

Ouverture

Paul-Albert IWEINS
Président du Conseil National des Barreaux

Nous voici au rendez-vous annuel du « Barreau de Famille », tel qu'il a été baptisé par Hélène Poivey-Leclercq, Béatrice Weiss-Gout et les autres coorganisateur. Cette rencontre est devenue un évènement incontournable de notre profession : en effet, nous avons dénombré cette année 1 200 inscrits à ces Etats Généraux, venant de toute la France, dont notamment une quarantaine de confrères des DOM-TOM, que je vous invite à applaudir vivement.

Nous sommes tous là afin de nous informer et de nous former sur le droit de la famille, dans le cadre de la formation continue, qui est elle aussi une réelle réussite. Les statistiques adressées à la Commission Formation du Conseil National des Barreaux confirment combien chacun de nous a bien vécu cette réforme, et en perçoit l'utilité. Des journées comme celle-ci le démontrent clairement : de même qu'au mois de novembre, nous avons dû refuser 300 personnes au colloque organisé sur le dommage corporel – en dépit des 500 places disponibles, 300 participants ont également dû être refusés aujourd'hui. D'autres n'ayant pu trouver de place dans cet auditorium suivent cette réunion par visioconférence, et je les salue également.

Ces Etats Généraux sont l'occasion d'apprendre, mais également de rendre notre vie professionnelle plus conviviale. Notre travail est en effet trop souvent stressant, et ce de plus en plus au fil du temps, en raison d'horaires plus tendus, de clients plus nombreux, comme de la nécessité de gérer au plus près notre facturation ... La fréquentation des audiences, obligation ancienne du métier, de même que celle des buvettes du Palais, ont fortement diminué. Nous nous parlons de moins en moins et nous voyons peu entre spécialistes du droit de la famille, et cette journée est l'occasion de combler ce manque d'échanges.

Comme vous le savez, la spécialité du droit de la famille occupe une part importante dans la profession : un avocat sur deux l'exerce comme activité principale ou secondaire. Par ailleurs, un Français sur deux qui consulte un avocat le fait pour des raisons liées au droit de la famille.

Ces dernières années l'activité législative a été particulièrement dense : la loi sur le divorce, celle sur les successions, la discussion actuelle de la loi sur les tutelles en sont autant d'exemples. Sachez que sur chacun de ces textes, nous nous sommes mobilisés pour faire en sorte de les améliorer, mettant au service de nos concitoyens notre habitude de la pratique. Nous ne sommes certes pas parvenus à imposer nos vues sur tous les sujets, mais nous y travaillons. Concernant les tutelles, dont la gestion actuelle est scandaleuse, ce qui laisse présager une véritable catastrophe à l'heure du vieillissement accéléré de la population, nous nous battons pour que le majeur protégé ait droit à un avocat. Celui-ci ne doit pas comparaître seul devant le juge des tutelles. Cela sera cependant difficile d'en faire une obligation en raison du débat sur l'aide juridictionnelle, de la question de son budget, et de l'extrême sensibilité de l'Etat à cet égard. Cependant, nous souhaitons que l'avocat y soit présent, car la protection des

citoyens dans ce lieu est singulièrement vitale. Je rends d'ailleurs hommage à l'équipe de confrères travaillant à cet effet aux côtés de nos attachés parlementaires.

Nous travaillons, tous ensemble, sur le droit et ses textes, mais également sur l'accès au droit. Ce thème est incontournable, comme le montre notre combat pour la revalorisation de l'aide juridictionnelle. La question qui se pose, et que je vous pose aujourd'hui, est celle de la nature du système à venir. Le Conseil National y travaille, notamment avec la collaboration des syndicats et de la Conférence des Bâtonniers. Des Assises de l'aide juridictionnelle sont organisées le 30 janvier prochain par la Chancellerie. Nous y présenterons les propositions de la profession. Cependant, je ne peux vous cacher que de nombreuses questions ne sont pas tranchées.

Il s'agit de questions de philosophie générale du système : voulons-nous une sécurité sociale judiciaire ou, au contraire, baisser les seuils d'admission – ce qui paraît philosophiquement inadmissible ? Quels nouveaux types de financement s'imposent ? Le débat est toujours vivant au sein de la profession. En tant que membres d'ordres, de syndicats, vous êtes appelés à nous faire part de vos idées prospectives, et peut-être à remettre en cause un certain nombre d'idées reçues de part et d'autre. Comme vous le savez, il faut absolument avancer sur ce point car il est impossible d'envisager de continuer dans les conditions actuelles.

La protection juridique peut être une autre solution de financement de l'accès au droit, comme le suggère le texte que nous avons proposé à travers notre combat pour la promotion d'un véritable moyen d'accès au droit. Celui-ci ne doit pas être uniquement dans la main des assureurs, mais procéder d'une véritable contractualisation entre avocats et clients. J'ai d'ailleurs le plaisir de vous informer que ce texte a été voté hier au Sénat, et qu'il le sera très probablement à l'Assemblée début février. Il s'agira évidemment d'une avancée, même si tout dépendra de ce qu'en feront les assureurs, mais je suis sûr que nous avons tous à y gagner, justiciables, assureurs et avocats.

En votre nom à tous, je voudrais également remercier l'ensemble des organisateurs de cet événement, notamment Béatrice Weiss-Gout et Hélène Poivey-Leclercq. Je ne peux pas toutes les citer, elles se reconnaîtront, car c'est grâce à leur travail que nous sommes réunis. Je vous invite donc à les applaudir. Remercions également les intervenants, que nous avons la chance chaque année de retrouver ou de découvrir : ces professeurs de droit qui abandonnent un instant l'Université sont toujours nombreux à venir dialoguer avec nous, tant autour de cette table qu'au sein des différents ateliers. Remercions les confrères qui consacrent également leur temps à la bonne tenue de cette mobilisation pour la profession d'avocat.

Cependant et contrairement au programme annoncé, j'ai le regret de vous annoncer que Marc Guillaume, Directeur des Affaires Civiles et du Sceau, actuellement au Sénat, sera absent de la première table ronde. Le Garde des Sceaux étant pour sa part malheureusement absent, Marc Guillaume le remplacera pour prononcer le discours de clôture.

Je vous souhaite de bons travaux, vous remerciant à nouveau de votre présence et vous donne d'ores et déjà rendez-vous en janvier 2008 pour une nouvelle session de formation comme celle-ci. Notez aussi que la Convention Nationale des Avocats, événement de même ampleur que celui de Marseille, et dont les préparatifs sont déjà bien avancés, aura lieu à Lille en octobre 2008. A bientôt.

Béatrice WEISS-GOUT
Avocat au Barreau de Paris

C'est la troisième fois que je me retrouve à cette tribune, à la même heure et le même jour, avec toujours la même joie de voir se remplir peu à peu cet amphithéâtre. Vous avez à nouveau tous répondu à l'appel, les listes d'attentes sont toujours plus importantes. Je me félicite de la présence des fidèles nombreux, mais aussi des nouveaux. Aujourd'hui, nous pouvons considérer que le Barreau de la Famille est devenu une véritable famille dominante du Barreau. Je remercie le Président IWEINS d'avoir poursuivi l'entreprise de son prédécesseur le Président BENICHOU, en maintenant cet événement. Je vous remercie surtout, vous, tous les membres de ce Barreau de famille, d'avoir fourni le plus important effort de formation du Barreau, et ce dans des conditions particulièrement difficiles, compte tenu de la structure de la plupart de nos cabinets. Enfin, je me réjouis que vous participiez tous à l'esprit de convivialité qui règne dans cette manifestation, bien au delà de son sérieux.

J'aimerais également vous dire que ces Etats Généraux sont porteurs d'espoir pour tous les praticiens du droit de la famille. Les lois ne sont certes pas toujours exactement telles que nous les souhaitons. Mais dans leur ensemble, les dernières réformes législatives ont donné à notre rôle d'avocat une dimension fondamentale et incontournable dans un monde de plus grande liberté civile : Nos réformes ont récemment été qualifiées d' « outils de la liberté civile ». L'Europe donne elle aussi une vraie liberté au couple, privilégiant l'autonomie de la volonté des parties dans la vie familiale. Parallèlement à cette liberté, les rapports familiaux se complexifient au gré de l'évolution des mœurs et des sciences. N'est-ce pas là un terreau exceptionnel pour le recours au conseil et à la défense, alors que coexistent liberté et complexité : conseil et défense « *indépendants* » sont synonymes d'« *avocat* ». C'est pourquoi cette troisième édition des Etats Généraux du Droit de la Famille mérite de débiter sur cette note d'espérance et d'optimisme pour le développement de nos activités.

Ces Etats Généraux ont également vocation à être un lieu de convivialité, fonction qui a été particulièrement mise en avant à l'occasion de cette édition à travers un certain nombre d'innovations.

- Les Etats Généraux ont été étalés sur une journée et demie, afin de répondre à la critique qui nous avait été adressée, selon laquelle il était difficile de participer à plus d'un seul atelier : désormais, chacun d'entre vous peut désormais en suivre au moins deux.

Cet étalement dans le temps nous a offert une plus grande marge de manœuvre dans le choix des thèmes débattus, désormais plus originaux (droit comparé, collaborative law), parfois dupliqués (l'atelier « divorce ») ou encore complémentaires (régimes matrimoniaux, successions et libéralités).

Nous avons également accru la place conférée à l'actualité juridique et judiciaire, très appréciée l'année dernière, avec une heure ce matin. Dans ce cadre, nous aborderons l'actualité des droits des personnes et du patrimoine. Des ateliers sont aussi placés sous le signe de l'actualité : il s'agit de ceux qui abordent la réforme du PACS, les successions et libéralités, les tutelles, ou encore divorce et sûretés.

- La seconde grande innovation est la création d'un Forum des Commissions de la Famille des Barreaux, destiné à réunir les responsables des Commissions de la famille, d'Associations de droit de la famille se développant au sein des barreaux. La réunion est ouverte à tous ceux souhaitant œuvrer, dans ce cadre, à des activités en tous genres. Venez nombreux à ce lieu d'échange sur les activités déployées dans les différents barreaux, avec l'espoir d'une meilleure coordination future, constituant un

- La pochette qui vous a été remise contient elle aussi certaines nouveautés : en vertu d'une logique salubre de concurrence accrue, les responsables d'atelier ont souhaité faire de la publicité en faveur de leurs différentes activités. Lisez attentivement ces informations et n'hésitez pas à participer à plusieurs de ces ateliers.
- Une enquête de satisfaction nous permettra de connaître vos critiques et suggestions, ainsi que votre accord éventuel sur un changement de lieu permettant d'accueillir la prochaine fois davantage de participants. Répondez-y le mieux possible afin que l'on avance toujours vers plus de qualité dans l'organisation de ces journées.
- Vous disposez également d'une fiche de pré-inscription pour l'année prochaine. Sachez que les absents involontaires sont déjà pré-inscrits. C'est donc maintenant à vous de faire de même afin de faciliter l'organisation des prochains Etats Généraux.
- Grâce à Caroline Pétilion, nous disposons cette fois-ci d'un magnifique badge, à conserver tout au long de la manifestation, car il constitue votre carte d'entrée et de sortie du bâtiment. Il permettra de rendre en bonne et due forme l'Attestation de formation que vous signerez à votre départ.
- Le CD-Rom a également été sensiblement amélioré, et je tiens à cet égard à remercier ses éditeurs –Lamy, « La Gazette du Palais », LexisNexis, et Dalloz ; ils nous soutiennent dès le premier jour dans cette manifestation, sans avoir pu initialement présumer de son succès. Nous leurs en sommes tous très reconnaissants.
- Comme toujours, le déjeuner aura lieu dans différentes salles, et je vous invite à suivre attentivement les indications des différentes hôtesse qui sont là pour faciliter votre orientation. Profitez de ce moment de repos et d'échange, d'autant plus qu'il nous sera impossible de procéder à une pause ce matin, en raison de la densité des sujets qui doivent être abordés.

Je voudrais clore cette intervention par des remerciements particuliers. Je remercie spécialement les professeurs de droit, d'une fidélité exemplaire à cette manifestation, à laquelle la rencontre nécessaire entre la théorie et la pratique, entre leur intelligence et la nôtre, confère une force et un succès incontestable. Je remercie également l'ensemble des avocats et autres professionnels qui sont aimablement venus se joindre à ces intervenants. Mes remerciements les plus importants vont cependant au service Communication du Conseil des Barreaux, et principalement sa responsable, Caroline Pétilion, qui tient sur ses seules épaules le succès de l'organisation de ces journées. J'y joins aussi des remerciements à son équipe, Gaele, et Hortense, présente dès la première édition.

Je vais passer à présent la parole à Hélène, qui avait certainement mûri cette idée longtemps avant qu'elle ne soit mise en œuvre. C'est une figure de proue de notre Barreau de Famille, et c'est grâce à des avocats comme elle que ce droit est aujourd'hui respecté. Je la remercie au nom de vous tous et lui laisse présenter le sujet de cette année, quelque peu différent, mais fruit d'un choix longtemps réfléchi et bien pensé.

Hélène POIVEY-LECLERCO
Avocat au Barreau de Paris, membre du Conseil National

Il m'incombe maintenant de présenter, car je n'aurai pas la prétention de l'introduire, le sujet de cette matinée.

Vous le savez, tous les Etats Généraux comportent pour nous, praticiens une phase de retour à l'école, je veux dire de retour à l'université.

Nous y avons généralement été heureux, et ce souvenir suffirait à justifier ce parti pris. Mais je crois qu'il n'est pas inutile de justifier ce choix un peu plus avant.

A l'époque où le droit prolifère, se multiplie, envahit presque tous les espaces de notre vie, il est indispensable que nous, praticiens, soyons mis à même de distinguer dans toutes ces règles ce qui relève du Droit avec un D majuscule, de ce qui n'appartient qu'à la réglementation.

Faute d'être à même d'opérer cette distinction, c'est notre pratique quotidienne qui se trouvera altérée parce que notre esprit ne saura pas distinguer l'essentiel de l'accessoire. Pour opérer ce tri, nous avons bien sûr sollicité principalement les juristes dont c'est le métier, je veux parler des professeurs de droit.

Ils sont venus pour nous aider à reconnaître dans tel article l'énoncé d'une règle de droit afin de le distinguer de tel autre article qui n'en est qu'une partielle et /ou maladroite application.

Je les remercie en votre nom et au mien de leur participation à notre *aggiornamento* juridique, de leurs efforts pour nous permettre de rester des praticiens efficaces.

Certes, pour cela, ils vont nous exposer de la théorie mais Einstein aimait à affirmer « qu'il n'est rien de plus pratique qu'une bonne théorie ». J'emprunte cette citation à un grand juriste : le Doyen VEDEL.

Si le besoin de structurer une réglementation en constante évolution n'est pas contestable, restait à déterminer sur quel thème nous ferions porter l'effort cette année.

Nous avons eu l'idée du domicile et en dialoguant avec le Professeur GRIMALDI, nous avons fini par intituler le thème de cette matinée « Logement domicile résidence ».

L'action de l'Abbé Pierre qui y a consacré une partie de sa vie, poursuivie après sa mort par les enfants de Don Quichotte, me dispense d'insister sur le caractère essentiel du domicile pour tout être humain.

D'un point de vue juridique, le logement est le point géométrique, avec l'enfant, de toutes les procédures, que ce soit en matière de divorce ou de succession.

Pour ne parler que du divorce, le logement qui est bien souvent le seul patrimoine des époux, est au centre des procédures dès les mesures provisoires jusque dans les conséquences du divorce.

C'est un thème économique majeur – en particulier à Paris.

C'est une vraie question juridique à raison de l'ouverture des frontières : le domicile, notion différente d'un pays à l'autre, est fondateur de certaines règles de compétence en droit européen, en droit international.

De l'importance juridique nouvelle que prend le domicile dans le contentieux conjugal résulte le choix du thème de cette matinée.

Son premier aspect est lié à l'internationalisation des questions auxquelles nous sommes tous confrontés en tant que praticiens. Cette internationalisation procède de l'ouverture des frontières, d'Erasmus, de la globalisation. Cela conduit à ce que de plus en plus, les dossiers qui nous sont confiés recèlent des conflits de lois et des conflits de juridiction.

Quelle loi appliquer, quel tribunal saisir, chaque fois qu'il est fait référence à la *DOMUS*, au siège matériel de la famille, à son domicile, à son logement, à sa résidence ?

Monsieur le Professeur Cyril NOURRISSAT nous éclairera sur ces questions délicates.

La *DOMUS*, le siège matériel de la famille est évidemment contesté lorsque la famille disparaît. Elle peut disparaître par le décès de l'un des époux et le Professeur Michel GRIMALDI nous entretiendra du sort du logement après le décès.

Mais elle disparaît aussi par la rupture et il incombera au Professeur Laurent LEVENEUR d'exposer les règles qui gouvernent le sort du logement après la rupture.

Plus forts de la connaissance de ces règles théoriques, nous entendrons pour finir le rapport d'Olivier MATOCQ qui se rapprochera de nos préoccupations de praticiens, car nous savons bien qu'il ne suffit pas de connaître la règle de droit applicable ; il faut encore être à même de la faire appliquer parfois dans l'urgence et au prix de mesures énergiques.

Nous terminerons donc cet aspect de la matinée en entendant son rapport sur les mesures urgentes et l'expulsion.

Le droit change très vite, trop vite peut-être. Nous avons donc cru utile de demander à Madame le Professeur Adeline GOUTTENOIRE et à Monsieur le Professeur Pierre MURAT, de nous rappeler l'actualité juridique en matière familiale. Et comme le droit c'est aussi l'application qu'en font les juges, ils ont accepté la difficile tâche qui consiste à exposer à la fois l'aspect juridique et l'actualité judiciaire, c'est-à-dire la jurisprudence.

Mais j'ai trop parlé ...Aussi je m'empresse de donner la parole maintenant à Monsieur le Professeur Cyril NOURRISSAT.

Domicile, résidence :
conflits de loi et conflits de juridiction

Cyril NOURISSAT
Professeur de droit à l'Université Jean Moulin – Lyon 3

Merci Madame. Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs, permettez-moi tout d'abord de vous dire le plaisir que j'éprouve à vous retrouver ici. J'en remercie tous les organisateurs et espère, à mon tour, que le dialogue qu'ils appellent de leurs vœux sera au rendez-vous.

Evoquer brièvement la question du rattachement dans les cas de conflits de lois et de juridictions relève quasiment d'une mission impossible, tant il est certain que nous touchons ici à deux rattachements fondamentaux du droit international privé, et singulièrement du droit international privé de la famille. Ce sont des rattachements aussi essentiels que peut l'être encore la nationalité ; mais pour combien de temps ? Il existe des thèses majeures, des cours et des conférences de haute volée consacrés au sujet, témoignant de la complexité inhérente à la matière et à la structure du droit international privé, notamment à la méthode de qualification et de rattachement à adopter dans le cas des conflits de lois et de juridictions.

I. Nationalité, domicile et résidence habituelle

Il convient d'abord d'opérer une distinction entre « domicile » et « résidence », ce qui constitue l'une des premières difficultés à surmonter ; comprendre l'utilité d'une telle distinction en constitue une seconde.

Le statut personnel, et partant, familial, s'organise en l'état actuel, en vertu d'un bref panorama comparé, autour de deux rattachements : la nationalité d'un côté, le domicile et/ou la résidence de l'autre.

Au premier abord, le droit international privé français retient de longue date le rattachement par la nationalité, l'associant à certains traits essentiels :

- il serait adapté au tempérament de ceux pour qui la loi nationale est faite ;
- il serait synonyme de permanence, la nationalité étant une notion stable ;
- il présenterait un haut degré de certitude, la nationalité étant un lien de droit public, selon la Cour de Cassation.

Au second rattachement, à savoir le domicile et/ou la résidence, retenu par d'autres systèmes de droit international privé, notamment britannique, sont rattachées d'autres qualités :

- il s'agirait de facteurs d'intégration et d'assimilation ;
- ces facteurs seraient adaptés au statut familial, puisqu'en définitive, une famille, même « mixte » sera soumise à une seule loi, à un seul juge ;
- le critère du domicile et/ou de la résidence permettrait d'assurer une unité entre le juge et la loi applicable.

II. Primauté de la résidence sur le domicile et option résidence / nationalité

Cependant des tendances lourdes, procédant de la pression d'instruments internationaux et communautaires, de droit international privé, se font à présent sentir. Le lecteur des Conventions de La Haye ne peut que relever la place centrale qui est accordée, et ce de longue date, au domicile, et surtout à la résidence habituelle. Le lecteur de l'ensemble des textes communautaires peut aussi relever la part accordée à la résidence habituelle, que ce rattachement soit objectif ou subjectif, c'est-à-dire en lien avec l'exercice de l'autonomie de la volonté.

En d'autres termes, et d'une manière générale, il s'agirait là d'une sorte de glissement : un glissement de la nationalité vers la résidence, en passant par le domicile. Plus précisément, deux phénomènes se conjugueraient, témoignant, s'il en était besoin, de la vivacité du droit international privé :

- le premier phénomène, relevant du droit positif, a trait au rattachement objectif des situations familiales internationales, traduisant une primauté de la résidence habituelle sur le domicile ;
- le second phénomène, relevant d'avantage du droit prospectif, à trait au rattachement subjectif des situations familiales internationales, ou tout du moins intracommunautaires, traduisant une option entre résidence habituelle et nationalité.

Nous assistons donc bel et bien à l'effacement du domicile au profit de la résidence habituelle ; et c'est aussi probablement vers une concurrence entre résidence habituelle et nationalité que l'on se dirige. Ce sont ces deux phénomènes que je souhaiterais brièvement évoquer devant vous.

III. La résidence habituelle : d'un simple lieu objectif à un lien intersubjectif ?

L'effacement du domicile au profit de la résidence habituelle en matière de rattachement objectif participe d'un mouvement connu du monde entier, et je vous renvoie à cet effet à vos manuels et précis de droit international privé correspondants.

Pour de multiples raisons, les instruments nationaux, communautaires, internationaux préfèrent nettement la notion de résidence habituelle à celle de domicile. Il n'est cependant pas certain que l'on y gagne en clarté, et qu'au-delà, cette « sécurité juridique » qui obsède certains, et dont l'une des manifestations essentielles se nomme « prévisibilité » y trouve son compte. A une simplification apparente s'associe en effet une complication certaine.

1. Une simplification apparente

Le domicile et la résidence habituelle ont succédé, en tant que critères de rattachement, à la nationalité, et ce dès le milieu des années 1950 : les Conventions de La Haye, les règlements communautaires, les textes internes portant sur les règles de conflits de lois ou de juridictions l'utilisent abondamment en tant que critère relativement simple à mettre en œuvre, traduisant en même temps une exigence de « proximité » largement répandue aujourd'hui dans le domaine du droit international privé.

Sans reprendre en détail ces évolutions, le trait saillant permettant d'expliquer le « triomphe » de la résidence habituelle siège probablement, à mon sens, dans l'internationalisation des sources du droit international privé de la famille. Si le domicile est une notion juridique de manière incontestable, la résidence habituelle n'est quant à elle, du moins du point de vue de la majorité des auteurs, qu'une simple notion de fait. Or l'unification des solutions visée lorsque l'on aborde les conventions internationales ou les règlements communautaires, dans l'espoir d'une application harmonieuse de ces

textes, et à défaut de qualifications universelles et autonomes, impose de se méfier des notions juridiques et de privilégier les notions de fait.

C'est pourquoi les différentes Conventions de La Haye, notamment la Convention sur les obligations alimentaires et la Convention sur les régimes matrimoniaux, privilégient la « première résidence habituelle commune », en raison des grandes difficultés d'interprétation potentiellement soulevées par une référence au domicile conjugal. En effet, le « domicile » du droit français diffère du « domicile » du droit anglais : si le premier est par principe unique, n'oublions jamais que le second peut être multiple. D'où un risque de conflit positif, c'est-à-dire où deux ordres juridiques se réclament compétents, ou à l'inverse négatif – où aucun ne se réclame compétent. C'est probablement le même constat qui explique que les instruments communautaires de droit international privé de la famille aient également opté pour la résidence habituelle, ne faisant pas preuve d'originalité particulière.

Aussi est-il symptomatique de relever que bien qu'inscrite dans une logique d'intégration – et non simplement de coopération – juridique dans l'ordre international, l'Union Européenne préfère en appeler sur ce point au droit des Etats membres, plutôt que d'œuvrer à une définition commune du domicile conjugal. Il faut certainement y voir une application du principe de subsidiarité. En choisissant la résidence habituelle, les conflits de qualifications, ainsi que la dimension de volonté, inhérente selon certains auteurs au concept de domicile, et appelant à des appréciations délicates de la part des juges, seraient ainsi évacués.

Ce dernier point n'est cependant pas sans susciter une observation : la simplification ainsi annoncée n'est peut-être qu'apparente, dans la mesure où la notion de volonté n'est pas totalement absente de celle de résidence habituelle.

2. Des complications certaines

Les instruments communautaires intervenant dans le droit international privé de la famille utilisent donc ce critère, à l'image du règlement (CE) n°2201/2003, dit « Bruxelles II bis » : il cite en son article 3 la compétence du juge de la résidence habituelle des époux, ou de la dernière résidence habituelle des époux. Il cite aussi la compétence du juge de la résidence habituelle de l'enfant, qui n'est pas nécessairement la même que celle des parents. Cette notion, semble-t-il de fait, est donc appréciée par le juge, et ce sans indice déterminant donné par le règlement.

Il est en effet clair qu'à la notion de domicile ont succédé des notions de résidence habituelle. C'est ici rappeler qu'il s'agit surtout d'une notion fonctionnelle, envisagée avant tout comme un lieu. Elle devient peut-être progressivement un véritable « *lien* », selon une formule employée par l'auteur d'une thèse à ce sujet.

a. Une notion tributaire de l'objectif poursuivi par la règle de conflit mise en œuvre

A l'origine, notion de fait, la résidence a été conçue comme un instrument de localisation de la personne dans des circonstances spécifiques, et en vertu du terme « habituelle », caractérisée par une certaine « stabilité ». En revanche, elle n'est pas nécessairement synonyme de « *continuité* ». On mesure ici le caractère fonctionnel de la notion, ce qui nous amène à considérer que la qualification est pour beaucoup tributaire de l'objectif poursuivi par la règle de conflit mise en œuvre. C'est pourquoi la résidence habituelle n'est pas la même dans le cas d'une compétence internationale et dans le cas de mise en œuvre d'une règle de conflit de loi. D'où une première source de complication des notions de résidence habituelle.

b. Une notion appelant à un examen de la volonté subjective de la personne

Théoriquement notion de fait, cette qualification n'en appelle parfois pas moins à ce que j'appelle un « *examen d'intention* », c'est-à-dire de la « *volonté* » de la personne. C'est notamment le cas en présence de changements réguliers de résidence, ou de pluralité de résidences, phénomènes aujourd'hui quotidiens : de simple lieu, la résidence habituelle devient aussi un *lien*, a-t-on dit tout à l'heure. C'est l'approche que semble développer le droit international privé communautaire, à l'image de la première définition communautaire qu'en a donnée la Cour de Cassation, dans son arrêt du 14 décembre 2005 relatif à la compétence en matière de divorce : « *la résidence habituelle, notion autonome de droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* ».

Une question se pose alors : la résidence habituelle ne serait-elle pas devenue, ici, une notion de droit mélangée de fait, se rapprochant *mutatis mutandis* – et de manière dangereuse ? – de celle de domicile ?

En tout état de cause, à ces difficultés en succèdent certainement d'autres.

Cette discussion esquissée ici amène alors à aborder l'apparition, aux côtés des rattachements objectifs fondés sur la résidence habituelle – et éventuellement la nationalité – de rattachements subjectifs dans la sphère du droit international privé de la famille. Cette situation conduit alors à une concurrence entre résidence habituelle et nationalité.

c. La persistance de la concurrence entre résidence habituelle et nationalité

Comme je l'ai précédemment mentionné, le statut familial dans l'ordre international, et particulièrement dans une perspective française, a connu une révolution fondamentale. Son origine est à rechercher principalement dans la communautarisation du droit international privé, pour le meilleur ou pour le pire : la notion d'autonomie de la volonté, qui ne jouait jusque-là qu'un rôle résiduel dans le droit international privé de la famille, semble être devenue la base des propositions élaborées par la Commission Européenne. Elle n'est cependant pas absolue, mais encadrée : si le couple divorcé pourra peut-être demain choisir la loi de son divorce, et le *de cuius* s'adonner aux joies de la *professio juris*, il convient de souligner que ce choix se fera avant tout entre la loi nationale et celle de la résidence habituelle. C'est là une invitation à mettre son casque et entrer dans le chantier ...

IV. Chantiers et propositions du droit international communautaire : quelques observations

Je me permettrai à présent de formuler quelques observations sur les propositions mentionnées.

1. Les propositions

Divers chantiers sont actuellement ouverts dans le droit international privé communautaire de la famille : il s'agit essentiellement des chantiers des régimes matrimoniaux et des obligations alimentaires, ensuite de celui des successions et enfin du chantier du divorce. Ces deux derniers méritent plus d'attention, tant ils me semblent particulièrement caractéristiques de la rupture à l'œuvre.

a. Le divorce

Il s'agit essentiellement de la proposition de règlement présentée par la Commission Européenne le 17 juillet 2006, visant à modifier le règlement actuel. Elle comporte un double objectif :

- aménager et modifier le texte du règlement « Bruxelles II bis », qui n'est entré en application que le 1^{er} mars 2005, en allant dans le sens de l'autonomie de la volonté, permettant aux deux ex-époux de choisir le juge qui prononcera leur divorce – c'est l'admission des clauses attributives de juridiction dans le contentieux de divorce ;
- admettre, pour la première fois, l'autonomie de la volonté comme règle de conflit de lois en matière de divorce, alors qu'aucune convention internationale ou aucun texte interne – tout du moins dans une perspective française – n'était allé dans ce sens, en dépit de l'existence de solutions préconisées en ce sens par certains auteurs depuis plusieurs années.

La proposition de règlement dite « Rome III » s'inscrit dans la continuité des propositions de règlement « Rome I » et « Rome II » en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles. Elle repose sur une alternative extrêmement simple :

- soit les époux choisissent la loi ;
soit, à défaut d'un tel choix, ils se soumettent à un certain nombre de critères de rattachement objectifs (domicile, résidence, nationalité).

On remarquera qu'en dehors de la France, c'est parfois la loi du *for* qui sert de règle en la matière.

Désormais, selon les travaux à venir au sein de la Commission, du Parlement et du Conseil, ce sont deux articles 20-bis et 20-ter de la proposition de règlement qui auraient vocation à faire autorité. Je lis simplement le premier d'entre eux : il prévoit que « les conjoints peuvent choisir de commun accord la loi applicable au divorce et à la séparation des corps », et ce parmi les lois suivantes :

- « la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle commune des conjoints, pour autant que l'un deux y réside toujours » ;
- « la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des conjoints », ou dans le cas du Royaume-Uni, « du domicile de l'un des conjoints » ;
- « la loi de l'Etat dans lequel les conjoints ont résidé pendant cinq années au moins ».

Il s'agit donc véritablement d'une logique d'autonomie de la volonté d'*optio juris* entre certains rattachements objectifs. Comme vous l'avez certainement noté, le sondage de la Commission Européenne diffusé la semaine dernière a révélé que seulement 50 % des 25 000 citoyens européens interrogés voient l'intérêt de choisir la loi applicable au divorce : la Commission devrait donc en tirer un certain nombre d'enseignements, ne serait-ce que sur l'opportunité d'un tel texte.

b. Les successions

Concernant les successions, le stade auquel nous nous trouvons est bien moins avancé, puisque l'ensemble des travaux fait suite à un Livre Vert en date du 1^{er} mars 2005 qui distingue deux grands régimes prévalant aujourd'hui en Europe : le régime unioniste et le régime scissionniste. C'est vers le premier, à rebours du système actuel français, que semble se porter le choix actuellement exprimé par les institutions communautaires. Cela tend surtout vers la possibilité d'une *professio juris*, c'est-à-dire vers la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession. Les débats sont actuellement en cours. Des propositions devraient être publiées entre fin 2007 et début 2008.

Il est frappant de constater que dans les deux cas, le choix d'autonomie de la volonté s'exprime soit en faveur de la loi nationale de l'un ou de l'autre, soit en faveur de la résidence habituelle : à aucun moment, la notion de domicile n'apparaît. Cela m'amène à quatre observations principales.

2. Les observations

Ces observations seront formulées sous forme d'interrogation, mais ont vocation à trouver une réponse.

N'assiste-t-on pas, de façon paradoxale, sous la pression même des instruments communautaires, à un retour de la nationalité comme critère de rattachement dans le domaine du droit familial, après le long déclin qu'a connu ce critère tout au long du 20^{ème} siècle ?

Est-il possible, notamment dans une perspective d'*optio juris* de mettre sur un même plan la résidence habituelle et la loi nationale ? La première est une notion de fait, peut-être de droit mélangée de fait, et en tout état de cause, ne semble pas traduire le même degré de rattachement à un territoire que la seconde ; en tout cas elle ne traduit pas, contrairement à la première, une logique d'allégeance de la personne à l'égard d'un Etat, ce qui était le cas du domicile. On peut et on doit s'interroger sur le sens de cette stricte égalité supposée entre résidence habituelle et nationalité.

L'approche fonctionnelle de la notion de résidence habituelle peut-elle durer ? Peut-on se satisfaire d'une expression qui varie au gré des instruments invoqués par l'avocat ou mis en œuvre par le juge – y compris d'office en matière de droits indisponibles ? La généralité de la formule employée par la Cour de Cassation dans son arrêt de décembre 2005 annonce-t-elle une évolution vers une définition unique de la résidence habituelle pour les contentieux internationaux en droit de la famille ? Ou alors ne faut-il pas créer des rattachements nouveaux, à mi-chemin du domicile – écarté en raison des risques de conflit de qualifications – et de la résidence habituelle, et à la consistance plus nette qu'une simple notion de fait ? Le CCBE, représentatif de votre profession auprès des institutions, semble y être assez favorable dans une des réponses à un des Livres Verts : il y préconise la création du « European Connecting Factor », prouvant que votre profession sait aussi faire avancer le débat en matière de droit international privé communautaire.

Pourquoi et comment promouvoir cette autonomie de la volonté, jusque-là peu présente dans le droit international de la famille ? Il s'agit certes d'un rattachement séduisant, mais non corroboré par le droit positif des Etats. La Commission ne vise-t-elle pas à permettre par là une plus grande mobilité des citoyens européens ? Où trouve-t-elle son inspiration ? Je me livrerai alors à une simple observation. Je constate que lorsque la Commission fait le choix de l'autonomie de la volonté en matière de loi applicable au mariage, elle se réfère à l'article 55-2 du Code de droit international privé belge de 2004 ; lorsqu'elle fait ce choix en matière de succession internationale, elle se réfère à la loi italienne de droit international privé promulguée en 1995. En l'absence de code ou de loi de droit international privé français, comment pourrait-elle se référer au droit international privé français ? N'est-ce pas une formidable invitation à engager le chantier d'un code de droit international privé français, outil de rayonnement international et communautaire de notre tradition juridique en la matière ? Et au-delà qui, praticiens ou non, dans cette salle n'a pas rêvé de posséder un tel instrument sous la main ? Les Notaires de France l'ont souhaité en 2005. Le Barreau de famille français ne le voudrait-il pas aussi, aujourd'hui ? Je vous remercie.

Béatrice WEISS-GOUT

Je vous remercie infiniment, Monsieur le Professeur, pour la clarté et l'intérêt de vos propos.

Je voudrais simplement ajouter quelques mots sur ces questions internationales. Vous avez évoqué le rôle du CCBE dans la formulation des réponses aux questions de la Commission Européenne, et, animant la Commission famille du CCBE, je puis attester qu'il travaille réellement à toutes ces questions.

Les deux points évoqués, à savoir le développement de l'autonomie de la volonté des parties en matière familiale en Europe et la question de la résidence habituelle, sont très intéressants. Il s'agit précisément des deux chantiers que nous avons mis en route au sein de ce Comité.

Au sujet de la résidence habituelle, je m'inscris quelque peu en faux car il existe, à côté du mot anglais, le mot français « CER » - critère européen de résidence. En réalité, cette notion de résidence habituelle est apparue au sein du CCBE comme un compromis acceptable entre les pays de droit écrit, sensibles au rattachement à la loi de nationalité, et ceux de Common Law, privilégiant le rattachement à la loi du for. Ce choix est donc authentiquement européen et consensuel, et il a été unanimement adopté au sein du CCBE. Nous avons certes rencontré les mêmes préoccupations conceptuelles que celles évoquées, et c'est pourquoi nous travaillons à la recherche d'une définition plus précise de la notion. Sachez cependant que nous y restons tous unanimement attachés.

Par ailleurs, concernant le développement de l'autonomie de la volonté des parties, il s'agit d'un véritable espoir pour nous avocats, car un champ d'activité vierge s'ouvre à nous : le fait que « *seulement* » 50 % des Européens affirment accorder de l'intérêt à ce choix me paraît formidable, considérant que seulement 10% des mariés français font aujourd'hui le choix d'un contrat de mariage. Finalement, il existe un véritable besoin d'autonomie et donc de conseil : nous envisageons des normes permettant une indépendance dans les choix réalisés, avec une sorte d'obligation pour les parties faisant ce choix de la loi applicable d'être assistées par un professionnel indépendant. Vous comprendrez tout l'intérêt que peut avoir cette réforme à la fois pour les citoyens et pour le développement de nos activités. Il s'agissait simplement de quelques précisions afin que vous mesuriez à quel point la profession, soit au niveau du CNB français, soit à celui de CCBE, réfléchit sur les normes législatives adéquates.

Je passe à présent la parole au Professeur Grimaldi, afin qu'il nous expose le sort du logement après un décès.

Le sort du logement après le décès

Michel GRIMALDI

~~Professeur de droit à l'Université de Paris, Panthéon-Assas~~

A venir ?????

Béatrice WEISS-GOUT

Merci Monsieur le Professeur pour vos explications toujours aussi claires et précises, grâce auxquelles nous nous trouvons toujours un peu moins ignorants. Vous avez suggéré que le conjoint survivant se trouvait mieux assuré de garder son toit suite au décès de l'autre. Or je n'ai pas le sentiment que semblable sécurité soit offerte par la loi

lorsque la concurrence entre en jeu pour l'attribution du droit au logement dans le cadre de la procédure de divorce. C'est maintenant à Laurent Leveueur qu'il incombe de nous éclairer sur ce point.

Le sort du logement après la rupture

Laurent LEVENEUR
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La question du logement est l'une de celles qui permettent de prendre conscience que la plus ou moins grande stabilité des couples n'est pas qu'une affaire individuelle : elle concerne la société tout entière, surtout lorsque celle-ci se reconnaît débitrice d'un droit « opposable » au logement...

L'actualité vient de se charger de mettre sous les feux de la rampe les grandes difficultés ou même l'impossibilité qu'éprouvent de nombreuses personnes à se loger.

Pourtant le secteur du bâtiment tourne à plein régime, sur un rythme actuellement de 400 000 mises en chantier de logements neufs par an, soit 100 000 de plus qu'il y a cinq ans.

Mais cela ne suffit pas et la « crise du logement » est toujours là.

Le phénomène n'a certainement pas que des causes malheureuses. L'allongement spectaculaire de la durée de la vie, encore de cinq mois l'année dernière et de plus trois ans au cours des douze dernières années, joue évidemment un rôle. Lorsqu'on habite un logement on y reste aujourd'hui plus longtemps qu'autrefois avant de laisser la place aux suivants ; les suivants d'ailleurs ne s'en plaignent guère : on n'est jamais pressé de perdre ses parents.

Mais on ne peut s'empêcher de penser que les ruptures de couples autrement que par décès, celles dont on m'a demandé de parler, ont également leur part. Celles-ci paraissent devoir être toujours plus nombreuses : 52 000 divorces en 1974, 132 000 en 2004.

Sans même compter les ruptures de concubinages et autres PACS, ce sont ainsi désormais plus de 130 000 logements qui chaque année sont, en théorie, absorbés par le phénomène. En théorie seulement, car en pratique évidemment bon nombre de personnes concernées se remettent en ménage : ce sont les recompositions familiales, mais qui ne se produisent pas toujours, ni nécessairement tout de suite, si bien que globalement le nombre de personnes vivant seules a tendance à progresser.

Le législateur contemporain ne cherche nullement à freiner les ruptures, c'est le moins qu'on puisse dire : la réforme de 1975 avait déjà libéralisé le divorce ; celle de 2004 s'est encore efforcée de le faciliter et de l'accélérer en supprimant certaines entraves qui avaient été délibérément placées trente ans plus tôt notamment pour

protéger le défendeur, et en consacrant un véritable « droit au divorce », opposable, celui-ci, non seulement à l'Etat mais aussi au conjoint !

En revanche, le législateur se préoccupe, dans des dispositions sans cesse plus nombreuses, du sort du logement après ces ruptures. La question est cruciale : puisqu'il peut être difficile de trouver un logement, il est de la plus haute importance de savoir si, après la désertion de l'un, l'autre pourra rester dans celui qu'ils occupaient ensemble, ce qui n'est pas le plus difficile à régler ; surtout comment résoudre la concurrence des prétentions des deux à occuper chacun après la rupture, mais privativement, leur ancien logement commun ?

A cet égard, la juxtaposition voire l'empilement des textes sont assez impressionnants. Sont à combiner les multiples dispositions qui, dans divers secteurs du droit privé, apportent des éléments de réponse :

- les plus anciennes se trouvent dans le droit des baux qui s'est intéressé à cet égard à certaines ruptures de mariage ou de concubinage : ce sont les lois de 1948 puis 1982, 1986 et aujourd'hui essentiellement celle de 1989, toilettée en 1999 pour tenir compte du PACS ;
- il y en a dans le droit du mariage depuis 1962, dans le droit des régimes matrimoniaux depuis 1965, dans le droit du divorce et de la séparation de corps issu des réformes de 1975, 2000 (sur la prestation compensatoire) et du 26 mai 2004, dans le droit de l'autorité parentale depuis 2002, dans le droit de l'indivision et du partage tels qu'ils viennent d'être rénovés par la loi du 23 juin 2006.

Comment structurer tout cela ?

Le regroupement le plus pertinent n'est pas ici articulé autour de la distinction selon qu'il y a eu ou non mariage.

Il apparaît en effet que la diversité de nature des liens de droit ou de fait qui existaient entre les membres du couple n'a pas toujours la même incidence sur la solution des diverses questions que peut poser le sort du logement après la rupture.

Ce qui est en revanche fondamental et qui trace une véritable ligne de partage est l'existence ou non d'un tiers. Lorsque le logement appartient à un tiers, ce qui se produit statistiquement dans près de la moitié des cas puisque un peu moins d'un ménage sur deux n'est pas propriétaire de son logement, la question du sort de ce logement reçoit des réponses sinon totalement identiques du moins en définitive assez proches quel qu'ait été le couple (I).

En revanche, lorsque le logement appartient aux membres du couple (II), le règlement de son sort dépend de façon nettement plus importante de la nature des liens ayant existé entre eux.

I.- Le logement appartient à un tiers

Puisqu'ici le logement n'appartient pas au couple, un contrat a nécessairement été passé entre son propriétaire et au moins l'un des membres du couple pour mettre le logement à sa disposition. Il peut éventuellement s'agir d'un contrat à titre gratuit : le prêt à usage ou commodat.

Le plus souvent le contrat aura été conclu à titre onéreux : c'est un bail.

Or le sort du logement, après la rupture du couple, dépend fondamentalement de cette nature gratuite ou onéreuse de la jouissance.

A/ Le sort du logement prêté

Le prêt à usage est un contrat gratuit par essence. C'est un contrat de bienfaisance

(art. 1105), conclu pour rendre service à qui ? Eventuellement à des amis ... ou surtout, lorsqu'il s'agit d'un bien aussi important qu'un logement, à des proches parents.

L'hypothèse du prêt familial de logement n'est pas d'école. Elle a d'ailleurs été le point de départ des turbulences qu'a connues le droit du commodat pendant plus de dix ans.

Deux arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation en 1993 ont été très révélateurs de la situation qui peut se rencontrer en pratique : des parents ont un fils sur le point de se marier ; ils souhaitent aider le jeune ménage à s'installer ; ils mettent gratuitement à disposition de leur fils, pour qu'il l'habite avec sa femme et les enfants à venir, un appartement dont ils étaient déjà propriétaires ou qu'ils acquièrent pour l'occasion ; le prêt est consenti sans fixation d'une durée précise. La vie conjugale se déroule plusieurs années dans cet appartement, puis le divorce survient. Pour ne pas avoir d'histoire, le fils a quitté les lieux : il est allé voir ailleurs. Reste dans le logement la belle-fille et accessoirement les petits-enfants. Les beaux-parents forment en justice une demande d'expulsion contre leur bru.

Que décider ?

Une Cour d'appel ordonne l'expulsion, au motif que les prêteurs n'avaient « pas entendu, après le divorce du couple, laisser la jouissance de l'appartement à la belle-fille et que, dans la commune intention des parties, ce prêt avait pris fin avec l'usage en vue duquel il avait été consenti ». La Cour de cassation estime cette décision légalement justifiée (Civ. 1^{ère}, 8 déc. 1993 : D 1994, p.248).

Mais une autre Cour d'appel refuse, elle, l'expulsion demandée. Pourquoi ? Car le prêteur ne peut retirer la chose prêtée qu'après le terme convenu ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. Or le prêt ayant été consenti par les parents non seulement à leur fils mais encore à sa femme et à ses enfants qui en avaient toujours besoin, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande. Et là aussi, la première chambre civile rejette le pourvoi (Civ. 1^{ère}, 3 fév. 1993 : D 1994, p.248).

Et c'est cette seconde manière de voir que devait ensuite, provisoirement du moins, faire prévaloir la Cour de cassation dans un retentissant arrêt du 19 novembre 1996 (Bull.civ. I, n° 407). Là encore il s'agissait d'un prêt d'appartement, cette fois entre deux frères. Le prêteur, ou plus exactement ses héritiers car le prêt avait déjà duré tellement longtemps que le prêteur était mort, essayait de reprendre le logement. La Cour d'appel leur donne raison : ce prêt est à durée indéterminée et « conformément au droit commun, le prêteur peut le résilier à tout moment ». Cassation : il fallait rechercher si le besoin de l'emprunteur avait cessé, car à défaut de terme convenu, le prêteur à usage ne peut retirer la chose qu'après que le besoin de l'emprunteur a cessé.

C'était un revirement de jurisprudence que réalisait là la Cour de cassation, car classiquement, en l'absence de fixation conventionnelle d'un terme pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, comme peut l'être précisément un logement, la jurisprudence admettait que le contrat était à durée indéterminée et donc que le prêteur pouvait y mettre fin à tout moment.

Avec cet arrêt, même pour le prêt d'un logement, il fallait établir que le besoin de l'emprunteur avait cessé pour pouvoir reprendre le bien.

Cette solution était évidemment très avantageuse pour les emprunteurs.

Mais elle présentait un grave inconvénient : le besoin de se loger peut durer toute la vie de l'emprunteur, si bien que lorsque les parties ne sont pas convenues d'un terme précis (ou lorsque le prêteur ne s'en est pas ménagé la preuve), le prêt à usage d'un logement pouvait en venir à prendre un caractère viager au détriment du prêteur dont les intérêts étaient totalement sacrifiés.

Paradoxalement, le prêteur, qui met sa chose à disposition sans contrepartie, était moins bien traité que le bailleur qui lui, bien qu'il perçoive un loyer, est tout de même à certains égards en droit de reprendre son bien.

Or le geste gratuit du prêteur aurait dû inciter à la mansuétude plutôt qu'à la sévérité à son encontre : la perpétuité forcée dont il était menacé était inacceptable.

La Cour de cassation s'en rendit compte, et assez vite commença à refluer. Dans un arrêt du 12 novembre 1998 (Contrats, conc., consom. 1999, n°22), mettant en avant l'obligation de restitution, qui « est de l'essence du commodat », la première chambre civile décide que lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, « il appartient au juge de déterminer la durée du prêt ».

Le 29 mai 2001, elle précise que le rôle qu'elle attribue aux juges du fond est « d'assigner à ce prêt un terme raisonnable » (Contrats, conc., consom. 2001, n°131).

Enfin, le 3 février 2004, elle procède à un revirement complet et revient à la case départ : plus besoin de demander au juge de fixer un terme ; « lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour une chose d'un usage permanent, sans qu'aucun terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment en respectant un délai de préavis raisonnable » (Civ. 1^{ère}, 3 fév. 2004 : Contrats, conc., consom. 2004, n° 53).

La Cour de cassation a donc renoué avec la solution classique et le droit commun des contrats à durée indéterminée : il n'y avait aucune raison, bien au contraire, de priver le prêteur de la faculté de résiliation à tout moment, tout au plus en lui imposant, ici et ailleurs de respecter un préavis.

Les fluctuations jurisprudentielles paraissent terminées sur ce sujet, comme le montrent deux arrêts rendus dans le même sens en 2005 (Civ. 3^{ème}, 13 janv. 2005 : Contrats, conc., consom. 2005, n° 103 et Civ. 1^{ère}, 10 mai 2005 : Contrats, conc., consom. 2005, n°163), et la solution vaut bien évidemment pour l'hypothèse des parents de l'un des membres du couple qui ont prêté un logement et veulent mettre fin à ce commodat, notamment après rupture du couple.

On remarquera que la nature des liens juridiques, ou leur absence, entre les membres du couple n'a aucune incidence à cet égard : ce sont les règles du droit commun des contrats à durée indéterminée et du commodat en particulier qui jouent tout simplement et qui ne tiennent aucun compte du statut personnel de l'emprunteur.

Il en va un peu différemment lorsque le logement appartenant à un tiers n'est pas prêté, mais loué, ce qui est la situation la plus fréquente.

B/ Le sort du logement loué

Le sort du logement loué, en cas de rupture du couple, ne soulève pas toujours de difficulté : voici que ce logement avait été loué par un des deux membres du couple et que l'autre a pris ses affaires et est parti ; le bail continue évidemment avec celui qui est resté et qui est locataire.

Pour que la question se pose vraiment, il faut supposer :

- ou bien que celui qui est parti était le seul locataire, tandis que l'autre souhaite se maintenir dans les lieux ;
- ou bien que les deux entendent rester dans le logement et s'en disputent la jouissance exclusive.

On envisagera successivement ces deux hypothèses.

1° - Le locataire a abandonné le domicile

Ici, des dispositions spéciales du droit du bail organisent une protection de l'autre membre du couple qui souhaite pouvoir continuer à occuper le logement. Ces dispositions sont principalement celles de la loi du 6 juillet 1989 : elles envisagent aussi bien le cas du mariage, que du PACS ou du concubinage. C'est le fameux article 14 de la loi de 1989 : « en cas d'abandon de domicile par le locataire, le contrat de location continue :

- « au profit du conjoint, *sans préjudice de l'article 1751 C. civ.* ». Pourquoi cette précision ? L'article 1751 est celui qui prévoit la cotitularité du bail entre époux ; chaque fois que cette cotitularité joue, il n'est même pas nécessaire de prévoir que le contrat continue au profit de l'autre ... puisque l'autre est titulaire aussi du bail ! Cependant, les domaines de ces deux textes ne coïncident pas totalement : l'article 1751 C.civ suppose un bail d'un local d'habitation, sans aucun caractère professionnel ou commercial ; alors que la loi 1989 s'applique aux locations de locaux à usage d'habitation principale ou à usage mixte, professionnel et d'habitation principale. Son champ est donc plus large ; d'où l'utilité de prévoir la continuation du bail au profit du conjoint, pour le cas où l'article 1751 ne joue pas.

- « au profit du partenaire lié au locataire par un PACS »,

- « au profit du concubin notoire » qui vivait avec le locataire « depuis au moins un an à la date d'abandon du domicile ». Quelle est l'explication de cette double condition ici posée (notoriété et durée d'un an) ? Il serait trop facile de se prétendre en droit de continuer le bail d'un locataire sur le point de déménager ... s'il suffisait d'alléguer avoir été son concubin : la notoriété et la durée pallient le défaut de constatation officielle de l'union libre.

Mais ces exigences ne sont pas trop rigoureuses. La différence de régime entre les trois situations n'est pas considérable.

La différence est plus sensible, hors du champ de la loi du 6 juillet 1989, là où la loi du

1^{er} septembre 1948 trouve à s'appliquer.

Son célèbre maintien de plein droit dans les lieux ne bénéficie plus, en cas d'abandon de domicile par le locataire, qu'au conjoint (voire depuis la loi du 13 juillet 2006 au partenaire pacsé).

Initialement, pourtant, le concubin ou la concubine avait pu se glisser dans la loi sous l'appellation de personne à charge qui vivait avec le locataire depuis plus de six mois (art. 5). Mais l'objectif est aujourd'hui de parvenir à éteindre l'application de cette loi ; ceci a conduit le législateur (loi du 23 décembre 1986) à réduire le nombre de bénéficiaires potentiels de ce maintien dans les lieux.

2° - les deux membres du couple aimeraient bien avoir chacun la jouissance exclusive du logement loué

La différence de régime selon la nature des couples est surtout marquante dans cette seconde hypothèse.

En cas de mariage, il faut tenir compte de l'article 1751 C. civ., du moins chaque fois que le local loué sert purement à l'habitation et n'a aucun caractère professionnel ou commercial. Il s'agit d'une règle du régime primaire impératif des époux, qui joue quel que soit leur régime matrimonial proprement dit : en vertu de ce texte, le droit au bail du local qui sert effectivement à l'habitation des deux époux est, nonobstant toute convention contraire, réputé appartenir à l'un et à l'autre époux.

Donc même si le bail a été conclu par un seul des époux avec le bailleur, même si cette conclusion est survenue avant le mariage, dès que ce logement sert effectivement à l'habitation des deux conjoints, la cotitularité prend naissance ; elle est acquise depuis ce moment, et demeure quoi qu'il arrive ensuite, jusqu'à la transcription du jugement de divorce en marge des registres de l'état-civil, ainsi que vient de le rappeler la Cour de cassation dans un arrêt du 31 mai 2006 (Dr. fam. 2006, n°147).

Cette cotitularité a bien entendu des conséquences sur l'obligation au paiement des loyers et sur les congés susceptibles d'être donnés aux époux ou par eux.

Elle en a aussi lorsque le mariage prend fin par divorce. La cotitularité va disparaître de ce fait, mais puisque jusque là le droit au bail appartenait aux deux époux, il est sage de régler son sort à l'avenir : c'est ce que prévoit l'article 1751 alinéa 2, qui permet au juge du divorce d'attribuer ce droit à l'un des époux, en fonction des intérêts sociaux et familiaux en cause.

Il est bien évident en effet qu'on ne va pas contraindre les ex-époux à partager le même logement après le divorce ! Force est donc d'en passer par une attribution exclusive à l'un, ce qui ne signifie pas que les intérêts de l'autre soient inéluctablement sacrifiés : une indemnité pourra, le cas échéant, permettre de rétablir l'égalité en valeur. C'est ce qu'envisage l'article 1751.

Et le texte organise la même attribution exclusive en cas de séparation de corps, qui met fin au devoir de cohabitation.

Mais ce texte est propre au mariage : il est inapplicable en cas de concubinage ou de PACS. Dès lors comment les choses se passent-elles dans ces situations ?

Si le bail a été conclu par un seul des membres du couple, celui-ci en reste le seul titulaire. Ayant seul droit à la jouissance des lieux loués, il peut logiquement exiger de l'autre qu'il quitte le logement après la rupture et n'y revienne plus.

La situation est plus compliquée si les deux membres du couple non marié ont conclu ensemble le contrat de bail avec le propriétaire : les voici colocataires, par l'effet, non de la loi, mais du contrat, qui certainement n'aura pas omis de stipuler la solidarité, en tout cas la solidarité passive pour le paiement des loyers.

Comment régler un éventuel conflit entre les ex-concubins ou partenaires qui voudraient chacun rester dans les lieux et en faire expulser l'autre ? Ici il n'existe pas de texte aussi précis que l'article 1751 alinéa 2.

La réponse semble devoir être trouvée en analysant les droits nés de ce bail cosigné par les deux comme indivis entre eux, indivision à laquelle il pourrait éventuellement être mis fin par un partage judiciaire en cas de mésentente. Dans l'hypothèse du PACS, le renvoi opéré par l'article 515-6 à l'article 831-2 permet d'envisager une demande d'attribution préférentielle de ce droit au bail ; sans doute le juge du partage devra-t-il peser les intérêts en présence si chacun des ex-partenaires présente une demande, ce que le texte n'envisage pas. En tout cas, s'il n'y a que concubinage, l'attribution préférentielle est exclue : comment partagera-t-on ce droit au bail ? Par tirage au sort des divers lots composés ? Une adjudication est-elle concevable, ouverte aussi à des tiers ?

C'est là l'une des difficultés juridiques et pratiques que peut poser la colocation hors mariage (cf. J. et F. Lafond, Les baux d'habitation, 4^e éd., n° 196).

Des difficultés, il s'en rencontre également lorsque le logement appartient directement ou indirectement aux membres du couple qui vient de rompre.

II.- Le logement appartient directement ou indirectement aux membres du couple

Le sort, en cas de rupture, du logement qui appartient directement ou indirectement aux membres du couple dépend fondamentalement de la répartition de la propriété.

Les choses se présentent un peu plus simplement lorsque le logement appartient exclusivement à l'un (A) qu'aux deux (B).

A/ Le logement appartient exclusivement à l'un

Après la rupture, le propriétaire exclusif du local d'habitation fait en principe ce qu'il veut : c'est l'absolutisme du droit de propriété, ce « droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » proclamé par l'article 544 du Code civil.

Donc s'il entend profiter lui-même et seul de son logement, il est en droit d'exiger le départ de l'autre et si besoin d'obtenir en justice une décision d'expulsion de celui-ci qui ne serait qu'un occupant sans droit ni titre.

C'est une évidence, en cas de concubinage, où tout peut se passer très vite.

C'est la même chose en cas de PACS ; sans doute, depuis la loi du 23 juin 2006 les partenaires s'engagent-ils à une vie commune (art. 515-4 C.civ.). Mais il est très facile de mettre fin à l'engagement : il suffit que l'un fasse signifier à l'autre sa décision unilatérale de dissoudre le pacte et remette une copie de cette signification au greffe du tribunal d'instance. S'il le veut, le propriétaire du logement pourrait prendre le soin de préciser dans son acte d'huissier que place nette doit être faite dès la date d'effet de la dissolution, c'est-à-dire dès l'enregistrement au greffe (art. 515-7).

En cas de mariage, il faudra bien entendu attendre la dissolution de celui-ci par divorce, car jusque là les devoirs impératifs de cohabitation, de secours et de contribution aux charges du mariage, la protection du logement de la famille instituée par l'article 215 alinéa 3 C.civ., ou les mesures provisoires qui peuvent être prises par le juge aux affaires familiales pendant l'instance en divorce, notamment quant à l'attribution à l'un, moyennant une indemnité d'occupation ou même gratuitement, de la jouissance du logement du ménage (art. 255, 4°), peuvent être autant de brides à l'exercice des prérogatives du propriétaire unique de ce bien. Mais avec le divorce, tout ceci s'évanouit.

Il reste que le recouvrement de la plénitude de ces prérogatives après la rupture ne va pas parfois sans contrepartie, ni tempérament ou exception.

Ainsi, du droit des biens peuvent surgir de sérieux règlements de compte. Le maximum est atteint lorsque le logement aura été édifié grâce à l'argent de l'un sur le terrain de l'autre. Le propriétaire du sol est certes devenu celui de la maison. Mais l'article 555 C.civ. pourra le conduire à rembourser à son ex-conjoint, partenaire ou concubin, soit la plus-value apportée à son fonds, soit le coût des matériaux et le prix de la main-d'œuvre estimés à la date de remboursement : l'addition peut-être lourde ; la jurisprudence en offre de belles illustrations (Civ. 3^{ème}, 2 oct. 2002 : Dr.fam. 2002, n° 141).

La présence d'enfants mineurs peut également avoir une incidence, quelle que soit d'ailleurs la nature des liens qui ont existé ou n'ont pas existé entre les parents.

Au titre des dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale par des parents séparés, l'article 373-2-2 règle la question de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, le plus souvent sous la forme d'une pension alimentaire versée par l'un des parents à l'autre. Les modalités en sont fixées par convention homologuée ou à défaut par le juge. Or parmi les modalités envisagées par le texte figure la possibilité de servir cette pension, en tout ou en partie, sous la forme « d'un droit d'usage et d'habitation » (art. 373-2-2 al. 4) : comprenons, bien évidemment, un droit d'usage et d'habitation des enfants avec l'un des parents dans un logement appartenant à l'autre, puisqu'il s'agit d'une modalité de la pension alimentaire versée par celui-ci à celui-là (al. 1).

Surtout, il convient de réserver la rupture du mariage, où les tempéraments et exceptions à l'absolutisme du droit de propriété de l'un des époux sur le logement qui lui appartient s'accroissent.

Ainsi, en cas de divorce, il faut compter avec l'éventualité d'une prestation compensatoire qui serait due à l'autre époux en raison de la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. En principe due en capital, la prestation compensatoire peut aux termes exprès de l'article 274 C. civ. prendre la forme d'une « attribution de biens en propriété ou d'un droit temporaire ou viager d'usage et d'habitation ou d'usufruit, le jugement opérant cession forcée en faveur du créancier ».

La réforme de 1975 avait limité cette possibilité à l'usufruit, la nue-propriété continuant donc toujours d'appartenir au débiteur de la prestation, en attendant la reconstitution de la pleine propriété lors du décès du créancier. Depuis les réformes du 30 juin 2000 et du 26 mai 2004, c'est même une cession forcée de la pleine propriété qui peut être imposée au débiteur de la prestation en capital, sous la seule réserve des biens qu'il avait reçus par succession ou donation : son accord est alors nécessaire. Le législateur contemporain n'est pas très regardant quand il s'agit de dissoudre le mariage ; mais il marque un réel attachement - ou peut le constater à maints égards - à la conservation des biens dans la famille par le sang.

Le logement appartenant à l'un avait fait l'objet par le passé de nombreuses décisions d'attribution à l'autre en usufruit. A n'en pas douter, les nouvelles possibilités, notamment le droit d'usage et d'habitation (d'une moindre valeur que l'usufruit, puisqu'il ne permet pas de louer le bien) et la pleine propriété, seront aussi à l'avenir utilisées, du moins lorsque l'examen de la situation respective des époux après la rupture y conduit.

En outre, le droit du divorce prévoit, mais cette fois quand il y a des enfants mineurs, la possibilité pour le juge de concéder à bail à l'un des époux le local servant de logement à la famille qui appartient en propre ou personnellement à l'autre. Ce bail forcé, dont le juge fixe la durée et qu'il peut renouveler jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants, suppose que le parent bénéficiaire exerce seul ou en commun l'autorité parentale et que l'intérêt des enfants commande qu'ils résident habituellement dans ce logement avec le parent qui n'en est pas le propriétaire. C'est l'article 285-1 C. civ. qui continue de prévoir cette possibilité - qui n'exclut pas d'ailleurs le jeu de l'art. 373-2-2 et la contribution à l'entretien des enfants sous la forme d'un droit d'usage et d'habitation ...

-

En revanche, la loi du 26 mai 2004 a fait disparaître l'autre cas de bail forcé, celui qui pouvait être concédé à l'époux défendeur dans le divorce pour rupture de la vie commune, lorsque ce divorce était prononcé à la demande de l'époux propriétaire (art. 285-1, 2° ancien). Il s'agissait-là de l'un des éléments du dispositif de protection du défendeur dans ce type de divorce, dont le législateur de 1975 avait volontairement entendu faire sentir au défendeur qu'il avait un coût et que « la liberté à laquelle il [aspirait] ne [pouvait] être acquise qu'à titre onéreux ». (J. Carbonnier, La famille, 16^e éd. n° 122).

Pendant, cette protection a été presque totalement démantelée à l'occasion de la dernière loi : en cas de divorce pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur ne peut solliciter spécifiquement un bail forcé afin de rester au domicile qu'il habite depuis longtemps. Le législateur contemporain, qui a aussi supprimé l'exception de dureté, est dur et sans pitié pour cet époux qui n'a rien demandé et à qui pourtant rien de grave ne peut être reproché. Si matériellement la rupture du mariage ne crée pas une disparité justifiant l'octroi d'une prestation compensatoire à son profit, et s'il n'y a pas ou plus d'enfant mineur, il n'y aura rien à faire : il faudra déménager. C'est le triomphe de l'individualisme et la moindre protection de l'autre dans le divorce d'aujourd'hui.

Une piste toutefois pourrait-elle s'ouvrir à l'article 266, avec les dommages et intérêts que celui-ci permet d'accorder au défendeur ? Mais ceux-ci ne sont dus que pour réparer des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage. Sans doute pourra-t-il parfois arriver que l'obligation de changer de domicile aboutisse à de telles conséquences. Des dommages et intérêts seraient alors dus. Pourraient-ils prendre la forme d'une attribution d'un droit, au moins d'habitation, sur le logement ? La jurisprudence s'était montrée hésitante sous l'emprise de l'ancien article 266. Il faudra la suivre à l'avenir.

Enfin, en cas de séparation de corps, alors que le devoir de cohabitation disparaît, le devoir de secours subsiste (art. 303), sous la forme en principe d'une pension alimentaire due à l'époux dans le besoin ; mais lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension peut être remplacée, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles de la prestation compensatoire après divorce, qui sont ici rendues applicables (art. 303 al. 3). On retrouve donc des possibilités d'attribution au créancier de droits sur le logement appartenant au débiteur.

En outre, en présence d'enfants mineurs, l'article 285-1 est rendu applicable par l'article 304 : un bail forcé peut donc, le cas échéant, être concédé.

On voit ainsi, en définitive que le sort du logement appartenant à l'un des membres du couple peut dans une certaine mesure varier avec la nature qui était celle de ce couple.

Cette nature influe également, et même plus encore, lorsque le logement appartient directement ou indirectement aux deux membres du couple.

B/ Le logement appartient directement ou indirectement aux deux membres du couple

1° - Directement

C'est l'hypothèse de l'indivision très fréquente justement au sujet du logement que l'on a acquis ensemble pendant que le ménage était uni : entre époux, l'indivision prend souvent le visage de la communauté, qui n'est guère autre chose qu'une indivision bien organisée, qui de toute façon avec le divorce ou la séparation de corps laisse place à l'indivision post-communautaire, c'est-à-dire une indivision ordinaire.

On rencontre aussi souvent, sur le logement, une indivision entre époux séparés de biens, ou hors mariage entre concubins ou pacsés.

Avec la rupture peut se profiler, du moins pendant un temps, une occupation du logement par un seul des coindivisaires, ce qui le rend en principe redevable d'une indemnité d'occupation privative sur le fondement de l'article 815-9, sauf convention contraire et sauf en cas de divorce jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation (art. 262-1).

Surtout, c'est vers un partage de l'indivision que l'on se dirige évidemment après la rupture et c'est lui qui déterminera le sort du logement.

On appliquera à ce partage le principe d'égalité en valeur proclamé par le nouvel article 826 du Code civil (loi du 23 juin 2006), qui prescrit d'attribuer à chaque copartageant des biens pour une valeur égale à celle de ses droits dans l'indivision.

Ainsi, s'il y a d'autres biens indivis et de valeur suffisante, on composera deux lots ; dans l'un d'eux sera placé le logement. Et s'il y a lieu, c'est-à-dire si les copartageants ne se mettent pas d'accord sur l'attribution de ces deux lots, celle-ci se fera par tirage au sort (art. 826 al. 2).

Cependant, que faire si le logement est le seul bien important de l'ex-ménage ? Ici la vente sera presque inéluctable (à moins que l'un n'ait les moyens de payer la soulte nécessaire à l'équilibre des lots et que les deux copartageants s'entendent sur cette modalité). Lorsque les relations entre les indivisaires sont contentieuses et que le partage est judiciaire, la vente prendra la tournure d'une licitation. Les nouveaux textes du Code civil issus de la loi du 23 juin 2006 sont assez discrets sur le sujet (tout au plus une allusion dans l'article 841). Mais le décret du 23 décembre 2006 apportent les précisions nécessaires : « le tribunal ordonne, dans les conditions qu'il détermine, la vente par adjudication des biens qui ne peuvent être facilement partagés » (art. 1377 NCPC). Le cas échéant, les indivisaires peuvent décider que les tiers ne seront pas admis à enchérir et que l'adjudication se déroulera entre eux ; mais il faut l'accord de chacun à cet égard (art. 1378).

Cependant, l'application de ces règles ordinaires du partage de toute indivision peut se trouver modifiée par la mise en œuvre de quelques dispositions spéciales qui prennent en compte la nature du couple qu'ont pu former, avant la rupture, les coindivisaires.

De telles dispositions, il n'y en a pas en cas de concubinage. Mais on les trouve avec le mariage : en cas de divorce ou de séparation de corps, l'article 1476 C.civ. rend applicables au partage de communauté les règles relatives au maintien, le cas échéant, dans l'indivision et à l'attribution préférentielle, qui sont avant tout prévues pour les partages successoraux. Il en va de même en vertu de l'article 1542 pour le partage des biens indivis entre époux séparés de biens.

Or précisément le maintien dans l'indivision peut être demandé (pour cinq années au maximum, mais le renouvellement est possible) en ce qui concerne la propriété du local d'habitation qui était effectivement utilisé à cet usage par le conjoint demandeur (art. 821-1) ; et en vertu de l'article 831-1, ce conjoint peut aussi demander l'attribution préférentielle du logement où il habitait lors de la dissolution du régime matrimonial, ce qui est un bon moyen d'échapper aux aléas du tirage au sort dans le partage. Cependant, ici, à la différence des partages successoraux, l'attribution préférentielle n'est pas de droit, et comme par hypothèse ce n'est pas par décès que le mariage ou le régime matrimonial s'est dissous, les deux ex-conjoints sont éventuellement susceptibles de réclamer chacun le bénéfice de cette attribution. Mais les textes sont bien faits : en vertu de l'article 267 du Code civil, le juge du divorce ou de la séparation de corps est chargé, à défaut de règlement conventionnel par les époux, d'ordonner la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et à cette occasion de statuer sur les demandes de maintien dans l'indivision ou d'attribution préférentielle.

Et évidemment, il faut aussi tenir compte des possibilités qui peuvent exister d'attribuer des biens en propriété ou usufruit à titre non pas de partage (moyennant, éventuellement une soulte), mais de prestation compensatoire en capital, voire de pension alimentaire après séparation de corps : ce qui est possible sur le logement appartenant en totalité à l'un, l'est évidemment aussi pour sa quote-part indivise dans ce logement.

Entre ex-partenaires d'un PACS, une partie de ces dispositions spécifiques est également rendue applicable : c'est ce qui concerne l'attribution préférentielle à l'un d'eux lors du partage, spécialement l'attribution du local d'habitation. En cas de demandes concurrentes, il faudra s'adresser au tribunal pour trancher.

Une complication peut se rencontrer lorsque les deux membres du couple, marié ou non, ont inséré une clause de tontine dans l'acte d'acquisition de leur logement : cette clause est encore appelée clause d'accroissement, car elle stipule que chacun acquiert la moitié du bien sous condition résolutoire de son prédécès et l'autre moitié sous condition suspensive de sa survie à l'autre ; ainsi le premier à mourir sera réputé n'avoir jamais été propriétaire et le survivant avoir été le seul propriétaire depuis le jour de l'acquisition. L'intérêt est d'éviter la perception des droits de mutation à titre gratuit lors du premier décès, intérêt que le droit fiscal limite cependant (en tout cas hors mariage) aux habitations d'une valeur inférieure à 76 000 euros au premier décès.

Mais que faire si le couple rompt du vivant des deux ? la jurisprudence donne la réponse : la clause exclut l'indivision en propriété, ce qui écarte le droit au partage ; en revanche, tant que la condition ne s'est pas réalisée, les parties ont des droits concurrents à la jouissance du bien et, en cas de conflit, l'exercice de ces droits peut être organisé par le juge (Civ.1^{ère}, 9 fév. 1994 : Bull.civ. I, n° 60).

2° - Indirectement

La question peut se compliquer davantage encore lorsque les membres du couple ne détiennent qu'indirectement la propriété du logement : ils ont constitué une **société civile immobilière**.

Voici que le couple se sépare. Quel est le sort du logement ? Aucune règle spécifique n'existe à cet égard dans le droit des sociétés.

Si l'on veut raisonner sur des bases solides, il faut chercher les qualifications susceptibles de s'appliquer.

Or, puisque le logement appartient a priori à la SCI - sauf à démontrer éventuellement la fictivité de cette société : pas de vie sociale, pas d'assemblées, pas de comptabilité ... - nécessairement un contrat est survenu entre cette personne morale et ses associés pour permettre à ceux-ci d'habiter les lieux.

Si le contrat est à titre onéreux, sa qualification est celle de bail, et on se trouve renvoyé à ce qui a été dit plus haut au sujet du logement appartenant à un tiers et loué ou bien à l'un ou bien aux deux membres du couple, avec le cas échéant la cotitularité de l'article 1751 s'ils sont mariés.

Mais le contrat peut aussi être à titre gratuit, et c'est semble-t-il ce qui se produit le plus souvent : une fois la SCI constituée et le logement acquis ou apporté, les associés ne se soucient même guère de conclure expressément une convention avec leur société. Ils occupent les lieux, gratuitement, sans verser ni loyer ni indemnité. Mais puisque ceci se fait avec le consentement, au moins implicite, de la société, la situation est tout de même bien contractuelle : nous sommes en présence d'un prêt, d'un commodat.

Et comme en pratique une durée déterminée n'aura pas été assignée à ce prêt, nous retrouvons la possibilité pour le prêteur de résilier le contrat à tout moment.

Mais le prêteur étant une personne morale, qui concrètement peut prendre cette décision ? Réponse : le ou les gérants s'il y en a plusieurs, et il va de soi que mettre fin à une mise à disposition gratuite ne peut pas nuire à la société : c'est un acte de gestion qui entre certainement dans les pouvoirs de la gérance.

D'où la question cruciale : qui est le gérant ?

Si l'un des membres du couple s'est fait nommer seul gérant et même pour toute la durée de la société - ce qui est possible : article 1846 du Code civil -, le voici maître de la situation, surtout que sa révocation suppose une décision des associés représentant plus de la moitié des parts sociales ; dans une société à deux associés égaux, il n'y a donc rien à faire, sauf à plaider en justice l'existence d'une cause légitime de révocation (art. 1851).

Il reste que, le plus souvent semble-t-il, les associés ont pris le soin de se faire nommer tous deux gérants. Avec quels pouvoirs pour chacun ? nécessité d'agir en commun pour tous les actes ou pour certains, pouvoir pour chacun d'agir séparément sauf l'opposition de l'autre, tout est concevable et dépend du contenu qui aura été donné aux statuts (art.1848).

Il n'est pas exclu qu'après la rupture une situation de blocage puisse se rencontrer.

L'issue pourra s'en trouver dans une action en dissolution de la société pour mésentente entre associés paralysant son fonctionnement, que prévoit l'article 1844-7 du Code civil. La dissolution entraîne la liquidation et se conclut par le partage de l'actif net (art. 1844-9).

Voici qu'on ne s'était pas marié pour laisser libre la rupture ; mais avec une société, on trouve, quand même le moyen de se lancer dans un bon procès !

Et si ce sont des époux qui ont eu recours à une SCI pour détenir leur logement, empilera-t-on les procédures : une pour la rupture du mariage, une pour celle de la société, devant deux juridictions différentes ? Cet inconvénient pourra être évité si la situation respective des ex-époux justifie l'octroi d'une prestation compensatoire : l'attribution à l'un des parts de l'autre dans la SCI pourrait être décidée sur le fondement de l'article 274. Mais en dehors de cette possibilité, le juge du divorce ne peut pas statuer sur la liquidation des intérêts des époux dans cette société : la SCI n'est pas une indivision ; il n'y a donc a priori pas lieu à partage, sauf après dissolution, et le divorce des associés n'est pas en lui-même une cause de dissolution des sociétés ...

Béatrice WEISS-GOUT

Monsieur le Professeur, je vous remercie non seulement pour avoir su nous faire sourire mais aussi pour l'espoir que vous nous donnez avec cet ensemble de pistes de réflexion et d'interprétations stimulantes. Nous allons à présent passer la parole à un praticien qui abordera des questions extrêmement concrètes auxquelles nous sommes tous confrontés.

Mesures urgentes et expulsion

Olivier MATOCQ
Avocat au Barreau de Lyon

A titre liminaire et avant d'aborder le thème des mesures urgentes et de l'expulsion, je voudrais signaler tout l'intérêt que j'ai trouvé dans l'étude de la question du logement de la famille : comme l'a souligné Hélène-Poivey-Leclercq « le logement est le point géométrique avec l'enfant de toutes les procédures, que ce soit en matière de divorce ou de successions » (Regards croisés sur les Etats Généraux du droit de la famille H. Poivey-Leclercq et B. Weiss-Gout , Droit de la Famille, Entretiens, janvier 2007).

Travailler sur le thème du logement oblige à aborder la matière de façon transversale, en explorant tous les champs du droit civil, ce qui a d'ailleurs donné lieu ce matin à des exposés tout aussi passionnants que passionnés.

Le logement fait déjà l'objet d'un régime de protection pendant la vie de la famille, et du couple, notamment pour le couple marié.

Les articles du Code civil se rapportant au sujet ont déjà été cités, je les mentionne à nouveau, mais simplement pour mémoire :

L'article 215 alinéa 3 du Code civil (issu de la Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965), est inséré dans les dispositions relatives au régime matrimonial primaire. Même si le logement a été acquis par l'un des époux avant le mariage, par un seul des époux séparé de biens, ou encore pendant le mariage au moyen de deniers propres, alors l'époux

propriétaire, ne peut plus disposer librement des droits par lesquels le logement de la famille est assuré, et doit nécessairement solliciter le concours de l'autre.

Cette entorse au droit de propriété souligne la centralité de la question : le droit de disposer absolu, qui est attaché au droit de propriété, cède du terrain devant la nécessité de la protection, de sorte que le logement affecté au lieu de vie de la famille devient partiellement indisponible : il faudra maintenant obtenir l'accord de l'autre époux, pour pouvoir librement et régulièrement disposer de ses droits, au nom de la cogestion.

De même, l'article 1751 du Code civil (Loi n° 62-902 du 4 août 1962) instaure la cotitularité du logement pris à bail et constitue lui aussi une entorse à un autre grand principe juridique essentiel, celui de l'effet relatif des contrats : l'époux non signataire, par le seul fait du mariage, va tirer des droits au regard de l'occupation du logement, en devenant aussi bénéficiaire d'un bail qu'il n'aura pas signé (parce que par exemple il avait été signé par l'autre époux, avant mariage). La nécessité de la protection du logement de la famille justifie ce régime dérogatoire.

L'article 14 de la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 sur l'amélioration des rapports locatifs assure également des droits au profit du concubin notoire, pacsé ou non, même s'il n'est pas signataire du bail.

Les réformes successives, prenant en compte la pluralité des modèles familiaux se sont donc efforcées de parvenir à un même but, la protection du lieu de la vie de la famille, pendant la vie de la famille.

Nous venons de voir avec M. le Professeur LEVENEUR le sort du logement après la rupture ou le décès, il reste, pour compléter la présentation, à s'intéresser aux mesures de protection lorsque survient la crise, et au début du processus de rupture.

I. La situation du couple marié :

En tant que praticiens, nous savons que les difficultés les plus sensibles apparaissent précisément au début du processus de rupture ou de séparation. En présence d'un vif conflit empêchant encore tout accord possible, le recours aux mesures d'urgence apparaît comme une solution et peut justifier une demande d'expulsion du conjoint, et particulièrement du conjoint violent.

Deux types de mesures coexistent : celles prévues par l'article 257 du Code civil, qui demeurent inchangées même après la Loi du 26 mai 2004, et les dispositions novatrices de l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil, (cette fois issues de la Loi du 26 mai 2004), qui organisent la mesure d'expulsion du conjoint violent.

1. Mesures d'urgence de l'article 257 du Code civil :

Ce texte, bien connu, dispose que l'époux à l'initiative de la procédure de divorce ou de séparation de corps peut demander au Juge aux Affaires Familiales la prise de mesures d'urgence, pouvant s'appliquer même avant l'audience sur tentative de conciliation.

La procédure impose normalement la comparution des parties, en présence d'une demande par nature non-contradictoire, formée de manière unilatérale, par renvoi à l'article 806-2 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En réalité, les pratiques sur ce point sont diverses : nombre de Juge aux Affaires Familiales acceptent de connaître de la requête sans comparution du conjoint demandeur, si celui-ci peut justifier son absence, ou bien à raison d'un intérêt légitime. Pour autant, Il semble que la précaution de la comparution devrait être le plus souvent possible respectée, compte-tenu de la nature non-contradictoire des informations

présentées au Juge, et de la gravité des mesures dérogatoires demandées. Le Juge doit pouvoir disposer de l'information la plus complète possible, et ce d'autant qu'aucun recours n'est possible à l'encontre de la décision, à l'exception de la procédure de référé ou de rétractation. Les mesures prises s'appliquent jusqu'à la date de l'audience sur tentative de conciliation, et elles seront alors reprises ou modifiées au titre de mesures provisoires, par les dispositions de l'ordonnance sur tentative de conciliation.

Puisque l'Ordonnance est rendu par nature de manière non-contradictoire, il est nécessaire de faire signifier l'ordonnance par huissier pour la porter à la connaissance de l'autre époux, et lui rendre opposable.

Quelles mesures, en relation avec le logement, peuvent alors être prises ?

La mesure phare de cet article 257 du Code civil se trouve à l'alinéa 2 : « *Le Juge peut autoriser l'époux demandeur à résider séparément, s'il y a lieu, avec les enfants mineurs* ». En d'autres termes, si le conflit est tel que la cohabitation est à ce point difficile, l'époux demandeur peut s'établir ailleurs, de manière distincte. A la violence de la cohabitation, intenable au point que le Juge prenne une mesure dérogatoire visant à dispenser de l'obligation de la communauté de vie, s'ajoute la violence du changement du lieu de résidence. Le conjoint devra s'établir en un autre endroit, et à défaut de trouver des membres de la famille ou des amis en situation de l'héberger dans des conditions satisfaisantes, (y compris et éventuellement avec les enfants mineurs), il n'aura bien souvent pas d'autre ressource que de s'adresser à une Association ou un foyer pour personnes en détresse.

La protection ainsi accordée montre rapidement ses limites, et c'est la raison pour laquelle le « référé-violence », deuxième pendant du dispositif, a été instauré.

Pour être complet, d'autres mesures d'urgence, bien que moins souvent demandées sont aussi en rapport avec le logement, comme par exemple, l'apposition des scellés pouvant être requise auprès du juge, dès la présentation de la requête ou encore l'inventaire des meubles meublants garnissant le domicile conjugal, mesure sage lorsque le demandeur craint que l'autre époux s'empresse de déménager les meubles, le logement attribué au conjoint pouvant l'être avec ses meubles (article 215 du Code civil).

L'efficacité pratique de ces mesures est cependant limitée en ce qui concerne le conjoint : l'époux victime de violences devra quitter son domicile, le juge ne pouvant prendre de mesure aux conséquences irrémédiables sur le patrimoine des époux.

D'où l'insertion par la Loi du 26 mai 2004, par renvoi aux dispositions de l'article 220-1 du Code civil, d'un dispositif spécifique permettant l'attribution du logement familial à la victime des violences conjugales : c'est la procédure dite de « référé violence ».

2. Dispositions particulières de l'article 220-1 alinéa 3 du Code civil :

L'apparition de ce référé correspond à un mouvement global européen de lutte contre les violences conjugales, traduit pour la France dans la Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de criminalité. Dans le prolongement de la Loi, le Ministère de la Justice, édité une brochure spéciale (La lutte contre les violences au sein du couple, Guide de l'action publique, Direction des Affaires Criminelles et des Grâces), présentée ici même lors des Premiers Etats Généraux du Droit de la Famille tenus le 27 janvier 2005 (voir pour le compte-rendu des travaux, le numéro spécial Gazette du Palais vendredi 8 et samedi 9 juillet 2005).

L'ambition communautaire vise à instaurer dans les diverses législations européennes une série de dispositifs spécifiques de lutte contre les violences dans le couple.

Et par exemple, la loi espagnole (adoptée à l'unanimité) le 07 octobre 2004 sur les violences faites aux femmes, a eu pour objectif de prendre en charge intégralement les victimes jusqu'à l'assistance sanitaire, sociale et professionnelle (sur ces questions voir Adeline Gouttenoire et Cyril Pierrot, *De nouveaux moyens pour lutter contre les violences conjugales* in Droit de la Famille novembre 2004, focus p. 4).

Comment fonctionne le « référé-violence » ?

Ce « référé-violence » emprunte la forme d'une procédure de référé, intégrant alors le principe du contradictoire, et a pour but de contraindre l'un des époux à quitter le domicile familial à raison des violences exercées sur l'autre. Cette mesure a donc une portée plus pratique que la première, puisque dans ce cas, la victime demeure dans les lieux.

Sur la forme, l'assignation en référé obéit aux règles de l'article 1290 du Code civil, modifiant les dispositions de l'article 200-1 alinéa 3 du Code civil : l'acte de l'Huissier est classique, mais il doit être dénoncé au Ministère Public au plus tard le jour de sa remise au greffe, en raison de la gravité de la mesure envisagée, l'objet est de permettre l'expulsion du conjoint violent, qui n'est pas toujours facile à obtenir.

Autre conséquence de ce « référé violence » : les mesures deviennent caduques à l'expiration d'un délai de quatre mois, si une requête en divorce ou en séparation de corps n'a pas été déposée.

Quels sont les premiers enseignements pratiques de cette nouvelle disposition ? Les réponses obtenues auprès des confrères et des Juges aux Affaires Familiales révèlent des pratiques très disparates : la procédure a été employée avec succès dans certains ressorts, mais n'est pas utilisée dans d'autres. Elle constitue certes une avancée indéniable, mais pour autant qu'elle soit vraiment applicable.

Le véritable écueil provient davantage du fait que les conditions de l'expulsion suivent le sort habituel des expulsions de droit de commun, à l'exception de la règle des articles L.613-1 à L.613-15 du Code de la Construction et de l'Habitation, l'expulsion du conjoint violent restant (heureusement) possible même pendant la période hivernale.

En revanche, le recours à la force publique obéit aux mêmes règles qu'en matière ordinaire, et subit les mêmes délais. Les lourdeurs administratives pour obtenir l'intervention de la force publique sont telles qu'elles peuvent ôter tout intérêt à la décision d'éviction, qui ne pourra pas, ou ne sera pas, exécutée dans des délais acceptables.

L'information du Ministère public dès le dépôt de la requête ne semble pas favoriser une accélération du traitement des demandes par les services de la Préfecture.

Par conséquent, une bonne efficacité du dispositif mériterait que soit mis en place un mode spécifique accéléré du recours à la force publique qui ne soit plus calqué sur celui du droit commun des expulsions, parce que l'objectif poursuivi par le nouveau texte n'est pas de même nature : il ne s'agit pas de faire cesser un trouble manifestement illicite, mais d'assurer la protection immédiate de l'époux victime, en lui permettant de rester au domicile familial.

Si le dispositif paraît assez complet pour la protection du couple marié, qu'en est-il pour le couple de concubins, pacsés ou non ?

II. Le couple de concubins :

Cette fois c'est le droit pénal qui vient au secours du droit civil, par la Loi n° 2006-399 du 04 avril 2006 qui renforce la répression et la protection des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, en prévoyant une peine aggravée.

Mais surtout une importante disposition permet au Juge d'ordonner l'éloignement de l'auteur des violences du domicile de la victime à tous les stades de la procédure.

L'auteur des faits de violences concerné par cette mesure est le conjoint, l'ancien conjoint, le concubin, l'ancien concubin, le partenaire lié par un PACS ou de l'ancien partenaire pacsé.

La loi fait donc preuve d'un grand pragmatisme en prenant en compte des situations de fait au-delà des simples catégories juridiques, en effaçant les différences entre le mariage et les autres formes d'union : il s'agit de faire face aux violences au plus près de leur lieu et de leur auteur, époux, partenaire ou concubin.

Les nouveaux dispositifs ne sont sans doute pas parfaits, mais ont au moins le mérite d'exister. Ils pourront être améliorés, probablement par la prise en compte de la diversité des législations européennes qui contribueront à unifier la lutte contre les violences familiales et conjugales.

On peut cependant regretter que le législateur français ne se soit pas doté de moyens de procédure spécifiques et qu'il ait eu, une fois encore, recours aux formes procédurales existantes, mais qui ne sont pas toujours très adaptées. Or, en droit de la famille, les règles de procédure ne se prêtent guère aux innovations suscitées par le fond du droit ou les créations de la jurisprudence.

Hélène POIVEY-LECLERCQ :

Merci Olivier pour ces précisions très importantes. Formons à cet égard le vœu que l'expulsion du conjoint violent bénéficie d'une procédure simplifiée dans l'avenir. Car, dans un arrêt récent, la Cour de Cassation a précisé que l'expulsion du conjoint devait être faite selon les règles de droit commun applicables à cette matière soit, après expiration d'un délai de grâce de 2 mois, recours à un huissier, au commissaire de police qui ne prêterait son concours à l'huissier qu'après y avoir été autorisé par le préfet. De sorte qu'il faut beaucoup de temps pour mettre le conjoint violent hors d'état de nuire, surtout si par malchance, les délais nécessaires pour accomplir toutes ces formalités amènent au mois d'octobre ou de novembre, autrement dit en période dite "d'hiver" durant laquelle les expulsions sont suspendues. Comme disait le poète, « on n'exécute pas toujours ce qui se propose, et le chemin est long du projet à la chose "...!

Durant les travaux législatifs relatifs à la réforme de 2004, le Conseil National des Barreaux est parvenu à améliorer la situation en faisant adopter un amendement qui a supprimé le délai de grâce de deux mois dans le cadre du « référé violence ». Mais ceci n'est qu'une petite victoire puisque subsistent la nécessité d'obtenir l'autorisation préfectorale - longue à obtenir, et la protection de la période d'hiver interdisant les expulsions à cette époque quand les coups, eux, ne connaissent pas de saisons...

Œuvrons donc pour la désolidarisation des règles d'expulsion du conjoint de celles de droit commun, et ce au-delà même du seul « référé violence ». L'attribution de la jouissance du logement de la famille dans le cadre du divorce s'accommode mal de l'expulsion telle que la régit le droit commun en vigueur. Humainement, cette expérience que j'ai connue dans ma pratique professionnelle est terrible : un conjoint caché dans l'appartement sachant qu'il va être expulsé, tente par différentes manoeuvres d'empêcher le serrurier d'ouvrir la porte, jusqu'à ce que cette porte soit enfoncée et qu'il

doive quitter les lieux entre deux agents de police...Cet exemple qui pourrait être complété par de nombreux autres justifie qu'on s'intéresse à la création d'une procédure différente, spécifique, pour l'expulsion du conjoint.

Béatrice WEISS-GOUT :

Avant que n'intervienne Marc Guillaume, je passe à présent la parole à Madame Gouttenoire et Monsieur Murat, afin d'aborder l'actualité juridique et judiciaire de la famille, que vous attendez tous avec impatience.

L'actualité juridique et judiciaire
de la famille en 2006

Le droit extra-patrimonial de la famille

Adeline GOUTTENOIRE
Professeur de droit à l'Université Montesquieu Bordeaux IV

Merci de m'avoir à nouveau invitée à ces Etats Généraux, devenus une véritable tradition du droit de la famille. C'est l'occasion de vous présenter l'actualité du droit de la famille de cette année, me permettant de constater que le dynamisme de ce droit est le reflet du dynamisme du Barreau de Famille. Encore une fois, le couple et l'enfant, piliers de la famille, ont fait l'objet de toute l'attention du législateur comme du juge.

I. Le couple

Tout d'abord, le rapprochement entre les différents modes de conjugalité – mariage, PACS, concubinage – se poursuit tant en termes de formation que d'obligations.

1. La formation du couple

a. Le mariage

Malgré l'évolution du PACS du point de vue de sa formation, le mariage demeure l'engagement par excellence faisant l'objet d'une protection spécifique. Trois lois sont venues à son secours, afin qu'il ne soit pas détourné de son but originel, et que le consentement au mariage reste véritablement libre.

La loi du 4 avril 2006 sur la prévention et la répression des violences au sein du couple

Elle comporte plusieurs dispositions visant à enrayer les atteintes à la liberté matrimoniale :

- L'âge matrimonial est porté à 18 ans, pour tous et surtout pour toutes, afin d'éviter les mariages forcés des jeunes filles.
- Les dispositifs prévus à l'encontre des mariages de complaisance, tels l'audition des futurs époux ou l'opposition du Ministère Public, sont étendus aux cas de soupçons sur la liberté de consentement.
- Le régime de nullité du mariage a été également modifié :
 - en facilitant la nullité de la part du Ministère Public ;

- en prenant en compte la contrainte exercée sur un des époux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant
- en allongeant les délais de prescription.

La loi du 14 juillet 2006 relative à l'immigration et l'intégration

Elle a plutôt pour objectif de réduire le nombre de mariages de complaisance, appelés « mariages blancs » :

- elle exige désormais 4 ans de vie commune pour acquérir la nationalité par mariage ;
- le gouvernement peut s'opposer à cette acquisition deux ans durant – et non plus pendant une seule année ;
- en cas de séparation du couple, la nationalité acquise peut être retirée également pendant un délai plus long, à savoir 4 ans ;
- les conditions du regroupement familial apparaissent moins favorables à la famille qu'auparavant

La loi du 14 janvier 2006 relative au contrôle de la validité du mariage

Entrée en vigueur en mars 2007, cette loi va dans le même sens que les deux précédentes, à travers des nouvelles exigences permettant de s'assurer de la volonté libre des deux époux :

- les auditions des époux pourront avoir lieu en dehors de la présence des père et mère
- des nouvelles conditions de forme et de publicité du mariage sont instaurées ;
- la procédure d'opposition au mariage est facilitée.

2. Le PACS

Le PACS a également bénéficié des faveurs du législateur pour ce qui concerne sa formation : il fera désormais l'objet d'une publicité en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, mentionnant le nom de l'autre. Non seulement le PACS entre dans les actes d'Etat civil, mais l'identité – et donc le sexe – du partenaire est aussi révélée : cela témoigne d'une plus grande tolérance envers les unions homosexuelles. Deux décrets du 23 décembre organisent ces modalités de publicité.

II. Les obligations des membres du couple

La loi du 4 avril renforçant la prévention et la répression des violences conjugales a permis l'inscription d'une nouvelle obligation, celle de respect mutuel des membres du couple marié, dans le Code Civil.

Avec la loi du 12 décembre 2005, elle permet la mise en place d'un système de répression et de prévention de la violence, quelle que soit la nature de l'union – hétérosexuelle ou homosexuelle – ou juridique du couple – marié, pacsé, concubins ; c'est le lien de couple présent ou passé qui va justifier la mise en place de telles mesures, la qualité de conjoint, concubin, partenaire actuel ou passé de l'auteur des violences constitue une circonstance aggravante.

La jurisprudence condamnant les viols entre époux a été consacrée par la loi, qui tout en reconnaissant la spécificité du couple marié, permet la répression du viol quelle que soit la nature des relations existant entre l'auteur et la victime du viol.

Par ailleurs, l'immunité entre époux en cas de vol d'objets indispensables à la vie quotidienne, dont les documents d'identité ou titres de séjour, est désormais écartée..

Une circulaire d'avril 2006 incite les Procureurs à employer sans hésitation ce dispositif de lutte contre les violences conjugales.

Le rapprochement entre le PACS et le mariage se traduit également par l'obligation d'assistance réciproque et l'engagement à une vie commune des pacsés. Peu à peu, le PACS avance sur le terrain des relations personnelles, ce qui était exclu au départ.

Concernant la dissolution du couple et notamment le divorce, la Cour de Cassation n'est pas à une contradiction près : elle admet d'une part qu'un examen comparé des sangs des enfants et du mari puisse établir l'infidélité de l'épouse dans un arrêt du 28 février. D'autre part elle refuse le témoignage du conjoint divorcé d'un descendant pour établir les griefs, dans un arrêt du 14 février 2006 en se fondant sur l'article 205 du nouveau Code de Procédure civile. La famille peut donc se voir déstabilisée par la révélation de la filiation réelle des enfants, alors même que les relations familiales passées sont protégées...

II. Les enfants

S'agissant de sa filiation, de l'autorité parentale ou de sa protection, l'enfant a également fait l'objet de différentes mesures.

1. La filiation

Le droit d'établir sa filiation pour un enfant, ou d'établir sa maternité ou sa paternité pour un adulte, ressort renforcé de l'entrée en vigueur de la réforme de 2006, dont nous avons beaucoup parlé l'année dernière.

D'autres décisions vont aussi dans ce sens : la Cour de Cassation a devancé l'appel du législateur, appliquant par anticipation, dans un arrêt du 14 février, le principe « *mater semper certa est* ». Elle admet l'établissement automatique de la maternité en se fondant sur l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La Haute Cour a surtout fait preuve d'audace en affirmant la validité et l'efficacité de la reconnaissance paternelle d'un enfant né sous X, dans la célèbre « affaire Benjamin » : l'arrêt du 7 avril contredit, à juste titre, les Cours d'Appel qui avaient écarté sans ménagement le père dans la même situation. Cet arrêt ne résout cependant pas la situation des pères d'enfants nés sous X n'ayant pas procédé à une reconnaissance prénatale.

Toutefois, le droit d'établir sa paternité n'est pas sans limites, dont certaines, que vous connaissez sont contenues dans la réforme, et d'autres mentionnées dans la jurisprudence. En particulier, dans un autre arrêt du 14 février, la Cour de Cassation a établi que la reconnaissance prénatale de l'amant de la mère ne pouvait faire échec à la présomption de paternité du mari avec qui la mère est retournée vivre après avoir quitté son amant : le mari bénéficie d'une possession d'état prénatale empêchant une reconnaissance postérieure de l'amant ; si l'arrêt avait été rendu sous l'empire de la réforme, l'amant aurait cependant eu cinq ans pour contester la filiation du mari et exiger une expertise.

Plusieurs arrêts se sont d'ailleurs prononcés en faveur de l'expertise biologique, confirmant le principe du droit à l'expertise consacrée en 2000, la plupart n'hésitant pas à déduire du refus de l'expertise la filiation du défendant.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a également contribué à renforcer ce droit à la filiation à travers plusieurs décisions consacrant le droit à établir sa descendance ou sa filiation sur le fondement de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Dans un arrêt du 18 mai, elle considère l'impossibilité pour le père d'établir la

filiation de l'enfant à son égard en raison de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard du nouveau compagnon de la mère comme une violation du droit à la vie familiale. Dans un arrêt du 13 juillet, elle a aussi considéré que le refus opposé à un enfant d'exhumer le corps de son père présumé pour faire procéder à un analyse génétique est aussi contraire à l'article 8. Cette solution pourrait remettre en cause certaines dispositions françaises interdisant l'exhumation en vue de pratiquer une expertise génétique.

La même Cour refuse cependant toujours dans un arrêt du 18 avril de consacrer un droit de fonder une famille, déniait à un détenu le droit de recourir à une insémination artificielle en vue d'avoir un enfant avec son épouse, alors même qu'ils risquent d'être trop âgés pour avoir un enfant à sa sortie de prison.

2. L'autorité parentale

a. Le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents

Le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents est éminemment protégé par la jurisprudence comme par la loi, à travers différents moyens.

La résidence alternée, qui a suscité encore une fois nombre de débats, s'installe peu à peu dans le paysage judiciaire français. En effet, dans son arrêt du 14 février, la Cour de Cassation indique que le juge peut imposer la résidence alternée sans durée limitée, et qu'il n'est donc pas tenu de fixer un délai à l'issue duquel la question de la résidence alternée sera à nouveau discutée.

La résidence alternée a suscité également des questions en termes de répartition des allocations familiales : dans deux avis du 26 juin, la Cour de Cassation a précisé que les décisions du juge aux affaires familiales ne s'imposent pas en matière de répartition des allocations familiales, le Tribunal des affaires de la sécurité sociale étant le seul compétent en la matière. Par ailleurs, une alternance sur la qualité de l'allocataire serait envisageable. La loi du 21 décembre 2006, permet le partage des allocations familiales en cas de résidence alternée entre les deux parents.

La Cour de Cassation s'est montrée aussi très protectrice du lien de l'enfant avec ses deux parents séparés : dans un arrêt du 4 juillet, elle sanctionne le départ de la mère avec les enfants vers une destination lointaine, en se fondant sur le droit des enfants de rester en lien avec leur père. Cet arrêt opère un glissement bienvenu du droit des parents vers celui des enfants.

L'ambiguïté entre les droits de l'enfant et du parent se manifeste lorsqu'il s'agit de prendre en compte la volonté de l'enfant ; dans un autre arrêt du 14 février relatif à un enlèvement international d'enfant, la Cour de Cassation affirme que la seule opposition de l'enfant à son retour ne suffit pas et qu'il faut que cette opposition soit motivée par un risque grave,.

b. L'homoparentalité

Cette question a fait les beaux jours de la jurisprudence en 2006.

Dans son arrêt du 24 février, la Cour de Cassation admet pour la première fois une délégation de l'autorité parentale au bénéfice de la concubine de la mère. Cette délégation est justifiée par la volonté de donner à celle-ci les moyens juridiques lui permettant d'assurer son rôle passé et futur à l'égard des enfants.

A la question de savoir si la délégation de l'autorité parentale pouvait s'opérer envers un personne du même sexe, la Cour a très clairement conclu positivement : elle a suivi les

préceptes de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, en refusant d'ériger l'orientation sexuelle en critère abstrait de décision ; elle prévoit qu'il doit être démontré que la personne en question ait un rôle positif pour les enfants, et qu'il soit nécessaire de lui donner les moyens de leur éducation, quelle que soit la nature de ses relations avec le parent des enfants.

Le 5 mai, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris applique à la lettre ces conditions posées par la Cour de Cassation. Certains juges sont allés plus loin, comme la Cour d'Appel de Clermont-Ferrand, en appliquant purement et simplement les règles de l'adoption simple du conjoint aux concubins ou partenaires. Bien qu'opportune, la décision ne paraît pas légale, comme l'a confirmé la Cour d'Appel de Lyon et par la suite la Cour de Cassation.

3. La protection de l'enfance

La protection de l'enfance a également fait l'objet de l'attention du législateur et du juge :

La loi sur la protection de l'enfance devrait être rapidement votée : outre un certain nombre de dispositions destinées à protéger l'enfant, elle va modifier le texte sur l'audition de l'enfant par le juge en l'érigeant en véritable droit, et ce en conformité avec la Convention Internationale des Droits de l'Enfant et du Règlement Bruxelles II-bis.

La loi du 4 avril renforce la lutte contre la pédophilie et le tourisme sexuel : des Français ou personnes rattachées au territoire national ayant commis de tels faits à l'étranger peuvent désormais être poursuivis.

Le contrat de responsabilité parentale, mis en place par la loi du 31 mars 2006 et le décret du 1^{er} septembre 2006, constitue un moyen pour lutter contre l'absentéisme et les troubles scolaires causés par l'enfant notamment par la menace d'une suppression des allocations familiales.

Concernant l'assistance éducative, pierre angulaire du dispositif français de protection de l'enfance, un arrêt du 28 novembre affirme que le refus de fournir aux parents une copie du dossier d'assistance éducative n'est pas contraire au droit à un procès équitable fondé sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ; bien contraire au principe du contradictoire cette limite est justifiée par l'objectif légitime de protection de l'intérêt de l'enfant. Il reste qu'il serait beaucoup plus simple et opportun de rendre la présence de l'avocat obligatoire dans les procédures d'assistance éducative. La Cour précise que l'audition de l'enfant est obligatoire dans la procédure, mais pas nécessairement à l'audience : si l'enfant a été entendu par le juge pour enfants en première instance, la Cour d'Appel n'est pas obligée de l'entendre à nouveau.

La Cour de Cassation s'est révélée moins exigeante qu'auparavant pour ce qui concerne les garanties procédurales. Dans un arrêt du 14 février, elle a considéré que dès lors que l'enfant n'est pas doué de discernement, la Cour d'Appel peut ne pas mentionner l'absence d'audition si les circonstances le justifient. Un tel recul des garanties procédurales ne me paraît pas opportun en matière d'assistance éducative, domaine dans lequel ces garanties ont été admises récemment et non sans susciter des difficultés.

Cette année encore, l'actualité du droit extra-patrimonial de la famille a été particulièrement riche, et va d'une manière globale dans le sens de la protection des plus faibles, ce dont il faut se féliciter.

Béatrice WEISS-GOUT

Merci pour ces précisions. Je passe la parole à Pierre Murat, que je remercie à nouveau pour sa participation cette année. Il va nous parler à présent de l'actualité patrimoniale.

Vie de couple, dissolution et prestations compensatoires, obligations alimentaires

Pierre MURAT

Professeur de droit à l'Université Pierre Mendès France de Grenoble

Face aux turbulences du droit extrapatrimonial, je crains que le droit patrimonial ne paraisse un peu terne. Je vais tout de même essayer de faire de mon mieux, non sans avoir rappelé au préalable le plaisir que j'ai d'être ici aujourd'hui.

L'actualité patrimoniale est marquée par les lois nouvelles, dont bien sûr celles de l'année en cours, à savoir la réforme des successions et libéralités du 23 juin. Cette actualité éclipse quelque peu tout le reste, dont notamment la réforme des sûretés du 23 mars, rejaillissant sur l'ensemble de l'activité économique, y compris les contrats pouvant être passés au sein de la famille. Néanmoins, comprendre ces évolutions implique aussi d'aborder les lois des années précédentes, notamment la réforme du divorce de 2004 et la réforme plus ponctuelle de la prestation compensatoire de 2000.

Finalement, ces réformes ont peut être en partie désamorcé temporairement les principales difficultés rencontrées par le droit patrimonial. C'est ce que démontre, cette année, l'absence de grand arrêt à caractère « prétorien » : les équilibres se cherchent, une fois les questions essentielles tranchées, et l'activité suit son cours.

Pour gérer le plus efficacement possible mon temps de parole, j'ai choisi de laisser délibérément de côté la question, très largement étudiée, des transmissions successorales, mais aussi celle du droit au logement, notamment le problème du rapport à la succession du logement mis à la disposition des enfants par leurs parents. Sachez simplement que la réforme du 23 juin s'est accompagnée *in extremis*, en 2005 de mesures fiscales accompagnant la volonté du législateur civil de faciliter les transmissions patrimoniales.

Reste à effectuer un tri me permettant d'exposer les évolutions de l'année, et j'en assumerai devant vous la subjectivité, en partant de trois axes : la vie de couple, les questions de dissolution de couple, c'est-à-dire de prestations compensatoires, et enfin les obligations alimentaires.

I. La vie de couple

Un des problèmes traités par la jurisprudence cette année est la question centrale de la différence des modes de traitement selon les modes de conjugalité, ce qui ne sera pas pour vous surprendre suite aux propos de mes collègues.

L'introduction du PACS dans la législation signalait la fin du monopole conféré au mariage dans la compréhension moderne de cette institution. Par conséquent, le droit est tiraillé entre deux options : aligner les modes de conjugalité les uns sur les autres - avec le risque d'annihiler les distinctions - ou bien conserver les différences de traitement - avec le risque de devoir affronter des reproches de discrimination. La jurisprudence est bel et bien prise dans cet étau, en ce qu'elle résiste à des demandes d'assimilation mais en développant à la fois d'autres - parfois au risque d'une imprécision juridique.

1. Distinctions entre obligations matrimoniales selon la nature du couple

Il faut évoquer ici deux arrêts principaux :

a. L'arrêt du 6 décembre 2006

Dans son arrêt du 6 décembre, le Conseil d'Etat juge que le refus d'octroi d'une pension de réversion à une concubine de longue date, mariée seulement quelques semaines, ne contredit pas la Convention européenne des droit de l'homme : selon le Conseil d'Etat, en vertu des dispositions du Code Civil, les conjoints sont assujettis à des obligations civiles et fiscales spécifiques ne pesant pas sur les concubins. Le raisonnement est clair : les pensions sont des créances, donc des biens au sens où le définit la Convention européenne des Droits de l'Homme. Cependant, la situation des concubins n'est pas celle des mariés, en ce que leur solidarité ne trouve pas de source dans la loi.

A la suite de cet arrêt se pose la question des partenaires d'un PACS. Le Code des pensions civiles et militaires ne mentionne que le cas des « conjoints » ou « conjoints survivants ». Or la solidarité financière entre pacsés, notamment depuis la réforme du 23 juin, repose bel et bien sur la loi. Eu égard aux pensions alimentaires, ne faudrait-il pas assimiler mariage et PACS ?

De son côté, la Cour de Cassation condamne quant à elle régulièrement toute transposition des obligations matrimoniales aux concubins, notamment les transpositions concernant les dépenses courantes. Le problème n'est pas nouveau mais l'activité de cette année témoigne de sa persistance.

b. L'arrêt du 28 novembre 2006

J'attire votre attention sur un arrêt du 28 novembre 2006 : initialement, le terrain de l'analogie développé par le juge du fond n'était pas l'article 214 C. civ. sur la contribution aux charges du mariage. Pour justifier le remboursement de la moitié des dépenses courantes effectuées pendant la cohabitation, les juges du fond s'étaient fondés sur le fait que les comptes entre concubins doivent être établis sur le fondement de l'enrichissement sans cause, à défaut de toute autre action ouverte au demandeur. Ici la Cour de Cassation répond par l'absence d'analogie possible, la règle ne trouvant pas grâce. On ne peut donc ni se fonder sur une assimilation du régime primaire impératif concernant l'époux, ni même sur le droit commun pour obtenir une assimilation sur les grands principes. Bien sûr, cet arrêt n'interdit pas l'évocation ponctuelle de l'enrichissement sans cause lors de liquidation pécuniaire concernant les concubins – participation à la construction sur un terrain de l'autre propriétaire, amélioration de la maison, etc. Il ne peut cependant pas être la source d'un *simili* régime primaire.

Une cour d'appel condamnait le concubin à rembourser la moitié des dépenses courantes effectuées pendant la cohabitation en retenant que « les comptes entre concubins doivent être établis sur le fondement de l'enrichissement sans cause à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ». La Cour de Cassation casse la décision en énonçant 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 exprimé à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées.

Ce n'est pas nouveau : la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de dire que chacun des concubins doit, en l'absence de volonté exprimé à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées. Mais le reproche implicite était alors d'appliquer par analogie l'obligation de contribuer aux charges du mariage (art. 214). Dans l'affaire jugée en novembre 2006 devant la Cour de cass., sans doute pour éviter ce reproche, les juges

du fond se référait à l'enrichissement sans cause pour condamner le concubin à rembourser la moitié des dépenses de la vie courante réalisées pendant la communauté de vie : la formule ne trouve pas davantage grâce devant la C. cass.

Le message est clair : pas d'analogie. Les juges ne peuvent pas faire application de les textes du mariage ou du Pacs par analogie (214, 515-4) : on le savait déjà. Mais ils ne peuvent pas non plus utiliser le droit commun pour aboutir à des résultats avoisinants.

Toutefois, cet arrêt n'interdit pas tout de même d'invoquer l'enrichissement sans cause au moment de la liquidation des intérêts pécuniaires des concubins (c.a.d : participation à la construction dont l'autre est propriétaire, amélioration d'un tel bien, participation bénévole à l'activité professionnelle du concubin...); la cour de cassation refuse son application pour pallier l'absence de d'organisation légale.

2. Les régimes matrimoniaux

Plein feu sur des points sensibles déjà recensés dans le passé :

a. La protection de la famille contre le cautionnement et l'emprunt bancaire

L'art. 1415 est un texte qui sert de bouclier à la famille contre la pression des pratiques bancaires. C'est un texte dérogatoire qui, pour des actes jugés dangereux, dérogeant aux règles habituelles en matière de gage des créanciers en régime communautaire : en cas de cautionnement ou d'emprunt d'un époux, sans le consentement du conjoint, le gage du créancier se trouve réduit au minimum (bien propres et revenu de l'époux débiteur) ; le consentement du conjoint rétablit le créancier dans ses droits ordinaires sur la communauté.

L'article 1415 donne classiquement lieu à une jurisprudence abondante : le millésime 2006 ne déroge pas à la règle : il s'est même ouvert sur la question provoquée par un revirement de jurisprudence qui a fait grand bruit.

- L'affaire du « cautionnement réel » (que l'on ne doit plus appeler ainsi !) :

Après beaucoup de tergiversations, la Cour de cassation avait fini par jugé par trois arrêts du 15 mai 2002 que le cautionnement dit « réel » (le plus fréquemment, c'est un nantissement de valeurs mobilières constitué par un tiers) était une sûreté mixte à la fois réelle et personnelle. La solution avait divisé la doctrine.

Un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 2 déc. 2005 a opéré un revirement de jurisprudence : le cautionnement réel n'est pas un cautionnement : il s'agit d'une sûreté purement réelle : finie l'analyse en tant que sûreté mixte.

Plus exactement : une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers (nantissement de valeur mobilières entrées en communauté) n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas.

Conséquence directe : l'application de l'article 1415 est écartée : disparaissait pour les conjoints communs en bien de la protection tirée de l'article 1415 alors que l'acte est éminemment dangereux. Notons toutefois que la sanction de l'art. 1415 appliquée au cautionnement réel était particulièrement mal adaptée : la sûreté était privée d'efficacité...

Finalement les inquiétudes auront été brèves : la remise en ordre est venue de l'ordonnance du 23 mars 2006 et de la modification portée **à l'article 1422** :

« (Les époux) ne peuvent l'un sans l'autre, affecter (un bien de la communauté) à la garantie de la dette d'un tiers ».

Il y a donc extension expresse de la cogestion pour qu'un époux ne puisse seul, sans l'accord de l'autre donner un bien commun en gage pour garantir la dette d'un tiers.

- 1415 C. civ. : l'oeuvre de protection continue.

Sans surprise, la Cour de cassation veille. Un arrêt du 28 novembre 2006 le montre bien.

La signature d'une fiche de renseignement ne vaut pas consentement exprès au sens de l'article 1415. La CA avait admis *qu'en signant une fiche de renseignement en tant que conjoint, l'épouse avait manifesté sinon son acceptation personnelle au prêt, du moins son consentement à la souscription de celui-ci par son mari*. Cassation de l'arrêt.

C'est un rappel de la lettre du texte de 1415 qui exige un « consentement exprès » : c'est-à-dire un consentement manifesté en vue d'affecter le patrimoine commun au gage des créanciers : ce n'est pas le cas d'une fiche de renseignement sur l'état du patrimoine des époux, de leurs revenus, de leur état civil.

L'arrêt est à inscrire dans le courant classique des arrêts qui sont assez exigeants pour caractériser le consentement exprès du conjoint.

Plus audacieusement : la Cour de cassation innove. Un arrêt du 20 juin 2006 fait application de l'article 1415 C. civ. à la garantie à 1^{ère} demande.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a introduit dans le Code civil la garantie à première demande comme une modalité de la garantie autonome désormais définie à l'article 2321 C. civ. On pouvait se demander si l'article 1415 pouvait aussi s'appliquer par analogie à la garantie à première demande.

En effet, le texte de l'article 1415 n'évoque que le cautionnement et l'emprunt : le domaine d'application apparaît au premier abord assez étroit et la disposition est un texte d'exception, ce qui devrait logiquement entraîner une interprétation étroite.

Les tribunaux préfèrent nettement l'esprit à la lettre : ils n'ont jamais eu peur d'en forcer la lettre (application à l'aval) : la jurisprudence s'est adaptée aux évolutions bancaires pour protéger les familles : tout a fait en conformité avec l'esprit de la loi du 23 déc. 1985 qui était de protéger la masse commune contre les actes dangereux qu'un époux peut être amené à faire seul.

Continuant dans ce sillage, dans un arrêt du 20 juin 2006, la Cour de cassation la cour de cassation choisit de soumettre la garantie à première demande à l'article 1415 rejoignant une tendance, semble-t-il, largement partagée par les juridictions du fond.

La Cour de cassation s'appuie sur l'analogie :

« ce texte est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par

lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté ».

On approuvera : l'acte est dangereux : plus dangereux encore que le cautionnement !

Ces actes appartiennent chacun à la même catégorie des sûretés personnelles. En insistant sur l'analogie, la Cour de cassation a étendu la protection de l'article 1415 à toutes les sûretés personnelles.

Pour éviter l'ambiguïté actuelle du texte, certains auteurs ont d'ailleurs noté que l'on aurait pu prendre prétexte de la modification de la nomenclature des sûretés personnelles (V. le nouvel article 2287-1 C. civ. : « les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome, et la lettre d'intention ») pour opérer un rajeunissement de l'article 1415 : car en 1985, la légitimité de n'évoquer que le cautionnement tenait à ce que le Code ignorait les autres formes de sûretés personnelles... Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

b. L'encaissement de deniers propres par la communauté et la présomption de profit pour la communauté

Depuis ses arrêts du 8 février 2005, largement confirmés par la suite, la C. Cass. répète la formule désormais bien connue : « qu'il incombe à celui qui demande récompense à la communauté d'établir que les deniers provenant de son patrimoine propre ont profité à celle-ci ; que, sauf preuve contraire, le profit résulte notamment de l'encaissement de deniers propres pas la communauté, à défaut d'emploi ou de réemploi ».

La preuve du profit tiré par la communauté s'en trouve fort heureusement simplifiée. On ne reviendra pas sur le sujet.

On notera que le changement de cap n'est pas totalement indolore : la rétroactivité de la solution nouvelle n'est pas exempte de surprise.

Ce changement de cap développe aussi évidemment des conséquences fiscales qu'a permis de bien voir une affaire jugée par la chambre commerciale le 8 novembre 2005 : l'existence d'une récompense due par la communauté est de nature à fonder un redressement sur les droits de mutation par décès et, aujourd'hui, lorsque l'administration fiscale entend réintégrer une récompense dans la succession de l'époux prédécédé, elle bénéficie alors elle aussi de la présomption de profit pour la communauté, déduite de l'encaissement des deniers. En d'autres termes, dès lors que l'encaissement est établi, et à défaut de preuve d'un profit exclusif par l'époux, la récompense est établie.

L'administration fiscale a d'ailleurs rédigé sur le sujet une instruction (Instruction fiscale 21 juin 2006).

c. Retranchement des avantages et cas particuliers de reconstitution familiale

En termes de retranchement des avantages matrimoniaux, en vertu de l'article 1527 al.2, un enfant non issu des deux époux peut obtenir sa part de réserve par réduction de l'avantage matrimonial qui empièterait sur sa réserve.

Un arrêt du 7 juin attire l'attention sur un cas de figure jusqu'ici non tranché qui avait divisé les juridictions par le passé : dans le cas d'une reconstitution familiale donnant lieu à une adoption de l'enfant par le conjoint de son parent, l'action en retranchement était-elle possible ? La Cour de Cassation prononce logiquement l'impossibilité d'une telle action, l'enfant adopté étant ici assimilé à un enfant biologique, et se trouvant donc dans la même position successorale de ce dernier : il est réservataire dans la succession de celui qui l'a adopté.

Nous approchons avec ce point les questions de dissolution, sur lesquelles je voudrais rapidement dire quelques mots.

II. Dissolutions du couple : zoom sur la prestation compensatoire

1. Fixation de la prestation compensatoire et vocation successorale des époux

En matière de prestation compensatoire, la question de savoir si le juge du divorce doit tenir compte de la vocation successorale des époux en tant que droit prévisible a fait l'objet de nombreux débats.

Dans un arrêt du 21 septembre 2005, la Cour de Cassation avait déjà répondu que la vocation successorale ne constituait pas un droit prévisible. Réitérant d'ailleurs cette vision le 20 juin 2006, elle a cassé un arrêt qui tenait compte du patrimoine des parents de l'épouse divorcée pour évaluer la prestation. Bien que rendus sous l'empire de l'ancien droit, ces arrêts sont toujours applicables aujourd'hui.

La solution paraît normale si l'on estime que la prestation compensatoire a vocation à indemniser des modes de vie en mariage, que celui-ci a précisément faussés, et non à faire profiter de toutes les espérances que la continuation du mariage aurait pu apporter.

2. Fixation de la prestation compensatoire et concubinage

Dans ce cas l'actualité présente deux angles d'attaque très différents :

a. En cas de concubinage du créancier avec un tiers

Deux décisions du 25 avril 2006 présentent l'intérêt de réaffirmer une solution qui avait été un temps floue, mais qui ne fait aujourd'hui plus aucun doute :

le concubinage de l'épouse ne saurait être un élément a priori exclu lorsqu'il s'agit d'apprécier les conditions de vie respective des époux en vue de la détermination d'une PC : le concubinage est important tant pour de la fixation initiale de la PC que pour sa révision ultérieure, comme l'illustre les deux espèces rendues le même jour.

La solution est logique : une bonne appréciation de la disparité créée par la rupture du lien conjugal passe par l'examen des conditions de vie présentes des époux : pour cela il faut prendre en compte l'ensemble des ressources des époux, ce qui implique de tenir compte notamment des économies que permet de faire la vie à deux.

Cependant, ce raisonnement ne tient que si le concubinage présente quelque caractère de stabilité et de continuité : c'est-à-dire finalement s'il répond aux conditions de sa définition telles que posé par l'article 515-8 C. civ. Si la ligne de démarcation est ainsi théoriquement claire, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas toujours aisée à mettre en œuvre puisque par nature il n'existe aucune preuve préconstituée du concubinage (hors Pacs) : la distinction entre simple toquade et véritable établissement est délicate à faire...

b. En cas de concubinage des époux antérieur au mariage

Dans ce cas une évolution est perceptible à travers le conflit illustré par un arrêt du 14 mars 2006. Aujourd'hui, il est courant de se marier après avoir longtemps vécu en concubinage. Classiquement, on considérait que la prestation compensatoire naissait des obligations du mariage : en conséquence, le juge doit se contenter de prendre en compte la durée du mariage sans s'attacher à la période de concubinage qui a pu précédé le mariage. Pourtant, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 14 mars 2006, la Cour d'Appel avait tenu compte de la période de concubinage pour déterminer les ressources des époux. La Cour de Cassation a finalement rejeté le pourvoi, en se fondant sur le caractère non limitatif de l'énumération de l'article 271 n'étant pas limitative. L'arrêt n'est qu'un arrêt de rejet, mais il faut certainement surveiller de près ce point qui pourrait faire l'objet d'évolutions.

3. Fixation de la prestation compensatoire, enrichissement sans cause et collaboration bénévole à l'activité professionnelle du conjoint

On sait que les conjoints jouent un rôle souvent important dans les PME : l'épouse surtout, tient la comptabilité, s'occupent des démarchent administratives, prend les rendez-vous... La loi du 2 août 2005 oblige désormais – et non plus autorise – le chef d'entreprise commercial, artisanale ou libérale à donner un statut au conjoint qui l'assiste : conjoint collaborateur, conjoint salarié, conjoint associé.

Mais il a fallu attendre les décrets d'application : ils sont venus le 1^{er} août dernier. Le décret contient notamment le statut du conjoint collaborateur : définition de la notion de conjoint collaborateur, fixation des modalités de déclaration de l'option, ouverture de droits en matière de protection juridique, de retraite, de formation professionnelle, de participation à un plan d'épargne de l'entreprise et de reprise de l'entreprise familiale...).

Il faut noter d'abord que les conjoints collaborateurs non encore déclarés ont jusqu'au 1^{er} juillet 2007 pour effectuer leur déclaration (mais aucune sanction n'est prévue...). Il faut noter encore que, comme le nom de l'institution l'indique, les concubins et partenaires de pacs ne sont pas concernés par le statut de « conjoint » collaborateur, alors que ce n'est pas le cas en matière agricole depuis la loi d'orientation du 5 janvier 2006... La logique se cherche...

Evidemment la situation du conjoint était très délicate en cas de divorce. La jurisprudence tentait tant bien que mal d'apporter quelques remèdes au problème.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 28 février 2006 est à inscrire dans cette veine : l'épouse mettait en avant sa participation bénévole à l'activité professionnelle du mari pour réclamer une prestation compensatoire sous forme de capital plus importante. L'arrêt d'appel lui avait refusé en opposant la nature du régime matrimonial choisi, en l'espèce la séparation de bien. L'arrêt est cassé au motif que l'énumération de l'article 272 C. civ. (271 actuel) n'est pas limitative et que les juges du fond) peuvent tenir compte, dans la détermination des ressources et besoins des époux, d'éléments d'appréciation non prévus par ce texte, comme la collaboration de la femme à la profession de son mari, alors que le régime de la séparation de biens n'interdit pas pareille indemnisation.

La solution mérite d'être approuvée : il est certain que l'activité non rémunérée d'un époux pendant de nombreuses années rejaillit sur les conditions de vie respectives des conjoints - présentes et même futures - et donc qu'elle est à l'origine d'une disparité compensable. La Cour de cassation l'a parfaitement admis dès un arrêt de 1987. L'arrêt de 2006 ne fait que confirmer une solution opportune et souligne que le régime de séparation ne saurait être un obstacle à cette compensation.

Incidemment cette jurisprudence pose la question de l'articulation avec l'enrichissement sans cause qui est aussi souvent invoqué pour indemniser le conjoint collaborateur non rémunéré : ne faut-il pas admettre une irrecevabilité générale de l'action de in rem verso après divorce, sous peine sinon de voir l'appauvrissement indemniser deux fois : par la prestation compensatoire d'une part et par l'indemnité d'enrichissement sans cause d'autre part ?

On rappellera que la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 1993 avait fait preuve de pragmatisme de bon aloi en considérant que l'action de in rem verso demeure recevable quant l'activité non rémunérée n'a pas été effectivement prise en compte dans le calcul de la prestation compensatoire.

III. Obligations alimentaires

Faute de temps, je ne mentionnerai qu'un important point en matière d'obligations alimentaires. Il concerne les créances alimentaires et les procédures collectives.

Un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 13 juin 2006 poursuit l'œuvre prétorienne protectrice des créanciers d'aliments : ce mouvement a été entamé par des arrêts fameux du 8 oct. 2003 qui ont « sorti » de l'emprise des procédures collectives les créances alimentaires. Dans les arrêts du 8 octobre 2003, la Chambre commerciale avait affirmé que la créance de prestation compensatoire ou celle née de la pension alimentaire dans le cadre de mesures provisoires n'ont pas à être déclarées au passif du débiteur soumis à une procédure collective et échappent ainsi à l'extinction faute de déclaration.

Cette solution est fondée sur la nature alimentaire de ces créances, dont bénéficie aussi la prestation compensatoire, en réalité de nature mixte (mi-indemnitaire /mi-alimentaire).

L'arrêt du 13 juin 2006, destiné à avoir les honneurs d'une publication au rapport de la Cour de cassation contient plusieurs précisions intéressantes. En résumé, on a pu dire que c'est la plus large option qui est offerte au créancier d'aliments, sans qu'il ait jamais à pâtir des conséquences de son choix.

De manière tout à fait dérogatoire, le créancier d'aliment n'a donc pas obligatoirement à déclarer sa créance : il peut donc choisir de ne pas déclarer sa créance, comme de la déclarer.

Il peut se priver d'une des branches, mais il peut aussi cumuler les voies (d'un côté soumission à la procédure de déclaration, de l'autre, poursuite sur les revenus dont le débiteur conserve la libre disposition)

Enfin, si jamais sa créance n'est pas admise, son choix de se soumettre à la procédure collective ne peut pas lui nuire : il conserve ses droits propres de créancier d'aliments : les créances non admises pourront toujours être payées sur les revenus dont le débiteur conserve la disposition ou bien être recouvrées par la voie des procédures de paiement direct ou de recouvrement public des pensions alimentaires.

A créance exceptionnelle, règles exceptionnelles...

Voilà à quoi peut ressembler – réduite, compilée, caricaturée - l'activité judiciaire d'une année. Celle de 2006. En attendant de voir de quoi 2007 sera fait... Je vous remercie.

Béatrice WEISS-GOUT

Je vous remercie vivement pour cette intervention, et vous remercie de cette réduction délibérée de votre temps de parole, vous assurant qu'elle n'a aucunement nui à la qualité exceptionnelle de votre intervention. J'ai maintenant le plaisir d'accueillir Marc Guillaume, qui doit prononcer le discours du Garde des Sceaux. Je le remercie pour sa présence de longue date aux Etats Généraux et pour sa concertation constante avec nous autres praticiens, avocats et autres.

Discours de clôture

Marc GUILLAUME
Directeur des Affaires Civiles et du Sceau

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi de vous présenter les regrets du Garde des Sceaux, ministre de la justice, Monsieur Pascal CLEMENT, de ne pouvoir être parmi vous aujourd'hui.

Il m'a demandé de m'adresser à vous en son nom.

Je me réjouis d'être à nouveau parmi vous après le très grand succès des deux premières éditions de ces états généraux de la famille. Je remercie le Conseil National des Barreaux de cette organisation, ainsi que Me WEISS-GOUT et POIVEY-LECLERCQ de leur accueil.

Je me réjouis de la réussite de cette manifestation qui confirme les succès rencontrés les deux années précédentes. La preuve est désormais donnée que ces états généraux sont un évènement périodique incontournable du droit de la famille en France.

Ces états généraux sont d'abord une occasion remarquable d'information et de formation des avocats et ce, en particulier, dans le cadre du dispositif réforme de formation professionnelle des avocats.

Ils sont, au-delà de cet aspect strictement professionnel, l'occasion de rencontres entre les praticiens, les universitaires et ceux qui, au Ministère de la justice, ont la responsabilité de rédiger la loi, afin de faire progresser la réflexion sur les réformes, réalisées et à venir, ainsi que, pour celles qui sont déjà derrière nous, sur leur mise en œuvre.

Ils sont enfin pour moi l'occasion de dresser un bilan des réformes accomplies en droit de la famille.

Avec l'achèvement de cette législature, le mois prochain, qui verra l'adoption définitive de la réforme de la protection juridique des majeurs, le code civil et, en particulier, le droit de la famille, aura connu en cinq ans, une profonde mutation d'une ampleur comparable à celle qui fut réalisée de 1964 à 1975 sous la conduite de Jean FOYER et avec le concours du doyen CARBONNIER.

Les titres V à XII du livre premier du code civil ont été pour certains modifié en profondeur, pour d'autres, entièrement réécrits, tandis que le droit des successions et des libéralités a connu une refonte quasi complète.

Pour dresser un rapide panorama de ce grand mouvement de réforme, je vous parlerai d'abord des réformes dont nous pouvons tirer un premier bilan, puis des réformes qui viennent d'entrer en vigueur et, enfin, de la réforme des tutelles qui sera très prochainement votée.

I – Les réformes accomplies :

DIVORCE

On peut le dire sans hésitation, **la réforme du divorce** est un succès : les objectifs de la loi du 26 mai 2004 sont atteints : les quelques 150 000 couples qui, chaque année, dénouent le lien conjugal, peuvent le faire dans un environnement moins conflictuel et selon une procédure plus rapide.

Les premiers chiffres le prouvent : l'ensemble des intervenants se sont très vite appropriés la réforme. En particulier, les avocats que vous êtes ont su en utiliser toutes les possibilités pour donner aux époux le choix du cas de divorce le plus adapté à leur situation familiale.

Ainsi :

- De 2004 à 2005, la part des divorces pour faute est passée de 37 % à 28 % alors que, dans le même temps, celle des divorces par consentement mutuel est passée de 47 % à 59 %.

- Depuis le 1^{er} janvier 2005, les nouvelles possibilités de passerelles sont largement utilisées, notamment vers le divorce par consentement mutuel et parfois avant l'assignation au fond.

La durée des procédures, à laquelle les Français sont particulièrement sensibles, a sensiblement diminué : elle est passée, tous cas de divorce confondus, de 14 mois à 11 mois, soit une réduction de 20 %.

Pour le divorce par consentement mutuel, cette diminution est particulièrement forte compte tenu de la simplification procédurale qui a été réalisée : la durée du divorce est passée de 9 mois à 4 mois environ, soit moins 60 %.

Un suivi attentif de la mise en œuvre de cette réforme a permis d'identifier quelques difficultés auxquelles la chancellerie a apporté des réponses concrètes.

Il en va ainsi de la question du régime juridique applicable à l'intervention du notaire ou du professionnel qualifié désignés en application des 9° et 10° de l'article 255 du code civil.

Ces questions ont été résolues par deux décrets : d'une part, le décret du 16 mai 2006 modifiant le tarif des notaires, d'autre part, le décret du 23 décembre 2006 sur la procédure en matière successorale.

- S'agissant du professionnel qualifié, désigné en cours de procédure pour faire des propositions quant aux règlements pécuniaires des époux, il est assimilé, pour l'accomplissement de sa mission, à un expert.

- S'agissant du notaire désigné pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial, il intervient selon les règles applicables à sa profession, c'est-à-dire qu'il n'est pas un expert, mais sa mission judiciaire est strictement encadrée. En outre, pour certains aspects, sa mission obéit aux règles applicables en matière d'expertise : versement de la consignation, perception de sa rémunération, impartialité, etc...

- Enfin, un tarif spécial a été fixé lorsque le notaire ne parvient pas à établir l'acte de partage.

Cette question est désormais totalement clarifiée et je m'en réjouis. Je tiens à vous assurer que la Chancellerie reste pleinement à l'écoute des observations des praticiens pour apporter encore, le cas échéant, les ajustements nécessaires au bon fonctionnement de la réforme.

FILIATION ET NOM DE FAMILLE

- De la réforme du **nom de famille**, je ne dirai que quelques mots : l'entrée en vigueur de cette réforme n'a pas été l'occasion des bouleversements annoncés par certains. Cette réforme a trouvé sa place en offrant à ceux qui le souhaitent des possibilités nouvelles.

A l'occasion de la déclaration de naissance de l'enfant, c'est-à-dire en application de l'article 311-21 du code civil, cette liberté de choix de nom est exercée dans 4,8% des cas. A ce chiffre assez faible s'ajoute une proportion plus importante de recours, par les couples non mariés, à l'article 311-23 du code civil qui permet de changer le nom de l'enfant après la reconnaissance paternelle postérieure à l'établissement de l'acte de naissance. Au total, le choix du nom a été réalisé dans moins de 10% des enfants nés depuis le 1^{er} janvier 2005.

On constate que le recours au choix du double nom est nettement moins fréquent dans les couples mariés que dans les couples non mariés.

En outre, dans plus de 80% des cas le nom qui est choisi est constitué de l'adjonction, dans cet ordre, du nom du père et du nom de la mère.

On observe enfin que la fréquence du recours à la déclaration de choix de nom est nettement plus importante chez les couples mixtes ou binationaux, ce qui semble indiquer que la liberté de choix permet notamment aux parents de transmettre à l'enfant

le même nom que ce lui qui lui est transmis selon la législation étrangère dont il est également ressortissant.

- L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant **réforme de la filiation** est, quant à elle, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

Loin de bouleverser les équilibres issus de la loi du 3 janvier 1972, elle consolide ceux-ci en parachevant l'égalité entre les enfants et en renforçant la cohérence et la lisibilité de l'ensemble de ce droit.

Les démarches des parents, mais aussi des officiers de l'état civil, s'en trouvent simplifiées.

Comme vous le savez, les mères qui ne sont pas mariées n'ont plus besoin de reconnaître leur enfant : la simple indication du nom de la mère dans l'acte de naissance établit la filiation.

L'abandon de la distinction entre les enfants légitimes ou naturels se traduit concrètement par la mise en place d'un modèle unique de livret de famille qui simplifie la tâche des officiers de l'état civil.

Enfin, s'agissant du volet contentieux de ce droit, de nouveaux principes simples et clairs rendent plus facile l'exercice des actions judiciaires. Ainsi, la contestation de la paternité du mari ou de l'auteur de la reconnaissance obéissent aux mêmes règles de fond, la ligne de partage dépendant désormais de l'existence ou non d'une possession d'état.

II – La réforme des successions et libéralités

Le 1^{er} janvier dernier est entrée en vigueur la plus importante réforme du code civil réalisée en cette matière depuis 1804. La loi du 23 juin 2006 procède à la réécriture de plus de 250 articles du code civil et en modifie de nombreux autres.

Cette réforme était attendue depuis longtemps par les professionnels du droit, mais plus encore par les familles. Elle est le fruit d'un long travail de préparation.

Cette réforme poursuit trois objectifs :

Premier objectif : Donner plus de liberté pour organiser sa succession, en offrant à chacun plus de souplesse pour transmettre son patrimoine dans les meilleures conditions possibles.

De nombreux professionnels interviennent régulièrement, dans le domaine de la gestion du patrimoine et de l'optimisation des conditions de sa transmission. Cette réforme leur permet désormais, à travers les nouveaux mécanismes qu'elle offre, d'accompagner de façon innovante les souhaits des personnes qui les consultent. Je pense en particulier à la renonciation à la réserve, les libéralités graduelles ou encore les donations partage transgénérationnelles.

J'ajoute que la loi de finances rectificative pour 2006 est venue apporter les adaptations de droit fiscal nécessaires pour assurer sa parfaite cohérence avec le droit civil.

Le Code général des impôts énonce ainsi désormais que le pacte successoral n'est pas considéré fiscalement comme une libéralité du renonçant au profit du bénéficiaire de la libéralité. Il en va de même du cantonnement de l'émolument du conjoint survivant ou du légataire qui ne sera pas taxé comme une libéralité entre celui qui cantonne et l'héritier qui en reçoit l'excédent. En outre, en cas de donation partage transgénérationnelle, les droits seront liquidés en fonction du lien de parenté entre l'ascendant donateur et les descendants allotés. Enfin, en cas de libéralité résiduelle ou

graduelle, les droits payés par le premier gratifié viendront en déduction de ceux dont le second bénéficiaire devra s'acquitter.

Il n'y aura donc pas de « neutralisation » fiscale, de la réforme civile.

Deuxième objectif : Faciliter et simplifier la gestion du patrimoine successoral, afin notamment de répondre à des situations particulières que notre droit actuel est impuissant à résoudre, tel que permettre la continuité des entreprises après le décès de l'entrepreneur ou prendre en compte la situation d'un enfant handicapé.

Ainsi la réforme a mis en place trois mandats de gestion successorale, applicables en fonction des circonstances : le mandat conventionnel, le mandat posthume et le mandat judiciaire.

S'agissant en particulier de la transmission des entreprises, en tant qu'acteur quotidien dans ce domaine, les avocats ont souvent dénoncé l'absence d'une structure légale permettant la transmission efficace de l'entreprise individuelle à cause de mort. La réforme vous permettra, à travers les mécanismes simplificateurs qu'elle met en place, d'exercer votre mission de façon plus sûre.

Troisième objectif : Accélérer et simplifier le règlement des successions, en favorisant le partage amiable et en modernisant la procédure du partage.

Les nouvelles règles de la procédure de partage judiciaire, qui intéressent en priorité votre profession, permettront en particulier, tout en conservant la procédure de droit commun devant le tribunal de grande instance, d'accélérer le moment où le juge sera saisi.

L'étape judiciaire ne doit plus être la source de blocages, elle doit permettre aux acteurs de cette procédure de trouver, de façon plus simple et plus rapide, des solutions concrètes et efficaces.

Le décret du 23 décembre 2006 est venu préciser ces règles par des dispositions qui intéressent votre profession au premier chef.

En particulier, la refonte des dispositions relatives au partage judiciaire offre une alternative simple entre un partage intégralement et directement réalisé devant le juge et un partage préparé par un notaire désigné par le tribunal. Ce choix sera fait en fonction de la complexité de la succession et les avocats joueront, dans l'orientation de la procédure, un rôle prépondérant.

Par ailleurs, à l'instar des dispositions qui ont été introduites par la réforme du divorce pour la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux, la réforme du partage enserme l'accomplissement de la mission du notaire dans des délais courts et donne aux parties les moyens de veiller à ce qu'ils soient respectés.

Le PACS :

La réforme des successions et des libéralités a également été l'occasion d'introduire, dans le code civil, une réforme substantielle du régime juridique du pacte civil de solidarité afin de répondre aux nombreuses difficultés juridiques soulevées par l'application de la loi du 15 novembre 1999. Ces dispositions adoptées sont consensuelles : elles reprennent les préconisations formulées à la fois dans le rapport remis le 30 novembre 2004 au garde des Sceaux et dans le rapport de la mission parlementaire sur la famille et les droits de l'enfant publié en janvier 2005.

Ainsi, ont été modifiées les règles relatives à la publicité du PACS ainsi que son régime patrimonial.

- S'agissant de la publicité, si le PACS demeure un contrat enregistré au greffe du tribunal d'instance, sa publicité n'est plus assurée par des registres tenus par ces greffes, mais par une mention apposée en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires. Les droits des tiers, qui peuvent être fortement affectés du fait de l'existence ou de l'absence d'un PACS, s'en trouveront mieux protégés.

- S'agissant du régime patrimonial, le nouveau dispositif offre une alternative : à défaut de choix exprès, les partenaires seront soumis à un régime de séparation des patrimoines. Les partenaires pourront néanmoins, s'ils le souhaitent, opter pour un régime d'indivision organisée plus solidaire et ne présentant pas les nombreuses imperfections du régime antérieur.

La mise en place de ce nouveau régime a impliqué un important dispositif de droit transitoire applicable aux PACS conclus avant l'entrée en vigueur de la réforme.

Pour le patrimoine, les partenariats conclus sous l'empire de la loi du 15 novembre 1999 continueront à être régis par les dispositions de cette loi. Toutefois, les partenaires pourront à tout moment, par une simple déclaration conjointe remise ou adressée au greffe du lieu d'enregistrement de leur PACS, demander à bénéficier, pour l'avenir, de l'application des nouvelles règles.

Pour la publicité, les nouvelles règles n'ont vocation à s'appliquer dans un premier temps qu'aux nouveaux partenariats conclus après le 1^{er} janvier 2007. Pour les PACS antérieurs, un délai de réflexion d'un an est laissé aux partenariats. S'ils ne souhaitent pas se voir imposer les nouvelles règles de publicité, ils ont la faculté de dissoudre leur partenariat. Ils peuvent au contraire demander à bénéficier par anticipation des nouvelles règles de publicité. En tout état de cause, au 1^{er} juillet 2008, tous les partenariats non dissous auront fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chacun des partenaires.

III – La réforme des tutelles :

J'en viens au dernier volet de ce vaste mouvement de réforme en évoquant la réforme des tutelles qui a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 janvier dernier et qui, comme je vous l'annonçai, sera définitivement adoptée avant la fin de cette législature.

Il s'agit d'une réforme très importante et absolument nécessaire.

Je ne reviendrai pas sur le constat, que nous partageons tous, d'une loi de 1968 progressivement détournée de son objet et devenue inadaptée aux enjeux familiaux et sociaux de la France contemporaine. Une loi inadaptée également pour répondre à la nécessité de mieux prendre en compte la personne elle-même dans la protection juridique.

La réforme, qui poursuit l'objectif de réaffirmer les principes de subsidiarité et de nécessité des mesures de protection juridique, procède à une réécriture complète des dispositions du code civil applicables à la matière. Pour autant, elle repose sur des principes simples.

Premièrement : elle distingue clairement la protection juridique, destinée à protéger les personnes atteintes d'une altération de leurs facultés mentales et la prise en charge sociale, destinée à aider celles ou ceux qui relèvent de problématiques sociales.

A cette fin, le volet social de la réforme prévoit des mesures nouvelles, d'abord administratives, puis judiciaires en cas de besoin, pour cet accompagnement social.

La prise en charge des personnes relevant de grandes difficultés sociales relèvera désormais pleinement du département qui pourra, en cas de nécessité demander à l'autorité judiciaire de prendre les mesures contraignantes destinées à préserver la sécurité des personnes et, en particulier, le paiement du loyer pour le maintien dans le logement.

Ainsi, la mission des juges des tutelles pourra se concentrer sur l'ouverture et le suivi des mesures privatives de droit, ces mesures étant réservées aux seules personnes dont les facultés ont été atteintes.

Deuxièmement : la réforme replace la personne au cœur du dispositif. La protection de la personne constituera une des composantes essentielles de la mesure, tant sur le plan procédural, grâce à l'amélioration des conditions de recueil de ses observations et à la meilleure garantie de ses droits, que dans l'accomplissement de la mesure elle-même.

S'agissant des droits procéduraux auxquels votre profession est particulièrement attachée, c'est le décret d'application qui viendra fixer, dans la procédure, les précisions importantes. Toutefois, je puis vous informer que lors de l'examen du projet, l'assemblée nationale a adopté, avec l'avis favorable du Gouvernement un amendement qui rappelle le droit pour toute personne faisant l'objet d'une procédure de protection juridique, d'être assistée par un avocat.

Enfin, la réforme crée le mandat de protection future qui permettra à chacun d'organiser à l'avance les conditions de sa protection pour le jour où il ne sera plus en état de le faire. Cette innovation, inspirée de l'expérience réussie de plusieurs autres pays occidentaux et, en particulier, le Québec, donne à la liberté civile une place centrale dans le droit de la protection des personnes. Au-delà des applications pratiques qui seront très nombreuses, il s'agit d'un symbole fort que, jusque et y compris lorsqu'une personne n'est plus apte à exercer ces droits, sa volonté doit pouvoir être pleinement respectée.

Un mot sur les conditions dans lesquelles le mandat pourra être conclu. Il sera soit authentique, soit sous seing privé. Dans ce dernier cas, la rédaction du projet de loi adoptée par l'Assemblée nationale, fait appel au concours d'un avocat pour contresigner le mandat. Vous observerez avec moi qu'ainsi, pour la première fois, les avocats entrent dans le code civil par une porte qui n'est pas celle du contentieux.

Enfin, la réforme met en place des dispositifs de contrôle améliorés à la fois des mesures exécutées sous mandat judiciaire, mais également des personnes à qui ces mesures seront confiées.

Ainsi, sera créée une nouvelle profession, les *mandataires judiciaires à la protection des majeurs*, qui rassemblera, dans un même régime juridique, l'ensemble des personnes et des services qui, en dehors du cercle familial, se voient confier des mesures de protection. Leurs conditions de formation, d'aptitude et de moralité seront définies et leurs modes de rémunération seront harmonisés.

Conclusion

Pour ces Etats généraux du droit de la famille, je ne développerai pas les autres réformes, non moins importantes, du droit civil qui ont également été réalisées sous cette législature (en particulier, la réforme des sûretés et la réforme de la saisie immobilière).

La longueur de cet exposé démontre l'importance du travail accompli.

Il vous appartient désormais d'employer ces outils nouveaux qui sont à votre disposition pour que l'application de la règle de droit réponde aux besoins d'une société moderne et aux attentes de nos concitoyens.

Le Ministre de la justice sait pouvoir compter sur l'engagement et le professionnalisme des avocats dans cette tâche décisive et je tiens, en son nom, à vous en remercier par avance.