéreux. Mais, il ne doit pas avoir subi certaines condamnations pénales ou disciplinaires, qui feraient suspecter sa capacité à gérer des biens pour le compte d'autrui ou qui seraient incompatibles avec la confiance que le constituant place en lui. Le contrat est passé sous forme solennelle : ceci implique, selon la proposition, la rédaction d'un écrit comportant un certain nombre de mentions obligatoires afin d'en assurer validité et non, comme le prévoyait le projet de 1992, à titre simplement probatoire. En outre, lorsque la fiducie implique des formes spéciales selon l'objet des droits, par exemple en cas de transmission d'un immeuble du constituant au fiduciaire, les règles propres à ce domaine devront être respectées.

De son côté, l'exécution du contrat de fiducie est marquée par la confiance qui doit nécessairement exister entre les contractants. C'est sur elle que repose la protection des intérêts du constituant. Aussi, pour la préserver, la proposition impose au fiduciaire deux obligations somme toute classiques. D'abord, il doit réaliser lui-même les tâches qui lui sont confiées, sauf certains actes précis - mais pour lesquels il demeurera responsable. Les parties pourraient déroger à cette règle et interdire toute forme de délégation. Ces tâches doivent être réalisées avec loyauté et diligence, deux facettes des obligations fiduciaires qui sont la traduction française des *fiduciaries duties*, savoir *duty of loyalty* et *duty of care*, du droit anglais. Ensuite, le fiduciaire doit rendre compte de l'accomplissement de ces tâches et, en cas de faute du fiduciaire, sa responsabilité doit être appréciée de manière semblable à celle d'un mandataire. En cas de manquements graves du fiduciaire à ses obligations, la proposition donne le pouvoir au juge de désigner un administrateur provisoire, de remplacer le fiduciaire ou de mettre fin à la fiducie et prévoit, en outre, l'extension de l'incrimination pénale relative à l'abus de confiance au fiduciaire.

Au vu de ce qui précède, et à la veille d'une importante réforme du droit des incapacités, quel parti prendre : mandat pour incapacité future, retenu

par le gouvernement ? Fiducie-gestion, retenue par la proposition de loi déposée par le sénateur MARINI ? Voire, consécration des deux techniques, dont le choix serait laissé au libre arbitre de l'intéressé ?

Les deux régimes présentent la même souplesse. Dans les deux cas, les textes se contentent de définir les principes généraux. La démarche doit être approuvée. Ainsi conçus, la fiducie et le mandat pour incapacité future peuvent épouser au mieux les contours de la volonté individuelle. Celle-ci peut s'exprimer librement et ses lacunes éventuelles seront comblées par les règles de droit commun des obligations [101]. C'est dire que les deux institutions offrent aux parties et à leur conseil un cadre juridique bien connu. De la même manière, la protection des tiers est suffisamment assurée dans les deux hypothèses. Dans le cadre du mandat pour incapacité future, elle résulte de la publication de la mise en œuvre de la mesure de protection au répertoire civil et en marge de l'acte de naissance. Dans le cadre de la fiducie, rien de tel n'est prévu. Cela ne surprend pas car la fiducie, ne reposant pas sur le mécanisme de la représentation, ne crée à proprement parler aucune incapacité du constituant. Quoiqu'il en soit, la proposition de loi énonce une présomption de pouvoirs dans un nouvel article 2070-2 du Code civil : dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur les droits compris dans le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

Pour le reste, il semble que la comparaison soit à l'avantage du mandat pour incapacité future et justifie le choix opéré par les auteurs du texte gouvernemental. D'abord, il ne faut pas perdre de vue que la fiducie emporte transfert de propriété et place le constituant dans une situation délicate. Certes, la proposition de loi entend parer toute difficulté en organisant la responsabilité du fiduciaire en cas de manquement à ses obligations. Mais, faut-il rappeler que le recours du constituant, pour ce qui nous concerne affaibli par l'âge, risque de se révéler illusoire en cas d'insolvabilité du fiduciaire ? L'inconvénient pourrait être éludé si la loi prévoyait que le fiduciaire doit être un professionnel. Mais, sans compter l'aspect financier, qu'adviendrait-il de la confiance du constituant, présentée comme le fondement de la fiducie ? Ensuite, alors que la mise en œuvre et la publicité du mandat pour incapacité future sont très précisément réglées, la proposition de loi relative à la fiducie demeure pour le moins vague. Comment constater l'altération des facultés du constituant ? Surtout, comment assurer la protection et l'information des tiers ? Enfin, la fiducie ne concerne que le patrimoine de la per-

101• Sur ce point, la fiducie française se démarquerait très nettement des *trusts* anglo-saxons qui sont des institutions relevant avant tout du droit des biens : GRIMALDI, *op. cit.*, n° 4.

sonne âgée ; elle n'a, contrairement au mandat pour incapacité future, nullement vocation à assurer la protection de son être. Ainsi, là où un seul acte permet d'anticiper la protection de l'être et de l'avoir, il faudrait ici doubler la fiducie par des directives anticipées. Il est à craindre que ce dédoublement du cadre juridique et des interlocuteurs affecte assez sensiblement l'efficacité de la protection de la personne âgée.

Présentés comme des régimes essentiellement volontaires et contractuels, le mandat de protection future ou le contrat de fiducie sont donc des pistes particulièrement intéressantes et de plus en plus de personnes sont susceptibles d'y avoir recours pour se décharger, sur une personne en laquelle elles ont confiance, de la gestion de leurs biens.

Surtout, ils ne devraient impliquer aucune surcharge pour les tribunaux en ce qu'ils sont d'origine contractuelle. Il en résulte une modification du rôle du juge : il n'est plus, ici, un acteur quotidien de la protection de la personne âgée et son intervention devrait désormais se limiter à sanctionner les abus commis par le protecteur, qu'il soit le mandataire ou le fiduciaire.

Ainsi, on se rend compte que de plus en plus de mécanismes permettent à la personne âgée d'anticiper son état de faiblesse. Mais, il restera toujours des hypothèses dans lesquelles la protection, ou de la personne ou du patrimoine, n'aura pas été envisagée. Plusieurs mesures sont alors prévues pour réagir à la situation d'affaiblissement de la personne âgée.

II La mise en place d'une mesure de protection réactive.

La mise en place d'une mesure de protection réactive assure, par définition, une protection *a posteriori* de la personne âgée en ce qu'elle ne peut intervenir qu'après la survenance de l'état de vulnérabilité. Techniquement, cette protection peut revêtir différentes formes qui sont traditionnellement réparties en deux grandes catégories. Il y a, d'un côté, les mesures de protection qui n'emportent pas incapacité de la personne affaiblie par l'âge : nullité pour insanité d'esprit, sauvegarde de justice ou bien encore les mesures matrimoniales dites de crise. Et, de l'autre, l'on trouve les mesures de protection qui, à l'instar de la tutelle et de la curatelle, se traduisent par la mise en place d'un régime d'incapacité.

Notre propos n'est pas d'étudier ces différentes règles dans le détail. Il est plutôt, après quelques rappels du droit positif, d'évoquer les principales dispositions du projet de réforme déposé devant le Conseil d'État le 30 juin dernier. A cet effet, nous nous attacherons plus à l'économie géné-

rale du texte, dont auteurs et praticiens attendent beaucoup [102], qu'à sa lettre, non publiée à ce jour et au demeurant susceptible d'importantes modifications au cours de son examen.

Ces précisions apportées, intéressons-nous d'abord à la réforme des régimes d'incapacité (A), cœur du projet gouvernemental, et, ensuite, à celle des autres mesures de protection (B).

A. La réforme des régimes d'incapacité

La réforme des régimes d'incapacité s'articule autour d'un certain nombre de principes directeurs (1). Il convient de les exposer avant d'analyser le contenu du texte rédigé par la Chancellerie (2).

1 Les principes directeurs de la réforme

L'étude des principes directeurs de la réforme témoigne d'une certaine retenue de ses auteurs. Ils ont entendu améliorer la protection des personnes vulnérables sans rompre brutalement avec les solutions de droit positif. Cette attitude explique que les principes qui fondent la réforme ne sont pas de véritables innovations ; elle permet également de comprendre pourquoi des idées plus novatrices ont été écartées.

Les principes repris par le texte déposé devant le Conseil d'État sont au nombre de trois : nécessité, subsidiarité et contrôle judiciaire de la mesure de protection. Dans une matière où l'impératif de sécurité est très fort, le projet de réforme devrait ainsi apporter des solutions claires, de nature à mettre fin aux hésitations suscitées en doctrine par certaines dispositions elliptiques de la loi du 3 janvier 1968 [103]. Pour nous en assurer, reprenons successivement chacun des principes précités.

Le principe de nécessité se conçoit aisément. Une tutelle ou une curatelle ne doit être ouverte que si l'affaiblissement dû à l'âge met la personne, comme l'énonce l'article 488, alinéa 2, du Code civil, dans l'impossibilité de pourvoir elle-même à ses intérêts [104] ; corrélativement, la vieillesse seule ne suffit

---

102• Sur la nécessité d'une réforme, cf. notamment Jean FAVARD (sous le direction de), *Rapport du groupe de travail interministériel sur le dispositif de protection des majeurs, avril 2000*, disponible sur le site internet www.justice.gouv.fr rubrique Publications/Rapports ; Thierry FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…)», *op. cit.* ; « Noces d'émeraude (…)», *op. cit.* ; Frédéric ARBELLOT, Xavier de MONTGOLFIER, François PERSON et Monique SASSIER, « Dossier de la rédaction », *Revue MJN 2003-2* ; et Monique SASSIER (sous la direction de), *L'avenir des tutelles*, Paris, Dunod, 2001.

103• Frédéric DELBANO, « Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs », *Dalloz 1999*, Chronique, p. 408.

104• Pour un exemple, Cass. Civ. 1re, 31 janvier 1995, *Dalloz 1996*, Jurisprudence, p. 123, note Thierry VERHEYDE.

pas à déroger au principe fondamental selon lequel toute personne majeure jouit de sa pleine capacité civile [105]. Son rappel a cependant été rendu nécessaire par un certain nombre de dérives, stigmatisées dans un rapport diligenté à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, du garde des Sceaux et du ministre de l'emploi et de la solidarité [106]. Les auteurs de cette étude ont en effet observé que, en 1996, le stock de dossiers en cours de gestion chez les juges des tutelles s'élevait à environ 500 000, ce qui représentait à l'époque près de 1 % de la population française ; et que, entre 1990 et 1996, le nombre de jugements rendus s'était accru de plus de 88 %, dont la charge financière était confiée pour 41 % des mesures à l'État [107]. L'augmentation de l'espérance de vie, qui ne s'accompagne pas nécessairement d'une amélioration des conditions de vie, explique en partie cette évolution. Mais le rapport d'inspection constate aussi que l'accroissement des dossiers a accompagné la crise économique et que les régimes d'incapacité ont été assez largement utilisés pour répondre à la précarité économique ou sociale de personnes dont les capacités n'étaient nullement atténuées [108]. Pour remédier à cette situation et cantonner les mesures de protection aux seuls cas d'altération des facultés personnelles, le projet de loi crée une nouvelle mesure d'assistance, sans incapacité : la mesure de gestion budgétaire et sociale [109], héritière de l'actuelle tutelle aux prestations sociales qui ferait ainsi son entrée au sein même du Code civil comme le recommandait le rapport FAVARD [110]. Plus fondamentalement, il donne au principe de nécessité une nouvelle dimension en précisant expressément que la tutelle ou la curatelle ne doit pas être ouverte lorsque le majeur a lui-même pourvu à sa protection, au moyen de l'une des techniques d'anticipation précédemment évo-

---

105• En ce sens, Gérard CORNU, « L'âge civil », *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, Tome II, Paris, Dalloz, 1961, p. 95 ; GRIDEL, *op. cit.*, nos 1 et 5 et « La sénescence mentale et le droit », *Gazette du Palais 2001*, doctrine, p. 408 ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, nos 2001 et 2198.

106• Jean-Baptiste de FOUCAULD et Michel TREMOIS (sous la direction de), *Rapport sur le fonctionnement du dispositif de protection des majeurs*, Paris, La Documentation française, juillet 1998.

107• *Idem*, p. 8 et suivantes. Ces données seraient aujourd'hui largement dépassées et c'est près de 2 % de la population française qui serait aujourd'hui placée sous un régime d'incapacité (FOSSIER, « Noces d'émeraude (…) », *op. cit.*, nos 27 et 28 ; « Mémoire pour servir à l'histoire d'une future loi », Première partie, *Droit de la famille 2002*, chronique, n° 12, p. 4 et spécialement la p. 5), le gouvernement prévoyant même 1 200 000 personnes sous régime de protection pour 2010 (MALAURIE et AYNES, *Les personnes. Les incapacités, op. cit.*, n° 501 ; SASSIER, *op. cit.*).

108• FOUCAULD et TREMOIS, *op. cit.*, pp. 18 et suivantes. Egalement en ce sens, rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 7 à 11.

109• FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…) », *op. cit.*, n° 22 ; « Noces d'émeraude (…) », *op. cit.*, n° 32.

110• Rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 12 à 14.

quées. L'affirmation ne devrait soulever aucune difficulté lorsque le mandat pour incapacité future, par exemple, contiendra des dispositions à la fois extra-patrimoniales et patrimoniales. Mais, il est à craindre qu'il en aille tout autrement lorsque la convention ne s'attachera qu'à la protection du patrimoine du mandant, non à celle de sa personne. Entre l'efficacité de la protection, qui conduit à donner la primauté au tuteur ou au curateur parce qu'il a, contrairement au mandant, vocation à assurer la protection et du patrimoine et de la personne du majeur, et le respect dû à la volonté de ce dernier, qui conduit à confier la protection de sa personne à un tuteur ou à un curateur judiciairement nommé et celle de son patrimoine au mandataire conventionnellement désigné, l'hésitation est permise. Espérons que les travaux parlementaires permettront d'apporter des réponses satisfaisantes.

Le principe de subsidiarité s'inscrit, quant à lui, dans le prolongement du précédent. Enoncé par l'article 498 du Code civil, il signifie qu'il n'y a pas lieu de recourir à une tutelle ou à une curatelle dévolue au conjoint dès lors que, par application du régime matrimonial, il peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne à protéger : c'est l'époux sain d'esprit qui est le plus qualifié pour apprécier les besoins de son conjoint et connaît le mieux la situation patrimoniale du couple [111]. Ses fondements se trouvent à l'article 212 du même code, notamment dans le devoir d'assistance entre époux ; il est, en quelque sorte, la manifestation de la primauté de la solidarité conjugale, devenue de plus en plus importante du fait du rétrécissement de la famille et de l'évolution socio-économique, sur la solidarité nationale [112]. En pratique toutefois, il faut bien reconnaître que l'application de ce principe au cas des personnes âgées conduit assez peu souvent à écarter les régimes d'incapacité. La raison en est très certainement que, bien souvent, les époux ont le même âge [113] et sont tous deux affaiblis par l'âge. Quoiqu'il en soit, le projet de loi ne devrait en modifier ni la formulation, ni la portée et c'est peut-être là que réside son principal apport. En refusant d'étendre le principe de subsidiarité aux couples non mariés, et surtout aux couples pacsés, le texte vient au soutien du mariage, à un moment où ce dernier subit d'in-

111• Pour une application, Cass. Civ. 1re, 9 novembre 1981, J.C.P. 1982 Ed. G., II, 19.808, note PREVAULT. Et, sur les difficultés d'appréciation, DELBANO, *op. cit.*, pp. 412 et suivantes.

112• Jean-Marie PLAZY, « Le renforcement de la priorité familiale dans le choix de la tutelle et de la curatelle », *J.C.P. 2005 Ed. N.*, page 1105. Cf. également Catherine PHILIPPE, « Régimes matrimoniaux et altération des facultés mentales », *Droit de la famille mai 2006*, étude, n° 24, p. 33.

113• Selon une récente enquête de l'I.N.S.E.E., l'écart d'âge moyen entre les conjoints est en effet passé de 2,8 ans pour les unions célébrées dans les années cinquante à 2,3 pour celles célébrées dans les années quatre-vingt-dix : Mélanie VANDERSCHELDEN, « L'écart d'âge entre conjoints s'est réduit », *Première I.N.S.E.E. avril 2006*, n° 1073.

cessantes attaques et la concurrence de plus en plus rude des nouvelles formes de conjugalités [114]. Cette position, que nous approuvons sans réserve, montre qu'entre ces dernières, il existe des différences de nature. Seul le mariage emporte des effets personnels, pas le pacte civil de solidarité. L'aide que se doivent les époux est bien plus que l'aide mutuelle et matérielle que se doivent les partenaires : elle est un devoir qui s'exerce au profit du conjoint, non une simple obligation qui s'exerce contre le partenaire. Or, rappelons-le, la protection du majeur doit être à la fois personnelle et patrimoniale ; son être et son avoir sont indissociablement liés. Par suite, et sauf à amender une seconde fois le régime du pacte civil de solidarité pour lui faire produire des effets personnels, ce dernier doit être considéré comme ne permettant pas de pourvoir suffisamment à la protection du partenaire affaibli par l'âge et céder le pas devant les régimes d'incapacité [115].

Dernier principe repris par le projet de réforme, le contrôle de l'autorité judiciaire, et plus particulièrement celui du juge des tutelles. Héritier du juge de paix, ce magistrat de proximité et spécialisé est « *le pivôt de la protection* » [116] des personnes vulnérables et, de fait, il lui incombe la « *mission constitutionnelle de protection des libertés individuelles* » [117]. Le projet de réforme ne remet nullement en cause son intervention, mais il en redessine assez sensiblement les contours. Il tend, selon un observateur avisé, à faire du juge des tutelles des majeurs un juge des enfants plutôt qu'un juge des tutelles des mineurs [118]. Pour le dire autrement, il ne s'agira plus pour lui de connaître de toutes les décisions à prendre au nom de la personne protégée, mais seulement des cas de désaccord et des atteintes aux droits fondamentaux. Reste à donner aux magistrats les moyens d'accomplir cette mission. A cet effet, le projet de loi devrait consacrer des mesures contractuelles d'accompagnement social spécifiques ; l'objectif est ici de répartir harmonieusement les compétences respectives des juges des tutelles et des services de l'action sociale

---

114• Sur ces aspects, *cf. infra* les rapports de la deuxième commission.

115• Sur le plan technique, l'on ajoutera que la protection des intérêts patrimoniaux du partenaire affaibli ne paraît pas très efficace. En effet, elle ne concerne que les biens indivis, par renvoi à la représentation judiciaire de l'article 815-4 du Code civil (sur l'utilisation de ce texte comme instrument de protection, cf. Jean-Pierre PICARD et Robert HITCE, « Protection et incapacité », CXXXe Congrès des notaires de France, *op. cit.*, Première commission, nos 79 et suivants). A l'inverse, les règles des régimes matrimoniaux sont générales : elles concernent tant les biens communs ou indivis que les biens propres ou personnels de l'époux ayant besoin de protection (PHILIPPE, *op. cit.*, n° 30).

116• KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2184.

117• FOSSIER, « Noces d'émeraude (…) », *op. cit.*, n° 17.

118• *Ibidem.*

pour éviter toute concurrence. Il devrait également modifier certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile. Peu d'informations ont filtré à ce sujet et l'on ne connaît que les préconisations du rapport FAVARD [119]. Schématiquement, ce sont les suivantes : prohibition de la saisine d'office jugée contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme [120], renforcement du certificat médical, droit à l'assistance obligatoire d'un avocat lors de l'ouverture d'une mesure de tutelle ou de curatelle eu égard à ses effets liberticides, révision obligatoire des décisions à intervalles réguliers [121], contrôle de la proportionnalité de la mesure, etc. La plupart d'entre elles sont opportunes et renforcent, indirectement, le principe de nécessité. Il n'en demeure pas moins que certaines auront un coût important, susceptible d'effrayer les parlementaires.

Certains auteurs et praticiens auraient souhaité que le projet de loi aille plus loin et appelaient de leurs vœux la consécration d'une théorie générale de la représentation légale de l'incapable sur le modèle, par exemple, du droit allemand [122].

Traditionnellement, la représentation légale des majeurs, comme celle des mineurs d'ailleurs, est analysée, sur le fondement de l'article 450 du Code civil, comme une représentation parfaite [123]. Cette proposition est aujourd'hui contestée et on lui reproche de ne pas tenir compte de ce que les régimes d'incapacité sont avant tout, ainsi que le rappelle l'article 427 du même code [124], une « *charge publique* ». Il est vrai que la théorie de la représentation parfaite ne permet pas d'expliquer le régime actuel des mesures de protection des majeurs. Dans les relations entre le majeur protégé et son tuteur, la doctrine classique devrait avoir pour conséquence que, lorsqu'il agit au nom de l'incapable, le représentant légal est juridiquement transparent :

119• Rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 14 à 19 ; FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…) », *op. cit.*, n° 10.

120• *Idem*, n° 13 ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2030. Cette suppression serait d'autant plus significative que les juges des tutelles s'auto-saisissent dans près de 60 % des cas : Jacques MASSIP, *Les incapacités,* Paris, Defrénois, 2002, p. 440.

121• Le délai qui semble avoir la faveur du gouvernement est de 5 ans : rapport FAVARD, *op. cit.*, p. 19 ; PHILIPPE, *op. cit.*, n° 28. Pour une critique de cette disposition et la prévision d'une tacite reconduction de la mesure, KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2039.

122• Notamment Thierry FOSSIER, « La représentation légale des incapables, une théorie à construire », *Droit de la famille mai 2004,* études, n° 10.

123• Par exemple, MALAURIE et AYNES, *Les personnes. Les incapacités, op. cit.*, n^{os} 530 et suivants.

124• Ce texte, spécifique aux mineurs, est également applicable aux majeurs protégés : *idem*, n° 532.

il n'est pas partie aux actes qu'il conclut et son patrimoine n'est pas engagé. Il exprime la volonté propre du représenté et seules les règles de la responsabilité, civile ou professionnelle, permettent *a posteriori* de sanctionner tout abus. Corrélativement, il en résulte une perte totale d'autonomie de l'incapable : « *le représentant, puisqu'il n'est rien de plus ou d'autre que le représenté, peut tout faire pour ce dernier* » [125]. Or, aucune de ces affirmations ne se retrouve depuis que, à la suite des réformes entreprises depuis la fin des années 1970, l'incapable a été autorisé, au nom d'un principe de capacité naturelle [126], à prendre de plus en plus d'initiatives en marge de celles de son tuteur [127]. Cette autonomie du majeur protégé a pour pendant celle de son protecteur. A ce titre, les actes qu'il accomplit, au nom et pour le compte de son protégé, peuvent être annulés par les tribunaux lorsqu'un vice du consentement propre au représentant légal est décelé [128]. Pareillement, l'absence de lien de subordination entre le représentant légal et le conseil de famille ou le juge des tutelles va à l'encontre de l'idée de représentation parfaite qui suppose une organisation hiérarchique de la mesure de protection, entièrement tournée vers l'intérêt de la personne protégée. Or, il est acquis depuis longtemps en doctrine [129] et en jurisprudence [130] que le tuteur conserve un pouvoir d'appréciation propre et ne reçoit du conseil de famille ou du juge des tutelles que des autorisations, non pas des ordres. De tout ce qui précède, il résulte clairement qu'il est aujourd'hui de plus en plus difficile de prétendre que tuteur et pupille se confondent juridiquement.

Le projet de réforme accentue cette impression en ce que, pour éviter tout arbitraire et mieux prendre en compte les souhaits de la personne protégée, il en accroît encore l'autonomie [131]. Pour autant, il n'a pas cru utile de prendre

---

125• FOSSIER, « La représentation légale des incapables (…) », *op. cit.*, n° 12. Pour un exemple en jurisprudence, cf. Cass. civ. 1re, 9 novembre 1982, *Dalloz 1983,* Jurisprudence, p. 358, note MASSIP.

126• Sur cette notion, GRIDEL, *op. cit.*, pp. 92 et suivantes et, plus spécifique, Thierry FOSSIER, « Démocratie sanitaire et personnes vulnérables », *J.C.P. 2003 éd. G., I*, n° 135.

127• Dominique SALOME et Jean-Yves CAMOZ, « L'autonomie des personnes protégées », CXXXe Congrès des notaires de France, *op. cit.*, Rapport préliminaire, p. 22 et spécialement les pp. 43 et suivantes.

128• Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit civil - Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, n° 804.

129• Cf. par exemple DEMOLOMBE cité par FOSSIER, « La représentation légale des incapables (…) », *op. cit.*, note 32.

130• Cass. Civ., 25 février 1879, *Dalloz Périodique 1879*, I, pp. 157 et 13 mars 1905, *Dalloz Périodique 1906*, I, p. 165.

131• *Cf. infra*, nos 141 et suivants.

parti sur cette question de la nature de la représentation ou de l'assistance légale des majeurs protégés. Il faut le regretter, car le maintien des incertitudes actuelles n'est pas propice à la sécurité juridique. Et ce d'autant plus que des propositions concrètes avaient été formulées dans l'avant-projet de loi de décembre 2003 [132]. Il y était notamment proposé la substitution du mot « compétence » à celui de « pouvoirs » pour qualifier les prérogatives du tuteur ou du curateur. Dans les deux cas, le concept est le même : l'intervention du tuteur est possible pour tous les droits dont l'incapable a la jouissance et celle du curateur pour tous ceux dont l'exercice suppose que l'incapable soit assisté. Mais, des différences importantes existent. Le mot « pouvoirs », employé par le Code civil notamment, évoque un droit à agir au nom et pour le compte du protégé, ou à l'assister dans le cadre de la curatelle ; il ne fait, en principe, pas l'objet d'un contrôle préventif et n'est contrôlé qu'*a posteriori*, en cas d'abus ou de détournement. A l'inverse, le mot « *compétences* », que l'on trouve plutôt dans le nouveau Code de procédure civile ou dans le droit de l'action sociale, évoque surtout l'idée d'un contrôle *a priori* du législateur et *a posteriori* des juges sur ce que peut faire le tuteur ou le curateur. Plus que le précédent, il rappelle aussi que ces derniers n'agissent que pour l'exercice des droits dont leur protégé est seul titulaire et pour lesquels il ne bénéficie pas d'une capacité naturelle.

Sous cette réserve, les principes directeurs de la réforme emportent l'adhésion. Manifestations de la prudence et de l'humilité du gouvernement devant les « *lois CARBONNIER* », ils devraient permettre, selon l'expression consacrée, d'assurer le changement dans la continuité. C'est ce qu'il nous faut maintenant vérifier en nous attachant au contenu de la réforme.

2 Le contenu de la réforme

Le contenu de la réforme devrait pouvoir être résumé, à en croire un auteur particulièrement informé [133], en deux mots : sécuriser et réunifier [134].

Les personnes vulnérables, et parmi elles celles qui sont affaiblies par l'âge, ont un important besoin de sécurité parce qu'elles ne peuvent pourvoir elles-mêmes à leurs intérêts. Satisfaire ce besoin est, pour la Nation, un devoir : c'est la loi qui, en tant qu'expression de la volonté générale, se doit de veiller à la protection des membres les plus fragiles de la collectivité nationale, quitte à en déléguer l'exercice quotidien sur la cellule familiale.

132• Sur cet avant-projet, *cf.* FOSSIER, « *La représentation légale des incapables* (…) », *op. cit.*, Conclusion.

133• FOSSIER, « Noces d'émeraude (…)», *op. cit.*

134• L'auteur y ajoute un troisième : contenir, dont il a déjà été question à propos du principe de nécessité : cf. *supra,* n° 138.

Cette sécurité est d'abord juridique : les textes doivent être complets et efficaces, adaptés aux réalités économiques et sociales, et exempts de tout arbitraire. Elle implique deux choses : la protection de la personne et la protection du patrimoine. D'une part, nous l'avons souligné à plusieurs reprises, la personne âgée devenue vulnérable continue bien souvent à avoir une vie sociale : elle « *est dans le monde* (…). *Dans bien des cas,* (elle) *sait* (qui elle) *doit voir et aimer, avec qui* (elle) *peut travailler, et comment se soigner ou se distraire ; il serait bon que la loi le rappelle. Et dans d'autres cas, ou sur certaines questions, le majeur en tutelle ou en curatelle – les divers handicaps ne se superposent pas toujours – se voit imposer la décision d'autrui ; il faut que la loi y mette bon ordre, pour que ne règnent ni l'autoritarisme ni le hasard* » [135]. A cet effet, le texte présenté par le gouvernement devrait prévoir que le majeur protégé prend seul les décisions relatives à sa personne, si son état le permet [136]. Pour que cette autonomie, écho de l'article 8 du Code civil, ait un sens, le protégé devra être informé sur sa situation personnelle, les actes qui lui sont proposés, leur utilité et leur urgence éventuelle ainsi que sur leurs conséquences et celles d'un refus. Toutefois, lorsque le majeur en curatelle ou en tutelle est dans l'incapacité de prendre une décision personnelle éclairée, ce qu'au besoin une expertise dira, le curateur l'assiste et le tuteur le représente ; en cas de conflit entre eux, le juge sera appelé à trancher dans le cadre d'une procédure allégée et accélérée. Plus spécialement, et sous réserve des dispositions particulières prévues dans le Code de la Santé publique, chaque fois que la décision à prendre met gravement en cause le respect de la vie privée ou l'intégrité du corps humain, au sens des articles 9 et 16 à 16-9 du Code civil, le conseil de famille s'il a été institué ou le juge est saisi pour autorisation. Un partage des rôles est donc mis en œuvre, à l'instar de la classification des actes en matière de gestion patrimoniale [137]. Sur ce point, il faut se féliciter de ce que les auteurs du texte ont manifestement conservé en mémoire cette phrase du Doyen CARBONNIER qui résume toute la difficulté de la matière : « *la garantie suprême de la liberté civile paraît bien être dans ce délicat équilibre de pou-*

135• *Idem*, n° 11.

136• Il s'agit là d'une consécration de principes déjà admis en droit positif mais d'origine essentiellement prétorienne et disséminés dans plusieurs codes (cf. par exemple SALOME et CAMOZ, *op. cit.*, pp. 43 et suivantes). En les regroupant et en leur conférant une valeur législative, le projet devrait en renforcer la portée : rapport FAVARD, *op. cit.*, p. 6 ; FOSSIER, « Mémoire (…) », Première partie, *op. cit.*, page 6, § 5 ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2084 et nos 2159 et suivants.

137• Pour la décision de la personne protégée de vivre en couple, cf. FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…) », *op. cit.*, n° 28.

voirs entre le familial, le médical et le judiciaire» [138]. D'autre part, en matière patrimoniale, la réforme repose sur un double constat : surcharge des juges des tutelles et conseils de famille, évolution de la composition des patrimoines [139]. La réforme devrait laisser subsister la classification tripartite des actes, sans l'adapter à chaque patrimoine contrairement à ce que préconisait la doctrine [140]. Mais, elle devrait, dans le même temps, donner satisfaction à plusieurs autres des attentes des praticiens. Surtout, elle renvoie à des décrets d'application pour donner toutes les précisions qui ne relèveraient pas du législateur et les praticiens auront, lors de la préparation de ces décrets, beaucoup à dire. Cela étant, l'avant-projet se traduit par une simplification modérée de la tâche des juges qui transparaît dans un élargissement des compétences du tuteur, dans le cadre notamment des actions en justice, et un renforcement de la responsabilité des tiers dans la circulation des capitaux. En revanche, et au rebours des vœux du notariat [141], il n'a pas été prévu que le tuteur puisse accomplir seul certains actes de disposition, répétitifs ou de faible montant.

Outre l'aspect juridique, la sécurité voulue par l'avant-projet de loi est aussi dans le résultat recherché : la protection. Etre en tutelle ou en curatelle ne doit pas constituer un risque. A ce titre, les risques d'erreurs et de détournements doivent être prévenus et, pour le cas où ils n'auraient pu être évités, être correctement réparés. La réforme entend atteindre ce résultat en jouant sur deux aspects. D'abord, la reddition et le contrôle des comptes. Tous les rapports commandés depuis une dizaine d'années ont, sans exception, émis des conclusions extrêmement sévères sur l'état du droit positif et pointé de nombreux cas de responsabilité pour défaut de reddition de comptes [142]. Le projet de réforme ne pouvait donc pas ignorer la question. Que devrait-il prévoir ? Quatre choses : l'ajustement des délais de reddition de comptes, jugés insuffisants par le notariat ; l'interdiction faite au juge de vérifier et quit-

138• Jean CARBONNIER, *Essai sur les lois,* Paris, Defrénois, 1979, p. 62.

139• Pierre CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *R.T.D.Civ. 1966*, p. 185.

140• FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…)», *op. cit.*, n° 7.

141• En témoignent les voeux exprimés par les notaires de France contre l'homologation du partage, contre l'exigence d'une intervention judiciaire *a priori* en matière de « *petits* » actes de disposition, pour la création d'une société civile à responsabilité limitée dans laquelle un incapable puisse se maintenir sans les difficultés actuelles, pour la légalisation des baux à renouvellement avec autorisation judiciaire, pour l'élargissement du droit des majeurs de disposer de leurs biens à titre gratuit : Gisèle BAILLEUL, Jean-Yves CAMOZ et Bruno RELIQUET, « Protection et gestion des biens », CXXX^e^ Congrès des notaires de France, *op. cit.*, Troisième commission, p. 191.

142• Cf. par exemple FOUCAULD et TREMOIS, *op. cit.*, pp. 44 et suivantes.

tancer le compte définitif de tutelle ; la création de comptes simplifiés pour les patrimoines modestes ; et, enfin, la modification du nouveau Code de procédure civile pour intégrer l'inventaire-expertise, imaginé par le notariat à l'effet de renforcer le contrôle des comptes en rendant plus fiable l'inventaire du patrimoine initial [143]. Il faudra veiller à ce que ces dispositions ne restent pas lettre morte, faute de moyens. Ensuite, le projet de réforme, prenant acte de ce que la tutelle est une charge publique, s'attache à organiser les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État peut être engagée. Deux partis étaient théoriquement envisageables : la sécurité juridique, fondée sur la théorie de la faute et du lien de causalité, ou la sécurité de fait, commandant quant à elle l'élargissement de l'accès à la responsabilité de l'État. C'est, sans surprise eu égard à l'évolution de la société française, cette seconde solution que la réforme devrait retenir. Certains auteurs [144] ont cependant regretté que cette responsabilité n'ait pas été intégrée purement et simplement aux cas généraux de responsabilité pour les actes de la justice. Cela aurait facilité l'indemnisation du justiciable, en exigeant de lui, non pas la preuve de la faute, mais celle d'un préjudice anormal et spécial. Sur ce point, le gouvernement a peut-être reculé devant le surcoût financier représenté par un tel élargissement de la responsabilité de l'État. Si tel était le cas, on lui objectera que cet inconvénient aurait assez facilement pu être compensé par l'instauration de recours contre les mandataires judiciaires à la protection des adultes, dont il y a fort à parier qu'ils seront assurés [145], ou un fonds de garantie alimenté par des cotisations prélevées sur ces derniers.

L'objectif est ensuite de réunifier les régimes de protection. Aujourd'hui, il n'existe plus une tutelle ou une curatelle, mais plusieurs modes, très différents les uns des autres, d'exercice de la protection. « *Entre un tuteur œuvrant sous l'œil d'un conseil de famille, un proche nommé comme administrateur légal, un haut fonctionnaire hospitalier responsable de plusieurs centaines de cas, un préposé de maison de retraite, un retraité bénévole inscrit comme administrateur spécial et un travailleur social œuvrant au sein d'une association et conseillé par un juriste, un psychologue ou un financier, les pra-*

143• PICARD et HITCE, *op. cit.*, n° 200 ; BAILLEUL, CAMOZ et RELIQUET, *op. cit.*, nos 14 et suivants. Cf. également rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 26 et 27 ; FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…)», *op. cit.*, n° 8.

144• FOSSIER, « Noces d'émeraude (…)», *op. cit.*, n° 26.

145• La souscription d'une assurance responsabilité professionnelle a même parfois été présentée comme obligatoire : Dominique PERBEN, alors garde des Sceaux, discours du 9 décembre 2004 prononcé à l'occasion du colloque précité « La représentation tutélaire en Europe (…)» et consultable sur le site internet du ministère de la justice : www.justice.gouv.fr rubrique Discours.

tiques sont infiniment diverses. Plusieurs inconvénients en ont été signalés, notamment par les inspecteurs qui y ont réfléchi. Le plus grave : les majeurs sont en situation inégale devant la loi. Le plus inattendu : alors que la loi de 1968 voulait refaire du droit des incapacités une branche du droit de la famille et reconstituer des solidarités naturelles que le système antérieur bafouait, c'est finalement un modèle de protection sociale qui s'est imposé. Le plus dangereux pour la collectivité : une disparité (…) *des formations, des rémunérations et des responsabilités*» [146]. La réforme, qui devrait rendre aux familles leur rôle central et naturel dans l'exercice des mesures de protection, se devait aussi de promouvoir leurs prérogatives [147]. La consultation de la famille avant l'ouverture de la tutelle ou de la curatelle devrait être renforcée et son information, même lorsqu'elle n'exerce pas la tutelle ou la curatelle, prévue dans des proportions raisonnables. Pareillement, l'accès au dossier et aux comptes devrait être permis dans certaines hypothèses bien déterminées. Parallèlement, le texte présenté par le gouvernement devrait organiser une nouvelle profession : celle des mandataires judiciaires à la protection des adultes. Suivant en cela les préconisations du rapport d'inspection de 1998 [148], il prévoit la fusion de trois corporations actuellement très différentes : associations de tutelle et curatelle, préposés d'établissements de soins et administrateurs spéciaux, le plus souvent non représentés. Des éléments décisifs, tels que la formation, la déontologie ou le barème de rémunération [149], seront fixés par des décrets et arrêtés d'application, qui s'annoncent nombreux. Ceux-ci devront surtout régler une question délicate : celle du financement de la nouvelle profession. Or, sur ce point, il faut savoir que, sauf la part qu'en paiera le majeur protégé de son vivant ou par récupération sur sa succession, les départements devraient assumer l'essentiel des rémunérations [150].

Ce faisant, le texte présenté par le gouvernement se singularise très nettement par rapport aux expériences qui ont pu être conduites à l'étranger, tout particulièrement en Allemagne. Le droit allemand antérieur à la loi du 12 septembre 1990 connaissait un système assez proche du notre, fondé sur une juxtaposition de plusieurs régimes de protection aux conditions et effets différents et un renvoi général aux règles relatives à la protection des mineurs. Il était l'objet des critiques que l'on entend assez souvent formulées à l'en-

146• FOSSIER, « Noces d'émeraude (…)», *op. cit.*, n° 38 ; FOUCAULD et TREMOIS, *op. cit.*, pp. 28 et suivantes ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n[os] 2275 et suivants.

147• FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…)», *op. cit.*, n[os] 10 et 25.

148• *Idem*, pp. 65 et suivantes.

149• Sur ces points, cf. les pistes évoquées par le rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 29 à 32.

150• Sur les difficultés rencontrées en ce domaine par les différents groupes de réflexion, cf. notamment rapport FAVARD, *op. cit.*, pp. 19 à 25.

contre du droit français : rigidité et automaticité des mesures d'incapacité, gestion anonyme et bureaucratique des dossiers, importance du coût de la protection pour la collectivité… Pour y remédier, le législateur allemand a opté pour une solution radicale : fusionner les différents régimes plutôt que les réunifier. Dorénavant, il n'existe en effet plus qu'une seule mesure : *die Betreuung* ou assistance qui, dans des cas exceptionnels, se double d'une privation, totale ou partielle, de la capacité civile du majeur protégé [151]. Cela étant, le maintien de la tutelle et de la curatelle ne serait pas nécessairement une mauvaise chose ; elle a d'ailleurs été retenue, en des termes assez proches, par le législateur québécois [152]. Il faut simplement espérer que la réforme maintienne la souplesse qui était celle de la loi de 1968 [153] et que les régimes intermédiaires soient effectivement utilisés par les magistrats [154].

L'ensemble de ces mesures devrait permettre de mieux prendre en compte la volonté et les droits de la personne âgée qui a besoin d'être protégée et de la placer au cœur du dispositif [155]. La nécessité de son audition et de son information lors de l'ouverture et du renouvellement du régime d'incapacité, la prise en compte de ses sentiments ou recommandations quant au choix de la personne chargée de la protection [156] en témoignent amplement. Et si, en voulant protéger les personnes affaiblies par l'âge, la loi « *immanquablement les aliène* » [157], elle doit cantonner cette aliénation au maximum.

Un regret nuancera cependant ce constat. Alors que le mot « *incapable* » devrait disparaître du Code civil, il faut déplorer que la réforme ne soit pas l'occasion d'un changement plus radical de la terminologie employée.

151• Sur le droit allemand, KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, nos 2398 et suivants ; Jean PICARD, « A l'est du nouveau… *Die Betreuung*. Protection des incapables majeurs. Incidences notariales », *J.C.P. 1994 éd. N.*, I, p. 77 ; Thierry VERHEYDE, « La nouvelle loi allemande en matière de tutelle des majeurs : un modèle pour une éventuelle réforme du droit français », *J.C.P. 1993 éd. N.*, I, p. 396 et Claude WITZ, *R.T.D.Civ. 1994,* p. 445.

152• KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, nos 2392 et suivants

153• Rappelons que cette loi organise des passerelles entre la tutelle et la curatelle : tutelle allégée de l'article 501 du Code civil, curatelle allégée ou renforcée des articles 511 et 512.

154• Selon les statistiques fournies par la base de données *Infostat justice*, la tutelle allégée comme la curatelle allégée ne représenteraient chacune qu'environ 1 % des régimes d'incapacité, la curatelle renforcée 27 %.

155• Sur ce point, cf. rapport FAVARD, *op. cit.*, p. 6 ; FOSSIER, « Mémoire (…) », Première partie, *op. cit.*, p. 6, § 2 ; « L'objectif de la réforme (…) », *op. cit.*, n° 15.

156• Qu'elle soit désignée par le juge ou par la convention si le projet de réforme était voté.

157• Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les personnes*, Paris, P.U.F., Collection Thémis, 17e édition, 2000, n° 146 ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, nos 2064 et suivants.

Les termes de tutelle et de curatelle ont, dans l'esprit du public, un sens brutal ; ils sont assez souvent perçus comme synonymes de mort civile alors que cette dernière n'existe plus depuis longtemps en droit français. D'autres expressions plus neutres, et partant plus respectueuses de la personne protégée, auraient été préférables : mise sous protection ou administration judiciaire par exemple [158].

Initiée depuis près de dix ans, la réforme du droit des incapacités devrait donc bientôt voir le jour. Ce délai peut paraître long. A notre sens, il était nécessaire : réformer cette matière est une entreprise difficile, qui demande d'établir un équilibre subtil entre la protection des personnes affaiblies et la sécurité du commerce juridique et de ne pas tomber dans la complexité et la lourdeur des contrôles administratifs ou juridictionnels. L'accumulation des rapports d'inspection et la rédaction de plusieurs avant-projets de loi ont permis un important travail de synthèse dont le projet aujourd'hui examiné par le Conseil d'État est le prolongement. Ce texte, par les principes qui l'inspirent et son contenu annoncé, devrait faciliter le travail des praticiens tout en respectant « *les puissants et nobles sentiments* » [159] qui animent le droit des incapacités. Il n'est, naturellement, pas parfait mais ne lui contestons pas l'immense mérite d'être plus attentif aux libertés et droits de la personne protégée.

Les régimes d'incapacité que sont la tutelle et la curatelle ne sont cependant pas les seuls instruments de protection des personnes affaiblies par l'âge. Ils ne concernent que les cas les plus graves d'altération des facultés mentales. Lorsque l'affaiblissement est moins important, ou seulement passager, d'autres mesures de protection, que le projet de loi modifie de manière moins radicale, ont vocation à être mises en œuvre.

B. Les mesures de protection autres que les régimes d'incapacité

Les mesures de protection autres que les régimes d'incapacité peuvent être réparties en deux catégories principales [160]. La première regroupe les mesures sanctionnant la faiblesse d'esprit (1). La seconde rassemble celles qui permettent d'en pallier les conséquences (2).

158• Cf. par exemples les propositions du Mouvement Jeune Notariat *in Revue MJN 2003-2*.

159• MALAURIE et AYNES, *Les personnes. Les incapacités*, *op. cit.*, n° 497. Pour l'auteur, ces sentiments sont « *la solidarité et la miséricorde, la pitié, l'entraide et l'amour, la compassion et le combat contre la cupidité, contre l'exploitation de la faiblesse d'autrui, contre la domination des puissants et contre la déchéance de ceux qui sont fragiles. Le droit des incapacités* (…) *a un souffle immense : l'amour du faible, du petit et de celui que la vie a broyé. Il est l'honneur du droit* ».

160• Nous empruntons cette distinction à PICARD et HITCE, *op. cit.*

1 Les mesures sanctionnant la faiblesse d'esprit

Les mesures sanctionnant la faiblesse d'esprit sont, d'une part, la nullité pour insanité d'esprit organisée par les articles 489 et suivants du Code civil et, d'autre part, la sauvegarde de justice.

La nullité pour insanité d'esprit sanctionne l'absence de consentement de la personne âgée au moment de l'acte et complète ainsi la nullité pour vice du consentement qui, elle, atteint un consentement vicié. Elle protège assez efficacement la personne âgée vulnérable [161]. En pratique cependant, cette action engendre une grande insécurité juridique, notamment pour le notaire amené à rédiger une convention à laquelle une personne âgée est partie, car l'insanité d'esprit est une donnée bien plus médicale que juridique. En ce sens, certains ont souligné que l'article 489 du Code civil institue une sorte de « *période suspecte éventuelle mais toujours possible* » [162]. Ce sentiment est encore accru par la sanction encourue : nullité relative de l'acte, dont la mise en œuvre peut être demandée du vivant de la personne âgée ou après son décès et qui a pour conséquence de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte. En cela, elle permet à la personne âgée vulnérable de retrouver le bien même dont elle s'est dépouillée, et non pas un simple équivalent en nature. Pour autant, certains auteurs se sont demandés si la sanction ne serait pas trop radicale et s'il ne serait pas possible de la compléter par d'autres mesures. Ils suggèrent notamment une simple révision de l'acte en offrant par exemple un complément de prix comme pour l'action en rescision pour lésion dans les ventes d'immeubles, ou à l'inverse, une réduction des prestations promises par le contractant âgé [163]. Ce type de sanction est, il est vrai, très efficace : il permet tout à la fois de sanctionner celui qui avait cru pouvoir profiter de la vulnérabilité de son partenaire et de l'obliger à respecter la parole donnée. La morale et l'article 1134 du Code civil y trouveraient chacun leur compte.

Le projet de loi ne devrait cependant pas s'engager dans cette voie qui, de l'aveu même de ses promoteurs, donne aux plaideurs trop d'opportunités pour remettre en cause un contrat. Il se contente de retoucher quelque peu le régime de la nullité pour insanité d'esprit. A ce titre, il envisage d'intégrer dans le Code civil un nouvel article 468 disposant que « *les actes faits par la personne protégée moins de deux ans avant la publi-*

161• La nullité pour insanité d'esprit peut en effet être invoquée contre tous les actes que la personne affaiblie par l'âge est susceptible de passer : actes à titre onéreux comme à titre gratuit, unilatéraux comme conventionnels, patrimoniaux comme extra-patrimoniaux.

162• KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, p. 350, n° 2196.

163• *Idem*, n° 2218.

cité du jugement d'ouverture peuvent être annulés ou les obligations qui en découlent réduites sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés». L'objectif est louable : sécuriser le commerce juridique en bornant, dans le temps, la période suspecte dont il a été fait état précédemment. Les moyens employés le sont moins et peuvent paraître arbitraires dans une matière qui exige de la souplesse ; rééditant la méthode appliquée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation [164] à la possession d'état, ils témoignent d'une vision administrative et désincarnée du droit des personnes et de la famille, totalement déconnectée des attentes de la société moderne. Surtout, l'on regrettera que le texte n'envisage pas l'obligation d'information du notaire ou, au contraire, son obligation au secret professionnel. Or, la question se pose souvent en pratique : le notaire est-il tenu de signaler l'insanité d'esprit, qu'il relève dans l'exercice de ses fonctions ? En cela, elle rejoint celle du secret médical, évoqué dans le cadre des articles L 1111-1 du Code de la Santé publique. *A priori*, une réponse négative s'impose : le secret dû par le notaire à son client est général et absolu ; il couvre tout ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession. En sens inverse, il a parfois été suggéré de retenir la finalité de l'obligation du notaire au secret professionnel. Si l'intérêt de la personne est en jeu, et qu'il s'agit d'assurer sa protection, le secret doit être levé [165]. Or, la jurisprudence n'est pas fixée en la matière de sorte qu'une clarification légale aurait été la bienvenue.

La sauvegarde de justice est organisée par les articles 490 à 496 du Code civil. Fondamentalement, elle n'est pas un régime d'incapacité ; elle fait simplement de la personne protégée « *un capable diminué* » [166]. Cette mesure, par essence souple et temporaire, intermédiaire entre l'absence de protection et les régimes d'incapacité, a été critiquée. Le placement sous sauvegarde de justice a d'abord été jugé trop simplifié et secret. Il obéit effectivement à une procédure réduite au strict nécessaire, à tel point d'ailleurs que certains ont faire remarquer que, en l'absence de tout acte juridictionnel, le terme même de « *procédure* » est incorrect [167]. Par exemple, l'information du majeur comme celle de sa famille ne sont pas obligatoires et relèvent de la

164• Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, *Journal officiel n° 156 du 4 juillet 2005*, p. 11.159.

165• KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2208.

166• MALAURIE et AYNES, *Droit civil. Les personnes - les incapacités, op. cit.*, n° 723.

167• Gérard CHAMPENOIS, *Répertoire Dalloz de droit civil, V*[is] Incapables majeurs, n° 145 ; J. SANSOT, *Jurisclasseur Civil*, articles 488 à 514, fascicule XXI.

seule déontologie médicale [168]. De même, parce qu'elle a été conçue comme provisoire et sans effet sur la capacité civile de l'intéressé, la publicité de la mesure ne repose pas, à l'instar de celle des jugements de tutelle ou de curatelle, sur le registre des actes de l'état-civil, mais sur un registre spécifique, tenu par le parquet, et auquel seules certaines personnes ont accès [169]. Les critiques formulées à l'encontre du fonctionnement de la sauvegarde de justice sont tout autant sévères : l'acte passé par le sauvegardé, déjà fragilisé par la rescision pour lésion ou la réduction en cas d'excès prévues par l'article 491-2, alinéa 2, du Code civil, l'est d'autant plus que les possibilités de le consolider sont, pour la plupart des auteurs [170], extrêmement minces. Pour autant, le régime de la sauvegarde de justice présente bien des atouts. D'abord, la simplicité de la procédure permet de répondre rapidement à des problèmes parfois délicats et de prendre toutes les mesures urgentes nécessaires dans l'attente d'un placement sous tutelle ou curatelle. Ensuite, le risque de remise en cause des actes passés par le sauvegardé doit être nuancé. En son alinéa 3, le texte précité dispose en effet que, par dérogation au droit commun de la lésion, celle-ci ne doit pas ici s'apprécier *in abstracto* mais bien de manière subjective, en prenant en considération la fortune du sauvegardé, la bonne ou mauvaise foi de son cocontractant et l'utilité ou l'inutilité de l'opération. Il est donc évident que celui qui est visé est le partenaire de mauvaise foi, celui qui a voulu tirer profit de la faiblesse de la personne âgée ; il ne s'agit pas du contractant de bonne foi dont l'acte, dès lors qu'il a été conclu à des conditions normales, ne pourra pas être remis en cause par la suite. Plus radicalement encore, ce risque est totalement écarté lorsque le majeur sauvegardé a désigné un mandataire à l'effet de gérer ses biens : l'ouverture de la sauvegarde ne fait pas cesser le mandat et les actes accomplit par le mandataire ne sont susceptibles ni de rescision pour lésion, ni de réduction pour excès [171].

Le projet de réforme paraît avoir été sensible à ces qualités. Il devrait donc maintenir le régime de la sauvegarde de justice tout en l'améliorant. A ce titre, retenons que le texte devrait faire bénéficier le majeur de la présence obligatoire d'un avocat et étendre le champ d'application du mandat.

168• De sorte que le majeur placé sous sauvegarde de justice pourrait l'ignorer lui-même : Claire GEFRROY, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, Paris, Librairies techniques, 1974, p. 153.

169• Olivier FARTHOUAT, « Capacité, protection et sauvegarde de justice : quels risques en droit civil ? », *J.C.P. 1999 éd. N.*, p. 879 et spécialement les pp. 880 et 881. Pour une étude critique, KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2230.

170• Cf. ceux cités par PICARD et HITCE, *op. cit.*, nos 49 et suivants.

171• En ce sens, FARTHOUAT, *op. cit.*, p. 883.

Actuellement, ce dernier est cantonné, par les articles 491-3, alinéa 1er, et 491-5, alinéa 2, du Code civil, aux seuls actes d'administration. Le projet de loi devrait maintenir cette limitation s'agissant du mandat conventionnel et la supprimer pour le mandat judiciaire. En effet, alors que la cellule de consultation envisageait simplement la possibilité, pour le mandataire spécial désigné par le juge des tutelles, de passer un acte de disposition, unique et déterminé par le juge des tutelles, le projet de loi devrait autoriser la conclusion de plusieurs de ces actes [172]. Cette évolution était souhaitée depuis longtemps par le notariat [173]. Il est vrai qu'elle permettrait de régler de manière satisfaisante certaines situations particulières. Pour autant, elle comporte un risque : celui de faire de la sauvegarde un régime durable [174]. Par suite, cette extension des pouvoirs du mandataire spécial devrait s'accompagner de dispositions de nature à assurer le caractère temporaire de la mesure de protection.

Nullité pour insanité d'esprit et sauvegarde de justice présentent donc d'indéniables points communs. L'une et l'autre permettent d'assurer efficacement la protection de la personne âgée devenue vulnérable : elles lui permettent, par la voie de la nullité ou de la rescision pour lésion, de ne pas avoir à subir les conséquences défavorables d'un acte dont elle n'a pas mesuré toute la portée. Surtout, elles ne font pas de cette personne un incapable ; elles laissent subsister le principe de sa pleine capacité et l'autorisent à accomplir seule la plupart des actes de la vie juridique. Il n'en reste pas moins que cette protection s'effectue au détriment de la sécurité juridique et, plus particulièrement, de celle des contractants de la personne protégée. Cette rupture est d'autant plus difficile à admettre qu'elle peut frapper même des tiers de bonne foi : que l'on songe que, si l'ouverture d'une sauvegarde de justice fait l'objet d'une publicité en marge de l'acte de naissance, aucune mesure similaire n'est envisageable s'agissant de la nullité pour insanité d'esprit.

Conscient de cette situation, le notariat a depuis longtemps marqué sa préférence pour d'autres techniques qui permettent de mieux garantir la validité de l'acte : les mesures palliant la faiblesse d'esprit. Comme celles dont il vient d'être question, ces mesures sont mises en place après la survenance de l'altération des facultés mentales. Mais, contrairement à elles, elles précèdent la conclusion de l'acte juridique contesté.

172• FOSSIER, « L'objectif de la réforme (…)», *op. cit.,* n° 24.

173• Cf. notamment PICARD et HITCE, *op. cit.,* n° 55 ; KLEIN et GEMIGNANI, *op. cit.*, n° 2248.

174• C'est en tout cas la crainte exprimée par le doyen MASSIP en ces termes : « *si l'on donne le pouvoir de disposition au mandataire spécial, pourquoi s'embarrasser d'une procédure de tutelle ?* » (propos cités *in* PICARD et HITCE, *op. cit.*, n° 56)

2 Les mesures palliant la faiblesse d'esprit

Les mesures palliant la faiblesse d'esprit sont nombreuses et dispersées dans le Code civil. Mais, elles présentent toute une même nature : elles sont pour l'essentiel des mesures matrimoniales qui ne permettent de protéger que l'époux affaibli par l'âge. Les concubins et partenaires ne peuvent donc pas en réclamer le bénéfice. La solution est logique, et ne devrait pas être remise en cause par le projet de réforme, car, en l'état du droit positif, le concubinage et le pacte civil de solidarité ne produisent aucun effet personnel.

Certaines de ces mesures sont prévues par le régime primaire. Ce sont les mesures de crise dont on rappellera succinctement le domaine et les effets.

L'article 217 prévoit que « *un époux peut être autorisé par justice à passer seul 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* ». La finalité de ce texte est de lever un obstacle ponctuel à l'unanimité conjugale dans l'intérêt de la famille. La mesure accordée est une autorisation et non une représentation. L'acte passé « *est opposable à l'époux sans qu'il en résulte à sa charge aucune obligation personnelle* ». Ponctuelle, l'autorisation disparaît sitôt l'acte passé.

De son côté, l'article 219 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* ». Par là, il s'agit de remédier à la situation dans laquelle l'époux ne peut pas manifester sa volonté, non d'aller contre sa volonté. Quant aux pouvoirs concernés, ce sont ceux résultant du régime matrimonial, expression qui désigne les pouvoirs de gestion, d'administration et de disposition tant des biens communs que des biens propres de celui concerné par la mesure. Un mécanisme de représentation provisoire est alors mis en place. Les actes accomplis au nom et pour le compte de l'époux représenté n'engagent pas le représentant sauf si l'acte concerne un bien ou une dette communs.

Enfin, les mesures de sauvegarde des articles 220-1, 220-2 et 220-3 visent à réduire les pouvoirs de l'époux défendeur : « *si l'un des époux manque gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le juge aux affaires familiales peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts* ». Des mesures conservatoires, applicables également en cas de changement de régime matrimonial ou au cours d'une instance en divorce, seront alors prises. Plus spécifiquement, le conjoint concerné par la mesure pourra se voir interdire de disposer de ses biens ou de déplacer un meuble. Ces mesures, dont certaines devront faire l'objet d'une publicité pour être oppo-

sables aux tiers, sont de nature provisoire et le juge doit en déterminer la durée sans que celle-ci puisse excéder trois ans.

D'autres mesures palliatives dépendent du régime matrimonial choisi par les époux. Elles aussi caractérisées par l'intervention du juge, elles ne concernent que les époux mariés sous un régime de communauté et reposent sur deux textes.

D'abord, l'article 1426 du Code civil qui vise la gestion des biens communs. Une fois encore, l'époux doit être hors d'état de manifester sa volonté, ou son attitude doit attester la fraude ou l'inaptitude. Le conjoint peut demander à être substitué à son époux dans l'exercice de ses pouvoirs. Cette substitution constitue un retrait pur et simple de pouvoir, sauf en cas de gestion exclusive des biens professionnels. En conséquence, seul l'époux demandeur administre les biens communs et, dans l'hypothèse d'un acte nécessitant la cogestion, l'accord du conjoint est remplacé par une autorisation judiciaire. L'époux privé de ses pouvoirs pourra en demander la restitution en prouvant que la cause qui en a provoqué le retrait a disparu. Le texte énonce enfin que les articles 1445 et 1447 du Code civil sont applicables. Ceux-ci régissent la publicité des mesures en marge de l'acte de mariage et, le cas échéant, sur la minute du contrat de mariage.

Ensuite, l'article 1429 du même code envisage, pour sa part, les biens propres de l'époux affaibli par l'âge. S'il est hors d'état de manifester sa volonté ou met en péril les intérêts de la famille, il sera dessaisi de la gestion de ses biens propres et celle-ci sera confiée au conjoint non propriétaire, sauf si le juge estime nécessaire de nommer un administrateur judiciaire. Ces mesures prennent fin lorsque l'époux privé de ses droits prouve que les conditions du dessaisissement ont disparu. Les mesures de publicité évoquées dans le cadre de l'article 1426 sont également applicables.

On pourrait craindre que le nombre et la dispersion de ces dispositions ne soit une source inutile de complexité. Pourtant, il n'est pas impossible d'en obtenir un agencement harmonieux. Mieux, la superposition des dispositions légales est peut-être un atout dans le règlement de la crise qu'engendre l'affaiblissement du conjoint dû à l'âge, d'autant plus que l'hétérogénéité des mesures n'est pas aussi grande qu'elle le paraît.

D'une part, la diversité des procédures est plus apparente que réelle et, au prix de quelques réformes de détail, des rapprochements pourraient s'opérer. Certes, depuis le décret du 29 octobre 2004 portant réforme de la procédure familiale [175], « *les demandes d'autorisation et d'habilitation prévues par les*

175• Décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004, *Journal Officiel n° 255 du 31 octobre 2004*, p. 18492.

articles 217 et 219 du Code civil, lorsque le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, sont (en application de l'article 1286 du nouveau Code de procédure civile) *présentées au juge des tutelles*», comme l'ouverture d'un régime de protection, alors que le tribunal de grande instance demeure compétent pour la mise en œuvre des articles 1426 et 1429 du Code civil. Mais, quel que soit le texte dont l'application est sollicitée, la preuve de l'altération des facultés mentales doit être établie de la même manière, c'est-à-dire par un certificat médical ordinaire [176]. De même, une publicité des dispositions prises voire de la simple demande de mesures est, dans la majorité des cas, organisée afin d'assurer la protection des tiers [177] tandis que l'information du conjoint défaillant est assurée par le biais de la notification visée à l'article 1253 du nouveau Code de procédure civile, que l'instance a lieu à huis clos, que des recours sont prévus contre les décisions prises, que la mainlevée peut en être prononcée et que l'on tend de plus en plus à préférer des mesures dont la durée serait initialement fixée. Le projet de réforme va dans le même sens. La seule disposition qu'il contient concernant ces mesures est générale et d'aligner, en l'absence de disposition spécifique, leur durée maximale sur celle des régimes d'incapacité : cette durée ne devrait pas pouvoir excéder cinq ans, la personne chargée de la protection faisant connaître au juge, par écrit, s'il lui paraît souhaitable que, dans l'intérêt du majeur, la mesure soit renouvelée.

D'autre part, la comparaison, au fond, de ces diverses mesures fait apparaître qu'aucun chevauchement n'est à craindre. C'est le cas pour les articles 217 et 1429 du Code civil puisque le premier de ces textes ne saurait concerner les biens propres ou les biens personnels de l'autre époux. Quant aux articles 219 et 1426 relatifs aux biens communs ou indivis, le critère de choix est évident : le premier sera envisagé pour des opérations ponctuelles, le second pour un aménagement durable de la gestion de la communauté ou de l'indivision. Enfin, entre les articles 217 et 219, alinéa 1er, l'alternative est concevable pour la gestion des biens communs ou indivis sauf à ce qu'un choix s'effectue selon le résultat poursuivi : autorisation ou habilitation. Ainsi pour réaliser un acte déterminé, l'article 217 est tout à fait adéquat alors que pour des opérations de nature professionnelle user de l'article 219, alinéa 1er, est préférable afin que les actes passés soient réputés effectués par le conjoint défaillant [178].

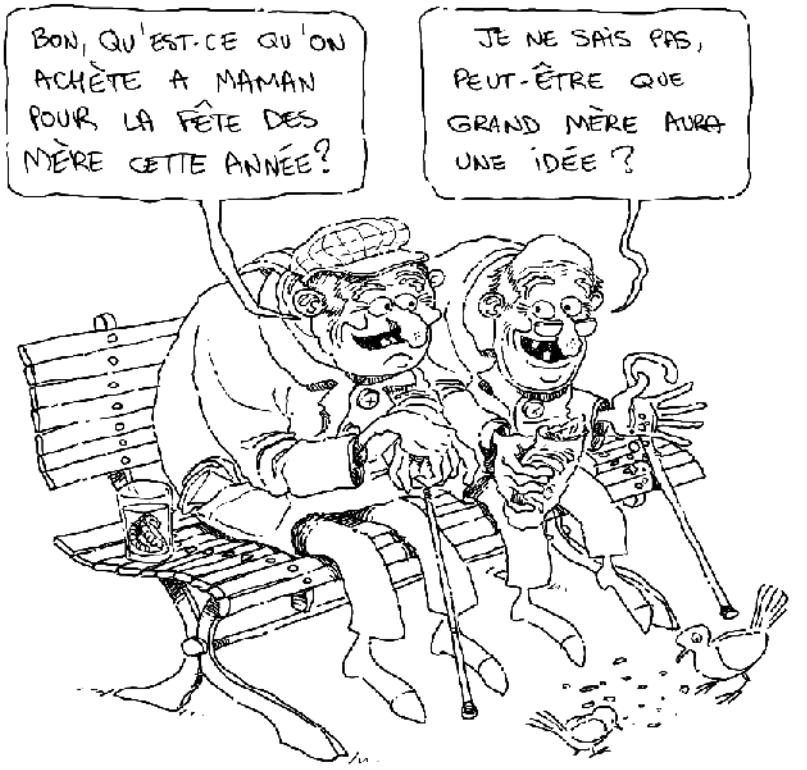
176• Article 1289-1, alinéa 1er, du nouveau Code de procédure civile.

177• Sur ce point, cf. PHILIPPE, *op. cit.*, n° 28.

178• *Idem*, n° 30 ; DELBANO, *op. cit.*, pp. 410 et 411. Cf. également Sylvie FERRE-ANDRE, *Le notaire et le troisième âge (ou l'anticipation d'un quatrième âge grandissant)*, Conférence INAFON, 2006.

Ces mesures matrimoniales s'avèrent, le plus souvent, suffisantes. Leur mise en œuvre donne, en pratique, satisfaction. Ajouté au fait qu'elles ont fait l'objet de récentes retouches procédurales, ce constat explique certainement que le projet de réforme ne leur consacre que peu de dispositions. Au demeurant, il faut se demander s'il appartenait à un texte relatif au droit des incapacités d'envisager ces mesures matrimoniales. En effet, ces dernières protègent avant tout l'intérêt de la famille ou l'intérêt commun des époux. La protection du conjoint rendu vulnérable par l'âge n'est, pour la plupart d'entre elles, pas une fin ; elle n'est qu'un moyen. Pour le dire autrement, ces mesures intéressent, plus que la protection des personnes âgées, cette forme spécifique de la solidarité familiale qu'est la solidarité conjugale.

STÉPHANE **BERRE**



DEUXIÈME PARTIE

Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur les flux patrimoniaux au sein de la famille

Maître Frédéric PETIT

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur du Congrès MJN Chine 2005
Notaire à Taverny (95)
D.E.S. Gestion de patrimoine (Faculté de Clermont-Ferrand)
Membre du Conseil d'Administration de l'Institut notarial du Patrimoine et de la Famille
Enseignant à l'AUREP, à l'Université de Lyon III et à l'Université de Paris XII

Les flux patrimoniaux au sein de la famille

Introduction

L'ALLONGEMENT DE LA DURÉE DE VIE (80 ans en moyenne) a pour conséquence de voir coexister voire même cohabiter plusieurs générations. La famille du IIIe millénaire s'étire ainsi fréquemment des enfants aux arrière-grands-parents.

Les solidarités familiales s'en trouvent-elles renforcées ?

Le notaire doit s'interroger sur les flux économiques qui viennent tisser la toile de fond des liens familiaux :

Ces flux peuvent être aussi bien ascendants que descendants ; ils peuvent prendre la forme d'une transmission de patrimoine ou d'une aide financière ou matérielle, volontaire voire imposée au titre de l'obligation alimentaire.

Le notaire doit alors avoir une attitude dynamique non seulement envers le transmettant mais plus largement envers la Famille et repenser les contours de la transmission : quelles modalités ? Quels bénéficiaires ? Quelles réversibilités ? L'État doit-il suppléer aux carences de la Famille ?

Les acteurs même de cette solidarité (ses bénéficiaires et ses redevables) doivent être redéfinis pour finalement déterminer ce qu'est la Famille au IIIe millénaire.

Des vulnérabilités familiales apparaissent alors…

Pour permettre au notaire de mettre en place une organisation patrimoniale sur mesure, ne faut-il pas repousser la prohibition des pactes sur succession future ? Ne faut-il pas repenser les contours de la Réserve héréditaire ? Ne faut-il pas rendre flexibles les montages patrimoniaux en anticipant les aléas familiaux (divorce, prédécès d'un enfant…) Ne faut-il pas solidifier le terrain des aides familiales constitutifs trop souvent d'un terreau de conflits latents éclatant lors du décès ?

Le notaire redevient alors l'artisan du Pacte de Famille !

I DANS QUELLE MESURE CERTAINS FLUX PATRIMONIAUX AU SEIN DE LA FAMILLE SONT-ILS CONSTITUTIFS D'UNE VÉRITABLE DONATION ?

A. Typologie des flux patrimoniaux familiaux

Les flux patrimoniaux au sein de la famille sont nombreux et variés.

Ils sont le témoignage d'une véritable solidarité familiale ; ils sont aussi le reflet imparfait du périmètre de la famille, et l'idée d'obligation naturelle qui est sous jacente aux solidarités familiale, nécessite une définition de ses membres, suffisamment proches pour engendrer une telle relation juridique.

1 Ils sont le reflet imparfait du périmètre de la famille

« Le droit de la famille offre de prime abord un double paradoxe.
Le Code civil est muet sur sa définition particulièrement fuyante.
Elle n'est la même ni pour le juriste, ni pour le sociologue. Bien plus, elle est variable selon les diverses branches du droit. » [1]

Sociologiquement la famille apparaît comme diffuse et protéiforme : il s'agit tantôt d'un groupe de personnes réunies par la parenté ou par l'alliance (sous cet angle, l'allongement de la durée de vie fait croître le nombre des membres de la famille en présence) tantôt d'un groupe de personnes réunies par un projet de communauté de vie (sous cet angle, la famille est atteinte par ce que Durkheim appelait « *la loi du rétrécissement continu* »).

L'évolution tend vers une famille qui repose sur la volonté.

Or, c'est cette même famille, dont le périmètre est défini par l'affectif, qui va servir de champ d'action aux solidarités familiales et aux flux patrimoniaux qui en découlent. La loi alors et en particulier au travers de l'obligation alimentaire, ne peut en être qu'un reflet minimum et donc imparfait.

Cette imperfection se manifeste tant dans les relations Etat-Famille qu'au travers des différentes strates de la famille.

a – Dans les relations Etat et Famille

Tant que la famille, en tant que cellule sociale de base, a pour fonction la protection de ses membres, l'État n'a qu'un rôle subsidiaire à jouer pour parer aux carences de cette dernière. C'est ainsi que, théoriquement l'aide sociale vient après l'exécution de l'obligation alimentaire (article L 132-6 du Code de l'Action sociale et des familles, qui invite les personnes tenues à obligation alimentaire à indiquer l'aide qu'elles peuvent allouer aux postulants).

L'imperfection se manifeste alors à 4 égards :

1• F. BOULANGER « *Droit civil de la famille* » T1 Economica n° 1 et s.

- Tout d'abord, dans l'euphorie des trente glorieuses, au moyen de l'aide sociale ou de la sécurité sociale, on a longtemps cru que ce rôle patriarcal de l'État providence (cf. système suédois) était une assurance tous risques à la couverture indéfinie, un droit acquis définitivement et au surplus consacré constitutionnellement (cf. préambule de la constitution du 27 octobre 1946)… Or on connaît les avatars de notre déficit budgétaire ; alors l'on redécouvre les obligations alimentaires sachant que la collectivité n'a aucun scrupule à se faire subroger pour l'exercice de ces recours.
- Cependant, nos confrères J. E GARONNAIRE et F. PICOT [2] ont rappelé que la subsidiarité prend une tonalité différente suivant la densité de l'obligation alimentaire, et qu'il existe ainsi de nombreux cas d'exonération (APA par exemple).
- Par ailleurs, on observera que l'État, dans sa distribution généreuse de prestations sociales, a une conception extensive voire pragmatique de la famille au travers de la notion de « *personnes à charge* ».

Ainsi, dans certains cas, vont pouvoir bénéficier de prestations sociales des personnes non parentes dès lors qu'elles sont à charge (exemple : capital décès dans le régime des assurances sociales article L 361-4 CSS ; prestations en nature des assurances maladie et maternité pour la personne qui vit maritalement avec un assuré social et qui se trouve à sa charge effective article L 361-14 CSS ; droits aux prestations familiales pour toute personne résidant en France et ayant un enfant à charge, article L 512-1 CSS).

- Enfin et sous un autre angle, l'État au travers de sa politique fiscale en matière de transmission de patrimoine (abattements, taux de taxation…) révèle une vision étriquée et inadaptée de la famille.

• D'une part, le tarif varie en fonction de la proximité du lien de parenté et non en fonction d'une proximité affective et solidaire au sein de la famille : certes il existe un abattement de 50 000 euros en faveur des handicapés ; certes il existe un abattement de 57 000 euros pour les frères et sœurs si certaines conditions sont remplies et notamment avoir été constamment domicilié avec le défunt pendant les cinq années précédent le décès ; être âgé de plus de 50 ans ou atteint d'une infirmité le mettant dans l'impossibilité de subvenir par son travail aux nécessités de l'existence…

Mais alors, pourquoi ne pas étendre cette faveur fiscale et témoignant d'une certaine solidarité, à toute personne dans la même situation ?

Pourquoi deux personnes pacsées, et donc juridiquement engagées, ne bénéficient elles pas des mêmes dispositions fiscales que les époux en cette matière ?

2• 102e Congrès des Notaires de France – « *Les personnes vulnérables* » p. 45 et s.

Pourquoi un arrière-grand-père venant à la succession (50 000 euros d'abattement et taxation en ligne directe) est-il plus avantagé fiscalement qu'un frère venant à la succession (5 000 euros d'abattement et taxation à 35 % et 45 %) ?

• D'autre part, les DMTG sont parfois sociologiquement et juridiquement inadaptés :

Compte tenu de l'espérance de vie qui augmente, on conçoit qu'il faille favoriser les jeunes générations notamment par donation : 30 000 euros d'abattement aux petits enfants ; et depuis le 1er janvier 2006, 5 000 euros d'abattement aux arrières petits enfants.

Mais, s'il convient de favoriser les donations en pleine propriété (cf. infra), il convient tout autant de favoriser « tous azimuts » les transmissions aux petits enfants ou arrières petits enfants et donc de généraliser ces mesures de faveur fiscale aux successions dont les petits-enfants ou arrières petits-enfants bénéficient (au moins peut-être sur la fraction recueillie en pleine propriété, d'ailleurs bien souvent les souscripteurs d'assurance-vie relevant de l'article 757 B CGI sont surpris d'apprendre que le petit enfant bénéficiaire ne bénéficie pas de l'abattement de 30 000 euros).

Par ailleurs, si l'espérance de vie augmente, on constate également une baisse de la natalité et de plus en plus nombreux sont les défunts ne laissant pas de descendance. Là encore, il convient dans ce cas de favoriser fiscalement les transmissions successorales aux frères sœurs et neveux nièces (l'abattement de 5 000 euros aux frères sœurs et de 5 000 euros aux neveux nièces mais qu'en cas de donation, institués à compter du 1er janvier 2006 nous apparaissent insuffisants).

Enfin, il est dans ce contexte sociologique une curiosité fiscale (et contraire à la succession *ab intestat*) qu'il conviendrait de réparer ; tel est le cas du grand parent décédé laissant un fils unique prédécédé et deux petits enfants (issus de ce fils) : civilement il n'y a pas de représentation ; ils viennent de leur chef en rang utile. L'Administration fiscale considère au contraire qu'il y a représentation pour voir les petits-enfants se partager l'abattement de 50 000 euros (ce qui est une faveur fiscale car sinon les petits-enfants en tant que tel n'auraient qu'un abattement de 1 500 euros).

Ici encore, il est nécessaire de revoir l'abattement successoral des petits-enfants.

b – Les relations au sein de la famille

L'obligation alimentaire constitue l'aspect naturel de la solidarité avec une force et une forme, différentes selon le lien familial.

■ Relations parents/enfants : obligation d'entretien

Le lien de filiation constitue le noyau dur quasi immuable de la famille et à ce titre le premier creuset naturel des solidarités. Parce qu'elle est une charge naturelle, et qu'elle est fondée sur l'existence d'un lien de filiation, l'obligation d'entretien est unilatérale et non réciproque, n'engage pas les grands-parents, est indépendante de l'autorité parentale et surtout, s'applique aussi bien (article 371-2 du Code civil - loi du 4 mars 2002) dans la famille légitime que naturelle dès lors que la filiation est établie, et qu'adoptive (l'obligation pesant sur les adoptants dès le dépôt de la requête en adoption, et subsidiairement sur les parents par le sang en cas d'adoption simple 3).

Deux observations sont à faire au regard de l'évolution des familles parentales :

- Pour les parents mariés, les dépenses relatives à l'entretien de l'enfant commun, constituent des dettes ménagères et solidaires (article 220 du Code civil). Il en va donc différemment pour des parents concubins ou pacsés (l'article 515-4 du Code civil ne visant pas ce cas, mais seulement « les besoins de la vie courante ») ; on peut regretter cette disparité de situations.
- *Quid* en cas de parents séparés ?

Il doit être tenu compte des besoins de l'enfant [4] et des ressources des parents. A ce titre, il sera tenu compte des ressources de la personne quel quelle soit avec laquelle le parent partage sa vie, pour fixer le cas échéant le montant de la pension alimentaire visée à l'article 373-2-2 (exemple : concernant la concubine du père [5] ; exemple : concernant la nouvelle épouse du père [6]).

On mesure ici tout « *le poids du passé sur la recomposition familiale* » [7] le divorce étant sans incidence d'une part, et le poids financier de l'entretien de l'enfant pesant de facto sur le couple recomposé d'autre part. En particulier en ce qui concerne les conséquences du régime matrimonial pour le beau parent (cf. 95e Congrès des Notaires de France « *Demain la Famille* » p. 336 et s).

La question demeure controversée de savoir si l'entretien d'un enfant non commun entre dans le champ d'application de l'article 214 du Code civil

3• CA Bordeaux du 15 novembre 1994, Jurisdata 1994 - 051379 – CA de PAU 22 janvier 1996, Jurisdata 1996 - 041298

4• Arrêt Cour Cass 1er civ du 22 mars 2005. D 2005 IR 1112, revirement bienvenu au regard de la Jurisprudence du 2 mars 1994

5• Arrêt Cour Cass 2e civ du 8 novembre 1989. D 1990 somm p. 118. Obs A. BENABENT

6• Arrêt Cour Cass du 22 mars 2005, *cf. supra*

7• 29e congrès MJN « *Le droit au bonheur* » V. DANTON - FERRANT et F. AUMONT

(dette solidaire ; en sens contraire : arrêt CA PARIS du 25 septembre 1986, D 1987, 573, note Mayer et Cale) ; par contre de telles dépenses, en tant que dettes d'aliments, constituent un passif définitif de communauté et n'engendrent donc pas récompense au contraire des arrérages versés au titre d'une prestation compensatoire, en matière de divorce. Les dettes alimentaires étant une charge des revenus et tant les gains et salaires que les revenus des propres, tombant en communauté (article 1409 du Code civil), sauf en cas d'aliment ou de subsides (article 342 du Code civil) dus à un enfant adultérin conçu en cours de mariage (article 1417 alinéa 2 du Code civil).

On mesure donc l'intérêt du choix du régime matrimonial dans ce cas : V. DANTON-FERRANT et F. AUMONT avaient d'ailleurs opportunément rappelé qu'il est possible dans la convention matrimoniale de reconnaître un droit à récompense dans une telle situation [8].

Ces observations sont également valables en ce qui concerne l'obligation alimentaire au sens large du terme.

■ Relations au sein d'une famille au sens plus large : obligation alimentaire

L'obligation alimentaire naît de la parenté et de l'alliance mais n'existe qu'entre certains membres de la famille légitime, naturelle ou adoptive ; elle est toujours réciproque (article 207 du Code civil) sauf faute du créancier.

Lorsqu'elle repose sur la parenté, elle n'existe qu'en ligne directe (article 205 du Code civil), indistinctement entre ascendants et descendants ; sauf en cas d'adoption simple où l'obligation alimentaire n'existe pas entre les ascendants de l'adoptant et l'adopté (article 367 du Code civil) ; l'adopté n'est d'ailleurs pas réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant (article 368 du Code civil), bien que celle pesant sur les grands-parents ou arrière-grands-parents, ne soit que subsidiaire à celle pesant sur les parents, et inversement, les grands-parents doivent d'abord agir contre leurs enfants.

Au demeurant, l'obligation alimentaire est elle-même subsidiaire au devoir de secours entre époux d'une part et à l'obligation d'entretien d'autre part ; de même en cas d'adoption simple, l'adopté doit d'abord agir contre le parent adoptif avant de s'adresser à ses parents biologiques (article 367 alinéa 2 du Code civil).

Par contre, au sein d'une même catégorie de débiteurs d'aliments il n'existe pas de hiérarchie ; un père peut donc d'abord s'adresser à son gendre plutôt qu'à ses enfants (arrêt Cour de cassation du 2 janvier 1929) ; on fait primer ici l'intérêt du créancier qui est de s'adresser au plus solvable, et donc la solidarité familiale au détriment de la proximité familiale.

8• Rondeau-Rivier « *Le démariage* » Thèse Lyon 1981, n° 395.

De façon flagrante ici, la vision de la famille au travers de l'obligation alimentaire apparaît également comme étant étriquée et inadaptée.

• D'une part il n'y a pas d'obligation alimentaire entre collatéraux.

Ici encore on peut s'étonner de l'absence de mise en avant de la solidarité au sein de la fratrie, même si la jurisprudence admet ici l'existence d'une obligation naturelle susceptible après exécution volontaire, d'une exécution forcée… « mais sans déductibilité fiscale dans ce cas, à l'exception des avantages en nature consentis sans contrepartie à des personnes âgées de plus de 75 ans envers lesquelles aucune obligation alimentaire n'existe et qui vivent sous son toit et dont le revenu imposable n'excède pas le plafond de ressources fixé pour l'octroi des allocations supplémentaires versées par le Fonds de solidarité vieillesse » (article 156 II - 2° Ter CGI).

Nous militons en faveur de la reconnaissance d'une obligation alimentaire entre frères et sœurs, germains seulement (parce que l'obligation alimentaire est l'exécution d'un devoir de solidarité familiale), et subsidiaire à celle qui existe en ligne directe et avec un régime fiscal analogue.

• D'autre part en ligne directe, et pour tenir compte des nouvelles recompositions familiales, il a également été critiqué l'absence d'obligation alimentaire entre enfants d'une précédente union et conjoint en secondes noces de leur ascendant[9]. Cependant face à cette proposition, nombreuses sont les objections[10] en particulier compte tenu de la réciprocité, associée à la diversité voire à la multiplicité des situations.

Pour notre part nous pensons qu'une telle reconnaissance ne devrait s'appliquer que de façon limitée ; car n'oublions pas que le second conjoint peut très bien consacrer le lien affectif par le biais de l'adoption simple, situation de droit, génératrice de l'obligation alimentaire : par exemple tant que dure l'union en question ; ne s'appliquant qu'aux enfants dont le couple a eu la garde ; et enfin qui resterait subsidiaire aux autres obligations alimentaires.

• Enfin également critiquée, et à juste titre, l'obligation alimentaire reposant sur l'alliance, à savoir celle gendres et belles filles envers leurs beaux-parents (article 206 du Code civil), et réciproquement (article 207 du Code civil), parce que celle-ci cesse en cas de divorce dans tous les cas (solution arrêtée en Jurisprudence et qu'il faudrait affirmer législativement), et en cas de décès, seulement s'il n'y a pas de postérité.

9• V. DANTON-FERRANT et F. AUMONT précités, 8e proposition p. 363 et s.

10• Commission DEKEUWER – DEFOSSEZ ; Rapport p. 169 ; 95e Congrès des Notaires de France précité p. 352 et s.

Le vœu émis lors du 95e Congrès des Notaires de France, visant à supprimer cette distorsion n'est toujours pas exaucé (Rép. mi. n° 6174 du 13 janvier 2003 au motif qu'il y a création d'une famille ; qu'il sera difficile d'actionner efficacement des petits-enfants mineurs…).

Nous partageons également ce vœu et cet adage « *morte ma fille, mort mon gendre* » (LOYSEL).

D'une part nous avons été frappé en pratique des interrogations sur ce point des futurs époux envisageant a priori et à tort une séparation de biens pour échapper à cette obligation.

D'autre part, il faut désormais tenir compte d'un élément nouveau dans la réflexion : les ascendants ne sont plus réservataires (*cf. loi portant réforme des successions et libéralités*) ; le conjoint l'est devenu. Certes, il n'y a pas de lien direct entre la réserve héréditaire, autre forme de la solidarité, et l'obligation alimentaire ; mais l'idée est tout de même sous jacente.

Faudrait-il aller jusqu'à supprimer toute obligation alimentaire pesant sur les gendres et belles filles ?

Nous ne le pensons pas : certes, il n'y a pas assimilation entre les beaux enfants et ses propres enfants dans l'esprit du beau parent ; la famille même solidaire ne va sans doute pas jusque-là. Il nous semble que maintenir ce principe (avant divorce et décès) permet surtout d'éviter toute fraude entre époux à l'encontre du créancier de l'obligation alimentaire.

2 Ils sont le témoignage d'une véritable solidarité familiale

Sociologiquement les flux patrimoniaux au sein de la famille ont une double finalité : il s'agit d'une part, d'assurer la protection des membres de la famille et d'autre part, d'assurer la transmission pérenne du patrimoine familial. La protection d'un membre de la famille peut être assurée par soi même, au travers des marchés financiers ; ou bien par la famille ou bien encore par l'État [11].

Ce besoin de protection va prendre une forme différente suivant la génération concernée parmi l'enfance, le jeune adulte, l'adulte d'âge mûr et la vieillesse [12]. A l'évidence, l'enfant et le vieillard apparaissent comme les plus dépendants économiquement ; il n'est donc pas étonnant que ce soit pour ceux-là surtout qu'un texte vienne réglementer et imposer les solidarités familiales.

a – En ce qui concerne l'enfant, le risque d'un échec scolaire, d'une formation ou d'une socialisation manquée n'est pas assurable par les marchés.

■ Mais l'État reprend « *théoriquement* » son rôle au travers de l'école.

11• 102e Congrès des Notaires de France « *Les personnes vulnérables* » pp. 37 à 48.

12• A. MASSON « *Université du Savoir 2005 - Famille et héritage* ».

Il en est de même en cas d'enfant handicapé pour lequel le principe de scolarisation en milieu scolaire ordinaire est posé par l'article 4 de la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 (principe repris dans une circulaire ministérielle du 6 septembre 1991) ; à défaut il est prévu son orientation vers un centre d'éducation spécialisé.

Au surplus, l'État aide financièrement les parents de l'enfant handicapé, allocation d'éducation spéciale, selon certaines conditions, octroyée par la CAF et décidée par la Commission d'Éducation spéciale (cf. loi du 30 juin 1975). Mais si l'État donne les moyens de l'éducation à apporter à l'enfant, il en fait peser la responsabilité sur les parents, lesquels, en tant que titulaires de l'autorité parentale, doivent pourvoir à l'éducation de l'enfant et à leur scolarisation de 6 à 16 ans. Ce droit à l'éducation trouve sa source dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme (article 26) et dans la Convention internationale sur les Droits de l'Enfant (article 28) ; les parents, notamment, peuvent à défaut être condamnés pénalement (art 227-17-1 du Code pénal).

Sur le plan patrimonial, cette obligation d'éducation se concrétise au travers de l'obligation d'entretien (article 203 du Code civil), qui a certes un objet plus large. Le flux patrimonial ainsi généré par cette obligation, peut s'avérer coûteux, par exemple dans le cas de scolarité dans un établissement privé.

■ **Au surplus, et toujours au titre de l'obligation d'entretien**, cette aide à la poursuite des études peut se prolonger alors même que l'enfant est devenu majeur (article 371-2 alinéa 2).

Jusqu'à quand ?

C'est désormais au créancier de prouver que les conditions d'application de l'obligation sont réunies [13] et sans doute l'obtention d'un emploi devrait faire cesser cette obligation [14] mais force est de constater que la loi du 4 mars 2002, relative à l'autorité parentale, est silencieuse sur ce point.

Doit-on fixer arbitrairement un âge limite ? Doit-on faire cesser l'obligation au premier emploi alors que la situation de l'emploi tend à se précariser ?

L'enjeu est réel et les conflits nombreux (*cf. infra*) compte tenu de la durée et du coût des études ; qui par elles-mêmes peuvent aussi représenter un avantage par rapport à l'autre enfant qui se sera engagé plus tôt et peut-être plus modestement dans la vie active, et la frontière peut s'avérer délicate avec la notion d'établissement, dont le régime juridique est différent (art. 851 Code civil).

13• Arrêt Cour Cass 1re civ du 26 septembre 2002 – RJPF 2002-12/51, S. VALORY
14• Arrêt Cour Cass 2è civ du 27 janvier 2000 – RJPF 2000-4/53, S. VALORY

b – L'aide apportée au « *jeune adulte* »

C'est à dire celui qui s'installe dans la vie active peut également prendre d'autres formes : mise à disposition gratuite d'un logement par les parents ou hébergement de longue durée par les parents (cf. le film « *Tanguy* » d'E. Chatilliez) ; collaboration informelle du conjoint dans l'entreprise ; aide financière pour l'acquisition du premier logement (acte neutre, il peut revêtir la qualification de prêt ou de donation) ; garde des enfants ; cautionnement non rémunéré des parents…

Nous ne sommes plus ici dans le cadre d'une obligation civile préexistante ; il y a une aide apportée qui prend la forme d'un service ou d'un flux patrimonial qu'il faudra bien qualifier (*cf. infra*). Au surplus cette aide est importante ; elle a été chiffrée à 135 milliards de francs [15].

c – En ce qui concerne « *l'adulte d'âge mûr* »

C'est à dire finalement celui préparant sa retraite, l'aide reçue prendra bien souvent pleinement la forme d'un véritable transfert patrimonial.

■ **Compte tenu de l'allongement de la durée de vie**, c'est l'âge auquel il héritera : l'héritage ne remplit plus alors cette fonction d'aide à l'insertion dans la vie active ; y-a-t'il pour autant inefficacité économique ?

Aujourd'hui sans doute, alors que les retraités sont issus des 30 glorieuses [16] : qu'entre 1970 et 1997, chez les plus de 80 ans, essentiellement des veuves, donc des personnes réputées particulièrement démunies, le taux de pauvreté était tombé de 38 à 6 % [17] ; selon les résultats de l'enquête exhaustive dite « *budget de famille* » réalisée tous les cinq ans par l'INSEE, les plus de 50 ans (les seniors, donc), disposaient en 1994, d'un niveau de vie supérieur d'environ 30 % à celui des moins de 50 ans [18].

Mais en ce qui concerne la génération d'après, on peut se demander si l'héritage ne reprendra pas toute sa justification économique afin de pallier les carences de nos régimes de retraites et aux difficultés qu'aura eu cette génération à épargner.

■ **Cette génération sera également bien souvent celle qui va bénéficier des donations, en particulier portant sur la nue-propriété.**

Ici encore on est en droit de s'interroger sur la pertinence économique de telles libéralités. On connaît les avatars, si souvent décriés, du démembrement de propriété (au surplus et compte tenu de l'allongement de l'espé-

15• G. MERMET Francoscopie Larousse 1997, p. 156.

16• Cf. « *Appauvrissez-vous* » F. de WITT, Editions Bourrin.

17• INSEE première, mars 2001.

18• « *Le pouvoir et le rôle économique des plus de 50 ans* », CREDOC, 1996.

rance de vie, cette situation, qui crée des droits et obligations partagés, est amenée à durer de nombreuses années ; et le régime du démembrement, tel qu'instauré par le Code civil à une époque où l'espérance de vie était de 30 ans, n'est plus adapté aux nouvelles situations patrimoniales et familiales).

Dès lors, on assiste au développement de donations-partages qui n'en ont que le nom car engendrant bien souvent autant de situations d'indivision ; on voit se créer, bien prématurément, des situations de démembrement où l'usufruitier donateur n'a qu'un seul objectif : tout conserver…

Finalement la véritable intention libérale qui anime ces libéralités est celle de transmettre à son décès un patrimoine plus important car net de charges fiscales en particulier pour son conjoint ou ses enfants.

Cette incitation fiscale à transmettre entre vifs et de bonne heure a été critiquée (cf. M. GRIMALDI : « *Il y a quelque chose d'inconvenant et de pernicieux dans le démarchage de l'intention libérale auquel se livre la loi fiscale* » [19]), et de fait, l'objet de la donation est prédéterminé par des calculs savants comparant les réductions de droits d'une donation en pleine propriété et la diminution d'assiette d'une donation en nue-propriété.

Combien y aurait-il de donation portant sur la nue-propriété si les DMTG étaient supprimés ? (en 1984, 80 % des successions n'ont pas été imposées).

Politiquement, la décision serait moins « *incorrecte* » que naguère : il ne s'agit plus de transmettre une fortune de génération en génération permettant au bénéficiaire de changer de situation sociale ; le patrimoine est devenu « *consommable* » (moins foncier) ; il s'est constitué par le couple (par son travail et sans guère d'attachement familial au grès des mutations professionnelles et familiales) et pour le couple (soucis de prévoyance).

Le seul patrimoine réel qui se transmet encore de génération en génération demeure l'entreprise. Or, prenant conscience de l'importance des PME dans le tissu économique national, force est de constater que sa transmission tend à être l'objet de toutes les faveurs civiles et fiscales.

Seules les véritables donations que sont celles portant sur la pleine propriété continueraient de voir le jour.

A tout le moins, ce sont celles là qu'il faut favoriser :

- Au regard du donateur, elles portent sur son excédent de patrimoine, sur ce qu'il peut effectivement donner ; ce qui sous-entend une réflexion préalable et approfondie sur sa situation patrimoniale présente et future.
- Au regard du donataire elles jouent pleinement leur rôle de solidarité familiale, que la pleine propriété revienne à un seul ou qu'elle soit démembrée au profit de plusieurs donataires.

19• « *Libéralités - Partages d'Ascendants* », n° 1021, Ed. LITEC.

Sur le plan économique, on connaît l'essor considérable qu'ont connu « *les dons Sarkozy* » ; bien que l'on puisse regretter l'absence d'information au préalable et nécessaire, propre aux dons manuels, sur les conséquences civiles voire sur l'opportunité patrimoniale, de telles libéralités ; il semblerait même, qu'un tel afflux de liquidités entre les mains des donataires, ait pu accompagner la hausse récente de l'immobilier.

Nous proposons donc que toutes les donations effectuées en pleine propriété, quel qu'en soit l'objet et quel qu'en soit le destinataire (même non parent), soient exonérées de DMTG (et non prises en compte pour la régénération des abattements). Le but est la circulation accélérée des richesses ; l'État y trouverait son compte par la perception d'autres catégories d'impôts à l'occasion de cette circulation.

Parallèlement, et dans un soucis de protection du donateur nous proposons que ces donations ne se fassent que par acte notarié, avec étude patrimoniale préalable obligatoire et annexée à l'acte, permettant de mesurer l'excédent de patrimoine, les contraintes familiales, une prospective économique du patrimoine en termes de stocks et de flux…

Trop souvent en effet, le défaut de conseil engendré par une simple déclaration de don manuel auprès de l'administration fiscale, provoque des situations fâcheuses [20] : que l'on pense par exemple aux dons faits à des petits-enfants par des grands-parents mariés sous communauté universelle avec attribution intégrale ; ou bien encore à un don fait par un époux commun en biens sans le concours de l'autre ; ou bien encore aux simples conséquences du rapport. Parallèlement encore, les honoraires du notaire pourraient être divisés par deux.

Quelle sanction, si des dons manuels sont effectués ? On ne pourra sans doute pas empêcher les dons manuels :

- soit il s'agira de dons d'usage : ils échappent de toute façon au régime civil et fiscal des libéralités.
- soit il s'agira de donations plus importantes : il faut conserver leur validité civile ; la sanction serait alors leur soumission aux DMTG.

d – L'état de vieillesse

Il engendre une dépendance économique dont il convient d'assurer le financement. Ce risque peut être assuré par soi même auprès des marchés (augmentation de la durée de travail ; fonds de pension ; rente viagère ; assurance vie épargne, assurance dépendance…) ; ou par l'État (retraites par répartition ; aides sociales…) ; ou par la famille.

20• « *Les effets pervers des donations Sarkozy consenties sous forme de dons manuels* » M. IWANESKO, Droits et Patrimoine, oct. 2005.

Dans l'économie rurale qui prédominait en 1804, le groupe familial, le clan, correspondait à une réalité physique où solidarité familiale et survie économique se combinaient sous un même toit.

De cette assistance naturelle qui fonctionnait bien, le Code civil n'en a finalement consacré que le principe élémentaire, une dette minimale à la charge de certains membres de la famille.

■ **C'est ainsi que la personne âgée**, notamment, pourra bénéficier d'une solidarité alimentaire (Code civil article 203 et s.) dès lors qu'elle est dans le besoin (nourriture, vêtement, logement, frais médicaux… Sans pour autant d'ailleurs que cela entraîne vente forcée d'un capital non productif de revenus) et à l'encontre de certains membres de la famille (*cf. supra)* à condition que leurs revenus permettent d'y faire face.

L'exécution s'effectue en argent sous forme d'une pension ou en nature (exemple : hébergement en assurant nourriture et entretien).

■ **La prise en considération de l'état de besoin** d'un membre de la famille connaît une illustration toute récente dans la loi portant réforme des successions et libéralités dans le cadre de la révocation par le renonçant du pacte de Renonciation Anticipée à l'Action en Réduction (RAAR), en particulier :

soit lorsque celui dont il a vocation à hériter ne remplit pas ses obligations alimentaires envers lui ;

soit lorsqu'au jour de l'ouverture de la succession il est dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires (nouvel article 930-3 Code civil).

• Le 1er cas de révocation rappelle l'ingratitude, cause de révocation des donations en cas de refus d'aliment ; alors même, d'ailleurs que la RAAR ne constitue pas une libéralité (nouvel article 930-1 alinéa 2). Or, le domaine est différent puisqu'en cas d'ingratitude il n'y a pas nécessairement de rapport d'obligation alimentaire entre donateur et donataire (d'ailleurs, l'un ne peut contraindre l'autre à lui verser des aliments) ; au contraire, en cas de RAAR et à la lettre du texte, il y a une obligation alimentaire entre le renonçant et celui qui va utiliser cette renonciation (le *de cujus*).

Deux observations sont à faire :

• D'une part, cette révocation est inefficace :

En effet, le créancier de l'aliment peut déjà exercer des sanctions civiles et pénales, certes, pas toujours d'une grande efficacité ; pourquoi alors rajouter une nouvelle sanction ?

La révocation portera réellement ses effets pour celui-ci au décès du débiteur d'aliments en récupérant sa part de réserve (en effet, la révocation de la RAAR

n'aura pas pour effet de révoquer la libéralité consentie par le débiteur d'aliments à l'appui du pacte, ni même de l'empêcher), soit peut-être plusieurs années plus tard ; or, c'est bien tout de suite, alors que le débiteur d'aliments est récalcitrant, que le créancier est dans le besoin ; peut-être d'ailleurs ne le sera-t-il plus lors du décès, ce qui renforce l'idée d'injustice de cette révocation.

• D'autre part, cette révocation est injuste :

En effet, elle va atteindre non pas celui qui a manqué à ses obligations d'aliments, mais le bénéficiaire du pacte (ce qui marque une différence avec la révocation des donations pour cause d'ingratitude qui n'est point rétroactive à l'égard des tiers innocents).

En vérité, il n'y a pas de rapport de cause à effet entre l'état de besoin du créancier d'aliment et sa RAAR qui ne l'appauvrit pas, au moins dans l'immédiat. En conséquence, nous proposons que le nouvel article 930-3 1° soit supprimé.

• Le deuxième cas de révocation, au contraire est fondé sur un véritable lien de cause à effet entre la renonciation et l'état de besoin.

L'idée est certainement louable mais sa mise en pratique risque de s'avérer périlleuse à plusieurs égards :

Tous d'abord, il appartiendra aux juges saisis de la demande de révocation d'apprécier l'état de besoin, notion qui est pour le moins relative et qui fera peser une grande incertitude sur l'efficacité du pacte.

Ensuite, la situation des ayants cause du bénéficiaire du pacte, s'en retrouve affaiblie : en effet, il n'y aura révocation, de fait, que s'il s'avère qu'il y a eu atteinte à sa part de réserve ; donc la révocation entraînera réduction de la libéralité consentie au bénéficiaire du pacte, qui sera certes en valeur (nouvel article 924 du Code civil) mais qui pourra toujours s'exercer à l'encontre des tiers, en nature ou en valeur, en cas d'insolvabilité du débiteur de l'indemnité en réduction (art. 924-4 alinéa 1).

En d'autres termes, même en présence d'une RAAR, il faudra toujours faire intervenir le donateur et les présomptifs héritiers dans l'acte de donation ou postérieurement (art. 924-4 alinéa 2) pour consolider les droits des tiers.

Enfin, à la lettre du nouvel article 929 alinéa 3, la RAAR ne peut être conditionnée à un acte émanant de celui dont le renonçant a vocation à hériter. Or, en pratique, ce pourra être fréquemment le cas.

Prenons l'exemple emprunté à A. DELFOSSE et J. F. PENIGUEL [21] :

21• « *Réforme des successions et libéralités* », « Présentation schématique du projet de loi » JCPN n° 37 septembre 2005.

Soit M. et M^me^ X ayant chacun un enfant d'un premier lit (A et B).
Chacun des époux s'institue légataire universel, et en cas de prédécès chacun institue A et B légataires universels.
Chacun des enfants renonce à toute action en réduction pour atteinte à sa réserve à l'encontre des dispositions contenues dans le testament de son auteur.
Au décès du premier époux tout revient à l'autre.
Au décès du second époux, tout devrait revenir à A et B.
Quid si l'enfant fait révoquer sa renonciation au motif que son auteur n'a pas rempli son obligation alimentaire ?
Tout l'équilibre familial recherché s'effondre : tout le patrimoine pourrait revenir *in fine* qu'à cet enfant !
Au surplus, on peut éventuellement suspecter une collusion entre l'enfant et son auteur…

Notamment dans cette situation, la RAAR va permettre la mise en place d'un véritable pacte de famille qui a son économie et son équilibre, même ne pouvant être écrit. Or, la révocation de la RAAR va remettre en cause ce pacte non écrit, au bénéficie d'une seule de ses parties.

En conséquence de tout ce qui précède, nous proposons de supprimer ces deux causes de révocation pour à la place créer une obligation alimentaire pesant sur le bénéficiaire du pacte, qui serait subsidiaire à celle pesant déjà sur le *de cujus*, et dont le défaut d'exécution entraînerait uniquement la révocation de la RAAR, laquelle n'aurait pas d'effet rétroactif vis à vis des tiers.

Par ailleurs, profitons de cette digression sur la RAAR pour souligner un autre point : celle-ci, est il précisé à l'article 930-1 al 2 ne constitue pas une libéralité, quelles qu'en soient ses modalités. On ose espérer que l'administration fiscale en tirera toutes les conséquences.

La réflexion incidente est alors la suivante : qu'en est-il d'une renonciation à invoquer la réduction, formulée lors de la succession ?

Si, tant sur le plan civil [22] que sur le plan fiscal [23], il semble que cette renonciation soit simplement abdicative, le risque d'une interprétation contraire

22• F. SAUVAGE « *La renonciation à la réduction d'une libéralité attentatoire à la réserve* » Revue CRIDON Paris mai 2006. J. PATARIN RTD CIV 1983, p. 574. M. GRIMALDI (« *Les successions* » précité n° 825) est plus réservé puisqu'il relève que les créanciers du renonçant pourraient invoquer la fraude et que les héritiers du renonçant pourraient invoquer l'action en réduction pour atteinte à leur réserve.

23• Le problème ne semble pas à notre connaissance avoir été tranché sur le plan fiscal. En sens favorable « *Rapport et réduction des donations, aspects fiscaux* » Rép Def 2001 art 37372. N. LEVILLAIN et A. CHAPPERT.

en faveur d'une libéralité indirecte demeure ; ainsi l'a jugé la Cour de cassation [24].

Aussi proposons-nous que l'ambiguïté soit levée et que la non qualification de libéralité soit étendue civilement et fiscalement à la renonciation qui interviendrait après le décès du disposant.

■ De même encore plus largement, et davantage sur le fondement d'une obligation naturelle, (consacrée à l'article 371 du Code civil) **les parents âgés peuvent attendre de leurs enfants le respect d'un devoir de piété filiale.**

Le fondement naturel de cette reconnaissance due par les enfants, repose sur l'idée du contre-don [25] : au regard de la vie donnée et du temps passé ; au regard de l'héritage culturel, moral, éducatif (*cf. supra* sur l'obligation d'entretien) mais aussi au regard de l'héritage successoral à venir ; en ce sens d'ailleurs, la réserve héréditaire apparaît comme la traduction d'un devoir d'assistance familiale ; c'est ce qui explique aussi que les seules sanctions à cette obligation naturelle sont à l'initiative des parents : exhérédation ; révocation des libéralités pour ingratitude ; indignité successorale.

■ Or, c'est au travers de l'expression de ces deux obligations que l'on en mesure toute **la force sociale et solidaire mais aussi toutes les limites.**

L'obligation alimentaire s'exprime le plus souvent sous forme pécuniaire, et à ce titre elle est plus aisément quantifiable et donc sanctionnable (civilement et pénalement). Ainsi les coobligés au sein de la famille sont définis et celui qui a payé peut se retourner contre les autres.

Mais en pratique si le principe de la subsidiarité de l'aide sociale par rapport à l'obligation alimentaire existe (article L 132-6 Code action sociale et familiale) de nombreuses exceptions existent… (cf. 102e Congrès des Notaires « *Les personnes vulnérables* » 1re commission pp. 45 et s.).

Au bout du compte, c'est bien la collectivité publique qui avance les fonds.

Alors faut-il favoriser l'assistance filiale ?

L'expression en est extra pécuniaire (aide, assistance…).

Difficilement quantifiable, et non publiquement sanctionnée (cf. article 1235 Code civil) l'obligation est davantage naturelle que civile, et il demeure sans doute malaisé de l'ériger en tant que tel, tant, la réalité sociologique fait état d'une asymétrie des transferts : « *Un père s'occupe plus de dix enfants que dix enfants ne s'occupent d'un père* ».

24• Arrêt Cour Cass 1re civ du 24 novembre 1982. RTD CIV 1983, p. 574.

25• « *Tes père et mère honoreras* », Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain. A. SERIAUX – RTD CIV1986, p. 265.

Pourtant, lorsqu'une telle assistance existe il faut la favoriser ; expression la plus naturelle des solidarités familiales, et plus économique pour la collectivité.

Mais, alors que le coobligé de l'obligation alimentaire peut se retourner contre les autres, celui qui a donné de son temps pour porter assistance à ses parents ne pourra rien réclamer, s'agissant d'une obligation naturelle qui commande une solidarité non comptable au-dessous d'un certain seuil ; on perçoit déjà ici les enjeux d'une qualification nécessaire mais difficile car à l'aune de l'intimité familiale ; or le droit ne peut bien souvent que rester à la porte et se contenter de « *regarder par le trou de la serrure* ».

B Difficultés de qualification et incidences successorales

On commence ainsi à le percevoir : à l'encontre d'une assistance mutuelle et désintéressée, le flux patrimonial au sein de la famille qui va poser problème est celui qui, à la demande des héritiers, devra être pris en considération dans le règlement de la succession.

1 Difficultés de qualification

Deux voies sont alors envisageables :

• Soit revendiquer à l'encontre de la succession une indemnité compensatrice, au titre de l'enrichissement sans cause, ce qui sous-entend un comportement se situant hors le champ d'une obligation préexistante d'une part et ne constituant pas une libéralité d'autre part.

• Soit revendiquer, au profit de la masse successorale ainsi reconstituée le rapport des libéralités, ce qui sous-entend d'une part qu'il y ait effectivement libéralité, notion relative, intentionnelle et d'autre part, compte tenu de la finalité du rapport qu'il y ait un flux patrimonial engendrant un véritable appauvrissement du donateur, nonobstant qu'il soit en capital ou en revenu.

a – Le flux patrimonial au sein de la famille, générateur d'un enrichissement sans cause

L'action en répétition (*actio de in rem verso*) fondée sur l'équité et permettant à celui qui s'est appauvri d'agir contre celui qui s'est enrichi sans cause, est d'origine jurisprudentielle *(arrêt Cour Cass du 15 juin 1892*).

Deux conditions principales doivent être réunies : une corrélation entre l'appauvrissement de l'un et l'enrichissement de l'autre ; une absence de cause. Ainsi une jurisprudence abondante est venue faire « *pénétrer la dimension économique dans le champ des relations familiales* » [26].

26• « *Réflexions autour du thème de la solidarité entre générations* » D. GRILLET-PONTON. Dr Fam octobre 1999, pp. 4 et s.

■ **En dehors de l'aspect successoral**, on en connaît de nombreuses illustrations dans les rapports entre concubins ou entre époux.

Or trois observations sont à faire à cet égard quant au champ d'application de l'action *de in rem verso*, compte tenu des difficultés de qualification de la collaboration professionnelle entre époux [27].

• Tout d'abord, il ne peut s'agir que d'époux mariés sous séparation de biens pure et simple, voire avec société d'acquêts ; mais à la condition que celle-ci ne profite pas de l'enrichissement, en particulier lorsque l'un a collaboré à l'activité professionnelle de l'autre.

L'appauvrissement de l'un consistera au sacrifice du temps, qu'il aurait pu réserver à une activité rémunérée.

L'enrichissement de l'autre, résultera de l'économie d'un salaire ou de la plus ou moins value apportée à l'entreprise [28].

En régime de communauté, chacun s'enrichit du produit de l'activité de l'autre, et à ce titre aucune indemnité supplémentaire ne peut être demandée. Au-delà de cette hypothèse d'ailleurs, le mécanisme des récompenses sert de correcteur.

Cependant, même l'époux commun en biens qui aura par son travail amélioré un bien propre appartenant à son conjoint, n'aura par ce fait aucun droit à récompense [29]. La Cour de cassation fonde sa position sur les dispositions de l'article 1437 du Code civil : aucune somme n'ayant été prélevée sur la communauté celle-ci n'a pas droit à récompense (la communauté ne s'est pas appauvrie) [30]… Une séparation de biens avec participation aux acquêts permettrait au contraire dans ce cas de tenir compte de cette amélioration puisque l'estimation du bien se fera, dans le patrimoine originaire pour sa valeur au jour de la liquidation mais dans son état au jour du mariage ; alors que dans le patrimoine final l'évaluation se fera compte tenu de l'état du bien au jour de la dissolution. Il ne pourrait non plus former alors une action de *in rem verso* [31].

• Par ailleurs, l'absence de cause juridique à l'enrichissement fait que la collaboration de l'époux séparé de biens, doit aller au-delà de son obligation de contribution aux charges du mariage et de son devoir d'assistance ;

27• A. KARM « *L'entreprise conjugale* » Ed. Defrenois, nos 585 et s.

28• Pour certains, l'économie d'un salaire est suffisante (en ce sens : A. COLOMER « *Les régimes matrimoniaux* » 12e Ed LITEC, n° 1204 ; arrêt Cour cass. 11 mars 1986 D 1986, inf rap 194 - En sens contraire J. LAFOND, nos 18 et s).

29• Arrêt Cour Cass 1re civ du 5 avril 1993, Rép Defrenois, n° 800, obs CHAMPENOIS.

30• COLOMER n° 691 ; MALAURIE n° 609.

31• Arrêt Cour Cass 1re civ du 10 mai 1984, Rép Defrenois *1985*, art 33560 note CHAMPENOIS

le montant de l'indemnité, qui est égal à la moins élevée des deux sommes que représentent l'enrichissement et l'appauvrissement, sera d'ailleurs diminué de ce que l'époux pouvait devoir à ce titre.

Donc, l'obligation préexistante de contribuer aux charges du mariage n'exclut pas que la coopération professionnelle, qui entre dans le cadre de cette obligation, ait excédé cette obligation [32].

La question délicate est de savoir à partir de quand ; et il appartient aux juges du fond de tracer la frontière, sans qu'aucun critère véritable n'apparaisse encore qu'il semble bien que l'importance et la régularité du travail fourni par le conjoint soient un facteur déterminant permettant de mesurer l'excès [33].

On notera que les concubins et les pacsés se trouvent donc ici en meilleure situation, sauf à considérer pour ces derniers que « *l'aide matérielle et l'assistance réciproque* » de l'article 515-4 nouveau sont une véritable copie de la contribution aux charges du mariage. Bien sûr, il n'y aura pas lieu à indemnité si par ailleurs l'autre époux a déjà effectué une donation en rémunération de cette collaboration ; au surplus, de telles donations de biens présents (rémunératoires ou animées véritablement d'une intention libérale) sont confortées depuis la loi du 26 mai 2004 puisqu'on ne peut plus les révoquer quand elles ont pris effet au cours du mariage (nouvel article 1096 – loi 23 juin 2006) ni les annuler pour cause de donations déguisées entre époux.

Enfin, faut-il également que cette collaboration n'ait pas été animée d'une intention libérale, exclusive alors de toute rémunération ultérieure.

• Mais tous ces propos doivent être nuancés depuis que la loi du 2 août 2005, en instaurant une obligation pour le conjoint chef d'entreprise artisanale, commerciale ou libérale, d'avoir à choisir un statut (collaborateur, associé ou salarié) est peut être venue, de fait, limiter la possibilité ici d'invoquer l'enrichissement sans cause puisque le conjoint collaborateur ne peut être rémunéré [34].

Or l'action pour enrichissement sans cause ne peut servir à contourner un droit qui est expressément refusé sur un autre fondement. On peut se

---

32• Arrêt Cour Cass 1re civ 30 mai 1979 - Rép def 1980 art. 32174, note A. PONSARD – D 1979, inf rap p. 495 note D. MARTIN.

33• A. SINAY-CYTERMANN « *Enrichissement sans cause et communauté de vie – incidences de la loi du 10 juillet 1982* », D 1983 ; J. LAFOND « *L'enrichissement d'un époux séparé de biens dû à l'activité bénévole de son conjoint* », JCPN 1996, pp. 19315 et s, nos 10 et s, pour la jurisprudence citée.

34• En ce sens : D. GIBIRILA « *Conjoint du commerçant ou de l'artisan* », Dossier THEMEXPRESS, Ed Francis Lefebvre. Plus interrogatif : E. WAGNER « *La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint* », Dalloz 1985 chronique I.

demander si l'absence légale de rémunération, ne vient pas à l'encontre de la nécessaire absence de cause pour invoquer l'action *de in rem verso*.

Une telle interprétation, finalement fondée sur l'idée d'un mandat gratuit, viendrait ruiner la solidarité entre époux que représente la collaboration professionnelle. Au surplus il pourrait être soutenu que par l'adoption volontaire de ce statut, le conjoint, sachant qu'il ne serait pas rémunéré, a ainsi agit avec intention libérale…

Cependant le statut du conjoint collaborateur permet de distinguer celui-ci du conjoint co exploitant (l'un est subordonné, l'autre non) et du conjoint salarié (l'un n'est pas rémunéré, l'autre si). Mais cette collaboration gratuite ne correspond pas, a priori, à un animus donandi, mais davantage en l'exécution des charges du mariage.

C'est bien pour ça que cet époux collaborateur, « *sans recevoir de salaire ni être associé aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise* », peut le cas échéant revendiquer une créance de travail différé ; à défaut c'est donc aussi pour cela qu'il peut lors de la dissolution du régime invoquer l'enrichissement sans cause si sa collaboration est allée au-delà de sa contribution aux charges du mariage. A cet égard, la situation des concubins ou pacsés est donc meilleure.

En conséquence, l'absence de rémunération n'étant qu'une condition d'accès au statut, l'action *de in rem verso* pourrait être invoquée après radiation ou à compter de la liquidation du régime [35].

A notre connaissance, le débat n'a pas été tranché en jurisprudence, peu d'époux ayant auparavant adopté ce statut lorsqu'il était facultatif, et sans doute conviendrait-il de proposer qu'il soit expressément prévu par la loi que le statut de conjoint collaborateur ne soit pas exclusif de toute indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause si les conditions en sont remplies.

En attendant, deux moyens correcteurs pourraient alors être mis en œuvre :

D'une part, l'adoption d'un régime de séparation de biens avec participation aux acquêts car aussi protecteur que la séparation de biens pure et simple et plus communautaire à cet égard que la communauté légale (*cf. supra*).

D'autre part, la créance de salaire différé : certes celle-ci ne joue qu'en faveur du conjoint survivant du chef d'entreprise artisanale, commerciale ou libérale, mais ne faudrait-il pas, compte tenu des observations qui précèdent, étendre son application au conjoint quelle que soit la cause de la dissolution du régime matrimonial voire même par ailleurs aux pacsés ?

On observe par ailleurs que la créance de salaire différé, s'agissant d'une exploitation agricole, au profit du bénéficiaire, peut se régler avant le décès

35• En ce sens : E. WAGNER précité ; « *Le couple et son patrimoine* », Ed Lexisnexis n° 070-13.

dans le cadre d'une donation-partage (loi du 5 août 1960, Code rural art L 321.17).

Or le nouvel article 1075 Code civil loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions et libéralités, permet d'effectuer une donation-partage entre ses présomptifs héritiers, dont son conjoint, et donc de régler par anticipation sous cette forme la créance de salaire différé du conjoint, en matière agricole ; nous proposons d'étendre cette possibilité aux autres créances reconnues au conjoint du chef d'entreprise artisanale, commerciale ou libérale.

■ **Lors de la succession**, on retrouve l'idée d'une contrepartie successorale de l'aide apportée par un successible, fondée sur l'équité.

• Tel est le cas de la créance de salaire différé pour les descendants ou pour le conjoint survivant, bien que pour ce dernier, cela ait moins d'intérêt depuis la loi du 3 décembre 2001 puisque la créance s'impute tant sur ses droits dans la communauté que ceux dans la succession, dans la limite de 25 % de l'actif net successoral.

Au surplus, en tant que titulaire légal de cette créance de salaire différé, depuis 1989, il ne peut plus, alors exercer l'action in rem verso, pourtant souvent plus avantageuse.

• Tel est également le cas de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause pour permettre, sous certaines conditions, de reconnaître une créance contre la succession, à l'enfant qui a assisté ses parents.

Ici encore, un tel comportement doit être qualifié pour justifier l'absence de cause.

Or, il y a une cause s'il se situe dans le cadre d'une obligation alimentaire, et l'enfant pourra faire jouer l'action subrogatoire pour corriger une contribution inégalitaire (droit qui lui a été reconnu par la jurisprudence). Cependant, les conditions d'application de la créance d'assistance et de l'obligation alimentaire sont différentes, puisque cette dernière commande que le créancier soit dans le besoin, ceci résultant de l'absence actuelle de ressources et de moyens de s'en procurer. On est ici dans une situation de crise financière, d'où un rapport de solidarité forcée et non pas naturelle [36]. Ceci explique que l'exécution de cette obligation soit sous forme d'argent, et exceptionnellement en nature (hébergement avec obligation de nourriture et d'entretien par exemple).

Or, l'assistance de l'enfant à son ascendant peut aussi être spontanée, répondant également à un besoin, certes différent mais certainement pas moins

36• « *L'assistance aux personnes âgées : quand le dénouement devient source d'indemnisation ou de renonciation* » D. EVERAERT-DUMONT, *Petites Affiches*, 19 novembre 2003.

important : en effet, même fortuné (ce qui exclut l'obligation alimentaire), l'ascendant peut être dépendant, peut nécessiter des aides et des soins quotidiens (repas, ménage, courrier…), peut ne pas souhaiter finir ses jours en maison de retraite… (d'où la prise en charge à domicile par l'enfant…)… Autant de besoins qui, lorsqu'ils sont pris en charge par la collectivité, donnent lieu, en général, à récupération sur la succession… Autant d'aides qui, matériellement, viennent souvent à se confondre avec celles relevant de l'exécution en nature d'une obligation alimentaire. D'ailleurs, dans ce cas, l'exécution peut s'avérer excessive et le problème du droit à indemnité doit également être posé : il semble, selon une jurisprudence antérieure à l'arrêt FOURET du 12 juillet 1994, qu'il ne puisse rien revendiquer, étant alors présumé d'avoir agit au titre d'une obligation naturelle [37].

En effet, on ne pourra non plus invoquer l'action *in rem verso* si l'acte est justifié par une obligation naturelle (article 1235 alinéa 2 du Code civil) telle que le devoir de respect et de piété familiale (article 371 du Code civil) : de la même façon que l'ascendant ne peut sanctionner le manquement de ses descendants à cette obligation, que par l'exhérédation, il ne peut les remercier qu'en les gratifiant davantage.

Cependant, et de façon prétorienne, la Cour de cassation a validé le principe d'indemnisation, fondée sur l'enrichissement sans cause, en estimant que « *le devoir moral d'un enfant envers ses parents n'exclut pas que l'enfant puisse obtenir une indemnité, pour l'aide et l'assistance apportées, dans la mesure où, ayant excédé les exigences de la piété familiale, les prestations librement fournies avaient réalisé à la fois un appauvrissement pour l'enfant et un enrichissement corrélatif des parents* » [38].

L'appauvrissement résultera des sacrifices professionnels et financiers ; l'enrichissement résultera des économies faites en évitant, par exemple, le placement en maison de retraite, ou le financement d'une personne à domicile.

Donc à l'instar de l'époux qui va au-delà de son obligation de contribuer aux charges du mariage, la ligne de partage entre le devoir moral n'ouvrant pas droit à indemnité et celui y ouvrant droit est l'excès (*exemple : le sacrifice professionnel*).

On peut, sans aucun doute s'en étonner : on comprend assez bien que la contribution aux charges du mariage, en tant qu'obligation civile, ait une étendue aux contours plus ou moins bien définis ; on le comprend moins

37• Arrêt Cour Cass. 1re civ. du 5 avril 1993 – Defrenois 1994, sommaire p. 33, cf. article D. EVERAERT-DUMONT précité.

38• Arrêt Cour Cass. 1re civ. du 12 juillet 1994

dans le cadre d'une obligation naturelle dont l'étendue et l'exécution, de fait, reposent toujours sur la volonté.

Quelques observations sont alors à faire :

Tout d'abord, l'enfant, et quelle que soit l'étendue de son assistance, ne pourra invoquer l'enrichissement sans cause, si l'ascendant l'a déjà gratifié en juste rémunération de cette aide, l'équilibre de la contrepartie relevant de l'appréciation des juges.

Ce pourra être, par exemple, la remise d'une somme d'argent ou encore un avantage en nature tel que la jouissance gratuite d'un logement… Ainsi, la Cour de cassation 1re chambre civile, par un arrêt du 23 janvier 2001, a considéré qu'il n'y avait pas appauvrissement car l'enfant était légataire de la quotité disponible et avait vécu avec son épouse dans la maison familiale sans payer de loyer.

Dans la même lignée, mais cette fois-ci à la demande de l'autre partie qui invoquait le rapport d'une somme d'argent remise à l'enfant aidant, la Cour de cassation 1re chambre civile, par un arrêt du 3 novembre 2004, a considéré que la remise de cette somme d'argent ne correspondait pas à une libéralité de la part de l'ascendant, mais au coût de son hébergement par l'enfant aidant. Pourtant, l'enfant était par ailleurs, légataire de la quotité disponible, ce qui n'a semble-t-il pas été pris en compte pour déterminer l'équilibre de la « *rémunération* ». En d'autres termes, l'autre enfant était réduit à sa réserve portant sur un actif net après déduction de la créance d'assistance due à l'autre. Il y a donc place pour un règlement anticipé de la créance d'assistance et nécessairement organisé pour éviter toute ambiguïté (*cf. infra*) : *quid* par exemple, si l'ascendant a voulu rémunérer son enfant attentionné par le biais du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie ?

Comment ici, à défaut d'une clause bénéficiaire rédigée de façon adéquate, c'est à dire à titre onéreux, peut-on compenser une créance successorale et un capital qui est censé être hors succession ?

Ensuite, la question se pose de savoir contre qui, et à quel moment cette créance va-t-elle pouvoir être invoquée ?

Nous avons vu que s'agissant de l'obligation alimentaire, celui qui avait payé plus que sa part contributive, avait un recours contre ses coobligés. Ici, au contraire, il y a un rapport direct entre créancier et débiteur ou ses ayants cause c'est à dire sa succession. La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 janvier 1999, évoque même l'idée qu'il s'agit là d'une dette et charge de la succession [39].

39• Ce qui la rapproche de la créance de salaire différé - cf. « *La créance d'assistance* » F. SAUVAGE, RJPF n° 5 juillet/août 1999.

Nous avons vu que l'aide pouvait être compensée du vivant de l'ascendant par ce dernier.

Pour autant, peut-il être contraint de régler l'indemnité de son vivant, suite à une brouille ultérieure avec l'enfant ?

Non, si la qualification de charge successorale est retenue *(arrêt du 5 janvier 1999)*. Oui, si la créance d'assistance est fondée sur l'enrichissement sans cause (*solution reprise par la Cour de cassation dans un arrêt du 6 juillet 1999 ; de même en 2004, arrêt précité*).

La Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer sur ce point précis. La doctrine est hésitante ; si F. SAUVAGE admet un recours du vivant de l'ascendant, D. EVERAERT-DUMONT et B. GELOT [40] le réfutent au motif que la créance serait rarement liquide et encore moins exigible ; A. SERIAUX juge une telle action « *inconvenante* ».

D. EVERAERT-DUMONT (*précitée*) se justifie en énonçant qu'il y avait obligation naturelle à l'égard des parents mais enrichissement sans cause à l'égard de la succession ; mais cette justification ne tient pas : les uns sont les ayant droits de l'autre ; la demande n'est pas formée contre la fratrie, à l'image du recours subrogatoire de l'obligation alimentaire, mais contre la succession. En réalité, ces hésitations sont révélatrices d'une ambiguïté sous-jacente inhérente à l'aide apportée spontanément.

Dans quelle mesure l'aide spontanée est-elle révélatrice d'une intention libérale ?

Si l'on admet que la créance d'assistance est fondée sur l'enrichissement sans cause, il faut admettre, nous semble-t-il, que l'enfant ait pu l'invoquer du vivant des parents ; or il ne l'a pas fait.

« *En ne demandant rien pendant des années, l'intention libérale n'est-elle pas caractérisée ?* » se demande J. CASEY [41] et l'appréciation de cette intention doit se faire au plus tard au moment même où les services sont rendus, précise M. TCHENDJOU (*précité n° 15*).

Si l'intention libérale est avérée, aucune indemnité fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être réclamée [42]. L'enjeu se reporte alors sur la charge de la preuve : il semble, selon la Cour de cassation, que cette charge pèse sur celui qui combat l'enrichissement sans cause. Même si selon nous et aussi selon A. SERIAUX ou J. CASEY, face à l'exécution d'une obliga-

40• « *Le règlement de la créance compensatrice d'assistance aux personnes âgées* », Rép. Defrenois 1996, article 36363.

41• « *L'assistance à sa mère : amère créance d'assistance* », RJPF n° 9 décembre 1999.

42• Arrêt Cour cass. 1re civ. du 16 février 1960, Bulletin Civil I n° 105 : « *L'enfant avait lui-même avoué cette intention libérale* ».

tion naturelle, il semble plus juste d'inverser la charge de la preuve. En son temps le Tribunal de Grande Instance d'AVESNE-SUR-HELPE, le 23 janvier 1962 [43], a même posé une présomption d'intention libérale.

En réalité, et comme le souligne A. SERIAU (*précité JCPG 1995 article 22425 n° 9*) l'enfant a pu croire qu'il était tenu à cette obligation, et ce solidairement avec sa sœur, ce qui explique alors le recours tardif lors du décès des parents, mais une fois encore, notons que le recours est exercé contre la succession et non contre la sœur.

Il convient donc de clarifier le point de savoir si l'enfant peut ou non agir du vivant des parents, et donc de qualifier ledit recours, sans doute législativement.

La reconnaissance d'une créance successorale d'assistance.

Ce vœu a déjà été émis et adopté lors du 95e Congrès des Notaires de France [44] :

> « que soit reconnu le droit pour un enfant rapportant la preuve qu'il a supporté la charge de ses père et mère au-delà des exigences résultant de son devoir de famille, de faire valoir une créance contre leur succession, à proportion des dépenses nécessaires faites et du temps passé ».

Compte tenu de la Jurisprudence récente, ce vœu ne peut être que réitéré, mais il doit aussi être complété. Il a le mérite de mettre en avant la qualification présumée de dette successorale comme si l'aide apportée aux parents, allant au-delà de l'obligation naturelle pesant sur les enfants, était alors assimilée à un prêt. Il devrait néanmoins être précisé que ce prêt constitue davantage une charge de la succession, ne pesant donc pas sur la communauté, comme la créance de salaire différé, et à ce titre non exigible du vivant des parents, mais néanmoins susceptible d'un règlement anticipé, à l'initiative des parents, et ce quelles qu'en soient les modalités dès lors que le lien de cause à effet est établi. Au même titre que la créance de salaire différé (article L 321-14 alinéa 2 du Code rural), il devrait être affirmé que cette créance ne génère pas de droits de mutation. La présomption de charge successorale devrait être affirmée, réservant ainsi, la possibilité d'un *animus donandi*, dont la charge de la preuve incomberait à celui qui l'invoque.

Au demeurant, même qualifiée de libéralité [45], l'assistance générera, le cas échéant, une dette successorale des parents, sous forme d'une indemnité de

---

43• JCPG 1963, II 13279, note R. SAVATIER.

44• « *Demain la famille* », proposition n° 5 - JCPN 1999, p. 1393.

45• Sur la question de savoir si l'exécution d'une obligation naturelle peut constituer une libéralité, voir : M. GRIMALDI « *Libéralités - partages d'ascendants* » nos 1012 et s.

rapport ou de réduction, au profit de la succession de l'enfant, ce qui peut s'avérer sans doute plus dangereux pour les frères et sœurs de ce dernier…

b – Le flux patrimonial au sein de la famille, générateur d'une libéralité

C'est ici une autre source de discorde successorale : les héritiers auront tout intérêt à qualifier le flux patrimonial de libéralité en particulier pour reconstituer la masse successorale, par le biais du rapport dû par leur cohéritier.

Il faut sans doute, ici, rappeler, d'une part que l'enjeu du rapport à succession est d'assurer l'égalité entre les vocations héréditaires, dès lors qu'il est présumé que le disposant n'a pas entendu y déroger, et d'autre part, que toute donation quelle qu'en soit la forme, est présumée rapportable, ce qui sous-entend qu'il y ait effectivement donation.

Or, la donation, en tant que libéralité, doit réunir un élément économique et un élément intentionnel ; et « *s'agissant du rapport, il est naturel que, pour qualifier l'acte, l'on s'attache à son élément matériel plutôt qu'à son élément intentionnel, et plus précisément encore à l'appauvrissement du de cujus plutôt qu'à l'enrichissement du donataire* » [46].

Il en résulte que le flux patrimonial au sein de la famille, qui apparaîtra comme modique, sera exclu de l'attraction des libéralités.

> « La modicité de l'objet engendre une indifférence des parties au Droit, et cette indifférence frappe en retour l'objet d'insignifiance juridique » [47].

Ainsi, au sein de la famille, l'acte sera fréquemment gratuit, sans pour autant qu'il y ait libéralité.

■ **Ceci est particulièrement flagrant** s'agissant des présents d'usage c'est-à- dire ceux faits à l'occasion d'événements rythmant la vie familiale (fiançailles, étrennes, anniversaire, naissance…), et sans doute variables selon les époques, les régions, les familles, les convictions religieuses [48].

Caractérisé par leur modicité, la loi les fait échapper au rapport (article 852 du Code civil) ; la Cour de cassation les fait échapper pleinement au régime des libéralités. Cette modicité devra s'apprécier à la date du transfert patrimonial et compte tenu de la fortune des parents (cf. nouvel article 852 du Code civil, loi du 26 mai 2006) ; il ne s'agit là d'ailleurs, que d'une reprise de la jurisprudence antérieure [49], même si l'Administration fiscale a eu, sur ce point semble-t-il une vision différente. En effet celle-ci a estimé qu'il fal-

---

46• M. GRIMALDI, « Les Successions », Ed. LITEC n° 671.

47• J. CARBONNIER, « *Flexible droit* », LGDJ 8e édition 1995, p. 76.

48• Certains avaient même proposé d'étendre cette notion à l'acquéreur d'un premier immeuble ou à l'installation dans la vie professionnelle : cf. R. TENDLER, Rép Defrenois 1996, pp. 262-265.

lait apprécier la notion de présent d'usage au regard des revenus du donateur ; elle a même retenu la qualification de don manuel au-delà d'un seuil de 2,5 % des revenus. Heureusement, l'Administration n'a pas eu gain de cause [50].

On note cependant une incongruité difficilement compréhensible, dans la rédaction du nouvel article 852 Code civil - loi 23 juin 2006, au moins en ce qui concerne les présents d'usage, puisqu'il est prévu que le disposant peut les rendre rapportables, ce qui est non-sens puisqu'ils ne constituent pas des libéralités par définition. Autant de sollicitude aurait été sans doute plus opportune et plus appréciée en ce qui concerne les contrats d'assurance-vie !

■ De la même façon, et historiquement, **le caractère modique des primes prélevées de fait sur les revenus** et versées sur un contrat d'assurance-vie et au surplus, le soucis de prévoyance qui anime leur versement, fait que celles-ci échappent au rapport successoral et à la réduction (article L132-13 Code Ass., issu de la loi du 13 juillet 1930). Est alors parfaitement justifié le principe selon lequel le capital reçu par un bénéficiaire désigné ne provient pas du patrimoine de l'assuré (art. L 132-12 Code Ass.)

• Or, comme l'a très brillamment démontré M. GRIMALDI [51], les primes, versées sur les contrats modernes (contrats de capital différé contre-assuré) sont représentées par un capital déjà constitué, et prélevées sur un patrimoine existant ; dès lors ces contrats s'apparentent davantage à des contrats de capitalisation qu'à des contrats d'assurance, d'autant plus qu'en cas de vie ou en cas de décès, il y a, s'agissant des contrats en euro, équivalence entre le capital versé par l'assureur et les primes, versées par l'assuré, majorées des produits financiers, et diminuées des frais de gestion ; et au surplus, s'agissant des contrats en unités de compte, il n'y a aucun résultat qui ne soit garanti et par conséquent la compagnie ne prend aucun risque [52].

Aussi, certains mettant en avant ce défaut d'aléas, ont proposé la nécessaire requalification en contrat de capitalisation, laissant « *la porte ouverte* », le cas échéant, à la prise en considération de ce placement par le droit des libéralités.

49• Arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1995, Rép. Defrenois 1996, article 36422, note J. BERNARD-DE-SAINT-AFRIQUE : présent d'usage portant sur des aquarelles de 70 000,00 francs et vendues 10 ans plus tard 5 620 000,00 francs.

50• Arrêt C. A Paris 1re ch du 11 avril 2002, Bulletin du CRIDON de Paris novembre 2002, note D. FAUCHER.

51• « *Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille* », Rép Déf 1994, art 35841 ; voir aussi TGI Paris 31 mars 1995, affaire Caubert, Rép Déf 1995, art 36191.

52• « *L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ?* » J. AULAGNIER, Droit et Patrimoine décembre 1996, p. 53.

A la vérité, les deux approches peuvent sans doute s'avérer indépendantes : puisque l'une vise la relation souscripteur assureur tandis que l'autre concerne la relation souscripteur bénéficiaire [53].

D'ailleurs, lors du 96e Congrès des Notaires de France [54] a été adopté le vœu, selon lequel, sans pour autant remettre en cause la qualification du contrat d'assurance, le capital assuré représentant la valeur acquise des primes versées, doit être soumis aux règles du rapport et de la réduction.

A l'heure où la réserve héréditaire est confirmée, tant dans la loi du 3 décembre 2001 que dans celle du 23 juin 2006, tout en la rendant plus adaptée aux nouvelles nécessités de transmission patrimoniale, ce vœu ne peut-être à nouveau que soutenu.

Est-ce peine perdue, lorsque l'on connaît les enjeux budgétaires de cette question, de faire appel au législateur ?

Le combat est-il définitivement perdu alors que la Cour de cassation vient de trancher avec force (mais sans conviction) ce débat ?

On ne reviendra pas sur l'arrêt LEROUX du 18 juillet 2000 [55], ni sur l'arrêt PIRIOU du 29 février 2002 [56], puisqu'en définitive la question ne lui était pas directement posée. Par contre, par quatre arrêts rendus le 23 novembre 2004 [57] avec la même motivation, la Cour de cassation a reconnu un caractère aléatoire aux contrats de capital différé contre-assuré, dès lors que leurs effets dépendaient de la vie humaine.

Sans revenir sur l'absence de pertinence du raisonnement, tout du moins à cet égard, plusieurs observations sont à faire, tant la problématique de la prise en compte du contrat d'assurance-vie dans la succession ne nous semble pas éteinte.

• Tout le monde est conscient des enjeux économiques qui viennent polluer la discussion juridique.

Pour autant, on connaît d'autres catégories de biens qui sont fiscalement exonérés de droit de mutation à titre gratuit et qui, pour autant, n'ont pas de statut dérogatoire dans le règlement civil de la succession ; d'ailleurs,

---

53• « *Promesses jurisprudentielles d'une longue vie à l'assurance-vie* » H. LECUYER, *Revue droit de la famille* mars 2005, p. 12 n° 12.

54• « *Le patrimoine au xxie siècle* », 4e Commission, Me S. CHAINE et Me M. IWANESKO 5e proposition : « La réconciliation de l'assurance-vie et du droit patrimonial de la famille – Acte I Assurance-vie et réserve ».

55• « *L'assurance-vie et le droit des succession* », à propos de la Cassation civile 1re du 18 juillet 2000 M. GRIMALDI, Rép. Defrenois 2001, art. 37276.

56• *Revue droit de la famille septembre 2002*, note D. VIGNEAU.

57• H. LECUYER note précitée, M. GRIMALDI, RTD civ. avril - juin 2005.

le législateur fiscal s'embarrasse t il vraiment de cette problématique lorsque après 70 ans, pour les contrats souscrits après le 20 novembre 1991, il soumet aux droits de succession les primes excédent les 30 500,00 euros [58] ?

Au surplus l'Administration, tant fiscale que celle de l'aide sociale, si elle ne peut invoquer l'Article L 132-13, car elle n'est pas héritière, peut apporter la preuve que le contrat d'assurance recouvre, sous certaines conditions, une donation indirecte, qui va être soumise ; soit à l'obligation de rappel des donations antérieures [59] (article 784 du Code général des impôts), soit à la récupération de l'aide sociale à l'encontre du donataire de l'allocataire [60] (article L 132-8 du Code de l'Action sociale et des familles).

En droit civil, l'assurance-vie peut être considérée comme le support d'une libéralité indirecte si les conditions en sont réunies.

L'article L 132-13 du Code des Assurances ne fait échapper le versement des primes non excessives qu'au seul rapport et réduction ; pour tout le reste, le droit des libéralités s'applique. En pratique, les circonstances de fait donnant lieu à requalification ; en particulier âge avancé, état de santé, proximité de la survenance de son décès, sont similaires à celles retenues pour apprécier le caractère manifestement exagéré des primes versées ; en particulier au regard du critère qualitatif (*cf. infra*).

L'Administration doit alors rapporter la preuve de la donation indirecte, (peu importe que la prime soit manifestement exagérée) : intention libérale du donateur ; dessaisissement irrévocable et immédiat ; acceptation par le bénéficiaire.

Au surplus, s'agissant d'une donation, il convient de respecter les conditions de l'article 894 du Code civil [61] et en particulier « *dépouillement actuel et irrévocable* », or le souscripteur peut exercer le rachat, et « *acceptation du donataire* », or celle-ci intervient le plus souvent après le décès du souscripteur ; certes son acceptation est rétroactive (article L 132-12 du Code des Assurances).

Cette qualification de donation (indirecte) n'est donc pas évidente, d'où peut-être, le peu de succès de l'Administration devant les Tribunaux [62].

58• Il y a autonomie du droit fiscal : « *la détermination de l'assiette des droits de mutation à titre gratuit est sans effets sur les règles du droit civil relatives à la liquidation des successions, notamment quant aux règles du rapport à succession* » (Arrêt Cour de Cass. civ. 1re du 11 mars 1997 - Bulletin civil I n° 94.

59• RM. LAZARO du 20 décembre 1993 ; RM CHARASSE du 6 octobre 2003 ; Arrêt de la Cour de Cass. Ch. Com. 1er décembre 1998.

60• Arrêt CE du 19 novembre 2004 – RJPF mars 2005, note P. DELMAS-SAINT-HILAIRE

61• « *Assurance-vie : requalification en donation indirecte* », JCPN n° 16 du 17 avril 2004, D. FAUCHER.

62• CA Paris 18 septembre 2003 ; TGI Limoges 3 juillet 2003 ; TGI Nantes 7 mai 2003.

En dernier lieu, on peut citer une affaire où la Cour de cassation [63] a considéré qu'en présence d'une co souscription d'assurance-vie, il n'y avait pas donation indirecte car « *la faculté de rachat dont bénéficiait chaque souscripteur pendant la durée du contrat excluait qu'il se soit dépouillé irrévocablement au sens de l'article 894 du Code civil* ». Cette solution va à l'encontre de la position antérieure de l'administration fiscale [64] qui considérait qu'en cas de co souscription il devait y avoir taxation au 1er décès lorsque le souscripteur survivant bénéficiait directement ou indirectement des sommes investies.

Notre confrère S. POMMIER [65] analyse la libéralité ainsi réalisée, comme un legs tant que le bénéficiaire n'a pas accepté, et comme une donation (à terme ?) après acceptation par le bénéficiaire avant le terme du contrat. Selon H. LECUYER [66], le caractère rétroactif de l'acceptation ne fait que redonner son caractère actuel au dépouillement mais demeure impuissant à lui conférer un caractère irrévocable. A. DEPONDT et H. MARCK [67] envisagent une « *donation à cause de mort irrévocable* » tout en reconnaissant que « *le plus probable est que le contrat d'assurance-vie réalise une donation indirecte de biens présents entre époux* ».

Cette question de qualification n'est d'ailleurs pas neutre par ailleurs, depuis que la loi du 26 mai 2004 est venue rendre irrévocable les donations de biens présents et depuis que la loi du 23 juin 2006 est venue limiter cette irrévocabilité à celles prenant « *effet au cours du mariage* » (article 1096 du Code civil).

En effet que se passe t il si, alors marié, le conjoint a accepté le contrat, et que le divorce a été prononcé par la suite ? Dans quelle mesure le souscripteur peut-il révoquer la clause bénéficiaire malgré l'acceptation ?

Auparavant cette question n'était pas abordée au regard du divorce, sauf à tenir compte de révocations issues de certaines formes de divorce et notamment liées à la notion de faute, mais au regard du droit des libéralités et des causes de révocation qui leur sont propres, dans la mesure où le contrat d'assurance constituerait une donation indirecte ; en effet aux termes de l'ancien article 1096 du Code civil, les donations entre époux étaient révocables

---

63• Arrêt Cour Cass 28 juin 2005, *JCPN décembre 2005*, note D. FAUCHER ; *RJPF octobre 2005,* note P. DELMAS-SAINT-HILAIRE.

64• Rép M. LAZZARO du 20 décembre 1993, *JCPN 1994*, n° 17 prat 2969.

65• Voir par exemple « Libéralités réalisées par l'intermédiaire d'un contrat d'assurance-vie », S. POMMIER, *Droit et Patrimoine septembre 2002.*

66• « Assurance-vie, libéralité et droit des successions : retour sur une question controversée » H. LECUYER, *Revue droit de la famille novembre 1999.*

67• « L'assurance-vie et la modification de l'article 1096 du Code civil », *Droit et Patrimoine juillet-août 2006,* (mais rédigé en sept 2005).

« *ad nutum* » [68]. Par contre, une acceptation intervenant après le prononcé du divorce devenait irrévocable ; par définition on était ici en présence d'une clause bénéficiaire nominative.

Or la loi du 26 mai 2004, portant réforme du divorce a modifié les articles 1096 et 265 du Code civil.

Plusieurs conséquences :

– Les donations de biens présents sont irrévocables entre époux (on critiquait avant la distorsion avec la situation des concubins, plus favorable) sauf application de cas généraux de révocation (articles 953 à 958 du Code civil) des libéralités.

– Les donations à cause de mort sont révoquées (sauf volonté contraire des époux), la donation de biens à venir est révocable.

La nouvelle loi ne fait donc plus appel à la notion de faute pour maintenir certaines donations entre époux, mais directement à la date d'exercice et l'objet de la donation.

Première question :

Dés lors, lorsque le contrat d'assurance est porteur d'une donation indirecte, s'agit-il d'une donation de biens présents ou de biens à venir ?

Il ne peut s'agir d'une donation de biens à venir, pour cause de mort, nulle d'ailleurs si elle n'a pas lieu entre époux ; la donation ne porte pas sur tout ou partie de la succession du souscripteur, ce qu'il laissera à son décès, ayant jusque là toute liberté de disposition, mais bien indirectement sur les primes versées représentées alors par la valeur de rachat, au jour de l'acceptation ; que celle-ci ait lieu du vivant du souscripteur assuré ou après son décès ne change rien puisque du fait de la rétroactivité, le bénéficiaire est censé avoir eu seul droit au capital à partir du jour du contrat (art L 132- 12 C. Ass).

Seule l'appréhension du capital est retardée au décès de l'assuré.

Qualifiée de donation à terme de biens présents, elle était alors irrévocable entre époux.

• L'acceptation du conjoint portait donc tous ses effets. Néanmoins, lorsque la clause était libellée : « *mon conjoint* », il perdait sa qualité au jour où le divorce a produit ses effets entre époux, après épuisement des voies de recours : voilà un bénéficiaire dont l'acceptation est valable et irrévocable mais qui quelque temps après perd cette qualité de bénéficiaire. Auparavant la situation était identique, mais la question n'était pas posée sous cet angle puisqu'on pouvait librement révoquer la donation au profit du conjoint.

68• Pour une application du droit ancien : arrêt Cour Cass. 2e civ. du 2 juin 2005.

Il nous semble alors que le souscripteur retrouve tous ses droits dès le jour où le jugement de divorce est devenu définitif entre époux, quand bien même c'est à la date du décès de l'assuré que l'on apprécie la qualité de « *conjoint* » (*cf. L-132-8*). Par contre en présence d'une clause bénéficiaire nominative acceptée « *Mme X* » celle-ci était définitivement irrévocable.

Par ailleurs, on connaît le débat qui existe sur la possibilité pour le souscripteur, d'exercer ou non un rachat (total, partiel ?), même en cas d'acceptation par le bénéficiaire. Une partie de la doctrine réclame cette possibilité ; les juges du fond sont hésitants [69] ; la Cour de cassation n'y a pas encore répondu.

Sans prendre parti sur cette question, il nous semble néanmoins que si une telle solution était admise, la qualification de l'assurance-vie pencherait, le cas échéant, davantage vers la donation de biens à venir.

Deuxième question :

Si le contrat d'assurance est porteur d'une donation indirecte de biens présents, celle-ci prend t-elle « *effet au cours du mariage* » ?

La loi du 23 juin 2006 modifie à nouveau l'article 1096 du Code civil en distinguant les donations entre époux qui prennent immédiatement effet et les autres ; seules les premières sont irrévocables.

Qui plus est, la loi précise (article 46) que cette disposition est rétroactive au 1er janvier 2005 ; il en résulte que les donations de biens présents entre époux ne prenant pas effet au cours du mariage, sont toujours révocables quelle que soit leur date.

La réponse à la question posée est affirmative car il nous semble que l'assurance-vie, si elle est qualifiée de libéralité, doit s'analyser en une donation à terme de biens présents. A ce titre, le droit du bénéficiaire lui est définitivement acquis dès le jour de son acceptation et seul l'exercice de ce droit s'en trouve différé au décès du souscripteur.

Dés lors, et tout comme en matière d'usufruit successif entre époux, (c'est d'ailleurs l'objectif poursuivi par la loi du 23 juin 2006), une telle donation demeure révocable.

Au demeurant, la rétroactivité de l'acceptation ne change rien, car tout comme en matière d'usufruit successif accepté au jour de la donation, c'est au décès que le bénéficiaire appréhende le capital.

On ne peut donc que regretter que la loi du 23 juin 2006 ne soit venue donner un signe, mais somme doute le devait-elle ?

69• En faveur du rachat : arrêts CA Rennes du 4 mars 2004 ; CA Paris du 27 mai 2003, en sens contraire : CA Paris du 15 septembre 1993.

Car après tout, l'article L 132-13 du Code des Assurances pose bien un principe dont il convient de rappeler le fondement, et un garde-fou qu'il convient d'appliquer exactement.

On sait que si le capital payable au décès, échappe à la succession, ce n'est que par une juste application du mécanisme de la stipulation pour autrui puisque le capital n'a jamais appartenu au patrimoine du *de cujus*. Quant aux primes, elles échappent au rapport et à la réduction, parce qu'elles ne réalisent pas, dans le contexte de 1930, une libéralité, compte tenu de leur modicité et du soucis de prévoyance ce qui écarte l'intention libérale.

• Le garde-fou est alors la notion de primes manifestement exagérées ; notion qui n'est pas définie dans la loi et qui est appliquée de façon très diverse et sans doute très aléatoire par les juges du fond.

La Cour de cassation, dans ses arrêts du 23 novembre 2004, a manifesté son intention de renforcer son contrôle sur cette notion : elle précise ainsi « *qu'un tel caractère s'apprécie au moment du versement, au regard de l'âge ainsi que des situations patrimoniale et familiale du souscripteur* ».

On peut apprécier la démarche, elle demeure largement insuffisante pour plusieurs raisons.

D'une part, les critères pris en considération par la Cour de cassation, laissent toujours une grande place au subjectivisme de l'appréciation de l'excès par les juges du fond, lesquels apprécient l'excès au regard tant d'un critère quantitatif ; tantôt les revenus, tantôt le patrimoine global, que qualitatif. Cf. « *L'utilité de l'opération pour le souscripteur* », arrêt de la Cour de cassation civ. 1re du 1er juillet 1997 ; « *Régent* », l'âge du souscripteur.

Que l'on en juge par l'application qui en a été faite par la suite.

Dans un arrêt du 17 février 2005 (*Revue droit de la famille – avril 2005, note B. BEIGNIER*), la Cour de cassation censure les juges du fond d'avoir écarté la demande en rapport, au seul motif « *inopérant* » que le souscripteur avait toutes ses facultés intellectuelles.

Dans un autre arrêt (*RJPF – mai 2005*), les juges du fond ont été censurés d'avoir retenu le rapport au motif que :

> « les sommes versées pouvaient provenir, au moins pour partie, des fonds non partagés de la succession de son épouse prédécédée, d'autant qu'ajoutés à l'ensemble des biens donnés ou légués à Madame W., la quotité disponible qui lui a été attribuée par ses parents, est dépassée ».

Au surplus, les critères retenus ne peuvent s'apprécier du point de vue du souscripteur : qu'y a-t-il d'excessif à correctement placer tout son patrimoine dans un très bon outil financier lui même offrant une diversité de supports ?

Est-ce qu'une personne âgée, même malade connaît à ce point la date de son décès pour que l'on puisse dire, qu'au moment du versement, placer correctement son argent n'a aucune utilité pour elle ?

En vérité, ces critères ne peuvent s'apprécier que du point de vue des héritiers réservataires ; c'est au regard de la protection de leur réserve qu'il y a excès… Mais alors, faut-il le rappeler, et en dehors du cas où la modicité chasse la libéralité, toute somme donnée doit être confrontée à la réserve. D'ailleurs, certains praticiens recommandent de limiter le placement à la quotité disponible.

En d'autres termes, le critère de « *primes manifestement exagérées* » doit nécessairement se comprendre comme soumettant au rapport ou à réduction, toutes les primes versées, dès lors qu'elles sont constitutives d'une libéralité indirecte avérée.

J. AULAGNIER [70] va dans le même sens : « *nous considérons qu'il y a primes manifestement exagérées dès qu'elles ont été prélevées sur le patrimoine et non sur l'excédent de revenus courants* »… Cependant un prélèvement sur les revenus peut être constitutif d'une libéralité (*cf. infra*).

Alors osons l'écrire, puisque le contexte de 1930 a changé, et proposons à nouveau le vœu émis lors du 96e Congrès des Notaires de France, au moins lorsque la libéralité est avérée et en précisant que même dans ce cas, il y aurait neutralité fiscale. IE : seuls les articles 757B et 990I seraient applicables sans qu'aucune taxation ne puisse être prélevée sur l'indemnité de rapport ou de réduction ainsi générée [71].

On pourrait aussi étendre cette neutralité fiscale aux cas où les héritiers décident de réintégrer à l'actif de communauté (*cf. Jurisprudence PRASLIKA*) la valeur de rachat des contrats souscrits par l'époux commun en bien ; en sens contraire actuellement la Rép. MI Bataille du 3 juillet 2000.

• Reste alors à déterminer la portée de cette proposition sur le plan fiscal et sur le plan civil.

Portée fiscale [72] :

Il nous semble que seul le bénéficiaire serait à même de bénéficier de l'abattement de 30 500,00 euros voire de l'exonération du contrat ; de même qu'au regard de l'article 990 I du Code général des impôts on ne devrait considérer qu'il n'existe qu'un seul bénéficiaire (et non pas autant de bénéficiaire que d'héritiers).

70• « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? » J. AULAGNIER, *JCPN 1996*, p. 1744.

71• En ce sens : « Coup de pied dans la fourmilière, l'arrêt LEROUX du 18 juillet 2000 », P. JULIEN-SAINT-AMAND et J.-M. COQUEMA, *Droit et Patrimoine janvier 2001* ; R.M. LOOS du 29 janvier 2001.

72• Voir « Patrimoine », *mémento F. LEFEVRE 2005-2006*, n° 28883 pour une analyse différente.

La justification selon nous est civile : le rapport a lieu, sauf exception, en valeur. Dès lors, les cohéritiers sont bénéficiaires du rapport et non du capital dénoué.

Portée Civile :
La question qui se pose ici, est de savoir si le rapport sera égal à la valeur des primes ou du capital versé ?

Dans le cas actuel, où le rapport est justifié par le caractère manifestement exagéré des primes, il semble que tant la doctrine [73] que, parfois, la jurisprudence [74], soient favorables à un rapport portant sur la fraction excessive seulement, et ce, non réévalué, au motif que « *c'est l'appauvrissement du* de cujus *qui, amenuisant la matière transmise, justifie le rapport et en donne la mesure* » [75].

Au contraire, dans le cas proposé, où le rapport est justifié par une libéralité avérée, il nous semble que ce dernier doit porter sur le capital conformément à l'article 860 du Code civil ; c'est d'ailleurs en ce sens que le vœu a été adopté lors du 96e Congrès des Notaires de France.

• Ainsi, tout le monde serait gagnant ; l'assurance-vie prospérerait et les intérêts des héritiers réservataires seraient sauvegardés. Mieux encore, l'espace de liberté offert par le contrat d'assurance-vie et auquel les assureurs font souvent référence, serait élargie : soit, il s'agit d'avantager un héritier par rapport à un autre et la quotité disponible a toujours été là pour çà, soit, il s'agit de mieux organiser la transmission de son patrimoine et cela ouvrirait des portes, par exemple, à l'intégration du contrat d'assurance dans une donation-partage. La collectivité ferait l'économie de longs contentieux qui tendent à se développer sur ce point ; le règlement des successions en serait simplifié, accéléré et sécurisé…

N'étaient-ce pas là les objectifs de la loi du 23 juin 2006 ? Son application fiscale devant trouver place dans la prochaine loi de finance ; on peut encore espérer…

■ **L'occupation gratuite d'un logement par un héritier**, est de ces flux patrimoniaux qui répondent au sein de la famille, à « *l'état de minorité*

73• En ce sens : « Peut-on échapper à une réforme de l'assurance-vie ? », J. AULAGNIER précité p. 1748 ; *mémento F. LEFEVRE* « Patrimoine » n° 28521 et s. ; « L'assurance-vie et le patrimoine de la famille », F. SAUVAGE, *Bulletin CRIDON PARIS 1996*, n° spécial.

74• En ce sens : CA PARIS du 2 octobre 2001 ; CA PAU du 26 avril 2004 ; dans le sens contraire : TGI PARIS du 31 mars 1995, *Defrenois 1995*, article 36191.

75• « Droit civil-successions », M. GRIMALDI, n° 671.

financière» [76] des enfants. Ici encore « *le mythe d'une famille à l'abri des calculs*» [77], vole en éclats, et fréquemment les cohéritiers vont demander que soit rapporté à la succession, cet avantage.

C'est qu'en effet « *sous la bannière de la gratuité, la prestation de logement est exposée aux risques de requalification*» [78] : s'agit-il d'une donation, d'un commodat, d'un avantage indirect ?

• Si, le cas échéant, la mise à disposition gratuite d'un logement peut s'analyser en donation, la question de sa soumission aux règles du rapport se pose alors. La donation porte ici indirectement sur les loyers non perçus ; or, la donation de fruits et revenus, a été longtemps, tant par la doctrine que par la jurisprudence, dispensée de rapport, sauf exceptions.

On justifiait cette dispense par les raisons d'être même du rapport : une telle libéralité n'appauvrirait pas vraiment le donateur et n'enrichirait pas vraiment le donataire. L'idée étant que les revenus n'auraient pour seule destination, que d'être dépensés ce qui fait fît de leur éventuelle capitalisation. Elle serait contraire à la recherche d'une égalité entre héritiers puisque les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport perçus avant le décès sont expressément dispensés de rapport (article 856 du Code civil).

• C'était sans doute faire une fausse analyse des textes et la Cour de cassation a confirmé en 1997 [79], que l'article 843 du Code civil ne distinguait pas selon que le défunt a donné un bien ou seulement les fruits de celui-ci.

Par la même, la Cour de cassation consacre une méthode renversant le principe et l'exception pour apprécier si la mise à disposition gratuite d'un logement donne lieu à libéralité rapportable ; en effet, elle déplace le curseur de la traditionnelle distinction revenu/capital vers celle de l'importance de la libéralité au regard du patrimoine du donateur (ce qui confirme une certaine relativité de la notion) ; on passe ainsi d'une distinction de nature vers une distinction de degrés, ce qui ne rend pas la donation de fruits et revenus systématiquement rapportable : ainsi que le souligne Ph. MALAURIE, « *c'est une question de mesure*» et l'excès rapportable résultera d'une occupation gratuite, longue, durable et exclusive tandis que les libéralités modiques, qu'elles soient en revenu ou en capital, échappent au rapport tout simple-

76• J. CARBONNIER « Droit et passion du droit sous la Ve République », Ed. Flammarion 1966, p. 234.

77• J. HAUSER précité.

78• « *Les dangers du contrat de mise à disposition d'un logement à un membre de la famille*» D. GRILLET-PONTON, Rép. Defrenois, art. 37461.

79• Arrêt Cour de Cass. 1re civ. 14 janvier 1997, Rép. Defrenois 1997, art. 36650, note Ph. MALAURIE ; *JCPN 1998*, n° 10 « *Les fruits et revenus sont rapportables*», note D. BARTHE ; RTD Civ. 1997, p. 480, note J. PATARIN.

ment parce qu'il n'y a pas de libéralité caractérisée ; il en sera de même si l'occupation est l'exécution d'un devoir alimentaire, ou la contrepartie d'une aide apportée à l'ascendant, de même encore si elle résulte d'un commodat, bien que là encore il puisse y avoir requalification, tant par l'Administration fiscale que par les héritiers (par exemple en cas de commodat viager).

D'ailleurs, il n'est sans doute pas du tout évident que concéder une occupation gratuite constitue une donation. M. GRIMALDI [80] relève ainsi que la mise à disposition gratuite d'un bien s'apparente davantage à un prêt et qu'ainsi, dans cette affaire, si l'opération avait été justement qualifiée de prêt, l'exclusion du rapport eût échappé à la censure de la Cour suprême.

• Cependant, tout récemment, la Cour de cassation [81] semble avoir analysé différemment la mise à disposition d'un logement, en la soumettant certes toujours en rapport, mais ce indépendamment de la révélation d'une intention libérale, pour ne privilégier qu'exclusivement l'aspect matériel de la libéralité, au travers de la notion « *d'avantage indirect* ». Cette notion a déjà été utilisée par la jurisprudence lorsqu'un défunt a transmis à l'un de ses successibles sa situation professionnelle, ou un bail lui conférant le statut du fermage. Elle trouve aussi son fondement dans une lecture *a contrario* de l'article 853 qui dispense de rapporter les profits retirés de conventions passées avec le défunt si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites.

Pour notre part, il nous semble que cette vision extensive, qui a pour but d'assurer l'égalité absolue entre héritiers alors que le disposant ne l'a pas voulu, vient consacrer l'idée défendue par Ph. MALAURIE, que l'élément matériel (seul pris en compte ici) s'apprécie davantage dans l'enrichissement du donataire que dans l'appauvrissement du donateur, quand bien même le fondement de rapport s'en trouverait faussé. Il n'est d'ailleurs sans doute pas innocent de constater que la donation de fruits et revenus est consacrée par la loi du 23 juin 2006, à l'article 851 alinéa 2 du Code civil, comme étant présumée rapportable, au même titre donc que les dépenses d'établissement.

■ **Une autre forme d'aide aux enfants**, se manifeste au travers de l'aide apportée à l'occasion de la poursuite de leurs études, et ce dans le prolongement de l'obligation d'entretien (*cf. supra)*. On a vu que l'obligation d'entretien pesant sur les parents, pouvait se prolonger pendant leur majorité, sans qu'aucune limite d'âge ne soit pour autant fixée.

Un problème de délimitation se pose alors à nouveau : car si les frais d'en-

80• « *Techniques civilistes de transmission et d'anticipation successorales* », Droit et Patrimoine juillet/août 1998.

81• Arrêt Cour de Cass. 1re civ. 8 novembre 2005, JCPN n° 24, « *Qccupation gratuite d'un logement par un héritier* », note V. BARABE-BOUCHARD ; RJPF n° 1, note J. CASEY.

tretien échappent à la qualification de libéralité et sont à ce titre non rapportables (article 852 du Code civil), il n'en va pas de même des frais d'établissement (article 851 du Code civil).

Il est vrai qu'il ne semble pas que l'on puise encore invoquer une différence de nature mais que l'on s'oriente ici aussi davantage vers une différence de degrés ; prélèvement modique ou non : les frais d'entretien (article 203 du Code civil), ont pour objet de préparer l'avenir des enfants (article 213 du Code civil), l'éducation des enfants ; tandis que sont visés à l'article 204 « *les frais d'établissement par mariage ou autrement* », qui permettent l'entrée dans la vie active ; ainsi, par exemple, un droit de présentation à la clientèle serait un avantage indirect rapportable [82].

J. HAUSER [83] a souvent dénoncé cette distinction, brouillée à notre époque : logement universitaire ou hébergement à domicile ; droits d'inscriptions dans certaines écoles ; matériel informatique… Ainsi, de plus en plus cette formation professionnelle devient marchande et ainsi source d'inégalité entre les enfants. Il met ainsi en avant les dépenses d'entretien à fin d'établissement, qu'il analyse en une véritable opération de placement en capital en prenant l'exemple de ces écoles où les frais d'inscriptions sont calculés sur l'espérance et le niveau de carrière attendus. Cette « *brouille* » est ainsi renforcée par l'absence de terme certain de l'obligation d'entretien.

A l'opposé de cette conception réaliste, d'autres [84] mettent en avant l'idée que la vie et l'éducation sont des valeurs hors patrimoine, pour lesquelles toute évaluation serait scabreuse, *a fortiori* si l'on tient compte du profit subsistant.

Peut-être alors pour concilier le tout et répondre tant aux silences de la loi qu'à une jurisprudence fluctuante, pouvons nous proposer de supprimer la dichotomie frais d'entretien et frais d'établissement, pour d'une part définir la notion d'entretien et d'autre part pour exclure du rapport successoral jusqu'à l'âge de 25 ans toutes dépenses liées à la poursuite des études, et permettre au-delà, de soumettre au rapport de telles dépenses, mais sur la seule volonté des parents.

En d'autres termes, l'obligation d'entretien prendrait toujours le pas jusqu'à l'âge de 25 ans et pourrait se muer en libéralité au-delà si le parent le reconnaît ; à défaut, il faudrait y voir l'exécution d'une obligation naturelle inscriptible de répétition. Ainsi, l'obligation d'entretien serait limitée dans le temps.

Par ailleurs, la notion actuelle d'établissement serait finalement cantonnée aux dépenses ayant permis l'acquisition de l'outil professionnel en tout ou

82• Arrêt de la Cour de Cass.1re civ., 19 novembre 1960, *JCP 69 II*, 15899.

83• « Inégalité dans l'entretien des enfants majeurs par les parents » J. HAUSER, *LEDRAP 2003.*

84• M. GRIMALDI, « Droit civil-Succession », *Ed. LITEC*, n° 671.

partie, directement ou indirectement ; ce qui ne la distinguerait pas, matériellement, d'une libéralité ordinaire.

C. JUBAULT [85] précise ainsi à titre d'exemple que le prix des études pour devenir pharmacien relèvent de l'article 852 alors que l'aide financière pour acquérir une officine de pharmacie relève de l'article 851.

Au surplus, on notera que la possibilité pour le parent de qualifier son aide financière de libéralité et ainsi éventuellement de la soumettre au rapport existe déjà [86].

D'une manière générale, de telles conventions pré ou post successorales doivent être favorisées pour anticiper tous les conflits ci-dessus évoqués, et éviter les aléas d'une décision des juges du fond qui auront à appliquer la relativité de la notion de libéralité.

2 Incidences successorales

Sur le plan civil, l'ensemble des flux patrimoniaux examinés ci-dessus, pose éventuellement un problème de qualification, ce qui peut se régler par anticipation. Une fois ces flux qualifiés, et le problème se posera essentiellement pour la créance successorale d'assistance, on pourra envisager pour cette dernière sa détermination comptable et ses modalités de règlement. Se poseront alors les conséquences fiscales de tels procédés.

a – Aspects civils

■ ***Résoudre conventionnellement le problème de qualification***

• A ce stade de l'exposé, il apparaît comme vivement conseillé de qualifier par avance le flux patrimonial. Rien n'interdit par exemple aux ascendants, à l'occasion d'une donation-partage, de considérer que le lot attribué à tel enfant, sera constitué par l'avantage, ainsi rapporté et incorporé, résultant pour lui d'une occupation gratuite et d'une certaine durée, d'un logement appartenant aux donateurs. Il pourrait en être de même s'agissant des sommes acquittées pour le financement d'études longues et coûteuses.

• Par ailleurs, il est également possible à l'ascendant de reconnaître le principe d'une dette d'assistance successorale dont il s'estimerait redevable, ceci afin d'écarter la présomption de gratuité qui peut peser sur les actes d'entraide familiale et de pré-constituer la preuve de cette aide.

Tel a été le cas dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation 1re civ., en date du 20 janvier 2004 [87] :

L'ascendant avait ainsi rédigé son testament :

85• « *Les successions – les libéralités* », Ed. MONTCHRESTIEN, n°1218.

86• Arrêt Cour de Cass., Req. 29 juin 1921 – DP 1922, I, 66.

87• D 2004, « *Les legs rémunératoires et l'assistance familiale* », note M.NICOD.

« Mon fils X aura droit à la rémunération des soins qu'il m'a donnés et me donnera jusqu'au jour de mon décès, à la rémunération du travail bénévole qu'il a effectué et qu'il effectuera et au remboursement des dépenses que je lui causerai jusqu'au jour de mon décès. »

Les auteurs ont souvent relevé qu'il était impossible, au stade d'une simple reconnaissance, de pouvoir chiffrer cette créance dès lors que l'assistance était amenée à perdurer.

C'est pourquoi dans cette affaire, les juges du fond ont considéré que ce legs n'était ni déterminable ni déterminé.

Au contraire, la Cour de cassation a considéré qu'il était déterminable en tenant compte du coût d'une aide à domicile.

On mesure donc toute l'utilité de se servir du testament comme support de cette reconnaissance, en particulier pour préciser et prouver l'ampleur de l'aide fournie.

• En dehors d'un testament, pourrait-on concevoir un pacte de famille par lequel, en dehors de tout règlement, on constaterait la créance, en prévoyant ses modalités de calcul, d'imputation sur la succession… ?

B. GELOT (*note précitée*) et nos confrères du 95e Congrès des Notaires de France ont évoqué le risque qu'il y aurait d'y voir un pacte sur succession future. On sait, qu'avec la loi du 23 juin 2006, cette prohibition est en recul (*cf. la RAAR*). Au surplus, un tel acte ne va pas à l'encontre des fondements de la prohibition des pactes sur succession future :

– il ne vient pas limiter la liberté de tester, il s'agit d'une charge successorale, objective, qui pourra de toute façon être invoquée par le créancier ; la liberté de tester ne porte que sur un actif net.
– de même un tel pacte ne fragilise pas la situation de l'héritier qui par ce pacte renoncerait à invoquer cette créance : c'est en qualité de créancier qu'il agirait ainsi, non en qualité d'héritier (il ne renonce pas à succession).

Sans soute faudrait-il consacrer législativement la possibilité d'un tel pacte, en même temps que la reconnaissance de la créance d'assistance successorale.

Un tel pacte de famille, ne peut que faciliter le règlement de cette créance.

■ ***Modalités de règlement (créance d'assistance successorale)***

• La personne aidée peut choisir de régler sa dette de son vivant.

Elle pourra par exemple rémunérer l'aidant, en le logeant gracieusement ; c'était le cas dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 23 janvier 2001 (*cf. supra*).

Elle pourra aussi le rémunérer par le biais d'une donation ou d'un legs. Ce fut le cas dans l'affaire qui donna lieu à l'arrêt du 3 novembre 2004 (*cf. supra*) : les dons manuels en l'absence même de toute explication de la

part du donateur, ont été qualifiés (de fait) de rémunératoires, ce qui excluait leur rapport.

B. GELOT [88] évoque aussi la possibilité d'effectuer « *une donation partage à charge pour chaque enfant de verser aux donateurs une rente viagère permettant à ces derniers de bénéficier d'une assistance extra familiale ; il peut être stipulé que l'enfant qui a précédemment assisté ses parents, se trouve à ce titre dégagé totalement ou partiellement du versement de la charge en fonction de l'évaluation respective des deux montants capitalisés* ».

Le problème dans tous ces cas de figure est de qualifier : s'agit-il d'une libéralité classique ou d'une libéralité rémunératoire ?

On ne pourra donc que conseiller de causer l'acte ; à défaut les juges du fond auront à se livrer à une interprétation de volonté pour le moins divinatoire. Au surplus, sur le plan fiscal, l'Administration optera, à défaut de cause énoncée, pour l'acte à titre gratuit et donc taxable.

• Néanmoins, le plus souvent, le règlement s'effectuera au moment du décès.

En tant que charge de la succession, elle incombera à tous les héritiers, et figurera au passif tant de la succession que de la masse à partager.

La question de savoir si une telle dette était propre ou commune a été soulevée [89] et tous les auteurs ont penché pour la qualifier de dette de communauté, ce qui on l'a dit, sous-entend une qualification préalable de dette et non de charge de succession. Nous sommes favorables à la reconnaissance d'une charge de succession et par voie de conséquence à son caractère propre.

On peut certes, faire valoir que la dette prend sa source dans un fait antérieur au décès, et on a à ce titre analysé parfois la créance de salaire différé comme une dette à terme [90] mais il semble bien néanmoins que le critère déterminant est de savoir si le débiteur peut être contraint ou non de son vivant à effectuer un règlement [91].

Cependant, retenir la qualification de dette commune, ne serait pas choquant au regard de ce qui est retenu s'agissant d'une créance d'aide sociale.

Certes le recours de l'aide sociale ne porte que sur la succession (Code de l'Action sociale et des Familles, art. 132-8) et ce au stade de l'obligation à la dette ; pour autant on peut considérer que la dette est commune au stade

---

88• « *Le règlement de la créance compensatrice d'assistance aux parents âgés* », Rép Def 1996, art 36363.

89• B. GELOT note précitée n°16 ; 95e Congrès « *Demain la Famille* », n°2112 ; 102e Congrès des Notaires de France «*Les personnes vulnérables* », n°3365. Me N. COUZIGOU-SUHAS et Me Y. LE LEVIER.

90• « *Les successions* », F.TERRE et Y.LEQUETTE.

91• « *Les successions* », J.FLOUR et H.SOULEAU.

de la contribution, ce qui générerait une récompense de la communauté au profit de la succession. Le fondement est qu'il s'agit d'une « *dette contractée dans l'intérêt du ménage* (articles 220, 1409, 1413 et 1414-3° du Code civil) *et par ailleurs les arrérages ne sont servis que parce que par ailleurs la communauté était dans l'impossibilité d'assumer ses obligations* » [92].

Donc de la même façon, le fondement nous paraissant être le même, on pourrait considérer la dette d'aide sociale, propre au stade de l'obligation, et commune au stade de la contribution.

• Quelles que soient la date et les modalités de règlement, la difficulté du paiement de la dette d'assistance réside dans son évaluation.

Celle-ci relève de la compétence des juges du fond, lorsqu'ils sont saisis. En l'état actuel de la jurisprudence, il semble que celle-ci tienne compte des règles de l'enrichissement sans cause et qu'en conséquence, elle fixe la créance à la plus faible des deux sommes constituées par l'enrichissement de l'un et l'appauvrissement de l'autre. Sans doute parce que l'appauvrissement sera plus facile à mesurer, le vœu adopté en 1999 ne retenait que cet aspect en faisant référence aux dépenses nécessaires et au temps passé.

Cependant, cela n'est pas forcément conforme au souci d'égalité entre les héritiers puisqu'il s'agit davantage de tenir compte de ce dont la succession ne s'est pas appauvrie ; cette interprétation est d'ailleurs conforme à l'Arrêt de la Cour de cassation en date du 20 janvier 2004 (*cf. supra*) : l'enfant ne devait pas être indemnisé des seules dépenses effectuées mais aussi de l'aide à domicile économisée par l'ascendant. A la réflexion, il nous semble que tout ceci ne peut que fixer un curseur de référence, tant il est vrai d'une part que les situations seront extrêmement variées et d'autre part, que nous pénétrons ici dans les alcôves des familles, là où les non-dits et les vécus sont davantage les maîtres du jeu que les bouliers mathématiques ou autres savants barèmes.

Assurément, le notaire par sa connaissance de la famille et sa perception du genre humain, doit être l'artisan consacré de ce fragile équilibre (*en tenant compte par exemple d'une revalorisation de la créance, contrairement au droit commun de l'enrichissement sans cause*).

b – Aspects fiscaux

■ ***Obligation alimentaire***

Au regard de l'impôt sur le revenu, seule la pension alimentaire est reconnue.

92• « *Le notaire et l'aide sociale* », n°115, CRIDON Bordeaux ; A. DEFER et P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

Elle est déductible du revenu global (art. 156 II 2è CGI) pour le débiteur, et imposable pour le créancier. Dès lors que l'obligation alimentaire est exécutée en nature (*ex : mise à disposition gratuite d'un logement*), cet avantage est évalué (*ex : ici les loyers qu'il aurait dû percevoir*) pour être déduit.

Par ailleurs, si un seul s'est acquitté de son obligation, on rappelle qu'il n'aura pas un recours contre la succession du créancier, mais un recours direct contre ses co-obligés. Fiscalement, le problème ne se pose donc pas, en termes de DMTG, à la différence de la créance d'assistance successorale.

■ ***Créance d'assistance successorale***

Tant que la créance d'assistance successorale n'est pas reconnue législativement, le problème de son sort fiscal n'est pas résolu.

• En admettant que les héritiers la reconnaissent amiablement ou que le de cujus l'ait rémunérée, est-elle soumise aux DMTG ?

Théoriquement cette créance doit s'analyser comme un remboursement des débours engagés et du temps passé, donc non soumise à l'impôt sur le revenu ou à gratification gratuite imposable aux DMTG.

Toutefois, et à l'instar de la créance de salaire différé, il serait souhaitable qu'un texte le confirme expressément (cf. proposition faite supra).

A défaut, le contentieux existe. On peut ainsi, et à titre d'exemple, citer deux arrêts récents :

> Arrêt Cour Cass Comm du 11 janvier 2005 [93] :
> Un héritier, suite au décès de son frère, déduisant de l'actif successoral, les sommes avancées sur ses deniers personnels (648 000 F) au titre de frais d'entretien de son frère handicapé mental.
> L'administration fiscale refusa et considéra que l'héritier avait agit sur le fondement d'une obligation naturelle insusceptible de répétition.
> Or les juges du fond, ont fait remarquer que le frère n'avait pas agit en vertu d'une obligation naturelle (*parfois accueillie entre frères à défaut d'une obligation alimentaire qui ne peut l'être*) car le frère handicapé disposait de ressources suffisantes et d'un patrimoine immobilier conséquent (actif successoral = 1 100 000 F), (*dans une relation ascendant-descendant on ne serait donc pas dans le domaine de l'obligation alimentaire mais bien plus dans celui d'une créance d'assistance*).

La Cour de cassation admet alors, la déduction au titre de passif de succession, des sommes avancées, au même titre finalement qu'une dette d'assistance successorale.

93• Revue fiscale notariale, juillet/août 2005.

Arrêt Cour Cass. Cham. Com. du 31 mai 2005 [94] :
Une personne dépendante avait signé une reconnaissance de dette, et l'avait fait enregistrer avant son décès, au profit de sa sœur héritière, chez qui elle vivait, pour les soins (logement, nourriture, soins au quotidien et de manière permanente), qu'elle lui avait prodigué.

La Cour de cassation admit là encore la déduction du passif successoral (540 000 F pour 30 ans de prise en charge) à l'encontre de l'administration qui contestait la réalité et la sincérité de la dette.

Aux prix d'un lourd contentieux, il est donc envisageable de déduire de l'actif successoral, la dette d'assistance.

• On pourrait aussi imaginer que la dette d'assistance soit réglée par le biais du bénéfice d'un contrat d'assurance vie, dont la clause bénéficiaire serait rédigée à titre onéreux, c'est à dire prévoyant expressément qu'il s'agit du paiement dont le souscripteur s'estime redevable envers le bénéficiaire. On connaît déjà ce procédé lorsqu'au lieu de réemployer des fonds démembrés [95], on a constaté un quasi-usufruit permettant à l'usufruitier de réinvestir seul, les bénéficiaires en cas de décès étant les nus-propriétaires en tant que créanciers de la dette de restitution (ainsi expliqué et justifié dans la clause bénéficiaire).

Deux observations sont à faire ici :

D'une part, à défaut d'une clause à titre onéreux et tant que les primes ou le bénéfice du contrat n'entrent pas dans la succession, on ne peut les compenser avec une dette de succession.

Ainsi par exemple, la dette de restitution au titre du quasi-usufruit si elle excède l'actif brut successoral, ne pourra venir subsidiairement s'imputer fiscalement sur le bénéfice d'assurance vie le cas échéant taxable en vertu de l'article 757-B. De même ici l'enfant, pourra revendiquer civilement une créance d'assistance sur la succession sans que l'on puisse lui opposer le bénéfice reçu du contrat d'assurance vie (fiscalement l'assurance vie sera le cas échéant taxable).

D'autre part, la clause serait rédigée à titre onéreux devrait permettre d'échapper à l'article 757-B du CGI, ainsi qu'à l'article 990-I lorsque celui-ci est applicable.

• Dans l'hypothèse où cette dette serait constatée du vivant du débiteur, au profit de ses héritiers, il faudra veiller à respecter les formes imposées par l'article 773-2° du CGI à savoir acte authentique ou acte sous seing privé

94• JCPN du 23 décembre 2005.

95• La meilleure solution étant néanmoins de réinvestir en remploi démembré dans un contrat de capitalisation ce qui ne pose aucun problème, contrairement à la souscription démembrée d'un contrat d'assurance vie.

ayant date certaine avant l'ouverture de la succession ; de même il conviendra d'apporter la preuve de la réalité et de la sincérité de la dette.

Dans l'hypothèse où elle n'aurait pas été constatée au préalable, il existe néanmoins un fondement pour l'invoquer fiscalement au décès : elle est engendrée par une disposition légale (article 1371 du Code civil) à l'origine d'un droit quasi-contractuel, l'enrichissement sans cause.

De tout ce qui précède, la famille ainsi étirée par l'allongement de la durée de vie apparaît comme une nébuleuse dont les flux patrimoniaux la traversent de toute part, lui donnant une apparence chaotique, alors qu'en vérité un équilibre diffus, reposant sur le naturel et l'affectif, lui donne toute son originale harmonie. Sans doute le notaire à la fois discret compagnon de ces liens ancestraux et savant forgeron du pacte les unissant peut-il revendiquer un peu de cette alchimie. Mais plus encore, c'est dans l'orchestration de transmissions du patrimoine adaptées à la co-existence des générations, dans l'élaboration de stratégies anticipant toutes les vicissitudes familiales que le notaire, magicien du droit au service de son client, révèle tout son art.

II Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptées aux conséquences de l'allongement de la durée de vie ?

L'allongement de la durée de vie conduit le notaire et son client à porter un autre regard sur les libéralités.

Etablir une libéralité ne consiste certainement plus en un simple constat sur l'existant de l'instant présent, dans un rapport bilatéral entre donateur et donataire : comment vais-je répartir mes biens ? Comment vais-je aider mes enfants ?

Au contraire, établir une libéralité conduit aujourd'hui à une attitude plus dynamique et plus stratégique qui commande de se projeter dans un futur lointain, dans un rapport multilatéral qui se fait écho, où les dons ricochent dans un labyrinthe familial : de quoi sera fait demain si je transmets aujourd'hui ?

Mon don saura t-il retrouver son chemin en cas de besoin ? tel un cavalier sur un échiquier, pourrai-je faire- faire au don un saut de cabri en avant, enchaîné d'un autre mouvement maîtrisé vers la ligne collatérale ?

Comment pourrai-je concilier les intérêts des uns, puis des autres et surtout les miens ?

Bien souvent, les schémas tactiques à mettre en place, pour parvenir à l'optimisation patrimoniale, s'apparentent à concilier ce qui peut apparaître inconciliable. D'un côté, on nous demande d'adapter les libéralités à la coexistence de plusieurs générations et au soucis de préoccupations contradictoires. D'un autre côté ce jeu multidirectionnel rend vulnérable la libéralité

d'où la recherche d'une libéralité adaptable et réversible. Sans prétendre à l'exhaustivité, tant l'ampleur des situations rencontrées et des solutions apportées est vaste, nous nous limiterons à quelques questions librement choisies.

A Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptées à la coexistence de plusieurs générations ?

Perçue ici sous cet angle, la famille apparaît comme un labyrinthe : tantôt on raisonnera sur plusieurs échelons en ligne descendante. Tantôt on débouchera sur une impasse, il faudra faire marche arrière et orienter le jeu de la transmission vers une ligne collatérale. On retrouve ici les transmissions trans-générationnnelles d'une part, et les transmissions inter-générationnelles d'autre part.

1 Des transmissions trans-générationnnelles

Nous avons vu, dans l'étude des flux patrimoniaux au sien de la famille, que bien souvent, le soucis, tant des grands-parents que des parents, est de favoriser une transmission au profit des petits-enfants : sans doute parce que les grands-parents sont parfois plus fortunés que les parents, sans doute parce que les petits enfants en ont le plus besoin… Techniquement, deux situations sont alors à envisager selon que la génération intermédiaire (les parents) est représentée ou non.

a – Transmission trans-générationnnelle en présence de la génération intermédiaire

■ ***L'obstacle de la réserve héréditaire : la transmission non maîtrisée***

La réserve héréditaire qui protège la génération intermédiaire, constitue un obstacle classique et surtout toujours d'actualité dès lors que l'on a transmis aux petits enfants. Ceci s'explique aisément : la donation faite aux petits enfants correspond dans la quasi totalité des cas à une véritable donation, dans le soucis d'aider ces derniers à se lancer dans la vie active et elle portera ainsi sur une somme d'argent. Ces dons manuels échappent alors, en pratique, aux conseils avisés du notaire de famille. D'ailleurs, bien souvent, les grands-parents, voire leurs conseillers financiers de tous bords, (ce qui d'ailleurs n'exclut pas nos confrères et collaborateurs) n'en voient pas l'utilité, s'imaginant peut être qu'un tel don est « *hors succession* », dès lors que tout est en règle fiscalement ?

Or les idées fausses sont souvent répandues en cette matière.

• Prenons un exemple, fréquent en pratique qui d'une part donne la hauteur de l'obstacle, ici la réserve héréditaire, et qui d'autre part, va à l'encontre d'une idée trop fréquemment colportée en particulier dans nos offices

(…) à savoir qu'il n'y aurait pas de succession à régler en présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale (!!!)

Aussi, qu'il nous soit pardonné par avance de le traiter de façon humoristique :

> Soit M. et M^me^ NAIF, qui, reçus par leur notaire de proximité (géographique…) entre deux rendez-vous de vente immobilière, ont modifié leur régime matrimonial (comprenons : « *communauté universelle avec attribution intégrale* » tel que le logiciel, édité par une société d'informatique l'a conçu).
>
> « *Allez en paix !* » leur dit-il d'un ton bien rassurant ; ton si rassurant d'ailleurs, et acte si parfaitement accomplis, qu'ils n'appelaient pas le client à revenir de si tôt (curieux officier public qui travaille à ne surtout pas revoir ses clients…). Et de fait, quelques années plus tard, un seul revînt : le survivant : non pas pour régler la succession car il avait bien compris que de ce côté il était tranquille, mais sur la demande de son banquier (comprenons « *pour permettre le déblocage d'actif hors succession dont il ne faudrait surtout pas parler au notaire, mais qu'il faudrait tout de même aller trouver pour obtenir de lui un acte de notoriété nécessaire au déblocage de cet actif hors succession* »).
>
> Et voici que notre survivant, est reçu par un « *notaire stagiaire* » qui, trop zélé diront certains, s'enquît de la situation patrimoniale de son client.
>
> Celui-ci lui avoua fièrement avoir contribué à la relance de la consommation, en ayant, avec son époux défunt, consenti des dons manuels « *Sarkozy* », à tous ses petits-enfants (4 fois 60 000 euros), hormis ceux de son troisième fils avec lequel M. et M^me^ NAIF ne s'entendaient plus.
>
> La surprise allait être à la hauteur de ses espérances de « *paix promise* »

En effet l'adoption d'une communauté universelle avec attribution intégrale risque fort d'exposer les donations préciputaires et celles faites à des non successibles par le prémourant, à la réduction, dés lors tout du moins qu'il n'existe pas d'actifs propres (les biens de l'*article 1404 du Code civil* si ceux-là n'ont pas été apportés à la communauté universelle, à elle seule ne les englobant pas ; les biens reçus avec clause d'exclusion d'entrée en communauté…) ou qu'il n'y a pas eu de donations faites aux héritiers réservataires permettant de les allotir de leur réserve [96].

On sait qu'il faudra, en présence d'héritiers réservataires, déterminer une masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible (article 922 du

---

96• « *L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle* », M. GRIMALDI, JCPN juillet 1999 ; « *Variations autour de la communauté universelle* », P. CATALA, Rép. Déf. 1996, art. 36260 ; « *Les chausses trappes de la communauté universelle avec attribution intégrale* », F. PETIT, Profession Patrimoine juin 2002.

Code civil) et qu'il y aura donc lieu de rassembler les biens existants, d'en déduire le passif et enfin d'y réunir fictivement les biens donnés. Or par définition ici, il n'y a pas de biens existants puisque dans l'étape préalable, celle de la liquidation de la communauté, tous ces biens existants, actifs et passifs, sont attribués à l'époux survivant ; dés lors seuls les biens antérieurement donnés vont constituer cette masse.

Ainsi, pour reprendre notre exemple, cette masse sera égale à 240 000 euros : 2 = 120 000 euros.

Sauf à tenir compte du bien subrogé auquel cas il faudrait tenir compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition.

Toutefois, la loi du 23 juin 2006 est venue apporter une innovation souhaitée par la doctrine [97] et amorcée par la jurisprudence [98], à savoir que si la dépréciation des nouveaux biens était en raison de leur nature (ex : un véhicule), inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation.

La quotité disponible est d'un quart soit 30 000 euros.

La réserve individuelle est de 30 000 euros.

Chaque don manuel est donc ici réductible pour les trois quarts.

Faut-il encore, bien sûr que les réservataires la demandent : ce sera sans doute le cas pour celui qui représente la souche n'ayant rien reçu ; ce pourra aussi être le cas de celui dont la souche a été moins gratifiée que les autres.

S'il n'a qu'un enfant alors que ses frères et sœurs ont chacun quatre enfants par exemple… Or bien souvent les grands-parents faisant une donation aux petits-enfants raisonnent davantage par tête que par souche ; les petits-enfants représentent davantage une génération à part entière plutôt que les représentant de leurs propres enfants.

Ici Mme NAIF devra informer ses petits-enfants qu'ils devront rendre à leur oncle (*a priori* ici le seul à demander la réduction) chacun 7 500 euros.

• Face à cette problématique imprévue, trois observations sont à faire :

Première observation : Peut-on en amont, éviter ou limiter la réduction des donations faites aux petits-enfants ?

On envisage ici de régler ce problème dans la convention matrimoniale des ascendants donateurs.

En partant du principe, que ceux-ci veulent adopter une communauté universelle avec attribution intégrale, (ce qui on le verra manque décidément de souplesse, *cf. infra*) il nous semble envisageable de prévoir une clause qui

97• « *Les successions, les libéralités* », Ph. MALAURIE, Ed. Defrénois 2004, n°920.

98• Arrêt Cour Cass 1re civ., 27 juin 2000 ,JCPN oct. 2001, note J.-F. PILLEBOUT.

anticiperait la présence de donations réductibles, en prévoyant ainsi par avance dans ce cas, une diminution de l'avantage matrimonial telle qu'il ne puisse plus y avoir réduction.

La clause proposée pourrait être la suivante[99] :

« Les dispositions ci-dessus stipulées ne pourront en principe avoir pour conséquence d'entraîner la réduction des donations préciputaires ou des donations s'imputant sur la quotité disponible, qui auraient pu être consenties :

– soit par les deux époux conjointement, de biens communs,

– soit par un seul d'entre eux de ses biens propres ou, avec le consentement de l'autre, de biens communs.

S'il s'avérait que l'avantage matrimonial exercé par le conjoint survivant devait entraîner la réduction de ces donations, la convention de mariage serait alors réduite, mais en nue-propriété seulement, d'une fraction telle que la réduction des donations préciputaires concernées, soit ne puisse pas s'opérer, soit, soit la plus faible possible, sachant que la réduction de la convention de mariage profitant au conjoint survivant ne pourra jamais s'exercer sur la résidence principale de celui-ci, à moins qu'il n'y consente expressément. Le conjoint survivant aura seul le choix des biens ou droits sur lesquels sera opérée la réduction des conventions de mariage lui profitant ; pour l'exercer, il disposera d'un délai d'un mois à compter de la demande qui lui aura été faite par l'un ou l'autre des héritiers. »

Prenons brièvement un exemple chiffré :

M. et M^me^ X sont sous communauté universelle avec attribution intégrale.

Ils ont un enfant. M. X a consenti une donation préciputaire à un petit enfant valeur 100 au décès de M. X. Les biens existants de communauté sont évalués nets à 900.

Actif de communauté :

- Biens existants 900
- Récompense due par M. X à raison de la donation consentie seul sur des biens de communauté 100
- Total 1 000

Première hypothèse : sans la clause proposée

L'actif de communauté (1 000) est attribué à M^me^ X.

Succession de M. X.

Masse de calcul article 922 du Code civil.

99• Cette clause a été élaborée au sein du groupe Fidroit-Notaires, par M^es^ S. POMMIER et M. CHAUVIN.

◗ Biens existants nets = 0

En réalité, ce poste est négatif : - 100. Seule la récompense à la communauté y apparaît… Mais l'article 922 du Code civil commande de ne déduire les dettes que des seuls biens existants [100].

◗ Réunion fictive = 100 ◗ QD = 50 ◗ R = 50.

La donation est donc réduite pour moitié.

Deuxième hypothèse : avec la clause proposée

En faisant le calcul à l'envers, on aboutit à ce que l'avantage matrimonial se limite à 600. Le solde (400) se répartit entre les deux époux (200 chacun).

Succession de M. X.

Masse de calcul article 922 du Code civil.

◗ Actif (*boni* communauté) = 200

◗ Passif (récompense due à la communauté) = - 100

◗ Total = **100**

◗ Réunion fictive = 100 ◗ 200

◗ QD = 100 ◗ R = 100

La donation n'est pas réductible.

Il nous semble qu'une telle clause s'analyserait comme une liquidation alternative de la communauté universelle en ce qu'elle assortit la clause d'attribution d'une condition. On sait par exemple, qu'il est valide, d'assortir la clause d'attribution de la communauté au survivant, de la condition de non-existence d'enfants communs, ou bien encore de non dissolution par divorce, ou par décès pendant une instance en divorce (clause récemment validée dans une donation au dernier des vivants, comme étant non potestative), ou bien encore en fonction de la régénération des abattements fiscaux suite à une donation qui viendrait d'être faite…

La clause ici proposée a été analysée par le CRIDON de Bordeaux (*consultation effectuée par M. ARNAULT et B. MAUBRU en mars 2003*) lequel l'a considéré comme non valide au motif qu'elle serait potestative ce qui s'oppose au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales car « *elle revient à permettre à un époux d'augmenter sa part dans la communauté en consentant par ailleurs des donations préciputaires* ».

Cet argument ne nous convainc pas :

D'une part l'aspect réductible des donations effectuées, n'est pas maîtrisé par l'époux donateur : il se peut que d'autres donations aient été consenties aux réservataires ; tout dépendra de la réévaluation des donations

100• Cf. «*Les successions* », M. GRIMALDI, Litec n°723.

aux jour du décès ; tout dépendra de la volonté des réservataires de demander ou non la réduction.

D'autre part, la portion qui ne bénéficie pas ainsi de l'avantage matrimonial se retrouve alors soumise aux conditions normales de partage de la communauté, soit a priori moitié pour chaque époux ; l'époux donateur n'est donc pas avantagé par rapport à l'autre.

Deuxième observation : Peut-on en aval, éviter ou limiter la réduction des donations faites aux petits-enfants ?

On envisage ici de régler ce problème dans la donation faite aux petits-enfants (alors que les grand parents ont déjà effectué un changement de régime matrimonial sans clause particulière). De la même façon que l'on peut avec d'autres objectifs prévoir une clause d'imputation de la donation sur la succession du prémourant voire subsidiairement sur celle du survivant, il conviendrait, de stipuler dans l'acte une clause d'imputation sur la succession du survivant [101], les dispositions de l'article 850 du Code civil n'était pas d'Ordre Public [102].Ainsi, la donation sera réputée avoir été consentie pour le tout par le survivant, et dès lors, compte tenu du patrimoine qui se retrouvera au deuxième décès, il devrait y avoir de quoi allotir les enfants de leur réserve sans risque la réduction des dons faits aux petits enfants.

On mesure donc tout l'intérêt d'effectuer des donations aux petits enfants par acte notarié, compte tenu des clauses qu'il peut être judicieux d'y insérer. Cette situation est assez proche de celle où un seul époux se porte seul donateur, l'autre n'intervenant que pour y consentir. On sait donc dès le départ quel est l'époux qui est seul donateur.

Au contraire ici, avec la clause proposée, on part d'une donation conjointe qui va se dénouer finalement en donation inépuisable.

Les conséquences sont alors les suivantes :

Sur le plan fiscal tout d'abord : vraisemblablement les DMTG à percevoir sur la donation devront être reliquidés au second décès en considérant que le survivant a bien été le seul donateur ; ainsi seuls les abattements dont celui-ci dispose seront applicables et de fait cela peut le cas échéant donner lieu à un surcroît de taxation par rapport au calcul initial effectué en tenant compte des deux donateurs [103].

101• « *Les libéralités sous le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale au profit du survivant des époux* », R.-J. ROUGHOL, JCPN 1998.

102• Arrêt Cour Cass. civ. 1re du 12 juillet 1989, *D 1989*, 525, note MORIN.

103• « *A propos des incidences du régime communautaires des donateurs sur la liquidation des droits de donation* », Rép. Def., art 36589, A. CHAPPERT.

Sur le plan civil ensuite, le survivant, seul donateur de biens communs, devra récompense à la communauté.

Pour autant ici l'opération sera « *neutre* », si à l'occasion d'un changement de régime matrimonial, on a neutralisé conventionnellement l'application des récompenses dans cette hypothèse [104] ou bien encore s'il y a une clause d'attribution intégrale au profit du survivant (l'aspect « *communauté universelle* » étant à lui seul inopérant puisqu'il n'empêche pas la mise en jeu de la récompense) puisque ce dernier cède d'une main ce qu'il récupère de l'autre.

Troisième observation : Critique de la communauté universelle avec attribution intégrale :

« *L'arbre de la tranquillité qui masque une forêt de déconvenues.* »

C'est sans doute ici l'occasion de dénoncer à nouveau la facilité avec laquelle est trop souvent adoptée la communauté universelle avec attribution intégrale, compte tenu des problèmes, des incertitudes et des surprises occasionnées. Le sort des donations faites ou à faire en est un exemple.

Les conséquences fiscales pour les enfants, en est un autre fréquemment rappelé. On peut aussi rappeler que le droit de retour conventionnel des ascendants donateurs viendra primer l'attribution intégrale portant sur le bien donné puis apporté à la communauté (sauf à les avoir fait intervenir au changement de régime matrimonial pour y renoncer ; cette hypothèse a pu aussi être anticipée dans la rédaction de la clause de retour conventionnel).

De même encore un tel régime n'est pas adapté si le survivant se trouve placé sous un régime d'incapacité. De même encore si les époux n'ont pas d'enfant et qu'ils ne souhaitent pas, après le second décès, déshériter leurs héritiers respectifs. Dans ce dernier cas, certaines solutions nous paraissent pouvoir être mise en œuvre (*cf. infra*). De même encore, de ce que l'avantage matrimonial n'est point considéré comme une libéralité, il n'est pas révocable, pour cause d'ingratitude ou d'indignité ; dès lors le mari, par exemple, qui assassine son épouse, bénéficie de l'attribution intégrale [105]. Il est judicieux de prévoir une clause contraire dans les hypothèses visées à l'article 727 Code civil.

De même encore, rappelons que mettre tout l'actif en commun, signifie qu'il en sera de même pour le passif (art. 1526 du Code civil). En cette matière, le régime de la communauté universelle sera avantageux au regard de l'article 1415 du Code civil (*le conjoint qui n'est pas intervenu lors du prêt, est protégé, puisque le créancier ne peut saisir les biens communs, sauf à ce qu'il accepte malencontreusement la succession*) mais pas au regard d'autres dettes (*prestation compensatoire versée sous forme de rente ; pension alimentaire…).*

104• 96e Congrès des Notaires de France, « *Le patrimoine au xxiè siècle* », n°4051.

105• Arrêt Cour Cass 1re civ. – 07 avril 1998 – JCPG 1998 II, 1079, note C. PUIGELIER.

Par ailleurs, tout avantage matrimonial peut être sujet à action en retranchement. On sait que la loi du 3 décembre 2001 a étendu cette action à « *tous les enfants non issus des deux époux* ». Cela fait donc peser pour le survivant, le risque de découvrir ultérieurement l'existence d'un enfant naturel ou adultérin ; d'autant plus que la loi du 3 décembre 2001 est applicable rétroactivement aux successions ouvertes à la date du 4 décembre 2001, c'est à dire qui n'ont pas donné lieu à partage à cette date, ce qui est le cas d'une première succession en présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale : par définition aucun partage n'a été établi à cette occasion ; ne devrait on pas alors, lors de la vente du l'immeuble par le conjoint survivant qui se croit seul propriétaire, faire intervenir les enfants naturels pour renoncer à leur action en retranchement ?

On pourrait pu souhaiter que la loi du 23 juin 2006 vienne préciser si un enfant adopté simplement par le conjoint de son auteur, bénéficie de cette action… Des doutes subsistaient en jurisprudence [106] ; ils sont levés depuis un arrêt récent de la Cour de cassation [107] rendu sous l'empire du droit nouveau. On peut par contre se féliciter, d'autres apports de la loi du 23 juin 2006 à cet égard. L'action en retranchement transforme l'avantage matrimonial en libéralité réductible.

A notre avis, à défaut de texte exprès sur ce point, il nous semble alors que le nouveau délai de prescription pour intenter l'action réduction, est applicable, soit « *5 ans à compter de l'ouverture de la succession, ou 2 ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder 10 ans à compter du décès* » (nouvel art 921 al 2 C. civ.).

Par ailleurs, il est désormais prévu, à l'article 1527 (nouvel al 3) que les détenteurs de l'action en retranchement pourront « *renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif avant le décès de l'époux survivant* » et ce dans les mêmes formes que la RAAR (nouveaux articles 929 et 930-1 C. civ.). On remarquera ici que le reste des dispositions applicables aux RAAR, ne le sont pas ici (ex : causes de révocation).

C'est certainement à l'occasion de cette configuration familiale que la RAAR sera, de fait, consentie avec une contrepartie.

Par ailleurs, dans ce cas, les enfants renonçant bénéficient de plein droit du privilège sur les immeubles prévu au 3° de l'article 2374 du Code civil.

106• Arrêt CA de PARIS, 10 juillet 1985, *Rép. Def. 1986*, art 33799 ; Arrêt CA Paris du 5 novembre 1992. *JCPN 1993,* part 2649 ; en sens contraire : Arrêt Cour Cass 1re civ du 8 novembre 1982. *Defrénois 1983*, art 33032, note Y. FLOUR et M. GRIMALDI.

107• Arrêt Cour Cass 1re civ., 07 juin 2006. *JCPN*, n°26, p. 1236.

(Ordonnance du 23 mars 2006 sur les sûretés – c'est par suite d'une erreur matérielle que la loi du 23 juin 2006 vise les meubles) ; ils peuvent également demander, nonobstant toute clause contraire qu'il soit dressé un inventaire des meubles et état des immeubles : on souhaite ainsi qu'ils puissent accéder à une information rigoureuse sur la situation patrimoniale des époux.

En effet, comme le souligne M. S. HUYGHES dans son rapport (p. 15) :

> « Les enfants signataires du pacte ne renoncent donc pas définitivement à faire valoir leurs droits réservataires, mais accepteront qu'ils ne soient rétablis qu'au décès de leur beau parent ».

Il ne s'agit donc en quelque sorte que d'une renonciation à agir, provisoire. C'est là une différence avec le mécanisme de la RAAR, qui envisage une renonciation définitive, et qui pourrait, si le consensus familial allait jusque là, être également mise en œuvre ici.

Trois observations sont alors à faire :

• D'une part, selon nous il faudra donc toujours liquider l'avantage excessif au moment de la dissolution du régime, mettre en place les garanties, et envisager le règlement au second décès, ce qui sera loin d'être facile, mais il s'agit d'un procédé que nous connaissons lorsque nous avons à régler au second décès la créance de restitution au titre du quasi-usufruit dont disposent les héritiers du premier époux décédé. D'ailleurs cette renonciation aboutissant à un exercice différé de l'action en retranchement, s'apparente à un quasi-usufruit et ce quel qu'en soit l'objet…

• D'autre part, on peut se demander si, fiscalement l'avantage excessif sera déductible de la seconde succession ? On peut le penser, il constitue une dette à terme pour le conjoint survivant. Par contre les conditions de l'article 773-2° du CGI, sont à respecter, car l'exercice de l'action en retranchement, même différé, profite aux enfants communs ; dès lors eux aussi sont créanciers.

Autre question fiscale : seul le montant du retranchement est soumis aux droits de succession au nom des enfants qui en bénéficient ; la question est alors de savoir à quel moment il y aura taxation : au premier décès (constat du montant du retranchement) ou au second décès ? A la lettre des textes actuels il nous semble que les enfants seraient taxables dés le premier décès ; pourtant, ils ne reçoivent rien de leur héritage (en cas d'attribution intégrale de communauté universelle), tout comme les nu-propriétaires, sauf que ceux-ci bénéficient du paiement différé…

Aussi proposons-nous que tous les enfants bénéficiant de l'exercice différé de l'action en retranchement en vertu de l'article 1597 alinéa 3 du Code civil, puissent fiscalement bénéficier du paiement différé des droits de succession sur le montant du retranchement.

Enfin, une telle opportunité tenant compte des intérêts de chacun, relance ainsi l'intérêt de créer des avantages matrimoniaux même en présence d'enfants non communs.

En tout état de cause, la loi du 23 juin 2006, en instaurant ses renonciations à degrés variables, nous donne de véritables outils patrimoniaux permettant de faire du « *sur mesure* ». Surtout, la loi du 23 juin 2006, permet désormais de maîtriser efficacement, si tout le monde en est d'accord, la transmission aux petits enfants. Cette loi nous offre de formidables outils patrimoniaux et de réelles opportunités qu'il nous faut saisir ; en premier chef elle nous invite à contacter tous nos clients qui ont fait des dons manuels aux petits enfants, pour les inclure dans une donation partage trans-générationnelle, ce qui évitera leur rapport et réduction éventuelle, en tout cas si tous les enfants sont d'accord.

■ ***La donation partage transgénérationnelle : la transmission maîtrisée***

C'est ici l'une des grandes nouveautés de la loi portant réforme des successions et libéralités, que d'étendre la donation partage à ses présomptifs héritiers, d'une part mais également aux petits enfants alors même qu'ils ne viendraient pas par représentation d'autre part. Le texte adopté reprend quasiment mot pour mot le vœu adopté lors du 96è Congrès des Notaires de France [108]. Il peut apparaître complexe, il relève en vérité d'une horlogerie suisse ; il convient donc d'en étudier le mécanisme, avant d'examiner un exemple d'application patrimoniale pour conclure sur quelques interrogations fiscales.

• La donation partage trans-générationnnelle « *comment ça marche ?* »

Cette donation n'est faisable que par un ascendant au profit de descendants de générations différentes. Quelques observations sont à faire ici :

Première observation

D'une part, la donation-partage à ses présomptifs héritiers, englobe celle faite à ses enfants et celle faite à ses enfants et petits-enfants qui viennent par représentation ; la donation-partage trans-générationnnelle, devant se faire pour des générations différentes, ne peut se faire au profit de petits-enfants seulement : « *le caractère de partage anticipé de la donation-partage s'oppose à ce qu'aucun héritier présomptif du donateur ne soit alloti* ».

La seule exception réside dans l'hypothèse où l'ascendant-donateur n'aurait qu'un seul enfant (nouvel article 1078-5 C. civ.) : le partage pourra se faire entre l'enfant et descendants ou ses descendants seulement.

Quid alors si l'enfant n'a lui-même qu'un seul enfant ?

Bien sûr la donation-partage peut se faire entre eux deux, mais peut-elle se faire au profit du seul petit-enfant ?

108• 3e Commission 2e proposition (Me R. GENTILHOMME et A. HOUIS).

La réponse nous semble affirmative, en particulier au regard de l'évolution du régime de la donation-partage : en effet l'omission d'un enfant n'emporte plus l'anéantissement du partage (loi du 3 juillet 1971, art. 1077-2 C. civ.) ; de plus, un seul lot suffit à composer la donation-partage.

D'ailleurs nous sommes confortés dans cette opinion par les auteurs de « *Des libéralités - une offre de loi* » qui dans leurs exemples de donation-partage trans-générationnelles, qui citent l'exemple (pp. 110 et 111) de la donation-partage au profit du fils unique du donateur et de son petit-fils unique issu de ce dernier, avec composition d'un seul lot lequel est attribué au seul petit-fils (sans soulte due à son père).

Sans doute, la question n'avait-elle pas d'intérêt auparavant ; il en va différemment, aujourd'hui que l'on peut faire bénéficier les petits-enfants du régime de la donation-partage et de ses effets (évaluation au jour de l'acte, non rapport). Que l'on ne s'y méprenne pas, l'intérêt, d'envisager une telle donation-partage, n'est pas inexistant du fait que l'on puisse envisager une donation simple au petit-fils, donation pour laquelle le père par ailleurs signerait une RAAR : les deux situations ne sont pas identiques.

Prenons un exemple :
Le grand-père a un fils unique qui lui-même a un fils unique.
Le grand-père donne à son petit-fils un bien (400).
A son décès le bien donné vaut 600 et les biens existants sont de 500.
En outre il a institué sa compagne légataire universelle.

En cas de donation-partage :
le bien donné est réuni fictivement (*art. 922 et 1078 C. civ.*) pour 400.
La masse de calcul de la réserve est donc de 400 + 500 = 900.
Réserve = 450 ; Quotité disponible = 450.
On impute (*art.1078-8 C. civ.*) les biens, évalués au jour de l'acte, compris dans la donation-partage, sur la réserve du fils et subsidiairement sur la QD (ce qui n'est pas nécessaire ici) ; ladite donation-partage n'est pas réductible.
Les biens existants sont répartis de la façon suivante :
50 pour l'enfant (de façon à compléter sa réserve).
450 pour le légataire universel.

En cas de donation simple au petit-fils avec une RAAR :
le bien donné est réuni fictivement (*art 922 C. civ.*) cette fois-ci pour 600.
La masse de calcul de la réserve est donc de 600 + 500 = 1 100.
Réserve = 550 ; Quotité disponible = 550.

La question est alors ici de savoir comment imputer une donation qui bénéficie d'une RAAR : sur la QD ou sur la part de réserve de l'enfant renonçant ?

La loi du 23 juin 2006 est muette sur ce point !
Pour certains [110], il faudrait l'imputer sur la part de réserve ; nous sommes d'un avis contraire pour 2 raisons :
• d'une part au regard de l'article 930-2 alinéa 1 C. civ. qui prévoit que la renonciation ne produit aucun effet s'il n'a pas été porté atteinte à la réserve du renonçant or dés lors qu'il y a eu libéralité (à défaut c'est la caducité de la RAAR) il y aura toujours atteinte à la réserve du renonçant si on impute toujours la donation sur sa part de réserve et donc ce texte n'aurait aucun sens ;
• d'autre part la RAAR ne consiste pas en un abandon de sa part de réserve mais en un abandon d'une action en réduction pour une éventuelle atteinte à sa part de réserve.
On impute les biens, compris dans la donation, sur la QD : 600 - 550.
La dite donation empiète donc la réserve de 50 mais n'est pas réductible du fait de la RAAR. Les biens existants sont répartis de la façon suivante :
500 pour l'enfant (de façon à compléter sa réserve) ; 0 pour le légataire universel.

Deuxième observation :

D'autre part, compte tenu de l'allongement de la durée de vie et de l'intérêt patrimonial, la question mérite d'être posée de savoir si la donation partage trans-générationnelle peut se faire au profit des arrières petits-enfants ?

Certainement lorsque ceux-ci viennent par représentation mais même en dehors de cette hypothèse, la mise en place d'une telle donation partage nous semble faisable : quoique délicate à la lettre du texte, rien ne semble s'y opposer puisque à chaque fois sont visés « *les descendants* » de l'enfant. L'esprit du texte commande de « *dépasser la notion de génération pour recourir à celle de souche* » [111]. Techniquement cela ne doit pas poser de problème au décès de l'ascendant-donateur, puisque à cette étape on raisonne par souche (art. 1078-8, *cf. infra*) ; mais par contre au décès de l'enfant qui renonce à tout ou partie de ses droits tout se passe comme si c'était lui qui avait gratifié ses descendants (art. 1078-9).

Dès lors, soit tous les petits-enfants (*IE : ses enfants)* ont reçu leur part de réserve dans la donation-partage et cela laisse la liberté de donner aux arrières

110• « *Réforme des successions et libéralités* », BPAT juillet 2006, p. 6 n°16 : « *…car si les libéralités devaient s'imputer sur la quotité disponible (libéralités adressées à un héritier non réservataire) ou sur la réserve de son bénéficiaire (libéralité adressée à un co-héritier réservataire) la nouvelle possibilité de renonciation n'aurait qu'une portée réduite.* »

111• « *Des libéralités - une offre de loi* », J. CARBONNIER ; P. CATALA ; J. de SAINT AFFRIQUE ; G. MORIN, Ed. Defrénois, p. 105.

petits-enfants (*IE : ses petits-enfants*), donation qui s'imputera alors sur la quotité disponible ; soit, on peut imaginer aussi que les petits-enfants n'ont rien reçu mais qu'ils ont eux aussi donné leur accord à ce que leurs propres enfants reçoivent tout ou partie de leur lot. On aurait ainsi au sein du même acte une « *donation partage trans-générationnnelle gigogne* » qui permettrait d'allotir les arrières petits-enfants avec des biens de leurs arrière-grands-parents ; le cas échéant avec application de toutes les règles de l'art. 1078 si les conditions en sont remplies.

Troisième observation :

On vient d'évoquer qu'il était nécessaire que l'enfant qui renonce à tout ou partie de ses droits au profit de ses descendants, doit donner dans l'acte son consentement. On retrouve donc ici la technique du pacte de renonciation. Ici, la renonciation porte directement sur la part de réserve et non seulement sur une action en réduction pour une éventuelle atteinte à la réserve (RAAR). Malgré cela, on observe, et c'est heureux, que le formalisme n'est pas aussi lourd : ici la présence de deux notaires est obligatoire (art 930 du C. civ. L'un choisi par les parties, l'autre par la Chambre des Notaires) [112], là un seul suffit ; ici le consentement est reçu dans un acte à part, là il fait corps avec la donation partage ; ici les conséquences juridiques futures de la renonciation doivent être précisées, là rien de tel ; ici la capacité requise est celle exigée pour consentir une libéralité (art. 930-1), là rien de tel.

Il nous semble que la confiance traditionnelle en le rôle impartial et médiateur du notaire, renouvelée ici par la donation-partage trans-générationnnelle [113], aurait dû également être de mise pour la RAAR [114].

De tout ce qui vient d'être dit, il en résulte qu'une grande diversité s'offre alors au disposant : il lui est possible d'allotir enfants et petits-enfants (les uns étant les parents des autres ou non), toutes souches représentées ou non ou même seulement tout ou partie des petits-enfants.

Donc désormais, on doit raisonner en termes de souches et si toutes ne sont pas alloties de leur réserve, cela aura des conséquences tant dans la suc-

112• N'aurait-il pas mieux valu un notaire choisi à l'échelon régional ? Cela aurait été plus en conformité avec les arguments mis en avant pour la réforme de la discipline…

113• « *Dès lors que ce consentement prend toujours la forme d'un acte authentique, cette exigence constitue une garantie de sécurité juridique pour toutes les parties* », Rapport de M. Le Député S. HUYGHE au nom de la Commission des Lois, mis en distribution le 12 juin 2006, p. 54.

114• « *Dès lors que le coût de la procédure demeure inchangé pour les intéressés* (les notaires pourront se partager les frais liés à l'établissement de l'acte authentique), *le rapporteur accepte cette initiative même si elle peut apparaître désuète. Elle peut en effet éclairer mieux encore le consentement du renonçant et accroître le caractère solennel de la signature de ces actes lourds de conséquences juridiques.* » Rapport de M.S.HUYGHE, *op. cit.* p. 48.

cession de l'ascendant donateur que dans celle de l'enfant renonçant au regard de l'article 1078 du C. civ.

Ainsi au décès de l'ascendant-donateur, tout se passe comme si c'était l'enfant qui avait été gratifié ; le partage s'opère par souche (art. 1078-6 du C. civ.) et toutes les donations quel qu'en soit le bénéficiaire faites aux membres d'une même souche s'imputent ensemble sur la part de réserve revenant à leur souche et subsidiairement sur la quotité disponible (art. 1078-8).

Pour cette imputation et l'évaluation de la réserve, les biens sont évalués au jour de la donation partage si d'une part tous les enfants de l'ascendant donateur ont donné leur consentement au partage anticipé et si d'autre part il n'a pas été prévu de réserve d'usufruit sur une somme d'argent (art. 1078-8).

Le texte nous semble ambigu dans la mesure où il requiert simplement le consentement de tous les enfants pour une évaluation au jour de la donation-partage sans pour autant exiger que toutes les souches soient alloties (comme le commande l'art. 1078) ; on pourrait imaginer qu'un enfant, dont la souche ne serait pas allotie, intervienne néanmoins à l'acte pour consentir, ce seul consentement ayant pour effet que les biens ainsi donnés soient évalués au jour de l'acte… Mais il nous semble malgré tout que le renvoi de l'art. 1078-8 à l'art. 1078 fait que l'allotissement de toutes les souches conditionne nécessairement l'évaluation au jour de la donation partage [115].

Au décès de l'enfant qui a consenti à l'allotissement de ses propres enfants à sa place, tout se passe comme si c'était lui-même qui avait gratifié ses enfants (art. 1078-9 C. civ).

Ici encore, si tous les enfants ont été gratifiés, par la donation-partage faite par le grand-parent, de leur réserve (au regard de la succession de leur père) l'article 1078 sera applicable et l'évaluation sera faite au jour de la donation partage faite par le grand-parent. Par contre si tous les enfants n'ont pas été gratifiés, le rapport est dû par eux, de ce qu'ils ont reçu du grand-père, à la succession du père avec une date d'évaluation qui sera celle du décès du père.

Si tous les petits-enfants n'ont pas été gratifiés, ou insuffisamment, il est alors possible à leur père d'effectuer une nouvelle donation-partage en incorporant celle faite par le grand-père, de façon à réunir les conditions d'application de l'article 1078 ; dans ce cas l'évaluation se fera pour le tout au jour de la donation partage effectuée par le père (art. 1078-10).

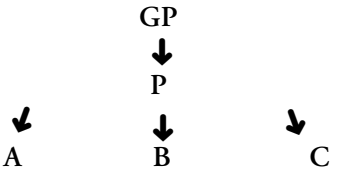
Sans doute est-il envisageable alors que dans cette nouvelle donation-partage le père procède à une modification des allotissements effectués dans la

115• En ce sens : M. GRIMALDI. Propos tenus lors d'une journée de formation sur la réforme des successions et libéralités, organisée le 14 juin 2006 par le Conseil Régional des Notaires de Versailles.

donation-partage du grand-père (le cas échéant un droit de partage sera perçu en cas de changement d'attributaire), quand bien même le donateur n'est pas le même.

Il nous semble également envisageable, bien que le texte ne prévoit pas cette hypothèse, qu'il ne soit procédé qu'à une réincorporation partielle. Cela peut être justifié par exemple par le seul objectif de corriger les fluctuations de valeur des biens donnés par le grand-père.

Exemple :



En 2007, le grand-père effectue une donation-partage au profit de ses petits-enfants. Les allotissements sont les suivants :

	1er terrain	2e terrain	1er appart. à Paris	2e appart. à Paris	Actions	Total
A	100		100			200
B		100		100		200
C					200	200

En 2015 les valeurs des biens donnés ont ainsi fluctué :

	1er terrain	2e terrain	1er appart. à Paris	2e appart. à Paris	Actions	Total
A	120		200			320
B		120		200		320
C					50	50

A la demande de C et par soucis de paix familiale, le père est d'accord pour faire une donation-partage incorporant partiellement les biens donnés par le grand-père, bien que rien ne l'y oblige ; c'est pourquoi tout le monde est d'accord pour qu'il n'y ait pas une égalité absolue. Le père ne dispose que de 150. Les allotissements sont les suivants :

	Réincorporation 1er appart Paris	Réincorporation 2e appart Paris	Réincorporation actions	Argent	Total
A	200		200		
B		200	200		200
C			50	150	200

La question est alors de savoir si les articles 1078-9 et 1078-10 seront d'application distributive ou si au contraire l'article 1078-10 sera d'application exclusive. Il nous semble qu'il serait de bonne logique de retenir une application distributive. Ainsi dans notre exemple, les conditions de 1078-9 al 3 sont réunies et les deux terrains doivent rester évalués au jour de la donation partage faite par le GP (soit 100 + 100) (même si au final on ne va

pas ici tenir compte de l'allotissement de C car celui-ci s'apprécie comme si cela avait été donné par le père) ; pour le surplus on devrait appliquer l'article 1078-10 (soit 200 + 200 + 200).

C a bien alors reçu 200/800 soit un quart ; il est remplit de sa réserve.

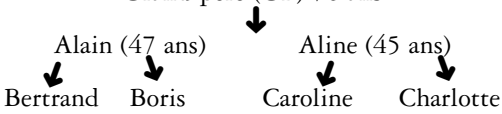
Reste à voir si la doctrine et la jurisprudence suivront ce point de vue…

Ce schéma de transmission trans-générationnnelle, ainsi conforté sur le plan civil peut être optimisé fiscalement et patrimonialement.

• Un exemple de donation-partage trans-générationnnelle : utilisation du quasi-usufruit successif.

Cas pratique « *Papiboom* » [116]

La configuration familiale est la suivante :



M. PAPIBOOM est venu nous consulter suite à la vente d'une bien immobilier ; il en a retiré une somme de 485 542 euros.

Il demande conseil sur la meilleure façon de transmettre cette somme à ses enfants et petits-enfants tout en conservant son train de vie.

I SI RIEN N'EST FAIT CE CAPITAL SERA TRANSMIS PAR SUCCESSION AUX ENFANTS PUIS AUX PETITS-ENFANTS.

• Transmission Grand-père/Enfants

Taxable sur 485 542 euros - 150 000 euros

(2 fois abattement personnel + abattement général)

Soit pour 335 542 euros soit chacun 167 771

Droits = (167 771 x 20 %) - 1 700 = 31 854

Total = 63 708 euros

• Transmission Enfants/Petits-enfants

(en supposant, pour rendre les clauses comparables, que les abattements et les basses tranches sont épuisés par ailleurs).

Soit capital restant après 1re succession (485 542 - 63 708) = 421 834

Soit pour la succession de chaque enfant : 210 917 x 20 % = 42 183

Total = 84 366 euros

Total des droits de la transmission intergénérationnelle

63 708 + 84 366 = 148 074 euros

116• Ce cas actualisé est extrait de notre intervention au colloque de l'ACSEN du 14 juin 2005.

II On peut optimiser en envisageant une transmission trans-générationnnelle classique

Il faut alors tout donner directement aux petits enfants.
485 542 - 120 000 (abattements GP/PE) = 365 542
Soit chacun : [(91 385,5 x 20 %) - 1 700] x 70 % (réduction de droits de 30 %) = 11 604

Total des droits de la transmission trans-générationnnelle : 46 416 euros

La transmission trans-générationnnelle est donc plus avantageuse fiscalement (68 % en moins !) ; cependant elle présente des inconvénients civils, psychologiques et économiques. Le premier problème réside dans la protection de la réserve des enfants, ce qui peut être résolu désormais par la donation partage trans-générationnelle. Le second problème réside dans le sacrifice de la génération intermédiaire, ici ayant encore des projets à financer. Le troisième problème réside dans le sacrifice du grand-parent, qui aliène ainsi un important capital alors qu'il a exprimé le besoin de conserver son train de vie.

III. a Schéma mis en place : une donation-partage trans-générationnnelle avec utilisation du quasi-usufruit successif [117]

1• Un lot d'une somme d'argent de 60 000 euros en pleine propriété pour les enfants (30 000 chacun).
2• Un lot d'une somme d'argent de 60 000 euros en pleine propriété pour les petits enfants (15 000 pour chacun).

Les DMTG générés ici seront pris en charge par le donateur (8 400 euros) Cet allotissement permet aux petits enfants d'acquitter les DMTG de l'allotissement en nue-propriété.

3• Un lot composé de quatre portefeuilles d'obligations (valeur unitaire : 89 285,5 soit au global 357 142 euros) qui seront attribués en nue-propriété aux petits-enfants, en usufruit successif aux enfants (en prévoyant que ceux-ci bénéficieront sur les actifs donnés, des valeurs mobilières, d'un quasi-usufruit) et avec réserve d'usufruit pour le grand-parent.

Les droits ici générés par la donation faite aux petits-enfants sont stipulés à leur charge (car s'ils étaient stipulés à la charge du donateur, cela entraînerait un surcroît de masse taxable à la succession de ce dernier au cas où ces droits donneraient, comme nous le verrons, lieu à restitution).

	Enfants	Petits-enfants	Grand-père
Argent	60.000 en PP	60.000 en PP	
Obligations	357.142 en QU successif	357.142 en NP	357.142 en usufruit

117• « L'intérêt patrimonial de l'usufruit successif » F. PETIT, *Notaire et Patrimoine mai 2004.*

Ce schéma, reposant sur l'usufruit successif, a été validé par la jurisprudence : « *le propriétaire… peut en donnant la nue-propriété, décider de se réserver l'usufruit sa vie durant et concéder un second usufruit, la jouissance du second usufruitier ne commençant qu'à la date où celle du premier aura pris fin*[118]. »

Par ailleurs, un tel schéma est envisageable au profit des enfants puisque cette donation s'analyse en une donation à terme de biens présents et non de biens à venir[119] : «… *la clause de réversibilité de l'usufruit s'analyse en une donation à terme de biens présents et le droit du deuxième usufruitier lui est définitivement acquis dès le jour de l'acte, seul l'exercice de ce droit s'en trouvant différé au décès du donateur*» [120].

Le fait de conférer un quasi-usufruit au donataire de l'usufruit ne constitue qu'un aménagement des droits et pouvoirs attribués à ce dernier et ne pose pas de problème de validité juridique ; il conviendra néanmoins d'aménager la relation quasi-usufruitier/nu propriétaire (garanties, informations du nu-propriétaire, modalités de la dette de restitution, indexation…). Une telle donation permet donc, à terme, aux petits enfants de recevoir un capital conséquent, tout en permettant au grand parent de conserver les revenus et aux enfants d'appréhender un capital au décès du donateur. Qui plus est, sur le plan fiscal elle permet en quelque sorte de se servir des abattements des petits-enfants pour transmettre aux enfants. Enfin, sur le plan civil, la donation-partage transgénérationnelle ainsi réalisée remplit les conditions de l'article 1078 du Code civil : chaque souche et chaque génération sont alloties de leur réserve.

III. B CALCUL DES DROITS LORS DES DONATIONS

1• Donation consentie aux enfants

➨ Donation 60 000 euros en pleine propriété aux deux enfants
Abattements : 2 x 50 000 euros ; droits = 0

➨ Donation en usufruit successif
Aucune taxation car l'usufruit n'est pas encore ouvert.

L'administration fiscale applique en effet l'article 676 du CGI relatif aux mutations affectées d'une condition suspensive.

2• Donation consentie aux petits-enfants

➨ Donation en nue-propriété d'un capital de 357 142 euros
70 % (article 669 du CGI) sur 357 142 = 250 000 euros

Droits pour chacun : 62 500 - 30 000 (abattement GP/PE) = 32 500
(32 500 x 20 % - 1 700) X 90 % (réduction de droits de 10 %) = 4 320 x 4
= 17 280 euros.

118• Arrêt Cour Cass. civ. 1re du 4 avril 1991, *RTD civ. 1992*, p. 598, note F. ZENATI.
119• M. GRIMALDI, *Rép. Def. 1985*, art 33609; Obs sous Cour Cass. 20 avril 1983.
120• Arrêt Cour Cass. civ. 1re du 21 octobre 1997, J. HAMEL-DUTIROU, *JCP 1997 II*, 22969.

➨ Donation de 15 000 euros aux quatre petits-enfants
Droits pour chacun = (15 000 x 20 %) x 70 % = 2 100 x 4 = 8 400 euros.

III. c M. Papiboom décède 7 ans plus tard
Alain a alors 54 ans et Aline 52 ans. Leur quasi-usufruit vient de s'ouvrir.
On prendra soin d'établir un acte de « reconnaissance de quasi-usufruit *» dont on conservera la mémoire en l'inscrivant tant du chef du créancier que du débiteur, au Fichier des dispositions des dernières volontés*. Sur le plan fiscal : « *donation sous condition suspensive de survie* » article 676 du CGI.
1• Calcul des droits pour les enfants :
Les droits sont calculés en se plaçant à la date du décès de l'usufruitier en premier : pour la valeur des biens ; l'âge de l'usufruitier ; tarif des droits ; abattements applicables (D. Adm. 7b-2312).
Filles = 50 % (art 669 du CGI - âges des filles au décès de M.) x 357 142 = 178 571 euros.
Soit chacune 89 285,50 - 50 000 (abattement) = 39 285,50 x 20 % - 1 700 = 6 157 x 2 = 12 314 euros.
2• Les petits-enfants voient leur nue-propriété recalculée
Le nu-propriétaire a droit à restitution d'une somme égale à ce qu'il aurait payé en moins si le droit acquitté par lui avait été calculé lors de la donation initiale d'après l'âge de l'usufruitier éventuel (*article 1965B du CGI).*
40 % (art 669 CGI - nue-propriété en fonction de l'âge des filles « *usufruitières* » au jour de la donation) x 357 142 = 142 857 soit 35 714 pour chacun
Droits pour chacun : 35 714 - 30 000 = 5 714 x 5 % = 286 x 4 = 1 144 euros.
Restitution sera faite de 17 280 - 1 144 = 16 136 euros. (Art R 196-1 LPF - *la restitution sera à demander au plus tard le 31 décembre de la 2e année suivant celle du décès*.)
Au total droits = 8 400 (donation en PP aux petits enfants) + 12 134 (donation usufruit successif aux filles) + 1 144 (donation NP aux petits-enfants) +12 000 (20 % x 60 000 reçus par les enfants transmis aux petits-enfants) = 33 678 euros.
Récapitulatif : Transmission par succession : 63 708 E.
Donation-partage trans-générationnnelle classique : 46 416 E.
Donation-partage trans-générationnnelle avec usufruit successif : 33 678 E.

• Le sort fiscal de la donation partage trans-générationnelle ?

La loi du 23 juin 2006 devrait être vraisemblablement suivie d'un accompagnement fiscal ; par exemple on peut espérer que la RAAR ne soit pas assimilée sur le plan fiscal à une libéralité, puisqu'il en est ainsi sur le plan civil. En ce qui concerne la donation partage trans-générationnelle et la nouvelle philosophie qui l'anime, à savoir une transmission par souche, on peut se

demander si elle ne conduit pas à repenser la transmission fiscale en raisonnant par souche et non plus par générations. Nous proposons donc par exemple que lorsqu'un petit-enfant est alloti en lieu et place de son auteur, il puisse bénéficier de l'abattement fiscal de son auteur en plus de celui qui lui est personnel, finalement de la même façon que lorsqu'un petit-enfant vient par représentation.

■ ***L'assurance-vie, autre support de la transmission trans-générationnnelle***

• Renonciation au bénéfice d'un capital décès : intérêts et conséquences fiscales [121]

Trop s. ouvent les représentants des compagnies d'assurance, s'empressent au décès de l'assuré de faire accepter le bénéficiaire désigné sans aucune considération pour ses intérêts ; au lieu de replacer le capital sur un nouveau contrat dont il n'aura peut être pas l'utilité, ou bien d'envisager alors un don manuel de ces sommes à ses enfants ou petits-enfants, ne faut il pas envisager une renonciation du bénéficiaire ?

C'est là une opportunité patrimoniale et un argument commercial que le notaire doit mettre en avant pour conseiller au mieux son client sur l'ensemble de son patrimoine, ce qui englobe nécessairement dans sa réflexion les contrats d'assurance vie. Le droit propre du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie ne devient définitif que par son acceptation (art L 132-9 Cass.). S'il renonce, ce sont les bénéficiaires subsidiaires désignés qui ont vocation à recevoir le capital assuré. En réalité il s'agit plus d'un refus d'acceptation que d'une renonciation à un droit acquis (de telle sorte que le droit propre contre la compagnie n'a jamais transité par le patrimoine du bénéficiaire non acceptant).

Dès lors, on peut agir sur la clause bénéficiaire pour effectuer une transmission trans-générationnnelle, faut-il encore que la clause soit correctement rédigée. Tel n'est pas le cas de la clause « *mes enfants nés ou à naître, à défaut mes héritiers* ». En effet ici, si l'enfant renonce, il est néanmoins héritier de la succession, donc le capital ne passe pas aux petits enfants, à moins de renoncer à la succession.

Cf. nouvel art. 754 C. civ. issu de la loi du 23 juin 2006 qui prévoit la représentation d'un renonçant en ligne directe.

On notera par contre, qu'une clause bénéficiaire démembrée permettrait également, par renonciation de l'usufruitier, une transmission au nu-propriétaire. Pour conférer de la souplesse à ce schéma, il est également souhaitable d'avoir souscrit plusieurs contrats permettant au bénéficiaire d'accepter

121• « Quelques brèves sur la fiscalité successorale de l'assurance-vie », F. PETIT, *Revue Notaire et Patrimoine janvier-février 2005*; Colloque INPF du 6 avril 2006, «Le traitement patrimonial d'une succession » que nous avions co-animé avec M[e] A. HOUIS.

les uns et de refuser les autres, selon ses besoins financiers, selon la fiscalité, sachant qu'on ne pourrait renoncer partiellement (au risque d'une taxation pour donation indirecte).

Exemple :

Madame qui a deux enfants est bénéficiaire de deux contrats relevant de l'article 990-1 du CGI, l'un ayant une valeur au décès de 150 000 euros, l'autre de 300 000 euros.

Si elle accepte le tout, des droits importants seront à régler
(450 000 - 152 500 = 297 500 x 20 % = 59 500)

Au contraire, si elle n'accepte pas le 2e contrat, le bénéfice ira, par hypothèse à ses deux enfants et tous les trois recevront un capital net d'impôt de 150 000 euros.

On aurait pu craindre qu'une telle renonciation présente des risques fiscaux, soit en y voyant une assurance sans bénéficiaire (cf. art L 132.11 Cass et art 1122 du C. civ. : le capital dépend de la succession et est taxable à ce titre), soit en y voyant une donation indirecte entre le premier et le second bénéficiaire (acceptation suivie d'une transmission).

Fort heureusement la solution fiscale est favorable :

« La renonciation du premier bénéficiaire du contrat d'assurance vie a pour effet d'attribuer le droit au capital au second bénéficiaire désigné.

Par suite les droits de succession éventuellement dus sur la valeur du capital acquis au décès de l'assuré… sont liquidés en fonction de lien de parenté existant entre le second bénéficiaire et l'assuré. » [122]

• Donation du contrat d'assurance-vie et contrôle des fonds par les grands-parents. Les grands-parents qui souhaitent transmettre une somme d'argent aux petits-enfants tout en contrôlant la destination des fonds notamment en cas de méfiance vis à vis des parents (prédécès, recomposition familiales…) peuvent recourir utilement à l'assurancevie.

Deux schémas ont été ainsi proposés [123] :

Le premier consiste en une donation de somme d'argent destinée à être réinvestie en assurance-vie avec stipulation dans l'acte d'une clause d'inaliénabilité par exemple jusqu'à leur 25e anniversaire, permettant de contrôler les rachats des petits-enfants souscripteurs [124] ou de leur représentant et ce même au-delà du décès des donateurs.

122• Rép. Min., ROQUES JOAN, 27 septembre 1993.

123• « *Les contrats de capitalisation au service de la solidarité intergénérationnelle* », O. ROZENFELD, Droit et Patrimoine septembre 2002.

124• « *La donation consentie par les parents en vue de la souscription d'un contrat d'assurance vie* », F. LUCET et D. CORON, Ingénierie patrimoniale novembre 1998.

Le second a été proposé par nos confrères R. GENTILHOMME et A. HOUIS [125]. Il consiste en la souscription d'un contrat d'assurance vie cette fois ci par les grands-parents à leur bénéfice réciproque en cas de décès du prémourant et ayant pour assurés les petits-enfants ; les grands-parents acceptent mutuellement le bénéfice du contrat puis chacun fait donation du contrat d'assurance vie aux petits-enfants. Pour parer au décès des grands-parents, ils suggèrent également de prévoir comme bénéficiaires acceptants, en second, les parents des petits-enfants.

b – Transmission trans-générationnnelle en l'absence de la génération intermédiaire

Il convient ici de revenir sur quelques aspects civils et fiscaux.

■ ***Aspects civils***

• La question évoquée ici est de savoir ce qu'il advient de la donation consentie au petit enfant préalablement au prédécès d'un enfant (hors cas d'une donation partage trans-générationnnelle).

Avant le prédécès de l'enfant, le petit-enfant a reçu un don manuel, lequel est présumé rapportable (art. 843 du Code civil) or le rapport n'est dû que d'un héritier à un co-héritier (art. 857 du Code civil) ; en conséquence, le petit-enfant qui n'est à ce moment qu'un héritier de second rang, ne doit pas le rapport.

Exemple :

Un grand-père a deux enfants (César et Jules) ; trois petits-enfants (Marc et Aurélie enfants de Jules, et Cléo enfant de César). Il a fait don de 30 000 euros à tous ses petits-enfants.

Conséquences sur la succession du grand-père :

Biens existants nets :	380 000
Réunion fictive des libéralités :	90 000
Masse calcul QD (art. 922 C. civ.) :	470 000

Imputation des dons manuels aux petits enfants : 156 666 (QD) - 90 000

Solde QD : 66 666

Les donations ne sont pas réductibles.

Masse à partager :	380 000
Droits de chaque enfant :	190 000 Jules
	190 000 César

Situation en cas de prédécès de l'enfant Jules :

125• 96e Congrès des Notaires de France, p. 585 ; *Memento Patrimoine 2005-2006*, n°28424.

Cette fois ci Marc et Aurélie viennent à la succession de leur grand-père par représentation, ils sont donc tenus au rapport.
Reprenons alors l'exemple précédent :
Masse de calcul QD : 470 000
QD : 1/3 = 156 666
Imputation du don à Cléo sur QD : 156 666 - 30 000 ; solde QD = 126 666
Imputation des dons à Marc et Aurélie sur leur part de réserve :
156 666 - 60 000
Masse à partager :
BE nets (380 000) + indemnité de rapport (60 000) = 440 000
Droits de César = 220 000
Sa fille Cléo conserve sa donation. Marc et Aurélie : 110 000 chacun (dont 30 000 en moins prenant). La souche de César aura donc reçu 250 000 alors que celle de Jules aura reçu 220 000 (situation inverse s'il n'y avait pas eu le prédécès de Jules). Ce n'est sans doute pas ce que souhaitait le grand-père.

Quelles solutions ?

Aujourd'hui, il est possible du vivant du grand-père de transformer le caractère rapportable de la libéralité aux petits enfants en préciputaire conformément aux dispositions de l'article 919 al 2 C. civ. qui dispose que « *la déclaration que le don est à titre de préciput et hors part pourra être faite, soit par l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires* ».

Sur le plan fiscal, une telle déclaration n'est passible que du droit fixe : « *la déclaration que le donataire conservera, à titre de préciput, la libéralité dont il a déjà été gratifié, n'ajoutant rien à la transmission, bien que rendant la position du bénéficiaire plus avantageuse, ne constitue qu'un acte de complément possible que du seul droit fixe* » (traité MAGUERO).

On notera également sur le plan de la publicité foncière, que cette déclaration n'a pas lieu d'être publiée puisqu'elle n'entraîne aucune conséquence sur le régime de la propriété. Par contre, cette déclaration a une incidence pour la date d'imputation de la libéralité et la doctrine retient la date du changement du secteur d'imputation et non celle de la donation initiale, ceci étant justifié par l'intérêt des tiers. Cette solution conventionnelle existe donc mais il n'est pas sûr que le grand père en soit informé. Aussi, la loi du 23 juin 2006 apporte dans notre cas, une solution satisfaisante :

> « *le donataire qui n'était pas héritiers présomptif lors de la donation, mais qui se trouve successible au jour de l'ouverture de la succession, ne doit pas le rapport, sauf volonté contraire du disposant.* » (*art. 846 nouveau C. civ.*).

Donc le petit-enfant donataire n'aura pas à souffrir du prédécès de son auteur. Ce texte n'aura par ailleurs pas lieu de s'appliquer dans le cadre d'une donation partage trans-générationnelle puisque celle-ci n'est par rapportable.

• Observons néanmoins que le prédécès de l'enfant n'est plus le seul cas où le petit enfant vient par représentation.

D'une part, depuis la loi du 3 décembre 2001, il est possible de représenter l'indigne (art 755 du C. civ.).

D'autre part, la loi du 23 juin 2006 permet de représenter un renonçant dans les successions dévolues en ligne directe ou collatérale (nouvel art. 754 du C. civ.) ; l'idée est ici clairement de favoriser les transmissions trans-générationnnelles et tout comme en matière de clause bénéficiaire d'assurance vie il y aura lieu pour l'enfant de mesurer l'opportunité d'accepter ou non la succession.

Dans ces deux cas, les représentants ne devraient pas selon nous, rapporter les donations qui leur ont été consenties (art. 846 du C. civ., *cf. supra*) mais doivent rapporter celle consentie au représenté (art. 854 al 3 C. civ.) ; par ailleurs, les biens que les représentants auront reçu de cette façon par succession, devront être rapportés à la succession du représenté s'ils viennent en concours avec d'autres enfants conçus après l'ouverture de la succession à laquelle ils sont venus par représentation (art. 754 al 2 et art. 755 al 2).

Un peu comme dans la donation-partage trans-générationnnelle (*cf. supra*) on ne veut pas que la renonciation permette d'écarter les droits des enfants du renonçant.

Cette règle est néanmoins critiquable car elle accrédite l'idée d'un droit à hériter. En effet, la situation est différente de celle de la donation-partage trans-générationnnelle car ici on cherche à protéger des enfants à venir sur une situation déjà consolidée à leur naissance ; cette règle ne va pas dans le sens de la sécurité voulue par le législateur : en effet, le renonçant agit en fonction de sa situation familiale présente et non future (divorce avec la mère du nouvel enfant ; prédécès du nouvel enfant laissant des petits-enfants qu'il ne voit pas…) ; c'est à lui seul de réparer le cas échéant ce qu'il estimera être une injustice. Aussi proposons nous de supprimer cette règle (art. 754 al 2).

La portée de cette renonciation devra être communiquée au bénéficiaire ; elle constitue un nouvel outil de la gestion patrimoniale des successions, à condition que la fiscalité pérennise son intérêt.

■ ***Aspects fiscaux : quelle fiscalité en cas de représentation ?***

• Problèmes nouveaux posés en cas de représentation d'un indigne ou d'un renonçant. La question est de savoir ici, si le petit-enfant venant par représentation dans ces cas précis, peut utiliser l'abattement personnel de 50 000 euros

dont bénéficient les enfants vivants ou représentés (art. 779 Ib CGI). A la lettre du texte il semble que oui, même si le texte ne vise pas ces nouveaux cas de représentation ; il est donc souhaitable que le législateur fiscal vienne conforter cette solution. Même si celle-ci a déjà été admise [126] lorsqu'ils venaient ainsi de leur propre chef à la succession, sans recourir à la représentation, non autorisée jusque-là.

• Problèmes anciens posés en cas de représentation d'un enfant prédécédé [127].

En cas de donation dans cette hypothèse, il est clairement admis (art. 779 II CGI) que le petit-enfant pourra cumuler son abattement personnel (30 000 euros) et celui du représenté (50 000 euros). La question est alors de savoir s'il peut choisir sur lequel il peut imputer la libéralité.

L'administration fiscale [128] a précisé que la donation s'imputait d'abord sur l'abattement de 50 000 euros puis subsidiairement sur celui de 30 000 euros, le tout sauf clause contraire exprès dans l'acte. Il conviendra donc d'utiliser cette possibilité au moins lorsque la donation sera d'un montant inférieur à 80 000 euros puisque l'abattement de 30 000 euros n'est pas utilisable par succession.

2 Des transmissions inter-générationelles

Le soucis est ici d'effectuer une transmission à bénéficiaire successifs [129], non nécessairement en ligne descendante, afin de prendre en considération, outre les classiques préoccupations fiscales et sociologiques, les diverses altérations qui affectent les compositions familiales : absence d'enfants, ou de petits-enfants, incapacités ; recompositions familiales…

Cette volonté de téléguider la transmission sous forme d'une charge grevant la donation va se concentrer sur l'objet donné au donataire initial jusqu'au destinataire final, de façon plus ou moins autoritaire et contraignante. C'est ce qui explique d'ailleurs que le législateur a longtemps considéré avec défaveur certaines de ces transmissions notamment les substitutions fidéicommissaires, par crainte de voir se reconstituer des biens de « *main morte* » ; on opposait ainsi le risque de laisser dépérir ou exploiter abusivement les biens grevés, à l'utilité qu'il y avait d'imposer la conservation de biens déterminés au sein de la famille ou de lutter contre la prodigalité d'un donataire.

Certes, mais les enjeux ne nous semblent plus être ceux-là aujourd'hui. Ce n'est plus tant la transmission successive d'un bien déterminé que la transmission utile à des bénéficiaires successifs qui importe.

126• Rép. Min. 9 mars 1963, *Ind Enr*, n°10612.

127• « Donations aux petits enfants issus d'un enfant prédécédé : bénéficier pleinement du cumul des abattements », F. FRULEUX ,*JCPN 26 octobre 2001.*

128• Instruction du 17 février 1997, Boi 7 G-2-97.

129• «Les donations à charge de redonner », G.TEILLAIS, *JCPN 1997.*

Ceci avait été très bien perçu pour les auteurs de « *Des libéralités, une offre de loi* » [130]. Il n'est pas sûr que le législateur de 2006, ayant reconnu les libéralités résiduelles et étendu le champ d'application des libéralités graduelles, soit allé jusqu'au bout de sa démarche, ayant sans doute des remords fiscaux.

a – Les libéralités graduelles

Les substitutions fidéicommissaires, rebaptisées libéralités graduelles, sont celles qui imposent au gratifié « *le grevé* », la double charge de conserver le bien et de le transmettre à son propre décès à une autre personne, l'appelé ou « *second gratifié* ». Elles se caractérisent donc par la réunion de trois éléments : une double libéralité successive ; une double charge pour le grevé de conserver et de rendre le bien ; une transmission au second bénéficiaire au décès du premier.

■ ***Aspects civils***

• Champ d'application

Quant aux personnes

Sans doute pour tenir compte des évolutions structurelles de la famille, la loi du 23 juin 2006 a étendu le champ d'application des libéralités graduelles. Là où elles étaient par principe interdites, sauf en ligne directe et en ligne collatérale privilégiée quand le donateur n'avait pas de descendants, elles sont désormais autorisées quels que soient les liens de parenté ou non entre le disposant, le grevé, et le second gratifié (*art. 1048 du C. civ.*). Par contre, cette charge, tout comme aujourd'hui ne peut être stipulée

Quant aux biens

Etendre quant aux personnes la libéralité graduelle, vient appuyer davantage la critique qui est faite à ces libéralités, à savoir qu'elles freinent la circulation des richesses.

C'est pourquoi, les auteurs de « *Des libéralités, une offre de loi* » (p. 83) avaient très intelligemment et parallèlement supprimé, sauf clause contraire, l'obligation pour le grevé de conserver en nature le bien donné (*art. 1028 de ce projet*). L'assouplissement était comparable à l'adoption du rapport et de la réduction en valeur.

Très maladroitement, sans doute, la loi du 23 juin 2006 ne reprend pas cette disposition. La nouvelle loi précise ainsi qu'il doit s'agir de biens ou droits identifiables à la date de la transmission et subsistants en nature au décès du grevé (art. 1049 al 1) ce qui exclut la subrogation sauf une exception. En effet, au passage il est reconnu, pour la première fois par le législateur civil, la notion d'universalité du portefeuille de valeurs mobilières

130• *Op. cit.*, p. 82 et s.

puisque, pour ce cas là seulement, il admet la subrogation des valeurs mobilières (art. 1049 al 2). Par ailleurs, s'agissant d'un immeuble, la charge grevant la libéralité est soumise à publicité (art. 1049 al 3). Cette rigidité du mécanisme vient colorer la nature patrimoniale des libéralités graduelles.

• *Nature patrimoniale*

Dès lors qu'il y a obligation de conserver en nature, le grevé n'est finalement qu'un passant dans la transmission destinée au second gratifié. *De facto*, il va s'agir pour lui de seulement gérer le bien (quand bien même il est propriétaire du bien) en attendant que le second gratifié soit apte à appréhender le bien (le grevé peut abandonner, sans préjudice des tiers, au profit du second gratifié, la jouissance du bien ou du droit. Art. 1050 C. civ.) ou bien il va s'agir de protéger le grevé contre lui-même (sa prodigalité).

Au contraire, la seule conservation en valeur, aurait eu une toute autre fonction. La faculté pour le grevé de disposer à titre onéreux qui en aurait résulté aurait eu un véritable intérêt économique et patrimonial pour chacun du grevé et du second gratifié : car par une approche en valeur et donc un regard global sur le patrimoine, on permettait ainsi une souplesse quant à l'allocation des actifs en ce sens qu'on rendait liquide un actif immobile (c'est la même idée qui transcende le quasi-usufruit[131] ou l'hypothèque rechargeable).

Un tel mécanisme serait très utile par exemple en cas de famille recomposée.

Par exemple un époux peut souhaiter transmettre à son second conjoint sa part indivise de leur résidence principale sans léser ses enfants.

Monsieur	500	1/2 appartement
	500	en banque
Un enfant d'un premier lit		
Madame	500	1/2 appartement
	500	appartement locatif

Monsieur protègerait ainsi son conjoint qui serait plein propriétaire de la résidence principale, sans léser aucunement son enfant qui récupèrera cette valeur au décès du conjoint survivant ; cette valeur serait garantie par l'immeuble locatif que le conjoint survivant conserve sa vie durant afin d'en encaisser les loyers.

131• Exemple : l'enfant dispense d'emploi sur les comptes bancaires dépendant de la succession ; sa contrepartie reposera en valeur sur la moitié du pavillon appartenant au conjoint survivant, pavillon qui est de fait non disponible car le conjoint survivant veut continuer à y habiter et car il lui faut l'accord des enfants pour vendre. On procède ainsi indirectement à un partage : le conjoint survivant a arbitré une partie du pavillon contre la libre disposition de l'argent.

Certes l'obligation de conserver en valeur seulement, affaiblit la situation du second gratifié mais (et à l'instar de ce que l'on pratique pour garantir la dette de restitution au titre du quasi-usufruit) les auteurs précités avaient prévu une très grande marge de manœuvre pour prescrire des garanties et des sûretés ainsi que la menace d'une déchéance pour le grevé. Nous proposons donc de remplacer l'obligation de restitution en nature par une obligation de restitution en valeur, sauf convention contraire.

• *Portée successorale*

Le grevé est propriétaire du bien jusqu'à son décès ; le second gratifié le devient alors sans rétroactivité, s'il survit au grevé ; il est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité (art. 1051 du C. civ.). Donc si ce dernier pré décède au grevé ou renonce au bénéfice de la libéralité graduelle, les biens dépendront de la succession du grevé. Toutefois, l'acte pourra déroger à cette règle en prévoyant que les biens soient dévolus aux héritiers du second gratifié ou à un tout autre second gratifié (art. 1056 du C. civ.). Enfin, il est précisé (art. 1054 du C. civ.) que la charge ne peut venir grever la réserve, s'il y a lieu, du premier gratifié. Pour autant, ce dernier pourra accepter dans la donation ou dans un acte postérieur, mais alors avec le même formalisme que celui de la RAAR, que la charge grève tout ou partie de sa réserve.

■ ***Aspects fiscaux***

Le régime actuel est le suivant :

Au moment de la donation, seul le grevé est taxable à cette date sur le tout, en fonction de son degré de parenté avec le donateur. Le second gratifié est taxable lorsqu'il reçoit les biens, c'est à dire au décès du grevé, (valeur du bien, tarif, etc. sont déterminés à cette date) et en fonction de ses liens de parenté avec le grevé. Qui plus est, les droits acquittés par le grevé ne sont alors ni imputables ni restituables.

Comme l'ont fait remarquer certains, la situation du second gratifié n'était pas si défavorable puisqu'il était toujours par définition descendant du grevé. Or désormais il est possible qu'il n'y ait aucun lien de parenté entre eux… Cependant il est indiqué désormais, sur le plan civil tout du moins, que le second gratifié tient ses droits du disposant. A vrai dire, la situation n'était pas différente auparavant : le disposant effectuait bien deux libéralités (même si, seule l'acceptation du grevé suffisait, sans qu'il fût nécessaire que les appelés, qui pouvaient être des enfants à naître, interviennent à l'acte, pour rendre la donation et la substitution irrévocables) et la seconde libéralité ne venait pas s'imputer sur la succession du grevé.

Certes, désormais cette précision civile est codifiée (et le législateur en tire la conséquence, différente du régime antérieur, que la donation faite au

second gratifié peut être révoquée tant que ce dernier n'a pas accepté, laquelle acceptation, de façon dérogatoire à l'art. 932 du C. civ. [133], peut être donnée même après le décès du donateur : art. 1055 du C. civ.) et peut être, la règle fiscale sera t-elle modifiée en conséquence. En fait, compte tenu de la variété des situations, aucun système n'est a priori plus intéressant qu'un autre désormais.

b – Les libéralités résiduelles [134]

La libéralité de *residuo*, désormais codifiée par la loi du 23 juin 2006, peut se définir comme étant « *celle par laquelle le disposant donne ou lègue tout ou partie de ses biens à une première personne, en stipulant qu'au décès de celle-ci, ce qui en restera* "le residuum" *reviendra à une seconde personne qu'il désigne* ». [135]

■ ***Situation du premier gratifié***

• *Aspects civils*

Le premier gratifié n'a aucune obligation de conserver les biens reçus (contrairement au grevé d'une libéralité graduelle) : il peut en disposer par acte entre vifs, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit (sauf ici clause contraire de l'acte, encore que cette clause contraire ne puisse peser sur les biens donnés en avancement de part successorale à l'héritier réservataire, art. 1059 du C. civ.) ; les droits sur les biens initialement transmis sont donc de fait précaires pour le second gratifié. Cependant, comme il a l'obligation de transmettre au second ce qui restera « *le residuum* », il ne peut en disposer à cause de mort [136] ; mais ici encore, l'héritier réservataire, à qui les biens ont été donnés en avancement de part successorale, ne supporte pas cette restriction et il conserve la libéralité de disposer à cause de mort (art. 1059 al 3 du C. civ.).

133• « Cette dérogation au droit commun des libéralités est justifiée… Il est possible que le disposant souhaite gratifier successivement ses descendants sur deux degrés, l'écart d'âge pouvant alors conduire, dans la plus jeune génération, à des naissances postérieures au décès du disposant », Rapport de M. le Député S. HUYGHE, au nom de la Commission des Lois, mis en distribution le 12 juin 2006, p. 53.

134• « *Les libéralités* de residuo *: une pratique résiduelle ?* «, F. PETIT, *Revue Notaire et patrimoine*, sept-oct 2004.

135• Memento « *Patrimoine* », 2005-2006, Ed. Francis Lefebvre, n°24680.

136• «*… les dispositions testamentaires… ne peuvent, sauf indication contraire du disposant, mettre échec à la volonté de ce dernier de voir attribuer au second légataire les biens qui subsisteraient au décès du premier* ». Arrêt Cour Cass. du 27 juin 1961, Rép. Déf. 1962. Article 29290, note A. BRETON ; Arrêt Cour Cass du 23 avril 1981. RTD Civ. 1982, 649, note J. PATARIN ; On note au demeurant que la jurisprudence prévoyait, contrairement à la nouvelle loi, la possibilité d'une clause contraire.

On aborde ainsi une question qui était jusqu'ici controversée, à savoir dans quelle mesure la liberalité de *residuo* peut-elle porter sur la réserve ?

Rappelons tout d'abord, que l'atteinte à la réserve dont il est question ne peut viser que celle du premier gratifié à l'égard du disposant (et non celle des héritiers du premier gratifié à l'égard de ce dernier puisque le second gratifié tient ses droits directement du disposant). Rappelons ensuite que la réserve s'apprécie quantitativement et qualitativement en ce sens que celle-ci doit être servie libre de toutes charges. C'est pourquoi, une réponse ministérielle du 11 juillet 1983 a considéré qu'une libéralité de *residuo* ne peut porter sur la réserve, car on considérait que la seule charge pesant sur le premier gratifié est de ne pas pouvoir disposer à cause de mort, sauf clause contraire, clause qui s'avérait nécessaire pour éviter d'encourir la réduction ; la Cour de cassation avait d'ailleurs eu, semble t'il, l'occasion de se prononcer en ce sens [137].

La loi du 23 juin 2006 vient donc valider la libéralité de *residuo* portant sur la réserve du premier gratifié. Mais alors, sans doute, les mêmes questions demeurent : sur quoi repose l'obligation de transmettre du premier gratifié ? Peut on encore parler d'un legs de *residuo* ou plutôt d'un legs précatif ? [138]

Au surplus, des questions nouvelles apparaissent quant aux aménagements possibles de la part du disposant.

Par exemple, si on admet de détourner l'institution par faveur pour la réserve, qu'est ce qui empêche alors d'admettre la possibilité d'une clause contraire à l'interdiction de tester lorsque le premier gratifié n'est pas réservataire ?

Le disposant pourrait ainsi, au moins vis à vis d'un non réservataire, lui retirer valablement la liberté de disposer à titre gratuit entre vifs (art. 1059 al 2) ou bien à titre onéreux pourvu que le gratifié conserve une certaine liberté de disposer sous peine de voir la libéralité requalifiée en libéralité graduelle avec des conséquences fiscales différentes.

La loi du 23 juin 2006, consacrant la libéralité résiduelle, sous forme de legs ou de donation, offre désormais de réelles opportunités patrimoniales et familiales.

Il pourra s'agir d'éviter le passage de biens d'une famille à une autre. Tel sera le cas du disposant qui souhaite protéger son conjoint en pleine propriété tout en souhaitant qu'au décès de ce dernier les biens reviennent à ses enfants (famille recomposée) ou ses héritiers par le sang (couple sans enfant).

137• Arrêt Cour Cass., 31 janvier 1995, Déf. 1995, art. 36160, note M. GRIMALDI ; Mémento Francis LEFEBVRE, précité n°24684 ; Arrêt CA Nancy 17.12.1992, Déf 1993, art. 35584 note G. GOUBEAUX. En ce sens : « Réserve héréditaire et legs de residuo », Recueil DALLOZ 1997. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE et M. ARRAULT.

138• « *Les successions* », 5e édition, M. GRIMALDI, n°369, note 3.

Ce pourrait être aussi le cas du disposant laissant des descendants dont un, marié sans enfant. Le disposant pourra aussi utiliser ce moyen pour téléguider une transmission que le gratifié n'aurait pas effectué faute de capacité. Enfin, on pourra utilement subordonner l'application du mécanisme à l'état de célibat ou l'absence de descendance du gratifié en premier. [139]

Le soucis complémentaire du disposant pourra être d'éviter une cascade de droits de succession, par exemple entre frères et sœurs (ou oncle et neveux) et notamment lorsque l'un est handicapé (le bénéficiaire en second pouvant alors être une association de personnes handicapées s'étant occupé du gratifié en premier).

• *Aspects fiscaux*

Analysant le legs de *residuo* comme une libéralité conditionnelle, l'Administration considère qu'au décès du testateur (ou lors de la donation), le premier gratifié est redevable de droits de mutation à titre gratuit dans les conditions de droit commun. Les conséquences ne sont pas neutres vis-à-vis du gratifié en second.

■ ***Situation du second gratifié***

• *Aspects civils*

Le second gratifié tient ses droits directement du disposant (art. 1061 faisant renvoi à l'art. 1051 du C. civ.), ainsi n'est il pas exposé à une action en réduction des héritiers réservataires du premier gratifié. Le disposant réalise bien une double libéralité (ce qui permet de distinguer la libéralité de residuo de la donation secondaire qui masque en réalité une libéralité par personne interposée), et même celle adressée au second gratifié prend effet immédiatement : ainsi, en cas de legs, il doit être né ou conçu au décès du testateur ; en cas de donation de residuo, il doit l'accepter la libéralité adressée au second gratifié prend effet immédiatement : en cas de legs, il doit donc être né ou conçu au décès du testateur ; en cas de donation de *residuo*, il doit l'accepter (art. 932 du C. civ.). Seule son exécution sera reportée au décès du premier gratifié si les conditions sont remplies.

Ces caractéristiques permettent de délimiter les moyens par lesquels on peut effectuer une libéralité de *residuo*.

Quel peut être le support de la libéralité de *residuo* ?

La donation de *residuo* est consacrée par la loi du 23 juin 2006, même si la doctrine majoritaire admettait déjà sa validité. [140]

139• CRIDON Paris, dossier 613911.

140• Mémento Patrimoine Francis LEFEBVRE, *op. cit.*, n°24680 ; 87e Congrès des Notaires, « *Patrimoine privé – Stratégie fiscale* », Montpellier Mai 1991, pp. 73 et s ; 96e Congrès des Notaires précité, pp. 596 et s ; CRIDON Paris, dossier nos 230138, 243831, 613911.

On note toutefois que M[e] Axel DEPONDT [141] a émis des réserves sur la possibilité d'introduire une clause de *residuo* dans une donation-partage compte tenu de l'anéantissement rétroactif des droits du premier gratifié (et notamment les conséquences d'une donation-partage où tous les enfants n'ont ainsi pas concouru). La clause de *residuo* ne pourrait par contre se concevoir dans une « *donation au dernier des vivants* » : ne pouvant porter sur des biens à venir, il y manquerait de surcroît l'acceptation du second gratifié ; le legs entre époux sera donc préférable ; on pourra aussi utiliser un avantage matrimonial en quasi-usufruit qui permettrait d'atteindre le but recherché par la clause de *residuo*.

Il semble enfin que l'on puisse valablement insérer une stipulation de residuo dans la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie [142], mais compte tenu des contraintes évoquées ci-après il ne semble possible que d'opter pour un contrat avec sortie en unités de compte. Sur le plan fiscal, l'intérêt de la clause ne devrait se porter que sur des contrats relevant de l'article 757 B du CGI.

La libéralité du second gratifié est conditionnelle, et cette condition est double.

En premier lieu, le second gratifié doit survivre au disposant et la libéralité serait caduque si le second gratifié décédait avant le premier, sauf si le disposant a prévu que le *residuum* reviendrait alors aux héritiers du second gratifié ou à un autre second gratifié (art. 1061 faisant renvoi à l'art. 1056 du C. civ.) ; par contre, si le premier gratifié pré décède au disposant alors le second recueille le tout, comme un legs ordinaire. Enfin, si le premier gratifié décède effectivement avant le second, la libéralité du premier est rétroactivement anéantie, la condition suspensive liée à la survie du second étant remplie. Quelques conséquences : le residuum échappe à la récupération d'aides sociales apportées au premier gratifié ; un conflit pourrait surgir avec un mécanisme résolutoire analogue, celui de la clause de droit de retour, qu'il conviendra dans l'acte d'avoir anticipé.

En second lieu, il doit exister un reliquat au décès du premier gratifié. Or, on retrouve ici les mêmes contraintes que celles évoquées ci-dessus pour les libéralités graduelles (l'art. 1061 faisant renvoi à l'art. 1049) : il faut donc que le bien donné soit identifiable à la date de la transmission et subsiste en nature au décès du premier gratifié.

Au surplus, est ici clairement affirmé que la subrogation ne jouera pas (art. 1058 C. civ.) : « *les droits du second gratifié ne se reportent ni sur le produit de ces aliénations ni sur les nouveaux biens acquis* ».

141• « Les techniques de gestion de patrimoine », Ed. MAXIMA 1998, pp. 394 et s.

142• CRIDON Paris, dossier n° 613845 ; « Le contrat d'assurance vie », *Ed. de Verneuil,* JF. PIRAUD, p. 48 ; Colloque *FIDROIT 2004*, intervention de H. LECUYER.

Ici encore on ne peut que contester la rigidité du mécanisme. Certes, une obligation d'emploi serait contraire à l'absence d'obligation de conserver du premier gratifié mais rien de tel si l'on autorisait le premier gratifié à prévoir à son seul bon vouloir, cette subrogation à condition qu'il en exprime expressément la volonté dans l'acte de remploi. Telle est notre proposition.

Une telle proposition permettrait de faire jouer le *résiduo* sur des biens fongibles, ce qui semble être interdit aujourd'hui, et les enjeux sont loin d'être négligeables (comptes bancaires, assurance vie…). Par ailleurs, de telles contraintes vont sans doute à l'encontre de l'esprit qui est sous jacent dans les libéralités de *residuo*, car ici plus encore que dans les libéralités graduelles, il ne s'agit pas de transmettre un bien de famille, mais bien un capital censé être utile à son destinataire sans léser le second destinataire et cette utilité peut résider tant dans une consommation que dans une simple aliénation à titre d'arbitrage (on peut imaginer une donation de biens immobiliers à un enfant handicapé suivie d'un apport à SCI).

La notion d'arbitrage a d'ailleurs bien été ici aussi prise en compte s'agissant d'un portefeuille de valeurs mobilières, ce que fait la jurisprudence en cette matière[143]. Il nous semble que seul le côté avantageux du régime fiscal des libéralités de *residuo* explique cette volonté du législateur d'en limiter la portée.

• *Aspects fiscaux*

Le second gratifié tire profit de la fiscalité applicable aux libéralités conditionnelles. S'il ne devait rien acquitter au décès du disposant, c'est au décès du premier gratifié (date de réalisation des conditions) qu'il paiera les droits de mutation à titre gratuit d'après le degrés de parenté avec le disposant et selon le régime fiscal et la valeur imposable des biens à ce moment.

De plus, la Cour de cassation[144] a affirmé que les droits acquittés par le premier gratifié devaient s'imputer sur ceux dus par le second. Ce qui, sur le plan civil, ne confère pas pour autant une quelconque créance de la succession du premier légataire contre les légataires du *résiduo* au titre des droits que le premier a supportés. Il semble que cette solution soit applicable tant au legs qu'à la donation de *residuo*[145], mais force est de reconnaître qu'aucune disposition fiscale ne traite de la donation de *residuo*.

Le régime fiscal de la libéralité de *residuo* est donc particulièrement favorable, puisque les deux libéralités ne seront au final taxées qu'une fois ; d'au-

143• Arrêt Cour cass., 2 juin 1993, RTD civ. 1995, 395 note F .ZENATTI ; Arrêt Cour cass. du 7 juin 2006 ; la Cour de cass. a admis que legs de *residuo* s'exécutait sur le prix de cession de valeurs mobilières, non suivi de remploi.

144• Arrêt Cour cass., 21 octobre 1969, *JCP 1970 II*, 16518 Ind 11871.

145• Mémento Francis LEFEBVRE, précité n° 24692.

tant plus que ce mécanisme répond à des préoccupations familiales fréquentes.

Nous proposons donc que le régime fiscal du legs de *residuo* soit repris pour les donations de *residuo*.

B Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptables et réversibles ?

La question n'est pas ici de tenir compte de la diversité des donataires potentiels, mais de la diversité des préoccupations du donateur ou plus exactement de la diversité des évènements patrimoniaux ou familiaux qui vont venir perturber la relation s'inscrivant dans la durée entre donateur et donataire. A l'évidence l'allongement de la durée de vie vient potentiellement augmenter la probabilité de ces perturbations. En particulier lorsqu'il va s'agir de libéralité, ou d'opérations de transmission qui n'en portent pas le nom tel l'avantage matrimonial, qui prennent effet immédiatement mais qui vont s'exercer ultérieurement, le donateur est sensible à la recherche « *d'un sur-mesure modulable* ».

Compte tenu de ce qui a déjà été dit nous nous contenterons d'évoquer quelques illustrations, d'actualité suite à la loi du 23 juin 2006. La recherche d'une transmission « *sur mesure* » et modulable, peut être voulue aussi bien en faveur du conjoint survivant que du donateur lui-même.

1 Une transmission « *sur mesure* » et modulable en faveur du conjoint survivant

Trop souvent les dispositions prises en faveur du conjoint survivant manquent de souplesse tant on raisonne en termes de masse de biens, indépendamment des besoins spécifiques de chaque conjoint survivant et de la composition précise et diversifiée du patrimoine. La loi du 23 juin 2006 offre ici aussi de nouvelles opportunités tant en matière de donation au dernier des vivants qu'en matière de modification du régime matrimonial.

a – Par le biais d'une donation au dernier des vivants

Depuis la loi du 3 décembre 2001 et l'augmentation des droits légaux du conjoint survivant qui en a résulté, on sait qu'en pratique le nombre de donations entre époux a considérablement diminué, les époux étant souvent dissuadés par la profession notariale elle-même d'établir un tel acte. On a pourtant déjà eu l'occasion de rappeler tout l'intérêt qu'il y avait d'établir un tel acte, même en présence seulement d'enfants issus des deux époux [146].

146• « *Les donations entre époux, toujours d'actualités* », F. PETIT, Revue Profession Patrimoine, septembre 2002 ; « *La donation entre époux* », M[es] S. CHAINE et M. IWANESCO, JCPN mars 2000.

■ ***Faculté de cantonnement de l'émolument du conjoint survivant bénéficiaire d'une libéralité***

Compte tenu du caractère indivisible de l'option tant successorale que de celle appartenant au conjoint gratifié, ce dernier n'avait pas d'autres choix que les trois options légales. Dès lors, le conjoint ne pouvait qu'accepter ou renoncer pour la totalité au risque à défaut que l'on considère fiscalement qu'il y ait double mutation.

Désormais, deux possibilités s'offrent au disposant :

• Soit il a prévu dans l'acte même de moduler le choix s'offrant au conjoint survivant en fonction des actifs détenus : par exemple en conférant l'usufruit de la résidence principale, la pleine propriété sur tel autre immeuble ou sur des parts de société civiles de portefeuille [147]…

• Soit, rien n'a été prévu, et c'est le conjoint survivant lui-même qui pourra cantonner son émolument (nouvel art. 1094-1 al 2), sauf clause contraire dans l'acte : il pourra donc exclure du bénéfice de la libéralité tout actif ne lui convenant pas. On peut aussi imaginer, que l'usufruitier qui n'est pas à même de fournir la caution de l'article 601 C. civ. (et à défaut l'emploi) s'entende avec le nu-propriétaire (par exemple issu d'un premier lit) pour renoncer à une partie de ses droits, en échange de quoi le nu-propriétaire n'exigerait pas le cautionnement.

Au surplus, cette limitation n'est pas, sur le plan civil, considérée comme une libéralité faite aux autres successibles qui se retrouveront donc taxés directement sur ce surplus, sans que fiscalement, tout du moins on peut l'espérer, il y ait double mutation. Cette possibilité de cantonner son émolument, n'est reconnue que pour le conjoint survivant gratifié d'une libéralité de biens à venir et pour les légataires (art. 1002-1 C. civ.). Compte tenu de l'utilité de cette faculté de canonner son émolument, nous proposons que soit étendue cette faculté d'une part au conjoint survivant en tant que bénéficiaire d'un avantage matrimonial et d'autre part à tous héritiers.

■ ***Aménagements conventionnels de la donation entre époux***

L'acte de donation entre époux peut contenir des clauses tenant compte de l'environnement familial et de l'environnement patrimonial.

• *Clauses tenant compte de l'environnement familial*

– Clause liée à la révocation entre époux :

Le conjoint survivant n'a droit à sa vocation légale que s'il n'est pas divorcé (*la condition qu'il n'y ait pas de jugement de séparation de corps ayant force*

147• 96e Congrès des Notaires, *op. cit.*, 4e commission, n° 4125.

de chose jugée, est supprimée par la loi du 23 juin 2006 - art. 732 C. civ.); il doit en être de même s'agissant de la donation entre époux.

Or cela n'est pas ici automatique : il faut qu'une clause expresse prévoie la caducité de la donation entre époux dans ces hypothèses. A défaut, cela oblige les époux à penser à révoquer leur donation. On peut même aller plus loin et prévoir conventionnellement la révocation de la donation si le décès survient pendant l'instance en divorce (la loi du 3 décembre 2001 ne va pas jusque là). Ces clauses de révocation automatique ont été récemment validées par la cour suprême [148].

– Clause liée à l'imputation de la donation entre époux :

La donation entre époux présente une nature hybride tenant à la fois de la donation et du legs ; pour autant elle est réductible comme un legs [149].

On rappellera néanmoins ici qu'une donation entre époux, même par une clause exprès (comme c'est l'usage), ne suffit pas à révoquer les testaments antérieurs [150], qui ne peuvent l'être que par un testament postérieur ou par un acte portant déclaration de changement de volontés reçu par 2 notaires ou par un notaire et deux témoins. Il est possible ici d'améliorer la situation du conjoint en précisant que la donation sera imputée par préférence à tout autre legs (art. 927 C. civ.) ; mais cela diminue la liberté de tester par la suite.

– Clause liée à l'existence d'enfants d'un précédant mariage :

Si l'auteur souhaite que son conjoint puisse disposer d'une quote-part en pleine propriété il devra, ainsi que l'art. 1098 C. civ. lui autorise, écarter la faculté de substitution ouverte aux enfants par ce même article.

Il pourrait aussi sur certains biens, doubler la donation au dernier des vivants d'un legs de *residuo*. Ce dont le conjoint survivant n'a pas disposé sur ces biens, reviendra aux enfants du premier époux décédé. Certes difficile à mettre en pratique, ce peut être une bonne formule de compromis entre la protection du conjoint et le souhait de conserver intacte la vocation de ses enfants d'une première union.

– Clause liée à l'option :

Il sera utile de prévoir le cas du donataire décédé sans avoir opté, ou même du donataire relevant d'une incapacité. On pourra prévoir en présence d'enfants d'un précédent mariage qu'il sera censé avoir opté pour l'usufruit, alors qu'en présence d'enfants communs il sera préférable de leur transmettre l'option : ils pourront ainsi opter pour un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit si c'est avantageux fiscalement.

148• Arrêt Cour cass. 1re civ., 13 décembre 2005, « *Clause de non divorce : le doute est-il encore permis ?* », Bulletin CRIDON Paris du 1er février 2006, note F. SAUVAGE.

149• Arrêt Cour cass. 10 février 1998, JCPN 03/07/98, note J. CASEY.

150• Arrêt Cour cass. 1re civ. 22 juin 2004, Rép. Def., art. 38033, note B. BEIGNIER.

• *Clauses liées à l'environnement patrimonial*

– Les clauses aménageant le droit d'usufruit :

Il sera possible de prévoir que les frais et droits de succession incombant au nu-propriétaire seront prélevés sur les biens sujet à usufruit, pour en tenir compte au second décès, tout en prévoyant la restitution de ces sommes si le nu propriétaire venait à recevoir des liquidités par anticipation ; cas d'une vente suivie du partage du prix, alors que le conjoint espérait tout garder au titre d'une convention de quasi-usufruit ou remploi. Il conviendra d'écarter les dispositions de l'art. 600 C. civ., obligeant l'usufruitier à dresser inventaire *avant* d'entrer en jouissance (tout en maintenant le droit, d'Ordre Public, des enfants à demander cet inventaire par la suite).

S'agissant d'un portefeuille de valeurs mobilières, on sait, depuis l'arrêt Baylet, que l'usufruitier peut librement arbitrer mais à charge de conserver la substance et de le rendre. Il sera utile ici de préciser que l'usufruitier pourra modifier la nature du portefeuille en cédant par exemple des titres de capitalisation pour réemployer en titres de distribution, sans que cette opération puisse être considérée comme portant atteinte à la substance.

S'agissant d'un immeuble il serait envisageable de mettre les grosses réparations à la charge de l'usufruitier.

S'agissant des sommes d'argent, et puisque les enfants peuvent, nonobstant toute clause contraire demander l'emploi, on pourrait préciser que si tel était le cas, le conjoint aura tous pouvoirs pour déterminer la nature du remploi. Au lieu d'un usufruit classique sur tel bien, on pourra conférer un usufruit temporaire ou un simple droit d'usage et d'habitation.

– Les clauses aménageant les quotités transmises :

On peut prévoir que la donation portera sur toute la succession ; ou au contraire la limiter, aux seuls biens dépendant originairement de la communauté par exemple. Ou bien encore que le conjoint conservera l'usufruit sur les biens mobiliers et la pleine propriété sur l'immobilier. On pourra aussi prévoir que le quart en pleine propriété (augmenté des droits dans la communauté) s'imputera sur tel ou tel bien.

Cette liste de clauses n'est pas exhaustive mais elle démontre à quel point il est nécessaire d'user de la liberté contractuelle dont le notaire est l'artisan et la loi l'imitateur prudent et tardif, notamment à l'occasion d'une donation entre époux, acte essentiel pour ces derniers qu'il convient de ne pas décevoir.

Il serait dangereux de capituler devant la loi du 3 décembre 2001 pour se retrancher derrière l'avantage matrimonial comme dernier bastion notarial de la protection du conjoint survivant, alors qu'il est le parachèvement d'une protection graduée.

b – Par le biais d'un avantage matrimonial

La modification du régime matrimonial n'est souvent utilisée que pour adopter la communauté universelle avec attribution intégrale. On en a rappelé (*cf. supra*) les inconvénients, or la panoplie des avantages matrimoniaux est suffisamment large pour permettre à la convention matrimoniale de devenir une « *boîte à outils* » sur mesure. Au surplus, le législateur et en dernier lieu par la loi du 23 juin 2006 tend à favoriser la modification du régime matrimonial.

■ ***Les nouvelles modalités du changement de régime matrimonial***

Le législateur, par la loi de finances pour 2004 pérennisée par la loi de finances pour 2006 (art. 1133 bis du CGI) avait déjà favorisé les actes, portant changement de régime matrimonial, passés depuis le 1er janvier 2004 en vue de l'adoption d'un régime communautaire, en les exonérant de toute perception au profit du trésor public (droit fixe ; TPF). Le législateur, par la loi du 23 juin 2006, continue dans cette voie, en déjudiciarisant le changement de régime matrimonial (art. 1397 C. civ.) au moins dans certains cas.

Plusieurs observations sont à faire, en attendant le décret d'application :

• *Les cas d'homologation judiciaire*

– L'acte notarié est obligatoirement soumis à l'homologation judiciaire, en présence d'enfants mineurs de l'un ou l'autre des époux. L'intervention du juge est maintenue afin de vérifier que les enfants ne sont pas lésés ; on peut penser qu'il en irait de même en cas d'enfant simplement conçus au moment de l'acte, nés vivants et viables. On peut se demander alors pourquoi il n'en va pas de même des enfants qui seraient placés sous un régime d'incapacité. Leur besoin de protection est identique. Au surplus, en pratique, ces enfants majeurs, qui devraient être informés personnellement de la modification envisagée, ont la possibilité de s'opposer à cette modification. On perçoit alors la difficulté pratique : par exemple, sera-ce l'enfant, le tuteur ou le juge des tutelles qui devra intervenir ? Son opposition ou non sera-t'elle qualifiée d'acte conservatoire, d'acte de disposition ?

En conséquence de tout ce qui précède, nous proposons d'étendre le recours à l'homologation judiciaire, en présence d'enfant relevant d'un régime d'incapacité quel qu'il soit.

– L'acte notarié est également soumis à l'homologation judiciaire, si au moins l'un des enfants de l'un ou l'autre des époux ou si les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié ou si un créancier (dans les trois mois suivants la publication) s'opposent à la modification. Les enfants majeurs, notamment, ont trois mois pour s'opposer à la modification envisagée. La question pratique est ici de savoir si la notification à faire aux enfants, par les soins du notaire *a priori*, doit se faire avant ou après la signature de l'acte par les époux ?

Il nous semble que les enfants doivent se voir signifier un acte quasi-définitif et donc déjà signé par les époux devant leur notaire ; et d'autant plus que, les enfants doivent non pas donner un accord, mais ne pas s'opposer, donc en cas de silence de leur part, sur un simple projet, comment sécuriser tout le monde sur la conformité du projet adressé et de l'acte signé ? (*Exemple : l'acte doit comporter la liquidation du régime, or cette liquidation peut, sur une période de trois mois, varier*). Par ailleurs, les termes « *modification envisagée* » ne s'opposent pas à une telle conception : l'acte est passé sous la condition résolutoire de la non opposition des enfants dans un délai de trois mois à compter du jour où ils en auront eu connaissance, et dans ce cas sous la condition suspensive de l'homologation par le Tribunal de Grande Instance. Le changement a effet entre les parties, désormais, à la date de l'acte ou du jugement qui le prévoit.

En cas de décès d'un des époux avant l'expiration de ce délai de trois mois, et que l'enfant s'oppose alors à la modification, l'homologation ne devrait plus être possible, puisque l'acte n'a pas pris alors effet entre les époux et que le consentement des époux doit perdurer au jour de l'homologation [151].

• *Le contenu nouveau de la convention matrimoniale :*

Comme par le passé, la modification du régime matrimonial, doit être convenue dans l'intérêt de la famille ; même si les enfants ne se sont pas opposés à l'acte, ne risque t-on pas des actions intentées sur ce fondement ?

Il ne nous semble pas pour autant que le notaire devienne juge de cet aspect mais il sera peut être opportun d'apporter des précisions à ce sujet dans l'acte.

Surtout, dorénavant, l'acte doit contenir, à peine de nullité, liquidation du régime matrimonial modifié. On sait qu'il n'y avait pas de délai pour liquider par exemple la communauté quand on adoptait la séparation de biens ; cela était préjudiciable à l'époux « *in bonis* » qui n'avait pas demandé le bénéfice d'émolument. La nouvelle règle est donc heureuse sur ce point, si elle est ici suivie d'un partage.

La question est alors la suivante : si l'on passe d'une communauté légale vers une communauté universelle avec attribution intégrale, y a t'il lieu de liquider la communauté légale ? Il nous semble que oui.

La raison en est que chaque époux doit pouvoir mesurer ce qu'il abandonne (ex-biens propres ; récompenses…). Cette précision sur l'existence des biens propres, en nature ou en valeur, en cas de divorce ultérieur, en particulier si on a pris soin de prévoir une clause de reprise d'apports (clause alsacienne) expressément validée par la loi du 23 juin 2006 (nouvel art. 265

151• Arrêt Cour Cass. 1re civ., 12 juillet 2001, RTD Civ. 2002, p. 1133, note B. VAREILLE.

al 2 C. civ.) nous apparaît nécessaire. Sur le plan fiscal cela ne devrait avoir aucune conséquence puisque liquider n'est pas partager.

• *Les formalités en cas d'époux commerçant*

On note que si l'un des époux est commerçant, il doit être fait mention de cette modification au RCS. Ceci est pourtant en totale contradiction avec l'ordonnance du 6 mai 2005 et le décret du 24 mai 2005 qui supprimaient les dispositions du Code civil imposant la publication du contrat de mariage et de ses modifications lorsque l'un des époux est commerçant.

■ ***La convention matrimoniale doit être* « boîte à outils modulable »**

Ainsi favorisée dans sa mise en œuvre, et diminuée dans son coût, la modification de régime matrimonial, pourra se faire relativement tôt et compte tenu de l'espérance de vie qui s'allonge, on risque d'avoir un espace temps, entre l'acte et son exercice, beaucoup plus important. Il n'est pas sûr néanmoins que les époux utilisent cet outil régulièrement et il peut donc s'avérer au fil du temps, inadapté car s'il convient d'établir la convention de mariage en tenant compte de la situation patrimoniale et familiale existante, il convient non moins d'en appréhender l'évolution possible. Bien sûr nous pourrions rappeler fort opportunément à nos clients d'effectuer régulièrement leur « *check-up juridique* », tant leur situation, les lois, les opportunités évoluent avec le temps ; mais avons nous apporté ce conseil avec la donation entre époux, pourtant peu coûteuse et facile à modifier ?

Adopter un acte rigide standardisé dans un monde qui évolue sans cesse, s'apparente à du défaut de conseil ! Pour en revenir à un aspect technique, il faut distinguer parmi les avantages matrimoniaux ceux qui vont s'imposer aux époux et ceux qui au contraire sont facultatifs.

Les stipulations de parts inégales s'imposent aux époux : on peut donc en prévoir plusieurs, qui s'appliqueront alternativement suivant les causes de dissolution en distinguant suivant qu'il y a décès ou instance en divorce ; suivant que les époux soient placés sous un régime d'incapacité ou de faillite ou non ; selon que ce soit tel ou tel époux qui survive ; en cas notamment d'une précédente union ; suivant qu'il y a eu donation dans les six ans qui précèdent (pour la régénération des abattements) ou non…

Tant que la possibilité de cantonner son émolument, ne sera pas reconnue à l'époux bénéficiaire d'un avantage matrimonial, il faudra davantage se tourner vers des avantages matrimoniaux facultatifs. Le préciput et le prélèvement moyennant indemnité sont des outils que le conjoint survivant est libre d'utiliser ou non. Rien n'empêche alors de prévoir plusieurs préciputs portant sur tout ou partie des actifs qui seront listés dans l'acte, en pleine propriété ou en usufruit voire en quasi-usufruit. Par ce biais, le conjoint sur-

vivant pourra prélever les actifs dont il aura besoin et déterminer la nature des droits qui lui seront utiles.

Nous avons eu l'occasion de rappeler tout l'intérêt qu'il y avait à combiner quasi-usufruit et convention matrimoniale [152].

On sait qu'en doctrine, la question du quasi-usufruit conventionnel demeure discutée même s'il semble être admis dès lors que le bien est fongible [153]. La pratique est encore très réticente à l'utilisation de cette technique. Une reconnaissance du quasi-usufruit conventionnel serait pourtant fort utile patrimonialement bien sûr, mais aussi afin de rendre compte par conventions, de situation de fait qui témoignent de la volonté des parties d'y recourir. Exemple : en cas de succession, de vente d'un bien démembré… lorsque les enfants laissent l'entière disposition du patrimoine monétaire et financier à leur parent. Aussi nous proposons que soit reconnue législativement la possibilité de convenir d'un quasi-usufruit sur toute sorte de biens meubles et immeubles.

2 Une transmission réversible pour le donateur

a – Quelques moyens pour le donateur de récupérer ce qu'il a donné ou d'en garder la maîtrise

■ ***Garder la maîtrise de ce que le donateur a donné***

• On ne fera qu'évoquer les mécanismes sociétaires, à la fois connus et complexes dès lors qu'on les conjugue avec le démembrement de propriété, pour transmettre tout en conservant la maîtrise d'un bien immobilier bien sûr, mais aussi d'un patrimoine financier (société civile de portefeuille) voire les deux (société civile de patrimoine).

• On ne fera également qu'évoquer l'assurance-vie, certes plus limitée quant aux actifs concernés, mais offrant de multiples combinaisons de transmission ; par les modalités de souscription ou par la rédaction de la clause bénéficiaire, tout en permettant au souscripteur de conserver la plénitude de ses pouvoirs, tout du moins tant que la clause bénéficiaire n'a pas été acceptée, problème qu'il est facile d'éviter notamment par la rédaction d'un testament déposé ou rédigé chez un notaire. Nos confrères doivent être convaincus du rôle primordial de conseiller qu'ils ont à jouer sur tous les aspects civils et fiscaux de l'assurance-vie.

• On pourrait aussi évoquer le démembrement de propriété et plus particulièrement le quasi-usufruit dont on ne répètera jamais assez la souplesse

152• « *Quasi-usufruit et convention matrimoniale : dans l'intérêt de la famille* », F. PETIT, JCPN février 2006.

153• « *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur)* », F. ZENATI, Mélanges P. Catala, Lexis Nexis LITEC ; « *Les donations à terme* » M. GRIMALDI, Mélanges P. CATALA, Ed. LITEC.

qu'il occasionne en dissociant la chose de la valeur de la chose. Les clients y sont d'ailleurs beaucoup plus réceptifs que la pratique notariale. Il nous semble pourtant, et nous l'avons à maintes reprises évoqué dans ce rapport, que l'histoire juridique souffle de plus en plus vers la prise en considération prioritaire de la valeur des choses pour consacrer les droits des titulaires de la chose ; sans doute, peut on voir dans ce mouvement que l'économique prend le pas sur le juridique ou le triomphe d'un certain pragmatisme sur l'évolution des familles et du patrimoine.

• A titre d'illustration, et pour rester collé à l'actualité, nous évoquerons ici la vente d'un bien démembré (suite à une donation par exemple).

La loi du 23 juin 2006 (*nouvel art. 621)* reprend une solution juridique [154] en officialisant le principe du partage du prix de vente d'un bien démembré, sauf clause contraire permettant aux parties de reporter l'usufruit sur le prix.

Or, la répartition du prix de vente d'un bien démembré est pénalisant pour chacune des parties. Le donateur, puisqu'il perd ainsi la possibilité de réinvestir sur un bien d'égale valeur ; peu lui importe peut être la rectitude de l'évaluation économique de son usufruit : par exemple habiter sa vie durant un pavillon d'une valeur de 150 000 euros qui a une valeur au titre d'un usufruit économique de 50 %, n'a pas la même signification pour le donateur que devoir habiter un appartement d'une valeur de 75 000 euros.

Le donataire, puisqu'il se retrouve pénalisé fiscalement dans la mesure où le partage réintroduit des biens en pleine propriété dans le patrimoine du donateur ce qui aura pour effet une taxation lors de la succession, qu'il aurait pu éviter. Certes donateur et donataire peuvent vouloir malgré tout recevoir chacun la quote-part qui leur est due. Mais dans ce cas, au moins pour éviter les inconvénients fiscaux, n'est-il pas préférable alors d'envisager un quasi-usufruit sur la partie démembrée et une donation complémentaire sur la partie restant appartenir en pleine propriété au donateur ? Financièrement on arrive aux même résultats qu'une répartition du prix ; fiscalement on évite un surcroît de taxation.

On mesure ainsi tout l'intérêt qu'il y a de prévoir le report d'usufruit sur le prix, qu'il s'agisse d'un quasi-usufruit ou d'un remploi en démembrement. Surtout, et pour sauvegarder les intérêts du donateur, on ne manquera pas de prévoir une telle clause dans l'acte de donation lui-même, tout en prévoyant la possibilité d'un accord contraire lors de la vente ; en quelque sorte on renverse le principe et l'exception, et le pouvoir décisionnaire appartient cette fois-ci au donateur. [155]

154• Arrêt Cour Cass. 1re civ. du 20 août 1987.

155• Une telle clause pourrait aussi être prévue après le premier décès dans l'attestation de propriété ou dans une convention de démembrement.

■ *Récupérer ce que le donateur a donné*

Outre les cas de révocation de donation, le droit de retour permet au donateur de récupérer le bien donné en cas de prédécès du donataire. C'est là un événement familial qui change la prévision des parties en particulier lorsque la donation s'est faite en démembrement de propriété. On distingue le droit de retour conventionnel, qui ne manque pas de soulever quelques difficultés pratiques, du droit de retour légal dont la loi du 23 juin 2006 crée un nouveau cas.

• *Droit de retour conventionnel : quelques difficultés*

La clause de retour est prévue à l'article 951 du Cciv en cas de prédécès du gratifié. Il est d'usage de la stipuler pour le cas du prédécès du donataire sans postérité. Il est parfois prévu qu'elle ne fera pas obstacle aux avantages en usufruit concédés au conjoint survivant, ce qui peut être dangereux pour les parents donateurs de la nue-propriété qui se retrouveront alors en face de leur gendre ou belle-fille titulaire d'un usufruit successif. Les donateurs doivent donc être informés de la portée d'une telle clause pourtant usuelle.

– La clause de droit de retour fait jouer une condition résolutoire.

Le donateur agit en qualité de tiers, revendiquant, contre la succession du donataire, un bien censé avoir toujours été sa propriété. D'où les conséquences avantageuses pour le donateur, sur le plan fiscal car il échappe dessus à tout droits de succession que son retour s'effectue en nature [156] ou sous forme d'une créance [157] (par contre les DMTG antérieurement versés ne sont pas restitués [158]) et sur le plan civil car il lui permet de récupérer le bien, sans être tenu aux dettes, et sans que les ayants cause du donataire puissent lui opposer leurs droits. Ainsi par exemple, le droit de retour du donateur l'emporterait sur l'avantage matrimonial dont bénéficierait le conjoint survivant du donataire (sur le bien donné puis apporté en communauté), ce qui est loin d'être toujours vu et expliqué par les rédacteurs de communautés universelles avec attribution intégrale…

– Il peut être alors intéressant d'envisager une renonciation au droit de retour, mais qui ne pourrait avoir lieu après que l'événement auquel il est subordonné se soit réalisé (la renonciation constituerait une nouvelle libéralité taxable).

– Le droit de retour ne peut porter que sur les biens donnés, c'est pourquoi soit, il est prévu une clause d'interdiction d'aliéner, soit à défaut en cas d'aliénation il est prévu que le retour portera sur les biens qui en seront la

156• Réponse ministérielle JOAN 1987, p. 1329.

157• Réponse ministérielle MESLOT JOAN, 13 juillet 2004, p. 5318.

158• Dict Enr nos 3360, 3364 et 3365.

représentation. En cas de donation portant sur une somme d'argent, le droit de retour consistera en un droit de créance (chirographaire) contre le donataire. Pour éviter de rapporter la preuve d'une subrogation ou faire face à la disparition de l'argent, il pourra être judicieux dans ce cas, d'avoir prévu que le droit de retour s'exercera sous forme de créance contre la succession. Cette clause s'avérera utile, si les fonds ont été utilisés, même avec clause de remploi, dans un contrat d'assurance-vie.

Exemple : les parents ont donné à leur enfant une somme d'argent avec réserve d'usufruit et avec obligation de remploi en démembrement dans la souscription d'un contrat d'assurance vie et avec droit de retour sur le bien donné ou ce qui en serait la représentation. Au prédécès du nu-propriétaire assuré, les fonds sont revenus aux bénéficiaires désignés, soit pour l'usufruit les parents usufruitiers et pour la nue-propriété les héritiers de ce dernier (en l'occurrence sa concubine en totale mésentente avec les parents de son concubin). Malgré le remploi, le retour ne pourra jouer sur ces capitaux qui ne dépendent pas de la succession du donataire. Ces quelques difficultés rappelées, vont nous permettre de mieux cerner l'intérêt ou non, du nouveau cas de retour légal instauré par la loi du 23 juin 2006.

• *Droit de retour légal au profit des père et mère donateurs :*

La loi du 23 juin 2006 crée un nouveau droit de retour légal au profit des père et mère (de moitié chacun) sur les biens qu'ils ont donné à leur enfant pré décédé sans laisser de postérité (art. 738-2 C. civ.).

– Ce droit de retour est censé être une faveur pour les père et mère afin de compenser la suppression de leur réserve héréditaire. C'est pourquoi ce droit est d'Ordre Public : il ne peut être supprimé dans l'acte de donation ou par tout autre acte ultérieur, de quelque nature qu'il soit. Les parents ne pourront y renoncer qu'à l'ouverture de la succession car le droit de retour légal procède d'une succession anomale et le donateur réclame dans la succession un bien qu'il y a recueilli.

– D'où deux différences avec le droit de retour conventionnel.

D'une part, le retour légal est dépourvu d'effet rétroactif et au cas où le donataire aurait disposé du bien, le droit de retour ne peut jouer. Or, dans le cas de ce nouveau droit de retour, les parents pourront l'exercer en nature si c'est possible et à défaut en valeur dans la limite de l'actif successoral. On tend alors à se rapprocher du droit de retour conventionnel lorsque la donation a porté sur une somme d'argent. Cependant, le droit de retour légal sera inefficace si l'enfant a adopté une communauté universelle avec attribution intégrale : les parents ne pourront exercer aucun recours en nature ou en valeur, contrairement au droit de retour conventionnel.

D'autre part, le retour légal génère des DMTG s'il y a lieu ; il emporte obligation aux dettes ; il s'analyse en une opération de partage… Curieuse faveur pour les parents ! S'ils veulent y renoncer, par définition que lorsque la succession sera ouverte, on devra appliquer les règles fiscales applicables aux renonciations à succession.

Quid alors si dans l'acte de donation figure un droit de retour conventionnel, réunissant par hypothèse, lors du décès, toutes les conditions d'application ? Il nous semble alors que seul celui-ci jouerait (donc aucun effet pour le droit de retour légal) compte tenu de son effet résolutoire sur la donation. Décidément, le droit de retour légal des père et mère n'est pas un argument en faveur des dons manuels…

b – Quelques moyens pour le donateur de réviser ce qu'il a donné

C'est ici sans doute que l'aspiration à la réversibilité des transmissions va se manifester avec le plus d'acuité : le donateur transmet en fonction d'un certain contexte familial, patrimonial dont il perçoit dès à présent qu'il peut ou qu'il va évoluer. Il ne s'agit pas ici d'un droit de repentir qui serait prohibé comme constituant une condition potestative de la part du donateur (article 944 c. civ) mais d'un droit de révision qui va permettre au donateur, de façon unilatérale de modifier le bien donné : une telle donation est valable dès lors qu'elle ne retire pas au donataire tout ou partie du bénéfice économique qu'il retire de la donation. Les donations alternatives et facultatives en sont une illustration. Elles sont toutes deux des donations à terme ayant un double objet, à savoir que le donateur peut s'en libérer par le remise d'une chose ou d'une autre.

■ ***Donation alternative* (cf. art 1189 C. civ.)** [159]

Ici la donation porte sur une chose ou une autre et les deux choses qui forment l'objet de l'obligation sont sur un pied d'égalité. La donation de la chose, à concurrence d'une valeur déterminée a lieu dès à présent et irrévocablement, seul le transfert de propriété est retardé et entraîne une indétermination de l'objet délivré ; ainsi le donateur ne se dessaisit pas immédiatement, il demeure propriétaire. Cela peut être par exemple intéressant dans le cadre d'une transmission d'entreprise au profit d'un enfant qui travaille dans l'entreprise mais qui n'a pas encore fait ses preuves ; si tel ne s'avère pas être le cas on a pu prévoir alors que la donation porterait sur une somme d'argent

159• « *Patrimoine privé - Stratégie fiscale* », 87e Congrès des Notaires de France, nos 33 et s ; Memento Patrimoine, *op. cit.* nos 25350 et s ; « *Observations sur les donations alternatives et facultatives* », H. LECUYER, Dr Famille, 1999 chron. 6 ; « *Les obligations alternatives* », M.J. GEBLER, RTD Civ. 1969, p. 1, 96e Congrès des Notaires de France, *op. cit.,* nos 3150 et s.

par exemple. Cela peut être intéressant pour le donateur, qui disposant d'un immeuble locatif et d'un portefeuille de valeurs mobilières, ne sait pas à terme lequel de ces deux placements il conservera : il a donné tout en gardant la possibilité d'aliéner.

C'est ici d'ailleurs, qu'il faut souligner que le choix du bien à délivrer, au terme fixé, appartient au donateur ou bien au donataire suivant les termes de la donation. Au surplus, le terme peut être fixé après le décès du donateur (et si l'option appartenait à celui-ci, il faudra prévoir peut être, sa transmission à ses ayants droits). Ainsi, une telle donation peut être intéressante si l'on anticipe une fluctuation de valeur différente des deux biens objet de l'obligation. C'est qu'en effet le régime fiscal d'une telle donation est très intéressant, puisqu'il y a taxation, au jour de la donation, sur la valeur d'un bien lorsqu'ils sont d'égale valeur, et en cas contraire sur le bien dont la valeur est la plus faible, estime la doctrine (avec complément de taxation, évalué au jour de la donation, s'il s'avère que c'est le bien ayant une valeur supérieure qui est finalement transmis), sans complément de taxation le jour de la remise.

■ ***Donation facultative***

Ici la donation porte sur une chose en principal délivrée à terme, avec faculté de se libérer de son obligation de délivrance, en en remettant une autre que celle prévue initialement ; la remise d'une autre chose, n'est donc qu'une facilité de paiement. Dès lors, la propriété de la chose est immédiatement transférée et les DMTG sont perçus au moment de la donation.

CONCLUSION

Comme l'a si justement écrit F. LUCET [160], « *consentir une libéralité c'est en effet donner à la fois un bien et un rendez-vous* ».

Rendez-vous familial tout d'abord par lequel le disposant par son autorité et son intime connaissance de ceux qui l'entourent, va donner toute sa mesure aux solidarités qui unissent son clan ; c'est lui qui récompensera les uns, bannira les autres au nom d'une certaine équité familiale dont lui seul connaîtra le prix, dont lui seul ressentira le fragile équilibre complexe et parfois reposant sur des non-dits, à peine perceptible, volontairement ou non, des comptables et autres normatifs, à peine décodable du juriste, à peine appréhendable du législateur.

Rendez-vous social ensuite par lequel le Législateur tente de redonner toute sa plénitude à ses flux patrimoniaux au sein de la famille, véritable économie souterraine qu'il tente d'appréhender, de canaliser, de favoriser, conscient que l'allongement de la durée de vie nécessite une organisation des transferts intergénérationnels descendant afin de compenser les transferts intergénérationnels ascendants (retraites, impôts…). L'incitation a été largement fiscale ces dernières années, elle se pérennise enfin sous une forme juridique, la loi du 23 juin 2006 en étant sans doute l'apothéose. A de multiples égards, elle témoigne de la confiance du législateur en notre profession.

Rendez-vous notarial alors car c'est à nous qu'il incombe de faire preuve d'audace, d'imagination, afin de remplir notre mission de service public auprès de nos clients. Osons l'écoute attentive régulière et renouvelée de nos clients ; osons l'acte sur mesure loin de ces modèles standardisés réduits au plus petit dénominateur commun ; osons la mise en œuvre de notre technicité par une cuisine stratégique des ingrédients législatifs qui nous sont offerts ; osons enfin fièrement être le notaire de ces familles, elles sont demandeuses de la signature d'un tel pacte…

Le rendez-vous est pris !

FRÉDÉRIC PETIT

160• « *La remise en cause des transmission de patrimoine* », Rép. Def. 1995, art. 36012.

FLUX
FLUX
PATRIMONIAUX
FLUX
PATRIMONIAUX
FLUX
FLUX
SUCCESION
FAMILLE
PATRIMOINE
ECONOMIE

TROISIÈME PARTIE

Les conséquences de l'allongement de la durée de la vie sur la réserve héréditaire

Agnès COUZINIER

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Notaire assistant à Meudon (92)
Diplôme Supérieur du Notariat de Paris
D.E.S.S. droit notarial (Paris XII Saint-Maur)
Ancienne Présidente de la Conférence des Notaires Assistants de Paris (CNAP)

La réserve héréditaire

Introduction

La réserve héréditaire est un sujet débattu au sein du Mouvement Jeune Notariat. Avant le vote de la loi du 23 juin 2006, le Député Rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale, M. Sébastien HUYGHE, a auditionné une délégation du Mouvement Jeune Notariat qui était composée de son Président, de Grégory BETTA, Rapporteur général du Congrès, de Stéphanie ARNAUD et d'Agnès COUZINIER.

Le disposant peut en principe choisir librement ceux qui seront appelés à recueillir sa succession au sein ou en dehors de la famille. Cette liberté se manifeste à la fois par la possibilité d'instituer de son vivant ou à cause de mort la personne de son choix par donation ou par legs. Cette faculté d'instituer entraîne par là même une faculté d'exclure certaines personnes à la succession, soit tacitement (l'exclusion résultant par exemple de la désignation d'un légataire universel), soit expressément dans des dispositions de dernières volontés. Cependant, qu'il institue ou qu'il exclue, le disposant trouve sa capacité limitée par l'institution de la réserve.

La réserve est une institution majeure du droit successoral français, qui fait défense au *de cujus* de disposer d'une partie de ses biens par des libéralités adressées à d'autres, afin de les réserver à certains héritiers appelés réservataires. La réserve est ainsi un instrument de conservation des biens dans la famille, des biens eux-mêmes ou de la fortune, selon que les libéralités excessives sont réductibles en nature ou en valeur. Elle a ainsi pour rôle de protéger certains membres de la famille contre la volonté du de cujus, et entame en conséquence la liberté de ce dernier.

L'article 912 du C. civ. est ainsi rédigé :

> « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent.

> La quotité disponible est la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités. »

La réserve héréditaire du Code civil a des racines historiques profondes, et puise son régime à la source de la « l*égitime* » des pays de droit écrit et de la réserve coutumière. La « l*égitime* » restreignait la liberté de tester du disposant dans un système de succession testamentaire au profit des parents les plus proches. Ces proches parents, notamment les héritiers en ligne directe, bénéficiaient à ce titre en cas de libéralité excessive d'une créance contre la succession. La légitime était « *pars bonorum* ». La réserve coutumière rendait en revanche indisponible une fraction de la succession qui était dévolue par l'effet de la loi aux héritiers désignés par elle. Elle était à l'inverse « *pars hereditatis* ». C'est le système de la légitime des pays de droit écrit qui a été adopté par les rédacteurs du Code civil. La réserve y apparaît comme l'expression d'un devoir familial posthume. Dans cette logique, il appartient à la loi de fixer les règles de la dévolution successorale, afin de protéger la cohésion familiale et de faire respecter les principes régissant le groupe familial.

La réserve est également l'expression d'un devoir d'assistance existant entre proches parents qui se traduit essentiellement par une obligation alimentaire. C'est en ce sens une obligation de solidarité entre parents. Elle est ainsi une manifestation de l'Ordre Public puisqu'elle borne la faculté de disposer d'une personne jouissant d'une entière capacité, en limitant la plénitude de sa propriété et de sa liberté contractuelle. La réserve peut enfin avoir la fonction d'un garde-fou contre une volonté dont on redoute l'arbitraire ou la faiblesse.

Le Code civil a su évoluer à travers différentes grandes réformes de la dévolution, et trouver un point d'équilibre entre l'Ordre Public et la liberté. La notion de réserve a évolué en parallèle, et n'a plus aujourd'hui un rôle aussi marqué et aussi fort qu'à l'époque de sa création. Ainsi, si au départ la réserve était uniquement en nature, elle peut être aujourd'hui en valeur, et sera essentiellement en valeur le 1er janvier prochain. Ce point est important pour des raisons d'ordre économique, car l'institution de la réserve a parfois entravé la libre circulation des biens ou la libre transmission de l'entreprise familiale lorsque celle-ci constitue l'essentiel du patrimoine du *de cujus*. La réduction en valeur permet alors au gratifié de payer une indemnité tout en conservant le bien. De même la loi a essayé de prendre en compte les affections du *de cujus*, en limitant dans un premier temps le seuil des successibles au 6e degré et non plus au 12e, en assimilant par étapes successives les parents naturels aux parents légitimes, en promouvant sans cesse le conjoint, jusqu'à en faire avec la loi du 3 décembre 2001 un héritier réservataire…

Cela correspond en réalité à l'évolution de la famille qui s'est elle-même transformée. Ainsi l'on a vu se substituer la famille-foyer plus étroite à la famille-souche, la consécration de la famille naturelle aux côtés de la famille légitime.

Cependant, cette institution ancienne, ignorée dans de nombreux pays, est souvent contestée. Certains dénoncent les restrictions qu'elle apporte à la liberté de disposer de ses biens ; d'autres mettent en exergue la facilité avec laquelle elle peut être contournée, notamment par le recours à l'assurance-vie ou à des techniques issues des régimes matrimoniaux. S'est finalement posée la question de l'opportunité de conserver de nos jours la réserve héréditaire. Est-elle toujours adaptée à notre société actuelle, dont l'allongement de la durée de vie, la baisse des natalités, les recompositions familiales ont bouleversé ses fondements mêmes ?

A l'occasion d'une réforme en profondeur du droit des successions et des libéralités votée le 23 juin 2006 (Loi n° 2006-728), le législateur a très nettement porté atteinte à cette institution, tout en refusant de la supprimer en totalité.

On verra que si la protection des héritiers justifie les contours actuels de la réserve (I), la liberté de disposer justifie cependant certaines atteintes à la réserve (II).

I La protection des héritiers justifie les contours actuels de la réserve

Le rôle essentiel de la réserve réside dans la protection de certains héritiers. A travers l'étude des bénéficiaires de cette réserve, on en déterminera les principales caractéristiques et la justification de cette institution incontournable en droit français. Tous les héritiers ne sont pas réservataires. S'appuyant sur les fondements ci-dessus exposés, le Code civil n'a reconnu cette qualité qu'aux parents en ligne directe, envers qui le devoir d'assistance est le plus vif : aux descendants (art. 913) et jusqu'à la fin de l'année 2006 aux ascendants (art. 914). Ainsi le domaine de la réserve correspond à celui de l'obligation alimentaire. Peu importe le degré de parenté : tous les descendants sont réservataires (enfants, petits-enfants…), comme tous les ascendants (parents, grands-parents…). Peu importe également la nature de la parenté : légitime, naturelle ou adoptive. Il s'agit donc d'une réserve profitant aux parents en ligne directe (A). Cependant, suite aux changements essentiels de la structure familiale de ces dernières années, le conjoint a pris une place de plus en plus importante justifiant qu'il lui soit aujourd'hui accordé un droit à réserve (B).

A Les bénéficiaires originels de la réserve héréditaire

1 La réserve des descendants

Les articles 913 et 913-1 du Code civil accordent la qualité d'héritier réservataire à tous les descendants du *de cujus*. Il est indispensable cependant que le descendant vienne effectivement à la succession du défunt pour pouvoir se prévaloir de son droit à réserve. Cela suppose qu'il vienne en rang utile et ne soit pas primé par un autre descendant d'un degré plus proche, qu'il ne soit pas indigne de succéder au *de cujus* (art. 727), et qu'il n'ait pas renoncé à la succession.

Aux termes de l'article 913, le taux de la quotité disponible et donc corrélativement celui de la réserve varie selon le nombre d'enfants ainsi qu'en fonction de la qualité du gratifié (conjoint ou autres). La quotité disponible sera de moitié en présence d'un enfant, un tiers s'il laisse deux enfants, un quart s'il en laisse trois ou plus. La loi s'attache ainsi au nombre d'enfants du *de cujus* et non au nombre de descendants appelés à la succession. Il en résulte que le taux de la réserve est déterminé en fonction du nombre de souches : en présence de petits-enfants venant à la succession par représentation de l'enfant du *de cujus*, ils « *ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant* » (art. 913-1). Au sein de chaque souche, s'opère ensuite un partage par branche puis par tête. L'égalité entre les enfants est ainsi respectée.

Le cas du renonçant a posé problème quant au calcul du taux : faut-il le prendre en compte fictivement pour le calcul ou non ? En l'état actuel du droit, et ce depuis un arrêt rendu par la Chambre civile le 18 février 1818, la Cour de cassation considère que le renonçant doit compter pour la détermination du taux de la réserve. Cette solution est singulière puisqu'elle contredit le principe selon lequel l'héritier renonçant est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Elle résultait du caractère collectif de la réserve, et s'appuyait sur l'idée que la quotité disponible était figée au décès. Elle était cependant critiquée dans la mesure où elle altérait la liberté de disposer du *de cujus* au profit d'une personne renonçant au droit qui lui était réservé.

La loi du 23 juin 2006 prévoit désormais que l'enfant renonçant ne sera pas représenté et donc plus pris en compte pour le calcul de la réserve (article 913 nouveau).

Plus que le principe de la réserve, c'est le taux de la réserve qui a souvent été critiqué. Si elle constitue une entrave à la liberté de tester du *de cujus*, on a vu qu'elle protège par ailleurs l'intérêt de la famille. Elle protège également la liberté individuelle de l'héritier face aux éventuelles pressions extérieures.

Le taux de la réserve peut varier en présence du conjoint survivant héritier *ab intestat* ou bénéficiaire d'une libéralité entre époux. En effet, en présence du conjoint survivant, la réserve des descendants peut être diminuée soit par application de la loi lorsque le conjoint survivant optera pour la totalité de la succession en usufruit, la réserve ne pouvant alors être servie aux descendants qu'en nue-propriété, soit lorsque le conjoint a été gratifié, bénéficiant alors d'un choix qu'il devra effectuer en application des règles de l'art. 1094-1 du C. civ. Cet article énonce qu'en présence de descendants, la quotité disponible entre époux est égale soit au disponible ordinaire (ce qui n'entraîne pas de variation de la réserve), soit à un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit, soit à la totalité en usufruit.

Généralement, la réserve des descendants se trouve donc diminuée de l'usufruit du conjoint, cette privation de jouissance pouvant durer longtemps compte tenu de l'allongement de la vie, voire très longtemps dans le cas d'un prédécès accidentel ou si les époux avaient une grande différence d'âge.

Se posent alors des conflits de gestion, pouvant conduire à des situations de blocage, les intérêts des parties n'étant pas nécessairement convergents. Consciente de ces dangers, la loi a prévu deux mesures protectrices du descendant nu-propriétaire :

• La première tient en une faculté que leur reconnaît l'art. 1094-1 du C. civ. d'obtenir la conversion de l'usufruit du conjoint en une rente viagère. Cette mesure tend à supprimer ainsi l'usufruit du conjoint pour permettre aux descendants de récupérer sans délai la jouissance des biens successoraux. Mais attention : ce droit ne doit pas porter atteinte au droit du conjoint sur le local constituant la résidence principale ainsi que sur les meubles meublants le garnissant. Par ailleurs, l'usufruit doit porter sur plus de la moitié des biens de la succession. On remarquera cependant que cette mesure rencontre peu de succès en pratique.

• La seconde précaution tient au risque que l'usufruitier ne soit un mauvais gestionnaire ou n'excède ses droits en disposant du bien. L'art. 1094-3 permet aux descendants de prendre certaines mesures conservatoires : faire dresser inventaire des meubles et un état des immeubles notamment. Cependant, ces mesures ont pour conséquence de limiter la liberté de gestion du conjoint, et la pratique notariale tend de plus en plus à faire renoncer les descendants à prendre ces mesures lorsqu'ils acquiescent à l'option du conjoint.

2 La réserve des ascendants

En l'état actuel du droit, tous les ascendants sont protégés par l'institution de la réserve héréditaire comme les descendants. L'art. 914 du C. civ.

fixe la quotité disponible à la moitié si le de cujus laisse des ascendants dans les deux lignes, paternelle et maternelle, et aux trois quarts s'il n'en laisse que dans une seule ligne. Corrélativement, la réserve est d'un quart par ligne.

Nous avons tous ressenti de la part de nos clients le besoin d'une plus grande liberté testamentaire, surtout en l'absence de descendants. En effet, il existe une grande diversité de situations dans lesquelles le lien affectif prime. Actuellement, si l'on veut donner tous ses biens à la personne de son choix, on se heurte comme on vient de l'indiquer à la réserve des ascendants. C'est pourquoi sa réduction voire sa suppression a été souvent évoquée, notamment lors du Congrès des Notaires de France qui s'est tenu à La Baule en 1988, puis lors du Congrès de Marseille en 1999. Le projet de réforme des successions de 1995 prévoyait une réserve héréditaire des ascendants en pleine propriété mais diminuée car ne pouvant excéder un quart en pleine propriété, et non un quart par ligne paternelle ou maternelle.

La loi du 23 juin 2006 a finalement pris le parti de supprimer la réserve héréditaire des ascendants (art. 914, 914-1 et 916 du C. civ. – art.12 de la loi).

Cette restriction à la liberté de disposer ne paraissait en effet plus justifiée pour les raisons suivantes :

• elle ne favorise pas la transmission des biens aux générations qui consomment le plus ;

• elle est souvent mal vécue par certains conjoints lors des successions, notamment s'agissant de familles au sein desquelles les liens entre le défunt et les ascendants étaient distendus ; ou encore lorsque le patrimoine de l'enfant prédécédé est composé pour une part importante du produit de son industrie ;

• elle n'était pas toujours utile, l'ascendant ayant constitué son propre patrimoine ; et les biens donnés entre vifs étant le plus souvent protégés par une clause de retour conventionnel.

Cette suppression n'est pas sans conséquence. Avec l'allongement de la durée de la vie, les cas de succession avec des ascendants privilégiés seront de plus en plus fréquents. Par ailleurs, avec la baisse de la natalité, les cas de succession avec des ascendants seuls en présence du conjoint survivant sont en nette augmentation. Tout cela converge vers l'émergence de situations qui peuvent devenir préoccupantes si les pères et mère disposent de ressources insuffisantes.

Deux techniques sont susceptibles de leur garantir un minimum :

• L'obligation alimentaire : les parents peuvent réclamer des aliments à leurs autres enfants (art. 205 C. civ.), voire au conjoint du défunt (art. 206 C. civ.), précision faite que cette obligation alimentaire ne pèse sur lui que jusqu'à son décès et n'est pas transmissible. C'est là cependant une conséquence fâcheuse de la suppression de la réserve héréditaire qui peut faire sup-

porter au conjoint survivant l'obligation alimentaire au profit de ses beaux-parents. Cette idée étant par ailleurs peu conciliable avec les recompositions familiales. En effet, si le conjoint se remarie sous un régime de communauté, il engagera automatiquement la communauté. Ensuite, comment garantir l'exercice des droits alimentaires ? Cette obligation ne présentera aucune sécurité pour les pères et mères en cas d'insolvabilité du débiteur.

Enfin la mise en œuvre de cette obligation est plus complexe que le droit successoral. Elle nécessitera notamment que l'on apprécie l'état de besoin des pères et mères, et l'état de ressources du conjoint.

• La deuxième technique serait une réserve en usufruit. Cette proposition a été évoquée pour la première fois au Congrès de Marseille en 1999, avant la réforme des droits du conjoint survivant. L'idée des rapporteurs était déjà d'augmenter les droits en usufruit du conjoint survivant (ce qui a été fait avec la loi du 3 décembre 2001) et de remplacer la réserve d'un quart en pleine propriété par ligne en une réserve systématique en usufruit. Rappelons qu'aux termes de l'art. 1094 du C. civ., l'époux peut déjà « *(…) disposer en faveur de son conjoint 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* ».

Dans ce cas précis, la réserve est déjà conçue comme une optique alimentaire. Réduite à un usufruit, elle peut certes assurer des ressources aux ascendants vieillissants, mais non la conservation des biens dans la famille. Par ailleurs, on constate que ces deux techniques tendent à garantir des ressources aux ascendants démunis, mais la réserve destinée à l'origine à conserver les biens dans la famille par le sang perd sa fonction initiale. C'est probablement pour cette raison majeure que le législateur a choisi de la supprimer.

Pour pallier à cette conséquence inévitable, le législateur a accordé aux ascendants un droit de retour légal en nature ou à défaut en valeur, sur les biens donnés en avancement de part successorale à leur enfant prédécédé sans postérité (art. 738-2 nouveau du C. civ. – art. 22 de la loi). Mais ce droit de retour légal ne porte que sur une quote-part de moitié fixée par l'art. 738-1 nouveau du C. civ.

Pour le Professeur GRIMALDI, la nature de cette nouvelle imputation s'analyse comme une forme d'attribution préférentielle, laquelle s'exécute en nature, et si le bien a été aliéné en valeur, dans la limite de l'actif successoral.

Mais si le bien n'existe plus, cela emporte une conséquence majeure : désormais, en application de l'art. 738-2 nouveau du C. civ., on ne peut pas priver l'ascendant donateur du droit de retour légal, même par legs universel, ce qui peut sembler être la contrepartie de la suppression de la réserve héréditaire des ascendants.

B L'extension de la réserve au conjoint survivant

La réserve telle que prévue dans le Code civil de 1804 n'est fournie qu'aux seuls héritiers A cette époque, le conjoint ne faisait pas partie des héritiers. Il a fallu attendre 1891 pour que le législateur lui accorde un usufruit légal.

Elle revêt par ailleurs un caractère collectif, ce qui signifie qu'une part d'hérédité est attribuée collectivement à tous les bénéficiaires. Ella a pour souci essentiel la protection de « *la destination lignagière de l'hérédité* » et le maintien de l'égalité entre les héritiers. Elle les préserve contre les tiers. Au vu de ces différents fondements classiques, on mesure combien il est difficile de faire bénéficier de la réserve le conjoint survivant : il n'appartient pas à la famille par le sang, et le souci de son égalité avec les autres héritiers n'a pas de sens. De plus la singularité du conjoint s'accommode mal du caractère collectif de la réserve. Classiquement depuis 1891, on ne reconnaissait qu'un droit impératif au conjoint survivant : la pension alimentaire du conjoint dans le besoin contre la succession.

Comment justifier alors l'attribution d'une réserve ?

Elle pourrait revêtir un caractère alimentaire : le problème est que la vérification serait complexe, et elle ferait alors double emploi avec l'actuelle obligation alimentaire. Elle pourrait résulter « *d'un devoir personnel et social à la fois de chacun envers ses proches parents* » (PLANIOL et RIPPERT, *Droit civil français*, T. 4 et 5). Il apparaît, ainsi que le souligne Mme de ROTON-CATALA dans sa thèse, que le public estime « *nécessaire d'équilibrer la protection des enfants et celle du conjoint survivant par de justes mesures garantissant la subsistance du second et les droits des premiers* ». Ce serait en sorte une « *obligation posthume* » née du mariage.

Il est intéressant de se tourner vers nos voisins afin d'étudier la manière dont ils ont assimilé le conjoint survivant dans l'ordre des héritiers, faisant de lui, selon les cas, un héritier réservataire.

Commençons par les pays où le conjoint survivant est reconnu comme héritier réservataire d'une quote-part en pleine propriété :

• **L'Allemagne** : dans ce pays, le droit à la réserve implique une limitation à la liberté de tester. Il appartient aux descendants, aux parents et au conjoint du défunt (art. 2203 du BGB). La réserve s'élève à la moitié de la valeur de la part héréditaire *ab intestat*, sachant que : les héritiers du premier ordre sont les descendants, qui succèdent par parts égales et par souche, les héritiers du second ordre étant les père et mère et s'ils sont décédés leurs descendants venant par représentation. Le conjoint survivant est également réservataire, et ses droits sont d'un quart des biens composant la succession en présence de descendants,

moitié s'il vient en présence d'héritiers du second ordre. Cette réserve présente la particularité d'être une réserve en valeur et non en nature, il s'agit plutôt d'une réclamation pécuniaire, et il serait plus exact de qualifier le réservataire du droit allemand de créancier réservataire, puisqu'il lui est reconnu un droit obligataire à paiement contre l'héritier testamentaire qui conservera les biens légués mais devra verser au réservataire une somme égale à sa part de réserve.

• **Le Portugal** : Il s'agit de la succession « *legitimaria* », les réservataires sont dénommés « *heredeiras legitimarias* » (art. 2156 du C. civ.). Les bénéficiaires sont le conjoint, les descendants et les ascendants (art. 2157). S'il n'y a que le conjoint comme hériter réservataire, sa réserve est de moitié de la succession (art. 2158). S'il concourt avec des descendants ou ascendants, la réserve est de deux tiers, la division s'opérant dans les proportions prévues en matière de succession *ab intestat*, c'est-à-dire partage entre conjoint et partage par tête, le conjoint ayant cependant droit à un minimum d'un quart de la succession (art. 2139). Si le défunt n'a laissé comme réservataire que des descendants, la réserve est de moitié s'il n'y a qu'une ligne, deux tiers s'il y en a plusieurs. (Art. 2159)

• **L'Italie** : Le système italien de succession est resté fidèle aux principes fondamentaux de l'archétype du droit romain, plus que le système français. Les réservataires sont le conjoint, les enfants et à défaut de ces derniers les ascendants. Les art. 537 et suivants du C. civ. indiquent les différentes quotités du patrimoine du défunt revenant aux réservataires.

Le conjoint (art. 540 et s.) a droit :
– à la moitié du patrimoine du défunt s'il n'est pas en concours avec d'autres réservataires ou s'il est en concours avec les ascendants ;
– à un tiers s'il est en concours avec un enfant ;
– à un quart s'il est en concours avec plusieurs enfants.

Il bénéficie en plus du droit d'habiter dans la maison qui constitue la résidence familiale et d'utiliser les meubles qui la garnissent. Ces droits sont réels (art. 1021 et s.). On ne peut y déroger.

Les enfants ont des droits identiques entre eux. (art.537). S'il y a un enfant, il a droit à la moitié du patrimoine, sauf s'il est en concours avec le conjoint survivant, ses droits sont alors réduits au tiers. S'il y a plusieurs enfants, ils ont droits aux deux tiers du patrimoine à se répartir en parts égales, mais s'ils sont en concours avec le conjoint survivant, leurs droits sont réduits à la moitié. Les ascendants légitimes n'ont droit à une part de réserve que s'il n'y a pas d'enfants. S'ils sont en concours avec le conjoint, ils n'ont droit qu'à un quart du patrimoine, sinon un tiers.

D'autres pays n'ont accordé des droits au conjoint qu'en usufruit.

• **La Belgique** : Dans ce pays, les descendants, les ascendants lorsqu'ils sont héritiers et le conjoint survivant sont réservataires. La réserve des descendants est de moitié si le défunt laisse un enfant, de deux tiers s'il laisse deux enfants, de trois quarts s'il laisse trois enfants ou plus. La réserve du conjoint survivant est, quels que soient le nombre et la qualité des autres héritiers, de la moitié de la succession en usufruit.

• **L'Espagne** : ce pays présente une particularité intéressante : en effet, il existe deux restrictions à la liberté de tester : la réserve légale (*la legitima*) ; les autres réserves (*art. 811 et 968 du C. civ.*).

Sont héritiers réservataires :

– les enfants ou descendants par rapport à leurs parents et descendants ;
– à défaut des précédents, les parents et ascendants ;
– la veuve ou le veuf dans la forme et la mesure établie par le Code civil.

1• *La réserve légale des enfants* est constituée de deux parts représentant chacune un tiers de l'avoir successoral du père et de la mère. Ces derniers pourront disposer de l'une de ces deux parts qui constituent la réserve légale (legitima) pour l'utiliser comme amélioration (*mejora*) en faveur de leurs enfants ou descendants. La troisième part restante sera alors à leur libre disposition (quotité disponible ou « *tercio* de libre disposition »)

La réserve légale est définie à l'*art. 806* comme étant « *la partie des biens dont le testateur ne peut disposer parce que la loi la réserve à des héritiers déterminés appelés héritiers réservataires* ».

La notion est différente de celle du droit français car ce n'est pas une part réservée de la succession *ab intestat*, mais plutôt une limite posée à la liberté de disposer par donation ou testament. Elle doit être payée en biens successoraux sauf exception. L'action en réduction vise donc à la restitution *in natura* de l'excès réductible A défaut d'enfants ou de descendants, la réserve légale des ascendants est constituée de la moitié de l'avoir successoral des enfants et descendants sauf dans le cas où le conjoint survivant vient en concours, auquel cas la réserve sera d'un tiers de la succession (*art. 209*) Il s'agit donc d'une réserve à quotité variable.

Enfin le conjoint est réservataire, mais sa réserve est toujours en usufruit, et variable selon qu'il vient en concours avec d'autres réservataires et selon le degré de ces derniers (*art. 834, 837-1 et 838-2*). Cet usufruit peut-être converti à la demande des héritiers en rente viagère, produits de biens déterminés ou capital en espèce (*art. 839*). Outre cette réserve, le veuf ou la veuve qui conclut un second mariage sera tenu de réserver aux enfants et descendants du premier mariage la propriété de tous les biens qu'il ou elle aura acquis de son précédent conjoint par libéralités.

2• *Amélioration de la réserve* (*la* « mejora »)

C'est une institution typique du Code civil espagnol provenant de l'ancien droit castillan. Cette institution suppose que dans le cadre de la réserve légale, soit attribuée une plus large marge de manœuvre à l'autonomie de la volonté du *de cujus*.

En résumé :

– un tiers de la succession doit être attribué par tête (et le cas échéant par souche) entre les héritiers réservataires sans que l'auteur puisse modifier ces proportions ;
– un second tiers est laissé à la libre disposition de l'auteur pour être distribué à son gré à ces mêmes héritiers ;
– le dernier tiers est laissé à la libre disposition du *de cujus*.

Ce système, certes un peu complexe, réalise un bon compromis entre la protection de la famille et la liberté de disposer.

Enfin certains pays ne reconnaissent pas l'institution de la réserve, privilégiant la liberté de tester.

• **La Grande-Bretagne** : Le droit anglais ne connaît pas la notion de réserve héréditaire. Tout individu majeur et capable est libre de disposer de ses biens au profit du ou des bénéficiaires de son choix, sans limitation liée à l'existence d'héritiers réservataires. Seule limite à ce principe : si le *de cujus* est décédé en Grande-Bretagne, toute personne en état de dépendance financière à son égard (conjoint, enfant, voire même concubin vivant avec lui depuis plus de deux ans) peut demander au tribunal une part dans la succession du *de cujus* qui aurait négligé de « *pourvoir raisonnablement à ses besoins* ». Cette règle d'Ordre Public suscite une importante jurisprudence.

• **Le Canada** : Le droit civil québécois : cet exemple est retenu dans le cas présent car cet Etat mélange les règles issues du droit anglais et celles d'influence française. La liberté des testateurs québécois n'est pas limitée. C'est un principe importé du droit anglais. En effet, les Québécois peuvent toujours déterminer de quelle façon seront dévolus leurs biens à leur décès, et ce, sans que leur liberté de tester ne soit limitée par une réserve héréditaire qui les empêcheraient de disposer d'une portion de leurs biens « *au nom de la solidarité familiale et de l'égalité* ». Cependant avec les années, cette liberté a été quelque peu remise en question, particulièrement par la doctrine, afin de protéger certains membres de la famille du testateur.

Deux restrictions sont récemment apparues :
– la prestation compensatoire : elle a pour but de compenser l'injustice économique subie pendant le mariage ou l'union civile par un des conjoints qui a enrichi, par son apport, le patrimoine de l'autre conjoint. C'est à la fois une mesure d'équité et une application de la théorie de l'enrichissement sans cause dans un contexte matrimonial. Elle ne confère cependant aucun droit réel dans les biens du défunt, mais diminue d'autant la valeur du patrimoine du défunt.
– Le patrimoine familial : sorte de communauté sur certains biens déterminés, qui est partagée à parts égales entre le conjoint et les héritiers.

Enfin les dispositions législatives sur l'obligation alimentaire sont celles qui restreignent le plus la liberté testamentaire du Québécois.

La France apparaît donc comme le pays le plus « *frileux* » des pays de droit latin, n'accordant aucune réserve au conjoint en présence de descendants. La commission de réforme du Code civil avait proposé une part de réserve égale à celle d'un enfant avec un minimum d'un quart. Cette solution peut sembler quelque peu attentatoire aux intérêts des descendants auxquels les Français sont très attachés. Par ailleurs, cette réserve en pleine propriété n'assure pas au conjoint la substance dont il a en général besoin. Elle autorise en outre le transfert de patrimoine entre familles qui n'est pas nécessairement souhaité. L'inconvénient ne réside pas ici dans le détournement des biens de famille mais dans le transfert des biens acquis par une famille au sein d'une première union et transmis au second conjoint et ses descendants.

Enfin, les rapporteurs du Congrès des Notaires de Vittel en 1955 ont vu dans l'instauration d'une réserve héréditaire une incitation au divorce.

Pour le Professeur MALAURIE, « *ajouter à la réserve des descendants celle du conjoint… serait une nouvelle incitation au divorce : la perspective d'une réserve inciterait à rompre un mariage qui ne serait pas pleinement harmonieux* » (Conférence de la famille 1996).

Il serait alors envisageable d'écarter une réserve en pleine propriété en présence de descendants au profit d'une réserve en usufruit, à l'image de celle existant en Belgique ou en Espagne, moins pénalisante pour la descendance. Elle aurait pour vertu d'assurer au conjoint la subsistance dont il peut avoir besoin et de le maintenir dans son confort de vie. Et elle assurerait le maintien des biens dans la famille par le sang. Il serait même concevable d'envisager un système mixte, en opérant une distinction entre les biens propres dont il semble normal qu'ils restent dans la famille de son propriétaire, et sur lesquels le conjoint pourrait bénéficier d'un usufruit, et les biens de communauté ou d'indivision acquis au cours du mariage grâce aux efforts conjoints

des époux et sur lesquels le conjoint survivant pourrait exercer des droits à réserve en pleine propriété. Cette solution est alléchante en théorie, elle paraît cependant compliquée à mettre en œuvre en pratique, notamment pour la détermination de l'assiette.

En présence d'ascendants, le cas de figure est différent puisque, le défunt laissant des ascendants pour lui succéder n'a par définition pas encore hérité et laisse un patrimoine essentiellement composé d'acquêts (et si des donations sont intervenues le droit de retour légal ou conventionnel aura joué). Dans l'ordre supposé des affections du défunt, la position du conjoint survivant apparaît plus forte que face aux descendants, ce qui fonderait d'autant le droit à une réserve. En outre, le conjoint ne possède pas d'action alimentaire personnelle à l'encontre des ascendants.

Aussi il paraît envisageable d'instaurer une réserve au profit du conjoint survivant à double détente :

– en présence de descendants, elle serait en usufruit, et en présence d'enfants de lits différents, elle serait limitée à l'usufruit des biens communs ou indivis avec le *de cujus*.
– En présence d'ascendants, elle serait d'une quote-part en pleine propriété, qui pourrait être de la moitié, conformément au droit actuel *ab intestat* qui s'est renforcé avec la dernière loi du 23 juin 2006 ayant retiré aux ascendants leur qualité d'héritier réservataire.

Cette différence entre réserve en usufruit et réserve en pleine propriété se justifie d'autant plus que dans le premier cas, la réserve du conjoint est prise sur celle des descendants, tandis qu'en présence des ascendants, elle est prise sur la quotité disponible.

Le législateur, après bien des interrogations légitimes sur leur contenu, a choisi d'assurer la promotion du conjoint survivant dans l'ordre des successibles en lui ouvrant également des droits intangibles qui ne sont pas susceptibles d'exhérédation. Cette décision est récente puisqu'elle résulte de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 et a été longtemps controversée.

Le conjoint survivant est désormais placé plus favorablement dans l'ordre successoral. Il n'a cependant pas paru concevable qu'il soit réservataire en présence de descendants ou d'ascendants. Aussi, le nouvel art. 914-1 du C. civ. n'accorde-t-il au conjoint survivant qu'une réserve subsidiaire, à défaut d'autres héritiers réservataires.

Ainsi : « *Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts des biens si, à défaut de descendant et d'ascendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps.* »

Le législateur a été plus loin en contournant le droit successoral via le droit des régimes matrimoniaux. Et c'est ainsi que la loi du 3 décembre 2001 a consenti au conjoint successible deux droits distincts sur le logement qu'il occupait effectivement à titre d'habitation principale à l'époque du décès, dont l'un est impératif et effet direct du mariage. Ainsi le conjoint survivant a droit à la jouissance gratuite du logement pendant un an à compter du décès. Et si le logement est loué, la succession devra lui rembourser les loyers payés. Il s'agit d'un effet du mariage d'Ordre Public dont on ne peut le priver et en ce sens il s'apparente à un « *régime matrimonial primaire à cause de mort* ». Les époux ne peuvent pas y faire obstacle, même par des dispositions à cause de mort. Ainsi, à supposer que le *de cujus* ait légué le logement, le legs ne pourra pas nuire à l'exercice de ce droit. De plus, s'agissant d'un droit matrimonial et non successoral, il n'est pas taxable sur le plan fiscal, il n'est pas lié à l'option du conjoint dans la succession ni à son éventuelle exhérédation, et ne peut en rien être réduit pour cause d'excès. En revanche, le droit viager au logement, complément temporel au droit temporaire au logement est de nature successorale mais non réservataire, et ce droit n'est pas d'Ordre Public.

II La liberté de disposer justifie certaines atteintes à la réserve

La notion de réserve a beaucoup évolué ces dernières décennies. Comme il a été vu, si l'on reste attaché à la protection minimale des héritiers, comme dans de nombreux domaines du droit, le législateur tend à renforcer par ailleurs la liberté du disposant, réglementant certaines atteintes (B), tout en assouplissant les règles de protection de la réserve (A).

A Assouplissement des mécanismes de protection de la réserve

La protection de la réserve n'est pas assurée par la nullité des libéralités excédant la quotité disponible, mais par la réduction à cette quotité lors de l'ouverture de la succession. La réduction peut être soit en valeur, ce qui permet au gratifié de conserver la propriété du bien donné ou légué moyennant le versement d'une indemnité compensatrice de l'excès, soit en nature, ce qui permet aux héritiers réservataires de récupérer ou de conserver les biens qui ont été donnés ou légués. La réserve étant l'expression de l'Ordre Public successoral, les règles qui la protègent sont impératives. Ainsi le défunt ne peut en aucune manière y déroger seul par une clause insérée dans la libéralité ou dans un testament. En revanche elles ne s'imposent pas à l'héritier réservataire, qui conserve la possibilité de demander la réduction sans qu'elle soit automatique. C'est pourquoi on parle de libéralités réductibles. Il est nécessaire alors de les déterminer (1), puis de procéder à leur réduction (2).

1 Détermination des libéralités réductibles

Sans entrer dans les détails que l'on retrouvera dans les manuels de droit civil, le principe est assez simple ; il convient de procéder en trois étapes :

1. Il faut rechercher le taux de la réserve en tenant compte du nombre d'héritiers réservataires laissés par le *de cujus*.
2. Il faut évaluer la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, en rassemblant tous les biens existant au jour du décès (sans tenir compte des éventuels legs consentis) desquels on déduit le passif, puis on ajoute fictivement tous les biens donnés afin de reconstituer la teneur du patrimoine que le *de cujus* aurait laissé à sa mort s'il n'avait pas consenti de libéralités.
3. Il faut imputer les libéralités sur la réserve ou sur la quotité disponible, selon qu'elles ont été consenties à un héritier réservataire ou non, en avancement d'hoirie ou par préciput. C'est certes l'opération la plus délicate, qui permettra de révéler l'éventuel excès de certaines libéralités. Cette imputation se fait dans un ordre à respecter : on impute d'abord les donations, en commençant par les plus anciennes et en

suivant l'ordre chronologique, de façon à ce que soient réduites les libéralités les plus récentes. Les legs s'imputent en dernier : ils ne peuvent donc s'exécuter que dans la mesure du reliquat du disponible. Quant aux donations, si certaines excèdent le disponible, elles sont réduites.

2 Application de la réduction

La réduction peut se concevoir en nature ou en valeur, cela dépend ce que l'on cherche à protéger :

– si c'est la conservation des biens eux-mêmes dans la famille, plus que la fortune familiale, la réduction des libéralités consenties à des personnes étrangères à la famille doit être faite en nature.
– si l'on veut avant tout préserver l'égalité entre les enfants ou les héritiers, la réduction doit se faire en valeur. Car compte tenu des patrimoines aujourd'hui, essentiellement constitués de la résidence principale et quelques liquidités, ou d'une entreprise difficilement partageable, il est quasiment impossible d'obtenir une égalité en nature.

Si la réduction en nature permet la conservation des biens dans la famille, elle peut entraîner des conséquences économiques néfastes, surtout appliquée aux donations. En effet, le donataire a acquis des droits dès avant le décès et a pu les exercer valablement. La réduction en nature va entraîner la restitution du bien et par là même la résolution des droits qui auraient pu être consentis valablement à des tiers, d'où une véritable insécurité juridique. En revanche, appliquée au legs, elle ne va pas générer de problème puisqu'elle va interdire au légataire de réclamer son legs à concurrence de la partie réductible. Il n'y a donc aucun transfert de propriété.

En 1804, les rédacteurs du Code civil avaient consacré un principe d'égalité en nature dans le partage. Ce principe s'est avéré préjudiciable à la préservation des unités économiques et patrimoniales, dans la mesure où la constitution des patrimoines actuels ne permet que rarement d'allotir chaque héritier d'un bien équivalent, et sans accord, la vente des biens devient alors inéluctable. La loi du 23 juin 2006 a quelque peu bouleversé les principes actuellement en vigueur. En l'état actuel du droit, les legs sont réductibles en nature, ce qui ne pose pas de difficultés dans la mesure où le légataire n'en a pas encore pris possession.

Pour les donations, il faut distinguer selon la qualité du gratifié :

– si la donation a été consentie à un successible, la réduction se fera en valeur : en effet, le souci de la conservation des biens dans la famille ne se pose plus, et le but recherché qui est alors l'égalité entre les héritiers peut passer par une égalité en valeur ;

– si la donation a été consentie à un non successible, elle est alors réductible en nature, afin de protéger la conservation des biens eux-mêmes dans la famille et non seulement leur valeur.

La sécurité juridique des transactions peut alors être remise en cause, dans le cas où le bien donné a été aliéné à un tiers. En effet, l'héritier réservataire bénéficie d'un droit de suite dans le patrimoine du tiers détenteur. L'article 930 du Code civil a cherché à remédier à ce risque et il en résulte que l'action en réduction contre le tiers acquéreur n'est autorisée que « *discussion préalablement faite des biens du gratifié* ». Le texte ne vise que les immeubles donnés, mais la jurisprudence a étendu son domaine aux legs (Civ, 11 février 1919 DP 1923, 1, 198) et la doctrine le tient pour applicable aux meubles (P. CATALA n° 102).

Deux exceptions à cette revendication cependant :

– La première a été introduite par la loi du 3 juillet 1971, et conditionne la revendication à « *l'absence d'un consentement donné par le de cujus et les réservataires à l'acte d'aliénation* ». Ce consentement confère ainsi au tiers une sécurité absolue. La pratique notariale a donc pris l'habitude pour garantir la sécurité des transactions réalisées, de faire intervenir à l'acte de vente d'un bien issu d'une donation les donateurs et les héritiers réservataires.
– La deuxième est « *l'absence d'une subrogation réelle dans le patrimoine du gratifié* ». Autrement dit, si le gratifié a remployé les fonds dans une nouvelle acquisition, la réduction ne pourra plus s'effectuer qu'en valeur, sur la base du nouveau bien subrogé.

Un souci du même ordre se pose si le bien donné et susceptible d'être réduit n'a pas été aliéné, et si le donataire a consenti des droits réels à des tiers. La libéralité se trouvant résolue ou caduque, ces droits seront résolus par voie de conséquence. Des tempéraments existent à ce principe sévère que nous ne développerons pas aux termes de cet exposé. L'accent est simplement mis ici sur l'insécurité juridique liée à la réduction en nature.

C'est pourquoi le législateur de 2006 a posé le principe de la réduction en valeur dans tous les cas (art. 924 nouveau du C. civ.), tout en laissant au bénéficiaire de la libéralité la possibilité de restituer le bien en nature, dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure faite par un héritier réservataire (art. 924-1 nouveau du C. civ.).

Pour les donations, cela renforce la sécurité des tiers et cela confirme une pratique déjà quasi-systématique. Petit bémol néanmoins : en cas d'insolvabilité du donataire, les héritiers réservataires conservent la possibilité d'exercer l'action en réduction ou revendication contre le tiers détenteur des

immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié (ancien art. 930 devenu art. 924-4). La pratique notariale devra donc continuer de faire intervenir à l'acte de cession le donateur et les héritiers réservataires afin de verrouiller le risque encouru par les tiers détenteurs.

En revanche, pour les legs, cela renverse la règle actuelle, puisque désormais le legs pourra s'exécuter, à charge pour le bénéficiaire si ce legs est réductible de verser une indemnité de réduction. Avec ce nouveau principe, le législateur a changé la nature même de la réserve, et donc par là même touché aux fondements de la réserve. A l'exception du droit de suite qui existe toujours, on est passé d'une réserve en nature qui tendait à la protection de la composition du patrimoine familial existant, à une réserve en valeur qui tend à la protection de la valeur même de ce patrimoine. L'héritier réservataire devient avec cette nouvelle mesure un créancier de somme d'argent, plus que l'héritier d'un patrimoine familial, et son droit est passé d'un droit réel à un droit personnel. Cela va néanmoins dans le sens d'une amélioration de la sécurité juridique des libéralités, et un meilleur respect des volontés du futur défunt.

Nous attirons tout de même l'attention sur une conséquence imprévue de l'égalité en valeur. Celle-ci permet d'exhéréder une souche en transmettant de l'usufruit à un enfant et de la nue-propriété à l'autre.

B Les atteintes portées à la réserve

De nos jours, les foyers cherchent de plus en plus à anticiper la répartition de leur patrimoine, en accord avec leurs héritiers, par le biais de libéralités entre vifs ou à cause de mort. Or l'institution de la réserve apparaît parfois comme un obstacle à une bonne organisation de la succession, et peut paralyser certaines situations. L'un des principaux objectifs ayant motivé la réforme des successions et des libéralités votée le 23 juin 2006 consiste à « *donner plus de liberté pour organiser sa succession* ». M. Pascal CLEMENT, ministre de la Justice, Garde des Sceaux, ajoute :

> « Il est désormais nécessaire de mieux respecter la volonté de celui qui souhaite transmettre son patrimoine, en particulier lorsque l'ensemble des héritiers s'accorde avec cette volonté. Ainsi, la réforme introduit dans le Code civil les pactes successoraux, qui permettront aux héritiers et à celui dont ils ont vocation à hériter de s'accorder sur les conditions de transmission des biens, et, si nécessaire, de déroger à certaines règles de la réserve héréditaire. »

Cette réforme porte donc sérieusement atteinte à l'institution de la réserve, en codifiant notamment certaines règles qui n'étaient pour le moment que des pratiques validées par la jurisprudence. On constatera que ces atteintes peuvent être portées aussi bien par le disposant (A) que par le bénéficiaire (B).

1 Les atteintes portées par le disposant

Ces atteintes pouvaient déjà être portées par des mécanismes hors du droit successoral (1). Le législateur en a autorisées d'autres par le biais de nouvelles dispositions successorales (2).

a – Les mécanismes hors droit successoral

Il ne s'agira ici que d'un simple rappel des principaux mécanismes pouvant directement ou indirectement porter atteinte à la réserve.

• *La clause d'attribution inégale ou intégrale de la communauté ou de la société d'acquêts au conjoint survivant*.

Il s'agit d'une possibilité offerte aux époux dans le cadre du contrat de mariage de se consentir un avantage dit matrimonial, consistant en un profit procuré à l'un des époux sur la répartition des biens inclus dans une communauté ou une société d'acquêts.

Sa nature juridique varie selon qu'il existe ou non des enfants d'un lit précédent. Le principe de cet avantage est qu'il ne constitue pas une libéralité, donc n'est pas soumis au rapport et à la réduction : il permet ainsi indirectement une atteinte à la réserve héréditaire. C'est pourquoi le législateur a prévu le cas particulier de la présence d'enfants de lit précédent, non héritier du second conjoint. Dans ce cas, l'avantage consenti est qualifié de libéralité, et de ce fait réductible s'il dépasse la quotité disponible entre époux : les enfants peuvent en exiger la réduction éventuelle, en exerçant l'action dite « en retranchement » (art. 1527 du C. civ.). Il s'agit en fait d'une action en réduction de droit commun, à cette différence près qu'en raison de son fondement, elle n'est ouverte qu'aux enfants d'un précédent mariage de l'époux prédécédé. La loi du 23 juin 2006 a cependant complété l'art. 1527 du C. civ. en offrant la possibilité aux héritiers réservataires de renoncer à demander la réduction de l'avantage matrimonial excessif de leur vivant, renvoyant aux art. 929 à 930-1 ci-après évoqués.

• *La clause de tontine ou d'accroissement*

Elle permet au survivant des acquéreurs d'être seul propriétaire du bien acquis au premier décès. Les droits de l'acquéreur décédé sont rétroactivement résolus, et de ce fait ses héritiers sont écartés. Le survivant, au contraire, est censé avoir été seul propriétaire depuis l'origine.

• *Le contrat d'assurance-vie*

Le fonctionnement du contrat d'assurance-vie se résume ainsi : le souscripteur du contrat demande à l'assureur de verser, en contrepartie des primes reçues par ce dernier, une prestation au bénéficiaire pour le cas ou l'assuré (en général le souscripteur) serait ou ne serait pas en vie selon les cas.

Aux termes de l'art. L. 132-12 du C. des Assurances, le capital ou la rente payable au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé n'est pas soumise aux règles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant. Mais il résulte de l'art. L.132-13, al 2 du C. des Assurances, que les règles de la réduction pour atteinte à la réserve des héritiers du contractant s'appliquent, lorsque le contrat porte sur une assurance-vie, aux sommes versées à titre de primes, lorsque celles-ci étaient manifestement exagérées eu égard aux facultés dudit contractant.

De ces trois techniques juridiques, il ressort que le *de cujus* peut distraire de son patrimoine un certain nombre de biens lui appartenant et qui échappent totalement ou partiellement à la réunion même fictive des biens existant au décès dont une quote-part est réservée aux héritiers réservataires.

b – Les libéralités résiduelles et graduelles

La loi a validé une pratique admise depuis 1958 par la jurisprudence, connue sous la forme du legs *de residuo* : l'art. 1057 nouveau du C. civ. prévoit ainsi la possibilité pour le disposant de consentir une libéralité (donation ou legs) au profit d'un premier gratifié, à charge pour lui de transmettre à un second gratifié ce qu'il subsistera des biens ainsi transmis. Aucune obligation de conservation des biens n'est imposée au premier bénéficiaire, sauf clause contraire dans l'acte, qui pourra disposer des biens à titre onéreux ou gratuit – mais seulement entre vifs, puisque la libéralité contient l'obligation de transmettre –, aucune subrogation n'étant imposée sur les biens nouvellement acquis ou sur le produit des aliénations.

La libéralité résiduelle constitue donc une libéralité avec charge, par laquelle le second gratifié est censé tenir ses droits directement du disposant.

Ce mécanisme peut constituer un instrument de transmission intéressant, car la libéralité peut porter sur des biens faisant partie de la réserve héréditaire.

Deux conséquences :

– si l'héritier réservataire est le premier gratifié, il peut librement disposer du bien, la loi prévoyant même expressément qu'il pourra en disposer à cause de mort (art.1059 al 3), et la libéralité n'entache en rien la protection de la réserve ;
– si l'héritier réservataire est le second gratifié, le disposant aura la possibilité de favoriser une personne spécifiquement (handicapé, conjoint survivant) en dépassant la quotité disponible, tout en permettant aux héritiers réservataires de retrouver le bien dans un second temps.

Cette institution est à différencier des libéralités graduelles, dont le mécanisme est proche, mais qui permet au disposant de s'assurer que le bien transmis au premier gratifié sera conservé et transmis au second gratifié. La libéralité est donc consentie sous la double charge de conserver et de transmettre. Pour protéger la réserve, le législateur a cependant prévu qu'elle ne peut s'imposer aux héritiers réservataires que sur la quotité disponible, à moins que le bénéficiaire renonce expressément à toute ou partie de sa réserve, conformément à l'art. 930 nouveau du C. civ.

2 Les atteintes portées par le bénéficiaire

a – La renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR)

Innovation majeure de la loi du 23 juin 2006, il est désormais possible à un héritier réservataire présomptif de renoncer par anticipation à exercer une action en réduction contre une libéralité qui porterait atteinte à la réserve (art. 929 nouveau du C. civ.). Aujourd'hui, cela constitue un pacte sur succession future prohibé par la loi. Rappelons que l'actuel art. 1130 al 2 du C. civ. dispose :

> « *On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit* ».

Cette interdiction repose sur quatre fondements essentiels :

1. un fondement historique et moral : disposer à l'avance d'une succession serait souhaiter la mort de celui dont on dispose des biens – ceci nous semble largement dépassé…
2. un fondement égalitaire : le contrat successoral pourrait entraver l'égalité successorale instituée par la loi : c'est oublier l'institution de la réserve !
3. une volonté de protéger l'héritier contre des pressions éventuelles du *de cujus* ou d'un tiers ;
4. défendre l'atteinte à la liberté de tester : en effet, le pacte est un contrat, et en application de l'art. 1134 du C civ., ce dernier est irrévocable.

Ce n'est pas la première fois que la loi autorise un pacte sur succession future : l'institution contractuelle consentie par contrat de mariage ou au cours du mariage, la clause commerciale, la renonciation à demande en réduction contre le gratifié (article 918) ou contre le tiers détenteur (article 930) en sont les principaux.

Cette nouvelle procédure répond à une demande de souplesse accrue de la transmission du patrimoine composé de plus en plus de biens uniques ou conséquents et difficiles à partager, ou que certains souhaitent transmettre en vue d'aider un enfant fragilisé ou handicapé. Cette convention ressemble en fait à un pacte familial, où avec l'accord de chacun, le futur défunt peut

répartir ses biens en fonction des besoins de chacun. Ceci constitue un nouvel outil à la disposition des familles mais il reste à manier avec précaution, afin d'éviter que le renonçant ne subisse une quelconque pression.

Le législateur, soucieux d'encadrer au mieux ce nouveau dispositif et de sécuriser le consentement du renonçant, a prévu en l'art. 930 nouveau du C. civ. que la renonciation doit être établie par acte authentique spécifique reçu par deux notaires hors la présence de celui à la succession duquel la personne renonce. L'absence de la présence de celui à la succession duquel on renonce était une demande formulée par le Mouvement Jeune Notariat lors de son audition à l'Assemblée nationale. La délégation du Mouvement Jeune Notariat avait insisté sur la nécessité d'encadrer très strictement cette renonciation. Cependant, l'exigence de la présence de deux notaires nous semble lourde à mettre en œuvre en pratique. Aussi, nous proposons une modification de l'art. 930 nouveau du C. civ. en remplaçant la réception par deux notaires par la réception par un notaire et deux témoins.

Le rôle du notaire est donc capital dans la détermination de la liberté du consentement, pour un acte lourd de conséquences. Le législateur a essayé d'encadrer au mieux les modalités de passation de cet acte. Il est ainsi précisé que le renonçant doit être majeur (l'art. 930-1 nouveau du C. civ. interdit la renonciation au mineur même émancipé) ; il doit mentionner le ou les bénéficiaires de la renonciation, ceci pour éviter la renonciation « à l'aveugle », et peut ne renoncer qu'à une quote-part de sa réserve, voire ne viser que la renonciation à la réduction d'une libéralité déterminée (art. 929 nouveau du C. civ.). Enfin, bien qu'il s'agisse d'un acte unilatéral, la renonciation ne sera pleinement valable qu'à compter de l'acceptation par le disposant, ce qui lui donne une dimension contractuelle.

Malgré toutes ces précautions, cet acte reste révocable à certaines conditions explicitement énumérées :

– en cas de vices du consentement déterminés : erreur, dol, violence, ceci afin de protéger la personne agissant sous pression familiale.
– dans le cas où le disposant manque à ses obligations alimentaires envers le renonçant ;
– lorsqu'à l'ouverture de la succession, le renonçant se trouve dans un état de besoin dans lequel il ne se trouverait pas s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires.

Ces cas d'exceptions se justifient pleinement lorsqu'on se place du côté du renonçant, qui ne doit pas être pénalisé pour une situation qu'il ne pouvait pas anticiper. Cependant, en voulant préserver une partie, on se retrouve encore dans une insécurité juridique pour les tiers, car il sera difficile d'an-

ticiper le risque d'état de besoin du renonçant, surtout si celui-ci renonce tôt à sa réserve.

Nous proposons de supprimer les cas de révocations liés à l'état de besoin et au manquement aux obligations alimentaires, sources d'une grande insécurité juridique.

b – La libre disposition de la réserve : les donations trans-générationnelles.

Actuellement, seuls les ascendants et notamment les père et mère peuvent consentir, à leurs enfants ou descendants, une donation de leurs biens en opérant le partage entre eux. Cette possibilité résulte des art. 1075 et s. du C. civ. qui définissent le partage d'ascendants, plus généralement appelé donation-partage lorsqu'il résulte d'un acte entre vifs, ou testament-partage.

La loi du 23 juin 2006 en a modifié les principales caractéristiques en ouvrant cet acte au profit de tout héritier présomptif et non plus seulement aux descendants, et l'a étendu en offrant au *de cujus* la possibilité de faire la distribution et le partage de ses biens entre ses descendants plus lointains, à la condition que ceux du premier degré (les enfants) renoncent à leurs propres droits réservataires. Il s'agira nécessairement d'un acte entre vifs puisque l'accord des héritiers réservataires est nécessaire. L'exposé des motifs du projet de loi souligne qu'« *il s'agit ici de s'adapter à l'évolution démographique de la population. Cet élargissement est le corollaire logique de la création des nouveaux pactes successoraux. En effet, la part dévolue aux petits-enfants lors de la donation-partage sera imputée sur la réserve du descendant direct qui devra intervenir à l'acte afin de consentir à l'atteinte portée à sa part de réserve* ».

Il s'agit en réalité d'une des applications possibles de l'acte de renonciation à l'action en réduction, faite au profit d'une personne déterminée à savoir son propre enfant. Le renonçant transfert une portion de sa réserve à laquelle lui-même avait droit dans la succession de son auteur. Le consentement doit être exprimé dans l'acte de donation lui-même, pour en garantir la validité et augmenter la sécurité juridique du transfert de propriété réalisé, et peut être, comme pour les RAAR, annulé pour vice du consentement.

Ce n'est pas réellement à la réserve qu'il est ici porté atteinte, mais plutôt au pacte sur succession future. L'utilité de ce pacte est de pouvoir transmettre un patrimoine non seulement directement à ses petits-enfants, mais au lieu et place de ses propres enfants, et non en plus de ces derniers.

• Lors de la succession de l'ascendant donateur :

L'art. 1078-9 nouveau du C. civ. précise que le partage s'opère par souche, ce qui rend possible des attributions différentes selon les souches : les biens ainsi reçus par les enfants ou leurs descendants s'imputent sur la part de

réserve revenant à leur souche et ce n'est que l'éventuel excédent qui s'imputera sur la quotité disponible (art. 1078-8 nouveau du C. civ.). On est donc contraint de procéder au calcul d'une réserve fictive, afin de pratiquer l'imputation des libéralités.

• Lors de la succession de l'enfant ayant partiellement ou totalement renoncé à ses droits réservataires :

L'art.1078-9 prévoit que dans cette succession, les descendants de l'enfant sont censés avoir reçu les biens de leur « *auteur direct* », c'est-à-dire de l'enfant qui a renoncé à leur profit, et non de l'ascendant donateur. Cette assimilation à une donation faite directement par l'enfant à ses descendants a pour principal objectif d'assurer le respect de la réserve de chacun des descendants, au sein même de la souche, qui doit se répartir à parts égales entre chaque enfant.

Toujours dans le but de protéger la réserve, l'al. 2 de l'art. 1078-9 nouveau du C. civ. soumet les biens ainsi reçus au régime des donations simples dans la succession de l'enfant. Seul tempérament : si tous les enfants ou descendants ont été allotis en même temps, la valeur retenue lors de la réunion fictive, pour l'imputation dans la succession de l'enfant sera celle du jour du partage et non celle du jour du décès de l'enfant. On cherche ici à reconstituer un patrimoine virtuel de l'enfant décédé, afin de calculer la réserve de ses propres descendants et de pouvoir en vérifier le respect.

Le legislateur n'hésite plus à modifier cette institution sacrée qu'est la réserve héréditaire. Ansi en a-t-il modifié deux fois les contours en cinq ans. Une première fois avec la loi du 3 décembre 2001 en ouvrant le bénéfice de la réserve au conjoint survivant dans certains cas, et en lui accordant des droits *ab intestat* plus étendus, affectant ainsi directement la réserve des descendants ; puis avec la loi du 23 juin 2006, il en a assoupli les règles, notamment en consacrant le principe de la réduction des libéralités en valeur, et en favorisant le pacte successoral. La pratique nous dira si cette dernière initiative était porteuse. Il n'est pas certain cependant que cela n'augmente pas les risques de conflits entre générations…

AGNÈS **COUZINIER**

QUAND LES PARENTS SERONT MORTS, JE GARDERAI LA MAISON!
AH NON! LA MAISON EST POUR MOI! JE SUIS AUSSI RESERVATAIRE QUE TOI !

DEUXIÈME COMMISSION

DEUXIÈME COMMISSION

Le choc des familles

LE NOTAIRE ET LES NOUVELLES FAMILLE
DU III^{e} MILLÉNAIRE

PREMIÈRE PARTIE

Le couple hétérosexuel

Marie-Agnès FIXOIS

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur du Congrès MJN Chine 2005
Notaire à Louvres (95)
Diplôme Supérieur du Notariat de Paris
Doctorante en droit (*sous la direction du Professeur Michel Grimaldi*)
Enseignante au C.F.P.N. de Paris

Le couple hétérosexuel

Il existe diverses formes de vie et d'union, différentes ou semblables. Du mariage seule forme connue dans le temps, le concubinage est aujourd'hui plus que toléré et reconnu par la loi. Certains droits et certaines obligations sont aujourd'hui similaires dans ces différentes unions, réalisant une certaine confusion. Conçues et organisées dans des buts différents, afin de répondre à des styles de vie différents, les lois ont leur existence propre, et parfois s'éloignent de leur but. Les différentes refontes partielles des concubinage, PACS et mariage ont eu comme résultat de créer une confusion dans les faits, et dans le droit entre ces différentes unions.

De cette confusion naît la crainte de ne plus s'y retrouver. Les nouvelles unions ont comme impact de ringardiser le mariage, le montrer sous un jour procédurier, l'établissement formel devant le maire, un contrat, etc., et à sa fin, le divorce est toujours vécu comme un échec et moral et financier. Le droit au bonheur ne passe plus automatiquement par le mariage ; s'il faut se réjouir de la liberté dans le début et la fin du couple, les essais ne sont-ils pas destinés à permettre de s'engager avec plus de réflexion ?…

Afin de lier juridiquement un couple, seul existait le mariage, or aujourd'hui il existe différentes formes de conjugalité, l'union libre, sans contrat, le PACS, contrat ambigu, pour partie d'Ordre Public, et le mariage, système impératif. Le concubinage libre est aujourd'hui largement accepté, et a su trouver sa place face au mariage ; ces deux formes de vie en commun ne s'adressent pas aux mêmes personnes. Le concubinage libre s'adresse aux couples ne voulant pas se marier pour des raisons idéologiques, financières, ou autres ; parfois l'union libre est un essai avant le mariage. Il n'y a donc que peu de concurrence entre le concubinage libre et le mariage, l'un venant souvent après l'autre ; de plus dans les esprits, le concubinage reste très différent du mariage.

Le PACS est différent. Contrat par nature et par volonté, ambigu et obscur, il n'a pas été rédigé comme un mariage bis, mais l'a néanmoins été expliqué comme tel. Conçu pour des couples homosexuels, en manque de

reconnaissance juridique, il était peu demandé par les couples hétérosexuels, qui aujourd'hui ont le choix entre le PACS et le mariage. C'est cette volonté de couvrir toutes les situations qui brouille les choses, puisque le PACS doit être à la fois un statut pour homosexuels et un contrat pour hétérosexuels. Certains refusent de voir dans cette union une concurrence au mariage, ne s'adressant pas au même public ; après quelques années, on voit les limites de cette pensée [1]. Les deux systèmes se rejoignent tant dans leurs effets patrimoniaux, qu'extra-patrimoniaux. Le PACS, sous couvert de liberté pour les concubins, se révèle être un régime similaire au mariage, alors que celui-ci profite en ce moment d'un grand vent de liberté, avec la nouvelle liberté de divorcer. Fondamentalement les deux institutions s'adressent aux mêmes couples, c'est-à-dire à ceux qui veulent s'unir, mais pas au même degré ; les uns passent par le maire, les autres par le tribunal, mais tous deux organisent des fêtes, des listes d'union, et sont unis. Le PACS est devenu dans les faits le régime matrimonial des concubins [2]. Cette image du PACS en tant qu'uniquement contrat d'organisation de vie en commun, prônée officiellement, brouille les cartes. Notre réflexion consistera donc en premier à présenter les choses dans leurs vrais aspects, sans illusions, pour ensuite se poser avec réalisme la question : « est-il encore temps de clarifier les choses, et surtout est-ce nécessaire ? »

I Assimilation des statuts

A Assimilation des statuts patrimoniaux

Les différentes unions sont très proches tant dans leurs effets patrimoniaux qu'extra-patrimoniaux, même si le PACS et l'union libre ne sont censés donner aucun droit personnel. On voit clairement que les relations financières des couples sont unifiées, quitte à être presque totalement assimilées. Nous verrons ces faits en premier pendant l'union dans un premier temps et en second à la dissolution du couple.

1 Relations financières pendant l'union

a – L'actif du couple

Le mariage est soutenu par l'idée de communauté de biens entre époux. Cette communauté se retrouve tant dans l'actif que dans le passif des parties.

1• Certains craignaient déjà l'impact de ce contrat sur le mariage civil, dès la création de la loi : il est sûr que cette crainte ne s'adresse pas aux couples religieux, mais à ceux s'intéressant uniquement au mariage civil, pour qui le PACS pourrait paraître un semblant plus facile à mettre en œuvre et à arrêter. B. BEIGNIER, « *Pacte civil de solidarité : nécessité du double original* », Def., art. 37308.
2• M. GRIMALDI, « *Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français* », Def. art. 37763.

Le mariage est le cadre le plus favorable à la communauté de biens, il induit l'idée communautaire des rapports entre les parties, tant au niveau personnel, qu'au niveau patrimonial.

C'est l'idée de la loi, idée forte puisque la communauté a vocation à s'agrandir, que ce soit la volonté ou non des époux. Il faut voir si cette idée est inhérente aux autres formes de conjugalité.

Communauté légale

Le régime matrimonial légal est la communauté de biens réduite aux acquêts : les biens créés ou acquis par les époux à partir de la célébration du mariage, sont présumés être communs.

C'est la consécration de cette idée de mise en commun du couple [3]. Sont communs les biens acquis à titre onéreux durant le mariage, ensemble ou séparément, qu'ils proviennent de l'activité des conjoints ou des revenus tirés de leurs biens personnels. Demeurent propres aux époux les biens reçus par succession ou libéralité, ou ceux acquis dans le cadre d'un arrangement de famille. Sont aussi propres les biens acquis par subrogation d'un ancien bien propre, et ceux accessoires à un tel bien [4]. D'autres biens restent propres en raison de leur nature [5], attribution globale de cette qualité à tous les biens qui ont un caractère personnel et à tous les droits attachés à la personne [6].

La jurisprudence a une conception rigoureuse de ces biens, rappelant que les techniques d'emploi et de remploi ne jouent qu'à de strictes conditions [7], refuse un jeu excessif de la théorie de l'accessoire et limite les propres par nature [8]. Elle marque ici sa « *préférence communautaire* » [9].

3• Art. 1400 C. civ. : « *La communauté qui s'établit à défaut de contrat ou par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, est soumise aux règles expliquées dans les trois sections qui suivent* ».

4• Bien accessoire acquis avec l'intention de l'affecter à un bien propre, ou placé dans la dépendance économique de ce bien : Cass. 1re civ., 4 janvier 1995, Bull. civ. I n° 4 ; D. 1995, somm. com. p. 328, obs. GRIMALDI. Plus de discussions à l'occasion d'augmentations de capital de sociétés, A. COLOMER, « *Réserves des sociétés et régimes matrimoniaux communautaires* », Def. 1980, 32380 ; « *Augmentation de capital et répartition des biens en régime matrimonial communautaire* », Def. 1981, 32606 : les actions acquises suite à droit préférentiel de souscription attachés à des actions propres, sont elles mêmes propres, grâce au moyen de l'article 1406 C. civ. ; de même pour les nouvelles actions créées par incorporation des réserves. La discussion rebondit aujourd'hui sur le statut des stock options.

5• Article 1404 C. civ.

6• Rédaction laissant place à différentes interrogations selon les biens : Droit au bail propre en raison de son caractère personnel et incessible : Aix-en-Provence, 18 février 1993, JCP 1994, 3785, obs. SIMLER ; Assurances-vie : M. GRIMALDI, « *L'assurance vie et le droit patrimonial de la famille* », Def. 1994, 35841 ; « *L'assurance-vie et le droit des successions* », Def. 2001, 37276.

7• Cass. 1re civ., 5 mars 1991, D. *1991*, p. 565 note LE GUIDEC.

Sont communs les revenus des époux qu'ils s'agissent de ceux résultant de leur industrie ou des économies faites sur les fruits et revenus des propres. La jurisprudence entend largement la notion de gains et salaires, puisque y sont compris les primes, gratifications, honoraires, à titre principal ou accessoire, communs *ab initio* [10]. Concernant les revenus des propres, différentes opinions étaient émises, et celle la plus communautaire à été retenue ; ils sont communs sans nécessité de se poser la question de leur économie [11].

Le but du régime étant de rendre les biens communs, c'est la règle de preuve de l'article 1402 du Code civil, pour les biens d'origine inconnue [12]. Tout bien est présumé commun, sauf si l'un des époux prouve son caractère propre. Cette attraction communautaire ne se limite pas aux régimes communautaires, mais elle existe aussi chez les couples qui ont choisi la séparation de biens.

Séparation de biens

Selon l'article 1538 du Code civil, « *un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien* », et « *les biens pour lesquels aucun des époux ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés leur appartenir indivisément, à chacun pour moitié* ». La loi édicte une présomption subsidiaire d'indivision, qui a pour but de régler le sort des biens dont on ne peut connaître avec certitude leur appartenance exclusive [13]. La logique reste la séparation, le doute profite au couple, et l'époux négligeant en subit les conséquences. Même dans un régime séparatiste il existe un patrimoine commun aux époux, essentiellement mobilier. La jurisprudence applique parfois la notion de société créée de fait [14], afin de créer une communauté entre eux. En effet les couples séparés de biens peuvent vouloir augmenter leurs biens « *communs* », utilisant trois mécanismes, des conventions accentuant la communauté existante, d'autres corrigeant l'absence de communauté, et un autre associant leurs intérêts.

8• Cass. civ. 31 mars 1992, *JCP 1993*, 22059 ; *Def. 1992*, p. 1159, obs. CHAMPENOIS.

9• R. LE GUIDEC, « *30 ans d'application du régime matrimonial légal* », Dr. Fam., janvier 1998, p. 4.

10• Cass. civ. 13 octobre 1993, JCP 1994, 3656, obs. SIMLER.

11• Cass. 1re civ., 31 mars 1992, Bull. Civ. I n° 96 ; Def. 1992, 35358, note CHAMPENOIS ; JCP 22003, note TISSERAND.

12• Même si règle de preuve, c'est une disposition traduisant la volonté favorable du législateur à la communauté : « *tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application des dispositions de la loi* ».

13• FULCHIRON, « *Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple* », Def. 2001, 37391.

14• B. MAUBRU, « *Les sociétés de fait entre époux* », Mélanges J. DERRUPPE, LITEC 1991, p. 275 ; Cass. 2e civ., 21 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, n° 14 note BEIGNIER.

Les époux cherchent souvent à se ménager un petit patrimoine commun, pour atténuer les rigueurs de la séparation complète [15]. Ils peuvent se constituer un patrimoine indivis, ou réaliser une séparation avec société d'acquêts. L'achat en indivision est fréquent, surtout pour la résidence principale [16]. Cette indivision est particulière puisqu'elle n'est pas toujours soumise aux aléas du mariage. Les époux, une fois divorcés, peuvent s'entendre sur le patrimoine indivis, et continuer ensemble la gestion des biens avec une convention, réglementant le partage. De plus nul n'étant contraint de rester dans l'indivision, chaque époux peut demander un partage des biens, sans attendre la fin du mariage [17]. Il n'est pas possible de faire sortir de l'indivision celui qui le demande, en lui donnant sa part, cette technique n'est pas possible entre époux, s'ils sont les seuls indivisaires [18]. Le partage est soumis aux règles du partage successoral, y compris celles de l'attribution préférentielle.

Les époux peuvent être prévoyants et conseillés de ne pas se soumettre aux règles risquées de l'indivision, et de créer entre eux une société d'acquêts. Ne seront communs que les biens voulus, ce qui peut résulter en une communauté proche de la communauté légale, ou une communauté formée d'un seul bien, le logement familial par exemple. Le schéma est semblable à celui de la communauté légale, il existe trois masses de biens, les biens personnels à chaque époux, et les biens communs entre eux. Cette société présente le risque d'être une masse commune, à vocation commune, qui selon la jurisprudence attire les biens, dont on ne peut prouver leur vocation propre. On retrouve ici la vocation communautaire du mariage, même en séparation de biens.

Certaines clauses peuvent élargir la communauté des époux, par rapport au régime légal. L'extension peut être ponctuelle, par des clauses dites « *d'ameublissement*: les époux font entrer un bien en communauté, qui autrement serait propre, le logement familial acquis par l'un des époux antérieurement au mariage, par exemple [19]. Ils peuvent prévoir une communauté de meubles et acquêts, adaptant ce régime à la communauté légale, où désormais tous les meubles seront communs, sans distinction. Ils peuvent prévoir une communauté universelle, où tous les biens meubles et immeubles seront com-

15• J. MAURY, « *Le principe participatif en régime matrimonial séparatiste* », Mélanges COLOMER, p. 243. ; JF PILLEBOUT, « *Les illusions de la séparation de biens* », Def. 1981, 32646.

16• Cette indivision est rarement organisée par une convention particulière, et reste ainsi soumise aux règles de l'indivision légale, articles 815 et s. du C. civ.

17• Cass. 1re civ., 14 novembre 1990, Dr. Fam. 2001, n° 8, note BEIGNIER.

18• Cass. 3e civ., 1er octobre 1996, JCP 1996 IV, n° 2246, p. 284.

19• Cass. 1re civ., 21 janvier 1992, Def. 1992, 35303, obs. CHAMPENOIS ; D. 1993, somm. p. 219, obs. LUCET.

muns, présents et futurs, acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. Le régime légal se prête à un accroissement de l'association des époux ; de même en régime séparatiste.

Les biens des concubins

Les concubins fonctionnent sur un principe de liberté, en dehors de convention ; leurs patrimoines sont indépendants. Mais la vie commune entraîne une confusion des biens, qu'il faut régler à un moment ou un autre. La loi s'occupant peu de ces couples, la jurisprudence a instauré des mécanismes de communauté entre eux, et de liquidation de leurs intérêts[20]. Ils peuvent se constituer un patrimoine indivis, dont on a perçu les risques. Il peuvent aussi constituer entre eux une société, ou faire un contrat de concubinage[21]. Ceux-ci visent à constituer une sorte de statut patrimonial entre concubins, comparable aux régimes matrimoniaux. Leur licéité est discutée[22], ces conventions évoquant l'idée d'un mariage privé.

Les biens sur lesquels aucun des concubins ne peut prouver sa propriété exclusive, sont considérés comme indivis [23]. C'est le cas des biens dont on ne connaît leur origine, c'est aussi le cas des biens acquis avec les revenus communs du couple ; peu nombreux. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour apprécier les preuves apportées de la propriété ou de l'origine des fonds, surtout en matière mobilière [24]. L'indivision est rare en matière immobilière, puisque l'origine de la propriété est plus facile à rapporter, quelques cas existent [25].

Lorsque le bien est indivis, il est partagé par moitié en principe, mais les juges peuvent décider d'un partage inégalitaire en fonction des apports des concubins. La Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir partagé un immeuble indivis dans la proportion de trois quart au profit du concubin et d'un quart pour la concubine, puisqu'il ressortait des éléments du dossier que le concubin avait remboursé avec ses revenus professionnels

---

20• D. HUET-WEILLER, « La cessation du concubinage », *in Les concubinages*, Tome II, LGDJ 1994, p. 107 ; « Patrimoine et concubinage », *in Couple et modernité*, 84e Congrès des Notaires de France, La Baule 1988.

21• J. CHARLIN, « Le contrat de concubinage », JCPN 1991, I, formule p. 459 ; *Couple et modernité*, 84e Congrès des Notaires de France, La Baule 1988.

22• Aix, 26 septembre 1997, JCP 1998, IV, 1949 ; RTD Civ. 1998, p. 660 note HAUSER.

23• Cass. com. 27 juin 1961, Bull. Civ. III, n° 297 ; Cass. 1re civ., 7 décembre 1977, Bull. Civ. I, n° 469 ; Lyon, 20 décembre 2001, Dr. fam. novembre 2002, p. 14, note LECUYER.

24• Cas des voitures : Bordeaux, 29 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, n° 131 note LECUYER, (*où une concubine ne pouvait réclamer la moitié d'une voiture conservé par son partenaire, qui avait un bon de commande à son nom propre, des documents relatifs à un crédit et à son paiement à son seul nom*).

25• Rouen, 30 mars 1994, Juris-Data, n° 041989, (*où la solution inverse a été retenue, la carte grise ayant été mise au nom des deux, et il apparaissait que les deux avaient contribué au financement*).

l'intégralité des mensualités du prêt, et que la concubine y avait participé modestement [26]. Les tribunaux font du cas par cas, sauf lorsqu'ils reconnaissent une société de fait.

Lorsque le concubinage a duré longtemps, et que les patrimoines des concubins se sont enchevêtrés largement, la jurisprudence reconnaît une société créée de fait. La seule durée du concubinage ne crée pas une société automatiquement. La jurisprudence impose des conditions strictes pour cette reconnaissance : des apports des deux concubins, l'intention de participer aux gains et pertes, et l'*affectio societatis* [27]. La seule cohabitation prolongée entre les personnes ne caractérise pas la société [28], il faut rapporter la preuve d'une volonté spéculative et de la réunion des conditions d'existence d'une société [29], difficilement reconnue [30]. A sa dissolution, la société est partagée en principe par moitié. Si l'entreprise n'appartient qu'à l'un d'eux, le partage se fait en valeur par moitié. Il est décidé néanmoins que doit être prise en considération la convention par laquelle les concubins ont réglé les conséquences patrimoniales de leur rupture au regard de l'affectio societatis. Est valable la clause selon laquelle le boni de liquidation sera partagé proportionnellement aux apports, y compris en industrie [31]. Tous ces mécanismes, bien qu'utiles et intéressants, sont flous et différemment appliqués ; la protection des concubins est légère, il leur faut se prémunir volontairement contre les rigueurs d'une séparation, par le biais du pacte civil de solidarité ou d'autres conventions.

Le PACS

Jusque 1999, la seule façon de mettre en commun les patrimoines des concubins résidait dans des conventions classiques d'indivision ou de socié-

---

26• Cass. 1re civ., 6 février 2001, Dr. Fam. mai 2001, n° 5 ; Def. 2001, 37353 obs. MASSIP.

27• C'est ce dernier élément qui permet de différencier l'indivision et la société, HONORAT, *Def. 1986*, art. 33813 ; PERNEL, « *Le patrimoine des concubins après la loi du 15 novembre 1999 : indivision ou société créée de fait* », Dr. et patr. juin 2001, p. 44.

28• Riom, 4 juillet 2000, Dr. Fam. 2000, n° 138, note LECUYER.

29• Cass. 1re civ., 18 juillet 1995, JCP 1995 IV, 2297.

30• Pour un article précis sur les critères de reconnaissance d'une société de fait, voir F. VAUVILLE, « *Société créée de fait entre concubins : la Cour de cassation remet de l'ordre* », RJPF 2004-2010/22. Cass. 1re civ., 12 mai 2004, RJPF 2004-2010/44, où « *en se déterminant ainsi, sans relever aucun élément de nature à démontrer une intention de s'associer distincte de la mise en commun d'intérêts, inhérente à la vie maritale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cass. Com. 23 juin 2004, RJPF 2004-2010/45, que la cour d'appel « *en a déduit qu'il résultait de ces différents éléments que les concubins avaient travaillé ensemble et participé à mesure de leurs moyens respectifs à la création puis au développement d'une activité commune démontrant ainsi l'existence d'un véritable* affectio societatis ».

31• Paris, 20 mars 1996, Dr. Fam. 1996, n° 1, note LECUYER.

tés. Ces conventions n'étaient pas suffisantes ou adaptées, la pérennisation du concubinage et la revendication des couples homosexuels, ont rendu nécessaire un statut minimum des couples de concubins, le contrat de PACS. Le pacte civil de solidarité aurait pu reposer sur la séparation de biens avec une société d'acquêts, mais la logique originelle de la loi est celle d'une communauté. Ne voulant pas d'amalgame avec le mariage, la seule solution est dans l'indivision. Le système financier du PACS repose sur l'idée d'une indivision entre les partenaires [32]. Sa lecture était obscure, le Conseil Constitutionnel l'a expliqué dans sa décision du 9 novembre 1999, dans un esprit plus communautaire que le régime légal. Les meubles et immeubles sont présumés indivis, si la convention ou l'acte d'acquisition n'en a pas décidé autrement [33].

Sont indivis les meubles acquis après la conclusion du PACS, et ceux dont on ne connaît pas la date d'acquisition. Ne sont pas indivis les meubles meublants acquis avant la conclusion du PACS et ceux acquis à titre gratuit. Cette indivision était présumée à défaut d'autre convention ; les partenaires peuvent faire toute convention pour régler le sort des biens de façon différente, prévoyant un caractère exclusif aux meubles, ou leur partage inégalitaire, mais la convention ne peut les dispenser d'une preuve de leurs demandes. A défaut, l'indivision par moitié serait la règle de partage ; la présomption d'indivision est irréfragable pour le Conseil Constitutionnel [34]. Mais la loi a rendu ces conventions contraires générales difficiles à rédiger en pratique ; en conséquence impossibles.

Le régime légal de communauté édicte une présomption générale de communauté, destinée à attirer tous les biens du couple ; pour les concubins simples, les présomptions d'indivision ne jouent qu'un rôle faible, au reliquat des biens dont on ne peut prouver une propriété exclusive. La présomption d'indivision dans le PACS pour les meubles meublants est à ce jour de portée générale, elle entraîne dans la masse indivise tous les meubles, sauf preuve contraire, difficile à rapporter.

Les autres biens sont indivis si l'acte d'acquisition n'en dispose pas autrement [35], ce qui est rarement le cas. Lorsque le bien est acquis par les deux partenaires, à défaut de précision, la présomption joue. Lorsque le bien a fait l'objet d'une acquisition ou d'une souscription par un seul des partenaires en son nom propre, il existait deux interprétations. L'interprétation

32• Pour une histoire hilarante de la rédaction de la loi sur le PACS, et surtout la rédaction de l'indivision, voir B. BEIGNER : « *Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers* », Def., art. 37175.

33• Art. 515-5 alinéa 1 C. civ.

34• Conseil Constit. Décision 99-419 relative au PACS, *op. cit.*

35• Art. 515-5 alinéa 2 c.

large de la loi voulait que le bien enrichisse l'indivision, même si le nom seul du partenaire était indiqué dans l'acte. Il y aurait une sorte d'indivision universelle ayant vocation à prospérer [36]. La doctrine plus stricte n'admettait l'indivision qu'en cas d'acquisition conjointe des partenaires ; l'acte établi au nom seul d'un des pacsés, ne concernait que lui. Une réponse ministérielle du 23 novembre 2000 a penché vers la première interprétation, en indiquant que le bien acquis par un seul des partenaires, fût-ce, à l'insu de l'autre tombe sous le coup de l'indivision de l'article 515-5 du Code civil [37].

Le PACS engendre un système d'indivision généralisée, plus redoutable que la communauté [38]. En contradiction avec l'esprit de liberté personnelle des concubins, ce régime est communautaire, et non d'autonomie patrimoniale. Cette liberté est réduite dans la gestion des biens. Pendant l'union, les règles de gestion des biens de la communauté légale prévoient une gestion concurrente : chacun des époux est réputé avoir seul le pouvoir d'agir sur les biens, sauf exceptionnellement ceux soumis à une gestion exclusive. Dans l'indivision, le principe est celui d'une gestion unanime ; celui qui entend agir seul doit faire la preuve de sa propriété exclusive sur le bien.

Réforme du PACS

Le système de la séparation de biens avait été proposé comme régime juridique des biens, lors de l'adoption de la loi, mais n'a pas été retenu pour des motifs sombres [39]. Ils ont apparemment disparu, puisque lors de la réforme des successions et libéralités (Loi du 23 juin 2006), un volet sur le PACS a été voté, changeant notamment cette règle. Pour les PACS conclus à partir du 1er janvier 2007, le régime des biens est celui de la séparation de biens des couples mariés.

Néanmoins les partenaires ont toute liberté afin d'établir par convention un autre régime communautaire, où certains biens resteraient personnels, par analogie avec la communauté légale. Le modèle est proposé par la loi, qui se refuse à utiliser le mot de « *commun* » mais continue à organiser une indivision entre les partenaires sur certains biens. La loi permet de faire des conventions de propriété partagée sur les biens, tout en en réservant certains biens personnels. Les exceptions sont nombreuses, et posent différentes questions : sont-elles obligatoires, facultatives et surtout comment les appliquer ?

36• J. RUBELLIN-DEVICHI, « *Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999* », JCP 1999, p. 1551.

37• H. LECUYER, Dr. Fam. 2001, n° 27.

38• B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les mécanismes de mise en commun », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* » BRUYLANT, JGDJ 2005.

39• Voir art. B BEIGNER, *op. cit.*

Différentes exclusions sont énoncées de façon générale, par exemple restent personnels les biens « *à caractère personnel* » ; comment déterminer ce type de bien, si ce n'est par référence aux biens de même nature dans le régime de la communauté légale ? [40]

Liberté conventionnelle

Les partenaires peuvent changer de convention pendant leur union. Le PACS est un contrat qui peut s'organiser, se prévoir et se modifier ; c'est un vrai contrat d'organisation du patrimoine, qui pourrait prendre les mêmes voies offertes et utilisées en matière de contrats de mariage. Cette modification était déjà prévue à l'origine de la loi, mais était difficile en pratique et n'était pas possible pendant l'union. L'évolution de la loi est à cet égard une avancée, pourquoi devrait-on refuser aux partenaires de modifier leurs rapports pendant leur union, alors que celle-ci évolue, et pourquoi devrait-on leur refuser les différents contrats patrimoniaux ? La loi organise elle-même le statut fondamental du pacte sur l'une des voies matrimoniales. Les commentateurs et rédacteurs des textes utilisent eux-mêmes les références à un statut primaire du PACS, que les parties seraient libres de compléter conventionnellement [41]. Les partenaires ont maintenant presque la même latitude d'organisation que les couples mariés.

Qu'adviendrait-il d'une communauté plus large, voire une communauté universelle, quel serait le sort des avantages en matière de pacte civil ? Au-delà du sort fiscal ces conventions sont ambiguës par nature. Traitées comme des effets du mariage à certains égards, elles ne sont pas totalement exclues du champ des libéralités. Un avantage provenant d'un pacte est-il possible, admis à quel titre et traité de quelle façon ? Au niveau rédactionnel, rien n'interdit de prévoir des dispositions en cas de décès de l'un des partenaires ; la rédaction d'un avantage, d'une attribution intégrale, par exemple est possible.

Le PACS n'est pas dérogatoire aux libéralités ; tout avantage est considéré comme une libéralité à l'égard de son partenaire, et traité comme tel, quant à sa révocation, et sa réduction. La rédaction d'un avantage dans le contrat de PACS, c'est assimiler encore plus le contrat de mariage et le contrat de PACS. Or les avantages matrimoniaux n'étaient tolérés civilement et fiscalement, n'avaient une place particulière, qu'en fonction de la place qu'ont les couples mariés dans la société civile. On a deux suites possibles. La place particulière des couples pacsés sera la même que celle des couples mariés, et

40• Art. 1404 C. civ.

41• F. GRANET-LAMBRECHTS, « *Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative aux PACS* », Dr. Famille, avril 2005, p. 10 ; et N. MOLFESSIS, « *La réécriture de la loi par le Conseil Constitutionnel* », JCPN 2000.

ou l'avantage aux mariés n'apparaîtra plus utile dans la société civile et l'avantage fiscal disparaîtra, ou la même place est reconnue, et les couples pacsés se retrouvent dans la position qu'ils ne voulaient pas, celle d'un couple officiellement marié.

Rappelons que changer de régime matrimonial légal est une idée à la mode depuis quelques années, et que l'un des systèmes proposés est celui de la séparation de biens avec société d'acquêts. Nous aurions alors un régime matrimonial légal de séparation de biens, où uniquement certains biens seraient communs. Le régime matrimonial légal et le régime primaire du PACS seraient légalement les mêmes. On assiste à un retournement de priorités, où le régime matrimonial légal suit le régime légal du PACS. Ce dernier deviendrait-il dans l'esprit du législateur le modèle à suivre ? On va voir maintenant que les relations financières des couples sont similaires aussi en ce qui concerne le passif.

b – Le passif du couple

Contribution aux charges du couple

La contribution des époux aux charges du mariage est fonction de leurs facultés respectives, si rien d'autre n'est prévu [42]. De même les partenaires liés par un pacte se doivent une aide mutuelle et matérielle. Cette aide n'était pas déterminée par la loi, et a été précisée par le Conseil constitutionnel, en tant que devoir du pacte, obligatoire, que les parties ne peuvent aménager pour en décharger l'un des partenaires. Elle a été analysée en fonction des charges du couple, par référence à la contribution aux charges du mariage. La loi précise aujourd'hui que les partenaires se doivent une aide matérielle, proportionnelle à leurs facultés respectives [43], reprise exacte de cette aide du régime primaire [44].

La Cour de cassation refuse d'appliquer l'article 214 aux concubins, la jurisprudence est ancienne et constante [45], malgré la résistance de certains juges du fond. Les concubins doivent faire un choix clair, soit ils s'accordent sur les modalités des dépenses liées à la vie commune par convention, soit ils ne s'entendent pas, et aucun remboursement ne peut être demandé par l'un des concubins à raison des dépenses faites [46]. Différents tribunaux ont déduit de la vie commune, par analogie avec les couples mariés, un devoir de participation aux dépenses ménagères à proportion de leurs facultés respectives [47].

42• Art. 214 C. civ.

43• Projet loi art. 515-4 C. civ.

44• Art. 214 C. civ.

45• Cass. 1re civ., 19 mars 1991, Bull. Civ. I, n° 92 ; Cass. 1re civ, 11 janvier 1984, Bull. Civ. I n° 12 ; Cass. 1re civ, 19 mars 1991, 0, p. 942, obs. MASSIP.

La loi de 1999 définissant le concubinage comme une union de fait caractérisée par une vie stable et continue, allait dans ce sens, la communauté de vie exigée impliquait un partage de la vie, du logement, des ressources et donc des dépenses. Mais la Cour de cassation reste dans sa ligne, et rappelle qu'« *aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* » [48]. Le juge ne peut leur appliquer les règles du mariage, ou même du PACS, mais les concubins peuvent le prévoir eux-mêmes dans les contrats de concubinage [49].

Dettes ordinaires du couple

Si la dette est née pendant la communauté, elle repose sur tous les biens, sauf ceux prouvés propres au conjoint du débiteur. Le statut de l'indivision est encore ici plus difficile : les créanciers personnels d'un indivisaire ne peuvent saisir sa part dans les biens indivis, mais peuvent provoquer le partage à tout moment. La fin de l'indivision n'est pas une conséquence nécessaire de la rupture de la vie commune, et ne la requiert pas obligatoirement. Le partage porte sur la totalité des biens et non sur un seul, les pacsés peuvent voir leur régime liquidé de façon anticipée à tout moment, par l'action d'un créancier. De plus les conséquences peuvent être mauvaises : le partenaire du débiteur ne pouvant faire la preuve de sa propriété exclusive sur un bien, n'en retrouvera que la moitié. Il peut demander le remboursement d'une créance contre son partenaire, mais après avoir réglé les créanciers, cette action est illusoire.

Dettes ménagères

Au delà des conventions des parties, les couples sont tenus solidairement des dettes ménagères à l'égard des tiers. Dans le mariage, toute dette contractée dans l'intérêt du ménage ou l'éducation des enfants engage l'autre époux soli-

---

46• J. CASEY, « La contribution aux charges du ménage », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* » BRUYLANT, JGDJ 2005.

47• Bordeaux, 17 juin 1998, *Dr. Famille, 1999*, n° 1 obs. LECUYER.

48• Cass. 1re civ., 17 octobre 2000, Def. 2001, p. 93 obs. MASSIP ; Bull. Civ. I, n° 244 ; JCP 2001, II, 10568, note Th. GARE, Dr. Fam. 2001,n° 139, obs. BEIGNIER. Cass. 1re civ, 28 juin 2005, Dr. Fam. 2005, n° 179, note LARRIBAU-TERNEYRE : « *A obligation spéciale* (obligation de paiement du loyer et des charges) *il faut une preuve spéciale. […] pas question de déduire d'un engagement imprécis et antérieur à la vie commune, une obligation juridique de participer à toutes les charges de la vie commune qui inclurait à ce titre automatiquement le paiement du loyer d'un bail conclu par un seul des concubins, car ce serait la porte ouverte à une présomption selon laquelle le concubinage emporterait par principe, une participation de chacun des concubins à toutes les charges de la vie commune* ».

49• 84e Congrès des Notaires de France, « *Couple et modernité* », La Baule, 1988.

dairement à l'égard des tiers [50]. Cette solidarité tombe lorsque la dépense est manifestement excessive, ou s'il s'agit d'un prêt conclu par l'un des époux seul. Les règles concernant les dépenses des couples pacsés ont été rédigées sur ce modèle : ils sont tenus solidairement des dettes contractées pour les besoins de la vie courante et du logement. Notons que l'entretien des enfants ne fait pas partie de cette liste, en raison du PACS homosexuel, mais il est certain que si le couple a des enfants, leur entretien entre dans cette catégorie de dépenses solidaires. La solidarité des couples pacsés était plus étendue que celles des couples mariés ; en effet il n'existait pas de correctif quant aux dépenses manifestement excessives et les achats à crédit. La loi du 23 juin 2006 atténue cette solidarité en excluant les dépenses excessives. Tout en expliquant qu'il faut se garder de calquer le régime du PACS sur celui du mariage, et surtout du régime primaire, le législateur ne peut que le faire. Le passif du PACS est le passif du régime primaire. Il existe encore une différence dans les deux régimes, sur laquelle on peut s'interroger : la loi n'exclue pas, dans le PACS, la solidarité quant aux achats à tempérament. Il est vrai que la protection des dettes de l'autre époux se doit d'être plus forte dans la communauté légale, mais les achats à crédits peuvent être sources de difficultés au sein des couples, mêmes pacsés.

La loi édicte que toute dette est personnelle, sauf celle née pour les besoins de la vie courante, à condition qu'elle ne soit pas manifestement excessive. On peut imaginer des prêts conclus pour les besoins de la vie courante, non excessifs, par rapport au train de vie des parties ; l'autre partenaire serait tenu du prêt conclu par son conjoint. Autant le fait de calquer le régime du PACS sur celui du mariage est souvent regretté, autant cet oubli de la loi concernant les achats à tempérament continuera d'être source de contentieux entre les parties à la liquidation du pacte.

Toute assimilation à ces statuts pour les couples de concubins ordinaires est encore totalement exclue par la Cour de cassation. Encore dernièrement, elle rappelait que « *l'article 220 du Code civil, qui institue une solidarité de plein droit des époux en matière de dettes contractées pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, n'est pas applicable en cas de concubinage…* » [51]

50• Art. 220 C. civ.

51• Cass. 1re civ., 27 avril 2004, RJPF 2004-9/26 ; « *Aux termes de l'article 1202 du C. civ., la solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée ; cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. […] Viole les textes précités le jugement qui, pour condamner solidairement un concubin à payer le solde d'un prêt, retient que, nonobstant le fait que le contrat ne soit pas signé, la concubine était à l'origine des demandes financières, que le concubin ne pouvait ignorer l'existence du prêt puisque les échéances étaient prélevées sur son propre compte et que le couple avait bénéficié de cet argent pour les besoins du ménage.* »

c – Autres assimilations

Assimilation fiscale

La fiscalité est partout, et la famille n'y échappe pas [52]. La famille, parce qu'elle constitue une unité de consommation, de capitalisation, de transmission du patrimoine, de solidarité alimentaire et d'assistance inter-générationnelle est une réalité économique et sociale prise en compte par le droit fiscal [53]. La famille est appréhendée sous deux angles différents ; la fiscalité assume un rôle de perception de l'impôt, elle constitue un lieu d'imposition et chacun des événements l'affectant a une répercussion sur la perception de l'impôt. La fiscalité est aussi un instrument étatique au service d'une politique globale familiale. Quel est le degré de différenciation ou de convergence des statuts fiscaux ? Y a-t-il recherche d'une cohérence globale ou adaptation a posteriori, au coup par coup, pour tenir compte de l'évolution de la loi civile ?

Le système français de l'imposition repose sur le foyer fiscal. La définition de ce foyer ne posait pas de difficultés, le couple marié constituant ce foyer ; le concubinage était rare, ne remettant pas en cause les idées. Chaque concubin était un foyer fiscal distinct. Le développement du concubinage a modifié les choses. Les concubins ne forment pas un foyer fiscal au regard des impôts directs, et sont traités comme étrangers au regard des droits de mutation à titre gratuit. La seule exception tient à l'assimilation en leur défaveur, au niveau de l'impôt sur la fortune. Les statuts des couples mariés et des partenaires pacsés sont plus rapprochés, mais pas égaux. Leur assimilation est totale au regard de l'impôt sur le revenu et l'impôt sur la fortune. Les couples sont imposés de façon commune dès la première année du mariage ou de la conclusion du pacte ; les règles concernant l'imposition des partenaires renvoient simplement aux règles des couples mariés. Mais l'assimilation ne prévaut pas en matière de droit de mutation à titre gratuit. Les partenaires bénéficient d'un abattement de 57 000 euros et de tranches de 40 et 50 % ; alors que les époux bénéficient d'un abattement de 76 000 euros et sont imposés dans des tranches inférieures. Les dispositions sont ici spécifiques. L'absence de renvoi général donne des différences étonnantes, ainsi en cas de partage de biens indivis.

On constate néanmoins que les différences s'atténuent avec le temps, les dispositions fiscales nouvelles alignant doucement le statut du partenaire sur

52• « *L'impôt est de nos jours, avec la circulation routière, l'occasion la plus fréquente de rencontrer le droit, d'en éprouver la pression diffuse ou la morsure aiguë* », J. CARBONNIER, Sociologie juridique, PUF 1994, p. 42.

53• F. DEBOISSY, « Les effets en droit fiscal », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* » BRUYLANT, JGDJ 2005.

celui de l'époux. Ainsi les deux couples bénéficient d'une tolérance de baisse de 20 % sur l'estimation de la maison principale au décès du conjoint, et le partenaire peut, comme le conjoint survivant, demander à bénéficier des dispositions sur le paiement fractionné et différé des droits.

Ces différents degrés, confirment l'existence de trois catégories de couples et reflètent leur hiérarchie. Il s'agit de traiter différemment des situations différentes ; l'avantage fiscal est modulé selon les obligations du couple : plus le statut est contraignant en terme d'obligation (assistance, fidélité, secours…), plus la fiscalité est légère. C'est pourquoi les différences de traitement fiscal du mariage et du PACS s'atténuent avec le temps, avec l'assimilation de leurs obligations.

Comme exemple de l'uniformisation des situations financières entre les couples, prenons un couple séparé de biens. Chacun d'eux a la libre administration de ses biens, qu'il peut prouver comme étant personnels ; il est tenu seul de ses dettes, sauf celles réalisées pour les besoins de la vie courante. Etre lié avec une autre personne est inscrit en marge de son extrait d'acte de naissance, et les tiers se fondent sur la propriété apparente quant aux meubles. Ils peuvent changer de contrat en cours d'union. Ils bénéficient d'une imposition commune dès la première année du contrat. **Sans de plus amples informations, on ne peut savoir si ce couple est marié ou pacsé.**

Assimilation sociale [54]

Traditionnellement plus perméable à l'évolution des mœurs, la législation sociale a été l'une des premières à tenir compte des évolutions de la famille [55]. Cette évolution s'est traduite par l'avènement de la notion de ménage, concurrente de la notion de famille, tenant compte des relations économiques se créant entre personnes vivant ensemble pendant un certain temps. On considère la famille comme un groupe constitué par un individu et les personnes à sa charge, le recours à la vie maritale, ne prenant pas ainsi en compte les liens juridiques ou les orientations sexuelles des couples. Pour des raisons idéologiques et financières, le législateur a refusé une assimilation pure et simple entre toutes les formes d'union. On a une hiérarchie entre les normes, où le partenaire d'un pacte a plus de droits que le simple concubin, mais moins que le conjoint. La formation ou la séparation d'un couple sont à l'origine de la reconnaissance ou de la disparition d'un droit à prestation sociale. Jusqu'à la loi sur le PACS on constatait une prise en compte législative de l'entraide mutuelle au sein des couples concubins. Depuis la loi du 15 novembre 1999, le Code de la sécurité sociale assimile

54• JM PLAZY, « Les effets en droit de la sécurité sociale », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* », BRUYLANT, JGDJ 2005.

55• A. SUPIOT, « *Les mésaventures de la solidarité civile* (*Pacte civil de solidarité et systèmes d'échanges locaux*) », Droit Social 1999, p. 64.

les partenaires liés par un pacte aux concubins pour l'octroi des prestations familiales, du complément adulte handicapé, de l'allocation logement social, et autres… cet alignement a permis aux partenaires d'acquérir des droits sociaux nouveaux [56], et aussi à la suppression de certains droits [57]. L'un des deux unis, par un mariage, un PACS, ou en simple concubinage, ne peut plus percevoir l'allocation de parent isolé; les revenus du couple sont pris en compte pour les différents minima sociaux.

Le caractère familial est marqué en matière d'assurances sociales. Bénéficient de droits dérivés, le conjoint, les enfants et à certaines conditions l'ascendant ou le collatéral vivant sous le même toit. Dès 1978 l'ayant droit était «*la personne qui vit maritalement avec un assuré social, et qui se trouve à sa charge effective, totale et permanente*». Depuis 1999, il en est de même avec le partenaire d'un pacte, s'il n'a pas la qualité d'assuré social à un autre titre. Deux conditions s'imposent en droit de la sécurité sociale: celle de la vie maritale et de la charge effective et permanente. La vie maritale est présumée en cas de mariage ou de PACS, elle doit être prouvée en cas de concubinage simple. On a différentes surprises. Un conjoint assuré social peut faire bénéficier de la qualité d'ayant droit son époux qui ne travaille pas et dont il est séparé, mais également le concubin avec lequel il vit maritalement et qui est à sa charge effective et permanente. La condition de charge renvoie aux liens existants entre l'assuré et l'ayant droit [58], c'est un rapport de fait qui peut se transformer en rapport de droit [59]. Il n'y a pas de condition de durée de vie, sauf pour les concubins homosexuels, où la loi impose une durée minimum de douze mois de vie commune. Les diverses modifications de l'article L 161-4 du Code de la sécurité sociale ont eu pour effet de multiplier le nombre des ayants droits et d'augmenter le coût de la protection sociale. Deux types d'ayants droits apparaissent: ceux reconnus par une vie maritale (époux, concubins hétérosexuels, partenaires liés par un PACS), et les autres pouvant établir la charge effective et permanente de l'assuré pendant douze mois.

Les situations, même si similaires, ne sont pas égales. Concubinage et pacte de solidarité sont très en retrait du mariage en ce qui concerne la protection du survivant, car ils n'ouvrent droit à aucune des prestations sociales versées au conjoint de l'assuré. Le survivant d'un concubinage ou d'un pacte, n'a droit ni à l'allocation veuvage, ni à la pension de réversion, ni à la rente d'ayant droit en cas d'accident du travail mortel, ni à la pension d'invalidité.

56• F-J. PANSIER, «*Aspects sociaux du Pacs: présentation synthétique*», Droit et patrimoine avril 2000, p. 71.

57• A. BENOIT, «*Aspects sociaux*», Droit de la Famille, Hors Série sur le Pacs, décembre 1999, p. 42.

58• J-F LUSSEAU, «*Vie maritale et droit de la sécurité sociale*», Droit Social 1980, p. 203.

59• J. CARBONNIER, Droit Civil T. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, Thémis PUF 20e Ed.1999, n° 42.

Ces exclusions sont regrettables et trouvent leur fondement dans le souci législatif de maintenir une hiérarchie dans les formes d'union. Plus conforme à la notion de famille du droit de la sécurité sociale et au fondement de solidarité sociale, le droit à la pension de réversion est demandé, par la doctrine en faveur du partenaire d'un PACS, et n'est pas voté pour des raisons économiques. Les droits des concubins sont minimes. Le capital décès est versé par priorité aux personnes qui étaient au jour du décès de l'assuré à sa charge effective, totale et permanente. Entre le conjoint séparé de fait et le concubin, c'est ce dernier qui est préféré. Mais si personne ne se manifeste, la loi établit la hiérarchie suivante: le conjoint, le partenaire d'un PACS, les descendants et ascendants.

En cas de séparation, le conjoint non assuré social peut bénéficier de l'assurance maladie et maternité pendant une durée d'un an. Rien n'est prévu concernant les autres unions. En cas de divorce, l'absence de couverture sociale peut être prise en compte dans les règlements pécuniaires de la séparation, or lors de la fin d'un concubinage ou d'un PACS, où la séparation est rapide, peu de règlements se font en prenant en compte cet aspect des choses. Souvent l'ancien ayant droit ne bénéficie plus de couverture sociale, autre que la CMU. Le droit de la sécurité sociale n'a pas bouleversé la hiérarchie des formes d'union. La réglementation relative aux droits sociaux demeure inachevée et non protectrice. Il est nécessaire d'entamer une réflexion d'ensemble sur les droits dérivés[60], et sur la notion d'ayant droit.

2 Relations financières à la fin de l'union

La vie commune entraîne une confusion des patrimoines des conjoints, cause parfois de déséquilibres injustifiés. Il est possible que l'un d'eux ait acquitté une dette de l'autre sur son patrimoine propre. Ces éventuels déséquilibres peuvent être corrigés lors de la rupture du couple, mais aussi pendant leur vie commune. La loi permet de corriger certains défauts, mais pas tous. Ces corrections sont prévues dans le cadre du mariage, et semblent réservés aux couples mariés ; mais les tribunaux ont créé des mécanismes complémentaires, étendus aux couples non mariés.

a – Fin de l'union par la rupture du couple

Assimilation par les procédures

La réforme du divorce (Loi du 26 mai 2004) avait quatre objectifs : faire baisser le nombre de divorces pour faute ; accélérer et simplifier les procédures ; pacifier les rapports entre époux et protéger le conjoint le plus faible. Ce dernier but est atteint avec les nouvelles dispositions sur l'éviction du conjoint violent. Les autres dispositions ont des effets sur le mariage, certainement non voulus.

60• A. BENOIT, « *Protection sociale et concubinage* », JCPN1997, p. 1207.

La réforme a été faite dans une volonté de contractualisation de la séparation : les règles de procédure facilitent les règlements et conventions entre époux ; le juge peut constater leur accord sur tous les points jusqu'au jugement final. Cette liberté avait déjà été annoncée dans la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, où les parents, peuvent quelque soit leur mode de vie, passer des conventions sur l'exercice de l'autorité parentale et sur l'obligation d'entretien des enfants mineurs. La convention doit être homologuée par le juge, et peut rester en vigueur après le divorce des parents si elle s'accorde avec la situation. On imagine que parfois elle constitue un préalable au divorce, lors d'une séparation de fait. Cette dernière réforme du divorce est le constat de sa banalisation, la perte de son caractère d'Ordre Public[61]. La séparation est rentrée dans l'ordre des choses privées, par corrélation l'union n'intéresse plus que le privé.

Afin de réduire les divorces pour faute, la loi tente de détourner les époux de cette procédure en offrant des procédures concurrentes souples, et en dissociant les fautes des conséquences financières de la séparation. Offrir des procédures rapides et simples, et dissocier les conséquences financières de la rupture, est séduisant. Tout époux peut demander une prestation. Dans l'ancien droit, l'époux fautif aux torts exclusifs perdait tout droit à prestation compensatoire. D'après le nouvel article 270 du Code civil, le juge « *peut* » refuser la prestation « *au regard des circonstances particulières de la rupture* ». Le juge « *peut* » refuser la prestation compensatoire à l'époux ; le juge « *peut* » l'accorder : la décision tant dans l'accord d'une prestation que dans son montant, sera différente selon les juges, les lieux, les époques. Ceci veut dire que l'époux « *fautif* » peut obtenir une prestation compensatoire.

Le tribunaux auront toujours droit aux étalages des fautes des époux, pour l'obtention d'une prestation. Alors que cet étalage avait lieu à la décision du divorce, elle est repoussée au prononcé du montant de la prestation. L'étalage ne disparaît pas, est simplement déplacé. Le divorce pour faute avait une certaine utilité, il était rendu dans un esprit de justice sociale ; le conjoint bafoué retrouvait un peu de sa dignité lorsque son conjoint était condamné pour faute. Le montant de la prestation importait, mais était secondaire par rapport au sentiment d'avoir fait reconnaître aux yeux des tiers les torts de l'autre époux. Le divorce perd son utilité sociale. Les nouvelles procédures n'apportent pas ce sentiment. Il est à craindre que les procédures simples et rapides soient utilisées par les époux « *fautifs* », au détriment des conjoints bafoués. Ce n'était certainement pas le but du législateur.

61• J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « *Volonté et Ordre Public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel ?* », Def. 2004, art. 38115.

Le divorce pour altération du lien conjugal participe des procédures simples et efficaces. Remplaçant le divorce pour rupture de la vie commune, il est très différent. La notion d'altération du lien conjugal ne recouvre pas entièrement la disparition de communauté de vie, il n'y a pas de protection du conjoint non fautif. Le divorce est accordé après une séparation de fait d'une durée de deux ans. La disparition de la clause de dureté fait apparaître un vrai droit au divorce. Il n'est pas prévu que le juge puisse s'opposer à ce divorce, il est automatiquement accordé après la séparation de fait, sans notion de faute. Automatiquement accordé, c'est un droit au divorce, qui devrait rassurer les couples mariés, puisqu'ils ne sont jamais tenus de rester avec leur conjoint. La prétendue facilité de cette procédure la rapproche de celle d'une rupture dans une union libre, puisque l'un des deux conjoints peut partir sans explications, au bout de deux ans est automatiquement divorcé, et la prestation ne tiendra pas compte des éventuelles fautes dans l'union. **S'il est si simple de se désunir, quelle valeur attacher à l'union ?**

Assimilation lors des liquidations

La communauté de vie induit une participation à l'enrichissement de l'autre. Cette participation peut être déséquilibrée, parce que les époux ont des activités professionnelles différentes, ou parce que l'un n'en a pas du tout. La rupture du couple entraîne des difficultés matérielles. La loi prévoit des mécanismes correcteurs pour les couples mariés, la jurisprudence tente de les étendre aux couples de concubins.

On voit deux situations d'enrichissement injustifiés des patrimoines : soit le transfert de valeur entre le patrimoine personnel d'un conjoint et la communauté, soit entre les patrimoines personnels des époux. Dans le premier cas, le déséquilibre est corrigé par la mise en œuvre de la théorie des récompenses, indemnités pécuniaires dues à la communauté par un époux, ou par un époux à la communauté. Leur fondement, longtemps discuté, repose sur la notion d'équité, et la volonté de préserver l'équilibre entre les différentes masses de biens, tout en respectant l'immutabilité des conventions matrimoniales. La loi réglemente précisément les hypothèses des récompenses [62].

Ce mécanisme est prévu pour les couples mariés, il n'y a pas de similaire pour les concubins, pacsés ou non. Même pour les couples mariés, il y a des limites à cette théorie. La première est conventionnelle ; ce mécanisme n'étant pas d'Ordre Public, les époux peuvent conventionnellement aménager le principe ou leur mode de calcul. Ils peuvent y renoncer par contrat de mariage,

62• Art. 1433 et 1437 C. civ.

ils ne peuvent néanmoins pendant le mariage fixer leur montant [63]. L'autre limite est judiciaire. Les tribunaux font une application restrictive du mécanisme, le rejetant parfois à la limite de l'équité [64].

Un autre mécanisme correcteur est la prestation compensatoire [65], destinée à compenser la disparité créée par la rupture du mariage. L'octroi d'une prestation n'est pas systématique, le juge doit tenir compte de critères pour déterminer s'il y a lieu ou non au versement, et pour en déterminer le montant. Le juge doit tenir compte de la disparité matérielle, au jour de la rupture et dans un avenir prévisible. Il doit se référer aux besoins et aux ressources des conjoints, la loi fournissant certains critères [66]. Le législateur préfère un versement en capital, que les parties doivent pouvoir aménager dans leur requête, ou convention.

La prestation est le mécanisme le plus approprié pour compenser les déséquilibres, mais le conjoint peut-il bénéficier d'une autre indemnisation fondée sur l'enrichissement sans cause ? Le cumul est possible, si on considère que la prestation appréhende la situation future des conjoints à partir de l'appréciation d'éléments ayant composé leur vie commune, et que l'indemnisation fondée sur l'enrichissement sans cause vise à compenser un déséquilibre spécifique [67]. Ce cumul est rare en pratique, car la prestation a une nature indemnitaire et inclue souvent de nombreux paramètres, tel que le temps consacré à l'éducation des enfants. Si le juge tient compte dans son évaluation de la participation gratuite du conjoint à l'activité professionnelle, il ne pourra plus obtenir de réparation, une deuxième fois. Inclure cette participation gratuite à l'activité professionnelle du conjoint est contestable, car

---

63• J. PATARIN, « *Observations sur quelques aménagements patrimoniaux singuliers dans les rapports entre époux* », Mélanges Foyer, p. 415.

64• C. ARNAUDIN, « Les modes de correction des déséquilibres patrimoniaux lors de la rupture du couple », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* » BRUYLANT, *JGDJ 2005*. Cass. 1re civ., 26 mai 1999, Dr. Fam. 1999, n° 83 ; Cass. 1re civ., 5 mars 2002, Dr. Fam. 2002, n° 115 ; où la Cour casse un arrêt qui avait accordé une récompense à la communauté pour les travaux qu'elle avait financé sur un immeuble qui appartenait aux parents de l'épouse et dont ils lui avaient fait ultérieurement donation aux motifs qu'à l'époque des travaux, l'immeuble ne faisait pas partie du patrimoine de Madame.

65• J. HAUSER et Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « *Effets du divorce, Conséquence du divorce pour les époux, prestation compensatoire* », Juris Classeur civil fasc. *20* ; H. LECUYER, « *La loi du juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce* », Dr. Fam. 2000, chron. n° 17.

66• Art. 272 C. civ. : « *L'âge, la santé des époux, la durée du mariage, le temps consacré à l'éducation des enfants, la situation professionnelle, leur patrimoine en revenu et capital après la liquidation du mariage* ».

67• Cass. 1re civ., 18 avril 1991, RTD Civ. 1991, p. 718.

les deux actions ont un champ d'application spécifique, mais est souvent plus facile. La prestation compensatoire est un mécanisme correcteur spécifique aux couples mariés, puisque prévu dans le divorce, mais est étendu par les tribunaux aux couples non mariés.

Le concubinage étant une union de fait, et libre, il implique une rupture libre. Il n'y a pas de procédure spécifique comme le divorce. Comme il n'y a pas de lien juridique entre eux, la loi leur refuse tout droit alimentaire après la séparation. Les tribunaux parviennent à des solutions plus équitables, allant parfois jusqu'à l'octroi d'aliments [68]. La rupture entraîne une indemnisation, basée sur la responsabilité civile, s'il y a faute dans la rupture. Si celle-ci n'est pas fautive, les circonstances l'entourant peuvent l'être. Par exemple lorsqu'« *elle procède d'une intention de nuire, qu'elle est inspirée par l'inconséquence ou la méchanceté ou se trouve entachée d'une ingratitude manifeste* » [69]. Où la Cour de cassation approuve une cour d'appel prévoyant l'indemnisation de la concubine, pour réparer le préjudice matériel et moral subi par elle du fait de son brusque congédiement après onze ans de vie commune, alors que le concubin l'avait incitée à déménager, à quitter son emploi pour s'occuper des enfants communs et s'était engagé à subvenir à ses besoins [70].

Le juge se fonde aussi sur les quasi-contrats, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause pour octroyer réparation. Il accorde des aliments au concubin délaissé, s'appuyant sur une obligation naturelle pesant sur l'ex-concubin [71]. Différentes décisions précisent l'existence d'un devoir de conscience de ne pas laisser son compagnon délaissé dans le besoin [72]. Le juge, sous certaines conditions, décèle l'existence d'une obligation naturelle à la charge de l'un des partenaires, lui imposant de ne pas laisser sans ressources celui avec qui il a partagé sa vie. Pour que cette obligation naturelle soit transformée en obligation civile, il faut un semblant d'engagement unilatéral de la part de celui tenu au versement [73] ; par exemple l'engagement pris par l'un dans une lettre, ayant reçu exécution pendant plusieurs mois au profit de son ancienne compagne [74]. En ce cas, le concubin peut demander l'exécution forcée de cette obligation, et devient un véritable créancier d'aliments. Les tribunaux admettent petit à petit une indemnisation non plus fondée sur une faute créée lors de la rupture, mais qui résulterait du dommage créé par la

68• M. MULLER, « *L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources* », D. 1986, chron. 328.
69• Paris, 28 mars 1985, Inf. Rap., p. 481.
70• Cass. 1re civ., 7 avril 1998, Dr. Fam. juin 1998, n° 81, note LECUYER.
71• J.-P. GATEL, « *L'obligation alimentaire dans les secondes familles* », JCPN 1999, I, p. 756.
72• Paris, 11 juin 1998, JCP 1998, IV, n° 1684, p. 709.
73• F. GONTHIER et N. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*
74• Paris, 11 juin 1998, *op. cit.* Cass. 1re civ., 17 novembre 1999, Dr. Fam. février 2000, n° 19 :

rupture elle-même [75]. On se dirige vers une indemnisation du préjudice créé par la rupture elle-même en dehors de toute faute. Cette extension de la « *prestation compensatoire* » contribue largement à l'unification des statuts des couples mariés ou non.

L'article 515-7 du Code civil, relatif au PACS, énonce que les partenaires procèdent eux-mêmes à la liquidation de leurs droits et obligations. A défaut d'accord, le juge statue sur les conséquences patrimoniales de la rupture sans préjudice de la réparation d'un dommage éventuellement subi. La loi ne prévoit pas d'équivalent à la prestation compensatoire, ou la pension alimentaire. Le principe est que les partenaires règlent eux-mêmes les effets de leur désunion. Ils vont partager leurs biens indivis, et éventuellement leurs créances. On peut prévoir conventionnellement le versement d'une somme destinée à compenser la disparité du niveau de vie après la séparation [76]. A défaut d'accord, si les parties font appel au juge, quelle est sa marge de manœuvre ?

« *Il suffirait de se référer au droit du mariage pour analyser la proposition de l'article 515-7 du Code civil comme organisant une sorte de prestation compensatoire entre partenaires, acceptant que ce soit réparable, abstraction faite de toute raisonnement en termes de faute* » [77]. Une partie de la doctrine voit dans ce texte, l'autorisation donnée au juge pour prévoir le versement d'une prestation [78]. C'est une opinion osée ; puisqu'il n'existe pas d'obligation alimentaire légale suite à la rupture du PACS, le juge ne peut que se référer au droit commun, et à la jurisprudence sur le concubinage libre.

Le juge pourra toujours statuer sur une éventuelle rupture abusive du PACS, le dommage réparé sera celui subi à l'occasion de la rupture. Le juge peut sanctionner la faute commise sur le fondement du droit commun de

---

74• (suite) « *où le cas d'un ex concubin laissant son ancienne concubine vivre dans un immeuble, dont il est propriétaire, et qui s'engage à l'y maintenir sa vie durant* ».

75• Paris, 16 novembre 1999, Dr. Fam. 2000, n° 56. Le tribunal refuse d'accorder des dommages à une concubine en constatant l'absence de faute du concubin, en relevant pour retenir cette absence de faute, que le couple n'avait pas d'enfants et que la concubine exerçait une activité professionnelle. C'est dire logiquement qu'en cas contraire, existence d'enfants ou non activité professionnelle, il existerait une faute, génératrice d'une compensation financière.

76• Comme c'est le cas pour les ex-époux, qui après divorce prennent des conventions spéciales en matière d'obligation alimentaire : Cass. 2e civ., 9 mai 1988, D. 1989, p. 289, note J. MASSIP ; RTD Civ. 1989, p. 58.

77• F. GRANET et H. LECUYER, « *Pacte civil de solidarité* », Répertoire Notarial, art. 515-1 à 515-7, fasc.10.

78• C. ARNAUDIN, « Les modes de correction des déséquilibres patrimoniaux lors de la rupture du couple », in « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* » BRUYLANT, JGDJ 2005.

la responsabilité. La situation des concubins suite à leur rupture est peu enviable, et peu aménagée, malgré la tendance d'assimiler les ruptures des différents couples.

Depuis longtemps confrontés au problème de l'indemnisation du conjoint ou du concubin qui a bénévolement participé à l'activité professionnelle de son conjoint [79], les tribunaux ont eu recours à la théorie des quasi-contrats. La gestion d'affaires [80] et la répétition de l'indu [81] ont été retenus, c'est l'enrichissement sans cause qui est le plus utilisé [82]. L'action de *in rem verso* a été consacrée au profit des concubins, avec difficultés [83]. Aujourd'hui les décisions l'acceptent plus facilement [84]. Il existe néanmoins des limites aux indemnisations.

La première est liée à la mise en œuvre de l'action, qui obéit à une double exigence : démontrer l'enrichissement d'un membre du couple, démontrer l'appauvrissement de l'autre et d'une corrélation entre les deux. L'action n'est admise qu'à condition de démontrer l'absence d'autre cause d'appauvrissement. Ainsi l'action du concubin, aux fins de remboursement de travaux effectués dans l'immeuble de sa concubine, a déjà été rejetée, au motif que ces travaux étaient justifiés par son hébergement dans l'immeuble [85]. L'action a évolué dans le temps et aujourd'hui est plus facilement acceptée. La Cour de cassation ne retient pas une conception formelle de la cause, pas entendue strictement comme le titre juridique justifiant le transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, mais plutôt comme une absence de contrepartie. La Cour ne recherche pas la cause dans l'opération même qui a été la source de l'appauvrissement, mais en dehors, à corriger dans une vision d'ensemble les déséquilibres entre les patrimoines des conjoints [86].

L'action se heurte en pratique à d'autres difficultés. Comment démontrer l'appauvrissement de celui qui a contribué à la profession de l'autre, ou qui s'est acquitté des taches ménagères ? « *L'appauvrissement résultant de l'absence*

79• Tribunal civil de la Seine, 27 mai 1937, *RTD* Civ. 1937, p. 824.

80• Paris, 14 octobre 1997, Dr. Fam. 1998, n° 19, considérant que la concubine qui a financé des travaux utiles d'entretien et d'investissement sur un immeuble appartenant à son concubin avait droit au remboursement des dépenses faites sur le fondement de la gestion d'affaires.

81• Paris, 15 janvier 1999, Dr. Fam. 1999, n° 111.

82• A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « *Collaboration familiale et enrichissement sans cause* », Dr. Fam. 1999, chron. n° 19 ; H. SINAY, « *Le travail non rémunéré au sein du couple* », Mélange HUET-WEILLER, p. 437.

83• Cass. civ. 7 juillet 1987, RTD Civ. 1988, p. 132, considérant que le concubin qui avait effectué des travaux sur un immeuble acquis par sa concubine ne pouvait avoir droit à remboursement car il avait agi à ses risques et périls.

84• Pau, 17 décembre 2001, Dr. Fam. 2002, n° 79.

85• Bordeaux, 26 février 2002, Dr. Fam. 2002, n° 117.

86• H. LECUYER, Dr. Fam., n° 3.

de rémunération est susceptible d'être compensé par le niveau de vie offert par l'appauvri à l'enrichis» [87]. C'est le cas des couples mariés sous un régime communautaire, puisque à la dissolution du régime, les biens communs acquis grâce aux revenus professionnels de l'un, sont destinés à être partagés par moitié, atténuant le déséquilibre. Celui qui demande une indemnisation pour son aide, doit démontrer que l'aide pratiquée a dépassé sa contribution aux charges du ménage [88]. Si la preuve peut être apportée lorsque l'un des conjoints a contribué à la profession de l'autre, elle est plus difficile lorsque fondée sur l'exécution des taches ménagères. Le principe est que l'indemnité n'est due que si l'activité déployée est supérieure à ce qu'exige d'ordinaire la contribution aux charges du mariage [89], l'appréciation est délicate. Il faut démontrer que l'activité de l'un a enrichi l'autre d'une manière qui doit s'apprécier au regard du droit du travail, plus qu'au droit des régimes matrimoniaux [90]. Il faut démontrer que l'un a traité l'autre comme un employé en plus de sa qualité de conjoint. Il faut prouver que le conjoint travaillait gratuitement pour participer aux charges du mariage et qu'en plus il enrichissait son conjoint. Ce n'est accepté qu'en cas d'abus [91].

L'indemnisation sur ce fondement est plus facilement acceptée pour les couples de concubins, puisque les tribunaux ne demandent pas la preuve ici que l'aide apportée dépassait la contribution aux charges du ménage ; la Cour de cassation ayant posé le principe selon lequel chaque concubin doit supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées [92].

b – Fin de l'union par un décès

Les relations financières à la fin d'une union dissoute par décès, est le lieu d'importantes différences, notamment par défaut de dispositions civiles.

87• A. GOUTTENORE-CORNU, *op. cit.*

88• Amiens, 5 septembre 2002, Dr. Fam. 2003 août/septembre, n° 106.

89• Cass. 1re civ., 30 mai 1979, Bull. Civ. I, n° 161. H. LECUYER, « *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*», Th. Paris II, 1993 n°29.

90• J. LAFOND, « *L'enrichissement d'un époux séparé de biens dû à l'activité bénévole de son conjoint*», JCPN 1996, p. 1315.

91• Cass. 1re civ., 5 avril 2005, Dr. Fam. mai *2005*, p. 20 n° 97 ; « *moyen déposé sur le fondement de l'intention libérale, refusé. à l'aide de sommes déposées par le marié sur le compte bancaire de son épouse, avec laquelle il était marié sous le régime de la séparation de biens, celle-ci a acquis une villa qu'elle a revendue pour en acquérir une autre. L'époux a demandé le versement d'une somme correspondant à la valeur du bien sur le fondement de l'article 1099-1 du Code civil selon lequel, lorsqu'un bien est acquis par un époux à l'aide de fonds remis par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien. Les tribunaux ont refusé, car la femme avait assuré, antérieurement au versement des fonds, une collaboration à l'activité immobilière du mari qui, compte tenu notamment du nombre d'immeubles concernés, excédait son obligation de contribution aux charges du mariage*».

92• Cass. 1re civ, 17 octobre 2000, RTD Civ. 2001, p. 111, obs. J. HAUSER.

L'assimilation fiscale se développe, et tire l'assimilation civile. Le mariage a toujours entraîné une protection minimum d'Ordre Public du conjoint survivant ; c'est le coté institutionnel du couple. La loi du 3 décembre 2001 a augmenté les droits du conjoint survivant, sans le mettre pourtant à l'abri d'une exhérédation totale. Le législateur protège les époux négligents. Le survivant est protégé de deux façons : sa place dans le règlement successoral est améliorée, et la loi lui garantit son cadre de vie. C'était un tournant dans le traitement historique du conjoint ; la famille-couple est devenue supérieure à la famille lignage. Le concubinage, ou le PACS, apparaît très en deçà, puisqu'il n'y a aucun droit successoral *ab instestat*, même si la jurisprudence y remédie parfois. Le fossé entre le fait et l'institution apparaît plus nettement au décès que pendant la vie de couple, parce que la dimension temporelle du mariage y trouve encore sa valeur.

Les droits du concubin survivant sont très minces, bénéficiaire ou non d'un pacte. Le concubin n'a pas de droits en quotité. Dans aucune hypothèse le concubin n'a de droit successoral ab intestat. La situation est aujourd'hui que seul le mariage doit produire des effets successoraux, même si on voit une amélioration des droits du concubin pacsé.

Le logement familial a une situation particulière. Certains souhaitent une extension de la protection du logement aux concubins. Les raisons d'équité et d'humanité soutenant cette protection sont les mêmes que le couple soit marié ou pas. Aujourd'hui si le logement est la propriété du défunt, le concubin survivant n'a aucun droit, pacsé ou non. Il peut être expulsé et devoir une indemnité d'occupation aux héritiers [93]. Si le logement est en indivision, en cas de désaccord sur les conditions du partage et d'attribution, il faut distinguer entre le concubin ordinaire et le pacsé. Pour le premier il n'existe pas d'attribution préférentielle, il sera soumis aux aléas d'un partage au tirage au sort. Pour le second, la loi a prévu que le concubin pouvait demander l'attribution préférentielle ; il a plus de chances d'obtenir le logement, mais au prix fort puisqu'il sera débiteur d'une soulte importante.

Les choses s'améliorent pour le partenaire pacsé. La dernière réforme des libéralités (Loi du 23 juin 2006) a nettement amélioré sa position sur le logement familial. Le concubin survivant bénéficie du droit temporaire au logement de l'article 763 du Code civil, c'est-à-dire du conjoint survivant ; sauf si le défunt l'en avait privé par testament. Ce qui pose quelques ques-

93• Cass. 1re civ., 9 décembre 2003, RJPF 2004-9/27 ; « *L'attribution préférentielle prévue par l'article 832 du Code civil ne peut être demandée que par le conjoint ou par un héritier. Viole ce texte la cour d'appel qui retient que l'attribution préférentielle doit être accordée au concubin qui habite l'immeuble depuis la séparation du couple, alors que les parties n'étant pas mariées, le concubin ne pouvait prétendre à l'attribution préférentielle* ».

tions sous-jacentes, au-delà de l'équité et l'humanité envers le concubin. Le droit temporaire au logement, issu de la première réforme des successions, a été conçu et expliqué comme un effet tiré du mariage, en tant qu'institution. En tant qu'effet du mariage, cet avantage n'est pas taxé fiscalement. En tant qu'effet du mariage, il ne fait pas partie du règlement civil de la succession.

Le droit temporaire au profit du concubin survivant est-il le même ? La loi acceptait les effets particuliers, au plan civil et au plan fiscal, en raison de la nature spécifique du mariage dans la société ; conçu de la même manière, cela veut dire que le PACS produit les mêmes effets sociaux que le mariage. Le PACS est donc devenu officiellement le concurrent du mariage, son égal, produisant les mêmes effets, ou du moins de plus en plus. Si l'administration fiscale accepte de ne pas taxer cet avantage, on peut imaginer d'autres avantages eux mêmes aussi non taxés, en raison de la nature particulière de cette institution. On peut imaginer des PACS à vocation universelle, avec attribution intégrale au concubin survivant, sans taxation. Enfin peut être…

On peut quand même se poser la question de la validité de la reconnaissance des mêmes effets du PACS et du mariage. Prenons le cas d'un logement loué par les concubins. Le concubin veuf peut donc demander le remboursement des loyers, pendant un an, aux frais de la succession. Les héritiers supportent au même titre que le conjoint, le concubin. Ils le doivent en raison de l'affection du défunt pour son conjoint, puisqu'ils s'étaient mariés, peut-on dire vraiment la même chose du concubin pacsé ? Si oui, la position apparente du législateur, les couples choisissent indifféremment entre les PACS et le mariage, comme manifestation de leur affection légitime. Le PACS vient de bénéficier d'une promotion inattendue.

L'obligation naturelle fait l'objet d'un développement jurisprudentiel certain. Elle permet de disqualifier certains engagements du défunt pour éviter la qualification d'acte gratuit. Certains droits accordés par le défunt sur le logement, par exemple le droit d'y demeurer un certain temps, peuvent être reconnus comme l'exécution d'un devoir de conscience, et transformant cette obligation naturelle en obligation civile on évite l'indemnité d'occupation immédiate puisque les enfants sont liés par la dette du défunt.

Une autre technique consiste à reconnaître une société de fait. L'intérêt est surtout pour les concubins simples, puisqu'ils ne bénéficient pas de l'attribution préférentielle ; en tant qu'associé d'une société de fait il peut revendiquer cette attribution. Mais la société de fait est difficilement admise par la jurisprudence. La dernière technique utilisée est l'enrichissement sans cause ; reconnaître une créance du survivant envers le défunt lui donne une monnaie d'échange dans le partage des biens. Cette théorie est plus souplement admise par les tribunaux.

B Assimilation des statuts personnels

La différence majeure entre les concubinages et le mariage réside dans les effets personnels des statuts. Le mariage crée des obligations patrimoniales, et aussi personnelles. Les contrats conclus entre concubins ne servent qu'à régler leurs intérêts patrimoniaux. De ce constat, on le fait dériver : peut-on encore dire aujourd'hui que le statut du concubinage ne crée pas d'obligations personnelles, ou à l'inverse que ces obligations personnelles créées par le mariage ont une importance telle de nature à constituer une réelle différence entre le mariage et le concubinage [94]. Le caractère institutionnel du couple marié est délaissé au profit de la réalité du couple de fait, conduisant nécessairement à une certaine convergence entre les couples mariés et non mariés. Les effets personnels ne se limitent pas aux seuls rapports entre les membres du couple, la parentalité modifie les statuts.

1 Devoir d'assistance et de secours

Les époux se doivent mutuellement assistance et secours. Ce devoir est d'ordre personnel, il ne se place pas sur le terrain pécuniaire. Les époux se doivent mutuellement soins et aide dans la vie courante, dans le travail, de manière générale dans les difficultés de la vie [95].

Le devoir de secours est la forme conjugale de l'obligation alimentaire [96]. Il consiste en un devoir réciproque de fournir à celui dans le besoin, les ressources nécessaires à sa subsistance. Lorsque les époux vivent une vie normale, il n'y a pas de raison de l'invoquer, puisqu'il est compris dans la contribution aux charges du mariage. Il n'a vocation à être invoqué qu'en tant que dispositif de détresse, quand la contribution est remise en cause. Pour certains auteurs, la différence entre ces deux notions n'est plus, c'est la même obligation qui change de nom selon que le couple vit et s'assume ensemble ou séparément. Mais on ne peut les assimiler complètement ; la contribution aux charges a un objet plus étendu, puisqu'elle englobe les dépenses relatives aux enfants. Ce devoir de secours n'est donc invoqué de manière distincte que lorsque le couple ne va plus, lors d'une séparation de

---

94• « *Ce statut est d'Ordre Public et distingue fondamentalement le mariage du concubinage. En acceptant ces devoirs, les époux abandonnent volontairement une partie de leur liberté individuelle : en refusant de s'engager, les concubins entendent, au contraire, conserver une liberté individuelle totale* ». 100e Congrès Notaires France, n° 4047, p. 657.

95• « *Il s'étend à des devoirs plus vastes tels que la courtoisie, la patience, la sincérité, l'honneur, le respect mutuel* ». 100e Congrès Notaires France, *précit.,* n° 4050.

96• F. GONTHIER et B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les effets alimentaires », *in* « *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?* », BRUYLANT, JGDJ 2005.

corps, ou pendant l'instance en divorce. L'époux disposant de plus de ressources peut être tenu de verser au conjoint une pension alimentaire.

Le devoir de secours, comme toute obligation alimentaire, était conçu comme limité au nécessaire à la subsistance de son bénéficiaire. Il devait justifier son état de besoin ; la contribution aux charges du mariage s'entendant en fonction du train de vie des époux. Le devoir de secours a été étendu ; la pension alimentaire doit maintenant être évaluée en tenant compte du niveau de vie des époux afin de procurer au créancier les mêmes garanties, et est révisable en fonction de l'évolution des ressources et des besoins des parties.

Concernant le PACS, le législateur a imité faiblement le dispositif, en posant l'aide mutuelle et matérielle des concubins. On a vu plus haut que cette obligation est comprise par analogie avec les contributions aux charges du couple, proportionnellement aux facultés respectives des parties [97]. Cette aide est écrite comme une simple aide matérielle, mais est aujourd'hui entendue comme une aide aussi d'ordre moral, comparable à l'obligation conjugale d'assistance [98]. C'est pourquoi la dernière réforme des libéralités tente de détacher cette obligation de celle des couples mariés, en la réduisant en une aide matérielle et assistance réciproques [99]. Il est intéressant de noter que le législateur tente de détacher le PACS du mariage, et en même temps confère à ces institutions les mêmes conséquences.

Le texte laissait une importante marge de manœuvre aux pacsés, puisqu'ils fixaient eux-mêmes les modalités de l'aide dans leurs conventions. Sa forme pouvait être matérielle mais aussi en nature (collaboration professionnelle, activité au foyer, etc.). Ils pouvaient fixer une contribution inégalitaire entre eux. Mais lorsqu'ils ne prévoyaient rien, le juge déterminait la contribution par rapport aux dispositions du mariage, en fonction de la situation respective des partenaires [100]. Cette contribution respective est désormais la règle légale, à défaut de dispositions conventionnelles.

La loi précise une aide mutuelle, donc réciproque. Toute convention visant à supprimer la contribution de l'un des partenaires est prohibée. Le Conseil Constitutionnel l'a entendu ainsi [101]. Le caractère d'Ordre Public attribué à cette disposition est justifié par le fait que l'organisation de la vie commune est la cause même du contrat de PACS. C'est le régime primaire du PACS.

97• J. HAUSER, « *Statut civil des partenaires* », JCPN 2000, chron. p. 411.

98• F. GRANET-LAMBRECHTS, art. Dr. fam. précit.

99• Art. 515-4 C. civ., Loi du 23 juin 2006.

100• C'est ainsi précisé par le Conseil constitutionnel, décision du 99-419 relative au PACS, JO 16 novembre 1999 : « *dans le silence du pacte, il appartiendra au juge du contrat, en cas de litige, de définir les modalités de cette aide en fonction de la situation respective des partenaires* ».

La loi ne prévoit pas de sanctions pour non respect de l'obligation ; le demandeur se placera sur le terrain des contrats pour demander son exécution forcée, une action en responsabilité, voire une action en résiliation pour inexécution. Il est possible et conseillé d'insérer dans le contrat de PACS, une sanction à cette obligation, par exemple une clause pénale.

Il n'existe pas d'obligation alimentaire entre concubins ordinaires. Dans l'hypothèse où l'un des concubins subvient aux besoins de son compagnon, cette action échappe à tout cadre légal, elle vient de sa pure bonne volonté et n'entraîne aucun engagement pour l'avenir [102]. Le concubin démuni ne saurait exiger de son compagnon une aide spécifique, malgré la vie commune. Il est démuni lors de la séparation.

2 Devoir de cohabitation

En se mariant les époux s'engagent à une communauté de vie. Imposée par l'article 215 du Code civil, cette communauté personnelle s'entend d'une communauté de toit. Issue d'une longue histoire prédominée par la soumission de l'épouse à son maître, le toit se choisit de manière commune entre époux, pas toujours possible. Le concubinage tel que défini par le Code civil n'oblige pas à une communauté de vie, mais cette obligation est-elle vraiment nécessaire ? En fait l'article 515 du code définit le concubinage comme une « union de fait » de personnes, établi depuis un certain temps. Cette union de fait recouvre la notion de communauté de vie ; il n'y a pas d'obligation de communauté de vie, puisque il n'y a pas concubinage s'il n'y a de communauté de vie.

a – Evolution du devoir de cohabitation dans le mariage

On assiste à une évolution des mœurs, à travers ces couples mariés, qui ne vivent pas ensemble ; ils ne se voient que par intermittence, pour des raisons professionnelles, de commodité de loyers, ou même de double vie. On entend par communauté de vie, une communauté de toit et de lit, au sens traditionnel et ancien de la loi ; depuis 1970, la loi autorise les époux à avoir des résidences séparées tant qu'il existe encore entre eux une communauté de vie. Celle-ci est vue aujourd'hui comme une communauté affective, présentant un aspect plus moral que matériel. Si les époux en conviennent, cette cohabitation matérielle peut n'être qu'occasionnelle.

101• Conseil constitutionnel, décision 99-419 relative au PACS, *précit.* : « *L'aide mutuelle et matérielle s'analyse (…) comme un devoir entre partenaire du pacte. Il en résulte implicitement, mais nécessairement que, si la libre volonté des partenaires peut s'exprimer dans la détermination des modalités de cette aide, serait nulle la clause méconnaissant le caractère obligatoire de ladite aide* ».

102• Amiens, 2 février 1976, JCP 1978, IV, p. 324, précisant que l'action est purement bénévole.

Pour démontrer une communauté de vie, il faut un élément subjectif, permettant de démontrer que malgré l'absence de cohabitation permanente, les époux ont l'intention de vivre ensemble. Cette précision était importance dans le divorce pour rupture de la vie commune ; il ne fallait pas que sous couvert d'un soi-disant accord entre les époux, l'un déménage et l'autre utilise cette séparation matérielle afin d'arguer d'une séparation affective [103]. La nouvelle loi du divorce en dédramatisant la procédure, devrait d'une part calmer les idées quant à une utilisation frauduleuse de la cohabitation limitée, mais d'autre part les attirer puisque le divorce pour altération du lien conjugal s'obtient après un temps relativement court. Notons simplement que la doctrine et la jurisprudence [104] ne reconnaissent pas de communauté de vie, sans un minimum de cohabitation matérielle totale ; il est nécessaire d'avoir une certaine cohabitation, même occasionnelle [105].

La communauté de vie est présumée lorsqu'il y a communauté de toit, mais celle-ci est parfois insuffisante à la prouver [106]. La jurisprudence relative aux mariages fictifs est attentive à ce que la communauté de vie ne soit pas réduite à l'élément matériel de la cohabitation.

Se pose la question de la sanction de cette obligation. Celle-ci a été diminuée par la dernière réforme du divorce. De par la nouvelle procédure de divorce pour altération du lien conjugal, se pose la question d'une existence d'une faute quelconque dans la rupture de la vie commune. Cette nouvelle procédure n'est pas similaire au divorce pour rupture de la vie commune, divorce prononcé aux torts exclusifs du demandeur. La prestation compensatoire est détachée des fautes éventuellement commises pendant l'union, et en fonction des niveaux de vie, pourra être accordée à l'époux ayant quitté le domicile. Le divorce étant accordé après une séparation de fait de deux ans, la séparation est une condition du divorce, et ne peut constituer une faute. On affirme que le droit du mariage n'est pas endommagé par le droit du divorce, cette nouvelle procédure ne mettant pas fin à l'obligation de vie com-

---

103• Voir 4 arrêts de Cass. civ., 11 janvier 2005, RJPF 2005-5/23, « *acceptant le divorce pour faute ancien, pour refus légitime de cohabiter. L'un des arrêts relève que la preuve n'est pas rapportée de l'acceptation par la femme des abandons répétés et soudains de son époux ;* a contrario *cela veut dire que le refus de cohabiter perd son caractère fautif si le conjoint laissé l'accepte* ».

104• Cass. 2e civ., 22 avril 1977, D. 1977, IR p. 359.

105• « *Les couples tentent de faire des pactes entre eux se dispensant mutuellement de la communauté de vie ; ils sont considérés comme nuls de nullité publique, puisqu'on ne peut disposer d'une obligation d'Ordre Public. Mais il faut nuancer ce constat : en effet tant que les parties sont d'accords, aucun d'entre eux n'élèvent la nullité de l'acte, qui produit ses effets.* », BENABENT, *La famille*, LITEC 2003.

106• F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Couple et cohabitation », *in* « *La notion juridique de couple* », Economica 1999, p. 61.

mune. Mais le droit du divorce n'est que le négatif des obligations du mariage ; si on exclut toute notion de faute à la séparation de fait, c'est annuler toute idée de faute dans la rupture de la vie commune [107]. Nous avons d'ailleurs vu plus haut que les tribunaux ne sanctionnent plus la rupture de la vie commune, mais les conséquences dommageables et les circonstances extérieures à cette rupture. Comment dès lors imposer l'obligation de vie commune, s'il n'y a plus de sanctions ? La vie commune n'apparaît dès lors plus obligatoire dans le mariage, nous sommes de fait vers une obligation de vie affective.

b – Obligation de vie commune dans le concubinage

Quant au concubinage matériellement limité, serait-il possible ? La doctrine l'admet, et il est particulier d'imaginer une obligation plus lourde pour des couples refusant de s'engager, alors que cette obligation est légère pour les couples s'y engageant. Quant aux concubins vivant séparément, on peut se poser la question de leur réel engagement affectif, puisque ne s'engageant pas juridiquement, ils ne le font même pas matériellement. Ce doute est le problème fondamental de cette situation originale. Le concubinage ne se définit que par cette union de fait de personnes, or comment prouver une union de fait, alors que celle-ci n'est qu'occasionnelle ? L'élément subjectif est ici encore plus important que pour les couples mariés, et plus fragile. Fragile entre les parties, ne vivant pas ensemble et n'étant pas liés juridiquement, l'un peut se sentir engagé affectivement, pas l'autre ; surtout fragile envers les tiers, les administrations qui peuvent refuser de reconnaître un couple, avec les conséquences sociales de ce refus (le certificat de concubinage étant en ce cas difficile à obtenir et surtout n'ayant qu'une efficacité limitée). La cohabitation étant de l'essence même du concubinage, même si imparfaite, il est difficile d'admettre un concubinage sans cohabitation [108]. Il existe une réelle obligation de cohabitation, plus stricte en matière de concubinage, qu'en matière de mariage.

Le PACS vise à organiser la vie commune des contractants. Il ne comporte pas d'obligation de communauté de vie en soi, mais il n'a vocation à s'appliquer qu'aux couples. Elle est une condition de son existence, mais pas une obligation en découlant [109]. Qu'en est-il lorsqu'il n'y a pas de vie de couple, ou lorsque le couple s'est dissous sans arrêter le pacte les liant, celui-ci est-il annulé rétroactivement ? La conclusion d'un pacte peut permettre

---

107• T. GARE, « *La réforme du divorce du 26 mai 2004, entre innovations et droit constant* », RJPF 2004, n^os^ 6 et 7.

108• Il est possible de le constater de façon originale, toujours il existe des manières de vivre originales.

109• M. GRIMALDI, « *Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français* », Def., art. 37763.

certains avantages sociaux, et un certain nombre de pactes blancs sont craints. Le pacte à ce moment peut être annulé rétroactivement, pour fraude à la loi ou absence de consentement, ou sur l'absence d'objet, faute de vie commune à organiser. Quant aux partenaires qui se séparent, sans annuler le contrat officiellement, le peu de recul que nous avons sur la loi, a montré qu'ils y étaient toujours soumis. Il est ici un réel statut familial, comme le mariage, puisque dans l'un et l'autre la cohabitation est nécessaire à la formation du lien, doit être exécutée de bonne foi, mais sa rupture n'entraîne pas obligatoirement la rupture du lien juridique entre les parties.

3 Devoir de fidélité

Le devoir de fidélité est certainement celui autour duquel se cristallisent les tensions et les imaginations collectives. En se mariant, les parties s'engagent à une relation monogame et monoandre, ils s'engagent à être fidèles l'un à l'autre. Cette notion, non définie par le Code civil, s'entend de manière physique, même si on assiste à une évolution vers une fidélité étendue, une fidélité d'ordre intellectuel [110]. Cette obligation semble être le point de non retour entre le mariage et le concubinage, puisque cette obligation ne se retrouve pas dans le concubinage, et ne semble même pas entrer dans une notion élargie du concubinage ou de sa définition. Mais est-ce vraiment encore le cas. Depuis un temps certain, les parties sont volages, et même si l'écart de conduite n'est que temporaire, il existe. Cet écart est traité de façon différente selon les époques, et a évolué très récemment ; ce qui nous fait douter de la présence encore d'une réelle obligation de fidélité dans le mariage. De même nous verrons après que cette idée de fidélité est présente dans le concubinage, au moins de bonne foi, ce qui rapproche encore les situations *a priori* si différentes du mariage et du concubinage.

a – Prise en compte atténuée de l'adultère

L'adultère est la forme la plus caractérisée de la violation du devoir de fidélité, et a constitué longtemps une cause péremptoire de divorce. Il faut rappeler qu'autrefois l'adultère n'était sanctionné, et ne l'est toujours dans certains pays, que lorsque commis par l'épouse, le mari bénéficiant d'une certaine tolérance quant à ses écarts de conduite. La loi a bilatéralisé cette conduite et la sanctionnait par un divorce pour faute ; l'adultère entraînait automatiquement ce type de divorce [111], avec les conséquences pécuniaires de ce dernier (pertes

110• C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a accepté cette notion dans un arrêt du 13 février 1986, « *D'une épouse avec un évêque ; l'infidélité serait pour le fait d'un époux d'entretenir une relation amoureuse intime avec un tiers sans aller jusqu'aux relations sexuelles, une infidélité* "intellectuelle" ».

111• La jurisprudence estimait que « *l'adultère ne peut jamais être excusé* ». Cass. 2e civ., 21 juillet 1960, Bull. Civ. II, n° 517.

des avantages matrimoniaux, prestation compensatoire, dommages et intérêts, etc.), et de plus constituait un délit. La fidélité était en ce temps un intérêt d'Ordre Public. Depuis 1975, ce n'est plus le cas. La première loi sur le divorce en date du 11 juillet 1975 a notamment changé les effets de l'adultère ; il n'est plus désormais une cause péremptoire de divorce et n'est plus une infraction d'Ordre Public. Il relève du pouvoir d'appréciation du juge. Sa sanction dépend du juge auquel le divorce est présenté, et de l'évolution des mœurs. Aujourd'hui l'adultère est excusé, justifié par différents moyens, comme le comportement de l'autre époux ou la disparition de la communauté de vie.

La prise en compte atténuée de l'adultère commence avec la prise en compte du comportement de l'autre époux ; l'écart serait justifié par les comportements inacceptables comme les violences, ou même un adultère antérieur de l'autre époux. Les tribunaux assiste à un déballage des bons procédés entre époux afin de prouver lequel est le plus fautif des deux ; ce déballage précis a déterminé le législateur dans la dernière réforme du divorce, afin de dédramatiser le contexte, et diminuer l'impact de la faute dans la procédure. Mais les tribunaux ont enterré l'obligation de fidélité dernièrement, en admettant l'adultère en cas de disparition de communauté de vie.

Jusque peu, la jurisprudence avait un souci, parfois difficile, de protéger le devoir de fidélité entre époux envers et contre tout ; l'adultère était considéré comme une cause facultative de divorce, il devait constituer une « *violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage* » rendant « *intolérable le maintien de la vie commune* ». Il était alors sanctionné même lorsque réalisé pendant une séparation de fait, ou après l'introduction d'une demande en divorce, puisque celle-ci « *ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité faisant perdre leurs effets normaux aux torts invoqués* » [112]. Quelques tribunaux tentaient une voie plus tolérante, en raison notamment de la longueur de la procédure [113]. Le tournant s'est réalisé durant l'année 1999, où tout à tour la Cour a accepté que cet adultère ne constituait plus obligatoirement une faute [114], que les libéralités faites à la

112• Cass. 2e civ., 24 juin 1998, Dr. et patr. 1998, obs. BENABENT. Cass. 2e civ., 23 septembre 1999, RJPF 1999/8-26, obs. J.-P. DUMAS.

113• TGI Nantes, 9 novembre 1982, D. 1985, IR p. 150. Chambéry, 29 mai 1984, JCP 1985, II, 20347. Bourges, 9 mars 1999, JCP 2000, IV, 2251. CA Bordeaux, 19 nov. 1996, D. 1997 jur. p. 523, note T. GARE ; RTD Civ. 1997, p. 403 note HAUSER. mais pas toutes : voir Cass. 2e civ. 15 avril 1999, Lamyline, où les quatre ans passés après l'assignation en divorce n'auront pas suffi à une épouse d'être exemptée de sa faute.

114• De même arrêt de Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, RJPF 2000-n°4, estimant que les fautes commises par l'épouse pendant la vie commune enlèvent tout caractère de gravité tant à la liaison du mari née et entretenue bien après l'assignation en divorce qu'au défaut partiel de

concubine adultère étaient valables, et dans un autre registre l'adoption par le parlement du pacte civil de solidarité.

Quant à l'adultère, la Cour décide que les fautes commises par l'un pendant la vie commune, enlèvent tout caractère de gravité tant à la liaison de l'autre née et entretenue bien après l'assignation en divorce, qu'au défaut partiel de paiement de la pension alimentaire [115]. En ce cas l'adultère semblait bénéficier d'une certaine tolérance, puisqu'il n'était pas la cause de la rupture de la vie commune. Cet arrêt avait été décrié mais toléré par les commentateurs en raison des faits de l'espèce, mais ils n'espéraient qu'un arrêt d'espèce. Ils pouvaient le croire puisque la Cour est revenue ensuite à des décisions plus strictes [116]. Mais elle est encore revenue sur sa position en tolérant désormais, à mots couverts, l'adultère en raison du comportement des parties [117].

En admettant que le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant, après la non-conciliation, la jurisprudence remet en cause le principe de la disparition des effets personnels du mariage, à la date à laquelle la décision qui prononce le divorce a acquis force de chose jugée. Ce n'est peut-être pas son but. Actuellement les solutions sont contradictoires, et semble relever plus de l'appréciation des comportements des parties [118] ; mais comment la Cour pourrait-elle continuer à ériger l'adultère en tant que faute, alors que les libéralités au concubin sont désormais admises ?

L'autre décision importante date du 3 février 1999, concernant le legs d'un époux en faveur de sa concubine adultère [119]. Depuis longtemps la jurispru-

---

114• (suite) paiement de la pension alimentaire, elle énonce que « *l'adultère commis par Monsieur N. ne constituait pas une faute au sens des articles 212 et 242 du Code civil* ».

115• Cass. 2e civ., 25 novembre 1999, RJPF 2000/4, obs. J. VASSAUX, compte tenu des circonstances de l'espèce « *l'adultère commis par Monsieur N. ne constituait pas une faute au sens des art. 212 et 242 du Code civil* ».

116• Cass. 2e civ., 23 mai 2002, RJPF 2002/10, obs. T. GARE. Cass. civ., 7 mai 2003, RJPF 2003/9, obs. T. GARE. Cass. 1re civ., 30 septembre 2003, RJPF 2004/1.

117• Cass. 1re civ., 30 mars 2004, RJPF 2004/7, obs. T. GARE.

118• Cass. 1re civ., 3 novembre 2004, RJPF 2005/4-20, où pendant une séparation de fait l'épouse avait averti son mari, de son emménagement avec un autre homme, et l'époux d'accepter manifestement cet état, et d'écrire : « *sache que je respecte ton choix et te souhaite beaucoup de bonheur* […] *bien entendu, je te recevrai avec Philippe lors de ton passage à Tours* » ; il était en effet difficile alors d'invoquer l'adultère commis par Madame afin d'obtenir un divorce à ses torts exclusifs, ce qui inspire ce titre au commentateur de l'arrêt « *Maris trompés, ne pardonnez jamais !* ».

119• Cass. civ., 3 février 1999, Def. 1999, art. 36998/30, obs. MASSIP ; art. 37008/37, art. 37017/62, obs. MAZEAUD. RTD civ. 1999, 364 et 817, obs. HAUSER. D 1999, 267. JCP 1999, II, 10083. RJPF 1999/2-52, note J. CASEY.

dence réalise un contrôle sur les libéralités entre concubins sur le terrain de la cause de celles-ci, entendue comme le motif déterminant de la libéralité. Cette distinction la conduisait à admettre les dons qui procédaient d'un devoir de conscience ou d'un sentiment de reconnaissance, soutenus par la notion d'obligation naturelle, et à refuser ceux destinés à former, reprendre ou maintenir la relation, considérés comme illicites ou immoraux. Bien que la distinction soit difficile à réaliser et pour certains un peu spécieuse, elle avait son utilité puisqu'elle permettait une certaine latitude aux magistrats en raison des faits de l'espèce [120].

Dans cette affaire, il s'agissait d'un époux qui avait quitté sa femme après 34 ans de mariage, pour s'installer avec son ancienne secrétaire, exhéréder son épouse et léguer une somme de 500 000 F à sa concubine. Cette histoire a eu l'occasion de revenir maintes fois devant les tribunaux à raison de la cause de la libéralité et de la forme de celle-ci, puisqu'il s'agissait d'une charge imposée au légataire universel [121]. Bref, la Cour d'appel de Paris devant qui l'affaire était plaidée, a repris la jurisprudence classique et annulé le legs, puisque fait afin de poursuivre et maintenir une relation (que le tribunal ajoute encore récente). L'affaire est portée devant la Cour de cassation dans un moment où le débat juridique est très occupé par l'acceptation juridique du concubinage, et peut-être même du PACS, donc du concubinage homosexuel que cette même Cour avait refusé quelques temps auparavant. Le débat se trouvait donc brouillé par ces discussions évolutives, et c'est dans ce contexte que la Cour énonce que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité dont l'auteur entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire* ». La solution a été largement discutée, et d'aucuns d'y voir l'abandon total de l'appréciation du but dans lequel était fait la libéralité, d'autres un simple affaiblissement de la position de la jurisprudence (pour le moins !), et de limiter la portée de l'arrêt en examinant avec précision les motifs, pour y trouver encore l'espoir de

120• Def. 1999, art. 37017/62 : « *la distinction jurisprudentielle avait le mérite de n'autoriser les libéralités entre concubins adultères que si celles-ci ne portaient pas atteinte au devoir de fidélité (ou n'y portait qu'une atteinte assez peu grave)* ». note D. MAZEAUD. Note sous Cass.1re civ., 8 octobre 1957, D. 1958, 317, in note D. MAZEAUD, précit. : « *On peut se demander si c'est bien parce qu'une donation tend à perpétuer le concubinage qu'elle est annulée par le juge. Toute donation à une concubine, sauf celle qui intervient lors de la rupture du concubinage, est faite avec le désir qu'il se perpétue. La doctrine formulée par les arrêts conserve la trace de l'opinion qui condamne le concubinage comme immoral. On persiste à avoir recours à elle parce qu'on la trouve établie et qu'elle fournit une justification apparente d'annulations jugées désirables, auxquelles on aurait peine à trouver un autre fondement* ».

121• L'un des commentateurs observe, sans malice aucune, que les praticiens pourraient avoir un geste envers la concubine, qui a largement contribué à faire avancer le droit en ces deux matières (!), pour finalement se retrouver sans son don.

l'annulation des dons faits afin de reprendre la relation. Mais la Cour a anéanti leurs espoirs dans un dernier arrêt en date du 26 octobre 2004, largement apprécié. Précisons que la nouvelle position avait eu l'occasion d'être confirmée entre ces deux décisions importantes [122] et une autre depuis.

En ce dernier cas, il s'agissait d'un legs réalisé par un époux âgé de 95 ans à son amie âgée de 64 ans de moins que lui, où il y avait peu de doutes quant aux motivations de la jeune fille. L'épouse et la fille du défunt, ayant toléré la relation du vivant de monsieur, n'acceptèrent plus cette dernière volonté. *A priori* sans difficultés aucune quant à son immoralité, et donc quant à son annulation, la Cour Suprême a néanmoins refusé d'annuler ce legs [123]. La Cour d'appel de Paris, sur renvoi, ayant refusé cette décision, les parties se sont encore retrouvés devant la Cour de cassation, statuant alors en Assemblée plénière, et acceptant ce legs, par un arrêt du 29 octobre 2004. Le devoir de fidélité était affaibli suite au premier arrêt, il est enterré par le second. Estimant que « *n'est pas contraire aux bonnes mœurs la cause de la libéralité consentie à l'occasion d'une relation* », la Cour supprime toute indication d'intention de la libéralité, et laisse désormais entendre qu'aucune libéralité n'est plus contrôlable [124].

En l'espèce certains ont tenté de valider cette interprétation en utilisant l'argument du testament. Puisqu'il s'agissait d'une disposition que l'époux pouvait changer jusqu'à son décès, la jeune fille ne pouvait être sûre d'obtenir son don, il s'agissait donc d'une libéralité pourvue d'une intention libérale qui d'immorale le temps de la vie de monsieur, se trouvait devenue morale, au moment de son décès.

Autant la position mérite d'être approuvée quant au concubinage simple, autant il a un impact fort déplaisant en cas de concubinage adultérin, ce qui était l'espèce. En effet on peut penser celui-ci illicite, puisqu'il constitue une violation du devoir de fidélité.

Dès lors, l'acte juridique accompli par l'époux, afin de créer, de maintenir une situation contraire à ce qu'exige le respect de ce devoir de fidélité a une cause illicite. Mais apparemment ce n'est plus le cas. Il devient de plus en plus difficile de considérer l'adultère comme une cause de divorce, puisque la volonté de pérenniser cet état n'est plus sanctionné [125] ;

122• Cass. 1re civ., 16 mai 2000, RJPF 2000/9-47. Cass. 1re civ., 14 novembre 2000, RJPF 2001/2-61. Cass. 1re civ., 29 janvier 2002, RJPF 2002/4.

123• Cass. 1re civ, 25 janvier 2000, RJPF 2000/4-54, obs. J. CASEY.

124• Cass. Ass. plén., 29 octobre 2004, Def. 2004, art. 38073-105, obs. LIBCHABER.

125• « *Implicitement, au nom d'une liberté de choix en matière sexuelle et affective et peut-être d'une certaine conception du respect de la vie privée, les conséquences naturelles du devoir de fidélité sont niées* » G. CHAMPENOIS, sous note précit.

la logique voulant qu'on y trouve une forme de bigamie atténuée dans cette situation.

On assiste à la disparition du lien conjugal de fait, de sa reconnaissance jurisprudentielle, et dernièrement de sa reconnaissance légale. L'adultère n'est pris en compte ce jour dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute que si le comportement de l'un des époux est injurieux. En fait ce comportement ne constitue plus en lui-même une faute, les conditions de son exercice seules peuvent constituer une faute [126]. Le divorce pour faute ne sanctionne plus les obligations imposées par les articles 212 et suivants du Code civil, comme la fidélité, mais sanctionne le non respect du « *contenu coutumier du droit conjugal* », c'est-à-dire les devoirs innommés du mariage. La jurisprudence sanctionne les comportements incompatibles avec l'état matrimonial [127], l'attitude du conjoint à l'égard des enfants de l'autre [128], le manquement au devoir de loyauté [129], ou encore la paresse ménagère [130]. L'adultère est devenu un fait de même portée que la paresse ménagère, acceptable occasionnellement, mais insupportable à la longue.

b – Devoir de fidélité dans le concubinage

Cette question est controversée. Il n'y a dans le concubinage libre ou dans le PACS, pas d'obligation de fidélité. Pourrait-on en imaginer une, de fait ou même de droit en l'inscrivant dans la convention de concubinage ?

Le concubinage libre n'est supporté ou organisé par aucun texte, c'est le régime de la liberté pure. Même s'il semble difficile d'imaginer que les concubins vivant ensemble, soient d'accord quant à un exercice réel d'une liberté sexuelle avec d'autres personnes, il est difficile de déduire des comportements de fait une obligation de fidélité, alors même que les concubins ne veulent pas d'obligations. Tout au plus le concubin délaissé, pourra-t-il obtenir des dommages et intérêts, si la rupture s'est passée de façon injurieuse ou dommageable, mais sans plus. L'obligation de fidélité dans le mariage sert à asseoir une faute, et sa sanction. Dans le concubinage, où la séparation est libre, il

---

126• Cass. 1re civ., 30 sept. 2003, RJPF 2003, n° 1 note T. GARE : « *Divorce pour faute : une infidélité sans adultère ?* ».

127• Cass. 1re civ., 11 juin 2005, RJPF 2005-5/27 : constitue une cause de divorce, au sens de l'article 242 du C. civ., le fait, pour un homme marié, de s'inscrire dans un agence matrimoniale et de faire paraître, dans le journal diffusé par cette association, une annonce dont les termes établissent sans ambiguïté la nature des relations qu'il cherchait à entretenir avec des personnes de sexe féminin.

128• Cass. 2e civ., 6 juin 2002, RJPF 2002-10/20.

129• CA Pau, 30 mars 1993, JCPG 1993, IV, 1763.

130• CA Toulouse, 4 mars 2003, RJPF 2003-7.8/27.

n'y a pas à rechercher de faute ; il n'y a pas de cause à une obligation de fidélité, il n'y a pas de contrat dérivant du comportement de fait.

Dans le PACS, les choses sont peut-être un peu différentes. Conçu comme un contrat d'organisation des biens, il est entendu comme l'organisation d'une vie de couple [131]. La doctrine est partagée, certains ne trouvant pas imaginable de limiter la liberté individuelle, par l'obligation de fidélité [132] ; d'autres supposant cette limitation naturelle, soit en raison du contrat, puisqu'il limite à deux le nombre de partenaires possibles, soit en raison de la nature matrimoniale du PACS. Quoi qu'il en soit un tribunal a déjà ordonné la rupture du PACS aux torts exclusifs de l'un puisqu'il avait trompé son partenaire [133]. Les commentaires de cette décision sont divergents, mais l'obligation de fidélité dans le PACS n'est pas loin ; ce qui conduit à considérer cette dernière comme substantielle de la vie de couple. Remarquons que cette décision rendue en matière de PACS est plus sévère qu'en présence d'un mariage, où l'adultère n'est plus une cause de divorce. Il est intéressant de voir que dans un contrat où il n'y a pas d'obligations officielles, où les parties sont libres, la sanction du devoir officieux est plus sévère.

Pourrait-on simplement dire que « *même dans l'union libre, mener à la fois plusieurs relations amoureuses n'est pas si naturelle* » [134]. La fidélité semble être une obligation partagée par les personnes unies par des sentiments, leur permettant d'être un couple ; celui-ci étant aujourd'hui reconnu sous plusieurs formes juridiques, la fidélité et son obligation, se trouve aujourd'hui à l'intérieur des diverses formes juridiques de couples, qu'ils soient mariés, pacsés ou même simplement concubins libres. On trouve là une certaine extension de la fidélité, un nouveau champ d'action.

On ne peut nier qu'elle s'est affaiblie au fil du temps et des mœurs. Peut-on imaginer de la renforcer au moyen du contrat ? Le PACS étant défini comme

---

131• Ainsi dès la décision du Conseil constitutionnel, un commentateur la déduisait : « *Faut-il également en déduire que la fidélité s'impose, dès lors que le PACS a pour cause l'organisation de la vie de couple ? Le texte ne permet pas de l'affirmer, mais l'attraction du mariage - et les ressources du droit des contrats (quid de l'obligation de loyauté dégagée de l'article 1135 du Code civil ?) - pourrait le permettre.* », N. MOLFESSIS, « *La réécriture de la loi par le Conseil Constitutionnel* », JCP Ed. N.

132• F. DEKEUVWER-DEFOSSEZ : « *Il nous semble que (l'obligation de fidélité dans le PACS) serait contraire à la nature juridique de la liberté sexuelle qui est une liberté publique hors du commerce juridique à laquelle seul le cadre légal du mariage peut donner des limites à l'exclusion de stipulations contractuelles* ». « Retour sur l'analyse d'un contrat controversé », RTD Civ. 2001, 529.

133• TGI Lille, 6 juin 2002, *RJPF 2003/3-38*, note VALORY.

134• VILLA NYS, « *Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille* », Dr. et patr. 2000, n° 85.

un contrat, même si il est devenu une institution, et le mariage permettant de réaliser des contrats définissant les devoirs et obligations des couples, il serait peut-être utile de redéfinir cette obligation de fidélité ; alors qu'il n'est plus possible de la voir comme un élément de la définition publique du mariage, elle n'est plus qu'un élément de la charte et de la conduite personnelle des époux, l'écart de conduite n'intéressant plus désormais l'Ordre Public [135].

Prévoir le contenu de la vie commune, c'est admettre que cette vie n'est plus un statut d'Ordre Public, mais bien un statut d'ordre privé. Pour le PACS cette reconnaissance est prônée par le législateur. Sans se rendre compte des conséquences, ce contrat peut donc régir tous les aspects de la vie commune, que ce soit dans ses aspects financiers, ou personnels. Rien n'empêche les parties de réaliser par le biais d'un contrat précis de construire un mariage bis. Mais de même, les différentes atteintes au statut du mariage ont fait tomber celui-ci de son statut d'Ordre Public, à l'ordre privé. Il n'y a plus de restrictions à prévoir dans les contrats cette obligation de fidélité, et autres devoirs conjugaux ou ménagers. Autant le mariage y gagne en souplesse, autant il y perd en puissance métaphorique. En devenant un contrat comme les autres, quel est son avenir ?

II Tentative de clarification des statuts

La différence entre les conjugalités n'étant pas très claire en notre pays, il faut nous tourner vers les autres pays, qui connaissent les mêmes problèmes de conjugalités, soit les pays d'Europe du Nord et Occidentale. On verra ensuite si la Cour européenne des Droits de l'Homme a une quelconque influence sur les législations internes des pays européens en ce domaine, et on verra qu'elle n'en a pas, par sa volonté. Tous les pays européens connaissant des différents concubinages et mariages, connaissent les mêmes problèmes et les mêmes questions, sans trouver de solutions (A). Et si cette question était dépassée, si la famille socle de notre droit, de notre étude, n'était plus un fondée sur un mariage, mais sur l'existence d'enfants, sans relations, sans référence aucune au type de conjugalité dans lequel sont les parents (B) ?

135• Peut-être serait-il intéressant de penser cette obligation de fidélité dans les contrats de mariage, tout au moins, afin de voir le professionnalisme du notaire qui proposera une clause très précise de cette obligation, en définissant les écarts de conduite, le nombre, leur fréquence, peut-être même déjà une limitation des personnes avec lesquelles cet écart est toléré, etc., l'imagination du notaire trouverait ici un champ d'action infini, et son rôle en serait certainement renforcé, bien que difficile à assumer.

A Coexistence des différents statuts en Europe

1 Dans les pays européens

Les interrogations quant au statut du mariage, sa place face aux nouvelles conjugalités, se retrouvent dans les systèmes étrangers. Précisons avec force que tous les systèmes étrangers n'ont pas de statut légal pour les concubins, hétérosexuels ou homosexuels.

Ces interrogations sur les couples libres ne se retrouvent que dans les pays d'Europe occidentale et du Nord. L'avancée des unions libres s'est largement faite par les revendications des couples homosexuels, et leur traitement s'est souvent fait par la création d'un statut du concubinage ouverts à tous.

Des différents statuts existants en Europe aujourd'hui, on distingue deux groupes : ceux où le statut du concubinage légal s'ouvre aux couples hétérosexuels et homosexuels, et ceux où le statut n'est ouvert qu'aux couples homosexuels. Ce dernier cas est souvent appelé le mariage homosexuel, et y ressemble fort. Il nous faut présenter rapidement les lois du concubinage dans les pays européens, mais seule la cohabitation légale belge sera présentée plus en détail, étant l'institution présentant le plus de ressemblances avec notre PACS.

Allemagne

L'Allemagne a choisi de donner un statut propre aux couples homosexuels, en leur offrant de conclure un partenariat de vie, similaire au mariage. Différents projets ont été préparés en 1995, 1997, et 1998, visant les couples hétérosexuels et homosexuels, ou seulement ces derniers. Mais ces projets n'ont pas aboutis. Le dernier projet, qui allait être voté, est apparu comme allant trop loin dans l'assimilation entre les différents couples. Il a été vidé de nombreuses dispositions, et n'a pas été adopté entièrement ; son autre partie assimilant les volets fiscaux et sociaux, et règles de procédure n'a pas été voté, devant l'opposition d'une chambre du parlement conservatrice. Le texte final a été voté le 16 février 2001, entré en vigueur le 1er août suivant, il s'appelle « *Loi mettant fin à la discrimination des concubinages homosexuels et instituant le partenariat enregistré* ». Présentée comme une loi luttant contre la discrimination, et créant une nouvelle institution du droit de familial ; certains craignent que l'institution ne porte atteinte à l'institution du mariage [136]. Différents Etats ont attaqué la loi devant la Cour constitutionnelle fédérale, notamment l'État de Bavière, estimant que

136• Discussion entre auteurs : J. BRAUN, *Ein neues familienrechtliches Institut*, *JZ 2002*, p. 23. M. BRUNS, *Erwiedering auf Johannes Braun,* « *ein neues familienrechtliches Institut* », JZ 2002, p. 291 ; J. BRAUN, *Schlusswort*, JZ p. 294, *in* Eva WENNER, « Le partenariat enregistré en Allemagne : vers un mariage homosexuel », *in* « *Du PACS aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?* », PUF 2005, précit.

le partenariat enregistré portait une atteinte grave à l'institution du mariage et à la famille au sens traditionnel. La Cour l'a acceptée, dans sa décision du 18 juillet 2001, et l'a qualifié de nouvelle institution du droit de la famille[137]. Les textes sont désormais établis.

Angleterre

L'Angleterre a choisi de n'ouvrir ce statut qu'aux couples homosexuels. Le projet de loi a subi de nombreuses transformations au fil du temps. Il ressemblait fortement au PIC (Pacte d'intérêt commun), dans la mesure où il y avait communauté de vie, mise en commun d'intérêts, mais pas d'union conjugale. Puis la loi est devenue un partenariat ouvert aux couples uniquement homosexuels. Proche du mariage, surtout quant à sa dissolution, il provoque des interrogations sur l'institution même du mariage. En ce pays où la religion marque fortement l'institution du mariage et sa célébration, le partenariat est laïc et ne peut être célébré en un lieu de culte. Il crée un régime matrimonial minimum entre partenaires, puisque lorsque l'un des concubins a fourni une contribution substantielle à l'accroissement des biens du couple, il aura une part plus importante à sa dissolution, règle supplétive inexistante dans le mariage anglais.

En ce pays, le principe de non discrimination est présent, et aujourd'hui se pose la question des concubins hétérosexuels. L'Angleterre travaille à une libéralisation des règles du mariage, où la célébration deviendrait laïque, et l'instauration d'un minimum de règles patrimoniales fondamentales. Le partenariat a ouvert une voie pour des effets juridiques hors de sa sphère. La question est d'ores et déjà posée d'une différence utile entre le partenariat et le mariage en ce pays.

Belgique

On s'intéresse plus précisément à la Belgique, qui présente la législation la plus similaire à notre pays, soit les deux statuts : la cohabitation légale, s'ouvrant à tous les concubins, et le mariage ouvert à tous les couples. Le projet de loi sur la cohabitation légale était ancien et assimilait nettement cohabitation et mariage, réalisant une nouvelle conjugalité, parallèle au mariage. La volonté politique est revenue sur nombreuses dispositions.

La loi du 23 novembre 1998, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, a créé un nouveau cadre pour les couples vivant en commun, de même sexe ou de sexe différent, voire à d'autres personnes partageant le même toit. La coha-

137• *Bundesverfassungsgericht, Urteil vom* 18.07.2001, *Ram* RZ 2001, p. 1057, *in* Eva WENNER, précit.

138• La prochaine étape est d'ouvrir ce contrat à plus de deux personnes en même temps.

bitation légale est définie comme la situation de vie commune de deux personnes ayant fait une déclaration en ce sens à l'officier de l'état civil [138]. Le contrat peut être conclu entre frère et sœur, mère et fils. C'est surtout un système de protection du logement principal des cohabitants. On s'intéresse aux effets personnels et patrimoniaux de la cohabitation.

• *Obligation de cohabitation* - Aux termes de l'article 213 du Code civil belge, « *les époux ont le devoir d'habiter ensemble. Ils se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance* ». Devoirs réciproques que le mariage fait naître entre les époux, les concubins et les cohabitants légaux n'y échappent pas. Le mariage entraîne l'obligation pour les époux de cohabiter, de vivre ensemble au lieu choisi par les époux. On considère que le devoir de cohabitation implique également le devoir d'accepter des relations sexuelles. Ceci découle de la jurisprudence qui a considéré que l'homme ou la femme marié, qui se refusait sans motifs à entretenir des relations était coupable d'une injure grave justifiant qu'un divorce pour faute soit prononcé à ses torts [139]. Le devoir de cohabitation ne peut faire l'objet d'une exécution forcée en nature ou en équivalent. On le considère d'Ordre Public et indisponible. Les époux ne pourraient décider de se séparer d'un commun accord, selon la doctrine traditionnelle, mais les pactes de séparation sont aujourd'hui favorisés, la séparation de fait semble possible.

« *En dehors du mariage, point d'obligation de cohabitation…* » [140]. Le Code civil belge ne définit pas le concubinage ; la communauté de vie est un des éléments constitutifs de cette situation. Les textes accordant des droits ou devoirs aux couples non mariés, se réfèrent à la communauté de vie, ou au ménage commun. Le couple n'est considéré que tant que dure la cohabitation, la séparation de fait entraîne la fin du couple de fait.

La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale est un compromis politique critiqué. Le statut s'appelle « *la cohabitation légale* », ce qui laisse à penser à une cohabitation nécessaire. Certaines dispositions rappellent la vie commune, ou la résidence commune. Le statut est défini comme « *la situation commune de deux personnes ayant fait une déclaration au sens de l'article 1476* » nouveau du Code civil, c'est-à-dire une déclaration devant comporter « *la mention de la volonté des parties de cohabiter légalement* ». La déclaration doit mentionner le domicile commun ; d'après les travaux préparatoires, il ne s'agit que d'une mention dans le registre de la commune et non d'une condition de fond. La cohabitation légale n'implique pas d'obligation de cohabita-

139• Cf. notamment, Civ. Tournai, 30 juin 1997, Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles, 1997, p. 1584.

140• J. SOSSON.

tion au sens juridique, mais simplement la mention d'une volonté de cohabiter. La loi n'a pas transposé le devoir de cohabitation du mariage, alors que d'autres dispositions du régime primaire ont été transposées.

• *La protection du logement* - La résidence conjugale est protégée par l'article 215 du Code civil, subordonnant certains actes à l'accord des deux époux. Le choix a été fait d'appliquer l'article 215 du Code civil, qui protège le cohabitant qui n'est pas propriétaire ou locataire du logement, ou des meubles le meublant ; l'autre partenaire ne peut les aliéner, les hypothéquer, ni mettre fin unilatéralement au bail.

Le mariage est la seule forme de vie en couple pour laquelle le Code civil a prévu une obligation d'entretien personnel entre parties ; l'article 213 du Code civil énonce un devoir de secours réciproque à charge de toute personne engagée dans un mariage. Aucun droit similaire n'est prévu pour les autres formes de vie conjugales. La loi du 23 novembre 1998 qui a instauré la cohabitation légale n'a pas prévu de droit aux aliments. En ne reconnaissant pas aux cohabitants un devoir mutuel de secours, la loi a dilué la notion de « *couple* », dans celle de « *ménage* », plus économique qu'affective. Les cohabitants sont tenus de contribuer aux charges selon leurs facultés, mais ils sont responsables envers le ménage, non l'un envers l'autre. Lorsque la cohabitation a pris fin, le devoir de contribution aux charges du ménage disparaît. Aucun autre droit, comme une pension alimentaire ne prend le relais. La loi prévoit que dans les trois mois de la fin de la cohabitation, le juge de paix peut être saisi pour prendre des mesures urgentes et provisoires, d'une durée maximale de un an. Comme en doit français, la marge de manœuvre du juge est discutée. Pour certains auteurs, il a toute latitude et peut ordonner le paiement d'une pension alimentaire, limitée au délai de un an. Mais la majorité de la doctrine y est opposée, vu la rédaction de la loi. La jurisprudence est alors venue au secours des concubins délaissés sans ressources.

Comme en droit français, l'obligation naturelle novée en obligation civile est utilisée ; de même la notion d'enrichissement sans cause. En ce cas les droits français et belges sont très similaires, par la différence de situation entre couples mariés et non mariés. Ils doivent contribuer aux charges de la vie commune à proportion de leurs facultés respectives. Ils sont tenus solidairement responsables des dettes contractées pour les besoins de la vie commune et des enfants, sauf si elles sont excessives au regard des ressources des cohabitants. Les textes n'attribuent aucune vocation successorale, la loi n'a pas d'incidence sur la filiation, l'autorité parentale, et ne confère pas d'avantages fiscaux ou sociaux.

Le statut de la cohabitation légale diffère du mariage et de l'union libre sur le plan civil. Mais sur le plan fiscal on assiste à une assimilation des cohabitants légaux ou de fait aux époux. Une loi du 10 août 2001 portant réforme de l'impôt sur le revenu a pour objectif d'éliminer les discriminations dont sont victimes les conjoints par rapport aux cohabitants légaux ou non [141].

2 Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Il faut voir si la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a une quelconque influence sur les différentes conjugalités. La jurisprudence de la CEDH, relative au respect de la vie familiale, sert plus à vérifier l'existence d'une famille, que d'organiser la vie de couple. Les différentes décisions relatives à la vie familiale ne tiennent pas compte des vies de couples, elles servent à définir une famille [142]. Il n'y a rien dans la jurisprudence européenne servant à la construction d'un autre modèle que le mariage. Les décisions intervenues directement sur le sujet sont en retard sur les lois des pays européens, comme le montrent les exemples suivants.

Après la séparation d'un concubinage hétérosexuel, l'un des concubins se plaint de ne pas bénéficier d'avantages, des ex-conjoints, tels que la prestation compensatoire, ou l'attribution du logement. La Cour répond que la question relève du droit au respect de la vie familiale, mais que dans la mesure où ils auraient pu librement régulariser la situation de façon à pouvoir bénéficier des avantages, il ne peuvent pas invoquer de discrimination par rapport au statut du conjoint [143]. La décision était remarquée, en l'occurrence, la concubine ne pouvait se marier avec son compagnon, puisque déjà mariée, et à l'époque le divorce n'était pas ouvert en Espagne. La Cour ajoutait que si la réalité sociale démontrait une union stable, fondée sur des liens de solidarité et d'appui mutuel, non dans le cadre du mariage, il ne lui appartenait pas de dicter aux Etats membres la conduite à tenir concernant ces couples. La question de l'élaboration d'un statut extra-matrimonial relève de la loi des États.

141• J. POUSSON-PETIT, « *Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique* », Dr. Fam. novembre 2003, n° 30.

142• KEEGAN c/Irlande, 26 mai 1994, *JCP 1995*, I, 3823 n°312, chr. F. SUDRE. La notion de famille selon l'article 8 de la Convention, ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage, et peut englober d'autres liens familiaux *de facto*, lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage.

143• SAUCEDO GOMEZ c/Espagne, 19 janvier 1999, Req. N° 37784/97, *in* JP MARGUENAUD, « Du pacte civil de solidarité aux nouvelles conjugalités : une modélisation supra étatique des relations extra-matrimoniales par la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *in « Du Pacs aux nouvelles conjugalités : où en est l'Europe ?* », *op. cit.*

Concernant les couples homosexuels, la situation est la même et donc plus délicate. Une décision a édicté que les relations homosexuelles ne relèvent pas du droit au respect de la vie familiale, et que le refus de leur accorder les prestations reconnues au conjoint survivant se justifie par le but légitime de protéger le mariage [144].

La position de la CEDH ne laisse pas beaucoup d'espoir aux couples de concubins. Premièrement la Cour ne juge que de l'incompatibilité d'une disposition interne à la convention, et donc pas de la législation dans son entier. Ensuite elle ne semble pas vouloir prendre cette voie de construction d'un statut. Dans un ancien arrêt [145], non contredit depuis, elle affirmait que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés. En l'espèce, il s'agissait d'un couple hétérosexuel, qui ne pouvait s'unir, puisque en Irlande à cette époque le divorce n'était pas permis. La jurisprudence est plutôt décevante. Ou plutôt serait-elle en avance sur les pays ? Les différentes formes de conjugalités nous intéressent de façon à continuer nos repères habituels, le mariage en tant que fondement de la famille. Mais celle-ci a peut être évolué beaucoup plus vite, et beaucoup plus loin qu'on pouvait l'imaginer, et le fondement de la famille ne serait plus vraiment le couple, mais simplement le couple parental ? Et si l'on ne devait plus se repérer avec le couple marié, mais avec le couple avec enfants ?

B Un nouveau phénomène : le couple parental

Le mariage était l'élément qualifiant de la filiation. Dite légitime ou naturelle lorsque l'enfant est issu d'un couple marié ou non, malgré le principe d'égalité des filiations, ces qualifications étaient distinctes parce que reposant sur une différenciation juridique des couples. Cette différenciation continue, mais diminue. La différence des filiations a disparu, et de même on voit apparaître une théorie générale du couple parental.

En liant solennellement le couple, le mariage dépasse la dualité des personnes et forme un groupe [146]. Il est une unité dont le droit tient compte

144• MATA ESTEVEZ c/Espagne, 10 mai 2001, *Req. n° 56501/00, in* J.P. MARGUENAUD, précit.

145• JOHNSTON c/Irlande, 18 octobre 1986, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme,* GACEDH, PUF 2004, n° 41.

146• J. CARBONNIER, Dr. civ., T. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF 21 Ed. 2002, p. 468, organisant les rapports personnels du couple marié autour d'une distinction entre le droit des obligations et le droit des groupements.

dans les rapports avec les tiers et entre époux. Le ménage peut se transformer en famille avec l'arrivée d'un enfant et l'unité juridique se manifeste à travers le principe d'indivisibilité de la filiation. L'enfant est indissociablement lié à ses parents en tant qu'il forme un couple marié. Le rapport juridique devient triangulaire.

Cette indivisibilité n'est pas concevable pour un couple non marié, parce que la base du triangle fait défaut. Quelle que soit la forme de l'union (concubinage simple, ou pacte civil de solidarité), elle ne contient jamais entre ses membres un engagement solennel d'exclusivité durable inhérent au mariage et à la filiation [147]. Le couple non marié n'est pas une fusion, mais une addition. Il reste dual à l'égard de l'enfant : la filiation est divisée, l'enfant n'entretient pas de rapports juridiques avec un couple, mais avec sa mère, et avec son père. Le rapport de filiation reste purement vertical et ne se superpose pas aux rapports personnels des membres du couple. C'est ce manque qui peut conduire à nier une famille naturelle. La bilatéralité du lien de filiation ne crée pas une famille naturelle, mais « *deux familles unilatérales que l'enfant relève, deux demi-familles si l'on veut distinctes, et qui ne se ressoudent pas en la personne des pères et mères, faute d'un lien conjugal entre eux* » [148].

La première conséquence de l'indivisibilité du couple marié est la présomption de paternité des enfants conçus ou nés pendant le mariage. Selon le mécanisme des présomptions, la loi tire un fait inconnu, la paternité, d'un ensemble de faits connus : le mariage prouvé par l'acte de l'état civil. C'est le mariage qui explique la présomption légale à raison de sa nature et de ses effets [149]. Les effets du mariage conduisent à fonder la présomption de paternité sur l'institution puisque les devoirs de communauté de vie et de fidélité, impliquant des relations intimes exclusives entre époux, permettent de présumer la paternité des enfants mis au monde par la femme.

Ces explications ne peuvent être transposées dans le couple non marié, parce qu'il n'est pas un acte d'avenir, et parce qu'il ne présume pas de relations sexuelles exclusives. Le concubinage présente un caractère de stabilité et de continuité, qu'on ne peut voir que lorsqu'il prend fin. Il ne suppose

147• A. SERIAUX, « Concubinage formel et mariage informel », *in La notion juridique de couple*, Economica 1998, p. 43 et s. qui fait de l'exclusivité du don de soi un élément caractéristique du mariage.

148• J. CARBONNIER, *op. cit.* p. 335 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *Modèles et normes en droit contemporain de la famille* », Mélanges Mouly, p. 281.

149• J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, Traité de droit civil, La famille, Fondation et vie de la famille, Paris, LGDJ 2e Ed. 1993, n° 576.

pas une projection vers l'avenir, mais de se retourner vers le passé : ce n'est pas un acte de volonté, mais un fait juridique sur lequel on ne peut pas greffer l'acceptation de l'homme des enfants à venir de sa compagne [150]. Les unions avec un contrat, comme le PACS, sont surtout une avancée patrimoniale pour le couple ; il ne crée que des rapports d'obligations, non un véritable groupement. La seule constatation du couple ne fonde la filiation, que s'il y a un engagement sexuel d'exclusivité inhérent au mariage. Le couple sexuel, même stable, ne devient solennel qu'à travers cet engagement.

L'avènement d'une présomption de paternité naturelle conduit encore à aligner les effets du concubinage sur ceux du mariage, qui doivent demeurer pourtant distincts par la nature formelle de l'engagement, et par leurs effets personnels. Le concubinage a des effets sur la filiation. Lorsqu'elle est établie judiciairement, le concubinage simple ou avec un pacte constitue une présomption exigée pour l'établissement de la preuve de la paternité. Les contrats créent en pratique une présomption de paternité naturelle, mais c'est une présomption de vraisemblance à compléter par une autre preuve ; ce n'est pas une présomption de vérité, comme dans le mariage.

Néanmoins il y a convergence dans d'autres domaines de la filiation. Les réformes récentes sur le nom et l'autorité parentale affirment la volonté du législateur de favoriser la communion du couple parental, sans égard à la nature juridique du couple. Il propose de distinguer entre l'établissement simultané ou successif de la filiation. L'établissement simultané correspond au couple marié, et aussi au couple non marié puisque les reconnaissances peuvent se faire simultanément. Cette communion spontanée est originale et fondée sur l'égalité et l'unité du couple ; elle engendre deux effets personnels fondamentaux. Le couple choisit le nom de famille que portera l'enfant, nom du père, de la mère, ou accolé, que le couple soit marié ou non. L'établissement simultané de la filiation entraîne l'exercice conjoint de l'autorité parentale, quelque soit la nature juridique du couple. Lorsque la filiation est établie successivement, la communion post-natale du couple n'est pas toujours exclue, mais il faut des circonstances complémentaires. Le temps entre les deux reconnaissances importe : l'exercice de l'autorité est unilatéral lorsque la filiation est établie à l'égard de l'un plus d'un an après la naissance d'un enfant, dont la filiation est déjà établie de l'autre coté. L'enfant peut prendre le nom de famille de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation a été établie en second lieu ou les noms accolés de ses parents, s'ils en font la demande auprès du greffier

150• M. LAMARCHE et J.-C. SAINT-PAU, « Les effets personnels », *in Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?*, BRUYLANT, JGDJ 2005.

du tribunal de grande instance. De même façon ils peuvent demander l'exercice conjoint de l'autorité parentale, mais ne l'ont pas automatiquement.

La volonté de transcender les différences entre couples mariés et non mariés, déborde sur les différences entre couples unis et désunis [151]. La coparentalité est un effet personnel du couple, souhaitée dans les couples unis, elle est subie dans ceux désunis. Elle se manifeste par l'unité de la résidence familiale et des choix parentaux. Ces décisions ont pour but l'intérêt de l'enfant, et sont prises d'un commun accord. La loi présume cet accord quelque soit le statut du couple [152]. Le maintien de la coparentalité repose sur le mythe de l'indissolubilité du couple parental, qui survit au couple conjugal [153]. Elle se manifeste par l'obligation de maintenir des relations avec l'enfant et de respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent. Le couple peut organiser l'exercice de l'autorité parentale dans une convention, qui sera homologuée par le juge aux affaires familiales. L'accord peut être obtenu grâce à un médiateur désigné par le juge. En cas de désaccord, le juge peut imposer la coparentalité, et prendre les mesures pour garantir la continuité et l'effectivité du lien avec l'enfant. Cela se traduit surtout par un statut géographique de l'enfant ; le juge peut en effet interdire un déménagement, ou l'assortir de contraintes financières, ou autres mesures dans l'intérêt de l'enfant. La pérennisation du couple parental conduit à un alignement du couple non marié sur le couple marié. Le contentieux de l'autorité parentale est réglé dans les deux cas par le tribunal. Plus difficilement, le règlement judiciaire, voire des sanctions pénales en cas de départ de la résidence familiale, provoque indirectement le renforcement des rapports personnels au sein du couple non marié. « *Le départ du domicile concubinaire deviendrait juridiquement aussi dangereux, sinon plus, que le départ du domicile conjugal* ». La liberté permanente des célibataires et la liberté retrouvée des divorcés se heurte à la coparentalité ; où on voit l'élaboration d'un statut personnel des ex-conjoints.

Il reste des différences entre les statuts du concubinage, du PACS et du mariage. Ces différences s'atténuent, surtout entre les couples pacsés et mariés. L'indifférenciation se produit par la voie administrative de circulaires ou d'instructions, souvent à but pratique, et par la jurisprudence, se basant sur sa mission générale de défense de l'équité et de la morale, ou par la loi [154].

151• F. BOULANGER, « *Modernisation ou utopie ? : la réforme de l'autorité parentale par la loi du 4 mars 2002* », D. 2002, chron.1571.

152• Art. 372-2 C. civ.

153• F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », RTD civ. 1995, p. 249, qui fait remarquer que ce mythe ignore la question des familles recomposées et le rôle du beau-père qui dans les faits exerce l'autorité parentale.

154• Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Rapport de synthèse de droit français », *in Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et non marié ?*, BRUYLANT, JGDJ 2005.

Cette assimilation est pour le moment technique, mais relève une idée sous-jacente.

La difficulté de l'assimilation personnelle totale est la conception floue du concubinage donnant des droits. Il y manque un acte de consécration, marquant une date et des parties. Au plan patrimonial, l'assimilation est facile. La jurisprudence est soucieuse de ne pas assimiler complètement, mais seulement par des artifices, comme la gestion d'affaires, la société créée de fait et l'enrichissement sans cause.

Ces solutions présentent une difficulté, celle d'être a posteriori, celle d'intervenir à la dissolution du couple, par une séparation ou par un décès. La prévisibilité est de l'essence même du mariage, ce qui en fait une institution ; et il y a contradiction à vouloir la liberté au jour le jour et en même temps la prévisibilité [155].

Dans tous les systèmes juridiques européens, on assiste à la réunion des pactes, partenariats, et mariages traditionnels. Dans tous ces systèmes, se pose la question du devenir du mariage. Nous avons commencé cette étude en posant la question de l'évolution du mariage, par le PACS, et les couples de concubins. Et si cette question était dépassée ? Le mariage a changé.

Le devoir d'assistance et de secours se retrouve dans tous les couples, à divers degrés, et y est inhérent. Le devoir de fidélité n'est plus considéré comme une question d'Ordre Public, intéressant la société, mais comme une question intérieure au couple, qui n'intéresse et ne regarde que lui, quelle que soit la forme du couple.

Et la cohabitation est inhérente au couple, et s'entend plus fortement chez les concubins que chez les époux.

Les rapports patrimoniaux des parties se ressemblent, sans être similaires ; mais les couples peuvent les prévoir, et peuvent faire leur volonté, selon leur statut marié ou non. Il n'est plus aussi choquant d'imaginer aujourd'hui un mariage propre aux couples homosexuels. C'est la preuve que notre conception du mariage a évolué, avant que l'on s'en rende compte.

Le mariage n'est plus vraiment, une institution d'Odre Public, mais plus une institution d'ordre privé, un contrat d'organisation des rapports patrimoniaux et personnels du couple.

Et ainsi on voit se dessiner un nouveau droit du couple, un régime primaire, auquel les parties pourront ajouter les règles du PACS, ou du mariage. La différence ne s'établit donc plus entre les couples mariés ou non, mais plus vers les couples avec enfants ou non.

155• Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, *op. cit.*

Ce qui évidemment peut ouvrir sur un autre débat, plus étonnant, d'ouvrir les conjugalités à plus de deux personnes, comme le laissait entendre J. P. MARGUENAUD [156], et la dernière mode des Pays-Bas [157].

Afin de dépasser complètement ce débat, et de ne plus laisser de confusion dans les esprits quant aux statuts du mariage et du PACS, peut-être serait-il préférable de les fusionner ?

MARIE-AGNÈS FIXOIS

156• Ouverture de son intervention au Colloque organisé par la faculté d'Amiens, « *Les organisateurs, dans leur grande sagesse, ont cependant choisi de contenir les débats dans les limites raisonnables et décentes puisque, en retenant le terme* "conjugalité", *ils se sont assez nettement arrimés à la notion de couple qui, certes peut être agencé de différentes manières mais qui est limité à deux personnes. Aussi ont-ils pris le risque inconsidéré d'être bientôt dépassé par les événements. […] On relève aussi une affaire S.B. c/Belgique, qui a donné lieu à une décision d'irrecevabilité le 6 avril 2004, où un requérant avait déjà posé la question de savoir si les obstacles à l'épanouissement d'une sexualité à partenaires multiples ne constituaient pas une atteinte au droit au respect de la vie privée.* », JP MARGUENAUD, *op. cit.*

157• Article du *Figaro,* en date du 11 au 12 mars 2006, intitulé « *Mariage à trois à la Hollandaise* », et rebaptisée donnant lieu à diverses interprétations comme « *nous en rêvions tous, la Hollande l'a fait !* », *ou bien encore « la Hollande l'autre pays du mariage* ».

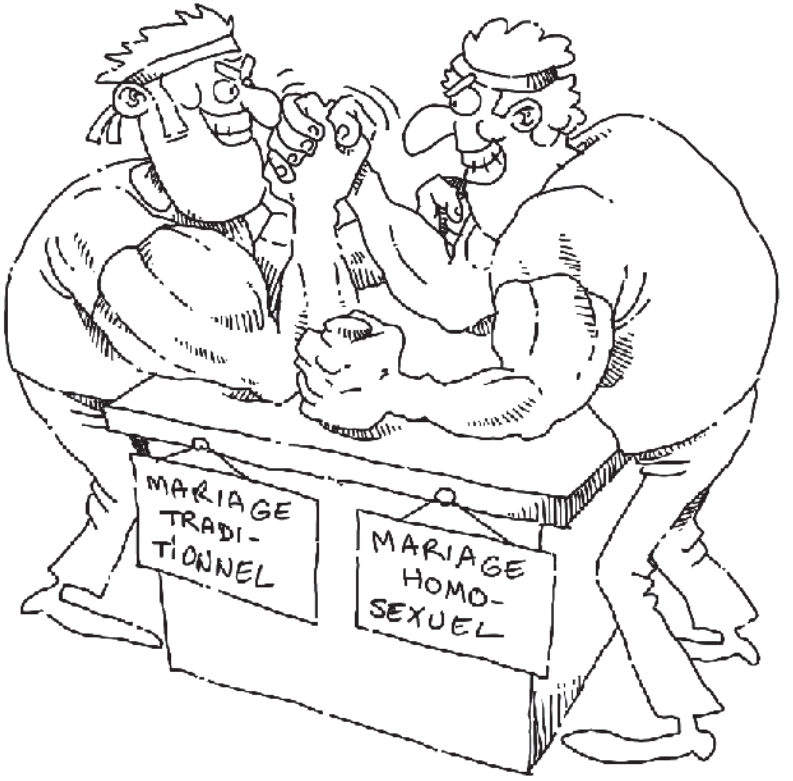
DEUXIÈME PARTIE

La famille homosexuelle

Céline VILAIN

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur du Congrès MJN Chine 2005
Notaire stagiaire à Paris
D.E.S.S. Droit notarial


MARIAGE TRADI-TIONNEL
MARIAGE HOMO-SEXUEL

La famille homosexuelle

Introduction

En un peu plus de trente ans, le paysage familial a changé ; les repères se sont effacés, les références déplacées. La laïcité, le féminisme et la parité ont soufflé sur le droit de la famille un vent de liberté et d'égalité. Dans ce contexte, divorces, concubinages, naissances hors mariage se sont multipliés donnant jour à un nouvel panel de structures familiales : familles hors mariage, familles recomposées, familles monoparentales et familles homosexuelles. La famille homosexuelle dont il sera à présent question désigne l'ensemble des situations familiales dans lesquelles au moins un adulte homosexuel est parent d'un enfant.

Les familles homosexuelles ne sont pas quantifiées de manière officielle mais selon une enquête publiée dans le magazine *Têtu* en 2000, 56,8 % des homosexuel(le)s déclarent désirer fonder une famille, tandisque 27,7 % disent ne pas le souhaiter. Un sondage réalisé par l'Institut BSP pour le même magazine indique que 7 % des hommes homosexuels et 11 % des femmes homosexuelles sont parents et que 36 % des hommes homosexuels et 45 % des femmes homosexuelles souhaitent devenir parents. Une extrapolation à partir de ces données conduit à évaluer le nombre de mères homosexuelles en France dans un intervalle compris entre 88 000 et 440 000 et le nombre de pères homosexuels entre 56 000 et 280 000. Partant de cette extrapolation, le nombre d'enfants élevés dans des foyers homosexuels est élevé.

La famille homosexuelle est un sujet polémique non seulement parce qu'elle interroge la norme et heurte parfois nos croyances religieuses, mais aussi parce qu'elle bouscule le modèle traditionnel de la famille, enfin et surtout parce qu'elle remet en cause les piliers de notre droit de la famille, tels que le mariage et la filiation. Et pourtant, la famille homosexuelle est une réalité de notre société, elle existe et n'a pas attendu le législateur français pour se former et s'organiser.

Toutefois, l'ensemble de ces familles, qui autrefois vivaient dans l'ombre, demande aujourd'hui une reconnaissance à la fois sociale et juridique. Plus que la simple défense d'un particularisme ou d'une identité minoritaire, ces familles posent sur la place publique un débat fondamental qui part au moins

dans deux directions : Qu'est-ce qu'un parent ? Qu'est-ce que la filiation ? Le couple homosexuel, qui par sa composition exclut l'idée de procréation et donc de descendance, a-t-il vocation à devenir une famille ?

De fait, les enfants issus des familles homosexuelles naissent et grandissent dans une structure familiale sans protection de leurs droits et intérêts (I). C'est pourquoi, au nom de l'intérêt supérieur de leurs enfants, les familles homosexuelles revendiquent le droit à l'égalité et à la légalité ; le droit à un statut juridique (II).

CHAPITRE I – LA FAMILLE HOMOSEXUELLE : UNE SITUATION DE FAIT

« *L'homoparentalité, ce n'est ni bien ni mal, c'est ici et maintenant* » [1].

I • Constat et analyse d'une situation de fait

Les familles homosexuelles vivent aujourd'hui dans une situation de fait, sans cadre juridique. Constatons et analysons cette situation de fait (A) avant de présenter les différentes configurations de familles homosexuelles (B).

A Evolution de la famille ou la fin d'un modèle familial unique

La famille est une institution de droit privé en perpétuelle mouvance, influencée par les évolutions à la fois économiques, sociologiques, politiques, morales et religieuses de la société. La famille d'aujourd'hui n'est plus celle du Code civil de 1804 et elle change encore, davantage sous l'action des mœurs et de l'économie, que par l'effet de modifications législatives, « *si bien que la notion de famille, avec tout ce qu'elle comporte de confus et de variables, n'est plus facilement identifiable* » [2].

De la famille « *traditionnelle* » à la famille « *homoparentale* » (1), de l'« homosexualité à l'homoparentalité (2) ; quel contexte juridico-socio-culturel a permis ces évolutions de la famille ?

1 De la famille « *traditionnelle* » à la famille « *homoparentale* »

En 1804, le Code napoléonien codifie le droit de la famille sur une seule et unique structure, à savoir la famille légitime qui, forte de cette exclusivité est imposée comme modèle. Mais de fait, l'hégémonie de cette structure familiale ne perdure pas, même si en droit et dans l'esprit collectif, la famille légitime reste la structure référentielle de la famille (a). Au XXe siècle, les modèles familiaux se diversifient, les premières familles homosexuelles naissent (b).

1• E. DUBREUIL, ex-président de l'Association des Parents Gays et Lesbiens (APGL).

2• M-H RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ed. Ellipses, 2002.

a – La famille légitime : structure référentielle de la Famille

Construction d'un modèle familial

En 1804, les rédacteurs du Code civil ont voulu une famille solide, constituant la cellule de base de la société. Dans cette perspective, ils fondent la famille sur le mariage et la protège contre l'intrusion d'un éventuel étranger (enfants naturel[3] et adultérin[4]), contre les contestations de paternité, mais aussi en limitant les cas d'ouverture de divorce et en maintenant l'autorité parentale et maritale du chef de famille.

Au XIX[e] siècle, une seule et unique structure familiale existe : la famille légitime composée du couple marié et du/des enfant(s). Aucune autre structure familiale n'est reconnue ; le Code civil de 1804 ne contient aucune disposition sur le concubinage. « *Les concubins ignorent le Code civil ; le Code civil ignore les concubins* », argue Napoléon.

Mais la société, en perpétuelle mouvance évolue et, peu à peu, le modèle familial du Code napoléonien ne répond plus aux aspirations de tous. Sous l'évolution des mœurs et de la morale, naissent des structures familiales nouvelles parfois encouragées par des modifications législatives, traduisant alors des choix de société. Ces quelques dernières décennies, la laïcité, le féminisme et la parité[5] ont soufflé, sur le droit de la famille, un vent de liberté et d'égalité. Dans ce contexte, divorces, concubinages, naissances hors mariage se multiplient donnant jour à un nouveau panel de structures familiales : famille hors mariage, famille recomposée, famille monoparentale, famille homoparentale…

Diversification des structures familiales

Dans notre société actuelle, la famille n'occupe plus la place privilégiée qu'elle avait au siècle dernier. Réduite presque au seul ménage, elle est devenue avant tout « *une institution d'assistance et de protection, sous le contrôle*

1• E. DUBREUIL, ex-président de l'Association des Parents Gays et Lesbiens (APGL).

2• M-H RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Ed. Ellipses, 2002.

3• L'article 310 dudit Code napoléonien interdit la recherche de la paternité naturelle. Cette paternité ne peut résulter que d'une reconnaissance volontaire et, si elle intervient durant le mariage, elle ne peut nuire ni aux conjoints ni aux enfants légitimes (article 337).

4• Quant aux enfants adultérins (et incestueux), ils sont purement et simplement déshérités ; leurs auteurs ne leur doivent que des aliments, et peuvent même en être dispensés s'ils leur font apprendre « *un art mécanique* ». Leur légitimation est impossible, même pour les enfants adultérins après dissolution du mariage, puisque la légitimation ne peut résulter que du mariage et qu'il est interdit à l'adultère d'épouser sa complice (article 298).

5• Et récemment, l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation supprime, au nom du principe d'égalité des enfants, la distinction entre filiation légitime et naturelle mettant ainsi fin à l'une des principales prérogatives de la famille légitime.

de l'autorité publique» [6]. La famille clan est devenue famille nucléaire. L'intérêt général de la famille est graduellement abandonné au profit de l'intérêt individuel des membres qui la composent.

De fait, les familles se décomposent et se recomposent. Le couple indissolublement lié par le mariage n'est plus la norme ; les divorces se multiplient entraînant l'apparition d'un nombre croissant de familles monoparentales et recomposées. Pour autant, la famille légitime ne disparaît pas, elle serait même, selon un récent sondage [7], l'objet d'un regain d'intérêt. Le glas tant annoncé de la famille légitime n'a pas encore sonné ; ce sont finalement les structures familiales qui se diversifient sous l'influence socio-culturelle de nos mœurs. Dans ce contexte d'évolution, apparait au début des années soixante-dix, une structure familiale qualifiée de « *surprenante* » par certains, d'« *impensable* » par d'autres : la famille homosexuelle.

b – Emergence des familles homosexuelles

Les relations entre personnes de même sexe ont toujours existé mais, elles n'ont pas le même sens, la même nature et le même poids selon les époques. Approuvées, voire encouragées, sous l'Antiquité, elles sont prohibées sous l'Empire romain faisant l'objet d'opprobres et de diverses sanctions jusqu'au XXe siècle.

L'émergence des familles homoparentales s'est faite en deux étapes : d'abord par une reconnaissance sociale de l'homosexualité, puis par une reconnaissance juridique du couple homosexuel, renforcées par la mise en place d'un dispositif législatif de lutte contre l'homophobie.

A partir des années soixante-dix, la notion de « *couple* » évolue. La légalisation de la contraception en 1967 et de l'avortement en 1975 marque l'abandon par le droit, d'une approche reproductive du couple.

Dans ce contexte d'émancipation des mœurs, certains maires acceptent de délivrer des « *certificats de vie commune* » à des couples homosexuels [8]. La remise d'un tel document ne confère aucun droit. Néanmoins, elle témoigne de la volonté de certains acteurs de la vie politique d'œuvrer pour la reconnaissance des unions homosexuelles même si cette reconnaissance est symbolique puisque les unions sociales n'induisent ni droits ni obligations pour les membres du couple ou à l'égard des tiers.

Paradoxalement, la jurisprudence définit, à la même époque, le concubinage comme l'union d'un homme et d'une femme ayant l'apparence du

6• J.-P. Levy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, 1re Ed., Précis Dalloz.

7• *Le Monde*, 27 janvier 2006.

8• Le certificat de vie commune (ou certificat de concubinage) est un acte administratif dressé par le maire sur déclaration des concubins, en présence généralement de deux témoins et sur la présentation d'un justificatif de domicile.

mariage. En effet, par deux arrêts rendus en 1989 [9], la Cour de cassation décide qu'en se référant à la personne qui vit maritalement avec un assuré social, le législateur (L. 2 janvier 1978) « *a par là-même entendu limiter les effets de droit… à la situation de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme* ». En 1997, la Cour de cassation maintient sa jurisprudence au sujet du transfert de bail en décidant que « *le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence d'un mariage, donc entre un homme et une femme* » [10].

Ce que la jurisprudence ne pouvait faire, le législateur l'a réalisé, non sans peine. Après deux ans de débats houleux et passionnés, traduisant l'existence d'un affrontement idéologique fondamental, et dans un contexte européen nettement plus progressiste à l'égard des couples de même sexe, la loi du 15 novembre 1999 est votée introduisant dans le Code civil sous le titre XII « *Du Pacte Civil de Solidarité et du concubinage* ».

Désormais, le concubinage est définit comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexes différents ou de même sexe, qui vivent en couple* ». Cette définition confère au concubinage, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple, une dimension légale et non plus seulement sociale.

Par la même loi est instauré le Pacte Civil de Solidarité (par abréviation : le PACS) définit à l'article 515-1 du Code civil comme « *un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* ».

Par ces deux définitions, le législateur transforme une situation de fait en situation de droit et reconnaît la réalité sociale du concubinage homosexuel et partant, permet aux concubins et partenaires de même sexe d'accéder à certains droits.

2 De l'homosexualité à la l'homoparentalité

Les familles homosexuelles remettent en cause le droit de la filiation et interrogent le concept même de parent. Qu'est-ce qu'un parent ? Etre parent a-t-il à voir avec la sexualité ? L'hétérosexualité est-elle une condition nécessaire à la parentalité ? L'homoparentalité se heurte aux fondements juridiques

9• Cour d'appel de Paris, 11 octobre 1985, 1re ch. D, Urgences, Dalloz 1986, p. 380, note D. Denis : « *Considérant encore que le législateur n'a fait produire des effets juridiques au concubinage (filiation, sécurité sociale, droit fiscal, etc.) que dans la mesure où celui-ci résultait d'une relation stable et continue ayant l'apparence de mariage qui est l'union, consacrée par la loi, d'un homme et d'une femme* ».

10• Cass., civ., 17 décembre 1997, D. 1998, 111, concl. Contraires J.-F. Weber, note J.-L. Aubert, JCP 1998, II, 10093, note A. Djigo, Dr. Famille 1998, n° 36, obs. H. Lécuyer, RTD civ. 1998, 347, obs. J. Hauser.

et anthropologiques de la parentalité qui sont le droit de la filiation (a) et la différence des sexes (b).

a – Le droit à la parentalité conditionné par le droit de la filiation

Le Grand Larousse Universel définit le « *parent* » comme étant, au sens strict, « *la personne liée à une autre par le sang* ». Cette définition est fondée sur la filiation biologique, elle ne tient pas compte des liens moraux et affectifs pouvant lier un enfant à un adulte.

En droit, pour être parent et, *a fortiori*, assumer les effets de ce statut (autorité parentale, vocation successorale, obligation alimentaire…), il faut être rattaché juridiquement à l'enfant par un lien : la filiation juridique. C'est donc surtout et avant-tout le lien de filiation qui fonde en droit la parenté en ligne directe, *i-e* entre ascendants et descendants. Sans filiation, il n'y a pas de parenté et sans parenté, il n'y a pas de filiation. Parenté et filiation sont donc indissociablement liées. Le droit de la filiation est d'Ordre Public ; nul ne peut y déroger conventionnellement [11].

A tout âge, le rapport de filiation établit entre un individu et ses auteurs un lien biologique, affectif, spirituel, que le droit saisit, modèle, copie et parfois déforme [12], comme en matière d'adoption plénière et de procréation médicalement assistée. En effet, le législateur a étendu le régime de la filiation biologique d'une part, aux enfants adoptés et, d'autre part, aux enfants conçus par procréation médicalement assistée (que la fécondation soit réalisée à partir du patrimoine génétique du couple ou à partir de celui d'un tiers donneur). Dès lors, la loi permet de rattacher un enfant à des adultes qui biologiquement ne sont pas ses parents ; la loi permettant ainsi l'illusion d'une conception naturelle.

La vérité biologique et *a fortiori* la vérité génétique ne sont donc pas les critères déterminants pour définir les règles d'établissement de la filiation. Et forts de cette réalité juridique, certains couples homosexuels revendiquent qu'en droit, la filiation soit déconnectée de la procréation et de la sexualité. Toutefois, plus que la vérité biologique, c'est la différence des sexes qui conditionne l'établissement d'une double filiation.

b – Le droit de la filiation conditionné par la différence des sexes

Quel que soit le mode de procréation, en l'état actuel de la science, un enfant ne peut être conçu que par un homme et une femme et, notre droit de la filiation repose sur cette évidence biologique. Par conséquent, un enfant

11• Article 16-7 du Code civil dispose : « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* ». L'article 16-9 dudit Code précise que cette disposition est « *d'Ordre Public* ».

12• F. Terré et D. Fenouillet, Droit civil, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7e Ed., 2005.

ne peut, en droit, avoir qu'un père et qu'une mère ; en aucun cas (exception faite de l'adoption simple), il ne peut avoir deux pères et/ou deux mères. Le législateur a ainsi calqué le droit de la filiation sur cet axiome. L'établissement d'une double filiation est subordonné à la différence des sexes.

Les filiations maternelle et paternelle sont associées et indivisibles lorsque les parents sont mariés. De sorte, que la mère est la femme qui accouche et le père est le mari de la femme… du moins jusqu'à preuve du contraire. En revanche, les filiations maternelle et paternelle sont dissociées lorsque les parents de l'enfant ne sont pas mariés. De fait, la reconnaissance de l'enfant par l'un des parents ne vaut pas pour l'autre parent. Deux hypothèses se dessinent alors lorsque les parents de l'enfant ne sont pas mariés :

- soit, les père et mère reconnaissent leur enfant naturel,
- soit, un seul des parents reconnaît l'enfant

Dans cette seconde hypothèse, une seule branche de la filiation de l'enfant est établie, l'autre branche est vacante. En l'état actuel du droit, un couple homosexuel désireux d'avoir un enfant se trouve nécessairement dans cette seconde hypothèse, quel que soit le mode de procréation choisi, puisque notre droit de la filiation repose sur l'hétérogénéité des sexes.

B Les différentes configurations de familles homoparentales

L'origine des configurations familiales homoparentales est double : soit elle provient du désir pour un homosexuel (célibataire ou non) d'être parent : il s'agit d'une famille homoparentale *ab initio* (1), soit elle provient de la découverte pour un parent (alors engagé dans une relation hétérosexuelle) de son homosexualité : il s'agit alors d'une famille homoparentale recomposée (2).

1. Familles homoparentales *ab initio*

Pour accéder à la parentalité, certains homosexuels (en couple ou non) recourent à l'adoption, à la procreation médicalement assistée ou encore à la gestation pour autrui (b), fondant ainsi une famille homoparentale *ab initio* (a).

a – Configuration d'une famille homoparentale ab initio

Dans une structure homofamiliale *ab initio*, l'enfant arrive dans un contexte homoparental. De fait, il est élevé par une ou deux personnes de même sexe, mais en droit une seule des deux personnes a le statut de parent légal.

b – Modes d'accès à la parentalité

Pour accéder à la parentalité, les homosexuels recourent généralement aux modes dits « *substitutifs* » d'accès à la parentalité, tels que l'adoption plénière, la procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui. Or, ces derniers leur sont implicitement ou expressément interdits, comme nous allons le voir en les étudiant tour à tour.

L'adoption plénière

L'enfant, faible par nature, doit être protégé. En subordonnant l'adoption à des conditions civiles et administratives, le législateur assure cette mission de protection et veille à l'intérêt de l'enfant, véritable point d'orgue de l'institution.

Les conditions d'adoption sont de deux ordres : civil et administratif.

• Conditions civiles :

Les conditions requises pour adopter sont fixées par les articles 343 et suivants du Code civil. Pour adopter, il faut être capable et être marié depuis plus de deux ans ou âgé de plus de 28 ans. *A fortiori*, ni concubins, ni partenaires d'un PACS [14], qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels, ne peuvent adopter un même enfant. En l'état actuel du droit, un homosexuel ne peut postuler à l'adoption qu'à titre individuel, c'est-à-dire en qualité de célibataire. Mais, pour devenir adoptant, il doit préalablement obtenir l'agrément.

• Condition administrative [15] : l'agrément

L'agrément permet d'apprécier « *les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique* » et de s'assurer que les candidats présentent les qualités nécessaires « *aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté* » [16]. La procédure d'agrément, tournée vers l'intérêt de l'enfant, permet de s'assurer que les candidats à l'adoption présentent les qualités nécessaires à un épanouissement harmonieux de l'adopté. En instaurant l'agrément, le législateur a voulu garantir la qualité de l'accueil offert à l'enfant.

Notons que l'agrément ne donne aucun droit à adopter un enfant, aucun « *droit à l'enfant* ». Il indique simplement que l'intéressé remplit les conditions pour devenir parent adoptif. Pour reprendre l'expression de M. le Doyen Carbonnier, l'agrément est « *un brevet d'aptitude théorique à adopter* ». L'agrément est accordé ou refusé (tout refus devant être motivé) après enquête des services sociaux, permettant ainsi à l'administration sociale de choisir ceux qui peuvent recevoir le « *label* » de bons parents potentiels. Un tel contrôle n'est pas sans risques. Dans une perspective subjective et moralisatrice, il peut, en effet, conduire les assistants sociaux à imposer un seul et unique modèle de la « *bonne famille* », plus dangereux encore, leur propre conception de la Famille.

14• L'adoption du même enfant par des concubins a été écartée des débats par la loi du 5 juillet 1996 et la loi du 15 novembre 1999 relative au PACS n'a aucune incidence sur le droit de la filiation, car ses dispositions visent seulement à donner un cadre légal permettant à un couple d'organiser sa vie commune et le mariage étant en l'état actuel du droit réservé aux hétérosexuels : un couple homosexuel ne peut accéder à l'adoption d'un même enfant.

15• Article 353-1 du Code civil, articles L225-2 et L225-3 du Code de l'Action sociale et des Familles, décret n° 98-771 du 1er septembre 1998, JO du 4 septembre 1998.

16• Décret n° 98-771 du 1er septembre 1998, JO du 4 septembre 1998.

Si l'hétérosexualité n'est pas un gage de « *bon parent* », l'homosexualité est un critère a priori défavorable à l'adoption, comme en témoignent les nombreux refus opposés aux célibataires homosexuels. Ces refus d'agrément sont généralement motivés par l'idée que ces enfants, par hypothèse fragilisés psychologiquement et émotionnellement, ont besoin d'un double référent sexuel, paternel et maternel. Mais partant de cette idée, l'adoption ne devrait-elle pas, alors, être fermée à tout célibataire, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel ?

Les nombreux arrêts rendus à ce titre mettent en exergue la subjectivité dont ne peuvent parfois se détacher certains services sociaux et, partant la difficulté des magistrats à trancher en faveur des homosexuels. En l'absence de consensus des professionnels de la santé mentale, les tribunaux s'accordent, en général, à prôner la prudence et, en application d'une sorte de « *principe de précaution* » à ne pas admettre l'adoption par des homosexuels [17]. Forts de cette jurisprudence, les départements ne motivent quasiment plus les refus d'agréments qu'ils opposent aux candidat(es) homosexuel(les), aboutissant ainsi à « *une exclusion de principe* » [18] discriminatoire. Et lorsqu'en première instance, le Tribunal Administratif de Besançon dispose « *que les motifs fondés sur une absence de père ou de référent paternel susceptibles de favoriser le développement harmonieux d'un enfant adopté* » ne sont pas suffisants pour justifier le refus opposé à la requérante [19], la Cour Administrative d'Appel de Besançon annule la décision en raison de « *l'absence d'implication de la compagne de Melle B. dans le projet d'adoption* [20] », position maintenue ensuite par le Conseil d'Etat. Ces refus quasi automatiques poussent les homosexuels à dissimuler leur orientation sexuelle et du même coup à exclure leur éventuel compagnon du projet parental.

Pour illustrer nos propos, citons, à titre d'exemple, l'affaire Fretté célèbre pour l'ambiguïté dont ont fait preuve les tribunaux au sujet d'un agrément refusé à un célibataire homosexuel :

> M. Fretté, professeur agrégé de 37 ans, décrit par les services sociaux comme « *cultivé, travailleur, sensible, réfléchi, attentif aux autres, constant dans ses amitiés, scrupuleux, altruiste* » s'est vu refusé l'agrément en raison, notamment, de « *l'absence de référence maternelle constante* ».

17• Cons. Etat, 9 octobre 1996 : dans ses conclusions rendues, M^me^ C. Maugüé, commissaire du gouvernement observe que « *la question de savoir si un enfant ne risque pas d'être psychiquement perturbé d'avoir un lien avec adulte qui ne peut lui offrir de référence à un père et ne mère différenciés, c'est-à-dire un modèle d'altérité sexuelle, est très difficile et divise les psychiatres et les psychanalystes* ».

18• Martine GROSS, *L'homoparentalité,* Que sais je ? Ed. PUF.

19• T. adm. Besançon, 24 février 2000, Dr. Fam. 2000, n° 8, obs. P. Murat. De même, le Conseil général de l'Hérault a délivré un agrément à une candidate qui n'avait pas caché la réalité de son couple, Journal du droit des jeunes n° 195, mai 2000, 3.

20• CAA Besançon, 21 décembre 2000, D. 2001, 1575, note Piastra R. ; D. 2002, 575 ; RTD civ. 2001, 346, obs. Hauser J.

Dans cette affaire, Monsieur Fretté avait déposé une demande d'agrément préalable à l'adoption dans le département de Paris. Il essuya un refus au motif suivant : « *si les choix de vie de l'intéressé devaient être respectés, les conditions d'accueil qu'il serait susceptible d'apporter à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de ce dernier* ».

L'intéressé saisit alors le Tribunal administratif de Paris[21] qui, après avoir relevé que la formule « *choix de vie* » apparaissait comme un euphémisme par lequel l'administration évoquait l'homosexualité du requérant, affirme que cette homosexualité n'est qu'un aspect de sa personnalité qui ne saurait « *justifier un refus d'agrément que s'il s'accompagnait d'un comportement préjudiciable à l'éducation de l'enfant* », ce qui, en l'espèce, ne lui semblait pas être le cas.

Le Conseil d'Etat appelé à son tour à se prononcer sur l'affaire[22], annula le jugement rendu par le Tribunal administratif au motif « *qu'il ressort des pièces du dossier et notamment des éléments recueillis au cours de l'instruction de la demande de M. F, que celui-ci, eu égard à des conditions de vie et malgré des conditions humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir l'enfant adopté* ». Derrière cette formule aussi prudente qu'alambiquée, le Conseil d'Etat vise par les termes « *conditions de vie de l'intéressé* » son célibat et son homosexualité. Il semble, en effet, compte tenu des éléments du dossier que, derrière l'apparente neutralité de la motivation du Conseil d'Etat, se profile en réalité le refus de voir un homme célibataire homosexuel adopter un enfant.

En dernier recours, M. Fretté saisit la Cour européenne des droits de l'homme, laquelle a refusé de condamner la France pour violation des articles 8 (relatif au droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (relatif à l'interdiction des discriminations) de la Convention européenne des droits de l'homme en rappelant d'une part, que la Convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter et en indiquant d'autre part, que le refus opposé au candidat se justifie par le souci légitime de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant.

La procréation médicalement assistée

L'article L152-1 du Code de la santé publique définit l'assistance médicale à la procréation comme l'ensemble « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception* in vitro*, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalant permettant la procréation en dehors du processus naturel*». L'article L152-2 du Code de la santé publique dispose à son alinéa premier que la procréation médicalement assistée « *est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple*» et précise à son alinéa 3 que le

21• T. adm. Paris, 25 janvier 1995.

22• Cons Etat, 9 octobre 1996.

couple est formé d'un homme et d'une femme. En conséquence, seul un couple hétérosexuel peut bénéficier de la procréation médicalement assistée, et de surcroît un couple « *marié ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans* » [23].

En érigeant expressément l'hétérosexualité en une condition du recours à la procréation médicalement assistée, le législateur français ferme ce mode d'accès à la parentalité aux couples homosexuels [24]. Pour bénéficier de ce mode de procréation, une femme seule ou vivant en couple avec une autre femme doit se rendre en Espagne, en Grande-Bretagne, aux Pays-Bas ou en encore en Belgique où la procréation médicalement assistée est légalement ouverte aux femmes seules ou aux couples de femmes homosexuelles. Pour des raisons géographiques, culturelles et linguistiques, les homosexuelles françaises se rendent principalement en Belgique. Dans ce pays, le projet parental porté par un couple, qu'il soit hétérosexuel ou homosexuel, est privilégié par rapport à celui d'une personne seule.

« *Ce qui motive les femmes homosexuelles a choisir la procréation médicalement assistée plutôt que l'adoption* », note Martine Gross [25], est « *d'une part, le réel soulagement de n'avoir pas à dissimuler l'existence du couple homosexuel (comme en matière d'adoption) et, d'autre part, le désir de porter un enfant* ». Par ailleurs, recourir à un donneur inconnu évite l'immixtion du père biologique dans la vie de l'enfant et l'éventuel partage de l'autorité parentale que les femmes homosexuelles ne souhaitent pas toujours.

La maternité pour autrui

La maternité pour autrui consiste pour une femme, qui accepte, de porter, à la demande d'un couple (hétérosexuel ou homosexuel) ou d'un célibataire, un enfant conçu avec généralement les gamètes de celui qui en sera le père. La maternité pour autrui est matérialisée par un contrat aux termes duquel les parties déterminent les conditions de remise de l'enfant, et les éventuelles conditions financières de l'opération. La mère de substitution s'engage à remettre l'enfant à sa naissance et renonce à tous liens juridiques avec l'enfant. Dans un couple d'hommes, un des deux seulement (généralement le géniteur) peut reconnaître l'enfant.

En France, les maternités pour autrui sont interdites et pénalement sanctionnées [26]. Par un arrêt de 1991, la Cour de cassation a considéré que la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à

23• Article L152-2 du Code de la santé publique.

24• Cass, civ. 1re, 9 mars 1994, Bul. Civ. I, n. 89.

25• M. Gross, *L'homoparentalité*, Que sais-je ? PUF, éd. mai 2003.

26• Article 227-12 alinéa 2 du Code pénal.

porter un enfant pour le compte d'autrui, pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'Ordre Public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité des personnes. Cette jurisprudence a été entérinée par la loi du 29 juin 1994 et codifiée à l'art. 16-7 du C. civ., selon lequel : « *toute convention portant sur la gestation et la procréation pour le compte d'autrui est nulle* ».

Pour recourir à ce mode de procréation, les intéressés se rendent au Canada, en Israël, dans certains Etats des Etats-Unis (notamment en Californie) où les requérants peuvent choisir la gestatrice sur catalogue ! En Europe, ils se rendent au Royaume Uni, en Grèce, en Hongrie ou encore en Roumanie. Le processus étant légal dans ces pays, il ne devrait pas y avoir de poursuites pénales en France, à condition que l'ensemble du processus se soit déroulé sur le territoire du pays qui admet la licéité de cette pratique [27].

Qu'il s'agisse de la procréation médicalement assistée ou de la gestation pour autrui, le législateur n'a pas expressément réglé le sort des enfants ainsi procréés. Une chose est d'interdire ces pratiques, voire de condamner les adultes qui y recourent ou prêtent leur concours, autre chose est de décider du statut de l'enfant car toute la difficulté est là : l'incohérence de proclamer des interdits et d'accepter ensuite d'habiller juridiquement l'enfant de la filiation recherchée et sanctionner l'enfant.

Recours à un donneur connu

Recourir à un donneur connu consiste pour une femme homosexuelle (célibataire ou non), à concevoir un enfant avec un homme malgré l'absence de vie de couple entre eux.

Trois hypothèses sont envisageables lorsqu'une femme recourt à un donneur connu :

• soit, le donneur est uniquement géniteur,

• soit, le donneur est un père identifié et devient seulement un référent paternel. Dans cette hypothèse, l'homme ne reconnaît pas l'enfant et n'exerce aucune fonction parentale. Néanmoins, l'enfant pourra connaître son père, le rencontrer, et même nouer des relations avec lui s'il le souhaite.

• soit, le donneur participe à un projet de coparentalité. Plus qu'un simple référent paternel, l'homme est alors le parent légal de l'enfant qu'il reconnaît et élève en concomitance avec la mère. En voulant devenir parents, ils construisent de toutes pièces une famille « *composée* ». Il peut y avoir ainsi deux à quatre personnes autour du berceau de l'enfant : la mère et le père biologiques de l'enfant et leurs éventuels compagne et compagnon respectifs.

27• TGI Créteil, 30 septembre 2004, Dalloz, 2, p. 476.

Beaucoup d'homosexuels choisissent la coparentalité, convaincus qu'il est dans l'intérêt de l'enfant d'avoir, dans son environnement familial, un père et une mère présents. En outre, la coparentalité est parfois choisie par défaut, le chemin qui mène à l'adoption et à la procréation médicalement assistée étant illicite et/ou difficile.

2 Familles homoparentales recomposées

Aux côtés des familles homosexuelles *ab initio*, naissent des familles homoparentales recomposées (a) dont la principale difficulté pour le parent homosexuel, est d'être reconnu comme un parent à part entière (b).

a – Configuration d'une famille homoparentale recomposée

Dans cette configuration familiale, un homme ou une femme, alors engagé dans une relation hétérosexuelle, découvre son homosexualité et constitue un nouveau couple avec une personne de même sexe. Cette personne est déjà mère ou père d'enfant(s).

b – Difficultés rencontrées par le parent homosexuel dans l'exercice de ses droits

Dans les familles homoparentales recomposées, les droits de l'enfant sont protégés par le lien de filiation qui l'unit à son parent homosexuel, car malgré la séparation du couple, l'enfant a toujours deux parents qui assument juridiquement sa protection ; ce qui, notons le d'ores et déjà, n'est pas le cas de l'enfant né dans une famille homoparentale *ab initio* (où un seul lien de filiation peut être établi). Pour les parents qui ont eu leurs enfants dans le cadre d'une union hétérosexuelle et qui reconstruisent par la suite leur vie avec une personne de même sexe, leur plus grande difficulté est d'obtenir la reconnaissance pleine et entière de leur qualité de parent. Celle-ci fut conquise pas à pas devant les juridictions. Certes, des inégalités demeurent entre parents hétérosexuels et parents homosexuels, mais la jurisprudence montre que l'homosexualité d'un parent n'est plus nécessairement un motif de restriction de ses droits.

II • Conséquences d'une situation de fait

Force est de constater que ces familles homosexuelles vivent dans une situation de fait dont les conséquences extra-patrimoniales (A), patrimoniales et juridiques (B) annihilent la protection des droits et intérêts de leurs enfants.

A Conséquences extra-patrimoniales pour l'enfant dont l'un (ou les deux) parents est/sont homosexuel(s)

Faible par nature, l'enfant doit être protégé. A ce titre, l'Etat offre à l'enfant une condition juridique adaptée à sa faiblesse, protection que le droit international complète, notamment avec la Convention internationale des

droits de l'enfant (Convention de New York du 20 novembre 1989), ratifiée par la France le 2 juillet 1990 [28].Néanmoins, les enfants issus de foyers homosexuels ne bénéficient pas, en France, de la même protection que les enfants élevés par des parents hétérosexuels, tant en matière civile (1) que sociale (2).

1 Conséquences civiles pour l'enfant

Cette inégalité de droits tient pour l'essentiel à l'impossibilité d'établir un lien de filiation avec deux parents de même sexe, notamment pour les familles homosexuelles *ab initio*. Or cette impossibilité pour un enfant d'établir sa double filiation (b) répond-elle à l'intérêt supérieur de ce dernier (a) ?

a – Absence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'enfant, qui est un homme en puissance, doit bénéficier de tous les droits des hommes en général, mais en raison de son manque de maturité, il a besoin d'une protection spéciale, notamment d'une protection juridique. Cette protection incombe avant tout à sa famille mais également à l'Etat dont l'enfant deviendra un jour citoyen. La Convention internationale des droits de l'enfant rappelle, à son article 3, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » et fonde l'ensemble de ses dispositions sur cet intérêt.

L'intérêt supérieur de l'enfant et les droits de l'enfant doivent constituer l'unique référent des politiques familiales, du droit de la famille et des pratiques qui en découlent [29]. Affirmer cette prépondérance ne signifie pas que seul l'enfant fait la famille, ni qu'il faille placer l'enfant au centre permanent des préoccupations des adultes, car à l'inverse le « *pédocentrisme* » ou le « *jeunisme* » se révèleraient, sans doute, contraires à l'intérêt de l'enfant. Mais, dans un contexte où les structures familiales se diversifient, où les références changent, l'enfant devient l'ultime repère fixe de la famille dont l'intérêt ne doit jamais être perdu de vue. La famille subit aujourd'hui de profondes évolutions que le droit n'est pas toujours (ou pas encore) en état d'accompagner.

28• Loi du 2 juillet 1990, JO n.90-917 du 8 octobre 1990.

29• J. Commaille, « Analyse introductive : l'avenir de la famille et la place de l'enfant », in Enfances et violences, sous la direction de J. Rubellin-Devichi et P. Andrieux, PU Lyon, 1992, p. 15. : « La "mobilité" ou la "flexibilité" (des structures familiales) *font de l'enfant le dernier repère fixe, dans la réalité mais aussi dans l'imaginaire social ou l'enfant deviendraient de plus en plus pré minet parce que la famille deviendrait une réalité floue et que la société* (…) *tenterait de surmonter ses angoisses face aux incertitudes du privé en faisant de l'enfant-individu l valeur ultime* ».

La référence à « *l'intérêt supérieur de l'enfant* » signifie alors que, lorsque plusieurs intérêts sont en conflits, celui de l'enfant doit primer sur celui des adultes. L'intérêt et les droits de l'enfant priment ainsi l'intérêt des adultes et du même coup « *le droit à l'enfant* », dans l'hypothèse où un tel droit existe.

Partant de l'intérêt supérieur de l'enfant, peut-on admettre que des enfants, parce que leurs parents sont homosexuels, ne peuvent bénéficier des mêmes droits que leurs homologues issus de familles hétérosexuelles ? D'autant que, rappelons-le, l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant énonce que les États (parties à la Convention) doivent s'employer « de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement ». Mais l'inverse est-il dans l'intérêt de l'enfant d'avoir des parents homosexuels ?

De fait, les familles homosexuelles existent, mais, parce qu'aujourd'hui elles n'ont pas de statut juridique adapté à leur structure, l'intérêt de leurs enfants n'est pas garanti.

b – Impossibilité d'établir une double filiation

Tel qu'il existe aujourd'hui, le droit de la filiation ne garantit pas en France l'égalité des droits de l'enfant prôné par la Convention internationale des droits de l'enfant et pourtant ratifiée par la France.

La Convention pose, dès son préambule, le principe d'égalité des enfants. Pas toujours appliqué en droit interne, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé à plusieurs reprises à la France, le principe d'égalité des enfants, notamment en matière de filiation avec l'arrêt Marckx et, en matière de droits patrimoniaux avec l'arrêt Mazurek, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme pose le principe d'égalité des droits successoraux de tous les enfants, quelle que soit la nature de leur filiation car un « *enfant adultérin ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables* ». En l'occurrence, l'enfant adultérin ne saurait être responsable de l'adultère de ses parents et, être sanctionné pour une faute (l'adultère) qu'il n'a pas commise.

Le principe d'égalité des enfants (quelles que soient leurs conditions de naissance) posé par la jurisprudence Mazurek, combiné au principe d'égalité du droit de la filiation posé par l'arrêt Marckx et vers lequel tend notre droit interne avec l'ordonnance du 4 novembre 2005 (portant réforme du droit de la filiation), pourrait être transposé aux enfants issus de famille homosexuelle. Partant, chaque enfant devrait pouvoir jouir des mêmes droits quelles que soient les conditions de sa naissance et quels que soient les modes de vie et d'organisation familiales que ses parents ont choisi. L'enfant ne doit

pas avoir à subir les conséquences des choix de vie de ses parents et, plus exactement il est du devoir de la collectivité de ne pas pénaliser des parents à travers leurs enfants au motif que leurs choix de vie ne sont pas conformes aux normes majoritaires de comportement. S'il y a faute ou erreur des adultes, elles ne peuvent être sanctionnées que dans la personne de ceux qui les ont commises et non dans la personne de leurs enfants. Au nom de ce principe d'égalité et de l'intérêt supérieur de l'enfant, la double filiation d'un enfant issu d'un foyer homosexuel ab initio ne devrait-elle pas pouvoir être établie ?

Même si notre droit de la filiation tend, depuis plusieurs années, vers une égalité « *universelle* », force est de constater que la filiation d'un enfant issu d'un foyer homosexuel ne peut être établie, à la difference de celle d'un enfant issu de famille hétérosexuelle, qu'avec un seul de ses deux parents. Nous l'avons vu précédemment, notre droit de la filiation ne permet pas qu'une filiation soit établie entre un enfant et ses deux parents de même sexe. En conséquence, l'une des deux branches de sa filiation demeure, inéluctablement vacante, même si au quotidien l'enfant est élevé par deux parents [30].

Quel que soit le mode d'accès à la parentalité (adoption, procréation médicalement assisté…), la filiation d'un enfant dont les parents sont de même sexe ne peut être établie qu'avec un seul de ses deux parents (généralement son parent géniteur ou adoptif) ; en droit, le « *second* » parent est un étranger vis-à-vis de l'enfant.

Illustrations :

1• Un couple de femmes recourt à la procréation médicalement assistée :
==> un seul lien de filiation sera établi entre la femme ayant porté l'enfant et l'enfant : aucun lien juridique n'est possible entre l'autre femme et l'enfant porté par sa compagne.

2• Un couple de femmes recourt à un donneur connu :
==> comme dans l'exemple précédent, un lien de filiation sera établi entre la femme ayant porté l'enfant et l'enfant. Mais à la différence de l'exemple précédent, il est possible que le donneur connu reconnaisse l'enfant ; un deuxième lien de filiation sera alors établi entre le père et l'enfant. Mais par rapport au couple de départ, i-e le couple de femmes, il ne subsistera qu'un seul lien de filiation.

3• Un couple d'hommes recourt à la gestation pour autrui :
==> la situation est identique à celle du couple de femmes qui recourent à un donneur connu. Un lien de filiation sera établi entre le géniteur et l'enfant. En revanche, aucun lien juridique n'est possible entre le conjoint masculin et l'enfant.

30• Sauf hypothèses de la coparentalité et des familles homosexuelles recomposées car l'enfant est issu d'un couple hétérosexuel qui, en principe, l'a reconnu.

4• Un couple de femmes ou un couple d'hommes recourt à l'adoption :
==> un seul lien de filiation sera établi entre l'adoptant et l'adopté puisque qu'un couple homosexuel ne peut adopter ensemble un enfant.

2 Conséquences sociales pour l'enfant

L'impossibilité pour les familles homosexuelles d'établir un lien juridique entre le « *second* » parent et l'enfant n'est pas sans incidences dans la vie quotidienne de ce dernier ; les vicissitudes de la vie mettent en exergue toute l'importance d'une filiation doublement établie (a), d'abord en cas de séparation du couple parental (b) puis, en cas de décès de l'un d'eux (c).

a – Conséquences dans la vie quotidienne de l'enfant

Une filiation unilinéaire engendre de nombreux problèmes, allant de simples désagréments à de véritables situations critiques. Dans la gestion de la vie quotidienne, l'absence de reconnaissance vis-à-vis du second parent complique de nombreuses situations (l'enfant ne peut être, en théorie, confié au second parent à la sortie de l'école, et ce dernier, en cas de maladie de l'enfant, n'a pas autorité pour décider des démarches à suivre). Ces situations se règlent généralement par bon sens, mais il peut être dangereux de les laisser sans cadre légal. En cas de difficultés, le parent biologique pourrait très facilement se retourner contre le second parent.

b – Conséquences en cas de séparation du couple homosexuel

L'article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant rappelle « *le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». L'enfant a le droit de ne pas être séparé de ses parents contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident qu'il en va de son intérêt supérieur. Force est de constater que ce droit n'est absolument pas garanti aux enfants, notamment aux enfants issus d'un foyer homosexuel *ab initio*.

Dans le cadre d'une famille homosexuelle ab initio *:*

Les articles 373-2 et suivants du Code civil, qui organisent les règles d'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation des parents, sont inapplicables au second parent homosexuel de l'enfant, puisque ces textes organisent uniquement les relations entre les parents légaux et leurs enfants ; le parent « *social* » s'en trouvant *de facto* exclu. En conséquence, le second parent ne peut obtenir l'autorité parentale, et très difficilement un droit de visite et d'hébergement. A l'inverse, le parent légal de l'enfant ne peut contraindre le second parent à lui verser une pension alimentaire. Par ailleurs, l'absence de lien juridique entre le second parent et l'enfant peut mettre en échec les relations entre les deux individus, notamment en cas de séparation difficile du couple.

Dans le cadre d'une famille homosexuelle recomposée[31] *:*

Sur le plan du principe, l'attribution des droits parentaux ne peut être décidée au seul motif que le parent est homosexuel. A ce titre, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis, le 1er octobre 1981, une recommandation : « *la garde, le droit de visite et d'hébergement des enfants par leurs parents ne doivent pas être limités pour la seule raison du penchant homosexuel de l'un d'eux* ». Partant de ce principe, la Cour européenne des droits de l'homme a, par un arrêt du 21 décembre 1999, considéré comme discriminatoire une décision de la cour d'appel de Lisbonne qui avait limité les droits parentaux d'un père au motif de son orientation sexuelle.

Une étude de la jurisprudence révèle que l'exercice en commun de l'autorité parentale est souvent accordé mais limité dans le temps ou le lieu ou encore assorti d'une interdiction de mettre l'enfant en présence du compagnon du père ou de la mère[32]. Depuis quelques années, une légère évolution de la jurisprudence est toutefois constatée au terme de laquelle l'homosexualité d'un parent n'est plus nécessairement un motif de limitation de ses droits[33]. Il est à noter que l'appréciation des magistrats reste toutefois différente selon qu'on est en présence d'une mère homosexuelle ou d'un père homosexuel ; ce dernier aura plus de difficultés à obtenir la fixation de la résidence de l'enfant chez lui, s'il la demande, qu'une mère homosexuelle.

c – Conséquences en cas de décès du parent biologique

Dans le cadre d'une famille homosexuelle *ab initio*, l'enfant a (sauf hypothèse d'une structure coparentale) une seule branche de sa filiation d'établie, soit un seul parent légal. *Quid* de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant en cas de décès de l'unique parent légal de l'enfant ?

En cas de décès de l'unique parent de l'enfant, le Code civil prévoit la désignation d'une tutelle (art. 390) à qui, tout ou partie des attributions

---

31• Hypothèse d'un parent qui a eu une union hétérosexuelle au terme de laquelle il a eu un (des) enfants et qui par la suite a constitué un nouveau couple avec une personne de même sexe.

32• CA Metz, 13 mai 1997 : « *le père devra impérativement exercer son droit de visite et d'hébergement hors la présence d'un tiers* » ou encore CA Paris : « *résidence habituelle des enfants chez la mère homosexuelle à condition qu'elle ne cohabite pas avec une tierce personne* ».

33• Poitiers, 28 avril 1999 : JCP 2002, IV, 1305 ; Juris-Data n. 156231 : « *l'homosexualité non déniée du père n'est pas un motif pour restreindre son droit de visite et d'hébergement dès lors que la relation qu'il entretient avec son compagnon apparaît stable et que sa personnalité et son comportement habituel ne font l'objet d'aucune critique* » et Nancy, 15 mai 1992 : JCP 92, IV, 2479 : « *la suppression du droit de visite et d'hébergement du père transsexuel exclurait toute référence au père dans l'éducation de l'enfant et serait pour celui-ci une source de souffrance supplémentaire. Il y a donc lieu d'ordonner une enquête sociale pour rechercher si l'enfant est capable d'assurer socialement le transsexualisme de son père* ».

parentales, sont attribuées et exercées sous le contrôle du conseil de famille. L'absence de lien juridique entre l'enfant et le second parent empêche ce dernier de recueillir l'exercice de l'autorité parentale (art. 373-1 du C. civil). Et, le décès du parent légal ne lui attribue pas plus de droit qu'il n'avait du vivant de ce dernier à moins que le parent légal ne l'ait désigné, avant son décès, comme tuteur de l'enfant (art. 397 du C. civil). Le cas échéant, « *la tutelle de l'enfant est déférée à celui des ascendants qui est du degré le plus rapproché* » (art. 402 et 403 du C. civil) et, « *s'il n'y a ni tuteur testamentaire ni ascendant tuteur (…), un tuteur sera donné au mineur par le conseil de famille* » (art. 404 du C. civil). Dans ces circonstances, il n'est pas impossible qu'un enfant soit confié à une personne, certes de son entourage familial, mais étrangère ou, tout au moins, pas aussi proche que son second parent.

Le « *second parent* » qui, certes, n'a pas de lien biologique et, a fortiori de lien juridique avec l'enfant, a néanmoins une place très importante dans la vie de ce dernier. Généralement présent dès le projet parental, il s'implique dans l'éducation de l'enfant, subvient à ses besoins affectifs et financiers, partage sa vie, son quotidien, ses joies et ses peines. Ces liens qui les unissent ne sont peut-être pas biologiques, mais sans doute tout aussi importants pour l'enfant. A ce titre, ne méritent-ils pas d'être protégés et la possibilité de leur permanence garantie ?

Enfin, cette absence de lien entre le « *second parent* » et l'enfant n'est pas un problème propre aux familles homosexuelles.

En effet, dans les familles hétérosexuelles recomposées, les relations entre le beau-parent et les enfants du conjoint (partenaire ou concubin) ne sont pas, non plus, protégées. C'est donc « *un problème général, commun aux hétérosexuels et homosexuels sur lequel il est nécessaire de se pencher dans l'intérêt de l'enfant* » précise M. Jean-Luc Roméro [34].

L'égalité entre les enfants de parents hétérosexuels et les enfants de parents homosexuels n'existe pas, comme il vient de l'être constaté en matière civile et sociale et comme il va l'être, à présent, vérifié en matière patrimoniale et juridique.

B Conséquences patrimoniales et juridiques pour l'enfant dont l'un (ou les deux) parents est/sont homosexuel(s)

L'absence de lien juridique entre l'enfant et le second parent entraîne des conséquences à la fois patrimoniales (1) et juridiques (2) allant à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant qui vient d'être évoqué.

34• Jean-Luc Roméro, conseiller régional d'Ile-de-France et ancien secrétaire national de l'UMP, interviewé le 4 juillet 2006 pour le Mouvement Jeune Notariat.

1 Conséquences patrimoniales pour l'enfant

La filiation unilinéaire de l'enfant élevé par un foyer homosexuel (a) empêche ce dernier de bénéficier des mêmes droits successoraux qu'un enfant dont les parents sont hétérosexuels (b).

a – Inégalité des droits patrimoniaux de l'enfant

Partant du principe posé par l'arrêt Mazurek évoqué ci-dessus, chaque enfant devrait pouvoir bénéficier des mêmes droits successoraux, quelque soit la nature de sa filiation. Mais, le droit de la filiation étant étroitement lié aux droits successoraux, un enfant élevé par deux parents homosexuels ne bénéficie pas, en matière successorale non plus, des mêmes droits qu'un enfant dont les parents sont hétérosexuels.

b – Conséquences patrimoniales d'une filiation unilinéaire

L'enfant, issu d'un foyer hétérosexuel, hérite de ses deux parents. Héritier réservataire, il bénéficie au décès de chacun d'eux, d'un abattement de 50 000 euros [35]. L'enfant, issu d'un foyer homosexuel, ne peut bénéficier de ce régime qu'au décès de son parent légal. En cas de décès de son second parent, l'enfant devra acquitter des droits s'élevant à 60 % sur lesquels il ne bénéficiera que d'un abattement de 1 500 euros. Dans ses rapports avec le second parent, l'enfant est, civilement et fiscalement, qualifié d'étranger, si bien que ce dernier ne peut lui léguer ses biens qu'à des conditions civiles limitées [36] et fiscalement exorbitantes. Or, nous venons de le voir, ce « *second* » parent, généralement présent à l'origine du projet parental, est considéré par l'enfant comme son parent au même titre que le parent légal et à l'inverse, le « *second* » parent se comporte comme un parent légal à l'égard de l'enfant.

2 Conséquences juridiques pour l'enfant

Les familles homoparentales n'ont ni statut ni cadre juridiques. Elles vivent dans une situation de fait sans protection pour leurs enfants. Pour palier à cette situation de fait, elles puisent dans l'arsenal juridique et recourent au droit commun (a), aboutissant généralement à des solutions de « *bricolage* » aux résultats trop souvent incertains (b).

a – Recours à des outils juridiques inadaptés

Les principaux outils juridiques évoqués ci-dessous sont utilisés par les familles homosexuelles, non pas dans le but d'inscrire l'enfant dans la filiation du « *parent de fait* » mais de permettre à ce dernier l'exercice des droits et devoirs qui appartiennent au parent légal, notamment l'exercice de l'autorité parentale.

35• Et pour les successions ouvertes depuis le 1er janvier 2005 d'un abattement global de 50 000 euros répartit entre enfants, ascendants et conjoint survivant au prorata de leurs droits.

36• L'enfant sera un simple légataire, et non un héritier réservataire.

Recours à la tutelle testamentaire

L'article 397 du Code civil reconnaît au « *dernier mourant des père et mère* » le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou non. Cette nomination, poursuit l'article 398 dudit Code, « *ne peut être faite que dans la forme d'un testament ou d'une déclaration spéciale devant notaire* ». En théorie, le parent légal d'un enfant peut valablement choisir son compagnon (ou sa compagne) comme tuteur de leur enfant. Mais, l'efficacité de la tutelle testamentaire dépend de la nature des liens qui rattache l'enfant à ses parents d'origine :

- Dans une famille homoparentale ab initio (biparentale) :
  L'enfant n'a qu'un seul parent légal. Celui-ci peut donc, conformément aux articles 397 et 398 du Code civil, désigner son compagnon (ou sa compagne) homosexuel(le) comme tuteur de l'enfant. Le choix ainsi exprimé par le parent légal n'est toutefois pas à l'abri d'une éventuelle opposition du conseil de famille. Les parents homosexuels n'ont néanmoins pas d'autre choix que de compter sur la perspicacité et l'objectivité du juge des tutelles qui peut être amené à trancher de telles difficultés et dont le rôle, ne l'oublions pas, est de protéger les intérêts de l'enfant.
- Dans une famille homoparentale composée ou recomposée (multiparentale) :
  Dans cette hypothèse, le testament désignant le compagnon (la compagne) du parent défunt comme tuteur est sans effet si le second parent légal de l'enfant lui survit ; ce dernier reste seul investi de l'autorité parentale (articles 373-1 et 389-2 du C. civil).

Recours à l'adoption simple

Comme l'adoption plénière, l'adoption simple est une institution destinée à créer un lien fictif de filiation entre deux personnes ; mais si l'adoption plénière crée une filiation de substitution, l'adoption simple établit une filiation additionnelle. En d'autres termes, l'adoption simple ajoute une filiation artificielle à la filiation déjà existante, donnant ainsi deux familles à l'adopté, qui reste dans sa famille d'origine et entre dans une famille adoptive.

L'adoption simple est subordonnée à deux conditions particulières, à savoir :

– l'autorisation du/des parent(s) légaux de l'enfant[37],
– la renonciation par le/les parent(s) de l'enfant à son/leur autorité au profit du futur parent adoptif[38].

37• Articles 348, 348-1 et 348-2 du Code civil.
38• Article 365 du Code civil.

A défaut de précision par la loi, l'adoptant peut-être un tiers et, *a fortiori*, le concubin ou le partenaire du parent légal. Toutefois, les tribunaux sont, en majorité, défavorables à l'adoption simple, parce que précisément, en consentant à celle-ci, le parent d'origine renonce à son autorité parentale au profit du parent adoptif. Une jurisprudence abondante témoigne de la réticence dont font preuve les tribunaux [39].

Recours à la délégation de l'autorité parentale

L'article 377 du Code civil, assouplit par la loi du 4 mars 2002, permet « *au père et mère, ensemble ou séparément (…) lorsque les circonstances l'exige, de déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants,…* ».

Les parents peuvent ainsi déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale au second parent, avec le cas échéant, son exercice en commun (article 377-1 al. 2 du Code civil). Les décisions rendues à ce jour montrent que les magistrats, après avoir été hésitants, accueillent favorablement les demandes de délégation de l'autorité parentale effectuée par deux parents de même sexe.

b – Distorsion du droit

Force est de constater que les outils juridiques auxquels recourent les parents homosexuels palient sommairement le vide juridique dont elles sont victimes ; ils ne permettent pas de garantir efficacement l'intérêt et les droits de leurs enfants. Dans ce contexte, certains parents n'hésitent pas (parfois aidés de la jurisprudence) à distordre le droit positif.

39• TGI Paris, 22 octobre 2003 et TGI Pontoise, 24 avril 2003 : dans ces deux arrêts, les magistrats ont rejeté les requêtes en adoption simple déposées, dans les deux espèces, par une femme sur l'enfant de sa compagne (enfant voulu par les deux femmes et conçu par une insémination pratiquée en Belgique) au motif que « *si l'adoption était prononcée elle aurait pour effet de lui (la mère) faire perdre irrévocablement tous les droits d'autorité parentale qui seraient transférés à l'adoptant* ». Notons qu'en rendant cette décision, le tribunal indique que l'adoption simple aurait pour effet de faire perdre « *irrévocablement* » à la mère tous les droits d'autorité parentale. Or la particularité de l'adoption simple réside précisément dans la possibilité de la révoquer pour motifs graves (article 370 du Code civil). En rendant cette décision, les Tribunaux de Grande Instance de Paris et de Pontoise semble avoir commis une erreur de droit. Pire s'insurgent certains auteurs, les deux tribunaux ont statué en violation de la loi, c'est-à-dire qu'ils ont refusé de prononcer l'adoption demandée en opposant à la mère le fait qu'elle avait accepté de renoncer à son autorité parentale. Or cette dernière n'a fait que se conformer aux prescriptions de l'article 365 du Code civil qui lui impose cette renonciation.

Par un arrêt du 2 juillet 2004, le Tribunal de Grande Instance de Paris a validé l'enchaînement des procédures d'adoption simple et de délégation de l'autorité parentale. Validation d'une situation de fait ou « *erreur du Parquet* » [40] ? Un couple de deux femmes (Carla et Marie-Laure) ont obtenu l'adoption simple puis la délégation de l'autorité parentale ; de sorte que leurs enfants sont désormais affiliés aux deux mères qui exercent conjointement l'autorité parentale.

Le parcours judiciaire de Carla et Marie-Laure ouvre une brèche dans la jurisprudence et mérite, à ce titre, d'être brièvement relaté :

Carla et Marie-Laure vivent ensemble depuis vingt ans. Elles ont trois filles, Giulietta, Luana et Zelina, fruits d'inséminations artificielles.

A l'origine, seule Marie-Laure, maman biologique des trois filles, a des droits et devoirs envers les enfants. Le 27 juillet 2001, le Tribunal de Grande Instance de Paris autorise l'adoption simple des trois filles au profit de Carla (mère non biologique). Les trois enfants sont ainsi affiliés à leur mère biologique et à la compagne de leur mère. En vertu de ce jugement, c'est désormais Carla (mère non biologique) qui dispose de l'autorité parentale puisque, nous l'avons vu, l'adoption simple a pour effet de tranférer l'autorité parental du parent biologique à l'adoptant (« *même si la mère d'origine continue, de fait, à exercer l'autorité parentale* » précise M^e^ Mécary, avocat des deux femmes).

Suite à l'adoption, le couple homosexuel dépose une requête en délégation de l'autorité parentale, afin de pouvoir l'exercer conjointement.

Par un arrêt du 2 juillet 2004, le juge aux affaires familiales du Tribunal de Grande Instance de Paris autorise la délégation de l'autorité parentale « *considérant que le dessein n'a pas été de contourner l'esprit des textes pour légaliser une situation de fait* » et que « *la demande est conforme à l'intérêt de l'enfant* ». Les trois petites filles sont désormais assises « *sur un tronc à deux branches* », conclut le journal *Le Monde* [41].

Cette affaire met en exergue deux risques : celui de contorsionner le droit et celui de détourner les textes de leur esprit. A défaut d'accorder un cadre juridique aux familles homosexuelles, ce sont elles qui, dans le souci de protéger les droits et intérêts de leurs enfants, appréhenderont le droit pour l'adapter à leur situation particulière.

40• *Le Monde*, 24 septembre 2004.
41• *Le Monde*, 24 septembre 2004.

Chapitre II - La famille homosexuelle : revendication d'un statut juridique

« Cette revendication ne va pas sans révélation d'une contradiction latente entre le fait de s'affirmer différentdes autres, tout en demandant d'être traité comme eux. Reconnaissons qu'il y a là qu'une forme, parmi des milliers d'autres, de l'aporie insurmontable de la coexistence de la liberté et de l'égalité » [42].

I • Revendication du droit à l'égalité et à la légalité

Les revendications contemporaines des familles homosexuelles s'inscrivent dans un processus de reconnaissance sociale et juridique déjà amorcé en droit [43] et aujourd'hui encouragé par une opinion publique moins hostile à leur égard [44]. Les partisans de la famille homosexuelle fondent leurs revendications sur l'un des principes fondamentaux de notre République, le droit à l'égalité, et requierent, au nom de l'intérêt supérieur de leurs enfants, la légalisation de leurs structures familiales. Ces familles, qui jusqu'ici vivaient dans l'ombre, réclament aujourd'hui un statut juridique ; le passage d'une situation de fait à une situation de droit. Comme tous les grands débats de société, la famille homosexuelle divise l'opinion publique. C'est le constat qui sera fait en étudiant les deux principales revendications des défenseurs de la famille homosexuelle : le droit au mariage (A) et le droit d'accéder à la parentalité (B).

A Revendication du droit au mariage

Le débat autour du mariage homosexuel est polémique et passionnel. Sans doute parce qu'il met en cause nos convictions personnelles les plus profondes, mais aussi parce qu'il bouscule le modèle traditionnel de la famille et par là-même son fondement et sa finalité (1). Les enjeux de ce débat sont d'abord anthropologiques et sociologiques avant d'être juridiques (2).

1 Débats autour du mariage homosexuel

Le mariage homosexuel oppose ses partisans (essentiellement regroupés en associations [45]) aux militants de la famille traditionnelle dont l'Eglise catholique est un fervent défenseur [46].

42• F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 7e Ed., 2005.

43• La loi n.99-944 du 15 novembre 1999 relative au PACS et au concubinage a permis une reconnaissance juridique du couple homosexuel.

44• Un sondage IFOP pour le magazine Elle du 12 mai 2004 révèle que 64 % des personnes interrogées se disent favorables au mariage civil des homosexuels et 49 % acceptent l'adoption par des couples homosexuels.

Au sein même de la communauté homosexuelle, il existe des opposants au mariage entre personnes de même sexe considérant que l'homosexualité conduit nécessairement l'individu à être en marge.

Quel fondement les défenseurs de la famille traditionnelle donnent-ils à leur opposition (a) ardemment démontée par les partisans du mariage homosexuel (b)?

a – Les arguments des défenseurs de la famille traditionnelle contre le mariage homosexuel

Les défenseurs de la famille traditionnelle fondent leur opposition sur trois principaux arguments, à savoir : la nécessaire différence des sexes, le caractère « *contre nature* » des unions homosexuelles et la mise en danger de la Famille. De surcroît, les opposants au mariage homosexuels s'appuient sur le cadre juridique actuel de la Famille pour s'opposer à toute législation sur la famille homosexuelle ; le cadre juridique actuel servant ainsi de contexte, de définition et d'action aux acteurs impliqués dans les débats autour du mariage homosexuel.

La nécessaire construction du mariage sur la différence des sexes

Originellement institutionnalisé pour assurer et encadrer la pérennité de l'espèce humaine, le mariage est fondé sur la nécessaire différence des sexes.

• Le principe de la différence des sexes posé par la nature

Même si les motifs pour lesquels les couples se marient aujourd'hui peuvent différer de ceux du siècle dernier, pour une majorité des défenseurs de la famille traditionnelle la fonction première du mariage reste la procréation, faisant de cette institution le gage de la reproduction et de la pérennité de l'espèce humaine. « *Cette finalité reproductive est une donnée intangible, présente dans les conceptions romaine et chrétienne du mariage, mais encore dans la conception moderne issue du Code civil napoléonien* » arguent les défenseurs de la famille traditionnelle.

Partant de cette conception reproductive du mariage, les défenseurs de la famille traditionnelle considèrent que le mariage ne peut être, par nature, que l'union d'un homme et d'une femme. L'institution ne peut s'étendre au

45• Les principales associations qui défendent le mariage homosexuel sont : Association des Parents Gays et Lesbiens, Inter-LGBT,…

46• Par exemple : *Le Figaro*, le 29 avril 2005 : l'adoption du mariage homosexuel en Espagne, le 21 avril 2005, a suscité une vive désapprobation de l'Eglise catholique dont les représentants ont incité les maires à la « *désobéissance civil* » car selon l'évêque de Castellon Juan Antonion Reig Pla, un catholique doit « *obéir à Dieu avant d'obéir aux hommes* ». De même, Joseph Ratzinger a confié au quotidien italien *la Repubblica* que l'adoption du mariage homosexuel est « *destructeur pour la société* ».

couple homosexuel qui, par sa composition, exclut l'idée de procréation. Ouvrir le mariage à des couples de même sexe, c'est remettre en cause la différence des sexes qu'incarne le couple homme/femme, différence qui fonde notre culture ; c'est « *contre-nature* » !

Et « *Il n'y a pas de discrimination dans le fait de limiter l'accès au mariage aux couples de sexe différent, mais application d'un droit à une situation spécifique pour laquelle le mariage a été conçu* », affirme la sociologue Irène Théry, pour qui, l'argument égalitaire, utilisé par les tenants du mariage homosexuel, désexualise le sujet de droit, abolit la notion de genre et remet en cause l'institution même du mariage construite sur des rapports sexués [47].

• Le principe de la différence des sexes posé par les textes

Par ailleurs, la condition d'altérité des sexes trouve son fondement non seulement dans notre droit interne mais également dans le droit international.

En droit interne, le Code civil n'élève pas explicitement la différence des sexes en une condition du mariage ; elle se déduit implicitement des articles 144 et 75 dudit Code :

> « *L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus ne peuvent contracter mariage* » (article 144).
>
> L'officier d'état civil chargé de célébrer le mariage « *recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'ils veulent se prendre pour* ***mari et femme****, il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et en dressera acte sur-le-champ* » (article 75).

En droit international, l'article 16-1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose, qu'« *à partir de l'âge nubile,* ***l'homme et la femme,*** *sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille* ». De même, l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ratifiée par la France, dispose qu'« *à partir de l'âge nubile,* ***l'homme et la femme*** *ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* » [48].

Partant d'une analyse littérale de ces textes, certains auteurs notent, qu'à l'exception de l'article 75 du Code civil, ils ne définissent pas le mariage comme une union entre un homme et une femme, mais se bornent à garantir aux hommes et aux femmes indifféremment le droit de se marier à partir d'un âge donné, sans que cette garantie, prise à la lettre, implique

47• I. Théry, *Le contrat d'union civile en question*, Esprit, n° 10, octobre 1997, p. 159-211.

48• V. également l'art. 23-2 du Pacte des Nations Unis relatif aux droits civils et politiques, adopté en 1966 et ratifié par la France en 1981.

nécessairement une définition hétérosexuelle du mariage [49]. C'est d'ailleurs sur cette interprétation des textes que s'est fondé le maire de Bègles en Gironde, Noël Mamère, pour célébrer le 5 juin 2004, un mariage entre deux hommes.

Dans un arrêt de 1903, la Cour de cassation a rappelé que « *l'existence du mariage, qui ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une au sexe masculin, l'autre au sexe féminin est subordonné à la double condition que le sexe de chacun des époux soit reconnaissable et qu'il diffère de celui de l'autre conjoint (…)* ». Dans cet arrêt rendu au sujet d'un individu mal conformé (en l'espèce, l'épouse était dépourvue d'organes génitaux internes mais présentait toutes les apparences extérieures du sexe féminin), la Cour de cassation a rappelé que la validité du mariage est subordonnée à la différence des sexes des époux et, a retenu (pour le mariage) comme élément établissant l'identité ou la différence des sexes, le « *sexe extérieur apparent* ». Cette jurisprudence est constante [50].

La mise en danger de la famille

Enfin, les défenseurs de la famille affirment qu'ouvrir le mariage aux couples homosexuels détruirait la famille. La famille est fondé sur l'ordre symbolique : le couple marié et les enfants [51]. En étendant le mariage civil aux couples homosexuels, la famille ainsi structurée risque de disparaître.

b – Les arguments des défenseurs du mariage homosexuel

Les défenseurs du mariage homosexuel prennent le contre-pied des arguments de leurs opposants en invoquant d'une part le droit à l'égalité et d'autre part le droit à la légalité.

Construction du mariage sur la différence des sexes

Une partie des défenseurs du mariage homosexuel soutient que, dans une société laïque où la notion de sujet de droit prévaut, le mariage doit être garanti à tout individu au nom du principe d'égalité, quels que soient sa nationalité, sa religion, son sexe ou son orientation sexuelle. « *Poser la condition de la différence des sexes constitue de ce point de vue une discrimination qui ne peut être légitimée par aucun impératif démocratique* » argue Danièle Lochak. « *C'est justement au nom de l'égalité des droits que la loi a, par exemple, aboli la hiérarchie entre homme et femme mariés, mais encore entre*

49• C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le Sénat, afin de couper court à toute polémique, avait, lors des débats sur le PACS, proposé de définir le mariage comme « *l'union d'un homme et d'une femme célébrée par un officier d'état civil* », proposition de loi n° 1479 du 23 mars 1999. Cette proposition n'a pas été retenue dans le texte de loi définitif.

50• *La semaine juridique*, 1968, II, n° 15518 *bis*.

51• « *La famille Ricoré* » stéréotypent certains.

enfants naturels et légitimes». Cette position égalitariste a été développée notamment par Danièle Lochak au nom du principe de l'universalité de la règle de droit qui «*garantit le droit de tous les êtres humains d'être traités de façon identique par delà leurs différences*» [52].

Par ailleurs, la notion de procréation comme finalité du mariage, invoquée par les opposants du mariage homosexuel, n'a-t-elle pas disparu progressivement au cours de ces dernières décennies? D'abord avec la loi de 1967 permettant la contraception, puis celle de 1975 autorisant l'avortement. «*Le Code civil lui-même ne retient pas toujours cette notion de reproduction*» notent certains défenseurs du mariage homosexuel. En effet, le Code civil n'interdit ni le mariage des vieillards (où le but de procréation est absent) ni le mariage *in extremis*, c'est-à-dire le mariage contracté par une personne sur le point de mourir. Aussi, justifier l'impossibilité d'étendre le mariage aux couples homosexuels au motif que la différence des sexes conditionne la reproduction de l'espèce humaine est, pour une partie des défenseurs du mariage homosexuel, insuffisante. Les belges et hollandais sont-ils en voie de disparition depuis qu'ils ont admis le mariage entre personnes de même sexe? Et partant de ce raisonnement, le mariage des couples, qui ne peuvent et ne veulent pas avoir d'enfant, ne devraient-ils pas être dissout au motif qu'ils ne procréent pas? [53]

La question du mariage homosexuel illustre notamment la difficulté de notre société à penser séparément conjugalité et parentalité, vie de couple et projet parental. En ce sens, «*elle porte encore les valeurs morales défendues par l'Eglise dont la Révolution française avait cru s'affranchir en définissant le mariage comme un contrat civil*». [54]

52• D. Lochak, Egalité et différences. «Réflexion sur l'universalité de la règle de droit», *in Homosexualités et droit*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1998, p. 43.

53• F. Leroy-Forgeot et C. Mécary, Le couple homosexuel et le droit, Ed Odile Jacob, 2001 : Valider la différence des sexes comme fondement de notre culture, pour justifier une impossibilité de modifier le droit du mariage, équivaut, par analogie, à valider les différences des races justifiant l'apartheid. En 1960, en pleine polémique sur les mariages interraciaux, Hannah Arendt écrit: «*le droit d'épouser qui l'on veut est un droit de l'homme élémentaire à côté duquel le droit à l'éducation, le droit de s'asseoir où l'on veut dans un bus, le droit d'aller dans n'importe quel hôtel ou lieu de divertissement, quelle que soit sa couleur de peau ou sa race, sont effectivement mineurs. Même les droits politiques comme le droit de vote et presque tous les autres énumérés dans la Constitution sont secondaires face aux droits humains inaliénables à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur, tels que proclamés dans la déclaration d'indépendance*». Cette affirmation, qui fut très controversée lors du débat sur l'interdiction des mariages interraciaux trouve, selon Mes Leroy-Forgeot et Mécary, son équivalent dans le débat sur le mariage entre personnes de même sexe.

54• M. Gross, *Homosexualité, mariage et filiation. Pour en finir avec les discriminations*, Ed; Syllepse, Les notes de la fondation Copernic, 2005.

L'aspect contre-nature du mariage homosexuel

Les partisans du mariage homosexuel réagissent vivement à l'argument selon lequel le mariage homosexuel serait « *contre-nature* ». Mais contre quelle nature ? S'insurgent-ils.

Ce qui est énoncé comme naturel ou « *contre-nature* » n'est-il pas une pure construction culturelle. « *L'histoire, de l'Antiquité à nos jours révèle bien que l'exclusion des homosexuels a été construite sous l'influence des doctrines juive et chrétienne, combinées aux desseins politiques de tel ou tel groupe social. L'homosexualité au ban de la société est une construction sociale* » [55] explique Flora Leroy-Fargeot. Par ailleurs, la différence des sexes est un fait qui s'impose à tous, quelle que soit l'orientation sexuelle de chacun. Personne n'y échappe car chacun est un être sexué. Permettre à des homosexuels de se marier ne revient pas à remettre en question la différence des sexes, qui appartient à la réalité.

La mise en danger de la famille

Enfin, les défenseurs de la famille affirment qu'ouvrir le mariage aux couples homosexuels détruirait la famille. Pour les partisans du mariage homosexuel, un tel argument réduit la famille au mariage et, de surcroît à la seule famille légitime. Or, nous l'avons vu, la France connaît depuis ces dernières décennies une évolution sociologique de la famille considérable : multiplication des divorces, concubinage en croissance constante, recomposition des familles, recours à l'adoption ou aux techniques de procréation médicalement assistée. En outre, accorder le mariage à un nouveau groupe, c'est donner, selon eux, un droit aux membres de ce groupe, ce n'est en aucun cas retirer ce droit à ceux qui en bénéficient déjà.

2 Enjeux du mariage homosexuel

Outre le débat idéologique, le mariage homosexuel suscite d'importants enjeux qualifiés d'« *impensables* » par ses opposants, d'« *égalitaires* » par ses partisans.

a – La fin d'une inégalité

Au-delà du droit au mariage, c'est le droit de choisir que revendiquent les homosexuels. Le droit pour tous les couples, indépendamment de leur orientation sexuelle, de pouvoir accéder aux mêmes droits et bénéficier de la même liberté entre les trois formes d'union existant aujourd'hui (le mariage, le PACS et le concubinage), de façon à ce qu'un couple de même sexe conclut un PACS non plus par défaut mais par choix, parce qu'il le préfère au mariage.

55• F. Leroy-Forgeot et C. Mécary, *Le couple homosexuel et le droit,* Ed. Odile Jacob, avril 2001.

La revendication du mariage a pour objet d'instaurer un droit : « *le droit au mariage* », et non d'imposer une obligation : « *le devoir de mariage* ». Libre à ceux qui n'en veulent pas de ne pas y avoir recours pour préserver leur différence.

Face aux revendications des homosexuels, les pouvoirs publics ont compris que la loi de 1999[56] relative au Pacte Civil de Solidarité n'avait pas apporté toutes les solutions à la problématique posée par la notion de couple homosexuel. Par la récente loi du 23 juin 2006[57] portant réforme du droit des successions, le législateur améliore le régime du PACS. Faut-il y voir une réponse à la revendication de certains homosexuels au droit de se marier ?

A l'heure actuelle, trois alternatives semblent se profiler en matière d'union homosexuelle :

- Amélioration du régime juridique du PACS,
- Création d'une union propre aux homosexuels, un peu à l'instar du « *partenariat civil* » anglo-saxon, qui conférerait aux homosexuels les mêmes droits et obligations que le mariage civil aux hétérosexuels.
- Extension du mariage civil actuel aux homosexuels avec les modifications de textes qui s'imposent.

Laquelle de ces trois alternatives semble la mieux adaptée pour établir un consensus permettant à la fois de répondre aux attentes des homosexuels et d'être accepté par l'ensemble de l'opinion publique ? Etudions les tour à tour.

• Amélioration du régime juridique du PACS :

Le Code civil définit le PACS comme étant « *un contrat conclu par deux personnes (…) de sexe différent ou de même sexe (visant à) organiser leur vie commune* »[58]. Précaire en 1999, le régime du PACS est progressivement renforcé et amélioré, fiscalement d'abord, civilement depuis peu[59].

Simple à conclure, simple à résilier (unilatéralement), créant à ce jour plus de droits que d'obligations, le PACS est une forme d'union sans formalisme excessif tendant vers un régime de plus en plus protecteur. Mais, le danger est là ; faire du PACS un « *mariage bis* », le formalisme et les obligations du mariage civil en moins. En axant l'évolution du régime du PACS vers un régime similaire à celui du mariage, le législateur affaiblit du même coup le mariage et risque, à terme, de le mettre en concurrence avec un régime de PACS aussi avantageux, voire plus favorable que le mariage. De fait, le mariage deviendrait à terme une institution obsolète.

56• Loi n 99-944 du 15 novembre 1999, JO 16 novembre 1999.
57• Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006
58• Article 515-1 du Code civil
59• Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006

La poursuite de l'évolution du PACS sans risquer de vider le mariage de sa substance n'est a priori possible qu'à condition de limiter le PACS aux couples homosexuels et de le fermer aux couples hétérosexuels. Le PACS ainsi réservé aux couples de même sexe deviendrait l'équivalent du mariage civil pour les homosexuels.

Mais la discrimination dénoncée aujourd'hui par les homosexuels serait demain décriée par les hétérosexuels qui, à juste titre, revendiquerait le droit de pouvoir se « *pacser* » et par la même le droit à l'égalité.

• Création d'une union propre aux couples homosexuels :

L'idée ici serait d'offrir aux couples homosexuels une nouvelle forme d' union en tout point similaire au mariage civil actuel, mais baptisée différemment car, pour beaucoup, le mariage repose sur l'altérité des sexes et l'étendre aux couples homosexuels reviendrait à dénaturer une institution vieille de plusieurs siècles. C'est pourquoi, la création d'une union civile réservée aux couples homosexuels, à l'instar des « *partenariats civils* » anglo-saxon et allemand, offrant des conditions de formation similaire au mariage (célébration de l'union devant un officier public par exemple…), des effets identiques, voire un mode de dissolution similaire à celui du mariage (pourquoi pas un divorce ?) paraît pour certains être le meilleur consensus possible.

Toutefois, les partisans du mariage homosexuel sont réticents à cette hypothèse qui ne répond pas au principe d'égalité et risque de favoriser un surcroît de « *communautarisme* ». Et puis « *quel est l'intérêt de créer une union en tout point identique au mariage, qui n'aurait finalement que le nom de différent ?* » interroge Jean-Luc Romero [60].

• Extension du mariage civil aux couples homosexuels :

L'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels entraînerait une modification du Code civil. Le mariage serait alors défini comme l'union de deux personnes, de sexe différent ou de même sexe. Dans cette perspective, il conviendrait de remplacer dans les textes les termes « *homme et femme* » par celui de « *couple* » ou « *conjoint* » et la « *présomption de parentalité* » substituerait la présomption de paternité.

Pour les raisons qui viennent d'être évoquées la poursuite de l'évolution du régime du PACS risque de mettre sérieusement en péril l'institution du mariage. Bien que certaines améliorations puissent lui être encore apportées, le régime du PACS ne doit plus être substantiellement modifié et de surcroît rester une union ouverte aux couples hétérosexuels et homosexuels.

60• J.-L. Romero, conseiller régional d'Ile-de-France, ancien secrétaire national de l'UMP, interview pour le MJN, le 4 juillet 2006.

Il est fort probable que la création d'une union propre aux homosexuels, si elle est effectivement similaire au mariage civil, se matérialise par un nouveau titre dans le Code civil et, a fortiori, par un renvoi massif aux articles relatifs au mariage. Dans ces circonstances, est-il bien nécessaire d'ajouter une union supplémentaire à notre Code civil ? Plus qu'une union propre aux homosexuels, c'est la revendication du droit au mariage civil qui doit être soutenue au nom du principe d'égalité.

b – Le début d'une parentalité légalement établie

En revendiquant le droit au mariage, certains homosexuels espèrent accéder plus facilement à la parentalité. En effet, l'adoption et la procréation médicalement assistée étant, nous l'avons vu précédemment, réservées aux couples mariés, le mariage leur permettrait d'accéder à la parentalité. Mais ouvrir le mariage civil aux couples homosexuels est une chose, légaliser leur accès à la parentalité en est une autre. Même si l'opinion publique semble moins défavorable à l'homoparentalité, la marche à franchir pour la rendre acceptable par une majorité reste grande. Dès lors, le législateur pourrait étendre le mariage civil aux couples homosexuels sans leur ouvrir concomittament l'accès à l'adoption conjointe et à la procréation médicalement assistée.

De fait, une partie des homosexuels revendique le droit d'accéder à la parentalité indépendamment d'un quelconque régime conjugal. D'abord parce qu'en leur reconnaissant le droit de se marier, le législateur n'étendra pas automatiquement aux couples homosexuels le droit d'accéder à l'adoption et à la procréation médicalement assistée, puis parce que, le cas échéant certains homosexuels ne souhaitent pas être contraints de se marier pour accéder à la parentalité. Le mariage doit devenir un droit pour les homosexuels et rester un choix.

B Revendication du droit d'accéder à la parentalité

Les opposants à l'homoparentalité ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux qui s'opposent au mariage homosexuel. On peut être partisans du mariage homosexuel et contre l'homoparentalité, mais aussi contre le mariage homosexuel et l'homoparentalité. Les revendications relatives à l'homoparentalité (2) seront exposées après une présentation des grandes lignes du débat qu'elle suscite (1).

1 Débats autour de l'homoparentalité

Au même titre que le mariage homosexuel, l'homoparentalité divise l'opinion. Chacun y va de son avis. Mais en matière d'homoparentalité, c'est l'enfant qui est en jeu et, à ce titre, son intérêt doit être placé au-dessus des polémiques et au centre des débats. Les experts de la santé mentale sont les mieux placés pour apprécier l'épanouissement d'un enfant élevé par des parents homosexuels. C'est pourquoi seront exposés succinctement les principales cri-

tiques et craintes opposées à l'homoparentaltié (a) avant de présenter les conclusions d'experts qui, depuis une trentaine d'années déjà, ont étudié ces familles homosexuelles (b).

a – Les arguments des défenseurs de la famille traditionnelle contre l'homoparentalité

Pour une partie des défenseurs de la famille traditionnelle, reconnaître juridiquement les familles homosexuelles et leur accorder un statut juridique serait « *néfaste pour l'enfant car les homosexuels seraient de mauvais parents* » [61]. Les femmes homosexuelles notamment, seraient « *moins maternelles que les femmes hétérosexuelles* » [62] et « *insuffisamment disponibles pour leurs enfants du fait de leur vie sexuelle* » [63].

Les enfants, quant à eux, souffriraient « *de troubles de l'identité sexuelle* » [64] (ils auraient du mal à s'identifier comme appartenant au genre masculin ou féminin) et seraient plus enclins à devenir, comme leurs parents, homosexuels. Par ailleurs, les enfants élevés par des parents homosexuels auraient *a priori* plus de difficultés d'adaptation et manifesteraient davantage de troubles du comportement qu'un enfant élevé dans un foyer hétérosexuel.

Enfin, ces enfants suscitent une dernière crainte ; celle d'être exposée au risque d'abus sexuel de la part de leurs parents ou d'amis de leurs parents.

b – Ce qu'en pensent les professionnels de la santé mentale

Les premières études empiriques sur les enfants élevés par des parents homosexuels datent des années soixante-dix et sont anglo-saxonnes. Des études belges et hollandaises ont emboîté le pas aux anglo-saxons dans les années quatre-vingt dix. Il faut attendre 2000 pour trouver les premiers travaux scientifiques français sur les familles homosexuelles.

Etudes anglo-saxonnes

En 1996, Charlotte Patterson réalise, pour l'*American Psychological Association*, une synthèse de l'ensemble des travaux empiriques anglo-saxons réalisés jusqu'ici. Sa synthèse, devenue depuis une référence internationale en la matière, porte d'une part, sur les homosexuel(le)s qui sont parents [65] et, d'autre part, sur les enfants qu'ils (ou elles) élèvent [66]. Notons d'ores et

---

61• F. Leroy-Forgeot et C. Mecary, *Le couple homosexuel et le droit*, Ed. Odile Jacob, 2001.

62• M. Gross, *L'homoparentalité*, Que sais-je ?, Puf, 2003.

63• F. Leroy-Forgeot et C. Mecary, *Le couple homosexuel et le droit*, Ed. Odile Jacob, 2001.

64• S. Guillemare, *Homosexualité, mariage et filiation, pour en finir avec les discriminations*, Ed. Syllepse, Les Notes de la Fondation Copernic.

65• Les travaux de synthèse, concernant les parents homosexuels, portent sur la santé mentale des homosexuels et sur leur aptitude à être parents.

déjà, qu'il existe moins d'éléments sur les enfants de père homosexuel que sur les enfants de mère homosexuelle car, statistiquement, les pères homosexuels sont moins nombreux que leurs homologues féminins.

Concernant les parents homosexuels d'abord, la synthèse de Charlotte Patterson conclut, que ces derniers ne sont ni moins bons ni meilleurs que les parents hétérosexuels, concernant les enfants ensuite, elle ne décèle aucune différence fondamentale en ce qui concerne l'identité sexuelle, le développement personnel, les relations sociales et le risque d'abus sexuel entre les enfants élevés dans un foyer hétérosexuel et ceux élevés par des parents de même sexe.

Le travail de Tasker et Golombok (1997) est le seul à s'appuyer sur une étude longitudinale et mérite, à ce titre, d'être évoqué. Leur étude a consisté à recueillir, en 1976, des données en Grande-Bretagne sur :

• d'une part, 27 mères célibataires hétérosexuelles et 39 de leurs enfants dont la moyenne d'âge était de dix ans, et

• d'autre part, 27 mères célibataires homosexuelles et 39 de leurs enfants dont la moyenne d'âge était également de dix ans.

Quatorze ans plus tard, des entretiens ont été menés avec 46 de ces enfants permettant ainsi d'analyser le comportement psychique des enfants élevés par des femmes homosexuelles.

Cette étude confirme, dans la limite de sa méthodologie, qu'en ce qui concerne l'identité sexuelle et l'orientation sexuelle, aucune différence significative n'existe entre les enfants élevés par des mères homosexuelles et les autres. En décembre 2002, l'Association Américaine de Psychiatrie (APA) publie : « *la recherche des 30 dernières années a montré, de manière évidente, que les enfants élevés par des parents gays ou lesbiens, présentaient les mêmes niveaux émotionnel, cognitif, social et sexuel que des enfants élevés par des parents hétérosexuels* ». Cette position de l'APA, qui compte pas moins de 38 000 professionnels américains de la santé mentale, est d'autant plus importante et symbolique que l'association a attendu 1974 pour retirer l'homosexualité de la liste des maladies mentales.

Etudes belges et hollandaises

Les études réalisées par les experts belges et hollandais arrivent à la même conclusion que leurs homologues anglo-saxons : aucun élément ne permet à ce jour de conclure que les enfants de parents homosexuels sont désavantagés sous quelque aspect que ce soit par rapport aux autres. L'environnement

66• Les travaux de synthèse, concernant les enfants, portent sur leur identité sexuelle, leur développement émotionnel, les relations sociales des enfants avec leurs pairs et avec les adultes, et le risque d'abus sexuel.

familial construit par les parents hétérosexuels ou homosexuels leur fournit des contextes comparables de croissances psychosociales.

Etudes françaises

Les premières études scientifiques apparaissent timidement en France en 2000. Contrairement aux études anglo-saxones, les études menées en France ne cherchent pas à démontrer l'innocuité de la famille homosexuelle sur le développement des enfants, mais s'attellent à décrire des réalités familiales, des modes de constitution familiale, la manière dont ces familles construisent une pluriparentalité encore difficile à concevoir. Seule l'étude réalisée par le pédopsychiatre, Stéphane Nadaud, dans sa thèse de médecine, s'inscrit dans la lignée des études anglo-saxonnes. Elle est la première étude française utilisant un protocole scientifique issu de la psychologie comportementale [67].

Les résultats obtenus par Stéphane Nadaud confirment les travaux anglo-saxons antérieurs. Les comportements des enfants ne varient pas fondamentalement de ceux de la population générale ; ils correspondent à ceux des autres enfants de leur âge [68].

Dans ses travaux, Sabine Prokhoris [69] s'attache, quant à elle, à montrer que le concept de « *différence des sexes* » n'est pas nécessairement un concept pertinent, mais une construction mentale. Pour la psychanalyste, rien ne permet d'avancer que l'homoparentalité serait dangereuse pour l'enfant ou pour la société.

67• Les sujets : 58 enfants de six à seize ans, ont été recrutés au sein de tissu associatif. Il s'agissait d'une enquête postale réalisée à l'aide de trois questionnaires, à savoir :
1er – Le CBCL (*Children Behavior Check List)* rempli par les parents, vise à renseigner sur la manière dont l'enfant vit au quotidien. Il révèle des profils comportementaux et psychopathologiques permettant de savoir si l'enfant se situe dans une zone pathologique ou non,
2e – L'EAS (*Emotionality, Activity, Sociability*) permet de déterminer le type de tempérament de l'enfant sur quatre axes : émotion, activité, sociabilité et timidité.
3e – Le *coping* permet d'apprécier la capacité d'adaptation de l'enfant confronté à des difficultés.
68• Cependant, le travail de Stéphane Nadaud a été sévèrement critiqué et particulièrement parce qu'il avait été demandé à des parents d'évaluer le comportement de leurs propres enfants, mais aussi parce que S. Nadaud n'avait rencontré aucun enfant. Or, comme le souligne S. Nadaud, si cette étude est critiquable, comme celles qui la précèdent, elle a le mérite de s'intéresser à une population et non à des sujets pris individuellement. Une étude épidémiologique n'est pas une étude clinique. L'une et l'autre utilisent des méthodologies différentes. La meilleure étude clinique ne pourra rien dire sur une population. La meilleure étude épidémiologique ne dira rien sur le psychisme des individus. Il y a là des champs scientifiques complémentaires qui ne se rencontrent pas nécessairement.
69• S. Prokhoris, *La différence des sexes : quelle construction, pour quel enjeux ?* Débathèmes, saison 1997-1999, APGL. ; *Le sexe prescrit*, Paris, Aubier.

Pour Elisabeth Roudinesco [70], la différence des sexes est certes importante mais ne commande pas tout. Il y aura toujours une fonction paternelle et une fonction maternelle, même si elles sont incarnées par des personnes du même sexe. L'essentiel est que l'enfant connaisse son origine, l'histoire de sa naissance, comprenne quelle est la sexualité de ses parents. Pour elle, les enfants élevés par des couples homosexuels ne subissent pas plus de tensions que les autres et il faut compter sur la faculté des enfants pour reconstruire la différence père/mère et pour bâtir leur identité. Enfin, il est impossible de prédire quoi que ce soit, tant le psychisme humain est plastique, confie Geneviève Delaisi [71]. Le fait d'être homosexuel ne constitue pas, pour elle, un *a priori* négatif au regard de la capacité à être parent. Il faut selon elle, faire un sort à l'idée que l'inscription dans la filiation serait nécessairement liée à l'hétérosexualité du couple procréateur et prendre de la distance à l'égard de la représentation selon laquelle la famille nucléaire serait la famille « *normale* ».

Des critiques ont été émises concernant l'ensemble de ces études françaises. D'abord quant à la taille restreinte des échantillons. Ces derniers ne peuvent prétendre à la représentativité de la population homoparentale, dont on a vu par ailleurs qu'elle était impossible à circonscrire. Une autre critique concerne ensuite le recrutement de la population étudiée au sein d'associations militantes. Ce type de recrutement introduit un biais dans la mesure où les parents ainsi recrutés ont un intérêt, comme tous les parents du monde, à montrer que leurs enfants vont bien [72].

Si ces études ne peuvent se substituer à l'argumentation et, plus encore, à la volonté politique, elles ont cependant le mérite de battre en brèche un certain nombre d'idées reçues concernant l'homoparentalité. Les parents homosexuels sont d'abord des parents, qui ont en commun des préoccupations, des angoisses, des espoirs et des rêves pour leurs enfants. Ce qui semble nécessaire, c'est que les enfants puissent connaître leurs origines, l'histoire de leur naissance, qu'ils comprennent quelle est la sexualité de leurs parents, qu'il n'y ait aucun « *secret dans les placards* ».

c – Revendication du droit de recourir à tous les modes de procréation artificiels auxquels ont accès les hétérosexuels

Médias et politiques réduisent souvent la revendication des homosexuels au droit d'accéder à la parentalité, au seul droit d'adopter ; or les homo-

70• E. Roudinesco, Psychanalyse, famille, homosexualité, *Revue des Deux Mondes*, mai 2001.
71• G. Delaisi, Quand les homos veulent des enfants, *Le Nouvel Observateur*, n° 1859.
72• M. Gross, *L'homoparentalité*, Que sais-je, Puf, Ed. 1re, 2003.

sexuels célibataires ou en couple revendiquent non seulement le droit d'adopter mais aussi le droit d'accéder à la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui. Etudions plus précisément les revendications des homosexuels quant à ces trois modes « *substitutifs* » d'accès à la parentalité.

Le droit d'adopter

• Concernant le droit d'adopter par un célibataire homosexuel

Nous l'avons vu précédemment, le Code civil permet à tout célibataire âgé de plus de vingt-huit ans d'adopter (article 343) ; mais nous avons aussi constaté que si ce célibataire est homosexuel et qu'il révèle son orientation sexuelle, il aura des difficultés à obtenir l'agrément au motif plus ou moins révélé qu'un enfant a besoin d'un référent paternel et maternel. De fait, la République encourage implicitement le mensonge et l'hypocrisie.

Deux hypothèses sont envisageables pour mettre fin à cette situation :

– 1re hypothèse : soit on considère qu'effectivement, un enfant pour s'épanouir a besoin d'un père et d'une mère et dans cette hypothèse, on met fin à l'incohérence existante en retirant le droit pour tout célibataire d'adopter, qu'il soit homosexuel ou hétérosexuel.

– 2e hypothèse : soit on considère qu'un enfant peut être élevé par un célibataire, ce dont le législateur semble convaincu puisque l'article 343 du Code civil permet à un célibataire d'adopter et, il doit être mis fin à cette discrimination contre les célibataires homosexuels. Dans cette seconde hypothèse, l'absence d'un double référent paternel et maternel ne devrait plus être un motif de refus d'agrément et les conditions d'accueil de l'enfant devraient être appréciées objectivement. Tout refus d'agrément fondé uniquement sur l'orientation sexuelle du célibataire serait discriminatoire, donc sanctionné.

• Concernant le droit d'adopter par un couple homosexuel

Le Code civil n'autorise l'adoption d'un enfant commun qu'aux couples mariés et donc *a fortiori* hétérosexuels. En France, le nombre d'adoptants (*i-e* de personnes ayant obtenu l'agrément nécessaire à l'adoption) est largement supérieur au nombre d'enfants adoptables ; ce qui permet, en théorie du moins, aux services sociaux de choisir, dans l'intérêt de l'enfant, l'adoptant qui, objectivement présente les meilleures conditions d'accueil et d'intégration de l'enfant. Par hypothèse, l'enfant adoptable se trouve dans une situation difficile, il est donc normal que le niveau d'exigence soit placé au plus haut. Et, de fait, les services sociaux écartent le plus souvent les demandes qui émanent de célibataires, parce que l'accueil par un couple (nécessairement marié et formé d'un homme et d'une femme) paraît, à tort ou à raison, mais en tout cas *a priori* offrir à la fois de meilleures garanties de stabilité et constituer un cadre d'accueil plus propice à l'équilibre et à l'épanouissement de l'enfant.

Pour contourner la pénurie d'enfants adoptables en France, les homosexuels s'orienteraient vers l'adoption internationale. La loi applicable en matière d'adoption internationale est la loi nationale de l'enfant. Or aujourd'hui aucun des pays dans lesquels les français adoptent généralement n'admettent l'adoption par des couples de même sexe. Dans ces circonstances, reconnaître aux couples homosexuels le droit d'adopter reviendrait presque de facto à leur accorder un droit dont ils ne pourraient jouir. Par ailleurs, le refus systématique que connaissent aujourd'hui les célibataires homosexuels en raison de leur seule orientation sexuelle risque d'être le même pour les couples homosexuels qui souhaitent adopter.

> Malgré ce constat, qui avec le temps, évoluera, ne faut-il pas accorder aujourd'hui les mêmes droits aux couples homosexuels et hétérosexuels dans la mesure où à ce jour, les travaux scientifiques ne révèlent pas de différence fondamentale entre un enfant élevé dans un foyer hétérosexuel et un enfant élevé dans un foyer homosexuel ?

Le droit de recourir à la procréation médicalement assistée

Si l'adoption permet de donner des parents à un enfant qui n'en a pas, la procréation médicalement assistée permet, à l'inverse, de donner un enfant à des parents, qui ne peuvent pas en avoir, « *souffrant d'une infertilité pathologique* » ou « *risquant de transmettre à l'enfant une maladie d'une particulière gravité* » [73]. La question qui s'était posée au moment de la législation sur la procréation médicalement assistée réapparaît aujourd'hui : existe-t-il un droit à la parentalité, un droit à l'enfant ?

Avec la procréation médicalement assistée, nous sommes dans une autre forme d'hypocrisie : les femmes qui ne remplissent pas les conditions légales pour bénéficier d'une aide à la procréation médicalement assistée se rendent à l'étranger (Belgique, Grande-Bretagne, etc…) où ces modes de procréation sont autorisés aux femmes homosexuelles seule ou en couple, puis accouchent en toute impunité en France. La mise en place d'une réelle sanction ne changera sans doute pas la situation actuelle. Le désir d'enfant chez ces femmes est parfois si grand qu'il ne peut être freiné par une sanction pécuniaire. Par ailleurs, les sanctionner en les privant du droit de filiation reviendrait à sanctionner leurs enfants ainsi nés pour des fautes commises par leur mère. L'intérêt de l'enfant évoqué précédemment n'est certainement pas là.

Faut-il alors étendre en France le champ légal de la procréation médicalement assistée aux femmes homosexuelles célibataires et en couple ?

73• Article L 152-1 du Code de la Santé publique.

Dans le cadre des familles homosexuelles, la procréation médicalement assistée ne peut répondre qu'au désir d'enfant émanant de femmes. Les hommes trouvent son équivalent dans la gestation pour autrui, communément appelée « *mère-porteuse* ».

Le droit de recourir à la gestation pour autrui

Nous l'avons vu précédemment, la gestation pour autrui est interdite en France (article 16-7 du Code civil). L'indisponibilité du corps humain est un grand principe du droit français qui, à notre sens, devrait être maintenu. On ne peut pas faire commerce de tout et surtout pas d'enfants et ce, dans leur intérêt.

Le parrainage

Une attention particulière peut être portée au parrainage, outil juridique peu utilisé par les homosexuels et pourtant qui semble être un bon paliatif à l'inexistence actuelle de lien entre l'enfant et son second parent.

Le parrainage consiste à accueillir un enfant à son domicile et à lui apporter un soutien affectif et éducatif. Tout enfant peut être parrainé quels que soient son statut juridique et sa situation familiale et, toute personne majeure peut demander à être parrain ou marraine quelle que soit sa situation au regard de l'état civil (mariée, pacsée, célibataire,…). Un seul texte fait référence au parrainage : la circulaire de Simone VEIL en date du 30 juin 1978. Si les titulaires de l'autorité parentale sont décédés (ou privés de l'autorité parentale), le parrain peut faire partie du conseil de famille composé par le juge des tutelles[74]. Il peut être désigné comme tuteur de son filleul par le parent survivant[75] ou en l'absence de parent proche par le conseil de famille[76]. Le parrain peut également recevoir une délégation[77] ou le partage[78] de l'autorité parentale.

Pour conclure, que l'on soit dans le cadre d'une adoption, d'une procréation médicalement assistée ou d'une coparentalité, le principal problème reste le même : l'absence de lien juridique entre le second parent et l'enfant.

2 Enjeux d'une reconnaissance juridique de l'homoparentalité

La reconnaissance juridique de l'homoparentalité permettrait d'une part, la création d'une filiation homoparentale (a) et, d'autre part, la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (b), lequel intérêt, rappelons-le, constitue notre unique priorité.

74• Article 407 et 409 du Code civil.
75• Article 397 et 398 du Code civil.
76• Article 404 du Code civil.
77• Article 377 du Code civil.
78• Article 377-1 du Code civil.

a – Création d'une filiation homoparentale

L'enjeu majeur d'une reconnaissance juridique de l'homoparentalité est la modification de notre droit de la filiation. Reconnaître aux couples homosexuels le droit d'accéder aux modes dits « *substitutifs* » d'accès à la parentalité conduit inévitablement à remettre en cause le fondement naturel de notre droit de la filiation. Mais l'intérêt des enfants issus de familles homosexuels ne le commande-t-il pas ?

L'Association des Parents Gays et Lesbiens (APGL) envisage le statut de parent social dans quatre directions : l'autorité parentale, la protection des relations de l'enfant avec le parent social en cas de décès d'un des parents ou de séparation, la succession et les obligations alimentaires.

Pour ce faire, l'association propose que « *le statut de parent social s'obtienne par possession d'état, avec l'accord des deux parents légaux ou d'un seul si l'autre n'a pas reconnu l'enfant. Ce statut pourrait comporter deux modes : un mode temporaire et un mode définitif. Le mode temporaire serait renouvelable et concernerait par exemple un beau-parent qui, par définition, n'était pas à l'origine du projet parental. Le mode définitif concernerait les personnes prêtes à s'engager de manière irrévocable auprès d'un enfant.* » [79]

> Dans l'intérêt de l'enfant et en vue de garantir ses droits, il semble nécessaire de créer effectivement une filiation dite « *sociale* » entre l'enfant et le second parent. Cette filiation sociale s'établirait aussi bien entre l'enfant et son second parent homosexuel qu'entre l'enfant et son beau-parent dans une famille recomposée. Elle serait établie conventionnellement par l'engagement et la volonté du second parent et du (ou des) parents légaux, voire par possession d'état comme le propose l'APGL. Ce lien de filiation s'ajouterait à la filiation déjà établie de l'enfant.
>
> Pour reprendre l'idée de l'APGL, le statut du second parent, alors appelé « *parent social* », pourrait comporter deux modes : un mode temporaire et un mode définitif.
>
> *Que contiendrait cette filiation sociale ?*
> - une délégation partielle de l'autorité parentale pour faciliter les actes de la vie quotidienne (éducation, interventions médicales, relations bancaires…).
> - des droits en cas de séparation du couple (droit de visite, droit d'hébergement…), mais aussi des obligations (pension alimentaire,…).
> - en cas de décès du dernier parent légal, la tutelle de l'enfant serait attribuée, par préférence, au parent social.

79• M. Gross, *L'homoparentalité*, Que sais-je ? PUF, 2003.

- en cas de décès du parent social, l'enfant bénéficierait des régimes civil et fiscal applicables aux descendants en ligne directe ; de sorte que l'égalité successorale vers laquelle tend notre droit, serait garantie. Toutefois, cette disposition ne serait pas de droit. Le parent social aurait, de son vivant, une option (léguer ou ne pas léguer tout ou partie de son patrimoine) matérialisée soit dans la convention de filiation initiale, soit dans un testament établi ultérieurement.

Comment se matérialiserait ce lien ?
Compte tenu de l'importance de l'engagement du second parent, ce lien social pourrait faire l'objet d'un acte notarié révocable à des conditions expressément prévues et encadrées par la loi. L'intérêt de l'enfant serait garanti par le rôle de conseil du notaire, le nombre de signataires et les limites qui seraient définies par la loi. Toute personne pourrait demander, si l'intérêt de l'enfant l'exige, à ce que le contrat soit examiné par le juge aux affaires familiales. Enfin, l'intervention du juge aux affaires familiales serait systématique en cas de difficulté, notamment en cas de séparation entre le parent et le second parent.

La question se pose toutefois de savoir si en créant un lien de filiation sociale entre le second parent et l'enfant, nous n'entérinons pas implicitement le recours par des couples homosexuels à des modes de procréation (procréation médicalement assistée, gestation pour autrui) qui leur sont aujourd'hui interdits en France. En outre, notre droit qui doit être le reflet de notre société, ne doit-il pas inévitablement s'adapter aux mœurs car quoiqu'il en soit ces familles homosexuelles existent et leur donner un cadre juridique et notamment leur permettre de bénéficier d'une double filiation est dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la création d'une filiation sociale, l'extension de certains modes de procréation aux couples homosexuels… sont autant de choix finalement étroitement liés qu'il appartient désormais au législateur de trancher.

b – Protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

La reconnaissance juridique de l'homoparentalité permettrait de donner un cadre juridique à des familles dans lesquelles des enfants naissent et grandissent sans protection du lien affectif qui les unit à leur second parent. Même si ces familles contemporaines interpellent la société, les enfants qui en sont issus n'ont pas moins besoin que les enfants issus d'autres types de famille, d'un cadre juridique.

A ce titre, le lien parent-enfant doit être garanti et protégé par un cadre juridique adapté à cette structure familiale ; la création d'un lien de filiation « *sociale* » entre le « *second* » parent et l'enfant répondrait en partie à cette protection tant en matière extra-patrimoniale que patrimoniale.

Chapitre III – Etude de droit comparé – tour européen

On ne peut étudier la famille homosexuelle sans s'interroger sur sa situation à l'étranger : non seulement sur la possibilité qu'ont deux personnes de même sexe de s'unir (A) mais aussi de fonder une famille (B).

A Les différentes unions homosexuelles en Europe

Si quelques pays européens ont étendu le régime de leur mariage civil aux couples homosexuels (1), d'autres ont préféré adopter des régimes de partenariat homosexuel beaucoup plus proche du mariage que le Pacte Civil de Solidarité français (2).

1 Le mariage homosexuel en Europe

Depuis 2001, trois pays européens ont ouvert leur mariage civil aux couples homosexuels : les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne (a). Le régime applicable aux couples hétérosexuels est-il le même pour les couples homosexuels (b) ?

a – Reconnaissance du mariage homosexuel aux Pays Bas, en Belgique, en Espagne

Par une loi du 1er avril 2001, la Hollande est le premier pays a autoriser le mariage entre personnes de même sexe. Par une loi du 13 février 2003, la Belgique lui a emboîté le pas. Plus récemment et plus surprenant, par une loi du 30 juin 2006, l'Espagne étend son mariage jusqu'ici réservé aux couples hétérosexuels, aux couples homosexuels. Ces trois extensions du mariage civil aux couples homosexuels se sont réalisées de façon différente :

• Aux Pays-Bas, elle s'est faite par un alignement graduel du partenariat enregistré sur le régime du mariage civil. Au moment de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, les Pays-Bas n'ont pas voulu abandonner le partenariat enregistré, si bien qu'aujourd'hui, coexistent deux formes d'union produisant les mêmes effets en matière civile, sociale, fiscale et successorale

• En Belgique, l'ouverture du mariage s'est réalisée dans un contexte juridique différent dans la mesure où la « *cohabitation légale* » est restée cantonnée à un régime juridique réduit.

• En Espagne, l'ouverture du mariage civil aux couples homosexuels s'est réalisée sans régime intermédiaire, puisqu'il n'existe à ce jour aucune forme de partenariat homosexuel.

b – Régimes juridiques des mariages homosexuels aux Pays Bas, en Belgique, en Espagne

Une présentation succincte des principales caractéristiques du régime des mariages hollandais, belge et espagnol permet une vision globale des différentes adaptations d'une institution que beaucoup pensait inébranlable.

Les principales caractéristiques du régime juridique du mariage hollandais

Aux Pays-Bas, les règles relatives aux conditions et effets du mariage sont les mêmes, quelle que soit l'orientation sexuelle du couple, exception faite du droit de la filiation. En effet, le mariage entre deux personnes de même sexe ne crée pas de lien de filiation. En revanche, le Code civil hollandais attribue automatiquement l'exercice de l'autorité parentale conjointe aux personnes de même sexe mariées lorsqu'un enfant naît pendant le mariage et n'a, aux termes de la loi, qu'un parent. Ainsi, deux femmes mariées partagent l'autorité parentale si, à la suite d'une insémination artificielle, l'une d'elles donne naissance à un enfant. En revanche, la règle ne s'applique pas, si elles recourent à un donneur connu. Par ailleurs, l'adoption conjointe par un couple homosexuel marié est autorisée, mais limitée aux enfants de nationalité néerlandaise ou qui résident au Pays-Bas.

Depuis 2001, les homosexuels, comme les hétérosexuels, ont le choix entre trois formes d'union : le mariage, le partenariat enregistré et l'union libre.

Les principales caractéristiques du régime juridique du mariage belge

Depuis le 1er juin 2006, date d'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003 ouvrant l'accès au mariage à des personnes de même sexe, les homosexuels belges ont le choix entre trois formes d'union : le mariage, la cohabitation légale (introduite par la loi du 23 novembre 1998) et l'union libre.

Quelle que soit l'orientation sexuelle du couple, les règles relatives aux conditions, à la formation, aux effets et à la dissolution du mariage sont les mêmes, exception faite en matière de filiation et d'adoption. L'adoption conjointe par un couple homosexuel n'est pas possible.

Les principales caractéristiques du régime juridique du mariage espagnol

En promulguant la loi du 30 juin 2006, l'Espagne est le troisième pays européen à autoriser le mariage entre personnes de même sexe. En Espagne, les couples homosexuels mariés bénéficient des mêmes droits et supportent les mêmes obligations que les couples hétérosexuels mariés, notamment en matière d'adoption et de succession mais pas en matière de filiation.

Certains pays européens, soucieux de reconnaître un statut juridique aux couples homosexuels sans pour autant vouloir leur ouvrir l'accès au mariage civil, mettent en place des partenariats réservés pour la plupart au couples de même sexe.

2 Les différents partenariats homosexuels en Europe

L'Europe du Nord tend a développer des partenariats (a) dont les régimes juridiques sont pour certains très proches de celui du mariage (b).

a – Création d'un partenariat en Allemagne, au Danemark, en Suède, en Norvège, en Finlande, au Luxembourg et au Royaume Uni

L'Allemagne, le Danemark, la Suède, la Norvège, la Finlande, le Luxembourg

et récemment le Royaume-Uni offrent aux couples homosexuels un régime de partenariat dont l'équivalence avec le mariage civil varie d'un pays à l'autre. Certains sont réservés aux seuls couples homosexuels (le partenariat allemand, danois ou britannique), d'autres (tels que les partenariats suédois, norvégiens, finlandais et luxembourgeois) sont ouverts aux couples homosexuels et hétérosexuels.

b – Les différents régimes juridiques des partenariats allemand, danois et britannique

Une présentation succincte de quelques-uns de ces régimes permet d'apprécier leur place par rapport au mariage civil.

Les principales caractéristiques du partenariat allemand

En Allemagne, si le partenariat de vie enregistré présente des similitudes avec le mariage, il se distingue de ce dernier en matière de filiation et d'adoption.

Le partenariat enregistré entraîne, sauf convention contraire des intéressés, la création d'un régime patrimonial comparable à celui des époux. En cas de décès, les partenaires héritent l'un de l'autre dans des conditions similaires à celles des conjoints : les partenaires sont héritiers réservataires et leur part est la même que celle des époux.

En revanche, le partenariat enregistré n'ouvre pas droit à l'adoption conjointe. Deux personnes engagées dans un partenariat enregistré ne peuvent adopter un enfant commun. L'adoption conjointe reste le privilège des couples mariés. Le partenariat ne permet pas non plus à un membre du couple d'adopter les enfants de son partenaire, du moins tant que les enfants sont mineurs.

Le régime du partenariat allemand ne permet pas non plus à deux personnes engagées dans un partenariat de partager l'autorité parentale. En revanche, elle a introduit une forme spécifique et limitée d'autorité parentale au profit du partenaire qui n'est pas le parent. Ainsi, lorsque l'un des deux partenaires exerce seul l'autorité parentale sur un enfant, son partenaire est associé aux décisions relatives à la vie quotidienne de l'enfant. Ce droit permet également d'assurer la représentation légale de l'enfant. La loi précise aussi que, si besoin est, le partenaire prend toutes les mesures que l'intérêt de l'enfant requiert, mais qu'il doit avertir le plus rapidement possible le détenteur de l'autorité parentale. En cas de décès du parent, le partenaire survivant peut être nommé tuteur des enfants.

Les principales caractéristiques du partenariat danois

Le partenariat enregistré danois est réservé aux homosexuels. Il produit les mêmes effets que le mariage (communauté de biens, imposition commune, devoir réciproque d'assistance, succession,…), mais prévoit, comme en

Allemagne, plusieurs exceptions à ce principe général, notamment concernant les enfants. Ainsi, les partenaires liés par un partenariat enregistré ne peuvent ni adopter conjointement un enfant, ni partager l'autorité parentale. En cas de décès de l'un des partenaires, le survivant ne peut obtenir l'autorité parentale sur les enfants de la personne décédée.

Les principales caractéristiques du partenariat anglais

Par une loi du 5 décembre 2005, le Royaume uni adopte un partenariat civil réservé aux personnes de même sexe. Il organise un alignement des effets juridiques du partenariat homosexuels sur ceux du mariage d'autant plus complet que, depuis novembre 2002, les couples homosexuels « *stables* » ont la possibilité d'adopter conjointement un enfant.

Même si une accélération importante des droits des homosexuels est constatée en Europe, elle n'est pas homogène. En Europe de l'Est notamment, l'homosexualité est encore un sujet tabou où, pour éviter toute forme de discrimination, les homosexuels son encore obligés de dissimuler leur orientation sexuelle.

B La situation juridique des familles homoparentales

Force est de constater que la situation juridique des familles homosexuelles évolue par étapes et à des vitesses différentes d'un pays à l'autre (1). Les législations relatives à l'adoption, la procréation médicalement assistée et à la gestation pour autrui ne sont pas uniformes en Europe (2).

1 Constats

a – Une reconnaissance par étapes

Les pays semblent évoluer par étapes en élargissant peu à peu les droits aux homosexuels. Mais dans aucun pays, il n'y a une parfaite égalité des droits entre homosexuels et hétérosexuels. Les pays accordent soit le droit de se marier, soit le droit d'adopter mais jamais les deux en même temps.

b – La forme de l'union n'est pas un facteur dans la possibilité d'accéder à la parentalité

Parmi les pays qui autorisent le mariage entre personnes de même sexe (Pays-Bas, Belgique, Espagne), les Pays-Bas et l'Espagne autorisent l'adoption par le couple homosexuel. En Suède, en Norvège et au Royaume-Uni, le régime de partenariat permet également aux couples homosexuels d'adopter.

Force est de constater que la forme d'union légale n'a que peu d'influence sur la possibilité d'adopter. En revanche, la légalisation de l'union est primordiale. Mis à part le Royaume-Uni, aucun pays n'a reconnu aux couples homosexuels le droit d'adopter avant de lui conférer une structure légale, qu'il

s'agisse du mariage ou d'un partenariat. Dès lors, la légalisation du couple homosexuel n'apporte pas de facto le droit de l'adoption. En revanche, elle apporte souvent des modifications à ce droit dans les années qui suivent ; ce fut le cas aux Pays-Bas et au Danemark.

2 Les différents modes d'accès à la parentalité en Europe

En France, nous l'avons vu, les modes d'accès à la parentalité par les couples homosexuels sont strictement limités. Quant est-il chez nos voisins européens, concernant l'adoption (a), la procréation médicalement assistée (b) et la gestation pour autrui (c).

a – L'adoption en Europe

Les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni permettent à un couple homosexuel engagé dans les liens du mariage ou d'un partenariat d'adopter un enfant.

b – La procréation médicalement assistée en Europe

En Europe, plusieurs pays autorisent les femmes célibataires ou en couple à recourir à la procréation médicalement assistée, notamment en Grande Bretagne, en Belgique, aux Pays-Bas, en Espagne et en Italie. Dans ces pays, la loi n'autorise pas expressément ces femmes à recourir à ce mode de procréation. C'est généralement, l'absence de disposition législative explicite qui permet cette tolérance. Au Royaume-Uni par exemple, la loi de 1990 relative à la fécondation et à l'embryologie humaine ne précise pas à quelle catégorie de femmes s'adressent ces techniques. Elle laisse aux établissements agréés la décision de faire éventuellement bénéficier les femmes homosexuelles d'une telle assistance à la procréation.

c – La gestation pour autrui en Europe

En Europe, seuls la Grèce, la Roumanie, la Hongrie et le Royaume-Uni autorisent la gestation pour autrui. Mais, ces Etats ont, néanmoins, assorti ce droit d'un ensemble de gardes-fou, dont les principaux sont les suivants :

- il est impossible de « *recruter en direct* » les mères de substitution : le contact doit être établi par une association.
- la mère de substitution doit avoir déjà eu un enfant.
- une préférence est faite aux femmes vivant en couple, donnant ainsi à la démarche un caractère familial.
- avant, pendant et après la naissance, la mère de substitution et les parents peuvent à leur demande recevoir un suivi psychologique et moral.
- si l'ovule provient de la mère de substitution, il s'agit d'un don gratuit.
- un dédommagement de la mère de substitution est autorisé, sans obligation de résultat

- un contrat ainsi qu'une assurance vie doit être souscrit entre les différents intervenants chez un notaire.
- les services sociaux sont prévenus car pour le droit britannique, il s'agit d'une forme d'adoption et non pas d'un détournement de l'adoption.
- ainsi une fois l'enfant né, avec l'accord des services sociaux, une procédure d'abandon est engagée auprès des parents biologiques, Le couple ayant eu recours à la mère de substitution adopte ensuite l'enfant.

En Europe, les familles homosexuelles acquièrent progessivement un statut juridique. Le législateur français va devoir se pencher à son tour sur le sort de ces familles, car elles existent, elles font partie de notre société et ne peuvent plus être ignorées. Ces familles qui, autrefois vivaient dans l'ombre, demandent aujourd'hui une reconnaissance à la fois sociale et juridique. Elles sont d'ailleurs de plus en plus nombreuses à franchir le seuil de nos études, soucieuses de protéger les intérêts et droits de leurs enfants. Mais de quels outils juridiques disposons-nous aujourdh'hui pour répondre à leurs attentes ?

Céline VILAIN

TROISIÈME PARTIE

La place de la femme dans la famille du IIIe millénaire

Nadine WILLEMENOT de NANC

Rapporteur du Congrès MJN Grèce 2006

Rapporteur du Congrès MJN Chine 2005
Notaire assistant à Alfortville (94)
Diplôme Supérieur du Notariat
D.E.S. Gestion de Patrimoine
Ancienne Notaire à Villeneuve-Saint-Georges

La place de la femme

Introduction

NUL NE SAURAIT CONTESTER aujourd'hui que notre société a évolué. En tout cas, elle accepte une évolution qui prend en compte la promotion de la liberté individuelle se traduisant par la recherche du bonheur à tout prix (Cf le thème du congrès MJN d'Évian « *Le Droit au bonheur* »)

Mais en même temps la famille est très importante pour l'immense majorité des Français car elle représente le « *seul véritable havre de paix et de bonheur* » (je cite M. Serge HEFER Psychiatre)

Mais de quelle famille s'agit-il ? Certainement plus de la « *famille carcan* » cellule autoritaire à rapprocher du fameux « *Familles je vous hais* » d'André GIDE où l'épanouissement de l'individu est impossible. Quant à la « *famille cocon* » ou famille fusionnelle, modèle qui s'est constitué par réaction au précédent, elle semble également en perte de vitesse. Dans ce type de famille, les parents se projettent en totalité sur les enfants avec une crainte de ne pas leur conférer un bonheur permanent, ce qui explique une certaine difficulté à recourir à l'autorité et intronise « *l'enfant-roi* » qui malheureusement peut aller jusqu'à « *l'enfant tyran* » à qui on cède tout. On se serait aperçu en effet, que notre société souffre actuellement de ce manque d'autorité dans l'éducation des enfants, engendrant une perte de repères et de valeurs considérées comme fondamentales. Sigmund FREUD avait déjà constaté les ravages du trop peu d'interdits et de l'absence de transmission de valeurs et d'idéaux pour l'équilibre personnel et il n'aurait sûrement pas souscrit au slogan phare de la mini-révolution de 1968 « *Il est interdit d'interdire* ».

Un équilibre est donc à trouver entre l'univers pulsionnel (liberté et plaisirs de toutes sortes) et l'univers des idéaux : une famille, lieu de bonheur paisible et de sérénité pour l'ensemble de ses membres.

Le notaire peut sans doute contribuer à l'élaboration d'un nouveau contrat familial prenant acte de ces aspirations diverses et parfois divergentes, et des réalités sociales actuelles, passant notamment par une redéfinition de la place et du rôle de la femme dans cette nouvelle société composée de familles de modèle multiple (traditionnelle, homoparentale, monoparentale, recomposée, avec des enfants, parfois conçus hors mariage, ou par PMA, adoptés, etc.…).

En effet, n'est-ce pas principalement par l'évolution du statut féminin que la société a évolué ? L'homme d'aujourd'hui est resté assez proche de l'homme d'hier, mais la femme ?

Elle s'est libérée, sexuellement bien sûr, c'est à cela que l'on pense en premier, grâce à des progrès scientifiques et législatifs (la pilule, la loi VEIL) depuis les années 60-70, entraînant la libéralisation des mœurs de la génération *post-soixanthuitarde*. Mais cette évolution était en marche antérieurement, depuis que les femmes livrées à elles-mêmes pendant les grandes guerres mondiales du XXe siècle, ont dû s'assumer, prendre des responsabilités de toutes sortes, puisque les maris, les pères, les frères étaient au front, prisonniers, travailleurs obligatoires, morts pour la patrie, bref absents. C'est d'ailleurs à cette époque qu'elles ont conquis en France le droit de vote.

En étant confrontées avec les difficultés de toute sorte du quotidien, elles se sont aperçues, qu'après tout, elles en étaient capables, alors pourquoi ne pas avoir aussi la liberté, la liberté qui peut s'exprimer par le droit à l'Amour sous toutes ses formes, mais aussi la liberté par l'égalité.

I La femme et l'amour

« *A l'origine de la famille, l'Amour…* » C'est par cette formule que nos amis et confrères belges ont présenté le thème de leur congrès 2005, thème portant aussi sur la famille « *Familles sur mesure* ». C'est dire, s'il en était besoin, combien ce phénomène d'évolution des familles est européen.

Dans le monde de la bourgeoisie du XVIIIe siècle, l'Amour et le sentiment étaient secondaires. On faisait des mariages de raison, entre jeunes gens de « *bonne famille* », après avoir épargné et attendu des années pour rassembler les moyens nécessaires pour se marier, avoir des enfants et les élever. Si l'amour était au rendez-vous, c'était la cerise sur le gâteau.

Les malheureux mais surtout les malheureuses qui dérogeaient à ce principe étaient quasiment mis au ban de la société.

De simplement souhaitable et espéré, l'amour devient important, voire primordial dans cette quête du bonheur obligatoire, que secrète notre société dès le milieu du XXe siècle. L'amour auquel la femme moderne a droit est recherché dans deux directions : une direction verticale si l'on peut dire, vers l'enfant, par l'amour maternel, et une direction horizontale, vers l'homme, le mari, le compagnon, par l'amour conjugal. Il est amusant de constater qu'il n'existe pas d'autre adjectif pour cet amour-là…

Ces amours permettront l'épanouissement de la femme, la constitution d'une famille plus ou moins nombreuse et lui donneront une place dans la société.

A L'amour vertical : le désir d'enfant

Le droit à l'enfant n'est pas reconnu, il doit s'effacer devant les droits de l'enfant qui eux, sont reconnus. On devrait donc plutôt parler de « désir d'enfant » même si, il est très fort et qu'il nécessite le recours à des procédés contraignants ou récriés dans certains cas.

La sociologue Irène THERY, affirme depuis plusieurs années que c'est la filiation qui doit désormais prendre le pas sur le mariage et que c'est l'enfant qui fait la famille. Cet enfant sera soit procréé naturellement ou avec assistance médicale ou adopté ou encore parrainé.

1 Les maternités biologiques

a – La maternité naturelle

Lorsque la Nature fait bien les choses, avoir un enfant est facile, sur le plan de la conception en tout cas. Les moyens modernes de contraception permettent même de choisir le moment considéré comme optimum. Il est aussi possible de refuser la maternité par différentes techniques (pilule du lendemain, IVG, accouchement sous X…) lorsqu'un accident se produit ou que la femme ne se sent pas en mesure d'assumer la maternité pour n'importe quelle raison, qu'elle soit familiale, économique, pathologique ou simplement psychologique.

Les pouvoirs publics voudraient inciter les femmes à avoir plus d'enfants. En effet, aujourd'hui, le taux de fécondité des Français n'assure pas le complet renouvellement des générations (il faudrait 2,07 enfants au lieu de 1,9 actuellement). Ce problème a encore plus d'acuité chez certains de nos voisins européens, l'Espagne par exemple. Le gouvernement, quoique se défendant de vouloir faire une politique nataliste fait de « *l'accompagnement du désir d'enfant* » une des priorités familiales. Une commission spéciale « *famille-vulnérabilité-pauvreté* » pour étudier et comprendre les déterminants sociaux et culturels influençant le désir d'enfant a été créée à cet effet. L'objectif serait de moderniser les valeurs familiales pour que le projet familial, retrouve sa place dans les aspirations naturelles des jeunes couples, tout en prenant en compte les nouveaux modèles familiaux qui constituent « *un fait de société* ».

Le notaire peut-il apporter un éclairage et une aide éventuelle à la création de ce projet familial ? Il est naturellement le confident des familles et se trouve confronté à des situations complexes que notre droit ne résout pas toujours. La force de propositions et créatrice de droit de la pratique notariale a souvent été mise en lumière, par nos brillants confrères (je n'en citerai que quelques-uns : Jean-Pierre FERRANDES, Pascal CHASSAING, Jacques COMBRET, Jacques CHARLIN) qui sont intervenus à diverses tribunes ou qui ont produit des travaux remarqués).

Notre fierté est d'autant plus grande lorsque ce rôle est reconnu et salué par de grands professeurs tels que Pierre CATALA ou Michel GRIMALDI.

Le législateur, sur des propositions faites par la profession en matière de filiation par exemple, nous suit, avec parfois quelques décennies de retard.

Il faut du temps pour que s'instaure un consensus politique et celui-ci a abouti à l'ordonnance du 4 juin 2005 portant réforme de la filiation.

Ce texte, trente ans après l'étape de la loi du 3 janvier 1972et les retouches apportées en 1982 et 1993, révolutionne le droit français de la filiation en supprimant symboliquement les catégories même de filiations légitime et naturelle.

La Jurisprudence avait d'ailleurs apporté sa pierre à l'évolution :

• celle de la Cour de cassation en permettant dans certains cas la contestation de filiation légitime,

• celle de la Cour Européenne de Justice, en condamnant la France pour l'inégalité résiduelle de l'enfant adultérin.

L'ordonnance généralise la règle « *mater semper certa* » : la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffira à établir la filiation (art 311-25 C. civ.)

Toutefois, la possibilité de demander le secret lors de l'accouchement est maintenue. Quant à la reconnaissance, elle est ouverte à tous les enfants nés en ou hors mariage, ce qui représente un énorme impact symbolique. La possession d'état, qui constituait déjà un mode de filiation, vaut à présent pour l'enfant né hors mariage, pour sa filiation maternelle comme paternelle. Ces nouvelles règles pourront rendre la situation plus facile à la femme qui, lorsque la nature fait moins bien les choses, devra se tourner vers l'assistance médicale à la procréation.

b – La maternité assistée médicalement

La loi relative à la bioéthique est intervenue dix ans après les deux lois de bioéthique du 29 juillet 1994, c'est la loi n° 2004-800 du 6 août 2004, qui confirme les grands principes déjà proclamés et qui semble être une loi d'inspiration plus technique qu'éthique. En effet, les solutions consacrées à l'embryon-fœtus étaient les seules qui semblaient obsolètes, suite aux évolutions scientifiques.

Le décret d'application a été publié avec retard, le 6 février 2006.

Depuis la loi de 1994, le notaire (ainsi que le juge) peut recueillir le consentement préalable des époux ou concubins recourant à cette technique avec tiers donneur et qui doit les informer des conséquences sur la filiation.

C'est le chapitre II du titre IV qui est consacré à l'assistance médicale à la procréation. Celle-ci doit toujours servir à surmonter l'infertilité du couple,

marié ou non, mais vivant en couple depuis 2 ans, ou risquant de transmettre une maladie grave (article 152-2). En revanche, la question de la légitimité des demandes de personnes seules, ou des couples homosexuels n'est pas posée, la loi adoptant une vision strictement médicale.

L'objectif avoué est de donner à l'enfant à naître, l'environnement affectif le plus naturellement susceptible d'assurer son épanouissement.

C'est pour cette raison également que le législateur français rejette la reconnaissance « *d'un droit à l'enfant* » – qui ne résulte pas davantage d'une quelconque convention internationale, – et privilégie « *le droit de l'enfant* » en effectuant le choix du secret par l'anonymat du don et l'interdiction de lever le secret dans le cas où il y a un donneur.

Notre choix du secret qui est encore de privilégier l'illusion d'une conception naturelle est inverse du choix d'autres pays européens. L'article 7-1 de la Convention relative aux droits de l'enfant signée à New York le 26 janvier 1990 édicte d'ailleurs : « *l'enfant a, dès sa naissance… dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.* »

La loi du 22 janvier 2002 sur l'accès aux origines personnelles a maintenu la possibilité d'accoucher dans le secret en l'accompagnant toutefois de nombreuses formalités, notamment d'informations de toute nature pour la mère.

Un débat sur le secret reste ouvert dans notre pays, car il existe une pression provoquée par les médias qui relatent les difficultés et souffrances de personnes en quête de leur origine, mais le Comité d'éthique dans un avis du 26 janvier 2006, plaide toujours pour le maintien du secret.

Pour l'AMP (Assistance Médicale à la Procréation), les techniques sont diverses : conception *in vitro* avec transfert d'embryon (FIVETE) et insémination artificielle (avec le sperme du conjoint ou avec donneur anonyme), ainsi que toute technique nouvelle d'effet équivalent.

Est toujours nul en France, tout contrat de maternité de substitution (ventre à louer) depuis 1994. On se souvient des associations ALMA MATER créées à Marseille, LES CIGOGNES déclarées nulles dans les années 88-90 tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État, comme ayant un objet illicite.

Certains pays d'Europe sont plus libéraux et acceptent d'assister la procréation pour les couples de lesbiennes ou les personnes seules (Grande-Bretagne, Espagne, Belgique, Pays-Bas).

Les Françaises, par commodité, se rendent plus volontiers en Belgique, mais les Allemandes, les Italiennes, les Portugaises, comme les ressortissants de nombreux pays du Monde, vont en Espagne, à Madrid, à Barcelone et aussi à Valence principalement, ville devenue La Mecque de l'assistance médicale à la procréation. En effet, l'Espagne est non seulement à la pointe des

techniques, mais aussi accepte de les pratiquer dans des cas interdits dans les autres pays (congélation d'embryons, don de sperme, célibataires, femmes ayant dépassé la quarantaine).

Les conditions pour accéder à l'AMP sont différentes selon les pays. Ce n'est pas forcément la loi (sauf au Portugal) qui interdit cette technique dans certains cas, aux homosexuelles par exemple, mais plutôt les ordres professionnels médicaux et leur déontologie ou conviction. De même en ce qui concerne l'âge des femmes candidates. Dans la majorité des cas, ce sont des femmes autour de la quarantaine pour qui le temps a passé trop vite. Physiologiquement c'est à partir de 37 ans environ, que la capacité reproductive de la femme baisse sensiblement. La loi ne prévoit pas d'âge limite, et laisse aux professionnels médicaux le soin de procéder cas par cas, selon les facultés physiologiques et psychologiques de la candidate mère. Ne faudrait-il pas limiter l'âge auquel une procréation assistée médicalement pourrait être pratiquée ?

La Presse s'est fait l'écho début 2005, de l'accouchement d'une femme roumaine de 67 ans qui a mis au monde une fillette, à sa grande satisfaction et à celle du Professeur qui l'a assisté. Mais est-ce raisonnable ? Même en Roumanie, on s'est ému, et une loi devrait être prochainement adoptée pour limiter à 50 ans l'âge maximum pour profiter de l'AMP.

Selon le Haut Conseil de la Population et de la Famille, les naissances tardives pourraient devenir un problème de santé publique.

Notre proposition est de limiter à 50 ans l'âge pour accéder à la maternité médicalement assistée.

Tout cela pose, au-delà des problèmes juridiques, des problèmes d'éthique. Les progrès scientifiques vont à grands pas, mais faut-il laisser tout faire sans tracer de frontière ? En France la loi du 6 août 2004 et son décret d'application confirment l'interdiction du clonage reproductif. La Grande-Bretagne a été le premier pays européen à autoriser la haute autorité britannique en charge des activités relatives à la procréation et à la recherche en embryologie (le HFEA), tout en l'encadrant de manière stricte, à créer par clonage d'embryons humains à des seules fins thérapeutiques permettant par exemple une meilleure acceptation des greffes. Le Professeur français Axel KHAN de l'Institut Cochin de Paris, quant à lui, pense que cette autorisation conduira immanquablement à utiliser cette pratique à des fins de reproduction humaine, quoique le Professeur Ian WILMUT, père de DOLLY, la brebis clonée, s'en défende encore aujourd'hui. L'ONU s'est prononcée, déjà, contre « *toutes les formes de clonage humain incompatibles avec la dignité et la protection de la vie humaine* » après 4 ans de travaux rendus difficiles en raison de fortes divergences entre les Etats.

Tout cela donne de quoi faire réfléchir les femmes en mal d'enfant, qui préféreront parfois se tourner vers l'adoption.

2 Les maternités de substitution

a – la maternité par l'adoption

Aujourd'hui, en France, la femme (ou le couple) qui souhaite adopter, doit être très patiente car il faudra plus de trois ans de démarches et d'attente pour y parvenir, que l'adoption envisagée soit simple ou plénière. Il y a la phase administrative de l'agrément puis la phase judiciaire.

Près de 30 000 familles sont titulaires de l'agrément délivré par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance (ASE). Mais 5 000 enfants environ par an peuvent être adoptés, dont plus de 3 sur 5 en provenance de l'adoption internationale, surtout pour une adoption plénière. Les pupilles de l'État français propres à l'adoption sont de moins en moins nombreux et l'adoption internationale est une solution incontournable.

Les adoptants de l'Europe de l'ouest ont de plus en plus recours au « *vivier* » que représente l'enfance délaissée des états asiatiques et sud-américains. Mais des difficultés de toute sorte, juridiques ou autres vont se trouver sur leur chemin, malgré les conventions internationales intervenues sur ce sujet, la première dès 1965 qui a échoué, en matière de loi uniforme, du fait de la diversité des formes de l'adoption et des droits positifs.

Il n'est pas question non plus, de bafouer le Droit interne des pays, dont certains ne connaissent pas l'adoption. C'est le cas, en vertu de traditions anciennes, dans les états où le droit est influencé par la religion islamique, il existe la prohibition de la « *tabanni* » ; soit l'insertion dans une famille, d'un enfant qui lui est étranger par le sang. La Jurisprudence, pour des enfants algériens et marocains a essayé diverses pistes, en faisant intervenir l'Ordre Public ou l'élément de proximité que constitue le domicile.

La loi du 6 février 2001 qui a pour objectif de clarifier la situation en matière internationale, conduisait à distinguer deux situations :

- lorsque l'enfant est ressortissant d'un Etat qui prohibe l'adoption (article 83 alinéa 3 de la *moudawana* marocaine par exemple) son prononcé sera impossible en France ;
- si l'État dont est ressortissant l'enfant ignore l'institution, l'adoption en France est possible sous réserve que le consentement donné à l'étranger soit véritablement conscient et libre.

L'intérêt supérieur de l'enfant reste « *l'âme de l'adoption* ». C'est au nom de cet intérêt que le juge a refusé l'adoption intrafamiliale par des grands-parents qui n'avaient qu'un but essentiellement successoral. L'adoptant doit être animé d'une seule intention : la volonté de créer un rapport de filiation, un lien de parent à enfant (Cass. civ. 1re 16 octobre 2001). L'adoption ne sera possible que pour des grands parents qui se sont comportés comme des parents, malgré l'écart de générations.

Pourtant deux décisions remarquées sont allées dans le sens de permettre par l'adoption, la réalisation d'arrangements successoraux :

- dans le cas de personnes ayant des relations homosexuelles (Cass. civ. 8 juin 1999) ;
- dans le cas d'un parent incestueux (CA Rennes, 24 janvier 2000).

La loi du 4 juillet 2005 est intervenue pour rendre les démarches des familles plus claires et plus justes mais n'aura sûrement pas pour effet d'augmenter le nombre des adoptions internationales, car il n'est pas toujours compris, que l'on cherche une famille pour un enfant et non le contraire.

Cette loi a créé :

- L'Agence Française de l'Adoption (AFA) annoncée par le gouvernement, sous forme de Groupement d'Intérêt public.
- Une troisième voie pour l'adoption grâce à l'AFA, s'ajoutant aux deux voies existantes la première par les OAA (39 organismes autorisés par les conseils généraux et habilités au plan national par le Ministère des Affaires étrangères) ; l'autre, spécificité française, l'adoption par démarche individuelle.

L'adoption, qu'elle soit simple, plénière, intrafamiliale, internationale, pour la femme qui veut assouvir son « *désir d'enfant* », sera le plus souvent un parcours bien compliqué et long. La femme qui aime vraiment les enfants et veut les rendre heureux, en pensant plus à eux qu'à elle-même aura encore une autre solution, le parrainage.

b – Le parrainage

Le parrainage, idée prenant forme en 1937 lors de la Guerre d'Espagne, est une situation qui a pour but de constituer une relation privilégiée entre un enfant et un adulte, non fondée sur la parenté biologique. « *Prendre un enfant par la main, pour l'emmener vers demain* », ce refrain d'une jolie chanson d'Yves DUTEIL correspond bien à cette situation.

Le parrainage est une relation de fait qui n'entraîne aucun effet juridique.

Une circulaire de Mme Simone VEIL du 30 juin 1978 y fait référence, puis un rapport de 2001 de Mme Dominique VERGEZ encourage le développement de cette pratique, assez peu répandue encore, voire complètement méconnue. Une charte de parrainage précisant les principes fondamentaux de l'éthique en France élaborée par le Comité national au parrainage a fait l'objet d'un arrêté en date du 11 août 2005. Il existe, des associations, par exemple, « *Parrains par'mille* » qui organisent des débats pour faire connaître l'institution.

Il s'agit donc d'une situation *sui generis*, qui ne se confond avec aucun autre statut, ce n'est pas un préalable à l'adoption, ce n'est pas le placement d'un enfant en danger.

L'enfant parrainé peut vivre dans sa famille, il peut être mineur ou majeur.

Pour devenir parrain ou marraine, c'est très simple, il suffit d'être majeur, peu importe que l'on soit célibataire, concubin ou marié. Il faut savoir que l'aide apportée sera bénévole, qu'elle sera intermittente, mais se doit d'être régulière et durable. Les parents continuent d'exercer en totalité leurs prérogatives. Seulement lorsque le Juge aux Affaires Familiales le décide, en cas de décès ou de séparation des parents, l'enfant pourra être confié à son parrain, afin d'accomplir tous les actes usuels de surveillance et d'éducation du filleul (art 373-3 et 4 du C. civ.).

Les parents en difficulté peuvent aussi accepter le partage de l'autorité parentale avec le parrain délégataire. Le parrain pourrait aussi être désigné comme tuteur, faire partie du Conseil de famille et la relation pourra aller jusqu'à l'adoption, dans les cas extrêmes. Certaines difficultés peuvent surgir car il n'est pas facile de concilier la protection de l'enfant placé et le respect de la vie familiale, garanti par l'article 8 de la Convention des Droits de l'Homme.

Etre ensemble, représente bien entendu, un élément fondamental de la vie familiale. Les parrains et marraines ne devront pas être excessifs et trouver un difficile équilibre entre leur affection et les droits des parents. Le parrainage constitue une forme de soutien à la parentalité qu'il convient sans nul doute, de développer, dans un cadre de solidarité entre les familles. C'est ce que souhaite vivement notre gouvernement.

Mais la femme devenue mère, pourra compléter son épanouissement avec un compagnon ; ne s'accorde-t-on pas à reconnaître que les hommes sont de grands enfants !

B L'amour horizontal ou conjugal

Dans les coutumes de l'Israël biblique, le mariage n'est pas encore un rite religieux. L'amour conjugal, célébré dans le *Cantique des Cantiques* se donne le défi de conjuguer deux individualités ? L'Homme et la Femme, dans un pluriel original. Ils deviennent « *chair unique* » d'une relation inédite et privilégiée, pour autant que l'on fasse droit à la différence de l'un et de l'autre.

Ce serait cela, pour les sociologues, la fidélité à l'autre : « *travailler sur son propre cœur pour le rendre souple, malléable dans l'écoute et le respect de l'étrangeté du partenaire* », car le cœur au sens biblique est le siège de la volonté plus que de l'affectivité. Il s'agissait, comme le dira l'épître aux Ephésiens, d'une soumission mutuelle.

Il est étonnant de constater qu'il y a plus de deux mille ans, il était reconnu que la fidélité était difficile et qu'il existait une soumission réciproque entre l'homme et la femme, donc une certaine égalité.

Comment nos sociétés dites traditionnelles ont-elles perdu de vue ces réalités. Aujourd'hui en effet, ne reviendrions-nous pas aux idées de la *Genèse* quant à la fidélité ?

Nous axerons plus spécialement nos réflexions sur l'obligation de fidélité, battue en brèche par l'évolution des mœurs, de la jurisprudence et de la loi.

1 L'union

La femme moderne peut s'unir de différentes manières.

a – Le mariage

Le mariage, qui peut être la pire ou la meilleure des choses est d'abord un gage de fidélité, devoir réspectif inscrit à l'article 212 du C. civ. L'anneau échangé lors de la cérémonie nuptiale porte d'ailleurs un nom l'y associant étroitement : *l'alliance*.

De nos jours, certains auteurs voient le devoir de fidélité comme une obligation sans sanction et par conséquent en fort déclin. La Cour de cassation, elle-même, par l'arrêt rendu en Assemblée plénière le 29 octobre 2004, y a mis fin. Elle a en effet, validé un legs universel consenti par testament authentique par un homme marié, à sa jeune compagne adultère (de 64 ans sa cadette, quand même !) comme non contraire aux bonnes mœurs. Le détail des faits est intéressant et a un certain « *parfum de scandale* » tout comme l'arrêt rendu selon certains commentateurs.

Cette jurisprudence est l'aboutissement d'une évolution lente mais indéniable, car depuis la fin du XIXe siècle, le conjoint trompé n'avait pas systématiquement gain de cause, et confirme celle de l'arrêt déjà fort remarqué du 3 février 1999, mettant ainsi fin, sans doute, une fois pour toutes, à une jurisprudence séculaire qui annulait les legs faits pour le maintien ou la reprise de relations contraires aux bonnes mœurs. Elle a déjà été confirmée notamment par un arrêt de la 1re Chambre civile du 25 janvier 2005.

Ainsi la *polygamie à exécution instantanée* entrerait par la grande porte dans nos mœurs. Seule était admise auparavant, la *polygamie à exécution successive*, suite au veuvage ou au divorce.

En cas d'application de droits étrangers qui l'autorisent, la polygamie est validée, à condition que les deux époux soient d'une nationalité qui la reconnaisse et que le mariage soit contracté à l'étranger, car nos tribunaux et cours appliquent la *règle de conflit dite cumulative*.

L'article 147 de notre Code civil interdit la bigamie, qui est un *empêchement bilatéral et absolu,* ce qui garantit la monogamie de tous les Français. Lorsque nous faisons un contrat de mariage avec un fiancé dont le droit national reconnaît la bigamie, il faut être très vigilant et vérifier l'absence de

mariage préalable, mais ce n'est pas toujours facile compte tenu des pièces d'état-civil qui peuvent être fournies.

Mme OUDIN, en commentant un arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 2002 (Cass. 1re civ.) estime que la Cour suprême en appliquant ce cumul, marque sa défaveur pour ce type d'union.

Alors, comment comprendre ces deux arrêts, si proches dans le temps et si différents par le contenu ?

Faut-il comprendre que ce qui fait la différence, c'est le formalisme du mariage ? Il serait donc possible d'avoir deux femmes, à condition de ne pas épouser la seconde ? Cela revient à respecter plus le sacrement du mariage que le contenu des obligations et devoirs qu'il comporte. Le déclin du mariage au profit d'autres types d'union est regretté par les associations catholiques qui ont installé à Lyon, une mission de recherche afin de défendre le mariage et font circuler une pétition nationale pour « *revaloriser le mariage entre un homme et une femme* ».

La visite récente (juillet 2006) de sa Sainteté le Pape, en Espagne, où le mariage homosexuel vient d'être autorisé, avait exactement le même objectif, clairement annoncé.

La Cour suprême a, en l'occurrence un rôle difficile et ses décisions peuvent sembler contradictoires :

- Soit elle s'arqueboute contre l'intrusion des coutumes de droit musulman qui arrivent sur notre territoire par l'immigration, grâce, après la notion d'Ordre Public, au principe d'égalité des époux reconnu par le protocole du 22 novembre 1984 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme que la France s'est engagée à respecter.
- Soit elle consacre l'évolution des mœurs, en validant les libéralités consenties aux compagnes adultères, puisqu'avoir une maîtresse est d'une banalité affligeante.

Nous nous interrogeons quant à la situation de la femme mariée qui aurait un amant connu et reconnu, est-ce admis de la même façon par notre Société ? Ne doutons pas que prochainement nous aurons à connaître de décisions en ce sens.

Sur le plan patrimonial, la femme moderne qui ne voudra ou ne pourra pas se marier, devra se sauvegarder elle-même car en cas de rupture violente, elle ne sera pas protégée par la loi. Elle pourra vivre en concubinage avec les avantages civils et sociaux que l'on connaît. Elle pourra aussi se pacser.

Celle qui se marie, sera mieux protégée : lorsqu'elle ne fait pas de contrat de mariage, le régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts, lui permettra de bénéficier de l'enrichissement du couple, même si elle

n'a pas de revenus professionnels et ne fait que s'occuper de la maison et des enfants.

Nous connaissons la jurisprudence constante et bien établie à présent, qui permet au conjoint séparé de biens, d'être sauvé de l'annulation des donations indirectes entre époux en vertu de l'ancien article 1099, en reconnaissant un caractère rémunératoire aux sommes remises par l'autre conjoint à l'époque où le couple allait bien. Les donations de biens présents entre époux étaient par essence révocables *ad nutum*.

Maintenant, depuis le 1er janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004 sur le nouveau divorce, les donations de biens présents entre époux deviennent irrévocables sauf les cas prévus aux articles 953 à 958 (inexécution des charges, ingratitude).

Restent seules révocables celles de biens à venir (article 1096 nouveau). Toutefois, dans ce cas, lorsque le mari a une profession dite « *à risque* » commercial ou autre, et fait de mauvaises affaires ou est responsable personnellement d'un grave sinistre, la communauté peut être emportée dans la débâcle.

On peut même se demander si aujourd'hui, le régime légal est encore adapté. Les mariages sont devenus plus rares et l'âge auquel on se marie est plus avancé. De plus en plus fréquemment, les deux conjoints travaillent et leurs revenus sont souvent équivalents. La femme a acquis son indépendance économique et est libre de ses décisions.

Un régime légal qui allierait la liberté de la séparation de biens, avec la solidarité de la participation aux acquêts, tout en préservant les acquis du conjoint non assujetti aux risques commerciaux, paraîtrait plus conforme aux nécessités économiques d'aujourd'hui et à l'égalité reconnue de la femme. Le domicile familial continuerait bien sûr d'être protégé.

Il est vrai que la Convention de La Haye permet de changer dans certains cas très facilement de régime matrimonial, le changement pouvant être automatique. Ce qui d'ailleurs créé jusqu'à peu une inégalité car les Français devaient passer par une homologation judiciaire pour modifier leur régime lorsqu'il n'existait aucun lien d'extranéité. En outre, si on s'avise que la séparation de biens aurait été préférable, il est trop tard et la situation est déjà obérée.

Notre proposition : Revoir le régime matrimonial légal (une séparation de biens avec société d'acquêts ?) et l'aménager.

(On ne peut que se féliciter que la loi du 23 juin 2006 ait supprimé l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, proposition éculée de nos congrès et à nouveau votée par le Congrès national en mai 2005.)

b – L'union libre

Qu'en est-il du devoir de fidélité dans l'union libre ou le pacs ? Il n'en est bien sûr pas question dans les textes, ce qui paraît normal pour le concubinage qui n'est pas réglementé. Quant au pacs, une décision quasi-isolée du Président du TGI de Lille (6 juin 2002) décide que l'exécution loyale de communauté de vie impose le respect d'une obligation de fidélité (il s'agissait d'un couple homosexuel mais c'est transposable). Cette décision est sans doute, d'une portée toute relative et ne fait pas l'unanimité. Notamment les auteurs de la proposition de loi, l'ont jugée contraire à l'esprit de la loi. Même s'il s'agit d'un « *mariage bis* » le législateur n'a pas été clair sur ce point, sans doute volontairement mais rapprocher un système de l'institution du mariage n'est pas forcément l'aligner. Les Tribunaux, eu égard aux insuffisances voire ambiguïtés du texte, jugeront sans doute, selon leur conviction personnelle à moins qu'une réforme du texte intervienne ou que le système soit purement et simplement remplacé par le mariage, comme c'est déjà le cas chez certains de nos voisins européens. Dans l'attente, les rédacteurs de pacte que nous pourrions être plus souvent, doivent tenter de prévoir toutes clauses utiles non prévues par le texte, notamment quant à l'obligation de fidélité en plus des prévisions sur le plan patrimonial.

Certains auteurs comme M^me^ Marie Cécile VILLA-NYS, considèrent que l'obligation de fidélité regagnerait ailleurs ce qu'elle a perdu, quoique n'étant plus un impératif d'Ordre Public. Il est bien certain que l'infidélité reste individuellement mal ressentie et est encore la cause très majoritaire des séparations et principalement des divorces.

2 La rupture

a – Le divorce

Avant que la loi du 26 mai 2004 ne soit définitivement promulguée, il avait été envisagé pour pacifier au maximum les futurs ex époux de supprimer le divorce pour faute, car l'époux fautif perd aussi sur un plan pécuniaire, ce qui n'était pas fait pour calmer le débat. Tel n'a pas été le cas, car la suppression de ce type de divorce ne répond pas à une demande sociale majoritaire (rapport de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ). Il a donc été maintenu mais profondément remanié pour amoindrir l'aspect conflictuel, pour tenir compte des réalités et des aspirations de notre temps parmi lesquels, malgré tout, le souhait de voir sanctionner les violations des devoirs et obligations du mariage, dont le devoir de fidélité.

Pourtant, déjà sous l'empire de la loi du 11 juillet 1975, pour l'adultère comme pour tout autre grief, le juge disposait d'une faculté d'appréciation absolue. (en vertu de l'article 245). Ce n'était plus une cause péremptoire de

divorce : il devait constituer « *une violation grave et renouvelée des droits et obligations du mariage et rendre intolérable le maintien de la vie commune.* » (article 242).

Jamais les juges ne sont allés chercher le degré de gravité des offenses faites ; (liaison secrète ou tapageuse), ni leur chronologie ; (qui a succombé le premier). Si l'adultère est commis en cours de procédure, des décisions rendues à des dates très proches seront contraires : un arrêt du 7 mai 2003 (Cass 2e civ.) considère comme fautif l'adultère du mari même commis 9 mois après l'ONC, mais le 30 mars 2004, la 1re Chambre civile, estime que l'adultère commis postérieurement à l'ONC ne constitue pas une faute. Une synthèse est donc difficile à faire, les faits étant examinés *in concreto* par les juges du fond. En revanche tout ceci reste conforme au principe de responsabilité sous-tendu par l'article 242, un lien de causalité devant exister entre la faute invoquée et le préjudice subi.

Le divorce pour faute a aussi été prononcé sans adultère, en cas de violation des autres devoirs nommés du mariage (secours, assistance, contribution aux charges, cohabitation) mais encore pour non respect des devoirs innomés du mariage et que le Doyen CORNU appelle « *le contenu coutumier du droit conjugal* ».

Quelques décisions singulières peuvent être citées : un arrêt de la Cour de cassation (1re civ.) du 30.9.2003 a reconnu comme injurieuse l'attitude du mari consistant à entretenir des relations suivies au grand jour avec une autre femme, même exemptes de tout adultère ?! L'adultère aurait ici été intellectuel et non sexuel… ; un autre arrêt de la Cour d'Appel cette fois du 4 mars 2003 rendu à Toulouse a reconnu comme un manquement à ce contenu du mariage, **la paresse domestique**. Je suppose que c'est l'épouse qui s'est vue reprocher cette paresse et je serais curieuse de savoir comment la Cour de cassation aurait appréhendé ce cas. Peut être le saurons-nous si un pourvoi a été formé.

La paresse domestique serait-elle mieux partagée dans l'union libre ?

b – La cessation du concubinage

Les juges ont depuis longtemps été sensibles aux intérêts des concubins lorsqu'ils vivaient ensemble maritalement, avec une stabilité suffisante. C'est ainsi qu'il est accordé au concubin survivant « *stable* », en cas de décès accidentel de l'autre concubin un droit à réparation, ce qui aboutit curieusement selon le professeur HAUSER à une obligation de fidélité minimum dans le concubinage. L'article 515-8 (depuis la loi sur le PACS) définissant le concubinage, semble en effet sous-tendre cette fidélité. Cette obligation serait « *le plus petit dénominateur commun* » s'imposant au couple marié ou non marié.

Il est toutefois plus difficile de l'admettre dans ce cadre et les Juges, parfois appelés à répondre à des demandes de dommages et intérêts après une rupture brutale, estiment qu'il s'agit d'un risque attaché à la relation du concubinage, la liberté étant le fondement de cette relation, celle de rompre, comme celle d'avoir d'autres relations.

Chaque couple, et plus encore chaque membre du couple aura sa propre conception et sensibilité, car si la fidélité en est une valeur inhérente, elle relève de la vie privée consacrée par les conventions européennes, et ne regarde ni le Juge ni la Loi. A défaut de contractualisation, sur le plan patrimonial, la concubine abandonnée aura des difficultés à obtenir ce qu'elle estime être son dû. Le recours à la notion de société de fait n'est pas systématiquement admis par la jurisprudence qui exige trois éléments cumulatifs (apports, affectio societatis, participation aux gains et pertes). De même l'attribution préférentielle ne peut lui être accordée.

L'idée reçue selon laquelle les concubins ont beaucoup de droits équivalents aux époux, est erronée, sauf peut-être sur le plan social. Nous le savons fort bien, car dans notre pratique quotidienne nous avons souvent l'occasion de faire déchanter nos clients non mariés en resituant les choses, à l'occasion principalement d'un achat en commun. Nous passons de ce fait pour d'affreux conservateurs, vantant les bienfaits du mariage envers et contre tout.

Dans ce cadre comme dans beaucoup d'autres l'égalité reste à conquérir.

II La femme et l'égalité

La femme du iiie millénaire qui a trouvé l'amour dans le couple ne sera vraiment épanouie que si elle se sent l'égale de son compagnon et libre. Le Professeur VAUVILLE fait remarquer que « *l'on est passé d'un modèle hiérarchique patriarcal et inégalitaire à une organisation marquée par la liberté et l'égalité.* »

Il est certain que la femme a subi pendant des siècles la domination masculine. Simone de Beauvoir, dans son ouvrage « *Le deuxième sexe* » a, déjà depuis plus d'un demi-siècle, excellemment démontré le processus selon lequel l'ordre masculin s'est trouvé continûment reproduit d'âge en âge (avec quelques exceptions à des périodes bien précises de l'Histoire au Moyen-Age par exemple où les femmes, principalement dans le Commerce avaientt un statut avantageux).

Le philosophe Pierre BOURDIEU en préambule à son essai « *La domination masculine* » (1998) écrit qu'« *il voit dans la domination masculine et la manière dont elle est imposée, l'exemple par excellence de cette sou-*

mission paradoxale, effet de ce qu'il appelle la violence symbolique, violence douce insensible, invisible pour ses victimes même et s'étonne qu'il n'y ait pas davantage de transgressions ou subversions, et que l'ordre établi, avec ses rapports de domination, ses droits et passe-droits, ses privilèges et ses injustices, se perpétue si facilement, mis à part quelques accidents historiques, et que les conditions d'existence les plus intolérables puissent si souvent apparaître comme acceptables et même naturelles.

Comme nous aimerions connaître cet homme brillant !

Il juge que c'est sans doute dans la famille que s'exerce le plus la reproduction de la domination et de la vision masculine. Dans la famille s'impose l'expérience précoce de la division sexuelle du travail (mise en lumière par Marx) et de la représentation légitime de cette division, garantie par le Droit et inscrite dans le langage. Cette division se perpétue à travers l'Église, habitée par l'antiféminisme du clergé (les femmes sont tenues pour responsables de la dégradation morale et méritent donc de souffrir pour l'expiation de tous les péchés du Monde). Puis l'École, même laïque continue de transmettre les présupposés de la représentation patriarcale en charriant des modes de pensées et un discours officiel sur le deuxième sexe auxquels ont collaboré théologiens, légistes, médecins et moralistes, visant à restreindre l'autonomie de l'épouse au nom de sa nature puérile et imbécile. *Imbecilitas sexus :* notion ayant fondé le principe de nullité des donations entre époux entre vifs qui joue, il est vrai dans les deux sens.

Les états modernes avaient donc inscrit dans leur Droit de la famille, tous les principes fondamentaux de la vision androcentrique. (Il est très intéressant de constater les variantes selon les régimes politiques totalitaires, révolutionnaires ou démocratiques, mais ce n'est pas là notre sujet.)

Aujourd'hui les discours sont différents et on ne parle plus que d'égalité, de parité, de mixité… La femme moderne estime avoir fait ses preuves et attend qu'elles soient reconnues. Il semble qu'elle ait été entendue par le législateur français qui s'est récemment beaucoup intéressé à l'égalité.

Ce n'est évidemment pas facile, car comme le disait notre regretté Coluche, « *il y en a qui sont plus égaux que d'autres* ».

L'égalité en général, a tout d'abord été abordée par le législateur dans la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, qui tend à lutter contre toutes les formes de discrimination, raciale, religieuse ou sexuelle. Cette loi est la consécration institutionnelle et fondamentale d'un droit à l'égalité et crée la HALDE, la Haute Autorité de Lutte contre la Discrimination.

Puis, l'égalité des filiations légitime et naturelle a été consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

Enfin, les femmes ont bénéficié de différents textes en vue d'égaliser leur situation malgré leur différence, car c'est la différence naturelle ou supposée qui engendre l'inégalité de traitement. La femme est différente de l'homme en ce qu'elle représente le sexe faible, tout au moins physiquement et met les enfants au monde dans l'état actuel de la Science. Il y a lieu de la protéger, tant dans son intégrité physique (violences conjugales) que pour ses possibilités professionnelles (égalité salariale, statut de conjoint) ; et aussi lui donner l'égalité dans le cadre familial (transmission du nom). L'égalisation se fera d'ailleurs parfois au bénéfice de l'homme (congé parental).

Les mesures prises peuvent être classées en mesures sans incidences financières ou avec incidences financières.

A Mesures d'égalisations sans incidences financières

1 Les violences conjugales : loi du 4 avril 2006

Elles ont sans doute toujours existé. Mais comme en matière de viol, le silence était gardé par les victimes. A présent les langues se délient plus facilement grâce notamment à l'action d'associations de défense (SOS femmes battues par exemple) et à l'énorme résonance qu'en permettent les médias. Outre le cas de Marie TRINTIGNANT hypermédiatisé à raison de son côté « *people* », sont mis en lumière des cas anonymes : on se souvient de cette jeune mère de famille turque, poignardée par son mari alors qu'elle avait changé de ville de résidence avec ses enfants, s'était réfugiée dans un centre social ; son mari avait juré de la tuer et il l'a fait !

Pour cette jeune femme, et pour beaucoup d'autres, les dispositions novatrices introduites dans la loi du 26 mai 2004 sur le nouveau divorce sont arrivées trop tard. A présent, le Juge aux Affaires Familiales peut être saisi en référé, avant toute procédure, lorsque l'un des époux et un ou plusieurs enfants sont en danger à cause de violences exercées. La loi du 4 avril 2006 a été votée dans ce contexte, après des études comparées dans les pays voisins.

Evitera t'elle le décès d'une quinzaine de femmes par mois suite à des violences au sein du couple (source Ministère de l'Intérieur) ?

Pour lutter contre ce fléau social, cette loi :

- **ajoute la notion de respect** aux devoirs imposés entre époux par l'article 212 du Code civil (fidélité, secours et assistance) ;
- égalise entre homme et femme **l'âge légal du mariage** et le porte à **18 ans**. (article 1454 du Code civil) ;
- **prévoit une audition des futurs époux** par l'officier de l'État civil ou l'agent consulaire en cas de doute sur la liberté du consentement (défaut ou vice) lequel peut aussi saisir le Ministère Public ;

- **introduit la contrainte** parmi les cas de possibilité d'ouverture de l'action en nullité du mariage, y compris la crainte révérencielle envers un ascendant (le père ou le frère ont dans les familles notamment de tradition musulmane, un énorme pouvoir sur la femme si elle déshonore par son comportement, la famille) ;
- **prolonge à cinq ans** (au lieu de six mois) le délai de recevabilité de l'action en nullité, soit à compter du mariage, soit à compter du moment ou la contrainte a cessé ou l'erreur a été reconnue.

On espère par ces mesures lutter contre les mariages forcés principalement de toutes jeunes femmes avec des hommes beaucoup plus âgés.

Cette loi comporte également un **volet pénal** important :

- **aggravations de la peine** pour les infractions commises au sein du couple avec mise à niveau du mariage, du concubinage et du pacs et reconnaissance comme circonstance aggravante du lien en cas de meurtre.

Le code pénal dès 1994, faisait de la qualité de conjoint ou de concubin une circonstance aggravante mais le nouveau texte est allé plus loin. Il reconnaît en cas de viol et autres agressions sexuelles le mariage le concubinage ou le pacs circonstance aggravante, et permet la preuve contraire, suivant en cela la Cour de cassation qui avait dans un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 11 juin 1992, estimé que **la présomption du consentement** des époux aux actes sexuels dans la vie intime ne valait que **jusqu'à preuve contraire**.

- **Incrimine le vol d'objets ou documents indispensables** au conjoint (livret de famille, passeport par exemple, documents essentiels pour avoir la liberté de circuler et la possibilité d'accéder à des allocations et indemnités).
- **Etend les mesures d'éloignement du domicile** de l'auteur des violences, initiées par la loi sur le nouveau divorce.

Nous ne pouvons qu'espérer que ces mesures seront utiles mais l'amélioration attendue sera sans doute lente. Ce phénomène étant généralisé en Europe, le 8 mars 2005, (journée internationale de la Femme), la commission des lois s'était réunie pour entendre l'avis de la délégation des droits de la femme et une note de synthèse de législation comparée.

Certains pays sont plus avancés.

En Espagne, par exemple – l'un des premiers pays avec la Suède où les violences conjugales constituent une infraction pénale spécifique, – un film réalisé en 2004 par Iciar Bollain, jeune femme de 36 ans, sur ce sujet, avait fait sensation et a été sacré meilleur film de l'année. Il s'appelle « *Te doy mis ojos* » ; le sujet y est en traité avec délicatesse, finesse mais sans complaisance et se déroule dans la magnifique ville de Tolède.

Les notaires eux-mêmes se sont impliqués. Au *Colegio Notarial* de Madrid, les 21 et 22 avril 2005, a eu lieu un débat multidisciplinaire sur la violence domestique auquel ont participé diverses personnalités du monde juridique, politique, social et sanitaire. Aujourd'hui, l'Espagne dispose de tribunaux spécifiques pour ce type d'infractions.

En France, nous avons une ministre déléguée à la cohésion sociale et à la parité, M^me^ Catherine VAUTRIN. Pour mesurer l'impact de cette loi nouvelle et les progrès en découlant, il est prévu que serait remis tous les deux ans au législateur, un rapport sur la politique de lutte contre les violences, portant notamment sur les conditions d'accueil de soin et d'hébergement des victimes, de la prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique des auteurs des faits… Mais c'est surtout les mentalités et les habitudes qui devront changer, comme en matière de transmission de nom.

2 La transmission du nom de famille : lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003

Ces textes eux aussi ont été votés pour égaliser les père et mère : le nom sera attribué par les parents et l'attribution du nom du père selon la règle coutumière ne sera plus automatique sauf à défaut de choix pour l'une des **trois options** possibles ou en cas de désaccord. Le choix, irrévocable, sera exercé par déclaration conjointe (éventuellement notariée) des parents, mariés ou non et ce choix sera figé pour toute la fratrie ultérieure. Un effet rétroactif partiel est prévu pour l'aîné né entre le 2 septembre 1990 et le 31 décembre 2004.

Ce triple choix permet :

- un nom simple : celui du père ou de la mère ;
- un nom double (création du texte nouveau) nom du père et de la mère, (un seul pour chaque parent) dans l'ordre choisi ;
- un nom composé (existant avant la réforme par suite d'adoption simple ou particule « *de* », « *van* » ou « *Le* »), qui constitue une entité, pourra être transmis dans son intégralité et accolé au nom simple de l'autre parent.

Indépendamment de l'égalité homme/femme, ces textes permettront de se débarrasser de noms difficiles à porter. Tout cela n'ira pas sans difficultés. Certains auteurs y voient une source de conflits familiaux, une fragilisation du rôle du père, un véritable casse-tête social et administratif. Il ne faut pas exagérer, là aussi le temps fera son œuvre et l'habitude aplanira les difficultés de toute sorte.

Peut-être aussi, aurait-il mieux valu commencer par le commencement. Ces difficultés apparentes tiennent au fait que selon la tradition française,

l'épouse prend le nom du mari, ce qui n'est pas la loi mais très fortement ancré dans le quotidien.

Le législateur du nouveau divorce (article 264 alinéa 1) prévoit que « *chaque époux perd l'usage du nom de son conjoint* » mais ne serait ce pas mieux de ne pas le prendre ? Ainsi il serait plus naturel pour les enfants de porter les noms des 2 parents, voire de la mère seule.

La chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass com. 22.11.2005) d'ailleurs, rappelle à l'ordre l'Administration fiscale qui émet des avis à tiers détenteurs à des femmes mariées sous le nom du mari. Elle ne va pas jusqu'à les frapper de nullité pour des raisons d'opportunité, (ce qu'avait fait la chambre civile en 2001), afin d'éviter la nullité de milliers d'actes établis par les fonctionnaires de l'État, mais cela est contestable au plan de l'orthodoxie juridique (article 4 de la loi du 6 fructidor an II).

L'égalité homme/femme en ce qui concerne le nom semble obtenue puisque si la femme peut porter le nom de son mari, la réciproque est vraie. Les conjoints peuvent également porter les deux noms dans l'ordre de leur choix. La loi du 26 mai 2004 sur le nouveau divorce bilatéralise la possibilité pour l'un des époux de conserver le nom de l'autre. Mais, soyons sérieux, il s'agit, vous en conviendrez, d'une égalité de pure forme, car dans les faits, il est rarissime qu'un homme soit connu sous le nom de sa femme ou utilise le double nom.

Si cela arrive, (dans le monde politique ou du *show-biz*: M. SPICE GIRL ou M. ROYAL), ce sera pour se moquer et le tourner en dérision compte tenu de la coutume bien ancrée…

Pourtant dans le cadre européen, les pays latins que sont l'Espagne et le Portugal, ne connaissent pas l'usage de prendre le nom du mari : Mme RODRIGUEZ (ou RODRIGUES) épousant M. SANTOS, restera Mme RODRIGUEZ et leurs enfants se nommeront SANTOS RODRIGUEZ. Cela ne semble pas leur poser de problèmes insurmontables et les hommes de ces pays ne sont pourtant pas connus pour être les moins machos ou les pères les plus fragiles.

La France, de par cette situation ambiguë, pourrait être condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme comme l'a été la Turquie. Rappelant que la progression vers l'égalité des sexes est un but important des Etats membres du Conseil de l'Europe, la CEDH réaffirme qu'une disposition inégalitaire relative au nom des conjoints constitue une discrimination liée au sexe, sans justification objective et raisonnable. Une réforme récente du Code civil turc maintenant l'acquisition obligatoire du nom marital mais

permettant toutefois à épouse d'y accoler le sien n'a pas trouvé grâce auprès de la CEDH qui condamne la Turquie pour violation de l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

On peut donc se demander, si notre règle est compatible avec la Convention européenne et si l'objectif avoué d'atteindre l'égalité homme/femme est atteint. Cela ne semble pas être le cas puisque, par exemple, le droit de *veto* paternel prévaut en cas de désaccord pour la transmission du nom aux enfants.

Notre proposition : Qu'un texte intervienne pour clarifier la situation et remédier à l'usage *contra-legem* qui consiste, pour les femmes mariées à porter le nom du mari, ce qui aura pour avantages, outre d'atteindre une égalité réelle, de rendre la règle française compatible avec la Convention européenne des Droits de l'Homme et de faciliter la transmission du nom de la mère aux enfants déjà prévue par notre législation interne.

Enfin, la femme du IIIe millénaire qui se marie à la trentaine, sera le plus souvent déjà connue dans son milieu professionnel sous son propre nom. Elle pourrait ainsi le conserver, (en y adjoignant ou non celui de son mari comme cela se voit souvent dans certains milieux), sans que l'on puisse douter de l'amour qu'elle porte à l'homme de sa vie et sans étaler, sa vie privée sur la place publique en changeant de nom, une fois, deux fois et même plus au gré des remariages.

B Mesures d'égalisation avec incidences financières

Karl Marx avait mis en évidence, dans les structures de la vie agraire, l'opposition entre le temps de travail, masculin et actif (labours, moisson) et le temps de production, féminin, passif (germination, reproduction).

Du fait de cette passivité supposée des femmes, combinée à l'obligation de s'absenter pour donner la vie, engendrant des difficultés pour l'entreprise, l'habitude a été prise de moins rémunérer le travail des femmes et de les cantonner dans des tâches subalternes.

Mme Marie Christine LE BOURSICOT, magistrate, membre du Conseil supérieur de l'adoption, estime que « *la soi-disant toute puissance maternelle, à laquelle il faudrait mettre fin, résulte de la différence des rôles des deux géniteurs, que les pères ont utilisée à leur profit pendant des siècles, pour maintenir les mères dans un statut non décisionnel* »

Cela se vérifie toujours, aujourd'hui dans la quasi-totalité des milieux professionnels, de telle manière qu'une nouvelle loi est intervenue pour atteindre l'égalité salariale.

1 L'égalité salariale (loi n° 2006-340 du 23 mars 2006)

Cette loi vise à supprimer les écarts de rémunération entre homme et femme qui est encore de l'ordre de 4,5 %, – et cet écart stagne malgré les mesures antérieurement prises) mais aussi à concilier l'emploi et la parentalité.

Des recherches internationales récentes ont démontré,, que depuis 1996 la corrélation entre le taux de fécondité et le taux d'activité des femmes, négative auparavant est devenue fortement positive, principalement dans les pays ayant mis en place des dispositifs améliorant la conciliation travail-famille, lesquels pays ont également le taux d'activité féminine le plus élevé.

Dans nos pays développés, avec les perspectives démographiques que l'on connaît, c'est d'un intérêt stratégique évident. Dans ce cadre, certaines mesures pourront également profiter aux hommes, le congé paternité par exemple, dont profitent de plus en plus les jeunes pères : les deux tiers d'entre eux, selon le ministère de l'Emploi et de la Santé.

Mais revenons à l'égalité salariale : en 2006, pour la première fois, la gagnante du tournoi de tennis de Roland Garros a reçu la même somme que son homologue masculin. Déjà des voix se sont élevées pour faire remarquer que ces dames passent moins de temps sur le court (trois sets maximum au lieu de cinq pour les messieurs). Ainsi est mise en lumière la difficulté de l'application du principe « *à travail égal – salaire égal* » puisque seules des raisons objectives et matériellement vérifiables pourraient justifier un écart de rémunération.

La chambre sociale de la Cour de cassation, rappelle souvent ce principe avec les atténuations pouvant y être apportées.

Le texte nouveau, modifiant de nombreux articles du Code du Travail, tend à **supprimer les inconvénients liés à l'état de grossesse**, tant :

- Pour la salariée : maintien de la rémunération, droit à l'augmentation du salaire et aux avantages et accessoires du salaire, droit aux congés payés.
- Que pour l'employeur : en lui facilitant le remplacement de la salariée en congé en lui octroyant un crédit d'impôt à la formation du salarié recruté, par exemple.

Il prévoit également des obligations renforcées de négociation et des incitations pour parvenir à l'égalité de rémunération.

Cette loi a été fortement allégée par le Conseil constitutionnel qui a déclaré inconstitutionnels 11 des 31 articles votés, lesquels portaient principalement sur la promotion de l'accès des femmes aux instances délibératrices et constitutionnelles, estimant que la considération de sexe ne doit pas prévaloir sur celle des qualités professionnelles, sur l'estime et la confiance mutuelle ou sur la liberté de contracter ou d'entreprendre.

D'ailleurs, laquelle d'entre nous le souhaiterait ?

Aristote en professant « *qu'on ne peut traiter également des choses inégales et que l'inégalité est l'égalité entre des inégaux* » est ô combien, toujours d'actualité, ce qui nous convainc, s'il en était besoin de l'extrême difficulté et complexité de cette quête vers l'égalité. Ce nouveau texte fera-t-il échec à la stagnation constatée depuis quelques années malgré diverses mesures antérieures apparemment ineffectives ?

Mais peut-être la femme travaillant dans le milieu familial sera-t-elle mieux lotie ?

2 Le conjoint collaborateur

Depuis la loi du 23 décembre 1985, le principe est celui de l'égalité des époux dans l'exercice des professions. (articles 223 et 1421 du Code civil). Toutefois, l'égalité entraîne la liberté par l'entrepreneur et réciproquement, mais ce n'est pas sans risque pour le conjoint principalement commun en biens et la famille toute entière.

La loi DUTREIL du 1er août 2003 a ajouté aux protections contre les créanciers, (emprunt, caution, information, surendettement), l'insaisissabilité de la résidence principale de la famille par déclaration notariée, publiée aux hypothèques. Mais la conjointe ou compagne du chef d'entreprise (ce sera le plus souvent la femme) doit aussi être protégée contre ce dernier car trop souvent une collaboration informelle était apportée sans contrepartie financière, ni couverture sociale, ni droits à la retraite.

La chambre criminelle de la Cour de cassation avait déjà sanctionné en 2002 (Cass. crim. 22/10/02) ces abus d'emploi durable et permanent du conjoint en déclarant le chef d'entreprise coupable de travail dissimulé.

La loi PME (n° 2005-882 du 2 août 2005) met un terme à ces pratiques particulièrement injustes en cas de séparation des époux, en imposant un choix pour un statut déterminé :

- conjoint collaborateur,
- conjoint salarié,
- conjoint associé. (article L 121-4-I du Code de commerce)

La publicité adéquate au choix exercé sera effectuée au Greffe du Tribunal de commerce.

Faisons remarquer que la concubine ou la partenaire pacsée n'est pas concernée par ces dispositions, ce qui est sans doute regrettable eu égard d'une part à la diminution du nombre de mariage et d'autre part au besoin accru de protection dans ce type de couple. Cela peut même constituer, pour les défenseurs du mariage, un inconvénient non incitatif au convol en justes noces.

Ce statut obligatoire s'impose également aux professions indépendantes (artisan, commerçant, libéraux) et aux gérants de société (SARL-EURL-

SELARL). Ce qui peut poser des problèmes en matière « *d'affectio societatis* » puisque les autres associés n'auront pas leur mot à dire sur l'entrée du conjoint dans la société

Cette collaboration du conjoint pourra être exercée à temps partiel et être cumulative d'une autre activité, ce qui est d'une grande souplesse et permet de correspondre à des cas différents. Le conjoint collaborateur bénéficiera d'une présomption de mandat du chef d'entreprise et les actes accomplis pour les besoins de l'entreprise n'entraîneront aucune obligation personnelle.

Le lien de subordination du conjoint salarié est atténué : il suffira qu'il y ait participation effective pour que le lien de subordination soit présumé de manière quasi irréfragable et il bénéficiera bien sûr de tous les avantages du salariat (assurances maladie, chômage, formation, retraite…)

Ces dispositions sont favorables à la femme, conjointe du chef d'entreprise et visent – à défaut d'égalité complète, – au respect de son travail et de ses droits ; la bilatéralisation est parfaite avec l'homme si c'est la femme le chef d'entreprise.

A présent la bilatéralisation existe également en matière de pension de réversion, ce qui n'était pas toujours le cas, au détriment des hommes.

Le seul écueil de ces dispositions pourrait être le coup de frein donné à l'initiative économique, à trop vouloir protéger l'entrepreneur et sa famille, mais ce risque devrait pouvoir être compensé par d'autres qualités inhérentes à l'entreprise en bonne santé.

Conclusion

La femme du IIIe millénaire a encore, dans sa quête d'égalité, quelques bastions à conquérir. Quant à atteindre le bonheur parfait, la solution est sans doute individuelle. Le risque majeur de notre société où « *l'individu-roi* » impose sa nouvelle loi est le manque d'amour. Pour l'éviter, les recettes d'une femme célèbre rappelées par notre consœur Bernadette TEJEDOR-FAJA dans le numéro spécial de notre mouvement consacré aux femmes me paraissent tout à fait efficaces et en plus elles confèrent la beauté. Dans la famille, pour recevoir beaucoup, ne faut-il pas donner encore plus ? Nos compagnons, nos enfants si nous savons les chérir, et faire parfois quelques concessions, nous le rendent bien. Dans la société, dont la famille quelle que soit sa forme, est la cellule de base, c'est pareil : nos qualités d'organisation et de courage peuvent y faire merveille si l'on se donne un peu de mal

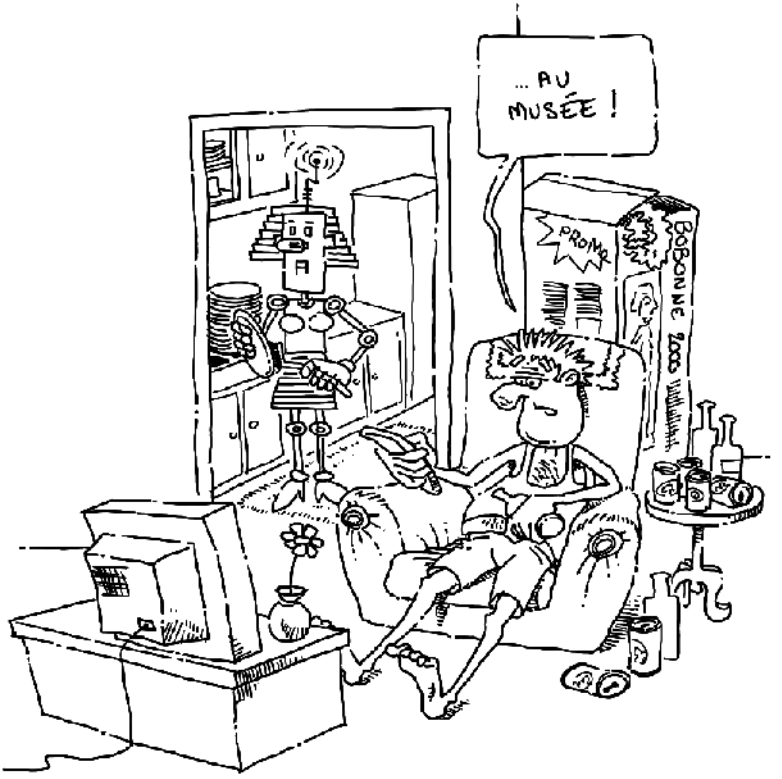
Et puis en regardant autour de nous, dans le contexte international, nous pouvons comparer notre situation à celle de femmes d'autres continents et nous estimer satisfaites de la place qui est la nôtre, dans la société occidentale d'aujourd'hui.

Au Maroc, un nouveau Code de la famille est entré en vigueur, il y a peu ; il est révolutionnaire pour la situation juridique, sociale et familiale de la femme. Gageons qu'il faudra beaucoup de temps pour qu'il pénètre les contrées les plus reculées du pays mais aussi les mentalités des hommes, père, frère ou mari qui n'en croient pas leurs oreilles quand on leur dit ce que le nouveau Code prévoit…

Nul doute qu'avec nos qualités de toujours, tendresse, charme, douceur, auxquelles s'ajoutent notre courage et nos mérites mieux reconnus, agrémentées d'une grande dose de bonté mêlée d'indulgence et de patience, et d'une bonne pincée d'humour, nous saurons obtenir des hommes qu'ils nous accueillent bon gré malgré dans les plus hautes instances et au plus profond de leur cœur.

Etre une femme, dans notre société de demain, restera une chance et un atout, sachons les exploiter : Vive l'éternel féminin.

NADINE WILLEMENOT DE NANC



FORUM INTERNATIONAL

FORUM INTERNATIONAL

La technique juridique de la polygamie

Marie Caroline HOUDRY

Notaire stagiaire à Paris
D.E.S.S. Droit notarial
Trésorière de L'ACSEN (Association des anciens élèves du Centre Supérieur d'Etudes Notariales)

Exemple du Cameroun

LA POLYGAMIE a toujours été un sujet de débat, de curiosité voire d'amusement dans nos sociétés occidentales, et le jugement que les peuples du monde peuvent porter sur cette institution matrimoniale varie considérablement selon que l'on vit dans des pays où domine la coutume ou l'Islam, en Afrique, dans les pays arabo-musulmans ou en Asie.

Etymologiquement, « *polygamie* » signifie pluralité de mariages et s'applique à la pluralité d'époux (polyandrie) ou d'épouses (polygynie).

La polyandrie ne se trouve plus guère, à titre anecdotique, qu'à Mayotte.

La polygamie est reconnue par contre, dans une cinquantaine de pays : Algérie, Birmanie, Cambodge, Sénégal, Somalie, Maroc, et le Cameroun notamment. Dans ces pays à dominance patriarcale, la polygamie véhicule l'idée de richesse et de puissance.

La polygamie se caractérise par un libéralisme surprenant et par un syncrétisme juridique et sociologique qui ne peuvent que générer un sentiment de curiosité, voire un certain rejet de la part du monde occidental imprégné de valeurs judéo-chrétiennes. La polygamie est perçue dans tous les pays chrétiens d'Europe comme une institution profondément contraire à leur civilisation.

En France, le Code civil a emprunté au mariage religieux l'exigence des « *hautes valeurs morales* » de fidélité, d'honneur, et d'amour qui sembleraient ainsi inconciliables avec l'institution polygamique ou l'infraction de bigamie, considérées comme avilissantes, rétrogrades et contraire à la morale.

Pourtant, la polygamie couvrirait dans le monde, selon certaines estimations, un champ infiniment plus vaste que la monogamie ! (certains l'estiment à près de 80 % des sociétés connues sur terre).

Ce système est en général étroitement lié à une religion – la religion musulmane – mais pas seulement et on le verra à travers l'exemple du Cameroun.

Pour un juriste, plusieurs interrogations surgissent inévitablement à l'esprit :

Le statut juridique personnel des conjoints et des enfants dans les familles polygamiques bénéficie t'il d'une protection comparable à celle en vigueur dans les familles monogamiques ?

Le droit de la responsabilité civile ou pénale en vigueur dans les systèmes polygamiques obéit-il aux mêmes canons que celui applicable au sein des familles monogamiques ?

En quoi les règles de la solidarité applicables au sein des familles polygamiques présentent-elles une originalité par rapport aux règles régissant les familles monogamiques ?

Nous avons fait le choix d'étudier toutes ces questions à travers l'exemple d'un pays francophone, le Cameroun, parce qu'y cohabitent deux systèmes apparemment inconciliables : la Polygamie comme régime légal et la monogamie comme régime d'option.

De nombreux systèmes juridiques offrent en effet une option entre le statut monogamique et le statut polygamique.

Au Cameroun, l'ordonnance du 29 juin 1981 qui régit le mariage, admet la polygamie dans son article 49, mais n'apporte aucune précision et surtout ne fixe aucune limite à cette institution matrimoniale. On en déduit que sur le fond, ce texte reconnaît à l'homme camerounais la possibilité d'épouser autant de femmes qu'il le souhaite. Mais en général, l'homme camerounais polygame épouse au maximum quatre femmes, chiffre, qui constitue le plafond légal dans les autres pays où existe la polygamie

Certains auteurs ont observé que la jurisprudence est allée jusqu'à donner à ce texte une portée nouvelle et étonnamment extensive. En effet, plusieurs arrêts de la Cour suprême camerounaise ont très clairement proclamé le principe selon lequel la forme polygamique du mariage constituerait le droit commun pour les Camerounais et qu'en l'absence d'un choix exprès de la monogamie, les époux étaient censés mariés sous la forme polygamique.

La polygamie est le Droit commun au Cameroun et s'applique dans toutes les régions, au nord (chez les musulmans), mais également dans le sud (chez les chrétiens) ; et aussi, chez les Animistes.

Historiquement, la polygamie a été introduite au Cameroun à partir de l'indépendance du pays en 1960 parce que le premier président de la République camerounaise était musulman. Toutefois, la polygamie n'a pas été introduite par l'Islam, elle préexistait dans l'organisation de la société tribale.

Il apparaît donc qu'au Cameroun, la volonté des époux peut influer sur la nature de la première union matrimoniale.

Les époux qui se marient devant l'officier d'État civil peuvent opter soit pour le Code Napoléon, notre droit civil, donc pour la monogamie et ils seront alors soumis au régime légal de la communauté, soit pour le Droit coutumier et ils seront alors soumis au régime de droit commun, la polygamie.

Le mari polygame peut opter pour un régime matrimonial communau-

taire. S'il n'a pas exprimé de choix, les juges lui appliquent les mêmes règles qu'en cas de monogamie : communauté légale ou communauté coutumière.

Il existe autant de communautés avec le mari, que celui-ci a d'épouses. Il est toutefois possible de changer de régime matrimonial au cours du mariage (passer par exemple du Code Napoléon – régime monogamique au droit coutumier – régime polygamique)

L'étude de la technique juridique de la polygamie à travers l'exemple du Cameroun paraît donc opportune.

Nous traiterons dans un premier temps des effets extra-patrimoniaux du *Mariage polygamique* (I) c'est-à-dire des rapports personnels des époux pendant le mariage, mais également lors de la dissolution de celui-ci, que ce soit par divorce ou par répudiation.

Nous aborderons dans un second temps les effets patrimoniaux du *Mariage polygamique* pendant le mariage, puis au décès du mari polygame (II).

I Les effets extra-patrimoniaux pendant le *mariage polygamique*

Rapports personnels des époux pendant le mariage (A) et rapports personnels des époux lors du divorce ou de la répudiation (B).

A Rapports personnels des époux pendant le mariage

1 Les époux polygames sont-ils des époux comme les autres ?

L'un des reproches majeurs exprimés par les pourfendeurs de la polygamie réside sur l'existence d'une inégalité entre les différentes épouses du polygame qui serait d'une part « *verticale* » (a), et d'autre part « *horizontale* » (b).

a – Cette inégalité serait d'abord « verticale ».

En effet, il y aurait une hiérarchie entre les épouses en fonction de leur entrée dans le « *groupe* », c'est-à-dire selon la date de leur mariage. Le rang des épouses obéirait donc à la même logique que celle qui préside au rang d'inscription des hypothèques : les premières venues auraient une sorte de priorité sur les dernières et la première épouse appelée « *la doyenne* » serait ainsi au-dessus de la mêlée. Il s'agit à nos yeux d'une comparaison tendancieuse et sans fondement car l'expérience montre que la qualité de « *doyenne* » n'est pas une donnée juridique fondant l'inégalité statutaire des épouses, mais tout simplement une donnée « *subjective* », et au meilleur des cas « *sociologique* ».

Elle s'explique, en effet, dans les sociétés africaines par l'âge généralement élevé de la première épouse qui impose respect aux épouses plus jeunes et lui confère une certaine autorité morale au sein du « *groupe* ».

Les rapports sociaux reposant sur le respect du droit d'aînesse se trouvent transposés dans les rapports matrimoniaux sans que cela ne porte en aucune

façon préjudice à la qualité d'épouse qui est pleinement reconnue aux femmes les plus jeunes.

b – Selon les adversaires de la polygamie, l'inégalité entre les épouses serait également « horizontale ».

Le mari, véritable patron de « *harem* » et chef de tribu, aurait des droits absolus et arbitraires sur ses différentes épouses, qui lui devraient toutes une obéissance sans bornes. Le nombre toujours croissant d'épouses serait inversement proportionnel à la « *paresse* » du mari qui exploiterait celles-ci selon leurs capacités, leurs potentialités et la rentabilité effective de chacune.

Le mari aurait, par ailleurs, le droit de choisir une ou plusieurs épouses préférées ; on peut remarquer encore comment à travers ce « *droit de préférence* », le langage juridique utilisé est à nouveau emprunté au droit des sûretés et notamment des « *privilèges* ». On peut considérer qu'il s'agit ici d'affirmations volontairement péjoratives et généralisatrices et qui ne reposent sur aucun fondement juridique. La personnalité juridique d'une femme n'est pas fondamentalement affectée, diminuée ou pervertie du seul fait qu'elle est l'épouse d'un polygame : la polygamie doit rester ce qu'elle est, à savoir un choix de vie. C'est d'abord et avant tout l'expression d'une liberté individuelle juridiquement encadrée, un véritable droit de la personne (le droit de choisir son mariage), et non pas le signe d'une dépravation des mœurs. Au Cameroun, le mariage polygamique est différent selon les religions.

Dans la religion musulmane, les femmes sont traitées de la même façon et la polygamie y est organisée. La loi interdit (en droit musulman) de mettre les femmes dans les mêmes habitations, chaque épouse a sa maison avec ses enfants, et le mari doit respecter une certaine égalité entre les épouses. En cas de conflits entre les femmes, c'est l'Imam qui pourra servir d'arbitre.

Dans le sud du Cameroun (religion chrétienne), la gestion est plus difficile car les épouses vivent sous le même toit.

Dans la religion chrétienne, la polygamie est autorisée par la loi, mais interdite par l'église.

1* Quid *de la fidélité ?

Lorsqu'un Camerounais décide d'opter pour le droit « *moderne* », c'est-à-dire le code Napoléon, il devient monogame, et cela sera inscrit sur son extrait d'acte de mariage. Si un Camerounais décide, alors qu'il a opté pour la monogamie, d'épouser une seconde femme, il peut être pénalement responsable pour « *bigamie* ». Cela peut en effet arriver, le système d'État civil étant mal organisé au Cameroun. L'époux peut passer à nouveau devant l'officier d'État civil sans que celui-ci puisse vérifier qu'il est déjà marié sous le régime monogamique.

Cependant si la première épouse le découvre, elle peut revendiquer ses droits et, en général, elle réussit. En principe, l'infraction de bigamie ne concerne pas les époux soumis à statut personnel polygamique, sauf si l'époux polygame dépasse le plafond légal prévu. L'infraction de bigamie ne concerne véritablement que les époux dont le statut personnel est la monogamie.

Les conséquences de cette bigamie sont que la première épouse de bonne foi peut demander l'annulation du second mariage, lequel deviendra un mariage « *putatif* », et si des enfants sont issus de ce second mariage, ils ne seront pas naturels mais légitimes. Lorsque les deux conjointes de l'époux bigame sont de bonne foi, il faut fictivement – c'est l'effet de la putativité – considérer que les deux mariages ont produit pleinement leurs effets jusqu'à leur dissolution.

2 Une solidarité étendue dans les rapports personnels ?

En Afrique, comme dans le reste du monde, les règles régissant le Droit de la famille prévoient de nombreuses obligations fondées sur un idéal de solidarité entre les différents membres de la famille.

Dans les systèmes polygamiques africains, on s'aperçoit *de facto* ou *de jure*, que ces mécanismes de solidarité vont bien au-delà de ce que l'on connaît dans le droit de la famille en Europe à cause de l'intervention de trois facteurs essentiels : le poids des traditions, le particularisme de la polygamie et la grande dimension des familles africaines.

Ces trois facteurs exercent une influence considérable aussi bien dans les rapports entre les époux que dans les rapports entre les époux polygames et leurs enfants, même s'il faut admettre que les conflits sont monnaie courante et que les mariages polygamiques sont loin d'être de longs fleuves tranquilles…

Selon ses adversaires, la polygamie impliquant un partenariat multiple et désordonné, l'absence de solidarité, l'amour sans exclusivité, le libertinage, c'est-à-dire l'incontinence et la « *boulimie* » sexuelle, ne serait en définitive que la forme institutionnelle et libéralisée de la luxure.

La polygamie est ainsi souvent présentée en Europe comme une institution hypocrite et immorale et comme le point culminant de l'égoïsme conjugal. On admettra qu'il s'agit là d'une critique excessive, même s'il est exact de reconnaître que la sobriété sexuelle n'est pas la vertu la plus partagée chez les maris polygames.

C'est pourquoi, il importe de signaler que tous les droits des pays Africains qui pratiquent l'islam sont d'accord pour condamner l'infidélité du mari « *polygame* » qui viole la règle de la « *tétragamie* » en se remariant ou en pratiquant simplement l'adultère avec une cinquième femme. Le divorce est alors

accordé à toute épouse demanderesse et le cinquième mariage est évidemment frappé d'une nullité d'Ordre Public.

Au Cameroun, la jurisprudence rappelle que le mari ne doit entretenir des relations sexuelles qu'avec ses femmes actuelles et avec elles seulement, et qu'en conséquence, il commet l'adultère lorsqu'il entretient des relations avec une femme, fut-elle sa nouvelle. En réalité, la polygamie n'est pas plus hypocrite ou immorale que le mariage monogamique n'est parfait.

Aucune raison logique ne permet de penser que l'honneur, la sincérité et les valeurs morales sont plus présents chez l'une que chez l'autre. On pourrait d'ailleurs se demander pourquoi et en quoi une union polygamique serait plus répréhensible que les unions homosexuelles dont on connaît le succès croisant en Europe. Il faut donc s'efforcer d'admettre que la polygamie soit aussi bâtie sur des préceptes moraux acceptables, elle est un « *choix de vie* » communautaire et constitue une expression particulièrement puissante de la sociabilité. Chaque membre assure des responsabilités communautaires et participe aussi à la survie des autres (par exemple, les repas entre les épouses ou les repas entre les différents enfants sont souvent pris ensemble, dans un contexte de partage et de solidarité familiale). Les événements sociaux tels que les naissances, les mariages ou les décès sont également vécus dans une solidarité communautaire.

Les textes juridiques africains rappellent souvent qu'en plus du respect de l'obligation de secours et d'assistance, certaines exigences morales particulières doivent être honorées dans les mariages polygamiques.

Au Cameroun, c'est la jurisprudence qui rappelle généralement le respect de ces exigences morales au nom du respect des obligations nées du mariage. Ainsi, le Tribunal de Grande Instance de Wouri a tranché que « c*onstitue une violation du devoir d'assistance, le mari polygame qui assiste sans intervenir à la* "bastonnade" *d'une de ses épouses par les enfants d'une autre de ses épouses.* »

3* Quid *de la cohabitation ?

Comme dans tout mariage, les époux polygames doivent également respecter l'obligation de cohabitation qui, comme on le sait, constitue l'un des piliers de la solidarité matrimoniale. A ce titre, le mari se trouve dans l'obligation de pratiquer une cohabitation rotative et équitable. Il est alors tenu d'honorer la chambre et les repas de chacune de ses épouses en respectant parfois un calendrier préalablement établi et s'ils ne vivent pas sous le même toit, il doit doter chacune de ses épouses d'une habitation qui lui est propre et qu'elle partage avec ses enfants.

Le juge Camerounais se montre très pointilleux dans le respect de l'obligation de cohabitation et rappelle qu'une simple sieste dans la chambre de l'une et les nuits dans la chambre de l'autre ne suffisent absolument pas !

4 **Quid** ***des rapports entre enfants et parents ?***

Le statut des enfants issus de mariages polygamiques ne soulève aucune difficulté particulière en Afrique, dans les pays comme le Cameroun, qui reconnaissent la polygamie. Ce sont des enfants légitimes au même titre que ceux issus d'un mariage monogamique. Ce statut garantit l'égalité des droits des enfants et ne saurait être remis en cause que si le mariage polygamique dont est issu l'enfant concerné a été célébré en violation des exigences légales. Tous les enfants issus d'un même père polygame se considèrent comme des frères et sœurs au sens plein du terme.

Sur les plans théoriques et pratiques, c'est principalement en ce qui concerne la « *responsabilité des parents du fait de leurs enfants* » que la famille polygamique semble présenter un grand intérêt pour les juristes en droit civil.

Si la responsabilité solidaire des père et mère du fait de leurs enfants est envisageable dans les droits Africains, elle reste souvent purement théorique car en vertu de la règle de la puissance paternelle c'est le père qui en répondra généralement à l'exclusion de ses différentes épouses. On peut à ce propos s'interroger sur les fondements véritables d'une telle responsabilité dans le contexte Africain : repose t'elle sur l'exercice de la « *garde* » ou plutôt simplement sur l'exercice de « *l'autorité parentale* » ?

a Sur l'autorité parentale et la garde

Si l'on devait retenir le fondement de « *l'autorité parentale* », le problème de la responsabilité civile deviendrait extrêmement délicat, car dans les sociétés Africaines, nombreuses sont les personnes qui revendiquent ou qui sont appelées à exercer effectivement l'autorité parentale sur un enfant.

En effet, outre le père et la mère, cette prérogative pourrait être indifféremment reconnu à tous les proches en âge adulte, notamment les grands-parents, les oncles et tantes, mais aussi et surtout à chacune des épouses du polygame. On déboucherait alors vers une responsabilité civile « *collective* » des membres d'une même famille ou d'un même clan comme chez les Romains et en tout cas à une responsabilité collective des co-épouses. Cela est l'une des raisons pour lesquelles ce fondement semble avoir suscité une certaine méfiance des législateurs africains.

Ceux-ci semblent avoir massivement préféré le fondement de la « *garde* », c'est-à-dire que la responsabilité repose d'abord et de toute évidence sur le père et la mère de l'enfant, mais peut par la suite se déporter sur toute autre personne uniquement si les père et mère démontrent avoir transféré la garde de leur enfant à la personne concernée (par exemple à l'une des épouses du père polygame).

Mais la grande originalité vient de ce que parmi les mesures législatives qui prévoient dans certains pays le transfert de la garde et l'exercice de la tutelle par des tiers en cas de disparition ou en cas d'incapacité des père et mère, nulle part n'est retenue la reconnaissance d'un tel droit au profit des épouses du polygame. On peut donc conclure que la responsabilité au sein des familles polygamiques conserve une grande relativité et qu'en particulier une co-épouse ne doit pas *a priori* être tenue civilement responsable des actes d'un enfant qui n'est pas le sien.

Seul le transfert volontaire et exprès de la garde justifierait une telle charge.

b Quid *de la solidarité entre les parents et enfants ?*

Tous les parents à travers le monde sont tenus d'assurer l'entretien, l'éducation, et de veiller à la santé de leurs enfants. Ces trois obligations de base se trouvent décuplées dans leur étendue dans les familles polygamiques en raison du grand nombre d'enfants qui peuvent très logiquement naître de différents lits.

Par ailleurs, ces obligations peuvent durer très longtemps, car dans bon nombre de pays africains, la majorité légale n'est pas fixée à 18 ans comme en France, mais à 21 ans révolus. Ces obligations particulièrement lourdes peuvent se prolonger même après la majorité, notamment lorsque les enfants poursuivent des études supérieures ou se trouvent au chômage. Cette situation place le père de famille et la mère des enfants devant des responsabilités parentales immenses et pose évidemment le problème du maintien de la polygamie et des politiques natalistes dans un contexte de pauvreté.

c Quid *des relations des enfants d'un mariage polygamique avec leurs « belles-mères » ?*

Le père et la mère ne sont pas les seuls à pouvoir assumer ces obligations et c'est justement à ce niveau que l'on peut mesurer l'étendue de la solidarité en Afrique car les autres épouses du polygame mais également ses proches parents peuvent être mis à contribution.

En effet, les autres femmes du polygame jouent le plus souvent un rôle de « *relais* » dans la prise en charge des enfants de leur mari, issus d'un autre lit. Ainsi, un enfant peut être nourri, éduqué, scolarisé, par les co-épouses, si celles-ci ont des moyens matériels ou des revenus plus importants. Ce devoir particulier de solidarité se trouve d'ailleurs, le plus souvent, amplifié et consolidé en cas de décès de la mère. Dans ce dernier cas, l'une des épouses du polygame peut se substituer spontanément à la mère défunte, par solidarité matrimoniale et familiale.

B La dissolution du lien polygamique « *inter-vivos* »

Poser la compétence de principe de la loi du lien polygamique, c'est en fait décider que la dissolution du lien polygamique doit se faire par répudiation, tant il est constant que polygamie et répudiation vont souvent de pair dans les systèmes juridiques qui connaissent ces institutions. Mais il ne faut pas confondre l'effet et la cause. Ce n'est pas la polygamie qui appelle la répudiation, mais la répudiation qui justifie – en partie – la polygamie.

> « Plutôt que de répudier, pour en épouser une autre, une femme stérile, malade, ou trop âgée, certains préfèrent au système des épouses successives, la solution infiniment plus coûteuse et plus difficile d'une deuxième épouse à côté de la première ».

L'extension qui pourrait être donnée à la loi matrimoniale ne reposerait donc pas sur la considération selon laquelle elle organiserait le mode le plus approprié à la dissolution d'un tel lien. Le choix qui peut être fait en sa faveur repose sur des considérations autres, même si, par la force des choses, le plus souvent, cette option devait aboutir à proposer aux époux la forme de la répudiation. Ces considérations sont le corollaire de celles qui ont été faites à propos des droits et devoirs entre époux. Par raisonnement analogue, il tombe sous le sens que la sanction de ces obligations que constitue le divorce, sera plus facile à mettre en œuvre dans le cas d'un système de polygamie, notamment pour apprécier la réalité et la gravité de leur violation, qu'au regard d'une loi de monogamie qui oblige à tout le moins, à effectuer un travail d'adaptation.

Le bien-fondé de l'extension de la compétence de la loi matrimoniale pour régir la dissolution du lien polygamique paraît, en conséquence, peu discutable.

1 Quid du divorce ?

a – La procédure

La sortie du mariage au Cameroun se fait de manière progressive et commence par une séparation de fait. La séparation de fait débouche soit sur une séparation de corps, soit sur un divorce. La séparation de corps est régie par les dispositions des articles 306 à 311 du Code civil telles qu'elles étaient applicables à l'indépendance du pays en 1960.

La coutume a fortement influencé la réglementation en matière de divorce, qui est de ce fait assez originale. Le cas d'un divorce peut être jugé devant un Tribunal coutumier seulement lorsqu'il s'agit d'un mariage n'étant pas légalisé par un acte de mariage.

Un tribunal coutumier ne peut juger une affaire qu'avec le consentement des deux parties impliquées. Chaque partie a le droit de faire juger

l'affaire devant une juridiction nationale plutôt qu'un tribunal coutumier et de faire appel d'une décision rendue par un tribunal coutumier devant une juridiction nationale. La plupart des tribunaux coutumiers permettent également de faire appel de leurs décisions auprès d'instances traditionnelles supérieures. L'épouse abandonnée peut se voir attribuer un droit à pension alimentaire.

b – Les causes du divorce

Une des causes de divorce prévues par le code civil est : l'adultère (articles 229 et 230). On a déjà abordé la question de la fidélité dans un mariage polygamique qui ressurgit ici sous l'angle de la notion d'adultère : ne commet pas l'adultère celui qui entretien des relations sexuelles avec une femme qui est son épouse légitime, même si elle n'est pas l'unique.

Les autres causes de divorce sont : condamnation à une peine afflictive ou infamante, excès, sévices ou injures ayant rendu impossible le maintien de la vie commune (article 232 du Code civil).

Les causes de divorce prévues par les coutumes et codifiées par l'arrêté du 11 janvier 1936, sont : divorce sur les torts de l'un des époux, le mari pouvait demander le divorce pour « *mauvaise conformation de la femme* » ou conduite inhabituelle de la femme, la femme pouvait demander le divorce pour maladies contagieuses graves communiquées par le mari ou mauvais traitements.

La jurisprudence a étendu les causes coutumières de divorce : refus par le mari d'espacer les naissances, répudiation invoquée par la femme…

2 *Quid* de la répudiation ?

La répudiation est un mode de dissolution très simplifié, et l'on peut craindre qu'elle ne soit systématiquement préférée à tout autre mode par le mari, qui n'hésitera pas à utiliser tous les stratagèmes pour y parvenir.

La répudiation présente la caractéristique d'être « *unilatérale, discrétionnaire, maritale et extra-judiciaire* ». Le législateur camerounais n'a pas retenu la répudiation comme cause de dissolution du mariage. La répudiation, cependant, existe mais surtout dans la religion musulmane.

Dans les pays où elle existe, les épouses n'ont pas le droit à une prestation compensatoire, elles retournent chez elles, dans leur famille. Il est également important de noter que la répudiation peut se faire dans les deux sens !

En effet, la femme peut décider de répudier son mari et partir vivre dans sa famille ou se remarier avec un autre homme. Il s'agit souvent, dans ce cas, de femmes instruites, que l'on appelle au Cameroun « *les longs crayons* ».

II Les effets patrimoniaux du mariage polygamique

Nous verrons dans un premier temps les rapports pécuniaires entre les époux durant le mariage « *in vivos* » (A), puis dans un second temps les conséquences du décès du mari polygame, rapports « *mortis causa* » (B).

A Les rapports pécuniaires « *inter-vivos* »

Comme nous l'avons dit précédemment, les conflits familiaux sont monnaie courante car les mariages polygamiques africains sont en général des fleuves extrêmement mouvementés.

En milieu rural, ces conflits naissent généralement des rapports personnels : convoitise, jalousie, sorcellerie, disputes, etc… Mais de plus en plus fréquemment, et surtout en milieu urbain, les conflits sont également provoqués par des litiges patrimoniaux survenant dans les relations entre les épouses ou entre les enfants des différentes co-épouses, voire entre les épouses et leur mari, ou même entre les co-épouses et la famille du mari.

L'imbroglio juridique dépasse alors par sa complexité, les conflits patrimoniaux déjà bien difficiles au sein des familles monogamiques. Le cadre limité de cette étude ne nous permettant pas d'être exhaustif sur les multiples cas de figure qui peuvent se présenter, quelques observations générales suffiront à résumer notre propos.

1 Quid du régime matrimonial ?

On peut au préalable rappeler que sur le terrain des régimes matrimoniaux, les sociétés africaines étant, par essence, de type communautariste, les époux vivant en milieu rural ignorent quasi systématiquement le régime de la séparation de biens. Il en découle dans les familles polygamiques « *un conglomérat naturel* » de communautés de biens constituées autour du mari commun.

Selon la jurisprudence camerounaise, le mari polygame constitue avec chaque épouse un « *domicile conjugal* », et donc une « *pluralité de communautés légales* ». (Arrêt Cour d'appel de Douala en date du 30 avril 1971).

Ces communautés « *agglomérées* » génèrent alors des relations d'autant plus conflictuelles que les co-épouses vivent sous le même toit ! Ainsi, utiliser les casseroles, les assiettes, ou les verres de l'autre peut provoquer des conflits inimaginables, et *a fortiori*, les garde-robes, la voiture, les bijoux, et les objets de luxe… Les rôles d'arbitre et de conciliateur du mari apparaissent alors essentiels et déterminants pour le rétablissement de la concorde familiale. On observe également bien souvent des conflits patrimoniaux entre les épouses autour de l'exercice du devoir de secours et de la contribution aux charges du mariage.

Aussi, importe t'il de rappeler, dans un contexte de polygamie, que ce devoir n'existe juridiquement qu'entre le mari et chaque femme, et non entre les différentes femmes. Le Droit camerounais retient ainsi que le mari ne saurait utiliser les revenus de l'une des épouses pour subvenir aux besoins des autres. Si l'on conçoit une communauté de biens entre le mari et chaque femme, il n'y en a, en principe, aucune entre les femmes, et de plus, les biens que chacune d'elles a en commun avec le mari ne sont pas ceux qui sont en commun avec les autres.

2 Le régime de communauté légale est-il un régime adéquat ?

Cette observation met l'accent sur une évidence : la polygamie ne se prête nullement à une communauté de biens à la Française entre les époux. En effet, il faut admettre que les régimes communautaires ne peuvent fonctionner dans le cadre d'une union polygamique et c'est la raison pour laquelle dans de nombreux pays où la polygamie est pratiquée, le régime légal est un régime de séparation de biens.

Au Cameroun, le mari polygame peut opter pour un régime matrimonial communautaire, c'est-à-dire qu'il aboutit à une coexistence de plusieurs communautés du fait de la pluralité de mariages qu'il faut articuler entre elles. Ce régime de communauté est-il bien adapté à résoudre le problème crucial du fonctionnement des régimes matrimoniaux concomitants ?

Il suffit de prendre quelques textes du Droit français concernant la communauté légale pour être convaincu que le régime communautaire, tel du moins qu'il est organisé en Droit français ne peut être appliqué à une situation de polygamie. La première difficulté est de pouvoir déterminer la composition de chaque communauté.

La notion d'acquêts faits par les époux durant le mariage (article 1401 du Code civil) ne peut viser que les acquêts du mari et de l'une des épouses, pour chaque union.

Cette juxtaposition de communautés se présente en réalité comme un noyau commun, la part de communauté revenant au mari, avec des satellites, celle de chaque épouse. Mais la difficulté est que, durant le mariage, les biens communs, forment un tout et qu'on ne distingue pas, avant la liquidation, ce qui revient au mari et ce qui revient à la femme.

Un exemple de l'impossibilité de distinguer se trouve dans la mise en œuvre des articles 1409 et 1413 du Code civil, lorsqu'il s'agit de déterminer les dettes de la communauté. Lorsque celles-ci proviennent du chef du mari, elles tombent bien sûr en communauté, ce qui du côté du mari désignerait « *le noyau commun* » aux différentes communautés de son union polygamique.

Mais l'article 1413 du Code civil permettant aux créanciers de saisir les biens communs : chaque communauté contenant ces biens communs répondant de la dette, celle-ci devrait alors être supportée par toutes les épouses, même si la dette n'a pas été contractée pour l'entretien de leur « *propre* » ménage.

La seconde difficulté découle de la première et est devenue très sensible depuis la réforme opérée par la loi du 23 décembre 1985.

Le pouvoir reconnu aux deux époux d'administrer seuls les biens communs conduirait dans l'hypothèse d'une union polygamique et toujours en raison de l'existence du « *noyau commun* », à conférer à chaque épouse le pouvoir d'administrer l'ensemble des biens communs de chaque communauté de l'union, faute de pouvoir les distinguer.

Si l'on en juge ainsi, il faut donc se ranger à l'évidence : la polygamie s'accorde mal avec l'esprit du régime communautaire.

Dans la religion musulmane, le régime juridique des biens des époux peut être apparenté à un régime de séparation de biens, du moins en ce que chacun conserve une totale indépendance patrimoniale : l'épouse musulmane, en particulier, reste propriétaire de sa dot, du patrimoine qu'elle acquiert par héritage, libéralité ou suite à une activité professionnelle, et elle dispose sans ingérence du mari. On peut affirmer que le Droit musulman, en organisant l'indépendance des patrimoines des conjoints, a opté pour une vision séparatiste du régime de leurs biens qui constitue le droit commun en la matière et les relations pécuniaires des époux dans un mariage polygame obéissent donc à ces règles.

B Les rapports *Mortis-Causa* : la succession d'un homme polygame

La situation du « *veuf* » (de l'une de ses épouses) polygame n'appelle pas, en elle-même, d'observations particulières en l'absence de liens juridiques entre les co-épouses.

Le mari polygame, conjoint survivant, héritera (si un droit successoral lui est reconnu) de son épouse décédée, de la même façon qu'un veuf monogame hérite de son conjoint décédé. En revanche, l'état de polygamie fera naître des difficultés spécifiques, ne serait-ce que par la présence de plusieurs épouses susceptibles de revendiquer leurs droits de conjointes survivantes. En cas de décès du mari, les conflits patrimoniaux peuvent être exacerbés entre les différentes veuves en concours, mais aussi entre les différents enfants des co-épouses appelées à la succession de leur père.

En règle générale, et pour sauvegarder l'unité de la famille, les différentes législations africaines et notamment celle du Cameroun, reconnaissent les

mêmes droits à toutes les épouses légitimes du mari défunt, mais aussi les mêmes droits à tous les enfants, comme s'ils étaient nés de la même mère.

1 *Quid* de la dévolution légale ?

Le droit des successions est régi par les dispositions du code civil de 1804 en vigueur en 1960 (articles 718 à 892 anciens du code civil français). Les règles de dévolution ne sont cependant pas toujours bien suivies par la jurisprudence camerounaise. Exemple : décision ayant admis que le frère du de cujus hérite seul en présence d'ascendants ou que les neveux du défunt héritent seuls. Il faut attendre une réforme législative du droit des successions ; un nouveau code des personnes et de la famille est en cours, et va intégrer les problèmes liés à la polygamie et ses conséquences.

En matière de famille « *naturelle* », le droit camerounais est resté en retrait par rapport au droit français et les lois du 3 janvier 1972 et du 3 décembre 2001, les droits successoraux de l'enfant naturel sont limités par rapport à ceux de l'enfant légitime. Le conjoint survivant succède en principe en usufruit, qui porte selon les cas sur le quart, la moitié en usufruit ou la totalité des biens successoraux, est exceptionnellement en pleine propriété (la loi du 26 mars 1967 et l'ordonnance du 23 décembre 1958 n'ont pas été rendues applicables au Cameroun).

2 *Quid* en cas de décès du mari polygame ?

L'usufruit réservé au conjoint survivant en présence d'enfants du *de cujus* doit-il être réparti entre toutes les épouses survivantes ou doit-il être alloué en totalité à chacune d'elles ?

La seconde solution a eu peu de partisans en doctrine, les auteurs en grande majorité se rejoignant sur le principe de la répartition. En cas de décès du mari polygame, les femmes sont considérées comme formant une seule entité et sont appelées à se partager l'usufruit. En effet, le principe de la répartition paraît tout à fait justifié en dépit du montant dérisoire qu'il conduit à allouer à chaque épouse si elles sont plusieurs.

3 *Quid* de la liquidation de la succession ?

On applique les règles du code civil français tel qu'il est demeuré applicable au Cameroun :

- Transmission de la succession : possibilité d'accepter la succession purement et simplement, sous bénéfice d'inventaire, ou de renoncer.
- Liquidation du passif : l'héritier est tenu ultra vires s'il accepte purement et simplement, *intra vires* en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Le partage est régi par les règles du code civil de 1804, non modifiées par la loi de 1938. En général, les femmes ne demandent pas la liquidation de la communauté. Lorsqu'il y a des enfants mineurs, les mères vont devant le

tribunal pour attester la dévolution successorale et la plupart du temps, c'est la mère qui sera désignée administratrice et qui pourra gérer le patrimoine tant que les enfants sont mineurs. On passe sous silence les conséquences patrimoniales et donc on ne statue pas dessus.

Les épouses se rendent chez le notaire pour la liquidation de la succession alors que la liquidation de la communauté n'a pas été réglée. Toute la masse patrimoniale devient alors la masse successorale et on ne prend pas en considération le fait que la femme ait pu contribuer à l'enrichissement de la communauté. On occulte le problème patrimonial et les liquidations de régime matrimonial ne vont généralement pas à leur terme. Dans les successions, ce sont les enfants qui héritent (le Droit camerounais reconnaît les mêmes droits à tous les enfants comme s'ils étaient nés de la même mère), mais en général, ce sont les garçons qui héritent, et le droit d'aînesse a toute son importance. C'est l'aîné qui va gérer le patrimoine, sauf disposition contraire du de cujus, si un autre fils est plus instruit et plus capable.

Le fils aîné va prendre la place de son père et va s'occuper des femmes de celui-ci de la même façon, car il ne doit pas privilégier sa mère. Ce fils aîné est considéré comme l'administrateur de biens de la succession, c'est l'héritier « *principal* ».

Dans la religion musulmane, chaque épouse aura un droit d'usage sur son logement. Dans la religion chrétienne, elles habitent souvent sous le même toit et là les choses sont plus complexes, et ce sont les tribunaux qui vont résoudre les conflits.

Le Tribunal d'Instance, le premier jugement relève du droit coutumier (les tribunaux coutumiers ont un rôle important même si le droit coutumier n'est pas codifié). Si on interjette appel, c'est le Droit Napoléon (notre Code civil) qui va s'appliquer.

4 *Quid* des donations entre époux (a) et des donations entre vifs (b) ?

a – Donation entre époux

L'époux polygame peut faire une donation entre époux, mais ces donations sont peu fréquentes.

b – Donation entre vifs

Les donations entre vifs testaments et pactes sur successions futures restent aujourd'hui régis par les dispositions du code civil de 1804 tel qu'il était applicable en 1960 au Cameroun (article 893 à 1100 dans leurs anciennes versions, non modifiées par les lois françaises des 7 février 1938, 20 juillet 1940, 28 décembre 1967, 3 juillet 1971, 3 janvier 1972 et l'ordonnance du 7 janvier 1959).

Conclusion

La polygamie restera toujours une institution matrimoniale totalement énigmatique et aux antipodes des canons du Droit civil importé d'Europe.

En Afrique, et notamment au Cameroun, elle constitue un choix de vie banal et normal basé à la fois sur la reconnaissance « *juridique* » de l'autonomie des couples, sur leur volonté de vivre « *sociologiquement* » et « *humainement* » une union plurielle, et donc une véritable communauté conjugale, construite dans le respect des personnes et des valeurs traditionnelles.

Loin de constituer « *le temple de l'immoralité et du servage* » que l'on décrit parfois, elle renferme et véhicule un certain nombre de valeurs ancestrales autour des principes de la liberté du choix matrimonial, de l'acceptation volontaire de l'autorité du mari, de l'égalité des co-épouses et de la solidarité familiale.

Tout le problème et nul ne pourrait le contester, c'est que cette institution, si naturelle en milieu rural et dans les sociétés traditionnelles, semble aujourd'hui totalement inadaptée en milieu urbain et dans le monde moderne.

Elle soulève en effet, des difficultés que les intéressés et les pouvoirs publics quels qu'ils soient, ont bien du mal à résoudre :

- problèmes de logement pour familles nombreuses
- problèmes d'éducation et de scolarisation des enfants
- problèmes alimentaires dans des pays souvent déshérités
- problèmes d'accès à la santé
- problèmes de protection sociale

Pour toutes ces raisons, la polygamie apparaît comme une institution anachronique car inadaptée aux réalités du monde moderne.

Il faut, en effet, des moyens matériels considérables pour vouloir l'exporter dans les grandes villes et *a fortiori* en Europe.

En le faisant, les polygames prennent le risque de se voir traités comme de « *vulgaires délinquants d'alcôves* ».

Mais, comme le soulignait le Doyen CARBONNIER :

« c'est que dans tout mariage il y a à la fois une immanence et une transcendance, des aspects humains et d'autres que l'humanité n'explique pas, un mélange, une rencontre de la terre et du ciel ».

Marie Caroline HOUDRY

• Remerciements à Maître Joël ETOKE, Notaire à Douala (Cameroun) pour sa précieuse contribution.

• Extraits de l'ouvrage intitulé « *Réflexions sur la Polygamie Africaine* » de M. Martin NDENDE ; Maître de Conférences de Droit Privé à l'Université de Nantes – Maison des Sciences de l'Homme Ange-Guépin

• Extraits de l'ouvrage intitulé « *Mariage Polygamique et Droit Positif Français* » de M^me^ Béatrice BOURDELOIS, Docteur d'État en droit.

ANNEXE

BONJOUR, QUEL EST VOTRE STATUT ?
NOTAIRE

ANNEXE

Notion d'homosexualité
Histoire juridique de l'homosexualité

L'homme qui couche avec un homme comme on couche avec une femme : c'est une abomination qu'ils ont tous deux commise, ils devront mourir, leur sang retombera sur eux.

Le Lévitique, 20, 13

Mieux vaut être deux que seul, car ainsi le travail donne bon profit.
En cas de chute, l'un relève l'autre.
Hélas ! Celui qui est seul, s'il tombe,il n'a personne pour le relever.
Et si l'on couche à deux, on se réchauffe, mais seul, comment avoir chaud ? [2]

L'Ecclésiaste, 4, 9 et 10 et 11

Le Gouvernement et la majorité préfèrent une démarche au grand jour.
Oui, les homosexuels existent !
Oui, il leur arrive de vivre en couple !

M^me^ Elisabeth GUIGOU, Garde des Sceaux,
Ministre de la Justice, devant l'Assemblée nationale,
2^e^ séance du mardi 3 novembre 1998

2• Cité devant l'Assemblée nationale lors du débat sur le PACS par le député communiste Georges HAGE, 1re séance du vendredi 9 octobre 1998.

ABORDER L'HOMOSEXUALITÉ dans un environnement notarial est une entreprise qui peut paraître *prétentieuse* à double titre.

Tout d'abord, car le sujet n'a pas été défloré publiquement par la profession. D'où la difficulté propre à tout terrain inexploré. D'où une *originalité* qui présente tantôt l'attrait de la nouveauté, tantôt le rejet de ce qui dérange.

Ensuite, en raison des *risques* de classification des auteurs que ce type d'étude implique malheureusement le plus souvent. C'est en pleine conscience de cette *difficulté* et de ces *risques* que le Mouvement Jeune Notariat abordera très humblement le sujet.

L'homosexualité semble avoir toujours existé. Aussi loin que remontent les témoignages écrits du vécu de l'humanité, l'homosexualité est présente. Ainsi, la mythologie grecque nous enseigne le *rapt de Ganymède* par l'aigle de Zeus qui le transporta auprès du Dieu de l'Olympe [3].

Dans *Le banquet de Platon*, l'amour « *ouranien* » est proprement masculin. Et la Bible [4] décrit la pédérastie des habitants de Sodome et Gomorrhe.

L'homosexualité semble exister dans tous les types de sociétés. Condamnée dans certaines, l'homosexualité constitue une indispensable étape de l'apprentissage de la virilité dans d'autres sociétés, anciennes et actuelles [5], comme le résume M^me^ Badinter [6]:

> « *Des Grecs aux Sambia, des Romains aux Scandinaves du Moyen-âge, des samouraïs japonais aux Baruya, tous ont pensé que la vraie virilité passait par une relation étroite entre deux hommes* ».

3• FERNANDEZ D. « *Le rapt de Ganymède* », Grasset 1989.

4• *Genèse*, 19.

5• Cf. le paragraphe « La pédagogie homosexuelle » *in* BADINTER E., « *X, Y, de l'identité masculine* », Ed. Odile Jacob 1992.

6• *Ibidem*, p. 123.

Voire, un mode d'accès au pouvoir, selon Jacques Corraze [7] :

« Dans certains cas, le sperme, transmis oralement ou analement, représente la voie symbolique de la diffusion du pouvoir. Un tel rituel est répandu en Polynésie, comme chez les Papous d'East Bay, ou en Afrique, chez les Siwans, mais la Grèce en est l'expression la plus célèbre. »

Il semble que l'homosexualité existera toujours. Elle a précédé le notariat, et elle lui survivra [8]. En ce sens, le notariat ne peut ignorer cet *aspect de l'humanité*, ce *comportement*, ce *choix de vie différent*, fussent-ils minoritaires ! Car la théorie des droits de l'homme nous enseigne de *ne pas confondre minorité et marginalité*. Parce que les homosexuels vivent *parmi la population*, et non à côté d'elle, en raison de leurs *objectifs et finalités semblables à tout être humain*, et car leur problématique peut être techniquement différente, ils méritent l'*attention particulière du notariat*.

La présente étude ne comportera pas de jugement de morale. Comme l'écrivent Maîtres Sylvie JULIEN-SAINT-AMAND-HASSANI et Benoît RENAUD [9], « *la morale est subjective et les principes de nos grands-parents ne seront sûrement pas ceux de nos enfants* ». Cette modeste étude est réalisée dans un cadre purement juridique. Il ne s'agit ni d'une participation à un quelconque groupe de pression, ni d'une contribution à un pamphlet moraliste ni libertaire, mais d'une simple et modeste analyse technique : « *il doit demeurer un domaine de moralité et d'immoralité d'ordre privé qui, en termes brefs et crus, n'est pas l'affaire du droit* ». [10]

Avec la brillante analyse de la **Famille homosexuelle** par Céline VILAIN (*cf. supra)*, il nous est apparu utile de définir la notion d'homosexualité (I) et de dresser une brève histoire juridique de l'homosexualité (II).

7• CORRAZE J., « *L'homosexualité* », Que sais-je n° 1976, PUF, 5e Ed., 1996, spéc. p. 19.

8• Cette phrase se nourrit des angoisses des notaires et futurs notaires relatives à l'éventuelle disparition future du monopole.

9• In « *Demain la famille, quel concept ?* », 95e Congrès des Notaires de France, Marseille 9-12 mai 1999.

10• Rapport de la Commission Wolfenden sur les infractions homosexuelles et la prostitution, section 61, septembre 1957.

I Notion d'homosexualité

> « Tous les êtres peuvent prendre comme objets sexuels des personnes du même sexe comme de l'autre sexe… ils répartissent leur libido d'une manière soit manifeste, soit latente, sur des objets des deux sexes. »
>
> *Sigmund Freud*

Vocabulaire. Le terme « homosexuel », au sens de « *personnes ayant des rapports avec une personne de même sexe* » fut utilisé pour la première fois en langue serbe (*Homosexualität*) en 1869 par un médecin hongrois, Kàrolay Mària Benkert, dit Kertbeny [11].

> Antérieurement, d'autres noms étaient utilisés, mais ils désignaient également d'autres formes de sexualité : En droit romain et en droit canon : « *Stuprum* », signifiant littéralement « abus sexuel », et recouvrant, en sus des actes homosexuels, les actes sexuels violents, et d'autres formes de sexualité illégales. Ensuite, l'homosexuel est appelé « sodomite », ce terme désignant toute relation sexuelle déviant du coït hétérosexuel « pur » : relations orales, anales, zoophilie. « *Bougre* » apparaît en France au XIII^e^ siècle, visant aussi bien les homosexuels que les hérétiques. Enfin, on découvre dans les archives de la police française du XVIII^e^ siècle les termes « *pédéraste* » ou « *infâme* ».

Kertbeny fut le premier, dans le dernier tiers du XIX^e^ siècle, à appréhender l'homosexuel comme une personne ayant des rapports sexuels avec une autre personne de même sexe, et à l'isoler. Puis, afin de supprimer la signification purement sexuelle du terme, Arent Van Santhorst proposa en 1949 de le remplacer par « *homophile* ». Vingt ans plus tard, peu après la fameuse émeute du 27 juin 1968 dans le bar *The stonewall* de Greenweech Village, naissait le terme *Gay*, repris dans le monde entier. Dans le langage courant, il se rapporte aujourd'hui plutôt à des homosexuels masculins vivant ouvertement comme tels et affirmant leur sexualité [12]. Précisons que tous les termes ci-dessus rappelés désignent les homosexuels masculins, l'homosexualité féminine ayant été presque ignorée jusqu'au début des années 60 [13].

11• Kertbeny, « Le mal social causé par l'article 143 du Code pénal prussien », Leipzig, Serbe, 1869, cité par LEROY-FORGEOT F. in « Histoire juridique de l'homosexualité en Europe », PUF 1997.

12• Dans le jargon « gay », ayant réalisé leur « *coming out* », qu'on peut traduire comme l'action d'extérioriser son homosexualité, de la révéler à l'entourage et au public.

13• Si nous pouvons faire abstraction du « *saphisme* » du XIX^e^ siècle, lié à l'île de Lesbos et à sa prêtresse Sappho, rappelé par M. DORWLING CARTER *in* « *La communauté de vie des homosexuels masculins ou féminins peut-elle être source de droits ou génératrice d'effets juridiques, conclusions avant SOC* ». 11 juillet 1989, Rapport de la Cour de cassation 1989, et spéc. 2^e^ partie, A, (2°).

Psychanalyse de l'homosexualité. A la suite de la découverte sémantique, à la fin du XIXe siècle, débutèrent les premières analyses objectives de l'homosexualité ; Ulrichs (1879) et Hirschfeld (1902) définirent l'homosexuel comme « *une âme de femme dans un corps d'homme* ». Cette définition fut contestée à l'époque, notamment par A. Gide, qui dissociait le rôle de l'orientation.

Au début du XXe siècle, Sigmund Freud initia la théorie de la bisexualité originaire[14], défendant l'aspect naturel et non pathologique de l'homosexualité. Cette bisexualité originaire fut confirmée par la première étude sociologique d'importance sur l'homosexualité : le RAPPORT KINSEY, au milieu du XXe siècle (1948). Kinsey, dans sa définition, avait privilégié l'activité, un homosexuel étant alors un individu ayant eu des contacts l'ayant conduit à l'orgasme avec une personne de son propre sexe.

- Sur une population d'hommes de 16 à 55 ans, Kinsey (1948) comptait 4 % d'homosexuels exclusifs. Plus tard, d'autres études en compteront 6 à 7 % en 1973, et 6 % en 1976.
- Sur une population de femmes de 15 à 45 ans, Kinsey (1948) trouvait 2 % d'homosexuelles exclusives (3 % en 1976).
- Plus pertinent encore, Kinsey montrait que 37 % des hommes et 28 % des femmes avaient connu un orgasme avec une personne de même sexe[15].

Les chiffres de ce rapport ont été confirmés par des études ultérieures, dont certaines très récentes : il y aurait en France près de quatre millions d'homosexuels[16]. De nombreux analystes ont défendu cette conception de la sexualité indifférenciée, de l'absence de dichotomie définitive dans l'orientation sexuelle qui opposerait homosexuels et hétérosexuels.

L'orientation sexuelle dans la notion de sexe en sexologie. L'orientation sexuelle a également été étudiée par la sexologie car elle contribue à la précision de la notion de sexe. En effet, en sexologie, quatre concepts s'avérent[17] indispensables pour préciser le sexe de l'individu :

1. Le sexe biologique, comprenant trois composantes :

1a – le sexe chromosomique ;

1b – le sexe hormonal (prénatal et postnatal) ;

1c – le sexe anatomique (caractères sexuels primaires et secondaires) [18].

14• « *Tous les êtres peuvent prendre comme objets sexuels des personnes du même sexe comme de l'autre sexe (…) ils répartissent leur libido d'une manière soit manifeste, soit latente, sur des objets des deux sexes* », cité par E. BADINTER, *op. cit.*, spéc. p. 160.

15• Sur toutes ces études, cf. J. CORRAZE, *op. cit.*, spéc. p. 10.

16• K. ACHOUI, « *Les petites affiches du 10 août 1994* », p. 7, thèse de M. Branlard.

17• J. CORRAZE, *op. cit.*

18• Sur le détail du sexe chromosomique et anatomique ou morphologique, cf. BRANLARD, « *Le sexe et l'état des personnes* », LGDJ 1993, et spéc. n° 1356 et ss.

2. L'orientation sexuelle, qui intéresse particulièrement notre étude. Cette orientation sexuelle comprendrait trois dimensions :

- l'imaginaire, le fantasme.
- les sentiments, l'affect.
- l'activité proprement dite.

Une évaluation plus complète de l'orientation sexuelle a été proposée par Klein (1980), et suggère le tableau suivant :

– trois colonnes déterminent le temps : passé, présent, idéal.

– sept lignes : l'attraction sexuelle, le comportement sexuel, les fantasmes sexuels, la préférence émotionnelle, la préférence sociale, l'identification personnelle et le style de vie homo-hétérosexuel.

– dans chacune des vingt-et-une cellules, on évalue les réponses de 0 (hétérosexualité exclusive) à 6 (homosexualité exclusive).

3. Le rôle sexuel ou sexe comportemental : c'est l'ensemble des caractères physiques et psychologiques qui, dans un cadre culturel déterminé, distingue les sexes. A ce sujet, il convient de préciser que le stéréotype très largement répandu en Occident, selon lequel l'homosexuel est efféminé et l'homosexuelle masculine, est bien évidemment faux.

4. L'identité sexuelle, qui est la reconnaissance par le sujet de sa spécificité d'homme ou de femme.

Ces quelques notions nous permettent de déterminer la *relative complexité* de l'homosexuel qui possède les trois éléments distinctifs du sexe auquel il appartient (biologique (1), comportemental (3) et identitaire (4)) mais a une orientation sexuelle (2) différente de celle de la majorité des individus de son sexe. Cette orientation sexuelle différente et minoritaire conduit souvent à croire que l'homosexuel a également un sexe comportemental (3), ou une composante du sexe biologique (1), ou une identité sexuelle (4) différents. Ce n'est pas le cas.

Notion de sexe en droit. Ce « *démembrement sexologique* » de la notion de sexe a provoqué certaines conséquences juridiques. Ainsi, le sexe chromosomique (1a), auquel correspondraient « *normalement* » (c'est-à-dire sans traitement ni maladie) le sexe anatomique (1c) et le sexe hormonal (1b), ne suffit plus à définir le sexe juridique d'un individu.

Le 11 décembre 1992 [19], l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, pliant sous l'autorité de la Cour européenne des droits de l'homme [20], a admis que le sexe juridique pouvait résulter de la réunion des deux éléments suivants :

19• Ass.plén., 11 décembre 1992, *JCP 1993*,II, 21991, concl. Jéol, obs. Mémenteau.

20• Thierry Garé, « Condamnation de l'état français pour refus de modification de l'état civil d'un transsexuel », *JCP 1992*,II, 21955, à propos de C.E.D.H. 25 mars 1992.

• le rôle sexuel ou sexe comportemental (3) ;
• l'identité sexuelle (4) ;

A condition que ces deux éléments aient conduit à la modification artificielle, sous contrôle médical, du sexe anatomique et du sexe hormonal [21].

Fort heureusement, l'orientation sexuelle n'est pas un moyen de détermination du sexe juridique. En effet, le droit positif n'érige pas de norme d'orientation sexuelle pour tel ou tel sexe, et ne définit pas un homme ou une femme en fonction de ses attirances sexuelles. Le droit est neutre à ce sujet : un homme attiré par les hommes reste un homme ; une femme attirée par une femme reste une femme. Cette règle, ou plutôt cette absence de règle, nous semble devoir être approuvée.

Distinction de l'homosexualité avec d'autres notions. Bien appréhender l'homosexualité nécessite de la différencier très nettement d'autres cas déviants de la majorité des comportements sexuels, avec lesquels s'opère souvent une confusion complète et regrettable dans l'esprit de personnes n'ayant pas étudié la question. Il est nécessaire de distinguer complètement l'homosexualité du *transvestisme* (1), du transsexualisme (2), et de l'hermaphrodisme (3), distinctions pouvant être schématisées dans un tableau (4) :

1. Distinction de l'homosexualité et du transvestisme [22]

Ainsi, le transvestisme est caractérisé par le plaisir éprouvé à porter des vêtements bien spécifiques du sexe opposé au sien. Le transvesti est un « *faussaire* » qui a « *un comportement fétichiste* » [23]. Mais le transvesti est parfaitement conscient d'appartenir à son sexe biologique (à l'inverse du transsexuel), se comporte parfois extérieurement comme les personnes de sexe opposé par pur jeu sexuel, et subit une attirance sexuelle envers les personnes de sexe opposé au sien. C'est à propos du fondement même de la conception de l'homosexualité, l'orientation sexuelle, que le transvesti se distingue de l'homosexuel [24]. En ce sens, la confusion est impossible.

2. Distinction de l'homosexualité et du transsexualisme - Le *transsexualisme* a défrayé la chronique judiciaire nationale et européenne ces dernières années. En conséquence, aucun juriste, y compris le plus conservateur, n'ignore cette particularité sexuelle.

21• Ce qui conduisait Me P.-J. Claux, Notaire à Créteil, à répéter : « *Après la sexualité à la carte, voici le sexe à la carte !* » - Cours de Droit Civil Notarial - DESS de droit notarial - Université de Paris I Panthéon Sorbonne - 1991/92.

22• Ce terme de « *transvestisme* » est préféré par J. CORRAZE à celui de « travesti », au sens trop large ; *in* « L'homosexualité », Que sais-je - *PUF*, 5e Ed., 1996, spéc. p. 47.

23• BRANLARD J.-P., « Le sexe et l'état des personnes », *LGDJ 1993*, et spéc. n° 1459.

24• D'ailleurs, selon une étude contemporaine (par Prince et Bentler, 1972), il n'y aurait que 1 % d'homosexuels parmi les transvestis. Citée par J. CORRAZE *in* « *L'homosexualité* », *op. cit.*

Brièvement, le transsexuel est un individu ayant à l'origine un sexe biologique parfaitement déterminé (à l'inverse de l'hermaphrodite), mais possédant une identité sexuelle et un sexe comportemental du sexe opposé au sien. Le principal problème du transsexuel est identitaire. Cet état le conduit le plus souvent à modifier artificiellement les composantes anatomiques et hormonales de son sexe biologique et à vivre comme un individu du sexe opposé à celui qui lui avait été attribué à la naissance. La jurisprudence française l'autorise alors à modifier son sexe d'état civil [25] et à changer de prénom. Bien évidemment, les transsexuels sont parfois homosexuels dans le sens purement anatomique du terme, avant leur transformation médicale (un homme s'identifiant comme femme ayant des relations avec un autre homme). Mais M. BRANLARD [26] relève fort justement que dans ce cas précis, « *ils sont hétérosexuels dans le sens qu'ils ont de leur genre* ». Si l'identité sexuelle est perturbée, l'orientation sexuelle est hétérosexuelle.

« *Le sentiment d'appartenir à l'autre sexe n'existe pas chez l'homosexuel. Il n'a pas cette sensation de* « mal-être »*, de* « mal-vivre » *dans son sexe d'origine. L'homosexuel se perçoit bien comme appartenant à son sexe biologique (…) sans perturbation de l'identité sexuelle.* » [27]. Là non plus, la confusion n'est pas possible.

Certes, la distinction peut paraître a priori subtile. En vue d'un diagnostic parfait, il est remarquable que l'homosexuel ne réclame jamais de transformation de sexe.

*3. **Distinction de l'homosexualité et de l'hermaphrodisme*** - L'hermaphrodite, ou « *intersexuel* » présente une coexistence biologique d'attributs sexuels féminins et masculins. Cette morphologie provient de facteurs génétiques [28]. L'homosexuel, rappelons-le, possède de parfaites composantes de son sexe biologique.

*4. **Tableau des distinctions*** - Nous proposons ci-dessous un tableau rappelant les distinctions opérées :

	Sexe biologique	Orientation sexuelle	Sexe comportemental	Identité sexuelle
Hétérosexuel	Normal	Majoritaire	Normal	Normale
Homosexuel	Normal	Minoritaire	Normal	Normale
Transvesti	Normal	Majoritaire	En partie perverti	Normale
Transsexuel	Normal, **puis modifié**	Majoritaire	Inversé	Inversée
Hermaphrodite	Déficient	Majoritaire	Normal	Normale

25• Ass. plén., 11 décembre 1992, JCP 1993, II, 21991, concl. Jéol, obs. Mémenteau.

26• *Op. cit.*, spéc. n° 1445.

27• J.-P. BRANLARD, *ibidem.*

28• Pour une analyse plus précise de l'intersexualité, voy. Jean-Paul BRANLARD, *ibidem.*

L'homosexualité n'est pas une maladie mentale ni hormonale. Il convient également de préciser que l'homosexualité n'est pas une maladie, ni mentale, ni hormonale. En 1913, un psychiatre américain déclara : « *il n'y a plus aucun doute pour moi que l'homosexualité est compatible avec une santé physique et mentale parfaite* » [29]. Après de nombreuses études aux résultats contraires et controversés, le D.S.M. II (*Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, 1968) ne considérait plus l'homosexualité comme un trouble psychiatrique. Des études concluant en sens inverse existent. Mais elles confondent la cause et la conséquence. En effet, d'autres analyses plus précises ont révélé que les divers troubles relevés chez les homosexuels (souffrances névrotiques, perte d'estime de soi, troubles du caractère…) proviennent de la condamnation sociale des homosexuels. Ces derniers seraient donc les victimes psychologiques des normes sociales intolérantes. De plus, il est aujourd'hui démontré que le taux hormonal des homosexuels hommes ou femmes est totalement normal. Il varie de la même manière que chez les hétérosexuels.

L'homosexuel est une personne normale à orientation sexuelle différente. La différence engendre la haine au point de chercher divers maux à des personnes présentant une distinction minoritaire. Mais en conclusion de notre définition, nous confirmons que l'homosexuel est une personne en tous points normale et identique à un hétérosexuel, ayant simplement une orientation sexuelle différente. Telle est également la définition donnée par l'Eglise catholique : « *L'homosexualité désigne les relations entre des hommes ou des femmes qui éprouvent un attirance sexuelle, exclusive ou prédominante, envers des personnes du même sexe. Elle revêt des formes très variables à travers les siècles et les cultures. Sa genèse psychique reste largement inexpliquée.* » [30]

La prohibition de l'Eglise catholique [31]. Même si couple homosexuel ne peut être selon la doctrine catholique. Certes, le Vatican reconnaît qu'« *un nombre non négligeable d'hommes et de femmes présentent des tendances homosexuelles foncières* ». Et qu'« *ils ne choisissent pas leur condition homosexuelle* ». Certes, l'Eglise catholique prescrit qu'« *ils doivent être accueillis avec respect (…) et délicatesse* » et interdit « *à leur égard toute marque de discrimination injuste* ». Mais il ne saurait y avoir d'égalité entre l'hétérosexualité et l'homosexualité dans l'Église. En effet, si « *l'intimité corporelle des époux* » (hétérosexuels) est « *un signe et un gage de communion spirituelle* », l'homosexualité est « *désordonnée* », constitue une « *épreuve* » et provoque la « *compassion* ». Enfin et surtout, « *les personnes homosexuelles sont appelées à*

29. Cité par J. CORRAZE *in L'homosexualité*, Que sais-je, *P.U.F.*, 5e Ed., 1996, spéc. p. 31.
30• Catéchisme de l'Eglise Catholique, Centurion/Cerf/Fleurus-Mame, 1998, et spéc. n° 2357.
31• *Ibidem*, n° 2357 à 2360.

la chasteté. » En conséquence, le couple homosexuel ne peut être défini qu'abstraction faite de ces conceptions, étant ici rappelé que le présent rapport ne comportera aucun jugement de morale [32].

Pratique notariale et homosexualité. La plupart des notaires ont déjà été confrontés à des personnes de même sexe vivant ensemble et désirant réaliser, par exemple, des acquisitions en commun. Nous avons pu les rencontrer en pratique. En fait, dans certains cas que nous avons rencontrés, l'homosexualité des clients n'a pas été clairement exposée, par pudeur, honte ou crainte de la réaction du notaire. Ce dernier la soupçonnant ou la devinant et s'en amusant parfois auprès de ses associés ou collaborateurs [33].

Ce type de comportement est à bannir définitivement, pour deux raisons principales : en application de la loi, et en raison du bon sens.

*1. **En application de la loi**.* Au delà de l'obligation d'instrumenter, l'article 432-7 du Code pénal, applicable à la profession notariale, punit de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende toute discrimination notamment fondée sur les mœurs ou la situation de famille [34], commise par « *une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions (…) lorsqu'elle consiste :*

- *1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;*
- *2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ».

En conséquence, un notaire ne peut, sous peine de sanctions pénales, refuser de prêter son ministère à des clients en raison de leur homosexualité. Mais sans en arriver à cet extrême, le bon sens notarial commande un comportement adapté :

*2• **En raison du bon sens.*** Conseiller des familles, dépositaire des secrets les plus inavouables, le notaire intervient dans toutes les étapes de la vie des individus, de tous les types d'individus, quand bien même la vie de ces derniers ne correspondrait pas à l'idéal ou aux valeurs dudit notaire : le notaire ne doit-il pas être le « *conseil désintéressé des parties* », le « *rédacteur impartial* » défini par le Conseiller Réal [35] il y a plus de deux siècles ? Dans

32• *Supra.*

33• Affirmation tirée de notre expérience personnelle.

34• L'article 432-7 du C. pénal renvoie à l'article 225-1 du même C. qui donne une définition générale de la discrimination.

35• Exposé des motifs de la loi du 25 ventôse an XI : « *A côté des fonctionnaires qui concilient et qui jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant les engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique, et la forme d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et*

la relation de confiance qui doit nécessairement s'instaurer entre le notaire et ses clients, le notaire se doit de présenter une ouverture d'esprit illimitée qui lui permette de comprendre la situation concrète, les besoins et les aspirations de ses clients. Et afin de permettre une parfaite appréhension du contexte, et un traitement sérieux et efficace du dossier, les couples homosexuels devraient expliquer clairement leur manière de vivre et leurs objectifs précis à court, moyen et long terme.

II Histoire juridique de l'homosexualité

« Un penchant amoureux porte Socrate vers les beaux garçons ; il ne cesse de tourner autour d'eux, il est troublé par eux. »

Platon[36]

Deux grandes étapes ont marqué la longue histoire juridique de l'homosexualité ; l'infraction homosexuelle introduite par la chrétienté (A), la dépénalisation de l'homosexualité inspirée par les pensées révolutionnaires (B).

A L'infraction homosexuelle[37]

Grèce et Rome antiques. Platon[38] (IVe siècle avant J.-C.) nous enseigne le caractère courant et socialement accepté du désir érotique de l'homme pour l'homme, dans la Grèce classique. De même, à Rome, existaient des unions d'hommes ou des unions de femmes ressemblant beaucoup à des mariages[39].

Condamnation par le Christianisme. La Bible, dans les lois du Lévitique[40] prononce formellement l'interdiction des relations homosexuelles (entre hommes), qu'elle sanctionne par le « *retranchement du peuple* » ou la peine de

35• (suite) « *enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir de succès l'envie d'élever une injuste contestation. Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes sont les notaires : cette institution est le Notariat.* »

36• Platon, *Le banquet*, 216 d.

37• Ces paragraphes sont largement inspirés de l'excellent ouvrage de F. LEROY-FORGEOT « *Histoire juridique de l'homosexualité en Europe* », Médecine et société, PUF 1997.

38• Platon, *Le banquet*, 213 c-d, et Phèdre, 250 e - 257 b.

39• BOSWELL J., *Les unions de même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Paris, Fayard, 1996.

40• Le Lévitique 18,22 : « *Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme. C'est une abomination.* » Le Lévitique 18,24-29 : « *Ne vous rendez impurs par aucune de ces pratiques (...) Oui, quiconque commet l'une de ces abominations, quelle qu'elle soit, tous les êtres qui les commettent, ceux-là seront retranchés de leur peuple* ». Le Lévitique 20,13 (Fautes contre la famille) : « *L'homme qui couche avec un homme comme on couche avec une femme : c'est une abomination qu'ils ont tous deux commise, ils devront mourir, leur sang retombera sur eux* ».

mort. En conséquence, le christianisme romain condamnait l'homosexualité où « *l'homme libre* » dégradait son statut pour l'assimiler à celui de femme : c'était un « *crime contre la dignité de l'homme* ». Dès le IIe siècle, Athénagore (177) proposa de condamner les homosexuels à l'excommunication. Au IVe siècle, le Concile d'Elvire (305) les interdit de communion, même sur leur lit de mort.

Pénalisation dans l'Empire romain. Après la reconnaissance du christianisme comme religion d'État par l'empire romain (313), les mariages homosexuels furent interdits (342). A partir de 390, et jusqu'au VIe siècle, une loi prévoyait le ***bûcher***.

Droit médiéval. La notion d'infraction homosexuelle semble étrangère à la culture germanique. En conséquence, les régions méditerranéennes – sous influence chrétienne plus forte –, du Ve au IXe siècle, furent les seules à condamner (cruellement) les homosexuels ; par *l'ostracisme public, le rasage de la tête, le fouet, la castration et la peine de mort* au Portugal [41] au début du VIe siècle ; par *la castration* en Espagne au milieu du VIIe siècle. [42]

Droit canon. Le Xe siècle [43] vit une renaissance du droit romain, entraînant une nouvelle condamnation de l'homosexualité, et débouchant à nouveau sur *la peine de mort*, sur *le bûcher*, au XIIe siècle [44]. Cette sexualité était alors qualifiée de « *crime contre nature* » [45], voire de « *crime contre l'humanité* ». L'interdiction de l'homosexualité perdura jusqu'au XVIIe siècle.

B Dépénalisation de l'homosexualité

Droit de l'État moderne. Au XVIIIe siècle, le degré de répression de l'homosexualité fut critiqué, notamment par Montesquieu [46] et Jeremy Bentham, qui en appelèrent à la modération pénale, arguant que le « *crime contre nature* » d'homosexualité n'est ni un crime contre la paix, ni un crime contre la sécurité publique. Ces idées furent appuyées par celle, novatrice, de la limitation de l'ingérence de l'État – espéré démocratique – dans la vie privée des individus.

La tolérance issue de la Révolution française. Pendant qu'aux Etats-Unis (1786) et en Europe [47], les travaux forcés remplaçaient la peine de mort pour

41• Code d'Alaric II, 506.

42• Loi du roi Kindasvith de 650 et loi du roi Receswinthe de 654.

43• Décrets de l'évêque Burchard de Worms.

44• Décret de Gratien, 1160.

45• Concile de Naplouse, 1120.

46• Montesquieu, « *Du crime contre nature* » et « *De l'esprit des Lois* », où il met en garde contre « *la tyrannie qui peut abuser de l'horreur* ».

47• En 1787 en Autriche ; en 1794 en Prusse ; en 1796 en Russie ; en 1861 en Angleterre.

condamner les homosexuels, en France, le Code pénal révolutionnaire de 1791 exclut le « *crime de sodomie* » de toute sanction, pour la première fois dans l'histoire moderne. Le Code Napoléon de 1810 prolongea cette tolérance. Par suite, les diverses annexions napoléoniennes conduisirent à la propagation de cette tolérance aux Pays-Bas, en Belgique, en Italie du Nord et dans plusieurs Etats germaniques.

Discrimination pénale au sujet de l'âge minimal. Sous l'influence des régimes nazi[48], fascistes[49] et stalinien[50], pendant le gouvernement du Maréchal Pétain, la loi n° 744 du 6 août 1942[51] réintroduisit le « *délit d'homosexualité* » en France.

Cette disposition punissait les relations homosexuelles avec un mineur de 21 ans, même consentant. Il ne s'agit plus ici de pénalisation de l'homosexualité en tant que telle, mais d'un problème de « *majorité homosexuelle* » (âge à partir duquel les relations homosexuelles consentantes sont permises sans sanction pénale pour le majeur). Selon Marc Mariée[52], « *c'est l'utilisation de l'expression* » actes contre nature « *qui permet d'affirmer qu'un délit spécifique d'homosexualité était créé* ».

A la Libération, ce texte fut maintenu dans l'article 331 al 3 du Code pénal. Une ordonnance du 8 février 1945 étendit son champ d'application aux cas où l'auteur a agi pour satisfaire les passions d'autrui. L'article 15 de la loi du 5 juillet 1974, abaissant l'âge de la majorité de 21 à 18 ans, entraîna la baisse simultanée de la « *majorité homosexuelle* » et modifia en conséquence l'article 331 al 3 du Code pénal.

Sous la Ve République, une Ordonnance du 25 novembre 1960, ajoutant un second alinéa à l'article 330 du Code pénal sur l'outrage public à la pudeur, aggrava ce délit lorsque le spectacle consistait en un acte homosexuel.

Plus récemment, la loi du 23 décembre 1980 ajouta un deuxième alinéa à l'article 331 du Code pénal[53] réprimant l'outrage public à la pudeur sans

---

48• En Allemagne, à partir de juin 1934, les hommes homosexuels portaient un TRIANGLE ROSE avant d'être envoyés en camps de concentration.

49• En Italie, en 1938, Mussolini promulguât les décrets anti-homosexuels visant à éliminer ces derniers considérés comme « *criminels politiques* » : *emprisonnement, exil…*
En Espagne, à partir de 1936, Franco éliminait les républicains et, parmi eux, des homosexuels, notamment Federico Garcia Lorca.

50• En URSS, un amendement du 7 mai 1934 réprimait l'homosexualité.

51• « *Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende (...) quiconque aura (...) pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes* » impudiques ou contre-nature « *avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans* ».

52• MARIEE M., « L'homosexualité, cause de répression pénale », *Les petites affiches*, 10 août 1994, p. 33.

53• « (...) *sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 60 à 20 000 F. quiconque aura commis un acte « impudique ou contre nature » avec un individu mineur du même sexe* ».

violence. Selon Daniel Borillo [54], « *seule demeure donc (à cette époque) discriminatoire l'incrimination d'homosexualité à propos d'actes commis sur des mineurs de 15 à 18 ans, même avec leur consentement* ». A l'époque, cette discrimination résulte alors de la différence entre la majorité hétérosexuelle (15 ans) et la majorité homosexuelle (18 ans).

Fin de la discrimination pénale. Se fondant sur les principes d'égalité de tous les citoyens devant la loi et de liberté sexuelle (à partir de 15 ans), le gouvernement socialiste et M. Badinter soutinrent alors l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 331 du Code pénal. Cette modification fut obtenue après une lutte houleuse avec le Sénat : la loi du 4 août 1982 supprima cette discrimination et aligna la majorité homosexuelle sur la majorité hétérosexuelle, à l'âge de 15 ans.

Cas où l'homosexualité constitue toujours une infraction pénale. Bien sûr, des situations subsistent où l'acte homosexuel sera pénalement sanctionné. Mais ces actes sont punis de la même manière s'ils sont hétérosexuels ; d'où une absence de toute discrimination. Et il s'agit de cas marginaux dont la répression ne peut qu'être approuvée :

- La diffusion de messages pornographiques lorsqu'ils sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur [55] ;
- L'enregistrement ou la transmission de l'image d'un mineur de 15 ans présentant un caractère pornographique, en vue de sa diffusion (lutte contre la pédophilie) ; [56]
- L'exhibition sexuelle [57] imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible au public ; [58]
- L'agression sexuelle (acte à caractère sexuel sans pénétration) sans violence sur mineur de 15 ans ou avec violence [59/60].

54• BORILLO D., « *Statut juridique de l'homosexualité et droits de l'homme* », in MENDES-LEITE R. (sous la direction de), « *Un sujet inclassable ? approches sociologiques, littéraires et juridiques des homosexualité* », Cahiers Gai Kitsch Camp n° 28, Lille, février 1995. D. BORILLO, Maître de conf. à Paris X et responsable juridique de l'assoc. « *Aides* », a été auditionné par la Commission des Lois du Sénat avant l'établissement du rapport du sénateur Gélard du 10 mars 1999.

55• Article 227-24 du C. pénal (jusqu'à 3 ans d'emprisonnement).

56• Article 227-17 du C. pénal (jusqu'à un an d'emprisonnement et 300 000 F d'amende).

57• Article 222-32 du C. pénal (jusqu'à un an d'emprisonnement).

58• Voiture, forêt, entrepôt, toilettes publiques, parcs, jardins, bars, cabaret, sauna… sauf si les faits se déroulent « *en un lieu où, de notoriété publique, des homosexuels se rencontraient* » : Rennes, 18 avril 1994, inédit, n° 163, Taylor / M.P.

59• Jusqu'à 10 ans d'emprisonnement.

60• Pour un cas d'attentat à la pudeur (art. 333 de l'ancien C. pénal devenu agression sexuelle sans violence dans le nouveau C. pénal) sur mineur de 15 ans (8 à 13 ans en l'espèce) par personne ayant autorité : CRIM. 23 juin 1993, inédit, pourvoi n° 92-84.364.

- les relations entre un mineur (même consentant) et un majeur ayant autorité sur lui ; [61]
- les relations entre un mineur de 15 ans (même consentant) et un majeur ; [62]
- le viol [63], étant ici précisé que le viol homosexuel n'est inclus dans la définition légale que depuis la loi du 23 décembre 1980 [64].

Position du Conseil de l'Europe. Antérieurement à la loi du 4 août 1982, l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe avait adopté le 8 juillet 1981 la recommandation 924 relative à la discrimination à l'égard des homosexuels, demandant : la suppression des lois réprimant les actes homosexuels entre adultes consentants ; l'élimination des discriminations à l'égard des homosexuels.

Mais la Commission Européenne des Droits de l'Homme admettait que les Etats membres puissent établir une différence entre la majorité homosexuelle et la majorité héterosexuelle [65].

Puis, dans un rapport du 1er juillet 1997 [66], la Commission a changé de position au sujet d'une affaire propre à la Grande Bretagne : elle a estimé qu'il n'y avait « *ni raisons objectives ni justifications raisonnables pour maintenir un âge minimum aux relations homosexuelles supérieur à celui fixé pour les relations hétérosexuelles* ».

Grégory BETTA

61• Articles 227-27 (relations individuelles) et 227-22 (relations collectives) du C. pénal (jusqu'à 7 ans d'emprisonnement).

62• Article 227-25 du C. pénal (jusqu'à 5 ans d'emprisonnement).

63• Article 222-23 du Code pénal (jusqu'à 30 ans d'emprisonnement).

64• Pour un cas de viol homosexuel de mineur, voy. CRIM. 14 février 1995, inédit, pourvoi n° 94-85.600.

65• Requête 17279/90, décision du 13 mai 1992, Z c/Autriche ; Requête 22646/93, décision du 26 juin 1995, H.F. c/Autriche.

66• Faisant suite à la requête 25186/94, Sutherland c/Royaume Uni.

PLAN DÉTAILLÉ DU RAPPORT

Plan détaillé du rapport

Avant-propos 3

Familles, je vous aime ! 9

PREMIÈRE COMMISSION : LE CHOC DES GÉNÉRATIONS

La protection juridique des personnes âgées 19
Introduction

I L'ANTICIPATION DE LA PROTECTION DE LA PERSONNE ÂGÉE 25

A L'anticipation de la protection de la personne 25
1 La personne de confiance 26
2 L'admission des directives anticipées 30

B L'anticipation de la protection du patrimoine 37
1 Le mandat de protection future : une mesure attendue 37
2 La fiducie : une mesure discutée 43

II LA MISE EN PLACE D'UNE MESURE DE PROTECTION RÉACTIVE . . . 48

A La réforme des régimes d'incapacité 49
1 Les principes directeurs de la réforme 49
2 Le contenu de la réforme 55

B Les mesures de protection autres que les régimes d'incapacité . 61
1 Les mesures sanctionnant la faiblesse d'esprit 62
2 Les mesures palliant la faiblesse d'esprit 66

Les flux patrimoniaux au sein de la famille 71
Introduction
I Dans quelle mesure certains flux patrimoniaux au sein de la famille sont-ils constitutifs d'une véritable donation ? . . 72

A Typologie des flux patrimoniaux familiaux 72
1 Ils sont le reflet imparfait du périmètre de la famille 72
a – Dans les relations État et Famille 72
b – Dans les relations au sein de la famille 74
Relations parents/enfants : obligation d'entretien 75
Relations au sein d'une famille au sens plus large : obligation alimentaire 76
2 Ils sont le témoignage d'une véritable solidarité familiale 78
a – En ce qui concerne l'enfant 78
Au surplus, et toujours au titre de l'obligation d'entretien… 79
b – L'aide apportée au « *jeune adulte* » 80
c – En ce qui concerne « *l'adulte d'âge mûr* » 80
Compte tenu de l'allongement de la durée de vie… 80
Cette génération sera également bien souvent celle qui va bénéficier des donations… 80
d – L'état de vieillesse 82
C'est ainsi que la personne âgée… 83
La prise en considération de l'état de besoin … 83
(…) les parents âgés peuvent attendre de leurs enfants le respect d'un devoir de piété filiale. 86
(…) la force sociale et solidaire mais aussi toutes les limites 86

B Difficultés de qualification et incidences successorales 87
1 Difficultés de qualification 87
a – Le flux patrimonial au sein de la famille, générateur d'un enrichissement sans cause. 87
En dehors de l'aspect successoral… 88
Lors de la succession… 91
b – Le flux patrimonial au sein de la famille, générateur d'une libéralité. 96
Ceci est particulièrement flagrant… 96
(…)Le caractère modique des primes prélevées de fait sur les revenus… 97
L'occupation gratuite d'un logement par un héritier… 105
Une autre forme d'aide aux enfants… 107
2 Incidences successorales 109
a – Aspects civils 109
Résoudre conventionnellement le problème de qualification 109
Modalités de règlement (créance d'assistance successorale) 110

b – Aspects fiscaux 112
Obligation alimentaire 112
Créance d'assistance successorale 113

II Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptées aux conséquences de l'allongement de la durée de vie ? . . 115

A Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptées à la coexistence de plusieurs générations ? 116
1 Des transmissions transgénérationnelles 116
a – Transmission transgénérationnelle en présence de la génération intermédiaire 116
L'obstacle de la réserve héréditaire : la transmission non maîtrisée 116
La donation partage transgénérationnelle : la transmission maîtrisée . . 125
L'assurance-vie, autre support de la transmission transgénérationnelle . 135
b – Transmission transgénérationnelle en l'absence de la génération intermédiaire 137
Aspects civils 137
Aspects fiscaux : quelle fiscalité en cas de représentation ? 139
2 Des transmissions inter-générationelles 140
a – Les libéralités graduelles 141
Aspects civils. 141
Aspects fiscaux 143
b – Les libéralités résiduelles 144
Situation du premier gratifié 144
Situation du second gratifié 146

B Dans quelle mesure les libéralités sont-elles adaptables et réversibles ? 149
1 Une transmission « *sur mesure* » et modulable en faveur du conjoint survivant 149
a – Par le biais d'une donation au dernier des vivants 149
Faculté de cantonnement de l'émolument du conjoint survivant bénéficiaire d'une libéralité 150
Aménagements conventionnels de la donation entre époux 150
b – Par le biais d'un avantage matrimonial 153
Les nouvelles modalités du changement de régime matrimonial 153
La convention matrimoniale doit être « **boîte à outils modulable** » . . . 155
2 Une transmission réversible pour le donateur 156
a – Quelques moyens pour le donateur de récupérer ce qu'il a donné ou d'en garder la maîtrise 156

Garder la maîtrise de ce que le donateur a donné 156
Récupérer ce que le donateur a donné 158
b – Quelques moyens pour le donateur de réviser ce qu'il a donné 160
Donation alternative (cf. art 1189 C. civ) 160
Donation facultative. 161

CONCLUSION 162

La réserve héréditaire 165
Introduction

I LA PROTECTION DES HÉRITIERS JUSTIFIE LES CONTOURS ACTUELS DE LA RÉSERVE 167

A Les bénéficiaires originels de la réserve héréditaire 168
1 La réserve des descendants 168
2 La réserve des ascendants 169

B L'extension de la réserve au conjoint survivant 172

II LA LIBERTÉ DE DISPOSER JUSTIFIE CERTAINES ATTEINTES À LA RÉSERVE 179

A Assouplissement des mécanismes de protection de la réserve . 179
1 Détermination des libéralités réductibles 179
2 Application de la réduction 180

B Les atteintes portées à la réserve 182
1 Les atteintes portées par le disposant 183
a – Les mécanismes hors droit successoral 183
b - Les libéralités résiduelles et graduelles 184
2 Les atteintes portées par le bénéficiaire 185
a – La renonciation anticipée à l'action en réduction (RAAR) 185
b – la libre disposition de la réserve : les donations trans-générationnelles . . 187

DEUXIÈME COMMISSION : LE CHOC DES FAMILLES

Le couple homosexuel 193

I Assimilation des statuts 194

A Assimilation des statuts patrimoniaux 194
1 Relations financières pendant l'union 194
a – L'actif du couple 194
b – Le passif du couple 203
c – Autres assimilations 206
2 Relations financières à la fin de l'union 209
a – Fin de l'union par la rupture du couple 209
b – Fin de l'union par un décès 216

B Assimilation des statuts personnels 219
1 Devoir d'assistance et de secours 219
2 Devoir de cohabitation 221
a – Evolution du devoir de cohabitation dans le mariage 221
b – Obligation de vie commune dans le concubinage 223
3 Devoir de fidélité 224
a – Prise en compte atténuée de l'adultère 224
b – Devoir de fidélité dans le concubinage 229

II Tentative de clarification des statuts 231

A Coexistence des différents statuts en Europe 232
1 Dans les pays européens 232
2 Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme . 236

B Un nouveau phénomène : le couple parental 237

La famille homosexuelle 245
Introduction

Chapitre I – La famille homosexuelle : une situation 246
I • Constat et analyse d'une situation de fait 246

A Evolution de la Famille ou la fin d'un modèle familial unique . 246
1 De la famille « *traditionnelle* » à la famille « *homoparentale* » 246
a – La famille légitime : structure référentielle de la famille 247

b – Emergence des familles homosexuelles 248
2 De l'homosexualité à la l'homoparentalité 249
a – Le droit à la parentalité conditionné par le droit de la filiation . 250
b – Le droit de la filiation conditionné par la différence des sexes . . . 250

B Les différentes configurations de familles homoparentales . . . 251
1 Familles homoparentales *ab initio* 251
a – Configuration d'une famille homoparentale **ab initio** 251
b – Modes d'accès à la parentalité 251
2 Familles homoparentales recomposées 257
a – Configuration d'une famille homoparentale recomposée. 257
b – Difficultés rencontrées par le parent homosexuel dans l'exercice de ses droits 257

II • Conséquences d'une situation de fait 257

A Conséquences extra-patrimoniales pour l'enfant dont l'un (ou les deux) parents est/sont homosexuel(s) 257
1 Conséquences civiles pour l'enfant 258
a – Absence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. 258
b – Impossibilité d'établir une double filiation. 259
2 Conséquences sociales pour l'enfant 261
a – Conséquences dans la vie quotidienne de l'enfant 261
b – Conséquences en cas de séparation du couple homosexuel 261
c – Conséquences en cas de décès du parent biologique 262

B Conséquences patrimoniales et juridiques pour l'enfant dont l'un (ou les deux) parents est/sont homosexuel(s) 263
1 Conséquences patrimoniales pour l'enfant 264
a – Inégalité des droits patrimoniaux de l'enfant 264
b – Conséquences patrimoniales d'une filiation unilinéaire. 264
2 Conséquences juridiques pour l'enfant 264
a – Recours à des outils juridiques inadaptés 264
b – Distorsion du droit 266

CHAPITRE II – LA FAMILLE HOMOSEXUELLE : REVENDICATION D'UN STATUT JURIDIQUE 268

I • Revendication du droit à l'égalité et à la légalité 268
A Revendication du droit au mariage 268

1 Débats autour du mariage homosexuel 268

a – Les arguments des défenseurs de la famille traditionnelle contre le mariage homosexuel 269
b – Les arguments des défenseurs du mariage homosexuel 271
2 Enjeux du mariage homosexuel 273
a – La fin d'une inégalité 273
b – Le début d'une parentalité légalement établie. 276

B Revendication du droit d'accéder à la parentalité 276
1 Débats autour de l'homoparentalité 276
a – Les arguments des défenseurs de la famille traditionnelle contre l'homoparentalité. 277
b – Ce qu'en pensent les professionnels de la santé mentale. 277
c – Revendication du droit de recourir à tous les modes de procréation artificiels auxquels ont accès les hétérosexuels. 280
2 Enjeux d'une reconnaissance juridique de l'homoparentalité 283
a – Création d'une filiation homo parentale 284
b – Protection de l'intérêt supérieur de l'enfant 285

CHAPITRE III – ETUDE DE DROIT COMPARÉ, TOUR EUROPÉEN 286

A Les différentes unions homosexuelles en Europe 286
1 Le mariage homosexuel en Europe 286
a – Reconnaissance du mariage homosexuel aux Pays Bas, en Belgique, en Espagne 286
b – Régimes juridiques des mariages homosexuels aux Pays Bas, en Belgique, en Espagne 286
2 Les différents partenariats homosexuels en Europe 287
a – Création d'un partenariat en Allemagne, au Danemark, en Suède, en Norvège, en Finlande, au Luxembourg et au Royaume Uni 287
b – Les différents régimes juridiques des partenariats allemand, danois et britannique 288

B La situation juridique des familles homoparentales 289
1 Constats 289
a – Une reconnaissance par étapes 289
b – La forme de l'union n'est pas un facteur dans la possibilité d'accéder à la parentalité 289
2 Les différents modes d'accès à la parentalité en Europe 290
a – L'adoption en Europe 290
b – La procréation médicalement assistée en Europe 290
c – La gestation pour autrui en Europe 290

La place de la femme 293
Introduction

I LA FEMME ET L'AMOUR 294

A L'amour vertical : le désir d'enfant 295
1 Les maternités biologiques 295
a – La maternité naturelle 295
b – La maternité assistée médicalement 296
2 Les maternités de substitution 299
a – la maternité par l'adoption 299
b – Le parrainage 300

B L'amour horizontal ou conjugal 301
1 L'union 302
a – Le mariage 302
b – L'union libre 305
2 La rupture 305
a – Le divorce 305
b – La cessation du concubinage 306

II LA FEMME ET L'ÉGALITÉ 307

A Mesures d'égalisations sans incidences financières 309
1 Les violences conjugales : loi du 4 avril 2006 309
2 La transmission du nom de famille : lois du 4 mars 2002 et du 18 juin 2003 311

B Mesures d'égalisation avec incidences financières 313
1 L'égalité salariale (loi n° 2006-340 du 23 mars 2006) 314
2 Le conjoint collaborateur 315

CONCLUSION 316

FORUM INTERNATIONAL : LA TECHNIQUE JURIDIQUE DE LA POLYGAMIE

L'exemple du Cameroun 321

I LES EFFETS EXTRA-PATRIMONIAUX PENDANT LE MARIAGE POLYGAMIQUE 323

A Rapports personnels des époux pendant le mariage 323
1 Les époux polygames sont-ils des époux comme les autres ? 323
a – Cette inégalité serait d'abord « *verticale* » 323
b – Selon les adversaires de la polygamie, l'inégalité entre les épouses serait également « *horizontale* » 324
1 Quid de la fidélité ? 324
2 Une solidarité étendue dans les rapports personnels ? 325
3 Quid de la cohabitation ? 326
4 Quid des rapports entre enfants et parents ? 327
a. Sur l'autorité parentale et la garde 327
b. Quid de la solidarité entre les parents et enfants ? 328
c. Quid des relations des enfants d'un mariage polygamique avec leurs « *belles-mères* » ? 328

B La dissolution du lien polygamique « *inter-vivos* » 329
1 Quid du divorce ? 329
a – La procédure 329
b – Les causes du divorce 330
2 Quid de la répudiation ? 330

II LES EFFETS PATRIMONIAUX DU MARIAGE POLYGAMIQUE 331
A Les rapports pécuniaires « *inter-vivos* » 331
1 Quid du régime matrimonial ? 331
2 Le régime de communauté légale est-il un régime adéquat ? 332

B Les rapports *Mortis-Causa* : la succession d'un homme polygame 333
1 Quid de la dévolution légale ? 334
2 Quid en cas de décès du mari polygame ? 334
3 Quid de la liquidation de la succession ? 334
4 Quid des donations entre époux (a) et des donations entre vifs (b) ? 335
a – Donation entre époux 335
b – Donation entre vifs 335

CONCLUSION 336

ANNEXE 341

I NOTION D'HOMOSEXUALITÉ 345

II HISTOIRE JURIDIQUE DE L'HOMOSEXUALITÉ 352

A L'infraction homosexuelle 352

B Dépénalisation de l'homosexualité 353

Imprimé par l'imprimerie
Georges Lachaise
à Brive-la-Gaillarde – France
Dépôt légal – Octobre 2006