



HAL
open science

Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple

Gaël Henaff

► **To cite this version:**

Gaël Henaff. Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple. Les Petites Affiches, 1999, 95e congrès des notaires de France, Demain la famille, 84, pp.41 s. hal-01767386

HAL Id: hal-01767386

<https://hal.science/hal-01767386>

Submitted on 13 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple

Gaël HENAFF

Maître de Conférences à l'Université de Rennes 2

Citation

Gaël Henaff. « Le rôle de la possession d'état dans la preuve du couple » : *Les Petites Affiches, Journaux judiciaires associés*, 1999, 95^e congrès des notaires de France, Demain la famille pp.41 s

Il y a 10 ans, la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état était, entre autres, présentée comme l'un des signes annonciateurs du "quasi-mariage"¹. Aujourd'hui, les signes prendraient-ils corps dans la proposition de loi sur le Pacte Civil de Solidarité que nombre d'auteurs considèrent comme un "mariage bis"²? Le texte vient en effet d'être adopté en première lecture par l'Assemblée Nationale le 9 décembre 1998 et a été transmis au Sénat qui devrait l'examiner au printemps 1999.

Parmi l'ensemble des projets visant à donner un cadre juridique au couple non marié, trois voies étaient proposées³ que l'on peut schématiquement présenter comme suit :

- la première, représentée par le Pacs, vise à subordonner la reconnaissance juridique du concubinage et de ses effets à la conclusion d'un pacte destiné à organiser la vie commune (projet d'article 515-1 C.civ.) de deux personnes, quel que soit leur sexe.

- la seconde, formulée dans un rapport élaboré par un groupe de recherche de la mission Droit et Justice, offrait par le Pacte d'Intérêt Commun de donner un cadre aux relations patrimoniales entre partenaires souhaitant "assurer leur communauté de vie" (projet d'article 1873-19 C.civ.). Il ouvrait par ailleurs des droits en matière fiscale, civile et sociale.

- la troisième, défendue dans le rapport Théry, refuse la formalisation du concubinage et souhaite qu'il soit appréhendé comme une situation de fait créatrice de droit. La communauté de vie devient une condition de la reconnaissance du couple non marié sans qu'il soit nécessaire de se déclarer ou de passer contrat. Le rapport préconise d'insérer dans le Code civil la disposition suivante : "le concubinage se constate par la possession d'état de couple naturel, que les concubins soient ou non de sexe différent"⁴.

¹ J. Hauser, "L'avènement du quasi -mariage", numéro spécial 84^e Congrès des notaires de France, Petites affiches, mai 1988, p. 61 s.

² I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des Sceaux, ministre de la Justice, éditions Odile Jacob, la Documentation française, juin 1998, p. 147; P. Malaurie, "Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage", *Defrénois* 1998, p. 871; R. Cabrillac, "Libres propos sur le PACS", *D.* 1999, Chr. 71.

³ Cf. sur le CUCS, L. Leveneur, "Les dangers du contrat d'union civile et sociale", *JCP* 1997, II, 4069; R.-M. Roland, "Du mariage sans contrat au contrat sans mariage", *Petites affiches* mars 1998, p. 12; sur le CUC, F. Gaudu, "A propos du contrat d'union civile, critique d'un profane", *D.* 1998, Chr. 19; sur le PIC, J. Hauser, "Les communautés taisibles", *D.* 1997, Chr. 255; sur le PACS, P. Malaurie, "Cuc, Pic, Pacs...", art. préc.; H. Moutouh, "La question de la reconnaissance du couple homosexuel, entre dogmatisme et empirisme", *D.* 1998, Chr. 369; R. Cabrillac, "Libres propos sur le PACS", art. préc.

⁴ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, op. cit.* p. 151.

En écartant la position classique du refus de considérer la situation des couples non mariés⁵, la discussion se situe dans l'alternative organisation contractuelle de la vie commune ou reconnaissance des effets juridiques qu'elle peut produire comme situation de fait.

Cette dernière formule consacrerait légalement la place et le rôle de la possession d'état dans la reconnaissance juridique du couple non marié. On peut pourtant se demander si le législateur contemporain serait enclin à requérir les services d'une vieille dame du droit civil français qu'est la possession d'état ?

Cette question nous invite donc à l'examen du rôle de la possession d'état dans la reconnaissance du couple marié ou non marié.

Au centre de la notion de couple⁶ se trouve la communauté de vie⁷ qui constitue le pivot autour duquel s'articule la possession d'état de couple, légitime comme naturel. Elle se manifeste à travers la communauté de toit⁸, ce qui signifie aussi pudiquement et par préterition la communauté de lit ; elle laisse enfin présumer une collaboration financière dans le couple.

La possession d'état est donc avant tout une technique de preuve de l'existence du couple.

La possession d'état n'est pourtant pas seulement une règle de preuve, elle pose également les conditions de fond de la reconnaissance du couple et de ses effets en droit⁹. Au-delà, comme pour toute possession, la possession d'état est un fait qui produit des effets juridiques. Dans le mariage, la possession d'état s'est trouvée largement déconnectée du rôle probatoire subsidiaire que lui avaient assigné les rédacteurs du Code civil. La possession d'état c'est l'union matrimoniale telle qu'elle est vécue mais aussi voulue. Que cesse la vie commune, que disparaisse la possession d'état d'époux et le mariage se vide de sa substance ! "On ne peut pas plus contraindre à vivre ensemble ceux qui, au moins pour un temps, ne veulent plus que séparer les concubins qui veulent vivre ensemble" écrivait le professeur Maury en 1965¹⁰. C'est sans doute ce constat qui a inspiré le législateur dans la réforme du divorce du 11 juillet 1975.

Parmi la diversité des concubinages, l'attention du législateur et de la jurisprudence s'est portée tout particulièrement sur la communauté de vie, une expression du lien entre deux êtres, ce lien qui fait le couple.

Entre la constitution et la constatation du couple quel rôle sera donné à la possession d'état ? L'évolution du droit positif jusqu'alors a permis la prise en compte de la réalité de la vie commune dans le mariage et conditionné la reconnaissance juridique de l'existence et des effets du concubinage à la constatation de la vie commune (I). Demain la vie commune ne sera-t-elle pour les couples non mariés qu'une présomption instituée que les pactes devront animer (II) ? Qu'il s'agisse de constituer le couple par contrat ou de le constater par la possession d'état, la vie commune se trouve au centre de la notion de couple.

⁵ Sur quoi, J. Hauser, "Achille sous sa tente ou les civilistes et le concubinage", RTD civ. 1998, 79 s.

⁶ V. C. Brunetti-Pons, sous la direction de, *La notion juridique de couple*, Economica 1998.

⁷ G. Henaff, "La communauté de vie de couple en droit français", RTD civ. 1996, 551 s.

⁸ Cf. F. Dekeuwer-Défossez, "Couple et cohabitation", in *La notion juridique de couple*, p. 61s.

⁹ Comp. sur la nature changeante de la possession d'état dans le droit de la filiation, J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, vol. 1, n° 486.

¹⁰ J. Maury, "La séparation de fait entre époux", RTD civ. 1965, 518.

I. De l'institution au constat, l'irrésistible ascension de la possession d'état

La possession d'état ne joue qu'un rôle marginal dans la preuve du mariage car elle ne peut dispenser le couple vivant publiquement comme mari et femme de présenter l'acte de célébration¹¹ sans quoi on ne pourrait pratiquement plus distinguer les couples mariés des couples non mariés. C'est là l'un des signes du rattachement du mariage à l'institution. Seuls la perte des registres (art. 46 C.civ.) ou la preuve du mariage par la possession d'état d'enfants légitimes jointe à la possession d'état de leurs père et mère décédés (art. 197 C.civ.) permettent de déroger à la règle édictée par l'article 195 du Code civil¹².

Aujourd'hui, on peut souligner un double dépassement du rôle de la possession d'état et de la communauté de vie :

- dans le mariage, elle dépasse le simple rôle d'appoint probatoire pour atteindre la validité et les effets du titre.
- elle dépasse le mariage et le couple légitime pour prendre place au sein du couple, légitime comme naturel.

A. La considération de la vie commune dans le mariage

La communauté de vie des époux ce n'est pas seulement le fait matériel de vivre ensemble, c'est également la volonté de vivre ensemble. Cette dimension psychologique de la communauté de vie - les intentions et les sentiments-, éclaire de nombreuses solutions récentes dès lors qu'elle se trouve en décalage avec l'aspect matériel de la communauté de vie, la seule cohabitation, le seul partage de la table et du lit.

1) La communauté de vie des époux

Il est bien établi que la communauté de vie est un devoir des époux et la condition nécessaire à l'accomplissement et à l'épanouissement des autres devoirs du mariage (fidélité, secours, assistance...). Que la vie commune cesse ou devienne intolérable et c'est l'ensemble des devoirs et obligations fondé sur la vie commune qu'il faut repenser et éventuellement suspendre dans l'attente d'un divorce éventuel.

Au-delà l'obligation de l'article 215 du Code civil, la considération du mariage vécu, de la vie commune des époux, permet à l'occasion de renforcer un titre défaillant. Ainsi la possession d'état jointe à l'acte de célébration préserve le mariage contre une demande en nullité de l'acte pour vice de forme dans la célébration (art. 196 C.civ.), tout comme la "cohabitation continuée" confirme les erreurs de l'un des époux sur les qualités essentielles du conjoint en l'empêchant désormais d'agir en nullité (art. 181 C.civ.).

De nombreux effets traditionnellement attachés au mariage sont subordonnés à la vie commune des époux¹³, allant jusqu'à dépendre d'une durée minimum de vie commune. Ainsi le législateur subordonne l'acquisition de la nationalité française par mariage au maintien de la vie commune pendant une année¹⁴ à compter du mariage et ce jusqu'à la date de la déclaration.

¹¹ Pour une réception plus large de la possession d'état d'époux, v. la proposition nuancée de A. Sériaux, "Concubinage formel et mariage informel", in *La notion juridique de couple*, op. cit., p. 50.

¹² Sur l'ensemble, cf. J. Carbonnier, "Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante dans l'article 197 du Code civil", *Mélanges Marty*, 1978, p. 255 s. ; également Y. Seillan, "La possession d'état d'époux", *Mélanges J. Brethe de la Gressaye*, 1967, p. 753 s.

¹³ Sur l'ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle (article 493, 496) et la désignation du curateur (art. 509-1).

¹⁴ Contre 2 ans avant la loi du 16 mars 1998 réformant l'article 21-2 du Code civil.

Plus loin, alors que le droit à l'adoption des couples mariés est présenté comme "l'un des derniers effets spécifiques du mariage"¹⁵ ou encore "l'ultime hommage au mariage"¹⁶, l'adoption est en principe subordonnée à un délai de deux ans de mariage¹⁷. La durée est censée attester de la stabilité du couple¹⁸ mais lorsque les époux ont plus de 28 ans le délai n'est plus exigé. Une partie de l'explication de cette dispense est tirée de la possibilité au-delà de 28 ans pour chacun des époux d'adopter seul avec l'accord du conjoint. L'autre partie renvoie à la communauté de vie cette fois hors mariage puisque la dispense serait justifiée par la fréquence à cet âge des concubinages pré-nuptiaux...

2) Volonté et vécu

La volonté de vivre ensemble se confond avec la vie commune car elle en est l'âme, autrement dit la communauté de vie fait présumer la volonté de vivre ensemble - "l'affection s'éprouve mais ne se prouve pas"¹⁹. Ce n'est pourtant qu'une présomption simple et toute discordance entre la réalité et la volonté suffit à mettre en évidence l'élément affectif. La discussion porte alors sur les conséquences que l'on peut en tirer.

La volonté de vivre ensemble s'exprime au moment de l'union, mais elle ne s'épuise pas en une fois le jour de la célébration²⁰. L'exécution réciproque de l'ensemble des devoirs et obligations des époux suppose un consentement réitéré²¹. Sans la volonté de vivre ensemble le mariage n'est plus qu'une "coquille vide"²². C'est ainsi que la volonté de vivre ensemble, ou son antonyme, éclaire l'appréciation du degré de réconciliation des époux dans le divorce pour faute²³ tout comme la continuité du délai dans le divorce pour rupture de la vie commune²⁴.

Ce constat permet également d'exclure la voie de la contrainte directe dans la mise en œuvre des obligations des époux comme en témoigne depuis longtemps l'impossibilité de recourir à l'exécution forcée du devoir de cohabitation²⁵. Plus récemment la jurisprudence juge désormais que le mariage ne fait naître qu'une "présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale"²⁶.

Loin de s'en tenir à la vie du ménage, la jurisprudence fait remonter la comparaison entre volonté et mariage vécu à la formation du mariage. Ainsi dans la lutte contre les mariages clandestins, la simulation est très classiquement révélée (ou démentie) par l'absence de vie commune entre conjoints. A partir de là, s'il y a lieu, le juge valide l'opposition à mariage ou prononce la nullité de l'union pour défaut de consentement²⁷. Cependant on a pu juger que

¹⁵ R. Nerson et J. Rubellin-Devichi, RTD civ. 1984, p. 302.

¹⁶ J. Hauser et D. Huet-Weiller, La famille, Vol. 1, n° 926.

¹⁷ Contre 5 ans avant la modification de l'art. 343 C.civ. par la loi du 5 juillet 1996.

¹⁸ J. Rubellin-Devichi, Droit de la famille, n° 1612.

¹⁹ Sur les liens affectifs dans le couple v. C. Labrusse-Riou, "Couple et lien affectif", in *La notion juridique de couple*, op. cit., p. 75 s.

²⁰ Cf. J. Hauser, "Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique", in *Mélanges Ellul, Religion, Société et Politique*, PUF, 1983, p. 503 s.

²¹ "La permanence requise de la volonté", J. Hauser et D. Huet Weiller, La famille, vol. 1, 2^e éd., n° 1019.

²² J. Maury, "La séparation de fait entre époux", art. préc., p. 518.

²³ Civ. 2^e, 4 avril 1962, Bull. civ. II, n° 370; Cf. la "réconciliation réconciliante" J. Hauser et D. Huet-Weiller, La famille, Dissolution, vol. 2 n° 241.

²⁴ Civ. 2^e 11 juillet 1979, Bull. civ. II, n° 206, JCP 1979, II, 1940 note R. Lindon; civ. 2^e, 2 octobre 1980, Bull. civ. II, n° 193; Gaz. pal. 1981.1.172 note J. Viatte.

²⁵ Mais l'obligation demeure; sur l'ancien art. 214 du Code civil v. Fr. Mourlon, *Répétitions sur le Code napoléon*, 4^e éd., A. Marecq et E. Dujardin, 1855, t. 1, n° 378 s.

²⁶ Cass. crim. 11 juin 1992, JCP 1993, I, 3639 obs. T. Garé.

²⁷ Pour une illustration des conséquences du défaut de cohabitation et de relations sexuelles, C.A. Toulouse, 5 avril 1994, et inversement C.A. Colmar, 24 juin 1994, JCP 1995, II, 22462, note F. Boulanger.

l'absence de toute vie commune prévisible -à court et moyen terme- n'exclut pas nécessairement toute intention de mener une authentique "vie maritale"²⁸. Cette jurisprudence révèle que la vie commune est aussi au-delà de la seule cohabitation accompagnée de relations sexuelles, lorsque l'absence de telles relations, constatée ou prévisible, est indépendante de la volonté des époux²⁹. Cette conception d'une vie commune "dématérialisée" n'est pas propre au mariage et a pu être transposée à l'occasion au concubinage³⁰.

B. La constatation du concubinage par la communauté de vie

Les concubinages recouvrent une variété de situations qui n'impliquent pas nécessairement la vie commune (cf. art. 340-4 C.civ.). Néanmoins, la communauté de vie reste le critère principal de la reconnaissance du couple naturel aujourd'hui³¹ comme en témoignent les nombreuses dispositions législatives et décisions jurisprudentielles accordant des avantages aux concubins vivant ensemble ou excluant les concubins du bénéfice des dispositions visant des personnes vivant seules.

L'objectif n'est pas ici de les recenser toutes et l'on citera pour mémoire l'accès à la procréation médicalement assistée (C.S.P., art. L. 152-2) ; l'exercice de l'autorité parentale (C.civ. art. 372-1) ; la prise en compte par le droit fiscal du domicile commun dans la déduction des frais réels ou l'exclusion de la demi-part supplémentaire pour le premier enfant à charge (C.G.I., art. 194) ; le droit au maintien dans les lieux (Loi du 6 juillet 1989, art. 14) ou encore le bénéfice de la qualité d'ayants droit reconnu aux personnes à charge vivant avec l'assuré (C.S.S., art. L. 161-14)...

Plus loin, c'est sans doute dans l'intensité du lien que doit se situer et que réside vraisemblablement la reconnaissance sociale mais aussi juridique du couple. Le désaccord et les difficultés portent alors sur la preuve de ce lien.

1) La reconnaissance de l'intensité du lien

Alors que le mariage est conçu pour durer le concubinage est réputé précaire³². La communauté de vie ne suffit donc pas en principe à la constatation et à la reconnaissance du concubinage, il faut qu'elle se soit ancrée dans le temps³³. De cela, la jurisprudence et la loi témoignent depuis longtemps en reconnaissant l'existence et les effets de concubinages dont la stabilité et/ ou la durée ont été prouvés et éprouvés³⁴. A partir de là s'opère la reconnaissance du concubinage : "la durée de la vie commune lui a donné la dimension d'un fait social susceptible d'être pris en considération"³⁵.

La jurisprudence constate au cas par cas l'intensité des relations entre les concubins pour en tirer des conséquences juridiques. Le législateur procède davantage a priori, en précisant par avance quel intervalle de temps doit avoir duré le concubinage pour produire certains effets

²⁸ TGI La Rochelle, 2 mai 1991, RTD civ. 1992, p. 53 obs. J. Hauser; D. 1992, 259 note P. Guiho.

²⁹ V. CA Paris 5 nov. 1954, D. 1954, 43 et CA Bordeaux, 21 décembre 1954, D. 1955, 242.

³⁰ Cf. Crim. 2 mars 1982, JCP 1982, II, 19972 note Le Tourneau.

³¹ Cf. G. Henaff, "La communauté de vie du couple en droit français", art. préc., p. 565 s.; F. Dekeuwer-Defossez, "Couple et cohabitation", art. préc., p. 64 s.; J. Rubellin-Devichi, *Droit de la famille*, Dalloz 1999, n° 1063 s.

³² Cf. la part liée à l'aléa du concubinage civ. 1^{re}, 7 juill. 1987, RTD civ. 1988, 132.

³³ Sur l'ensemble J. Rubellin-Devichi, *Les concubinages, approche socio-juridique*, éd. CNRS, Lyon, 1986, pp. 32-33; adde G. Henaff, "La communauté de vie...", art. préc. pp. 569-570; C. Brunetti-Pons, "Couple et durée", art. préc., p. 29.

³⁴ Par ex. civ. 1^{re}, 22 oct. 1980, Bull. civ. I, n° 269.

³⁵ F. Dekeuwer-Defossez, "Couple et cohabitation", art. préc., p. 64.

particuliers : deux ans pour le bénéfice de la procréation médicalement assistée, un an pour le droit au maintien dans les lieux...

On peut être tenté de quantifier cette intensité pour fixer une fois pour toutes les limites du concubinage reconnu, à l'image d'une prescription acquisitive. La méthode serait inadaptée aux multiples variétés de concubinage, elle serait inappropriée aux différents effets juridiques qui pourraient en naître.

Parfois cependant la reconnaissance du concubinage est déconnectée de la condition de durée :

- aucune durée n'est exigée pour la suppression des droits et avantages accordés à une personne vivant seule

- même limité à des relations passagères, le concubinage adultérin est fautif, et le concubinage pendant la période de conception de l'enfant fait partie des "présomptions ou indices graves" autorisant l'action en recherche de paternité naturelle.

- par ailleurs, certains organismes offrent des avantages, sans condition de durée, sur la production d'un certificat de concubinage obtenu en mairie. Ils supposent sans doute que le certificat n'est délivré que sur la preuve d'une durée minimum de vie commune, le certificat laisse alors présumer la durée du concubinage. Or précisément, ces certificats ne sont subordonnés à aucune exigence de preuve particulière, ni de durée, ni même de vie commune...

La reconnaissance du concubinage passe par la preuve de l'état que l'on revendique. La possession d'état est un fait ; sa preuve est libre. Face à cette liberté, deux écueils majeurs sont aujourd'hui mis en évidence : le risque de fraude et l'atteinte à la vie privée.

2) Liberté, vie privée, notoriété

On peut être partagé sur la nécessité d'organiser la preuve du concubinage. Pour les uns chaque administration a réfléchi sur les modes de preuve pertinents dans chaque situation³⁶, il n'y a donc pas lieu d'organiser cette liberté. Pour les autres il conviendrait d'opérer une réglementation minimum de ces pratiques, en tenant compte notamment de l'importance de l'avantage accordé³⁷.

Le doute persiste quand on se penche sur les modes de preuve déjà en vigueur.

Les attestations sur l'honneur reposent sur la bonne foi des intéressés; on peut craindre de fausses déclarations tout comme les concubins peuvent redouter les sanctions pénales attachées aux fausses déclarations. Pour prendre en compte les changements éventuels de situation - le concubinage n'est pas réputé durable - les concubins doivent régulièrement réitérer leurs déclarations, ce qui constitue une limite à leur liberté. Le système ne serait donc pas satisfaisant, ni pour les concubins, ni pour les tiers.

Quant à l'acte de communauté de vie délivré par le juge aux affaires familiales, il est destiné à prouver la communauté de vie des parents en vue de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Il n'a donc qu'un intérêt limité que ne suffit pas à contredire sa vocation qui est sans doute plus de constater une communauté de vie passée qu'une communauté de vie présente.

Les réponses données par la chancellerie aux inquiétudes parlementaires sur les certificats de concubinage délivrés par les mairies, témoignent du flou persistant qui est entretenu sur cette question. Les mairies ne sont pas autorisées à délivrer des documents officiels qui auraient "une force probante et une valeur juridique particulière" ! Pour ajouter que les certificats ne sont que de simples renseignements³⁸. Quant aux vérifications éventuelles de la situation

³⁶ En ce sens, J. Rubellin Devichi, *Les concubinages*, 1986, p. 41; F. Dekeuwer-Defossez, "Couple et cohabitation", art. préc. p. 65

³⁷ J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, vol. 2, n° 405.

³⁸ Rép. Min. n° 16823, JO Sénat Q, 21 nov. 1996, p. 3064: JCP 1997, V, 5.

réelle des concubins il est répondu que les maires n'ont aucun moyen de s'assurer de la réalité de la situation alléguée et que la légalisation de ces certificats se heurterait au respect de la vie privée³⁹.

On pourrait songer à remplacer ces certificats par l'acte de notoriété, en invitant ainsi les témoins à se déplacer de l'hôtel de ville au tribunal. D'ailleurs, il semble que sur la base de quelques dispositions éparpillées du Code civil⁴⁰ et conformément à sa compétence générale pour constater "tous les faits notoirement connus, tels qu'ils résultent des déclarations des sachants"⁴¹, le juge d'instance puisse délivrer des attestations d'union libre comme des actes de notoriété⁴². Cependant la reconnaissance générale de la compétence du juge d'instance n'a de sens que si elle met fin aux difficultés de preuve du concubinage précédemment énoncées c'est à dire la fraude (ou les craintes de fraude...) et le respect de la vie privée des concubins.

Sur la fraude on peut faire valoir que le juge dispose de pouvoirs d'enquête (art. 1157 du NCPC). Ces pouvoirs n'ont pourtant pas écarté toute contestation sur la véracité de la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété⁴³ car la plupart du temps le juge doit se contenter des déclarations des témoins éventuellement requis.

Pour les concubins, l'avantage de l'acte de notoriété serait de renverser la charge de la preuve car il ferait foi jusqu'à preuve du contraire. Faudrait-il organiser la publicité de l'acte pour les tiers ? Verrait-on opposer l'article 9 du Code civil et le respect de la vie privée alors que la question centrale est précisément la reconnaissance publique (sociale et juridique) de l'union ? Faudrait-il organiser la publicité de l'acte en envisageant demain de le retranscrire en marge de l'acte de naissance comme pour la possession d'état d'enfant⁴⁴?...

Les débats parlementaires les plus récents autour de la proposition de loi sur le PACS ont permis d'évoquer de nouveau la question de la preuve du couple, du respect de la vie privée des concubins et des conditions de protection des droits des tiers. L'enregistrement du PACS devait être réalisé au départ par les mairies, puis par les préfetures et enfin par le greffe du tribunal d'instance. Si les amendements en faveur de la transcription de l'enregistrement à l'état civil ont été retirés ou rejetés, l'accord s'est fait autour d'un accès ouvert pour l'administration fiscale, les caisses de sécurité sociale et les notaires. Quant à la protection de la vie privée des partenaires, on lui offre la garantie de fichiers uniquement locaux et le renvoi à un avis de la CNIL pour la question du traitement et de la conservation des données relatives au PACS.

La preuve du PACS ce n'est déjà plus la preuve d'un état mais bien la preuve d'un contrat et l'on ne peut s'interdire de constater que la possession d'état de couple, la communauté de vie ne jouera plus alors qu'un rôle secondaire, reléguée dans l'ombre du mariage et du concubinage "contractualisé".

II. Du constat au contrat, l'apparent déclin du rôle de la possession d'état

La prise en compte de la situation de fait qu'est la vie commune, si proche dans le mariage et dans le concubinage, n'a pu perdurer sans que notre système tente d'en définir les contours plutôt que d'en apprécier les effets réels. Dans cette comparaison permanente, il pouvait paraître tout à fait naturel que le mariage "inspire" également la jurisprudence, dans la

³⁹ Rép. Min. n° 40233, JOAN Q, 2 sept. 1996, p. 4712; JCP 1996, V, 141.

⁴⁰ Article 71 et 72 du Code civil sur l'acte de notoriété délivré à l'époux dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance en vue du mariage et article 311-3 du Code civil sur la possession d'état d'enfant.

⁴¹ C.P. Barrière, "Le juge d'instance témoin du concubinage", Gaz. Pal. 1989. 2. doc. 740 s.

⁴² Cf. C.P. Barrière, *ibid.*

⁴³ J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, vol. 1, n° 504, p. 267 s.

⁴⁴ Art. 311-3 al. 3 C.civ.

construction d'un statut minimum du concubinage. L'autre voie envisagée, sous la forme du contrat, entre dans la même logique de construction et de formalisation du concubinage. On peut douter sérieusement de cette méthode qui laisse largement de côté la diversité des concubinages et remplace par la volonté des parties l'élément de fait qui conditionne leur reconnaissance juridique aujourd'hui : la communauté de vie.

A. La revanche du titre sur la possession d'état

Par emprunt aux règles du mariage ou aux règles de la théorie générale des contrats⁴⁵, la jurisprudence tend aujourd'hui à établir un substitut de régime applicable entre concubins aussi bien dans les conditions de la reconnaissance du couple non marié, que dans la détermination de ses effets.

1) Le concubinage et les conditions du mariage

L'examen du droit positif montre que depuis de nombreuses années déjà c'est par la constatation de la possession d'état de couple, légitime au départ, puis naturel, qu'est appréhendé le couple et partant le concubinage. Pourtant la question de la reconnaissance juridique du concubinage a pris depuis dix ans un tour nouveau et s'est déplacée de la reconnaissance juridique par la communauté de vie à l'exigence d'une vie commune de deux personnes de sexe opposé⁴⁶.

Par deux arrêts en date du 11 juillet 1989⁴⁷ la Cour de cassation précise que le concubinage doit s'entendre de "la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux sans pour autant s'unir par le mariage ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme".

Lentement, mais très sensiblement, le concubinage est mesuré à l'aune du mariage, par les partisans de l'union libre aussi bien que par ses détracteurs.

Cette convergence de méthode a été confirmée récemment par la décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation⁴⁸ qui refuse le bénéfice du droit au maintien dans les lieux au concubin homosexuel au motif que "le concubinage ne peut résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage, donc entre un homme et une femme". Hétérosexualité, vie à deux⁴⁹, condition d'âge et de parenté...le concubinage ne serait-il que "l'ombre portée du mariage"⁵⁰ ?

En tout cas les arrêts en sens inverse révèlent que la silhouette du mariage peut parfois s'estomper sans tout à fait disparaître. Ainsi le Tribunal de Grande Instance de Belfort admet en 1995⁵¹ l'identité de sexe au sein du couple en se fondant sur la situation de fait et après

⁴⁵ V. J. Hauser et D. Huet-Weiller, *La famille*, vol. 1, n° 1132.

⁴⁶ En dernier lieu J. Hauser, "Couple et différence de sexe", in *La notion juridique de couple*, op. cit. p. 95 s.; H. Moutouh, "La question de la reconnaissance du couple homosexuel..." art. préc. p. 369 s.

⁴⁷ Refusant l'extension d'un avantage tarifaire au concubin homosexuel et limitant les effets de l'assurance maladie cass. soc. 11 juillet 1989, Bull. civ., V, n° 514 et n° 515; D. 1990, p. 582 note P. Malaurie; JCP 1990, II, 21553 note Meunier, RTD. civ. 1990, 53, obs. Rubellin-Devichi.

⁴⁸ Refusant le transfert du bail au profit du concubin homosexuel contrairement aux conclusions de l'avocat général, cass. civ. 3°, 17 décembre 1997, D. 1998, p. 111, concl. Weber, note Aubert; JCP 1998, II, 10093 note Djigo; Defrénois 1998, 404 obs. Benabent; RTD. civ. 1998, 348 obs. Hauser; Dr. fam. 1998, n° 36, note H. Lecuyer.

⁴⁹ Concubinage plural écarté par crim. 8 janv. 1985, JCP 1986, II, 20588 note G. Endréo.

⁵⁰ F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, la famille, les incapacités*, Précis Dalloz 6° éd. 1996, n° 643, p. 524.

⁵¹ TGI Belfort, 25 juill. 1995, JCP 1996, II, 22724, note C. Paulin; JCP 1996, I, 3903, n° 3, obs. E. Mattei; Petites affiches, 2 mars 1998, p. 13, note I. Copart.

avoir constaté "la totale communauté de vie" (sic). Pourtant, alors que les juges se prononçaient favorablement sur le principe du droit à réparation du préjudice moral et matériel subi par la concubine du fait du décès accidentel de sa compagne, ils se référaient pour calculer le montant de l'indemnisation aux principes dictant la "détermination du préjudice d'un conjoint survivant"...

L'assimilation ne prend pas fin avec la proposition sur le Pacs. Le contrat peut bien être conclu entre deux personnes, quel que soit leur sexe, mais il est soumis aux conditions de fond du mariage liées à l'âge, la bigamie, aux empêchements de parenté et d'alliance⁵².

En envisageant exclusivement les effets du concubinage par comparaison avec ceux du mariage- et surtout ses avantages-, il était inévitable que l'on finisse par opposer aux concubins les conditions de formation du mariage. La suite logique de cette jurisprudence serait maintenant de passer des conditions aux effets et d'assimiler le concubinage hétérosexuel au mariage... conséquence bien imprévue par la Cour mais pas du tout imprévisible⁵³ !

2) Le concubinage et les effets du mariage

Depuis quelques années, les décisions judiciaires se succèdent pour affirmer que le concubinage seul ne suffit pas à produire des effets juridiques tout en empruntant à la théorie générale des obligations des règles et des techniques sinon pour lui faire produire des effets juridiques comparables à ceux du mariage du moins pour en opérer un rapprochement significatif.

Ainsi on enseigne avec nuance que ce qui est réparé en cas de séparation des concubins ce n'est pas tant la rupture elle-même que les circonstances fautives de la rupture⁵⁴. La force de la répétition emportera-t-elle longtemps les convictions ? Un auteur⁵⁵ n'a-t-il pas qualifié il y a peu le montant particulièrement important de dommages et intérêts accordés à une concubine après séparation de "prestation compensatoire entre concubins" ? ...

Par ailleurs si la solidarité de l'article 220 du Code civil n'est pas applicable au concubinage on admet depuis longtemps que les tiers puissent engager la solidarité des concubins pour les dépenses d'entretien du ménage⁵⁶ lorsqu'ils ont laissé croire à l'apparence de mariage⁵⁷.

Faisant le pas certaines juridictions n'hésitent pas à braver la censure éventuelle de la cour de cassation en reconnaissant la solidarité entre concubins comme la Cour d'appel de Nancy qui, le 15 décembre 1997⁵⁸ condamnait solidairement les concubins au paiement d'éléments de cuisine ou la Cour d'appel de Bourges qui, le 8 décembre 1997⁵⁹, affirme la solidarité des concubins pour les dettes de fourniture de gaz et d'électricité. Solution fort gênante pour les concubins qui utilisent bien souvent leurs factures de gaz et d'électricité comme preuve extérieure de leur communauté de vie et donc de leur concubinage...

Ces arrêts traduisent sans doute une part d'anticipation sur les réformes législatives à venir. La proposition de loi du 23 juillet 1997 sur le Cucs prévoyait une solidarité des partenaires vis à

⁵² Cf. l'éventuel article 515-2 du Code civil.

⁵³ Déjà J. Rubellin-Devichi, "Les éléments constitutifs du concubinage", RTD civ. 1990, p. 57.

⁵⁴ Civ. 1^{re} 21 janvier 1978, Bull. civ. 1978, I, n° 39 et civ. 1^{re}, 30 juin 1992, Bull. civ. 1992, I, n° 204.

⁵⁵ H. Lecuyer, note sous civ. 1^{re} 7 avril 1998, Dr. famille 1998, n° 81 approuvé par J. Hauser, RTD civ. 1998, 884; JCP éd. N., 1998, 921.

⁵⁶ V. CA Paris, 21 novembre 1923, Gaz. pal. 1924.1. 187 et 23 juillet 1932, Gaz. pal. 1932. 2. 423.

⁵⁷ Existe-t-il une obligation pour les tiers de s'informer ? v. CA Paris 21 sept. 1989, D. 1990, 500 note G. Paisant; RTD civ. 1991, 507 obs. J. Hauser.

⁵⁸ CA Nancy, 15 décembre 1997, Dr. famille 1999, n° 2, p. 12 obs. H. Lecuyer.

⁵⁹ CA Bourges, 8 déc. 1997, Dr. famille 1998, n° 89 note B. Beignier; RTD civ. 1998, 884 obs. J. Hauser.

vis des tiers pour les dettes contractées pour les besoins de la vie courante. Le Cucs fut abandonné mais la solidarité reprise par la proposition de loi sur le Pacs.

Le constat du concubinage n'y suffisant plus -la transposition des conditions de fond du mariage n'autorise pas la reconnaissance du couple homosexuel-, le législateur tente aujourd'hui de contourner l'obstacle en "contractualisant" le concubinage, en conditionnant ses effets principaux à la conclusion d'un contrat. Que restera-t-il alors de la vie commune et de la possession d'état de couple ? L'organisation, la contractualisation de la vie commune ne peut en aucun cas permettre de présumer une communauté de vie qui n'est pas une obligation hors du mariage. Surtout on peut douter que les concubins passent tous contrat, soit par conviction, soit par oubli, soit par ignorance tout simplement. Que deviendront-ils, qu'advient-il de ceux qui, sans titre, mènent une authentique et réelle vie commune ?

B. La "contractualisation" du concubinage, présomption de vie commune ?

Le concubinage était réputé essentiellement précaire, on constate des concubinages sinon toujours durables du moins qui ont parfois duré. De là à en conclure que la vie commune et la stabilité peuvent découler naturellement d'un contrat conclu entre deux personnes dès lors que le contrat a pour vocation d'organiser cette vie commune... C'est pourtant à cette curieuse présomption que l'on risque d'aboutir si l'on suit bien les plus récentes propositions de loi visant à régir la situation des couples non mariés.

1) L'organisation de la vie commune n'est pas la vie commune

Les différentes propositions qui visent à donner un cadre juridique à la vie commune des concubins par le droit des biens (PIC) ou le droit des personnes (CUCS, PACS) passent par un contrat ou pacte, dont le contenu est déterminé par les parties et pour lequel la loi s'abstient de prévoir toute disposition supplétive rendant ainsi un hommage appuyé à l'autonomie de la volonté et au travail que devront accomplir les notaires pour combler ces lacunes⁶⁰.

Les propositions visent l'organisation de la vie commune ou le projet de vie commune de deux personnes. Mais l'objectif n'est pas le résultat et d'un projet à l'autre, on oublie sans doute que la reconnaissance sociale et juridique du couple non marié est d'abord et avant tout passé par la reconnaissance du lien et de son intensité.

La référence à la communauté de vie devient symbolique dès lors que les projets ne prévoient dans le principe du pacte aucune obligation de vie commune. Partant de là on ne peut que craindre la fraude⁶¹.

La communauté de vie aura-t-elle pour autant disparu totalement du champ de la question des couples non mariés sous contrat de partenariat ? Plusieurs arguments nous incitent à penser le contraire :

- sur le terrain des vices du consentement, on peut sérieusement penser que le partenaire découvrant l'absence d'intention réelle de l'autre de partager une vie commune -révélée postérieurement par l'absence effective de vie commune- demandera la nullité du pacte pour dol. La Cour d'Appel d'Aix-en-Provence⁶² annulait ainsi récemment pour réticence dolosive la

⁶⁰ Sur la position de l'ancien président du conseil supérieur du notariat, cf. "Trois questions à ... Alain Lambert", Le monde, 4 novembre 1998.

⁶¹ L. Leveneur, "Les dangers du contrat d'union civile ou sociale", art. préc. n° 6; P. Malaurie, "Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage", art. préc. , p. 871; R. Cabrillac, "Libres propos sur le PACS", art. préc. 73.

⁶²C.A. Aix-en-Provence, 26 septembre 1997, JCP 1998, IV, n° 1949; RTD civ. 1998, p. 660 obs. J. Hauser; JCP 1999, I, 101 obs. H. Bosse-Platière.

convention notariée entre des concubins prévoyant une indemnité de rupture au profit de la concubine car elle avait offert à un tiers la vie commune alors qu'elle était déjà en relation avec son cocontractant. On peut y voir une application de la théorie générale des obligations⁶³, n'est-ce pas là également une sanction adaptée de l'absence de volonté réelle de vie commune dans le concubinage ?

- à côté des nullités relatives, le défaut d'intention de partager une réelle et authentique vie commune sera mis en avant par ceux qui souhaiteront voir prononcer la nullité de pactes conclus uniquement dans le but de profiter d'avantages fiscaux ou sociaux. Après le combat contre les mariages fictifs, le champ de la lutte contre les unions simulées sera étendu aux partenariats virtuels. On peut relever à ce titre que la proposition de loi sur le PACS présente prudemment le contrat comme un simple élément d'appréciation des liens personnels en France pour la délivrance d'un titre de séjour (art. 6 du texte adopté le 9 décembre 1998). Il y a tout lieu de penser que les services préfectoraux exigeront la preuve de la vie commune des partenaires.

- l'idée de vie commune n'a pas entièrement disparu des propositions. Ainsi le bénéfice de l'imposition commune ne prendrait effet qu'à compter du 3^e anniversaire suivant l'enregistrement du PACS, du second pour les droits spéciaux de mutation et de succession. Cependant il est difficile de voir là une véritable consécration de l'obligation de vie commune, les durées étant calculées en fonction de la date anniversaire du Pacs et non de la vie commune réelle du couple... Par contre les frères et sœurs, qui ne pourront conclure un Pacs pourront bénéficier de la plupart de ses effets s'ils résident ensemble⁶⁴!

2) Concubins titrés et concubins sans titre

D'une manière générale on peut s'inquiéter de la volonté législative d'encadrement du concubinage avec Mme Théry qui souligne que : "toute formalisation du concubinage aurait pour effet de renvoyer dans le non-droit les situations non formalisées"⁶⁵.

Il y aurait alors des concubins titrés, le pacte dûment enregistré auprès du tribunal d'instance, partenaires bénéficiant d'une reconnaissance et de nombreux droits et les autres, sans titres et sans droits. La distinction entre les couples "partenaires" et les autres pourrait bien se compliquer à l'expérience.

Pourtant la question de la reconnaissance ou de l'organisation des effets produits par le concubinage se posera toujours, malgré l'organisation contractuelle de la vie des concubins :

- quant à la reconnaissance, le pacte ne peut être reconnu comme la seule preuve admissible du concubinage qui reste avant tout une situation de fait. Le pacte n'est au mieux qu'un moyen destiné à faciliter la preuve du concubinage et n'aurait alors que la valeur d'un indice. D'ailleurs les contrats entre concubins permettent déjà de souligner la qualité de leurs relations⁶⁶. L'absence de pacte n'interdirait pas les autres moyens de preuve du concubinage par la communauté de vie, attestations, déclarations, indices...

- quant aux effets, qui oserait affirmer demain "les concubins se passent du Pacs, le Pacs se désintéresse d'eux!" Devra-t-on laisser la concubine sans ressources face au décès de son concubin par le seul argument qu'elle n'aurait pas conclu de contrat ? Les juges, il y a déjà trente ans, avaient écarté en leur temps l'argument fondé sur l'absence de mariage et d'intérêt légitime... Pourra-t-on demain refuser le droit au maintien dans les lieux des concubines ou des concubins imprévoyants vivant sans contrat d'organisation de leur vie commune ?

⁶³J. Hauser, obs. préc.

⁶⁴ Cf. article 10 de la proposition.

⁶⁵ I. Théry, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*, op.cit., p. 148.

⁶⁶ L. Mayaux, "Les contrats entre concubins", in *Les concubinages*, t. 2, 1986, n° 5, p. 28.

Enfin, la proposition sur le Pacs ayant pris soin de déconnecter les questions de la famille et du couple, on peut penser que la situation des couples parentaux⁶⁷, non mariés et sans contrat, resterait inchangée. En sens inverse, les partenaires ne manqueront pas de revendiquer les quelques droits laissés aux couples sans titre : que l'on songe seulement à l'accès à la procréation médicalement assistée...

Le législateur souhaite se tourner vers le futur et contractualiser les projets de vie commune. Il est pourtant douteux que le contrat, tout pacte fut-il, prédomine longtemps sur la considération de la réalité de l'union, la possession d'état de couple. Et l'on verra persister des couples sans titre sollicitant l'intervention du droit comme leurs aînés l'avaient fait avant eux contre les préventions de Napoléon tout comme des couples titrés auxquels on reprochera, faute de vie commune, un défaut de consentement réel au pacte.

Au contraire, la constatation du couple par la possession d'état souhaitée par le rapport Théry constituerait un prolongement de la jurisprudence actuelle tout en se présentant également comme un véritable "instrument de politique législative"⁶⁸ dont la reconnaissance de la communauté de vie de deux personnes du même sexe en serait l'un des aspects. On pourrait également envisager de mettre l'accent sur l'intensité du lien dans le couple dans l'attribution de certains droits ou avantages, c'est à dire finalement sur les caractères de la possession d'état.

⁶⁷ V. F. Dekeuwer-Defossez, "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", RTD civ. 1995, p. 258 s.

⁶⁸ Comp. à propos de la possession d'état d'enfant, J. Carbonnier, Essai sur les lois, éd. Defrénois, 1979, p. 180.